

FINANZA DI PROGETTO E TERZO DECRETO CORRETTIVO DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Ing. Alessandro Coletta

- 1. Introduzione***
- 2. La finanza di progetto nel passato***
- 3. La finanza di progetto ante terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici***
- 4. La finanza di progetto post terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici***
- 5. Contenuto delle offerte e delle proposte***
- 6. Il cosiddetto rischio amministrativo***
- 7. Gli studi di fattibilità***
- 8. Il problema della scelta delle offerte e delle proposte***
- 9. Il partenariato pubblico privato***

1. Introduzione

Il terzo decreto correttivo¹ del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture², in prosieguo codice dei contratti pubblici, ha apportato profonde modifiche alla normativa in materia di realizzazione di opere pubbliche finanziabili in tutto o in parte con risorse private.

Tale aspetto della normativa riguarda in sostanza la *concessione di lavori pubblici*³. Come è noto si tratta di un istituto che ha ad oggetto l'affidamento da parte delle pubbliche amministrazioni della progettazione definitiva ed esecutiva (*oppure della sola progettazione esecutiva, qualora l'amministrazione disponga già della progettazione definitiva, oppure della sola revisione della progettazione esecutiva, qualora l'amministrazione disponga già della progettazione esecutiva*) e dell'esecuzione di lavori pubblici e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati nonché della loro gestione funzionale ed economica. L'affidamento può essere accompagnato anche da un prezzo. Ciò nel caso sia imposto al concessionario di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio oppure qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare. Qualora però i rientri della attività di gestione superino quelli necessari per remunerare l'investimento effettuato ed il costo della gestione, è consentito

¹ Decreto Legislativo 11 settembre 2008, n. 152.

² Decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163.

³ Art. 143, commi 1, 2, 3 e 4, del codice dei contratti pubblici.

prevedere che il concessionario corrisponda all'amministrazione aggiudicatrice un canone⁴.

La ragione che ha condotto il legislatore delegato⁵ a modificare il quadro normativo vigente nella materia della *concessione di lavori pubblici* e del connesso cosiddetto *promotore* è la constatazione della esistenza in tale quadro di elementi di criticità e di inefficienze che necessitavano di essere superate. Da più parti si osservava che presentavano aspetti problematici la fase pubblicistica dell'affidamento, la fase successiva alla aggiudicazione e la fase della individuazione di una corretta ripartizione dei rischi tra concessionario e committente. In particolare si rilevavano notevoli problemi in ordine alle eventuali modifiche da apportare al contratto di concessione per effetto delle variazioni progettuali disposte dalle pubbliche amministrazioni competenti al rilascio dei pareri e dei consensi tecnico amministrativi, in particolare, in materia ambientale o dei beni culturali. Tali variazioni, veniva rilevato, possono far lievitare di molto l'importo dell'investimento e quindi, per le ragioni che poi si illustreranno, ridurre l'interesse del concessionario ad realizzare l'intervento. Nel prosieguo del commento si analizzerà se la nuova disciplina ha risolto tutte le suddette criticità o se necessita ancora di interventi correttivi.

Il tema della realizzazione di opere pubbliche ha, nel nostro paese, notevole importanza in quanto da alcuni anni è chiaro a tutte le forze politiche, imprenditoriali, sociali, culturali che è urgente superare il nostro gap infrastrutturale ma vi è anche consapevolezza che, date le condizioni della finanza statale e la difficoltà di stabilizzare il debito pubblico, ciò non può realizzarsi con le sole risorse pubbliche e che, quindi, occorre favorire nei programmi di realizzazione delle infrastrutture il coinvolgimento del capitale privato. La formula che consente tale partecipazione è sicuramente quella del contratto di concessione che consiste nell'affidare con un unico contratto allo stesso soggetto sia l'attività di realizzazione dell'infrastruttura e sia quella di gestione della stessa in modo che dalla gestione si possano ricavare le risorse per coprire il finanziamento delle opere. Questa formula prevede l'impiego di una tecnica finanziaria particolare definita *project financing* ovvero in italiano *finanza di progetto* che comporta la stipula di molteplici contratti fra promotori, progettisti, consulenti, appaltatori, finanziatori. Questo fatto pone sicuramente minori problemi nei paesi di cultura anglosassone caratterizzati dalla forma giuridica della *common law* rispetto ai problemi che nascono nei paesi di cultura latina, caratterizzati dalla forma giuridica della *civil law*. Nei primi il contenuto del contratto fa premio su norme di carattere più generale e ciò ha favorito formule di negoziazioni anche a livelli gerarchici bassi che hanno contribuito a ridurre il contenzioso.

Un importante elemento di distinzione tra il *contratto di appalto* ed il *contratto di concessione* si ritrova nel diverso tipo di rischio che l'imprenditore affronta nei due casi. Nell'appalto, infatti, il rischio deriva da una eventuale inesatta

⁴ Art. 85, comma 1, lettera b), art. 86, comma 1, lettera n) e art. 87, comma 1, lettera c) del DPR 21 dicembre 1999, n. 554

⁵ Legge 18 aprile 2005, n. 62 (*Legge comunitaria 2004*).

valutazione dei costi di realizzazione del bene e/o dei ricavi che deve corrispondere il committente, mentre nella concessione il rischio deriva da una eventuale inesatta valutazione dei costi – non soltanto di costruzione ma anche di prestazione del servizio – e/o dei ricavi corrisposti dagli utilizzatori dei servizi, eventualmente aggiunti a quanto pagato dal committente, per una errata previsione del numero dei futuri utenti del servizio. La sostanziale diversità di rischio imprenditoriale tra le due ipotesi giustifica la diversità delle prescrizioni comunitarie, infatti molto più vincolanti nel caso degli appalti che in quello delle concessioni.

Va poi osservato che collegando la costruzione e la gestione di un'opera si consente di finanziare iniziative, anche di grande importo, mediante i rientri dell'investimento. La formula è applicabile a singoli progetti, finanziati in quanto tali e in ragione della prevista redditività, con le quali un soggetto imprenditoriale punta a trarre lucro non tanto dalla realizzazione dell'opera quanto dalla gestione di essa, trasferendo il rischio dell'iniziativa sul finanziatore in misura maggiore di quella ordinaria e non impegnando quindi su un determinato progetto tutta la propria capacità di ottenere credito.

In base a tali contenuti e principi sono poi stati studiati e messi in atto diversi formule contrattuali. Vi sono per esempio contratti definiti BOOT⁶ e contratti definiti BOT⁷. Nel primo la proprietà dell'opera nel periodo previsto in contratto è del concessionario; nel secondo la proprietà dell'opera è, sin dall'inizio, del concedente. In entrambi i casi al termine del contratto l'opera è di proprietà del concedente.

Non ci troviamo, quindi, di fronte ad una particolare e specifica tecnica finanziaria, ma ad una combinazione tra tecniche tradizionali e nuove, coordinate e finalizzate in vista della creazione di una fonte di reddito attraverso l'immissione di un nuovo prodotto (*bene o servizio*) sul mercato, con una identificazione tra *idea e nuova impresa*.

2. La finanza di progetto nel passato

Il primo esempio nella storia della *finanza di progetto* risale agli anni trenta e riguarda la realizzazione di interventi nel settore del petrolio. Lo sfruttamento di tipo industriale delle risorse petrolifere comportava ingenti investimenti ma la solidità patrimoniale delle società interessate a tale sfruttamento non era adeguata ad ottenere i tradizionali finanziamenti bancari. Fu però rilevato che il flusso di reddito che avrebbe comportato la vendita dei prodotti petroliferi certamente poteva rappresentare la base per un eventuale erogazione di crediti da parte di finanziatori. Occorreva, però che questi accettassero come garanzia non la solidità patrimoniale delle società o il valore commerciale dei beni oggetto del finanziamento ma il valore

⁶ Built, own, operate and transfert.

⁷ Built, operate and transfert.

commerciale del petrolio che si sarebbe estratto negli anni. Nasceva così la *finanza di progetto*.

Per la verità il concetto di finanziare una specifica opera piuttosto che una azienda non era una novità assoluta. La rete ferroviaria europea realizzata fra il 1840 ed il 1860 comportò l'impiego di una tecnica di finanziamento non lontana da quella che oggi è chiamata *finanza di progetto*. Ma persino i viaggi commerciali di Cristoforo Colombo possono essere intesi come investimenti che si riteneva potessero essere ripagati ampiamente dai flussi di ricchezza che avrebbero generato. Sicuramente il *mutuatario* Colombo non era di per sé solvibile. Così anche il finanziamento che nel XIII secolo la famiglia di banchieri italiani, i Frescobaldi, fecero agli inglesi che intendevano sviluppare le miniere di argento nel Devon può essere considerato un esempio di *finanza di progetto*: era infatti previsto che il prestito fosse garantito dal diritto di estrarre per un anno tutta la quantità di minerale che sarebbe stata disponibile e quindi dal *flusso di cassa* ricavabile dalla vendita del minerale.

Va anche osservato che la legge del 24 giugno 1929 n. 1137 sulla concessione⁸, prevedeva l'affidamento ad un soggetto estraneo alla organizzazione pubblica della gestione di un pubblico servizio con l'obbligo della costruzione dell'opera strumentale alla prestazione del servizio prevedendo che il recupero del relativo investimento finanziario avvenisse attraverso la riscossione dei proventi della gestione del servizio. Sembra proprio lo schema della *finanza di progetto*. Molte opere, come le autostrade, sono state realizzate negli ultimi cinquanta anni, proprio sulla base di tale legge. Si può anche osservare che la stessa legge fondamentale sui lavori pubblici⁹ consentiva l'impiego di meccanismi di finanziamento delle opere pubbliche con tecniche finanziarie non dissimili dalla *finanza di progetto*.

Negli anni novanta nel nostro paese si è cercato di introdurre misure legislative e regolamentari tendenti a favorire l'introduzione della formula *finanza di progetto* ma, nonostante la legislazione consentisse queste possibilità di impiego, la tecnica della *finanza di progetto* non è stata in quegli anni considerata un fisiologico sistema di realizzazione di opere pubbliche. Tra le norme che possono essere considerate anticipatrici di quelle attuali, riveste una importanza fondamentale quella riportata sotto la rubrica *autofinanziamento di opere pubbliche*¹⁰ non soltanto per il contenuto, ma perché definiva un quadro compiuto di *finanza di progetto* per interventi degli enti locali, autorizzati ad assumere mutui per opere pubbliche di valore superiore al miliardo di lire e destinate all'esercizio di servizi pubblici, soltanto qualora un *piano economico-finanziario*, assentito da un istituto di credito mobiliare, accertasse l'equilibrio dell'investimento e della sua gestione, anche in relazione agli introiti previsti, sulla base del bacino di utenza ipotizzato e delle tariffe programmate, e alle seguenti condizioni: appalto chiavi in mano, prezzo non

⁸ Legge ora abrogata dal vigente regolamento (DPR 21 dicembre 1999, n. 554)

⁹ Legge 20 marzo 1865, n. 2248 anche essa quasi interamente abrogata dal vigente regolamento (DPR 21 dicembre 1999, n. 554).

¹⁰ Art. 46 d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504.

modificabile, esclusione di trattative private¹¹. Va notato, però, che questa configurazione comportava la coincidenza tra la pubblica amministrazione titolare dell'iniziativa e il soggetto realizzatore e gestore dell'opera con la conseguenza che diventava impossibile o comunque difficile impostare le cose in modo che il *flusso di cassa* proprio dell'iniziativa restasse separato dal *bilancio generale* del suo titolare. La stessa norma disponeva che le tariffe dei servizi pubblici fossero determinate in base ai seguenti criteri:

- a) corrispondenza tra ricavi e costi, compresi gli oneri di ammortamento tecnico-finanziario;
- b) equilibrato rapporto tra i finanziamenti raccolti ed il capitale investito;
- c) entità dei costi di gestione delle opere, tenuto conto degli investimenti e della qualità del servizio.

Non è questa la sede per analizzare pregi e limiti di queste disposizioni e delle applicazioni che ne sono state fatte ma occorre tenerne adeguatamente conto nelle nuove situazioni.

L'originalità della formula *finanza di progetto* sta principalmente nel fatto che essa viene praticata se ed in quanto l'iniziativa abbia in sé la possibilità di produrre reddito, piuttosto che in considerazione della capacità patrimoniale e delle garanzie del soggetto che intende attuarla.

In ogni caso, fondamentale è il ruolo del *finanziatore*, che può avere interesse a partecipare all'iniziativa per tutta la durata convenuta per la fase di gestione, ma può invece puntare a realizzare un lucro, collocando sul mercato le sue azioni nel soggetto affidatario della concessione con un sovrapprezzo, una volta che l'iniziativa abbia avuto successo, ovvero ancora può limitarsi a erogare un prestito al concessionario, senza partecipare alla società e quindi con un rischio indiretto.

Proprio per ciò va considerato che vi è una fondamentale differenza fra il *piano economico-finanziario* elaborato dal concorrente e quello elaborato dal concedente. Il primo è impostato in modo che emerga realisticamente la capacità dell'operazione di realizzare un lucro, allo scopo di valutarne la convenienza e di attirare su di essa risorse, mentre il secondo deve dimostrare la cosiddette bancabilità dell'iniziativa, cioè la sua capacità di trovare interesse nel mercato dei finanziamenti.

Quanto al rischio che il *finanziatore* si assume, va detto che è di natura imprenditoriale e non creditizia, a differenza di quanto accade nelle normali operazioni di prestito. I suoi diritti non sono infatti quelli di un ordinario creditore ma hanno contenuto variabile al variare del *flusso di cassa* dell'iniziativa finanziata e l'intensità del suo coinvolgimento è il risultato della calibratura che avrà preventivamente operato combinando partecipazione di rischio e prestito obbligazionario.

La praticabilità della formula *finanza di progetto* è in concreto subordinata al ricorrere di talune circostanze: il progetto deve poter essere valutato in quanto tale e

¹¹ Vedi circolare Cassa Depositi e Prestiti – Istruzioni generali per l'accesso al credito della Cassa Depositi e Prestiti, 13 marzo 1998, Supplemento GURI n. 69, 24 marzo 1998.

non in quanto ne sia promotore un determinato imprenditore né prefigurandone l'inquadramento nella ordinaria attività dello stesso. L'esame del progetto deve infatti essere condotto con la mentalità di chi ne prende in considerazione le potenzialità specifiche, piuttosto che guardare alle capacità patrimoniali e organizzative dell'imprenditore badando a che il *flusso di cassa* e gli utili consentano il rimborso del prestito e che le attività da svolgere costituiscano la vera *garanzia* dell'operazione. Assai rilevante, infine, è la misura in cui il progetto che si va a realizzare è condizionato dal contesto ambientale in cui si collocherà.

Proprio per queste ragioni è necessario individuare per ciascuna iniziativa un apposito soggetto giuridico, detto *società di progetto*¹², che operi come una sorta di *contenitore contrattuale* dei rapporti inerenti a quella iniziativa e il cui andamento economico coincide con quello dell'iniziativa.

Oltre ai partecipanti (*progettisti, costruttori, gestori e finanziatori*) alla *società di progetto*, direttamente impegnati a vario titolo nell'operazione, si rendono di norma necessarie figure con altri ruoli: un *dealer* che assuma temporaneamente il rischio dell'iniziativa e un *broker*, che operi come tramite nella ricerca dei definitivi creditori della *società di progetto*, in modo che ad essa affluiscono i fondi necessari e che ai definitivi creditori siano consegnati i titoli rappresentativi dei loro diritti sul progetto.

La novità della formula *finanza di progetto* induce poi a ritenere utile che la fase di gestione dell'iniziativa sia oggetto di un costante monitoraggio da parte di osservatori indipendenti, nell'interesse del *finanziatore* e degli utenti finali.

Quanto all'impiego che un tale schema trova nell'ambito delle opere d'interesse pubblico, va considerato che la probabilità di coinvolgere i professionisti dell'investimento nel rischio di realizzare e gestire interventi pubblici dipende da considerazioni che vanno al di là della qualità e dell'affidabilità dell'operazione, con riferimento alla sua ampiezza, al progetto, al piano finanziario, alla stima del rapporto costi/benefici; la redditività dell'iniziativa viene infatti valutata anche in relazione alle eventuali ricadute positive che possono venirne all'attività di chi vi partecipa.

Fermo restando che la redditività specifica rimane l'elemento che fa scattare l'interesse di un capitalista privato a investire capitali di rischio, è infatti logico pensare che egli ritenga utile affrontare un'operazione il cui tasso di rendimento, inteso in senso stretto, non sia particolarmente allettante, purché ciò abbia una valenza strategica e consenta di presidiare un'area di affari altrimenti difficile da raggiungere.

¹² In termini giuridici: una *societas unius negotii*.

3. La finanza di progetto ante terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici

Nel nostro ordinamento, prima dell'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, la realizzazione di opere pubbliche tramite l'impiego di risorse in tutto o in parte private era disciplinata da alcuni articoli¹³ della legge quadro in materia di lavori pubblici¹⁴. Tale quadro normativo era stato più volte modificato con l'obiettivo di aumentare la convenienza del capitale privato ad intervenire nella realizzazione di opere pubbliche ma bisogna riconoscere che le opere pubbliche realizzate con tale disciplina non sono state molto numerose.

Attualmente la materia della realizzazione di opere pubbliche con risorse in tutto o in parte private è disciplinata dal codice dei contratti pubblici¹⁵. La stesura originaria della normativa aveva confermato sostanzialmente le previsioni contenute nella abrogata legge 109/94. Tale stesura ha subito, però, due modifiche: la prima con il secondo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici¹⁶, in prosieguo secondo decreto correttivo e la seconda con il terzo decreto correttivo. L'attuale assetto normativo è, quindi, frutto di più interventi del legislatore: quello contenuto nella abrogata legge n. 109/94 recepito quasi integralmente nel codice dei contratti pubblici e quello contenuto nei suddetti decreti correttivi.

Prima della modifica apportata dal terzo decreto correttivo erano, in sostanza, previsti dalle norme due percorsi: uno di iniziativa pubblica ed uno di iniziativa privata. Entrambi i percorsi presupponevano, però, che la pubblica amministrazione avesse individuato i bisogni cui essa deve dare risposta e le opere strumentali a dare tali risposte. Tale individuazione costituisce il contenuto del cosiddetto *programma triennale*¹⁷. A valle di tale *programma triennale* prendevano origine i due percorsi. Il primo prevedeva che l'amministrazione pubblica redigesse il *progetto preliminare* e i *piani economici finanziari* delle opere da realizzare e indicasse poi le gare per l'affidamento della *concessione di lavori pubblici*; il secondo prevedeva che *operatori economici*¹⁸ definiti *promotori* presentassero *progetti preliminari* e *piani economico finanziari* relativi ad opere previste nel programma e dopo tale presentazione si apriva un particolare procedimento articolato in tre fasi o sottofasi che si concludeva con l'aggiudicazione di una *concessione di lavori pubblici*. Il presentatore della proposta ritenuta, nella prima fase della procedura, la migliore acquisiva il cosiddetto *diritto di prelazione*¹⁹. Il soggetto concessionario in entrambi i casi, al fine di acquisire le risorse necessarie per realizzare e gestire l'opera affidata, utilizzava la tecnica della *finanza di progetto*.

¹³ Art. 19, e artt. da 37-*bis*, a 37-*nonies*.

¹⁴ Legge 11 febbraio 1994, n. 109.

¹⁵ Artt. da 142 a 160.

¹⁶ Decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113

¹⁷ Art. 128 del codice dei contratti pubblici

¹⁸ Art. 3, comma 22, del codice dei contratti pubblici.

¹⁹ Facoltà di adeguare la propria proposta a quella migliore selezionata in esito alla procedura negoziata prevista dall'art. 155 del codice dei contratti pubblici e, pertanto ad acquisire il diritto di vedersi aggiudicato il contratto.

La normativa, sin dalla quarta versione della legge quadro in materia dei lavori pubblici (*Merloni quater*), prevede la possibilità che soggetti pubblici e soggetti privati presentino, nella fase di predisposizione del *programma triennale*, *proposte* di intervento corredate da *studi di fattibilità*, ma tale presentazione non determinava, prima dell'ultima modifica, alcun obbligo di esame da parte della pubblica amministrazione e nessun diritto del proponente a compensi o alla sua realizzazione. Ora, invece, le pubbliche amministrazioni sono tenute a valutare le *proposte* entro sei mesi dal loro ricevimento²⁰. Il termine va considerato ordinatorio in quanto in caso di mancata valutazione delle proposte non è prevista una sanzione e, pertanto, la previsione, in mancanza di volontà politica, non produce molto effetto. La disposizione tende a valorizzare le capacità creative ed ideative dei privati. Tuttavia, l'assenza di un incentivo economico o di una compensazione diretta per questa attività potrebbe rendere lo strumento o totalmente inefficace oppure portare ad un uso distorto dello strumento, in quanto la presenza del soggetto privato già nella fase della programmazione potrebbe implicare una pressione su scelte che non necessariamente corrispondono agli interessi della collettività. L'incentivo economico sarebbe, fra l'altro, giustificato dal fatto che le *proposte* debbono essere corredate almeno da uno *studio di fattibilità* utilizzabile ai fini dell'inserimento dell'intervento nel *piano triennale*. La norma non stabilendo vincoli consente la presentazione di *proposte*, oltre che per tutti gli interventi inseriti nei programmi pubblici, anche per tutti i lavori costituenti adempimenti ad obblighi di legge, indipendentemente dall'inserimento o meno nei programmi. L'ampliamento dell'ambito dei lavori per i quali è possibile presentare una *proposta* risponde alla esigenza di dare impulso all'iniziativa dei privati usufruendo delle loro capacità creative e dei loro investimenti. È necessario che gli interventi al fine della loro materiale realizzazione, siano, comunque, valutati dall'amministrazione nell'ambito della programmazione e inseriti nel *piano triennale*. L'inserimento di tale disposizione nell'articolo 153 del codice dei contratti pubblici, che disciplina la *finanza di progetto*, non è molto condivisibile. Per maggiore rispondenza alla finalità della norma sarebbe stato meglio inserirla nell'articolo 128 del codice dei contratti pubblici che disciplina la programmazione. Ma tale criticabile inserimento risale alla legge quadro in materia di lavori pubblici. Forse, con il terzo decreto correttivo l'errore poteva essere finalmente corretto.

Va ricordato che l'istituto del *promotore* è stato introdotto nella normativa nel 1998²¹. La legge vigente all'epoca prevedeva la possibilità da parte di privati di presentare *proposte* per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità. Nella originaria proposta di legge era previsto che il *promotore* poteva presentare *proposte* senza alcun vincolo di natura urbanistica o di programmi. La denominazione *promotore* era, quindi, pienamente giustificata. La legge approvata prevedeva, invece, che le *proposte* potevano riferirsi esclusivamente a lavori pubblici o di pubblica utilità già inseriti nella *programmazione triennale* oppure negli *strumenti di programmazione formalmente approvati*. Si è a lungo dibattuto sul significato di tale ultima previsione ed, in particolare, se fosse possibile presentare proposte anche al di fuori del *piano triennale*. Molti ritenevano che la denominazione

²⁰ Art. 153, comma 19, del codice dei contratti pubblici.

²¹ Legge 18 novembre 1998, n. 415 (*cd. Merloni ter*).

promotore era giustificata soltanto se le proposte potevano riguardare anche opere non comprese nel *piano triennale* e di qui ritenevano che tale fosse l'interpretazione da dare alla disposizione. A sostegno di tale interpretazione si sottolineava che la valutazione delle *proposte* prescriveva la individuazione di quelle che si ritenevano di pubblico interesse. Se le *proposte*, si rilevava, dovevano comunque riguardare interventi previsti nel *piano triennale* vi era la certezza che fossero di pubblico interesse, altrimenti non sarebbero state inserite nel *piano triennale*. Se, invece, potevano riguardare anche interventi non compresi nel *piano triennale* era giustificata la disposizione che prevedeva la dichiarazione che l'intervento fosse di pubblico interesse. Alla luce del contenuto dell'attuale quadro normativo, come si vedrà in prosieguo, la discussione non ha più senso. Le *proposte* possono, infatti, riguardare soltanto le opere inserite nel *programma triennale* e nel connesso *elenco annuale* e ciò, per la verità, da molto tempo. Sarebbe quasi opportuno non usare più la denominazione di *promotore* per i presentatori delle *offerte* o *proposte* a valle dell'approvazione del *piano triennale* ma riservarla ai soggetti che la normativa, come prima ricordato, prevede possano *presentare proposte* da inserire nel *piano triennale* senza, però, che ad essi soggetti sia attribuito alcun diritto. Queste *proposte*, infatti, non devono riguardare interventi già inseriti nel *piano triennale* ma interventi che si ritiene possano, in quanto di interesse pubblico, essere inseriti nel *piano triennale*. Questi soggetti sono, quindi, dei veri *promotori* in quanto offrono, senza acquisire alcun diritto, la loro collaborazione alla pubblica amministrazione. Si tornerà nel prosieguo su tale aspetto della normativa.

Nella versione originaria del codice dei contratti pubblici la data di presentazione delle *proposte*, in coerenza con quanto previsto nella precedente normativa, erano il 30 giugno ed il 31 dicembre di ogni anno. Il codice dei contratti pubblici aveva recepito, poi, anche altre norme previste dal precedente quadro normativo quali l'avviso indicativo, il diritto di prelazione a favore del promotore e le disposizioni finalizzate a rendere meno rischioso il ricorso alla *finanza di progetto*. Le previste date di presentazione delle proposte, si osservava, comportavano difficoltà applicative per l'incoerenza tra i tempi di presentazione delle *proposte* e i tempi di approvazione dei bilanci degli enti locali. Proprio per tali osservazioni il secondo decreto correttivo eliminò le due date fisse prima previste e le sostituì con la previsione della pubblicazione di un avviso entro 90 giorni dall'approvazione del *programma triennale* e con la previsione della presentazione delle *proposte* da parte degli *operatori economici* entro 180 giorni dalla data di pubblicazione dell'avviso. La restante parte della procedura era rimasta invariata con, quindi, a valle l'obbligo di procedere ad altre due gare, nella prima delle quali si individuavano i due *operatori economici* presentatori delle due migliori *proposte* e nella seconda si applicava la procedura negoziata fra il promotore ed i due suddetti *operatori economici*. In questa fase, a differenza della precedente normativa, il *promotore* non aveva più il *diritto di prelazione*. Da più parti si osservava trattarsi di una procedura che, pur rispettando i principi di trasparenza, pubblicità e parità di trattamento, risentiva di una certa farraginosità che, andando a scapito della celerità, non contribuiva a renderla particolarmente appetibile a chi intendesse farsi *promotore*. Si riteneva, soprattutto a seguito dell'abolizione del diritto di prelazione del *promotore*, che, se da un lato si era senz'altro aperta la procedura alla concorrenza, si rischiava

di causare un calo d'interesse tra gli aspiranti *promotori*, dati i maggiori rischi di non risultare aggiudicatario della concessione. Tali critiche, alla luce della nuova normativa, come si chiarirà, in prosieguo, possono essere considerate non più sussistenti.

L'assetto normativo precedente all'ultima modifica prevedeva che l'avviso, con il quale le amministrazioni dovevano informare i possibili *promotori* della presenza nei loro programmi di interventi realizzabili con capitale privato, doveva contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dal codice dei contratti pubblici²², in base ai quali la pubblica amministrazione avrebbe proceduto alla selezione della proposta ritenuta la migliore.

Da più parti si osservava che nonostante la modifica la procedura rimaneva lunga e complessa. Prevedeva, infatti, la presentazione delle *proposte* da parte dei *promotori*; l'esame comparativo delle *proposte* da effettuarsi sulla base dei criteri previsti nell'avviso; la scelta della migliore soluzione; l'indizione di una gara per individuare i soggetti da far partecipare ad una successiva procedura negoziata ed infine la procedura negoziata. Si osservava che l'intera procedura era articolata in tre fasi o sottofasi ognuna delle quali presentava rischi di ricorsi e tempi lunghi. La necessità dei tre livelli veniva, però, giustificata in base al fatto che la *proposta* era sostanzialmente di iniziativa privata poiché i *programmi triennali*, si osservava, salvo l'indicazione dell'opera, spesso non contengono, almeno finora, veri *studi di fattibilità* e di qui la necessità di promuovere una concorrenza a valle della presentazione della *proposta*. Su tale aspetto si tornerà in prosieguo.

Si osservava, inoltre, che l'assetto normativo era carente sulla possibilità di coinvolgere il privato nelle cosiddette *opere fredde*²³, sulla ampiezza delle possibili *proposte* presentabili dai *promotori*, sui termini in cui dovessero essere presentate le *proposte*, sulla procedura per l'affidamento del contratto a seguito di *proposte* presentate dai *promotori* e sulle norme speciali in ordine alle tecniche della *finanza di progetto*.

Si rilevava anche che era necessario chiarire il cosiddetto istituto del *partenariato pubblico-privato* cioè della possibilità di affidare ad un soggetto privato una concessione o un altro contratto che comunque comportasse la partecipazione

²²: Profilo costruttivo, urbanistico, ambientale, qualità progettuale, funzionalità, fruibilità dell'opera, accessibilità al pubblico, rendimento, costo di gestione e di manutenzione, durata della concessione, durata dei tempi di esecuzione dei lavori, tariffe da applicare, metodologie di aggiornamento delle stesse, valore economico e finanziario del piano, contenuto della bozza di convenzione, assenza di elementi ostativi. (art. 154 del codice dei contratti pubblici che il terzo decreto correttivo ha abrogato).

²³ Sono definite *opere calde* le opere che sono strumentali alla prestazione di servizi pubblici vendibili direttamente dal concessionario all'utenza ed i cui ricavi sono sufficienti a coprire l'investimento; *opere tiepide* le opere che sono strumentali alle prestazioni di servizi pubblici vendibili direttamente dal concessionario all'utenza ma il cui ricavo non è sufficiente a coprire l'investimento e, pertanto, necessitano di contributi pubblici; *opere fredde* le opere che sono strumentali alla prestazione di servizi pubblici non vendibili direttamente dal concessionario all'utenza e, pertanto, interamente a carico del pubblico.

dello stesso al finanziamento nonché alla gestione tecnica o economica dell'opera eseguita.

A sostegno della necessità di definire il detto istituto si notava che pur prevedendo il codice dei contratti pubblici²⁴ che “*le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti al concessionario l’alea economico-finanziaria della gestione dell’opera*”, vi erano molte difficoltà ad utilizzare tale disposizione. Si riteneva che solo con una definizione chiara dell’istituto del *partenariato pubblico privato* si poteva dare concreta attuazione alla realizzazione, con risorse private, delle cosiddette *opere fredde* cioè delle opere che sono strumentali alla prestazione di servizi pubblici da pagare direttamente dalla pubblica amministrazione²⁵. La difficoltà applicativa della norma, si osservava, era nella sua quasi impossibilità di far rimanere a carico del concessionario l’indicata *alea economico-finanziaria della gestione dell’opera*, fatto salvo che questa non fosse considerata quella normale di un soggetto che presta servizi. In realtà la confusione dipendeva dall’aver chiamato *concessione* un *contratto misto* di costruzione di un’opera e di prestazione di servizi di gestione²⁶ con il pagamento della costruzione in più anni con rate costanti o anche crescenti, e il pagamento dei servizi con compensi annuali o semestrali o, anche, mensili. Si tornerà su tale aspetto della normativa nel prosieguo del commento.

Altro aspetto critico che veniva rilevato era l’assenza di norme legislative che favorissero e incentivassero la rotazione dei capitali investiti, il coinvolgimento di nuovi attori, la creazione di un mercato dei capitali, dei titoli e degli strumenti finanziari più efficace in rapporto alla forma di investimento della *finanza di progetto*. Si osservava che la materia è complessa ed è chiaro che si deve agire contemporaneamente sul mercato dei capitali e sulle norme fiscali. In particolare si richiedevano l’introduzione di un regime fiscale più favorevole per i titoli e per gli strumenti finanziari che possano essere emessi dalle *società di progetto*²⁷ e l’introduzione di un regime fiscale di miglior favore per le dette società. Di tali problemi il terzo decreto correttivo non si è fatto, purtroppo, molto carico e, quindi, vi è ancora necessità di interventi correttivi o migliorativi.

4. La finanza di progetto post terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici

Il terzo decreto correttivo ha innovato nel profondo l’intero procedimento di realizzazione di opere pubbliche con l’impiego in tutto o in parte di risorse private. In primo luogo va osservato che mentre le modifiche introdotte dal secondo decreto

²⁴ Art. 143, comma 9.

²⁵ Questo è il caso, per esempio, delle carceri, delle scuole, degli ospedali

²⁶ Per esempio nel *carcere* la pulizia dei locali, la preparazione e distribuzione dei pasti, la lavanderia, la manutenzione dei servizi tecnologici e dell’edificio.

²⁷ Art. 156 del codice dei contratti pubblici

correttivo si innestavano nel sistema così come era previsto dalla precedente legge in materia di lavori pubblici, in quanto il codice dei contratti pubblici aveva recepito quasi integralmente le precedenti norme, le nuove modifiche costituiscono in sostanza una nuova differente procedura. In secondo luogo va precisato che le modifiche del codice dei contratti pubblici che riguardano la detta realizzazione non sono solo quelle della completa riscrittura dell'art. 153 (*la cui rubrica è stata modificata da "Promotore" a "Finanza di progetto"*) e della abrogazione degli artt. 154 (*Valutazione della proposta*) e 155 (*Indizione della gara*) ma anche quelle delle modifiche apportate agli artt. 3 (*Definizioni*), 58 (*Dialogo competitivo*), 128 (*Programmazione dei lavori pubblici*), 159 (*Subentro*), 160 (*Privilegio sui crediti*), 160-bis (*Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità*), 172 (*La società pubblica di progetto*), 175 (*Promotore*) e 252 (*Norme di coordinamento e di copertura finanziaria*).

Il nuovo art. 153 prevede (*vedi flow chart allegato*) che la realizzazione di interventi realizzabili in tutto o in parte mediante risorse private può avvenire secondo *quattro* diverse procedure che si sviluppano tutte e *quattro* a valle della predisposizione ed approvazione del programma dei lavori pubblici da realizzare in un triennio (*programma triennale*) e della connessa predisposizione dell'elenco dei lavori da realizzare nel primo anno del triennio (*elenco annuale*). L'articolo del codice dei contratti pubblici che disciplina i due istituti (*programma triennale ed elenco annuale*) è il 128 che il terzo decreto correttivo ha modificato. La modifica ad un primo esame sembra di poco conto ma, invece, ha notevole importanza per il tema che si analizzando. Dispone che l'inserimento nell'*elenco annuale* delle opere produttrici di reddito e, pertanto, finanziabili con risorse private, avviene sulla base dello *studio di fattibilità*. Solo per tale modifica il nuovo art. 153 può far riferimento all'*elenco annuale*.

Con riferimento a tale disposizione va ricordato che sin dalla prima versione della precedente legge in materia di lavori pubblici²⁸ la normativa prevede che l'attività di realizzazione dei lavori pubblici si deve svolgere sulla base di un *programma triennale* aggiornato annualmente, quindi di tipo scorrevole, e sulla base di un *elenco dei lavori* da realizzare nel primo anno del triennio. Le norme prevedevano ed ancora prevedono che il *programma triennale* è momento attuativo di identificazione e di quantificazione dei bisogni della pubblica amministrazione, mentre l'*elenco annuale* – fatto salvo per i lavori di importo inferiore ad 1.000.000 di euro e per i lavori di manutenzione nonché, in base alla modifica del terzo decreto correttivo, per i lavori finanziabili con risorse private – costituisce l'elenco delle opere per le quali è già redatto il *progetto preliminare*. Va ricordato che il codice dei contratti pubblici²⁹ consente di indire gare di appalto anche sulla base del solo *progetto preliminare*. Il terzo decreto correttivo ha previsto, come si è prima detto, che nell'*elenco annuale* si possono inserire i lavori realizzabili in tutto o in parte con risorse private anche sulla base dei loro *studi di fattibilità* che, come prima ricordato, costituiscono la base del *programma triennale*.

²⁸ Legge 11 febbraio 1994, n. 109.

²⁹ Art. 53.

La *prima procedura* impiegabile è quella prevista dall'art. 143 del codice dei contratti pubblici. Coincide con la procedura ad iniziativa della pubblica amministrazione prevista prima delle modifiche introdotte nel codice dei contratti pubblici dal terzo decreto correttivo. Tale procedura, in estrema sintesi, comporta l'indizione di una gara sulla base di un *progetto preliminare*, redatto dalla pubblica amministrazione ed approvato ai sensi dell'art. 97 del codice dei contratti pubblici, e dell'impiego del criterio di aggiudicazione dell'*offerta economicamente più vantaggiosa*, di cui all'art. 83 del codice dei contratti pubblici, determinata sulla base di criteri di valutazione indicati dal bando di gara³⁰. L'offerta dei concorrenti è costituita da proposte di variazioni al *progetto preliminare* posto a base di gara, nei limiti prescritti dal bando, e da offerte migliorative relative agli altri criteri di valutazione previsti dal bando di gara. La pubblica amministrazione stipula il contratto con il concorrente presentatore della offerta ritenuta la migliore.

La *seconda procedura* impiegabile comporta l'indizione una gara sulla base dello *studio di fattibilità* e dell'impiego del criterio di aggiudicazione dell'*offerta economicamente più vantaggiosa* di cui all'art. 83 del codice dei contratti pubblici, determinata sulla base di criteri di valutazione indicati dal bando di gara³¹. L'offerta dei concorrenti in questo caso è costituita dal *progetto preliminare* redatto sulla base dello *studio di fattibilità* posto a base di gara e da offerte o richieste relative agli altri criteri di valutazione previsti dal bando. La pubblica amministrazione individua la migliore offerta, nomina *promotore* il presentatore dell'offerta e pone il *progetto preliminare* in approvazione ai sensi dell'art. 97 del codice dei contratti pubblici. La normativa esamina i due casi che si possono verificare: il *progetto preliminare* non necessita di modifiche oppure necessita di modifiche. Nel primo caso la pubblica amministrazione stipula il contratto con il *promotore* mentre nel secondo caso chiede al *promotore* se accetta le modifiche progettuali prescritte in sede di approvazione del progetto nonché le eventuali conseguenti modifiche al *piano economico-*

³⁰ Per esempio: la qualità tecnica, estetica e funzionale delle varianti migliorative e integrative al *progetto preliminare* posto a base di gara; il valore economico e finanziario delle varianti al *piano economico-finanziario* posto a base di gara; il contenuto delle varianti alla bozza di convenzione posta a base di gara; i criteri e le modalità da applicare per procedere all'eventuale necessario adeguamento del *piano economico-finanziario* qualora in sede di approvazione del *progetto preliminare* siano ordinate prescrizioni onerose; il prezzo che la pubblica amministrazione deve corrispondere al concessionario oppure il prezzo che il concessionario è disposto a corrispondere alla pubblica amministrazione, il canone da corrispondere alla pubblica amministrazione oppure il corrispettivo annuale che la pubblica amministrazione deve corrispondere, il tempo di esecuzione dei lavori, la durata della concessione, il livello della tariffa da praticare all'utenza, il livello della qualità di gestione del servizio e delle relative modalità.

³¹ Per esempio: la qualità tecnica, estetica e funzionale del *progetto preliminare* presentato; il valore economico e finanziario del *piano economico-finanziario* presentato; il contenuto della bozza di convenzione presentata; i criteri e le modalità da applicare per procedere all'eventuale necessario adeguamento del *piano economico-finanziario* qualora in sede di approvazione del *progetto preliminare* sono ordinate prescrizioni onerose; il prezzo che la pubblica amministrazione deve corrispondere al concessionario oppure il prezzo che il concessionario è disposto a corrispondere alla pubblica amministrazione, il canone da corrispondere alla pubblica amministrazione oppure il corrispettivo annuale che la pubblica amministrazione deve corrispondere, il tempo di esecuzione dei lavori, la durata della concessione, il livello della tariffa da praticare all'utenza, il livello della qualità di gestione del servizio e delle relative modalità.

*finanziario e ai servizi da prestare*³² ed in caso di risposta positiva, stipula il contratto con esso; se, invece, il *promotore* non fornisce risposta positiva chiede progressivamente ai successivi concorrenti la loro disponibilità a realizzare l'intervento come risulta dall'*offerta* del *promotore* e dalle modifiche introdotte nell'*offerta* in sede di approvazione del *progetto preliminare*. Se a seguito di tale richiesta uno dei concorrenti fornisce risposta positiva la pubblica amministrazione stipula il contratto con tale concorrente; se, invece, nessuno dei concorrenti risponde positivamente si può ritenere che la pubblica amministrazione, pur non prevedendolo specificatamente l'articolo 153, possa acquisire il *progetto preliminare* ai costi previsti nell'originario *piano economico-finanziario* e indire una gara ai sensi dell'art. 143 del codice dei contratti pubblici sulla base di tale *progetto preliminare* e del connesso *piano economico-finanziario*.

La *terza procedura* impiegabile comporta l'indizione di una gara sulla base dello *studio di fattibilità*, dell'impiego del criterio di aggiudicazione dell'*offerta economicamente più vantaggiosa* di cui all'art. 83 del codice dei contratti pubblici, determinata sulla base di criteri di valutazione indicati dal bando di gara³³ e dell'attribuzione al *promotore* del diritto di prelazione. Tale diritto, come si è prima ricordato, era stato abrogato dal secondo decreto correttivo. La gara si svolge in tre fasi. La prima fase è costituita da una gara la cui offerta dei concorrenti è costituita dal *progetto preliminare*, redatto sulla base dello *studio di fattibilità* posto a base di gara, e da offerte o richieste relative agli altri criteri di valutazione previsti dal bando. La pubblica amministrazione individua la migliore *offerta*, nomina *promotore* il presentatore dell'*offerta* e pone il *progetto preliminare* in approvazione ai sensi dell'art. 97 del codice dei contratti pubblici. La seconda fase è costituita da una gara indetta sulla base del *progetto preliminare* approvato nonché del connesso *piano economico-finanziario* – come risulta modificato per effetto dell'eventuale aumento del costo dell'intervento conseguente alle modifiche apportate al *progetto preliminare* – e delle eventuali variazioni dei servizi. L'*offerta* dei concorrenti è costituita da proposte di varianti migliorative ed integrative al *progetto preliminare* posto a base di gara nei limiti prescritti dal bando e da offerte migliorative relative agli altri criteri di valutazione previsti dal bando. La terza fase prevede due ipotesi: se alla gara non sono presentate offerte il contratto è aggiudicato al *promotore*; se alla gara sono presentate offerte la pubblica amministrazione individua l'*offerta* migliore ed il *promotore* ha 45 giorni di tempo per adeguare la propria *offerta* a quella ritenuta migliore e, in tal caso, il contratto è aggiudicato al *promotore*. Qualora nei detti 45 giorni il *promotore* non adegua la propria *offerta* a quella migliore il contratto è aggiudicato al presentatore della migliore *offerta*. Il *progetto preliminare* ed il connesso *piano economico-finanziario* posti a base di gara nella seconda fase devono essere stati accettati dal *promotore* che ha l'obbligo di stipulare il contratto qualora alla gara non partecipino altri concorrenti.

La *quarta procedura* ha la finalità di superare l'eventuale inattività della pubblica amministrazione. Anche questa procedura si sviluppa, però, a valle dell'approvazione del *piano triennale* e dell'*elenco annuale*. La procedura prevede

³² Art. 153, comma 3, lettera a).

³³ Vedi nota 31.

che qualora nell'*elenco annuale* siano previste opere finanziabili in tutto o in parte con risorse private e la pubblica amministrazione nei sei mesi successivi alla sua approvazione non ha indetto una gara secondo una qualsiasi delle *tre* procedure prima illustrate, *operatori economici*, entro i successivi quattro mesi, hanno la possibilità di presentare *proposte* aventi gli stessi contenuti previsti per le *offerte* delle tre procedure prima illustrate. Le pubbliche amministrazioni nei successivi quattro mesi provvedono a pubblicare un avviso contenente i criteri dell'*offerta economicamente più vantaggiosa* di cui all'articolo 83 del codice dei contratti pubblici³⁴ in base ai quali procederà alla valutazione delle *proposte*. La procedura prevede che, entro novanta giorni dalla pubblicazione dell'avviso, gli *operatori economici* che hanno presentato, nei quattro mesi, le *proposte* possano ripresentarle rielaborate sulla base dei criteri contenuti nell'avviso. Prevede, altresì, che nuovi *operatori economici* possano presentare *proposte* che tengano conto dei detti criteri. La pubblica amministrazione, nei successivi sei mesi, individua la migliore *proposta* ritenuta di pubblico interesse, nomina *promotore* il presentatore della migliore *proposta* (la disposizione non prevede tale nomina ma che essa debba essere fatta lo si ricava dal fatto che successivamente nella stesso comma 16 si parla di *promotore*), pone il *progetto preliminare* in approvazione ai sensi dell'art. 97 del codice dei contratti pubblici e, poi, procede con tre modalità diverse: la prima se il *progetto preliminare* necessita di modifiche e la seconda e la terza se non necessita di modifiche. Nel primo caso può indire, se vi sono le condizioni, un dialogo competitivo³⁵; nel secondo caso può indire una gara ai sensi dell'art. 143 oppure ai sensi dell'art. 153, comma 15, lettere c), d), e) ed f) (*gara con il diritto di prelazione*) del codice dei contratti pubblici, invitando alle tre gare il *promotore*. Va precisato che la normativa non prevede che il *progetto preliminare* selezionato come migliore sia sottoposto dopo la scelta ad approvazione ai sensi dell'art. 97 del codice dei contratti pubblici, ma prevedendo che, successivamente a tale operazione, si svolgano procedure diverse a seconda se il progetto necessita o non necessita di modifiche, sembra logico ritenere che il *progetto preliminare*, prima di indire una delle tre sottoprocedure finali, debba essere sottoposto ad approvazione. Il codice dei contratti pubblici non prevede cosa possa fare la pubblica amministrazione se il progetto necessita di modifiche ma non vi siano le condizioni per applicare il dialogo competitivo. Si può ritenere possibile che la pubblica amministrazione modifichi essa stessa il *progetto preliminare*, predisponga il connesso *piano economico-finanziario* e, successivamente, indica una gara ai sensi dell'art. 143 del codice dei contratti pubblici. Va poi osservato che, per i motivi prima illustrati, non vi è ragione che giustifichi la disposizione che obbliga la pubblica amministrazione ad affermare che la proposta selezionata come la migliore è di pubblico interesse. Si tratta, infatti, di un intervento comunque previsto dal *piano triennale* e dall'*elenco annuale* e, quindi, sicuramente d'interesse pubblico. Come prima osservato tale dichiarazione sarebbe necessaria se le proposte potessero riguardare anche interventi non previsti nel *piano triennale* e nell'*elenco annuale*.

In merito alle *quattro* procedure illustrate va, in primo luogo, osservato che, ai sensi della nuova normativa, possono partecipare *operatori economici* che siano in

³⁴ Vedi nota 31.

³⁵ Art. 58 del codice dei contratti pubblici.

possesso dei requisiti d'ordine generale ³⁶ e dei requisiti previsti dal vigente regolamento³⁷, in prosieguo vigente regolamento per il concessionario. La normativa dispone, inoltre, che il concorrente può associare o consorzio altri soggetti di cui, però, non specifica i requisiti³⁸. Tale prescrizione è diversa dalla precedente che prevedeva anche la possibilità di presentare proposte da parte delle società di ingegneria e della società cooperative³⁹, ma tali soggetti possono essere associati, comunque, all'*operatore economico* che partecipa alle gare. Le misure dei requisiti sono determinate in rapporto all'importo dell'investimento indicato nello *studio di fattibilità*. Qualora l'approvazione del *progetto preliminare* comporti un aumento dell'importo, il *promotore* per poter accettare le modifiche o esercitare il diritto di prelazione, rispettivamente nella *seconda* e nella *terza* procedura, dovrà dimostrare che i suoi requisiti sono ancora sufficienti oppure, a tal fine, dovrà associare altri *operatori economici*. Si tornerà sull'argomento dei requisiti in prosieguo analizzando il tema del *partenariato pubblico privato*.

In secondo luogo va osservato che le prime *tre* procedure sono fra di loro differenti mentre la *quarta* costituisce una procedura che, a sua volta, prevede l'impiego della *prima* e *terza* procedura nonché di una nuova procedura fondata sull'impiego del dialogo competitivo. Proprio per consentire tale utilizzazione è stato, con il terzo decreto correttivo, precisato che la procedura del dialogo competitivo può concludersi anche con l'affidamento di una *concessione di lavori pubblici*. Non si comprende perché non è stato previsto anche la possibilità di impiegare la *seconda* procedura. Infatti se la *proposta* scelta dalla pubblica amministrazione, in quanto ritenuta la migliore, necessita di modifiche si rientra pienamente nella sottofase finale della *seconda procedura*. Una siffatta previsione non avrebbe fatto venir fuori la precedente osservazione in merito al fatto che se non vi sono le condizioni che consentono di impiegare la procedura del dialogo competitivo non è indicato come, in alternativa, la pubblica amministrazione deve procedere.

In merito al tipo di procedura da mettere in atto, aperta o ristretta, non vi sono specifiche prescrizioni. Le gare possono essere, quindi, svolte con procedura aperta o ristretta. In realtà per le gare di importo inferiore a quaranta milioni di euro la differenza fra le due procedure non sussiste in quanto vanno invitati a presentare le *offerte* tutti i concorrenti che hanno fatto domanda e che sono in possesso dei requisiti previsti nel bando⁴⁰ e, pertanto, la procedura più opportuna è quella aperta. Per le gare di importo pari o superiore a quaranta milioni di euro si può, invece, prevedere che l'invito sarà inviato ad un numero limitato di concorrenti scelti in base a criteri oggettivi, non discriminatori, e proporzionali indicati nel bando⁴¹. Il problema della individuazione di tali criteri non è nuovo ed è molto complesso. Il

³⁶ Art. 38 del codice dei contratti pubblici.

³⁷ Art. 98 (D.P.R. n. 554/1999)

³⁸ Art. 153, comma 8, del codice dei contratti pubblici.

³⁹ Art. 90, comma 2, lettera a), del codice dei contratti pubblici.

⁴⁰ Art. 55, comma 6, del codice dei contratti pubblici.

⁴¹ Art. 62, comma 1, del codice dei contratti pubblici.

problema della individuazione dei criteri di scelta da impiegare nella procedura ristretta o licitazione privata è noto come *problema della forcella*⁴².

In primo luogo va chiarito che i criteri di scelta devono consentire la formazione di una graduatoria in modo che sia possibile per le stazioni appaltanti individuare in via automatica gli *operatori economici* da invitare a presentare l'*offerta*. Inoltre i criteri devono essere individuati in modo del tutto diverso dai requisiti. Non è, infatti, né logico né corretto che a tale scopo vengano impiegati gli stessi elementi già valutati in termini assoluti per essere assunti come requisiti, perché ne risulterebbe una graduatoria pressoché predeterminata, in cui figurerebbero ai primi posti e, quindi invitati a presentare *offerte*, sempre gli stessi *operatori economici*. Sarebbero, cioè, scelti sempre i soggetti dotati, nelle misure più elevate, di quelle caratteristiche che, sotto forma di requisiti, hanno determinato la loro idoneità ad essere invitati. Dare la possibilità di lavorare ad un ampio ventaglio di *operatori economici* con caratteristiche rapportate alla specificità delle prestazioni da eseguire e creare le condizioni perché si abbia tra loro una rotazione è importante, oltre che socialmente giusto, sul piano della concorrenza e quindi, dell'interesse della società. Se questi sono gli obiettivi, la possibilità di conseguirli risiede nel concetto che gli elementi da assumere come criteri di scelta debbano consistere – anziché in valori assoluti – in valori espressi sotto forma di rapporti, cioè numeri puri, calcolati eventualmente anche impiegando quei valori assoluti già assunti come requisiti.

In base alla nuova normativa va osservato, infine, che la pubblica amministrazione si trova davanti alla scelta di quale delle prime *tre* procedure ne sia preferibile l'impiego. Va tenuto conto che la *prima* procedura comporta un impegno maggiore della pubblica amministrazione nella prima fase, mentre la *seconda* e la *terza* un impegno maggiore nella seconda fase. Inoltre, mentre nella *prima* procedura le scelte tecniche ed economiche sono tutte effettuate fondamentalmente dalla pubblica amministrazione, nella *seconda* e *terza* sono, invece, tutte il risultato di una collaborazione degli *operatori economici* con la pubblica amministrazione. Va anche osservato che fra la *seconda* e la *terza* procedura sia da preferire la *seconda* in quanto è quella che, non prevedendo il *diritto di prelazione*, risponde meglio ai principi comunitari.

⁴² Sul tema della individuazione dei criteri di scelta il legislatore negli anni ottanta è intervenuto più volte sul tema senza mai approvare una specifica norma

Per la prima volta in occasione del regolamento (*d.p.c.m. 27 febbraio 1988*) previsto dalla legge n. 80/87. Fu allora proposto un insieme di criteri che presentava due limiti: innanzitutto la sperequazione tra la raffinatezza degli strumenti da impiegare ed il livello professionale delle stazioni appaltanti che dovevano poi impiegarli e poi alcuni errori concettuali commessi nel fissarli. Vennero infatti proposti criteri fondati non soltanto su valori relativi (*risultati di rapporti tra requisiti posseduti dai concorrenti e, quindi, non influenzati dalla dimensione di questi*) ma anche su valori assoluti, posseduti quindi in misura maggiore dai concorrenti di maggiori dimensioni. Il dibattito che si sviluppò in quella occasione dimostrò che occorre tenere conto di una pluralità di criteri. Scegliere un solo criterio – quale che esso sia – comporta una scelta di politica industriale, mentre soltanto una combinazione di criteri diversi risulta neutra rispetto ad una tale scelta.

Una seconda occasione si ebbe con la predisposizione del decreto del Ministro dei lavori pubblici previsto dall'art. 27 del d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406. Lo schema di decreto elaborato dall'ufficio legislativo del Ministero dei lavori pubblici non fu, però, approvato ed il legislatore, anzi, provvide (*art. 23 della legge n. 109/94 e s.m.*) ad abrogare di fatto la norma che lo prevedeva.

La preferibilità della *seconda* procedura rispetto alla *terza* non dipende però soltanto dal maggior rispetto dei principi comunitari ma anche da una sostanziale maggiore rispondenza della *seconda* procedura alla richiesta, da più parti avanzata, come si è prima ricordato, di introdurre elementi di semplificazione e di rapidità di avvio della materiale realizzazione degli interventi.

Se, infatti, si confrontano le due procedure si rileva che in una prima fase esse non si differenziano mentre in una seconda fase la differenza è sostanziale e si può osservare che la *seconda procedura* è sicuramente più semplice e più rapida della *terza*. In una prima fase entrambe le procedure comportano l'indizione di una gara di appalto sulla base di uno *studio di fattibilità*, la presentazione da parte dei concorrenti di un *progetto preliminare* e di offerte relativamente agli altri elementi di valutazione previsti dal bando⁴³, la individuazione della migliore *offerta* in base al criterio di aggiudicazione dell'*offerta economicamente più vantaggiosa* di cui all'art. 83 del codice dei contratti pubblici, la nomina di *promotore* del presentatore della migliore offerta, l'approvazione, ai sensi dell'art. 97 del codice dei contratti pubblici, del *progetto preliminare* oggetto dell'*offerta*, l'eventuale adeguamento del *piano economico-finanziario* e dei connessi valori (*prezzi, durata concessione, entità tariffe ecc.*) offerti in gara ma, a partire da questo momento, le due procedure si differenziano sostanzialmente. Mentre la *seconda* si conclude con la stipula del contratto con il *promotore*, se questo accetta le modifiche, oppure con un altro dei concorrenti, comunque, sulla base del *progetto preliminare* modificato e del nuovo *piano economico-finanziario* e dei connessi nuovi valori (*prezzi, durata concessione, entità tariffe ecc.*), la *terza* procedura comporta: l'indizione di un nuovo bando sulla base del *progetto preliminare* modificato, del nuovo *piano economico-finanziario* e dei connessi nuovi valori (*prezzi, durata concessione, entità tariffe ecc.*), la individuazione della nuova migliore offerta e la possibilità per il *promotore* di adeguare la sua *offerta* alla migliore e, di conseguenza, di vedersi aggiudicata la realizzazione dell'intervento.

Va precisato che, mentre la *seconda* procedura sostanzialmente consente una negoziazione fra *promotore* e pubblica amministrazione nella fase di approvazione del *progetto preliminare* e dell'eventuale adeguamento del *piano economico-finanziario* e dei connessi valori (*prezzi, durata concessione, entità tariffe ecc.*) offerti in gara, la *terza* procedura, a scelta della pubblica amministrazione, può svolgersi in due modi diversi: si può prevedere la presentazione da parte dei concorrenti di varianti al *progetto preliminare* posto a base di gara, di un nuovo *piano economico-finanziario* e dei connessi nuovi valori (*prezzi, durata concessione, entità tariffe ecc.*) oppure si può prevedere la presentazione limitata soltanto ad un nuovo *piano economico-finanziario* e ai connessi valori (*prezzi, durata concessione, entità tariffe ecc.*). In sostanza prevedere la presentazioni di offerte sia di natura qualitativa e sia quantitativa oppure limitare l'offerta a soli elementi aventi natura quantitativa Tale seconda scelta è da preferire in quanto la presentazione di possibili varianti al *progetto preliminare* potrebbe comportare una nuova approvazione dello

⁴³ Vedi nota 31.

stesso. In entrambi i casi, comunque, l'*offerta* è sicuramente più vantaggiosa per la pubblica amministrazione in quanto i valori (*prezzi, durata concessione, entità tariffe ecc.*) offerti sono sicuramente minimizzati rispetto a quelli previsti nel bando. Ci si può domandare se ciò è conveniente per il *promotore* o se non è più conveniente per lui la *seconda* procedura. Come ci si può domandare se è conveniente per la pubblica amministrazione indire una seconda gara con il rischio di ricorsi e senza la certezza di avere una reale migliore offerta o se non sia meglio la *seconda* procedura che le consente di negoziare l'affidamento dell'intervento. Queste considerazioni dimostrano l'inutilità della richiesta, avanzata dal mondo delle imprese, alla nuova introduzione del diritto di prelazione. In realtà tale diritto era interessante nella idea originaria: il *promotore* presenta una proposta senza alcun vincolo e se la pubblica amministrazione la considera d'interesse pubblico indice una gara e il *promotore*, adeguando la propria offerta alla migliore presentata in gara, ha diritto di vedersi aggiudicata la commessa. Nell'attuale versione il diritto di prelazione è del tutto inefficace. Sarebbe stato, invece, meglio, come si è prima osservato, prevedere un contributo per incentivare la presentazione di *studi di fattibilità* nella fase della programmazione triennale.

5. Contenuto delle offerte e delle proposte

Il codice dei contratti pubblici, in base alla modifica disposta del terzo decreto correttivo, prescrive che le *offerte* da presentare nella *seconda* e *terza* procedura e le *proposte* da presentare nella quarta procedura devono contenere:

- a) un *progetto preliminare*;
- b) una bozza di convenzione;
- c) un *piano economico-finanziario* asseverato da una banca comprendente anche l'importo – nella misura massima del 2,5% dell'entità dell'investimento come desumibile dallo *studio di fattibilità* posto a base di gara – delle spese sostenute per la predisposizione dell'*offerta* o della *proposta*, comprensivo pure dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 del codice civile;
- d) la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione

Secondo la normativa precedente all'ultima modifica le *proposte* dei *promotori* dovevano contenere:

- a) uno studio di inquadramento territoriale e ambientale;
- b) uno studio di fattibilità;
- c) un *progetto preliminare*;
- d) una bozza di convenzione;
- e) un *piano economico-finanziario* asseverato da un istituto di credito oppure da una società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'art. 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, oppure da una società di revisione ai sensi dell'art. 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966 comprendente anche l'importo – nella misura massima del 2,5% dell'entità dell'investimento come

- desumibile dallo *studio di fattibilità* posto a base di gara – delle spese sostenute per la predisposizione dell'*offerta* o della *proposta*, comprensivo pure dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 del codice civile;
- f) una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;
 - g) l'indicazione degli elementi di cui all'art. 83, comma 1, del codice dei contratti pubblici;
 - h) le garanzie offerte all'amministrazione aggiudicatrice.

Come si nota, vi è una notevole differenza fra i contenuti che devono avere, in base alla nuova normativa, le *offerte e le proposte* degli operatori economici, dai contenuti che dovevano avere, in base alla precedente normativa, le *proposte* dei *promotori*. La differenza è giustificata dal fatto che le quattro procedure sono comunque ad iniziativa della pubblica amministrazione e, pertanto, lo *studio di inquadramento territoriale e ambientale*, lo *studio di fattibilità* e l'*indicazione degli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa* cui all'art. 83, comma 1, del codice dei contratti pubblici, non possono che essere a carico della pubblica amministrazione. Anche per quanto riguarda i soggetti che possono asseverare i *piani economici finanziari* vi è una differenza. Nella nuova normativa l'asseverazione può essere fatta solo da istituti di credito e non più da società di servizi costituite dagli istituti di credito e da una società di revisione. Anche le garanzie nella nuova normativa sono diverse dalla precedente. Prima era previsto che il *promotore* doveva indicare nella *proposta* quali garanzie offriva, mentre ora è previsto che le *offerte* devono essere corredate dalla garanzia provvisoria prevista dal codice dei contratti pubblici e da una ulteriore garanzia stabilita dal bando nella misura massima del 2,5% del valore dell'investimento, come desumibile dallo *studio di fattibilità* posto a base di gara. La normativa dispone, altresì, che il soggetto è tenuto a prestare la cauzione definitiva prevista dal codice dei contratti pubblici nonché una cauzione, nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio, a garanzia degli obblighi contrattuali relativa alla gestione dell'opera.

Un'ulteriore differenza fra la precedente normativa e la nuova riguarda l'assenza di una specifica disposizione in materia di valutazione delle offerte. Il codice dei contratti pubblici nella precedente versione stabiliva che la valutazione delle proposte presentate dai *promotori* dovesse essere effettuata sulla base di un molteplicità di criteri: profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, qualità progettuale, funzionalità e fruibilità dell'opera, accessibilità al pubblico, rendimento, costo di gestione e di manutenzione, durata della concessione, tempi di ultimazione dei lavori, tariffa da applicare, metodologia di aggiornamento delle tariffe, valore economico e finanziario del piano, contenuto della bozza di convenzione e assenza di elementi ostativi alla realizzazione. La mancanza di tale prescrizione non significa che tali elementi non si debbano considerare ancora la base su cui si procede alla valutazione delle *offerte* e delle *proposte* ed alla individuazione di quella ritenuta la migliore. Mentre nella precedente normativa non era previsto un bando a monte della presentazione delle *proposte* dei *promotori* e, pertanto, i criteri non potevano che essere stabiliti dal codice dei contratti pubblici, nella nuova normativa è sempre previsto un bando che, come è prassi normale, deve indicare i criteri di valutazione. Sul tema della valutazione delle *offerte* e delle *proposte* si tornerà in prosieguo.

Uno dei documenti che precedentemente era previsto come contenuto delle *proposte* ed è ora previsto come contenuto delle *offerte* e delle *proposte* è il *progetto preliminare*. Il contenuto tecnico e amministrativo di tale elaborato è definito nel codice dei contratti pubblici⁴⁴ e nel vigente regolamento⁴⁵ con specifico riferimento all'appalto. Per individuare quali di queste norme si riferiscono anche alla concessione occorre partire dalla specifica disposizione prevista dal codice dei contratti pubblici⁴⁶ che dispone: “*Alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo che non siano derogate nel presente capo [capo II (concessioni di lavori pubblici) articoli da 142 a 151], le disposizioni del presente codice.*” Si tratta quindi di esaminare le disposizioni del codice dei contratti pubblici riguardanti gli appalti di lavori e gli appalti di servizi e cioè, in sostanza, le disposizioni che si dovrebbero applicare nel caso si considerasse l'appalto come *appalto misto*, e verificare se nei suddetti articoli vi sono deroghe. Va anche ricordato che nel codice dei contratti pubblici vi sono, anche al di fuori degli articoli da 142 a 151, particolari disposizioni riguardanti l'istituto della *concessione di lavori pubblici* che vanno anch'esse individuate.

Va subito osservato che negli articoli da 142 a 151 non vi sono deroghe al contenuto dei progetti (*preliminare, definitivo ed esecutivo*), mentre è stabilito che possono essere impiegate come procedura soltanto quella aperta e quella ristretta (*non si può impiegare la procedura negoziata*) e come criterio di aggiudicazione soltanto *l'offerta economicamente più vantaggiosa* (*non si può impiegare il prezzo più basso*). Ciò significa che occorre distinguere il caso in cui si segua la *prima* procedura dal caso in cui si segua una delle altre *tre*. Nel primo caso il livello di definizione tecnica del *progetto preliminare* posto a base di gara deve consentire l'indicazione dell'importo complessivo dei lavori, e la specificazione e gli importi delle *categorie generali* e delle *categorie specializzate* di cui è costituito l'intervento (*importi e categorie da determinare sulla base dei computi metrici del progetto*) ed in base ai quali dati si determinano i requisiti economico – finanziari e tecnico – organizzativi che devono possedere i soggetti esecutori dei lavori come concessionari oppure come imprese scelte dai concessionari nel rispetto delle norme previste dal codice dei contratti pubblici. Nel secondo caso tali indicazioni devono essere contenute nello *studio di fattibilità*.

Il tema della individuazione del costo degli interventi da realizzare, in particolare per quelli con copertura finanziaria di soggetti privati, è uno dei più complessi. Sulla base di tali costi si costruisce, in primo luogo, il *piano triennale* e l'*elenco annuale*, in secondo luogo, il *piano economico-finanziario*. Il problema è di minore importanza nel caso la pubblica amministrazione scelga di seguire la *prima* procedura in quanto eventuali errori nell'individuazione del costo dell'intervento in fase di programmazione può essere corretto in fase di redazione del *progetto preliminare*. Invece è di fondamentale importanza nel caso la pubblica

⁴⁴ Art. 93, comma 3.

⁴⁵ Titolo III, Capo II, Sezione II (Artt. da 18 a 24).

⁴⁶ Art. 142, comma 3.

amministrazione scelga di seguire la *seconda* o la *terza* procedura. Ma è di fondamentale importanza anche se, per inosservanza delle norme da parte della pubblica amministrazione, *operatori economici* decidano di avviare la *quarta* procedura.

Il legislatore si è posto tale problema sin dalla prima versione della legge quadro in materia di lavori pubblici⁴⁷. Per molti aspetti del processo di realizzazione dei lavori, prima la legge, ed ora il codice dei contratti pubblici ed il vigente regolamento, fanno, infatti, riferimento al *costo standardizzato*⁴⁸. Un'attenta valutazione delle disposizioni che richiamano questa nozione indica che il legislatore la considera come il costo dell'intervento pubblico programmato, in rapporto a predefinite prestazioni di servizio, per ogni unità di utenza dell'intervento stesso. Il legislatore considera che tale costo è variabile nel tempo, in rapporto alla specifica area territoriale, alla categoria connessa alla destinazione d'uso dell'intervento da realizzare, alla sua eventuale sottocategoria nonché alla tipologia alla quale il lavoro appartiene.

Tali costi sono chiaramente i costi parametrici riferiti a misure fisiche per determinate opere (*per esempio metro cubo vuoto per pieno di un ospedale con distinzione in rapporto alle sue caratteristiche, oppure chilometro di strada a due corsie, con distinzione a seconda dei siti di realizzazione*) e non, come forse potrebbe intendersi, i cosiddetti costi elementari di manodopera, materiali e noli o i costi unitari per categorie di lavori (*metro cubo di calcestruzzo gettato in opera, metro quadrato di pavimento posto in opera*). È infatti probabile che l'intenzione del legislatore sia stata quella di individuare il rapporto fra parametri fisici dell'opera e altre grandezze (*ad esempio: metro cubo di costruzione o diametro di tubazioni in rapporto al numero degli utenti, ai soggetti da curare o servire, al peso dei rifiuti da smaltire e così via*), parametri ai quali fanno riferimento numerose norme tecniche già in vigore. Per la determinazione dei *costi standardizzati* occorrerà, sicuramente, prendere a base di riferimento il costo di produzione, entrando poi nel merito della risposta esigenziale, prestazionale e quindi funzionale dell'intervento. Occorrerà precisare poi tutte le caratteristiche sociali, dimensionali, tecniche, tecnologiche, formali, comportamentali, di durata, nonché quelle relative al clima, alle zone di pertinenza (*zona sismica, a rischio idrogeologico, ecc*), alla morfologia del terreno (*montagna, pianura, ecc*). Solo così si potrà, infatti, costruire un indicatore funzionale e quantitativo che porti alla definizione di standard funzionali e di costo, cioè dei *costi standardizzati*.

Le norme presuppongono quindi una suddivisione del territorio nazionale in aree omogenee in rapporto al *costo standardizzato* relativo ai diversi interventi da

⁴⁷ Legge 11 febbraio 1994, n. 109.

⁴⁸ «l'Osservatorio ... determina annualmente costi standardizzati per tipo di lavoro in relazione a specifiche aree territoriali, facendone oggetto di una specifica pubblicazione» (*Art. 7, comma 4, lettera c) del codice dei contratti pubblici*; «il calcolo sommario della spesa è effettuato per quanto concerne le opere o i lavori, applicando alle quantità caratteristiche degli stessi, i corrispondenti costi standardizzati determinati dall'Osservatorio dei lavori pubblici ...» (*Art. 23, comma 1, lettera a) (DPR, n. 554/1999)*). Cfr. **Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici**, *Determinazione dei costi standardizzati, Problemi e prospettive*, Quaderno n. 1

realizzare. È una suddivisione che può derivare soltanto da un costante processo di revisione periodica dei risultati acquisiti, che deve avere ad oggetto il *costo standardizzato* ipotizzato, per poter tenere conto della soddisfazione dei bisogni, della variazione della domanda di servizio erogabile, dell'evoluzione del mercato e dei costi a consuntivo, intesi come dati di ritorno. Alla luce delle disposizioni legislative e regolamentari si può ritenere che la determinazione dei *costi standardizzati* risponda ai seguenti obiettivi:

- ottenere una corretta e precisa rispondenza alle finalità programmate;
- fornire elementi utili per la redazione degli *studi di fattibilità* e del *documento preliminare alla progettazione*⁴⁹;
- poter prevenire, già prima della progettazione, il reale importo dell'intervento programmato.

Istituendo l'Osservatorio, il legislatore ha probabilmente tenuto presente la figura dei *Quantity Surveyors* inglesi, organizzazioni professionali private che detengono un ampio *know how* specializzato e memorizzato e che sono in grado di assistere la progettazione fornendo non soltanto gli elementi necessari per quantificare e stimare l'opera, ma anche gli elementi tecnico-economici necessari per definire le specifiche di qualità e di prestazioni. Il *know how* di queste organizzazioni viene poi costantemente accresciuto attraverso l'acquisizione di tutti i dati relativi agli interventi che esse seguono.

Va purtroppo constatato che i suddetti *costi standardizzati* non sono ancora stati individuati. L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (*ora Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*) aveva dato inizio ad una ricerca per procedere in tal senso ma, per varie ragioni, tale ricerca non è ancora arrivata alla conclusione. Va osservato che se tale mancanza poneva in passato problemi, questi sono oggi ancora più evidenti tenuto conto che, per le opere finanziabili con risorse private, le gare si possono svolgere sulla base di *studi di fattibilità* che se non sono costruiti su dati, in qualche misura, certi non hanno la possibilità di essere bancabili.

Un altro dei documenti che era previsto, nella normativa antecedente alla modifica effettuata dal terzo decreto correttivo, come contenuto della *proposta* del *promotore* e che ora è previsto come contenuto dell'*offerta*, nel caso si impieghi la *seconda* e la *terza* procedura, e della *proposta*, nel caso si impieghi la *quarta* procedura, è la *bozza di convenzione*. Il documento costituisce uno dei punti sui quali la stazione appaltante è chiamata a prestare maggiore attenzione in sede di valutazione dell'*offerta*. In primo luogo va ricordato che il codice dei contratti pubblici⁵⁰ ed il vigente regolamento⁵¹ stabiliscono quali contenuti debbano essere, comunque, presenti nella convenzione. In particolare deve contenere il *piano economico-finanziario* di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e deve specificare per ogni anno il valore residuo

⁴⁹ Art. 93, comma 1, del codice dei contratti pubblici e art. 15, commi 4 e 5, del vigente regolamento (DPR n. 554/1999)

⁵⁰ Art. 143, commi 4, 5, 6, 7, e 8.

⁵¹ Art. 86 (DPR n. 554/1999)

dell'investimento al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione, anche prevedendo un corrispettivo per tale valore residuo. Deve inoltre indicare quali sono i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione e prevedere che variazioni apportate a tali presupposti o condizioni di base comportano una modifica del piano e, quindi, nuove condizioni quali per esempio aumenti o riduzioni di tariffe o della durata della concessione.

Merita un esame particolare la disposizione che prevede l'obbligo di indicare nella convenzione il valore residuo dell'investimento al netto degli ammortamenti annuali, nonché di specificare l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione. Le due disposizioni, infatti, possono essere interpretate in due modi: l'entità dell'ammortamento annuale è fissato contrattualmente in base al *piano economico-finanziario* contenuto nella convenzione ed è quindi indipendente dalla reale quantità dei servizi venduti all'utenza o al concedente oppure è dipendente dalla reale quantità dei servizi venduti. Nel primo caso il rischio del mercato è tutto del concessionario ma il piano può anche prevedere che non tutto l'investimento è coperto da tale attesa vendita e, pertanto, nella convenzione può essere previsto che al termine della concessione resta, a carico del concedente, il pagamento di una quota prefissata residua dell'investimento. In sostanza quello che nel settore privato si chiama mutuo con rata finale di importo maggiore delle rate annuali. Nel secondo caso, invece, la rata finale dipende dall'effettiva entità della vendita dei servizi all'utenza o al concedente e, pertanto, la quota finale può essere nulla o di un certo importo. Il primo caso è certamente più rispondente all'ipotesi di concessioni di *opere calde*, il secondo di *opere fredde* o di *opere tiepide*.

Oltre a quanto previsto dal codice dei contratti pubblici la bozza di convenzione deve contenere anche quanto previsto dal vigente regolamento. Unitamente a tali contenuti la bozza dovrebbe prevedere pure i rischi connessi alla gestione dell'opera ed alle relative condizioni di mercato. Infatti per le *opere fredde* è corretto prevedere che sia trasferito al privato oltre il rischio di costruzione, almeno uno dei due tipici rischi delle concessioni, ovvero disponibilità e mercato.

L'allocazione al soggetto privato del rischio di costruzione dell'opera implica l'applicazione di specifiche condizioni contrattuali in ordine, per esempio, a vizi di progettazione, a consegna ritardata dell'opera, ad extra costi. Per quanto riguarda il rischio di disponibilità, dovrebbe essere previsto un meccanismo di riduzione dei pagamenti pubblici, a fronte di prestazioni non fornite o fornite secondo standard di qualità inferiori a quelle stabilite per convenzione e per quanto attiene il rischio di mercato, dovrebbero essere, ad esempio escluse da parte del soggetto pubblico, clausole di garanzia del tipo *minimo garantito*. La presenza di dette clausole implica che il rischio di mercato non grava sul concessionario ma sul concedente. Non è escluso che si possa prevedere anche *il minimo garantito* se esso rientra in una valutazione più complessiva in sede di aggiudicazione del contratto.

6. Il cosiddetto rischio amministrativo

Esaminando le nuove procedure va rilevato che esse, come era previsto nella precedente normativa, hanno inizio a valle dell'approvazione del *programma triennale* e dell'*elenco annuale* e comportano, comunque, la redazione del *progetto preliminare* e del connesso *piano economico-finanziario* che, nella *prima* procedura, sono redatti a cura dell'amministrazione pubblica e, nella *seconda*, *terza* e *quarta* procedura, sono redatti a cura dei concorrenti. La differenza è molto importante in ordine all'*iter* da seguire per tener conto delle modifiche da apportare alle *offerte*, nella *seconda* e *terza* procedura, e alla *proposta*, nella *quarta* procedura, per effetto delle eventuali prescrizioni disposte in sede della *valutazione di impatto ambientale* e dell'acquisizione di tutti i prescritti necessari *consensi tecnico amministrativi*. La differenza è dovuta al fatto che nella *prima* procedura l'amministrazione può e deve sottoporre il *progetto preliminare*, prima della indizione della gara, alla *conferenza preliminare di servizi* e, quindi, pone a base di gara un *progetto preliminare* che non presenta grandi rischi amministrativi mentre nelle altre procedure le *offerte* e le *proposte* non sono state sottoposte e non possono essere sottoposte ad una *conferenza preliminare di servizi* con la conseguenza che i rischi amministrativi sono molto alti.

Questo aspetto è uno dei punti più critici della *seconda*, *terza* e *quarta* procedura che prevedono un importante contributo di soggetti privati. Infatti il procedimento di aggiudicazione si fonda su una *offerta* o *proposta* di un soggetto privato che ha una coerenza sintetizzabile nell'equilibrio del *piano economico-finanziario* dell'intervento, il quale rispecchia costi e ricavi in una prospettiva temporale che abbraccia il tempo di gestione ritenuto conveniente e necessario. Qualora nel corso del procedimento l'*offerta* o la *proposta* muta con incrementi di costi in adempimento alle prescrizioni della *valutazione di impatto ambientale* oppure dell'acquisizione dei consensi *tecnico amministrativi*, non può negarsi che il *piano economico-finanziario* non presenta più un corretto equilibrio.

Giustamente la nuova normativa prende atto che le regole del gioco, sia dell'evidenza pubblica e sia delle operazioni in *finanza di progetto*, prescrivono che durante l'aggiudicazione gli aspetti fondamentali dell'intervento devono rimanere invariati e i concorrenti si devono contendere l'aggiudicazione puntando sulla propria capacità di efficienza produttiva, sia costruttiva sia di gestione. In sostanza nel caso che le prescrizioni della *valutazione di impatto ambientale* o dell'acquisizione dei consensi *tecnico amministrativi* comportino un aumento dell'investimento il *piano economico-finanziario* della *offerta* o della *proposta* non ha più equilibrio e per la prosecuzione del procedimento occorre predisporre un nuovo *piano economico-finanziario* con un diverso equilibrio. La normativa⁵² parla in tal caso di *eventuale adeguamento del piano economico-finanziario* ma non chiarisce come si deve procedere a tale adeguamento. Questo non può non avvenire

⁵² Art. 153, comma 3, lettera a) del codice dei contratti pubblici.

che tramite una negoziazione fra il *promotore* e la pubblica amministrazione. L'esperienza negativa del passato suggerisce che le regole per procedere all'adeguamento del *piano economico-finanziario* siano contenute nei documenti di gara. In particolare sia chiarito con quali prezzi unitari si determinino i costi degli eventuali lavori aggiuntivi o modificativi che siano stati prescritti in sede di approvazione del *progetto preliminare*. Tutto ciò non si verifica nella *prima* procedura che è totalmente pubblica in quanto, come si è prima precisato, il *progetto preliminare* posto a base di gara è già passato ad una preventiva *valutazione di impatto ambientale*.

Questo rischio amministrativo può essere molto ridotto se si modifica la filiera decisionale riguardante gli *studi di fattibilità* su cui si costruiscono i *programmi triennali* e gli *elenchi annuali*. Infatti la pubblica amministrazione orienta il mercato se, prima di attivare uno dei procedimenti, si doti di uno *studio di fattibilità* che individui le principali problematiche ambientali legate alla localizzazione del progetto e prospetti le soluzioni mitigatrici. E ciò non può non essere fatto in quanto le norme vigenti⁵³ precisano che i bandi di gara della *seconda* e della *terza* procedura devono indicare, in particolare, l'ubicazione e la descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire, in modo da consentire che le offerte siano presentate secondo presupposti omogenei. Ciò può ottenersi se, almeno per le opere che sono da realizzare con risorse private e, in particolare, per quelle da sottoporre alla valutazione di impatto ambientale:

- a) l'inserimento nel *piano triennale* avvenga sulla base di *studi di fattibilità* con contenuti definiti e puntuali;
- b) lo *studio di fattibilità* sia sottoposto all'approvazione preliminare di una *conferenza di servizi*;
- c) il *progetto preliminare* prima di essere posto a base di gara sia sottoposto all'approvazione preventiva di una *conferenza decisoria*.

Un altro strumento che può consentire alle amministrazioni di mitigare il cosiddetto rischio amministrativo è quello dell'*accordo di programma*⁵⁴. Si è sottolineato che la localizzazione dell'opera nelle operazioni di *finanza di progetto* deve essere certa al momento della programmazione e ciò può essere, sicuramente

⁵³ Art. 153, comma 7, del codice dei contratti pubblici.

⁵⁴ Nel diritto amministrativo italiano un *accordo di programma* è una convenzione tra enti territoriali (*regioni, province o comuni*) ed altre amministrazioni pubbliche mediante la quale le parti coordinano le loro attività per la realizzazione di opere, interventi o programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, l'azione integrata e coordinata di comuni, di province, di regioni, di amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici o comunque di due o più tra i soggetti predetti. Introdotto dall'art. 27 della legge 142/1990, ma con precedenti in alcune normative settoriali degli anni ottanta, l'*accordo di programma* è ora disciplinato dall'art. 34 del d.lgs. 267/2000 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*). Il procedimento per la conclusione dell'accordo è promosso dal presidente della regione, dal presidente della provincia o dal sindaco, in relazione alla competenza primaria o prevalente sull'opera o sugli interventi o sui programmi di intervento, anche su richiesta di uno o più dei soggetti interessati, per assicurare il coordinamento delle azioni e per determinarne i tempi, le modalità, il finanziamento ed ogni altro connesso adempimento. Ne segue che in un *accordo di programma* una delle parti deve essere necessariamente una regione, una provincia o un comune (*cd. soggetti necessari*).

ottenuto tramite l'istituto dell'*accordo di programma*. E' stato riscontrato, invece, che sono molti i procedimenti che terminano per l'incertezza sulla localizzazione progettuale o si arenano per difficoltà di portare a termine le varianti ai piani urbanistici. In entrambi i casi è opportuno utilizzare prima della programmazione lo strumento dell'*accordo di programma*, in modo da garantire la certezza dei presupposti procedurali per avviare l'*iter* delineato dagli articoli 37-*bis* e s.s. della legge n. 109/94 e s.m.

7. Lo studio di fattibilità

Per quanto riguarda lo *studio di fattibilità* occorre rammentare che il codice dei contratti pubblici⁵⁵ prevede che *“Il programma triennale costituisce momento attuativo di studi di fattibilità e di identificazione e quantificazione dei propri bisogni che le amministrazioni aggiudicatrici predispongono nell'esercizio delle loro autonome competenze...”*..... *“Gli studi individuano i lavori strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, indicano le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e contengono l'analisi dello stato di fatto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, e nelle sue componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche.”* Ed il vigente regolamento⁵⁶ prevede inoltre che : *“Sulla base dello studio di cui al comma 1 (si tratta dello studio per l'individuazione del quadro dei bisogni e delle esigenze, al fine di individuare gli interventi) le amministrazioni aggiudicatrici provvedono alla redazione di studi di fattibilità necessari per l'elaborazione del programma triennale”*.

Peraltro, il decreto⁵⁷ che disciplina le modalità e gli schemi tipo per la redazione del *programma triennale* impone la redazione, per ognuno degli interventi di importo inferiore a 10 milioni di euro, di *studi sintetici di fattibilità*, nei quali devono, però, essere indicati *“le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie dell'intervento”* e devono essere riportati *“l'analisi dello stato di fatto dell'intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, e di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche”*. Per gli interventi di importo superiore a 10 milioni di euro il decreto⁵⁸ impone, invece, la redazione di *studi di fattibilità* ai sensi dell'art. 4, comma 1, della legge n. 144/99. È evidente che la norma, nell'imporre per gli interventi di importo inferiore a 10 milioni di euro, la redazione di *studi sintetici di fattibilità*, fa riferimento ad una tecnica di esposizione sintetica. Lo studio deve comunque approfondire quegli aspetti imprescindibili cui si è fatto sopra riferimento, onde consentire alla pubblica amministrazione l'inserimento nella programmazione di un'opera che risponda all'interesse pubblico e che sia effettivamente realizzabile con un'operazione di *finanza di progetto*.

⁵⁵ Art. 128, comma 1.

⁵⁶ Art. 11, comma 2, del DPR n. 554/99.

⁵⁷ DM 9 giugno 2005 (Art. 2, comma 2).

⁵⁸ DM 9 giugno 2005 (Art. 2, comma 3)

Naturalmente il contenuto dello *studio di fattibilità* ed il livello di approfondimento deve essere calibrato sulla complessità dell'opera da realizzare. Tuttavia, anche nei casi di opere con minore complessità i contenuti dello *studio di fattibilità* devono comunque prevedere gli elementi fondamentali atti ad individuare concretamente i bisogni dell'amministrazione, gli eventuali vincoli, la fattibilità tecnica e la convenienza economica e devono consentire, nel caso si tratti di opere realizzabili in tutto o in parte con risorse private, al privato di presentare una *offerta* o *proposta* coerente con i bisogni dell'amministrazione, oltre che fattibile dal punto di vista amministrativo.

Dal quadro normativo e dalle considerazioni sopra svolte, emerge con chiarezza la necessità, ai fini dell'inserimento di un intervento nel *programma triennale*, della redazione di uno *studio di fattibilità*, indipendentemente dal valore economico dell'opera da realizzare e dall'eventuale coinvolgimento di capitali privati⁵⁹. Tale documento è quindi imprescindibile per la redazione del *programma triennale* di opere pubbliche o di altri strumenti di programmazione formalmente approvati dalle amministrazioni aggiudicatrici

Da quanto esposto si può affermare che lo *studio di fattibilità* non è delineato in modo soddisfacente nei suoi contenuti né nel codice dei contratti pubblici e né nel vigente regolamento. La normativa in materia di conferenza di servizi⁶⁰, consente, però, a chiunque e, dunque, anche alle pubbliche amministrazioni di convocare una *conferenza di servizi* anche sulla base di uno *studio di fattibilità* per verificare quali siano le condizioni per ottenere gli atti di consenso al momento della presentazione della progettazione successiva. Dunque la pubblica amministrazione può provocare anche una pronuncia preventiva dell'organismo che presidia gli interessi ambientali e degli altri organismi ai quali spetta il rilascio dei prescritti consensi tecnico amministrativi per garantirsi il loro assenso nelle fasi successive. Se si è operato in tal senso i bandi di gara pubblicati dalle pubbliche amministrazione dovranno prescrivere che le *offerte* devono essere coerenti con lo *studio di fattibilità* e rispettose delle condizioni dettate in sede di *conferenza preliminare*. Se si opera in tal senso si ha una evidente ottimizzazione del procedimento di gara. Infatti la previsione delle problematiche ambientali da considerare e da superare:

- a) abbatta notevolmente il rischio che la valutazione di impatto ambientale possa, successivamente, far saltare il *piano economico-finanziario* proposto per l'aggiunta di costi;
- b) consente di rigettare le offerte presentate che non abbiano considerato le problematiche ambientali e le necessarie soluzioni di mitigazione;
- c) rende più facile la comparazione delle offerte al fine della scelta di quella da ritenere la migliore.

Come si è prima precisato manca nella normativa legislativa e in quella regolamentare l'indicazione di quali debbano essere i contenuti minimi degli *studi di fattibilità*. Il vigente regolamento ed il nuovo regolamento in corso di redazione

⁵⁹ Si veda anche Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 23 ottobre 2002, n. 5824

⁶⁰ Art. 14-*bis*, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241.

definiscono in dettaglio i contenuti tecnici ed amministrativi del *progetto preliminare*, del *progetto definitivo* e del *progetto esecutivo*⁶¹. Forse sarebbe opportuno che nello stesso modo il vigente regolamento disciplinasse gli *studi di fattibilità*. D'altra parte vi sono molti documenti che illustrano quali dovrebbero essere i contenuti tecnici ed operativi degli *studi di fattibilità* che potrebbero essere di base per inserire tali disposizioni nel nuovo regolamento in corso di redazione⁶².

Dalle prescrizioni normative e dai documenti indicati si può ritenere che uno *studio di fattibilità* dovrebbe, in sintesi, contenere:

- a) *le analisi propedeutiche e alternative di progetto*: consistenti nella individuazione, analisi e stima del fabbisogno (*domanda*), nella scelta fra le possibili alternative strumentali a dare risposta al fabbisogno individuato (*offerta*), nella individuazione della localizzazione, nella illustrazione dell'inquadramento urbanistico e territoriale complessivo dell'opera, nella determinazione del modello di gestione e manutenzione dell'opera il tutto finalizzato a ridurre l'incertezza dei *flussi di cassa* che caratterizzano la *finanza di progetto*;
- b) *l'analisi della convenienza sociale dell'intervento*: consistente nel verificare che sussiste un sufficiente ed adeguato grado di utilità dell'opera per la collettività;
- c) *l'analisi della fattibilità tecnica*: consistente nella identificazione delle funzioni da insediare, nel descrivere le caratteristiche tecnico-funzionali e dimensionali delle varie opere costituenti l'intervento con un dettaglio sufficiente per permettere di realizzare le successive fasi di fattibilità (*in particolare quelle: ambientale, finanziaria ed economica*);
- d) *l'analisi della compatibilità ambientale*: consistente nel valutare che vi sono le condizioni per non compromettere gli obiettivi generali di protezione della salute e della qualità della vita, di mantenimento della biodiversità, di riproduzione degli ecosistemi, di utilizzo razionale e durevole delle risorse naturali e che nei processi di formazione delle decisioni in ordine alle necessarie prescritte autorizzazioni tecnico amministrative non ci sia il rischio di prescrizioni che non consentano il raggiungimento degli obiettivi che si intendono perseguire;
- e) *l'analisi della sostenibilità finanziaria dell'opera*: consistente in un accurato studio finanziario relativo sia alla fase di realizzazione dell'opera

⁶¹ Va osservato che il testo del redigendo regolamento esecutivo ed attuativo del codice dei contratti pubblici previsto dall'art. 5 del codice, nella versione che si conosce, amplia il contenuto del *progetto preliminare* che diventa, quindi, un progetto più vincolante e dettagliato e, quindi, più utilizzabile ai fini di ottenere risposte dai concorrenti più aderenti agli obiettivi che intende conseguire la pubblica amministrazione; il nuovo testo costituisce sostanzialmente l'estensione della normativa tecnica riguardante le opere rientranti nella legge obiettivo, riportata nell'allegato XXI del detto codice, alle opere ordinarie.

⁶² Allegato B "Indice dei requisiti minimi dello studio di fattibilità" della Delibera CIPE 30 giugno 1999; le note per la redazione degli studi di fattibilità ex delibera CIPE 30.6.99, n. 106/99 (Regioni del Sud) ex delibera CIPE 6.8.99, n. 135/99 (Regioni del Cento Nord), predisposte dall'UVAL nel maggio 2000; gli studi di fattibilità delle opere pubbliche – Guida per la certificazione da parte dei Nuclei regionali di valutazione e verifica degli investimenti pubblici (NUVV), versione aggiornata giugno 2003

(*investimento e suo finanziamento*), e sia a quella di esercizio (*costi e ricavi*) finalizzato a verificare che sia valido il piano di finanziamento dell'opera e di verificare e valutare quella che sarà la situazione finanziaria per la gestione e manutenzione dell'opera;

- f) *l'analisi della sostenibilità economica dell'opera*: consistente in una analisi strutturalmente simile a quella finanziaria, ma con una visione più ampia di quella dell'analisi finanziaria, relativa, quindi, anche degli eventuali costi e benefici economici non riguardanti direttamente l'opera ma anche di quelli esterni o indiretti;
- g) *l'analisi degli aspetti amministrativi e procedurali*: consistente nel verificare la sussistenza delle condizioni istituzionali, amministrative, organizzative ed operative necessarie alla realizzazione dell'intervento;
- h) *l'analisi di rischio e di sensitività*: consistente nella identificazione degli eventi sfavorevoli che possono incidere sulle condizioni di fattibilità dell'opera (*variazioni dei costi, dei rientri e dei benefici*) e nella valutazione entro quali limiti tali eventi insiti nell'intervento possano, eventualmente, influenzare i risultati economici e finanziari dell'opera.

Va poi precisato che molti aspetti critici dovuti a mancanze di prescrizioni o indirizzi possono essere superati dai disciplinari dei bandi di gara. Per esempio sarebbe opportuno o forse indispensabile:

- a) indicare – motivandone ove necessario le ragioni – tutti quegli elementi o condizionamenti importanti che il progettista e la proposta in generale devono considerare con il limite, però, di indicare solo i vincoli indispensabili, al fine di non comprimere senza motivi la *creatività* del mercato;
- b) prescrivere che la pubblica amministrazione – al fine del superamento del ritardo del *closing* finanziario che può portare alla crisi finanziaria del concessionario e in ultimo al fallimento dell'iniziativa – provvederà alla sottoscrizione del contratto con l'aggiudicatario a condizione che questi presenti l'impegno, da parte degli istituti di credito o dei soci finanziatori, a finanziare il progetto per la parte non coperta dalla contribuzione pubblica;
- c) prescrivere che la proposta, qualora riguardi la realizzazione di opere di particolari complessità tecnica e rilevanza economica, contenga clausole contrattuali di *project, risk management e cost control*;
- d) prevedere – al fine di ridurre le difficoltà dei concessionari ad ottenere i finanziamenti per il progetto pur avendo sottoscritto il contratto di concessione di lavori pubblici – che i singoli elementi di rischio⁶³ vengano correttamente mitigati ed allocati tra le parti, con indicazione specifica di tali previsioni in singole clausole della bozza di convenzione.

Va poi osservato che il terzo decreto correttivo non ha definito altri aspetti problematici della *finanza di progetto*; tale carenza potrebbe, però, essere recuperata nel nuovo regolamento in corso di redazione concordando, ove necessario, le definizioni con il mondo bancario e le organizzazioni delle imprese. In particolare occorrerebbe definire

⁶³ Quali ad esempio il rischio di pianificazione, di progettazione, di costruzione, di collaudo, di gestione, di mercato; di inflazione e quello tecnologico e legale, ecc.

- a) il contenuto dei termini *equilibrio economico-finanziario*; *alea economico-finanziaria della gestione*; *rendimento dell'opera da realizzare*;
- b) una procedura *standard*, che consenta una corretta valutazione economica dei beni immobili da cedere in proprietà o in diritto di godimento al concessionario con la precisazione che a tali fattispecie possono applicarsi, per analogia, i commi 6, 7 e 8 dell'art. 53 del codice dei contratti pubblici;
- c) i vincoli che deve avere la partecipazione della pubblica amministrazione nelle *società di progetto* atteso che essa ha il ruolo fondamentale, nei confronti del soggetto concessionario, di controllare l'andamento del progetto nel corso delle varie fasi, da quella di progettazione, a quella di realizzazione e gestione e ciò potrebbe configurare talune ipotesi di conflitto di interesse tra tale ruolo e quello proprio della società che realizza e gestisce il progetto medesimo;
- d) le condizioni per l'accorpamento di più opere pubbliche con un solo procedimento anche se localizzate in luoghi differenti purché siano da considerare per connessione funzionale, gestionale, tecnica e sociale come *un unicum*.

8. Il problema della scelta delle offerte e delle proposte

Tutte e *quattro* le procedure previste dal codice dei contratti pubblici per l'affidamento delle concessioni prevedono – per la scelta della migliore offerta nella *prima* nella *seconda* e nella *terza* procedura e della migliore *proposta* nella *quarta* procedura – l'impiego del criterio dell'*offerta economicamente più vantaggiosa*. Tale disposizione merita una particolare analisi in quanto l'applicazione di tale criterio costituisce una delicata fase dell'intero procedimento Non solo per quanto riguarda la necessità di rispettare i principi comunitari così come esplicitati nel codice dei contratti pubblici (*economicità, efficacia, tempestività, correttezza, concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza proporzionalità e pubblicità*)⁶⁴ ma anche perché presuppone scelte politiche quali per esempio la durata della concessione, l'entità del contributo pubblico, il livello delle tariffe da applicare all'utenza.

Il criterio è inquadrabile nel problema dell'analisi e della valutazione quantitativa di commesse qualsiasi sia l'oggetto della commessa: lavori, servizi o forniture.

Va osservato che il problema della scelta fra più oggetti (*in senso lato cioè "prodotti", "servizi", "progetti", "soggetti fisici o giuridici"*) contrassegnati da più caratteristiche o attributi (*per esempio la scelta di una automobile fra più automobili ognuna caratterizzata da un dato costo, da una data velocità massima, da un dato consumo, da un dato numero di optional, da una data qualità estetica, da un dato coefficiente aerodinamico, avendo fissato, per ciascuno di questi attributi una*

⁶⁴ Art. 2, comma 2.

misura minima, per quelli da massimizzare, o una misura massima, per quelli da minimizzare) è stato affrontato dalla teoria economica e, in particolare, dall'estimo da molti anni. Rientra proprio in tale problematica il tema della scelta da parte della pubblica amministrazione di un progetto fra più progetti ognuno dei quali ha effetti diversi sul *benessere sociale* oppure la scelta, in una gara di forniture, di un *prodotto* fra offerte di più *prodotti*⁶⁵. Negli ultimi anni sono state sviluppate molte tecniche, *multicriteri e multiobiettivi*, finalizzate a consentire scelte consapevoli e corrette⁶⁶.

Il vigente regolamento prevede la possibilità di impiegare per la valutazione delle *offerte* uno qualsiasi dei metodi che si ritrovano nella letteratura scientifica⁶⁷. Il vigente regolamento ne indica, in particolare, alcuni: *l'aggregativo-compensatore, l'electre, l'analytic hierarchy process (AHP), l'evamix, il technique for order preference by similarity to ideal solution (TOPSIS)* ed illustra, fornendone le indicazioni operative, il metodo *aggregativo-compensatore* ovvero della *somma pesata* ed il metodo *electre*. Il primo è il più facile ad essere impiegato. Si tratta, tuttavia, di un metodo segnato da un limite: a parità di punteggio, non consente di tenere conto della composizione del punteggio stesso, perché le voci si compensano (*se due concorrenti hanno ottenuto, ad esempio, un punteggio di 70, non è possibile preferire quello che ha riportato 30+40 all'altro, che ha riportato 10+60 e che presenta quindi un elemento di valutazione molto carente*). L'ordinamento in materia di lavori pubblici precedente al codice dei contratti pubblici ha avuto, quindi, il grande merito di fornire la soluzione alla ricerca del miglior compromesso fra le *offerte* presentate in gara.

Per cogliere appieno gli aspetti problematici del criterio dell'*offerta economicamente più vantaggiosa* va ricordato che esso comporta la presentazione da

⁶⁵ Art. 15, comma 12, del vigente regolamento (DPR n. 554/1999)

⁶⁶ **G.B. Crawford**, *The geometric mean procedure for estimating the scale of a judgment matrix*, *Mathematical Modelling*, 1987, nn. 3-5; **L. Fusco Girard** (a cura di), *Conservazione e sviluppo: la valutazione nella pianificazione fisica*, F. Angeli, 1989; **ID.**, *Risorse architettoniche e culturali: valutazioni e strategie di conservazione. Una analisi introduttiva*, F. Angeli, Milano, 1990; **ID.**, (a cura), *Estimo ed economia ambientale: le nuove frontiere nel campo della valutazione*, *Studi in onore di Carlo Forte*, F. Angeli, Milano, 1993; **R. Roscelli** (a cura di), *Misurare nell'incertezza*, CELID, Torino, 1990; **M. Florio**, *La valutazione degli investimenti pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1991; **P. Rostirolla**, *Ottimo economico: processi di valutazione e di decisione*, Liguori Editore, Napoli, 1992; **ID.**, *La fattibilità economico-finanziaria, metodi e applicazioni*, Liguori Editore, Napoli 1998; **P. Cesarano**, *I progetti di investimento: analisi valutative nel sistema economico italiano*, F. Angeli, Milano 1993; **L. Della Spina**, *Procedure di valutazione della qualità abitativa*, Sangemini editore, Roma, 1994; **G. Cerea** (a cura), *Gli investimenti degli enti locali e i loro costi*, il Mulino, Bologna, 1995; **L. Fusco Girard, P. Nijkamp**, (a cura), *Le valutazioni per lo sviluppo sostenibile della città e del territorio*, Franco Angeli, Milano, 1997; **T.L. Saaty**, *The Analytic Hierarchy Process*, McGraw-Hill, New York, NY, 1980; *The Analytic Network Process (ANP)*, RWS Publications, Pittsburgh, Penn., 1996; **W. Toniati-D. Gregori**, *Il calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, Ipsoa, Milano, 2002; **A. Coletta**, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, CEDAM, Padova 2004, *pagg. 747-755 e 888-910*; *Il Consiglio di Stato sull'offerta economicamente più vantaggiosa: finalmente chiarezza sulle formule per il prezzo*. *Giustizia Amministrativa*, n. 55, 2005; *Appendice tecnica (artt. 81, 82, 83, 84, 86, e 88 - codice)*, pubblicato l'11/12/2007 su www.giustamm.it; **D.Albonetti-S.Degli-Esposti-G.C. Manara**, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, Maggioli, Ravenna, 2006;

⁶⁷ Allegati A, B, C, D ed E.

parte dei concorrenti di *offerte* caratterizzate da più attributi o proprietà di natura quantitativa (*per esempio il prezzo o il ribasso sul prezzo posto a base di gara, il tempo di esecuzione della commessa, il tempo di durata di una concessione, il livello della tariffa da applicare all'utenza*) altre di natura qualitativa (*per esempio la qualità progettuale, la migliore funzionalità*) e che l'aggiudicazione avviene sulla base di una valutazione congiunta e ponderata di tali attributi o proprietà effettuata da una commissione giudicatrice.

Un aspetto particolare che merita di essere evidenziato riguarda il fatto che i *criteri di valutazione* sono sempre caratterizzati da quattro aspetti fondamentali: possono avere natura quantitativa oppure natura qualitativa e sono da massimizzare oppure da minimizzare. Quelli di natura qualitativa, a loro volta, possono essere di tipo prestazionale misurabile o non misurabile. In sostanza i criteri di valutazione possono essere tangibili o intangibili.

Sul piano strettamente giuridico, la giurisprudenza ha stabilito che le offerte relative agli aspetti di natura quantitativa e le *offerte* relative agli aspetti di natura qualitativa vanno incluse in buste separate e che la valutazione delle *offerte* di natura qualitativa deve essere effettuata dalla commissione giudicatrice prima della conoscenza delle *offerte* di natura economica e, quindi, quantitativa. La giurisprudenza ha anche stabilito che la valutazione delle *offerte* tecniche deve avvenire in sedute riservate mentre la verifica della documentazione da presentare per partecipare alla gara, l'apertura delle buste contenenti le *offerte* economiche nonché la determinazione della graduatoria finale – sulla base dei punteggi assegnati, in seduta riservata, per le *offerte* tecniche e, in seduta pubblica, per le *offerte* economiche – deve avvenire in seduta pubblica⁶⁸. Come si vede, quindi, sul piano giuridico e, cioè, sul piano delle procedure vi è sufficiente chiarezza. Non è così, invece, sul piano tecnico.

Il codice dei contratti pubblici elenca⁶⁹, anche se l'elencazione è a titolo esemplificativo, i criteri di valutazione che possono essere impiegati. Essi sono: il prezzo; la qualità; il pregio tecnico; le caratteristiche estetiche e funzionali; le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto; il costo di utilizzazione e manutenzione; la redditività; il servizio successivo alla vendita; l'assistenza tecnica; la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; l'impegno in materia di pezzi di ricambio; la durata del contratto di concessione; le modalità di gestione della concessione; il livello ed i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti. Il terzo decreto ha aggiunto⁷⁰ che l'esame delle *proposte* – quindi sembrerebbe solo quelle di cui alla *quarta* procedura in quanto nella *prima, seconda* e *terza* si parla di *offerte* – è esteso alla qualità del *progetto preliminare* presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione. Non si ritiene corretta tale conclusione in quanto tutti e tre gli indicati elementi sono

⁶⁸ Cfr. ex multis, Consiglio di Stato Sezione V, 18 marzo 2004, n. 1427; Consiglio di Stato Sezione V 18 marzo 2004, n. 1418

⁶⁹ Art. 83, comma 1.

⁷⁰ Art. 153, comma 5.

parte integrante anche delle *offerte*. Questa considerazione è suffragata anche dal fatto che, in verità, il terzo decreto correttivo parla di *proposte* pure quando prescrive che il bando deve indicare i criteri, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse *proposte*. Chiaramente, però, si riferisce anche alle *offerte*.

Per comprendere l'essenza del tema dell'*offerta economicamente più vantaggiosa* è utile costruire, una matrice (*vedi successiva tabella 1*) – detta matrice degli impatti, o matrice di valutazione, o matrice di decisione, o matrice di desiderabilità, o matrice di fattibilità – il cui asse orizzontale rappresenta i criteri di valutazione ed il cui asse verticale le *offerte* o le *proposte*. In sostanza costituisce la tabulazione delle misure quantitative e qualitative del grado di perseguimento o di soddisfazione che ogni *offerta* o *proposta* presenta nei riguardi di ogni obiettivo o criterio di valutazione, espresse nelle unità di misura del relativo criterio. Nell'ultima riga sono indicati i pesi o punteggi che la pubblica amministrazione ritiene debbano avere i criteri nella valutazione ponderata delle offerte. Va osservato che la scelta dei pesi è di natura politica. Attribuire, per esempio, alla durata della concessione un peso più elevato di quello attribuito al livello delle tariffe da applicare per la prestazione del servizio all'utenza, significa dare più peso alla riduzione della durata della concessione rispetto alla riduzione delle tariffe con la conseguenza che i concorrenti saranno sollecitati ad offrire una minore durata della concessione e necessariamente una tariffa più elevata in quanto il tempo per recuperare l'intero investimento è minore.

TABELLA 1

Matrice degli impatti oppure di valutazione oppure di decisione oppure di desiderabilità oppure di fattibilità

offerte o proposte	criteri di valutazione				
	C1	C2	C3	C4	C5
A1	x_{1-1}	x_{1-2}	x_{1-3}	x_{1-4}	x_{1-5}
A2	x_{2-1}	x_{2-2}	x_{2-3}	x_{2-4}	x_{2-5}
A3	x_{3-1}	x_{3-2}	x_{3-3}	x_{3-4}	x_{3-5}
A4	x_{4-1}	x_{4-2}	x_{4-3}	x_{4-4}	x_{4-5}
A5	x_{5-1}	x_{5-2}	x_{5-3}	x_{5-4}	x_{5-5}
A6	x_{6-1}	x_{6-2}	x_{6-3}	x_{6-4}	x_{6-5}
A7	x_{7-1}	x_{7-2}	x_{7-3}	x_{7-4}	x_{7-5}
Pesi	P_1	P_2	P_3	P_4	P_5

Ogni riga può, pertanto, essere interpretata come il profilo di una singola *offerta* o *proposta*, cioè come il comportamento di queste rispetto a tutti gli obiettivi. Ciascuna colonna indica, invece, la diversa capacità delle *offerte* o *proposte* di rispondere ai singoli obiettivi. Le unità di misura degli impatti possono essere sia di tipo quantitativo cardinale (*uno, due, cento ...*) sia di tipo qualitativo ordinale (*primo, secondo, terzo ...; oppure: preferibile a ...*) sia nominale (*buono, cattivo ...*) a seconda della specifica natura degli obiettivi. Talvolta questa matrice risulta, da sola, sufficiente a fornire un quadro chiaro delle differenze che corrono fra le varie *offerte*

o *proposte*, tanto da permettere di procedere già ad individuare l'*offerta* o la *proposta* che può essere considerata la migliore (*per esempio se vi è una offerta che ha, nei riguardi di tutti i criteri di valutazione, un grado di perseguimento o di soddisfazione più elevato di quello posseduto da tutte le altre*) o di eliminare alcune *offerte* o *proposte* sicuramente peggiori di altre (*per esempio se vi è una offerta che ha, nei riguardi di tutti i criteri di valutazione, un grado di perseguimento o di soddisfazione minore di quello posseduto da tutte le altre*).

Va precisato che qualsiasi metodo di determinazione dell'*offerta economicamente più vantaggiosa* si sviluppa a valle della indicata matrice e tutti i metodi di valutazione hanno dovuto assumere a base delle loro tecniche operative la proprietà additiva e, al fine di non violare l'assunto principale della proprietà additiva, che non consente di sommare, sottrarre, moltiplicare e dividere fra loro entità espresse in unità di misura diverse, è sorta la necessità di trasformare i valori dei diversi impatti in unità adimensionali, cioè in *numeri puri* normalmente compresi tra **0,00** e **1,00**.

Per gli obiettivi ai quali corrisponde un'unità di misura quantitativa, ciò si ottiene individuando una *legge matematica* cioè una *funzione di utilità* e, per molte tecniche, con una successiva *normalizzazione* o *standardizzazione* dei valori determinati in base alla suddetta funzione⁷¹. La determinazione delle *funzioni di utilità* comportano in primo luogo la individuazione per ogni elemento o criterio di valutazione degli intervalli significativi delle misure. Si deve cioè individuare, per ogni elemento o criterio, quale è l'intervallo delle misure all'interno del quale le variazioni sono da considerarsi significative. In secondo luogo occorre definire come varia il valore dell'elemento di valutazione all'interno dell'intervallo di significatività.

Per esempio gli effetti negativi sul piano del rumore prodotti da una autostrada variano da un massimo effetto alla distanza pari o inferiore a **100 metri** ad un effetto nullo o accettabile a **500 metri**. In questo caso l'intervallo di significatività va da **0,00** a **500,00**. L'intervallo di significatività del costo di un'opera è rappresentato, sulla scala di misura dei costi che va da **0,00** ad *infinito*, dal costo minimo offerto dai concorrenti a quello posto a base di gara. Costi superiori a quello posto a base di gara non sono accettabili e costi inferiori a quello minimo non esistono. Occorre poi studiare come varia l'elemento di valutazione nell'intervallo di significatività. Per gli obiettivi ai quali corrisponde un'unità di misura qualitativa intangibile o nominale, ciò si ottiene in due diversi modi: sulla base di una scala prefissata che stabilisca una corrispondenza fra giudizi e numeri⁷² oppure impiegando il metodo del *confronto a coppie*. Entrambi i modi si fondano su giudizi espressi da una commissione giudicatrice.

⁷¹ Richiede questa trasformazione il metodo *aggregativo-compensatore* o della *somma pesata* ed il metodo *electre* di cui all'allegato B al DPR n. 554/1999 e s. m..

⁷² Per esempio: valutazione ottima = 10; valutazione buona = 8; valutazione discreta = 6; valutazione insufficiente = 3; valutazione negativa = 0.

Per cogliere la complessità del tema va osservato che non può non convenirsi che, allorché un bando prescrive che per l'offerta economica è prevista l'attribuzione, per esempio, di **40** punti, questi **40** punti vanno attribuiti integralmente alla offerta più conveniente per la pubblica amministrazione (*prezzo minore o ribasso maggiore*). Si pone poi la domanda: al concorrente che per il prezzo offre (*o meglio chiede*) proprio quello posto a base di gara e, cioè, non offre nessun vantaggio o utilità oppure, nel caso il bando preveda l'offerta di ribassi sul prezzo posto a base di gara, offre un ribasso pari a zero, quanti punti spettano? Altra domanda: come vanno attribuiti i punti alle offerte di prezzi che sono superiori al minor prezzo offerto ma comunque inferiore al prezzo posto a base di gara? Oppure, nel caso il bando prevede l'offerta di ribassi: come vanno attribuiti i punti alle offerte di ribasso inferiore al ribasso massimo offerto ma superiori al ribasso pari a zero? In sostanza, qual è la *funzione di utilità* da impiegare per attribuire i punti in rapporto ai prezzi offerti o ai ribassi offerti?

Per dare una corretta risposta alle domande occorre ricordare che i punti previsti nei bandi per i singoli elementi di valutazione rappresentano il peso che la pubblica amministrazione ha attribuito a tali elementi. Ciò comporta che al soggetto che offre un prezzo pari a quello posto a base di gara oppure un ribasso pari a zero non può essere attribuito alcun punteggio. Se si attribuisse un punteggio sarebbero violati i rapporti fra i diversi elementi di valutazione e, quindi, violata la volontà dell'amministrazione.

Nel caso dell'*offerta economicamente più vantaggiosa*, per determinare la *legge matematica* ovvero la *funzione di utilità* secondo la quale possono variare tutti i coefficienti, il legislatore nel vigente regolamento⁷³, ha ritenuto che il committente ha un'utilità – o, se si preferisce, un vantaggio – che cresce proporzionalmente al variare della quantità della risposta nei riguardi degli elementi di valutazione. In altre parole ha ritenuto che la funzione deve essere lineare (*retta*). Il legislatore ha, in sostanza, correttamente ritenuto che le utilità o i vantaggi per le stazioni appaltanti sono proporzionali al grado di perseguimento o di soddisfacimento e, cioè, ha valutato che a grado di perseguimento o di soddisfacimento pari alla metà di un altro anche la corrispondente utilità è pari alla metà.

Stabilito che tutti i coefficienti devono variare linearmente, ed essendo noto che per determinare una retta è sufficiente stabilirne due punti, la vigente normativa⁷⁴ individua questi due punti tenendo conto del fatto che il coefficiente deve variare tra zero ed uno. Per ogni elemento di valutazione, quindi, le coordinate cartesiane sono state poste in modo che sia uguale ad **1,00** il coefficiente per la migliore offerta ed uguale a **0,00** il valore fissato nel bando di gara; la retta passa dunque per l'origine degli assi, in coerenza con le formule di standardizzazione o normalizzazione che si ritrovano nella letteratura scientifica⁷⁵. Si può quindi ritenere che queste considerazioni stiano alla base delle scelte razionali e giuridiche compiute dagli estensori del vigente regolamento nell'elaborare le formule ivi riportate.

⁷³ DPR n. 554/1999 e s. m.

⁷⁴ Allegato B del DPR 554/1999 e s.m.

⁷⁵ Vedi **P. Rostirolla**, *La fattibilità ...*, cit., pp. 85-86.

Il tema delle formule e cioè delle *funzioni di utilità* utilizzabili per l'attribuzione dei punti relativi ad aspetti dell'offerta aventi natura quantitativa, (*per esempio il prezzo o il ribasso, la durata della concessione, la tariffa da applicare all'utenza*) è stato affrontato anche dalla giurisprudenza in più sentenze. Se ne riportano alcune: Consiglio di Stato (*sezione VI, 474/2201*); TAR Campania. (*Napoli Sezione I 6 maggio 2004 n. 8223*); TAR Puglia (*Lecce Sezione II, 14 giugno 2004, n. 3723*); Consiglio di Stato (*Sezione V, 28 settembre 2005, 5194*); TAR Friuli Venezia Giulia (*n. 709/2006*). Tutte, con motivazioni diverse, hanno ritenuto che le uniche formule corrette sono quelle riportate nel vigente regolamento.

Quanto agli elementi di valutazione aventi natura qualitativa intangibile va premesso che la questione centrale è individuare un modo per trasformare in numeri adimensionali giudizi per loro natura discrezionali, dal momento che preferire l'oggetto **A** all'oggetto **B** significa esprimere una preferenza basata su fattori in larga misura squisitamente soggettivi, fatto salvo che la diversa qualità non sia basata su attributi di tipo prestazionale e, quindi misurabile oggettivamente e cioè si tratti di una qualità tangibile. Il terzo decreto correttivo ha abrogato la disposizione che consentiva alla commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle offerte, di fissare in via generale i criteri motivazionali cui si sarebbe attenuta nell'attribuire a ciascun criterio o sub-criterio di valutazione i punteggi. Ciò significa che tali criteri motivazionali debbono essere previsti negli atti di gara e devono essere il più possibili oggettivi. In questi casi l'unica possibilità di garantire correttezza è quella di controllare che i giudizi non siano illogici e incoerenti e, cioè, che tutte le valutazioni di preferenza sono state effettuate sulla base delle stesse motivazioni. È un problema affrontato in altri ambiti ma con risultati utilizzabili anche nel campo che ci riguarda. Va sottolineato che prevedere negli atti di gara che l'attribuzione dei punteggi per i criteri di valutazione aventi natura qualitativa avverrà mediante il *confronto a coppie* effettuato sulla base della *scala Saaty*⁷⁶ risponde al principio della oggettività delle valutazioni.

La *scala di Saaty* costituisce il caposaldo del *confronto a coppie* svolto sulla base di una matrice completa. Il *confronto a coppie* svolto sulla base di una matrice completa costituisce, a sua volta, l'elemento fondamentale del metodo **AHP** (*analytic hierarchy process*) cui fa riferimento il vigente regolamento nell'allegato B. La *scala di Saaty* prevede che se, nel confronto fra i contenuti specifici di due offerte (*per esempio nei riguardi delle caratteristiche estetiche e funzionali*):

- si ritiene che essi contribuiscano ugualmente all'obiettivo, viene attribuito ad entrambe le offerte un coefficiente di confronto pari ad **1,00**;
- si ritiene che il contenuto di una offerta contribuisce all'obiettivo in misura leggermente in più rispetto al contributo del contenuto dell'altra offerta viene alla prima attribuito un coefficiente di confronto pari a **3,00** e all'altra un coefficiente di confronto pari ad **1/3 (0,333)**;
- si ritiene che il contenuto di una offerta contribuisce all'obiettivo in misura fortemente in più rispetto al contributo del contenuto dell'altra offerta viene

⁷⁶ Vedi nota 66.

alla prima attribuito un coefficiente di confronto pari a **5,00** e all'altra un coefficiente di confronto pari ad **1/5 (0,200)**;

- si ritiene che il contenuto di una offerta contribuisce all'obiettivo in misura ancor più fortemente rispetto al contributo del contenuto dell'altra offerta viene alla prima attribuito un coefficiente di confronto pari a **7,00** e all'altra un coefficiente pari ad **1/7 (0,143)**;
- si ritiene che il contenuto di una offerta contribuisce all'obiettivo in misura estrema rispetto al contributo del contenuto dell'altra offerta viene alla prima attribuito un coefficiente di confronto pari a **9,00** e all'altra un coefficiente pari ad **1/9 (0,111)**.

Qualora i giudizi non sono netti il metodo consente di attribuire coefficienti intermedi. Resta comunque fermo l'obbligo di documentare in apposite tabelle di raffronto quali siano i contenuti delle diverse proposte in modo da dare supporto alla applicazione della *scala Saaty*.

A chiarimento del *confronto a coppie* effettuato con la *scala di Saaty* è utile riportare un esempio nell'ipotesi di cinque *offerte* (vedi successiva **tabella 2**).

TABELLA 2

Matrice dei confronti a coppie con la scala di Saaty

	A1	A2	A3	A4	A5
A1	1,00	5,00	0,333	7,00	0,200
A2	0,200	1,00	4,00	5,00	3,00
A3	3,00	0,250	1,00	0,143	4,00
A4	0,143	0,200	7,00	1,00	9,00
A5	5,00	0,333	0,250	0,111	1,00

Non è questa la sede per illustrare sul piano scientifico le caratteristiche del metodo e le procedure attraverso le quali, partendo dalla matrice dei *confronti a coppie*, si determinano i coefficienti, variabili tra **0,00** e **1,00**, di ogni *offerta* o *proposta*. Va solo rilevato che è l'unico metodo che consente di verificare il rispetto del principio della *transitività* (se **A** è migliore di **B** e **B** è migliore di **C** non è ammissibile che **C** sia migliore di **A**) ed il principio della *coerenza dei giudizi* (se **A** è di poco preferibile a **B** e **B** è di poco preferibile a **C** nel confronto di **A** con **C** sicuramente **A** è preferibile a **C** ma il grado di preferenza non può non essere correlato ai gradi di preferenza di **A** rispetto a **B** e di **B** rispetto a **C**). Tali principi risalgono ad Aristotele.

Tale qualità del metodo è stata apprezzata in una sentenza del Consiglio di Stato (Sezione VI, n. 7578/2006). Si legge in tale sentenza "All'indicato riguardo andava, tuttavia, considerato che la commissione di gara aveva utilizzato, per la valutazione delle offerte, una metodologia (quella del confronto a coppie), la quale, anche per scelta legislativa (allegato A al DPR n. 554/1999), implicando un meccanismo di diretto confronto tra tutte le offerte ad opera dei singoli componenti della commissione con una sommatoria finale delle specifiche

valutazioni, era idoneo ad assicurare, con sufficiente approssimazione, la correttezza dell'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante. Andava, altresì considerato che, contrariamente a quanto ritenuto nella sentenza impugnata, con la metodologia del confronto a coppie, applicando il principio della proprietà transitiva – che è logicamente connaturale ad ogni caso di confrontazione plurima di beni e di servizi, anche se tra loro qualitativamente differenziati – era anche possibile, se necessario, ulteriormente verificare, con le metodologie suggerite in dottrina, la coerenza dei giudizi dei commissari, ove ritenuta non pienamente garantita nel caso di confronto basato, come quello in esame, su una tabella triangolare.»». È molto importante anche l'affermazione contenuta nella sentenza della preferibilità del metodo del *confronto a coppie* sulla base di una matrice completa rispetto al metodo del *confronto a coppie* sulla base di una tabella triangolare, poiché non permettendo questo di eseguire una verifica della coerenza dei giudizi, comporta il rischio – ancorché limitato – che la commissione giudicatrice esprima giudizi non coerenti. Va anche rilevato che sulla base della tabella triangolare una offerta che nel confronto non è mai preferibile ad altre e, cioè, in una graduatoria di preferenze occupa l'ultima posizione consegue il coefficiente **0,00** ma non è detto che sia tale la sua valutazione. Nella tabella quadrata ciò non si verifica mai in quanto anche la meno preferibile offerta consegue un coefficiente molto limitato ma mai **0,00**. Questa considerazione spiega perché non è corretto applicare il *confronto a coppie* su base triangolare se le offerte sono soltanto due in quanto la gradualità del giudizio non può conseguirsi. Non è così, invece, se il confronto viene effettuato su base tabella quadrata.

Va osservato, infine, che il codice dei contratti pubblici recependo una disposizione comunitaria innova sull'aspetto della ponderazione in quanto consente di stabilire per la ponderazione una soglia⁷⁷. Ciò significa che nei documenti di gara è possibile stabilire che i concorrenti debbono conseguire per il peso o il punteggio di un criterio di valutazione una misura prestabilita minima, cioè, che il coefficiente attribuito o acquisito dal concorrente per tale criterio non deve essere inferiore o superiore ad un certo valore compreso tra **0,00** e **1,00**. La norma merita di essere chiarita in quanto può essere una applicata in modo distorto.

In primo luogo va precisato che la determinazione dell'entità della misura del coefficiente e se quello attribuito o acquisito dal concorrente deve essere inferiore o superiore a tale entità, dipende dalla natura del criterio e dal fatto che il coefficiente deve essere massimizzato o minimizzato. Dipende anche, però, dall'obiettivo che la pubblica amministrazione intende perseguire stabilendo tale soglia. Esemplicando in rapporto al criterio economico, qualora l'offerta deve essere espressa con il ribasso percentuale sul prezzo posto a base di gara e, pertanto, il criterio è da *massimizzare*, andrebbe stabilito che il ribasso non dovrebbe essere *inferiore* ad una certa entità ma se si vogliono disincentivare i ribassi per evitare l'aggiudicazione ad offerte non congrue, andrebbe stabilito che il ribasso non dovrebbe essere *superiore* ad una certa entità. Qualora, invece, l'offerta deve essere espressa con il prezzo, comunque inferiore a quello posto a base di gara, e, pertanto il criterio è da *minimizzare*,

⁷⁷ Art. 83, comma 2.

andrebbe stabilito che il prezzo dovrebbe essere *inferiore* ad una certa entità, ma se si vuole disincentivare offerte di prezzo non congrue andrebbe stabilito che il prezzo dovrebbe essere *superiore* ad una certa entità.

Va anche tenuto presente che stabilire – per i criteri di natura quantitativa, come il prezzo o il ribasso o aspetti qualitativi prestazionali tangibili– una soglia fissa e predeterminata e, quindi conosciuta, comporta quasi certamente che tutti i concorrenti offrono quel prezzo o quel ribasso o quella prestazione e l'aggiudicazione avverrebbe sulla base degli altri criteri che essendo di natura qualitativa prestazionale intangibile comportano giudizi della commissione giudicatrice fondamentalmente discrezionali. Con tutti i dubbi che possono sorgere sulla correttezza della gara. D'altra parte stabilire, per esempio, che il ribasso non deve essere inferiore ad un dato valore non sarebbe una scelta opportuna e corretta, in sostanza razionale. Se la stazione appaltante non vuole pagare per quel lavoro, quel servizio o quella fornitura più di un certo importo è proprio questo importo che deve costituire la base d'asta. Non sembra quindi corretto utilizzare per i criteri di valutazione di natura quantitativa o qualitativa prestazionale tangibile la facoltà di stabilire una ponderazione soglia fatto salvo che non sia anch'essa dipendente dalle offerte. Va anche precisato che per i criteri di valutazione aventi natura quantitativa stabilire una soglia non può significare che il concorrente che la superi o ne sia inferiore venga escluso dalla gara ma che prende il punteggio che è stabilito per l'offerta che eguagli la soglia. Questo in quanto non è consentita, almeno per gli aspetti economici, la esclusione automatica dei concorrenti.

Per quanto riguarda, invece, i criteri di valutazione aventi natura qualitativa prestazionale intangibile, la facoltà di stabilire una ponderazione soglia può essere utilmente impiegata in quanto consente di rifiutare progetti che comportano risparmi ma a scapito della qualità e funzionalità dell'intervento. Può però permettere la esclusione dalla gara di concorrenti in modo, qualche volta, anche non corretto a causa del fatto che il raggiungimento o meno della soglia non è determinata in modo oggettivo ma in modo discrezionale.

Queste osservazioni fanno sorgere la necessità di stabilire alcuni vincoli. Il legislatore delegato non li ha ancora posti ma sarebbe opportuno che li ponesse almeno il nuovo regolamento in corso di redazione.. Si dovrebbe prevedere che per i criteri di valutazione aventi natura quantitativa e qualitativa prestazionale tangibile le soglie di ponderazione si possano stabilire esclusivamente in base ad una formula matematica che faccia riferimento alle risposte fornite in gara dai concorrenti, mentre per criteri di valutazione aventi natura qualitativa intangibile le soglie di ponderazione si possano stabilire esclusivamente nel caso che a base di gara non sia posto un progetto che definisca già un livello minimo accettabile del lavoro o della fornitura o del servizio cui si riferisce il bando ma unicamente la descrizione delle esigenze cui l'offerta deve far fronte. Va rilevato che i suddetti i vincoli, anche se non previsti da norme di legge o regolamentari, potrebbero, al fine di garantire comportamenti trasparenti e corretti, essere rispettati dalle stazioni appaltanti. Con riferimento alle *quattro* procedure previste dal codice dei contratti pubblici in base alle modifiche del terzo decreto correttivo si ritiene che la soglia potrebbe essere

stabilita soltanto qualora si applichi la *seconda* procedura e, limitatamente alla prima gara, qualora si applichi la *terza* procedura che, come si è prima illustrato, sono indette ponendo a base di gara solo uno *studio di fattibilità* e, quindi, si può prevedere che i *progetti preliminari* presentati debbono conseguire un punteggio minimo che ne garantisce la qualità.

Il tema della possibilità o meno di prevedere per la ponderazione una soglia di ammissibilità non è però una assoluta novità. Prima dell'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici la giurisprudenza si era già interessata di tale problema. La giurisprudenza si era infatti interrogata se fosse lecito o meno prevedere nei bandi le cosiddette *clausole di sbarramento* cioè se fosse possibile o meno stabilire un livello minimo dei punteggi da acquisire nei vari criteri di valutazione. Anche prima dell'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici in alcuni bandi veniva, infatti, stabilito che la attribuzione del punteggio per il prezzo era condizionato dall'aver conseguito un punteggio minimo nella valutazione delle proposte tecniche. Ma ciò si verificava, qualche volta, anche per decisione della commissione giudicatrice.

La giurisprudenza ha avuto orientamento contrastante. Come sentenze di orientamento favorevole si ricordano quelle del Consiglio di Stato (*sezione V n. 1040/2004; sezione V, n. 4692/2005; sezione VI, n. 6835/2006*) e come sentenze di orientamento contrario quelle del Consiglio di Stato (*sezione IV, n. 476/2005; sezione VI, n. 2284/2002*). Va rilevato che le sentenze favorevoli si riferiscono quasi sempre ad appalti concorsi e, quindi, ad appalti in cui la stazione appaltante aveva indicato le sue necessità e gli obiettivi che intendeva conseguire ma non aveva fornito indicazioni precise. In vigenza del codice dei contratti pubblici a base di gara va, comunque, posto un *progetto preliminare* corredato da capitolato prestazionale e, quindi, è stabilita una condizione base che i concorrenti devono rispettare. Se un concorrente propone la realizzazione della commessa nel pieno rispetto delle prescrizioni contenute nei documenti di gara sicuramente non può conseguire i punti previsti per le varianti migliorative ma non può essere escluso dalla gara. Anche alla luce delle sentenze indicate i vincoli primi illustrati sono da considerare corretti.

A conclusione di queste considerazioni si riportano la formula e le prescrizioni del metodo *aggregativo compensatore* o delle *somma pesata*, uno dei due metodi previsti ed illustrati dal vigente regolamento per la individuazione dell'*offerta economicamente più vantaggiosa*:

$$C(a) = \sum_n [W_i * V(a)_i] \quad \text{dove:}$$

$C(a)$	=	punteggio dell'offerta (a)
N	=	numero totale dei criteri di valutazione
W_i	=	peso o punteggio attribuito al criterio di valutazione (i)
$V(a)_i$	=	coefficiente della prestazione dell'offerta (a) rispetto al criterio di valutazione (i) variabile tra zero ed uno
\sum_n	=	sommatoria

I coefficienti $V(a)_i$ sono determinati:

- a) per quanto riguarda i criteri di valutazione di natura qualitativa quali il *valore tecnico ed estetico delle opere progettate, le modalità di gestione* attraverso:
 - la media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, calcolati dai singoli commissari mediante il *confronto a coppie*, seguendo, a loro scelta, le *linee guida di cui all'allegato A*, oppure il criterio fondato sul calcolo dell'*autovettore principale* della matrice dei suddetti confronti a coppie;
oppure
 - la media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari;
oppure
 - un metodo di determinazione dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, adottato autonomamente dalla commissione prima dell'apertura dei plichi.
- b) per quanto riguarda i criteri di valutazione di natura quantitativa quale il *prezzo, il tempo di esecuzione dei lavori, il rendimento, la durata della concessione, il livello delle tariffe*, attraverso interpolazione lineare tra il coefficiente pari ad uno, attribuito ai valori degli elementi offerti più convenienti per la stazione appaltante, e coefficiente pari a zero, attribuito a quelli posti a base di gara.

Collegando la suddetta formula con la matrice di cui alla **tabella 1** si ricava che con il metodo *aggregativo compensatore* la graduatoria delle offerte si ottiene trasformando i diversi gradi di perseguimento o di soddisfazione x_{i-j} di ogni offerta in rapporto ai diversi criteri di valutazione in coefficienti variabili tra **0,00 e 1,00**, moltiplicando ognuno di tali coefficienti per il peso del corrispondente criterio, sommando tali prodotti e, infine, disponendo le somme in ordine decrescente. In sostanza determinando il valore di ogni offerta o proposta con la seguente formula $C(i)=(x_{i-1}*P_1)+(x_{i-2}*P_2)+(x_{i-3}*P_3)+(x_{i-4}*P_4)+(x_{i-5}*P_5)$ e disponendo, poi, i risultati in ordine decrescente.

Come si può notare la formula e le prescrizioni rispondono tutte ai principi prima commentati. Infatti sia per i criteri di valutazione aventi natura qualitativa (*per esempio la qualità; il pregio tecnico; le caratteristiche estetiche e funzionali; le caratteristiche ambientali*) e sia per quello aventi natura quantitativa (*per esempio contributo del concedente al concessionario, durata della concessione, tariffa da applicare all'utenza, canone da pagare al concedente, il tempo di esecuzione dei lavori*) è sempre previsto che all'offerta migliore venga attribuito un coefficiente pari ad **1,00** e alle altre offerte coefficienti minori in proporzione lineare. Tali coefficienti moltiplicati per i corrispondenti punti massimi previsti nel bando consentono di distribuire punti ai diversi concorrenti in proporzione del valore della loro offerta.

Va precisato che per quanto riguarda i criteri quantitativi le formule devono essere diverse se il criterio deve essere massimizzato o minimizzato. Nel primo caso (*per esempio se il criterio riguarda l'aumento percentuale del valore oppure il prezzo di un bene che la pubblica amministrazione intende vendere che sono elementi da massimizzare*) il coefficiente **1,00** va attribuito all'offerta di misura

maggiore mentre nel secondo caso (*per esempio il contributo del concedente al concessionario oppure la durata della concessione che sono elementi da minimizzare*) il coefficiente **1,00** va attribuito all'offerta di misura minore. Questo significa che nel caso di *minimizzazione*, utilizzando l'offerta di ribasso sul valore massimo previsto nel bando di gara, la formula dovrà essere (R_i / R_{max}) dove R_i e R_{max} sono il ribasso offerto dal concorrente i ed il massimo dei ribassi offerti, mentre, utilizzando il valore minimo offerto la formula dovrà essere $[(P_g - P_i) / (P_g - P_{min})]$, dove P_g è il valore a base di gara, P_i il valore offerto dal concorrente i , P_{min} il valore minimo offerto. Se invece si tratta di *massimizzazione*, utilizzando l'offerta di valore maggiore di quello previsto nel bando di gara, la formula dovrà essere $[(V_i - V_g) / (V_{max} - V_g)]$, dove V_g è il valore a base di gara, V_i il valore offerto dal concorrente i , V_{max} il valore massimo offerto, mentre utilizzando l'aumento percentuale sul valore previsto nel bando di gara la formula dovrà essere (A_i / A_{max}) dove A_i e A_{max} sono l'aumento offerto dal concorrente i ed il massimo degli aumenti offerti. Nel caso si voglia disincentivare la presentazione di offerte economiche non congrue si potrà prevedere l'impiego di valori soglia e, di conseguenza, nelle formule al posto di R_{max} ci sarebbe R_{soglia} e al posto di P_{min} ci sarebbe P_{soglia} . Va comunque previsto nei bandi che le offerte che superano o sono inferiori a tali valori soglia non sono esclusi dalla gara ma ad esse si attribuiscono i punti previsti per tali valori soglia.

Va poi precisato che per quanto riguarda i criteri qualitativi il *confronto a coppie* eseguito sulla base della tabella triangolare prevista dall'allegato A oppure eseguito sulla base della matrice quadrata prevista dall'allegato B, conducono entrambi ad attribuire alla migliore offerta il coefficiente **1,00** ed alle altre offerte coefficienti minori in proporzione lineare. Ciò comporta che qualora il bando preveda l'attribuzione dei coefficienti da parte dei commissari non tramite i *confronti a coppie* ma in via discrezionale occorre per coerenza riportare ad **1,00** la media dei coefficienti attribuiti singolarmente dai commissari e modificare di conseguenza in proporzione le altre medie. In realtà la ragione per cui il vigente regolamento ha previsto che in ogni caso ai concorrenti che con riferimento ad ogni criterio di valutazione abbiano presentato le migliori offerte va attribuito il coefficiente **1,00** e, quindi, il massimo punteggio previsto dal bando, dipende dalla necessità di mantenere invariato il rapporto fra i pesi o la ponderazione dei singoli elementi di valutazione all'interno della valutazione complessiva. In base a tale principio occorre poi intervenire con il concetto di riparametrazione nel caso che il bando preveda, in base a quanto consente la normativa⁷⁸ la suddivisione dei criteri e dei pesi in sub-criteri e sub-pesi (*per esempio il criterio 1-Valore tecnico ed estetico delle soluzioni migliorative ed integrazioni tecniche peso 40, suddiviso in sottocriteri: 1.1-Opere strutturali peso, 5, 1.2 - Finiture di natura edile, peso 10, 1.3-Finiture di natura tecnica, peso 5, 1.4-Impianti tecnologici del sottosistema elettrico, peso 10, 1.5-Impianti tecnologici del sottosistema termofluidico, peso 10*). Se non si procede alla riparametrazione il rapporto fra il peso del criterio **1** e i pesi degli altri criteri, in particolare quello relativo al prezzo, sarebbe alterato. La riparametrazione va effettuata nell'ipotesi, dell'esempio, nel quale il *criterio di valutazione n. 1* è previsto

⁷⁸ Art. 83, comma 4, del codice dei contratti pubblici.

suddiviso in *sub-criterio n. 1.1, sub-criterio n. 1.2, sub-criterio n. 1.3, sub-criterio n. 1.4 e sub-criterio n. 1.5* i assegnando alla somma di valore più alto dei punti attribuiti ai concorrenti - tramite la procedura prevista dal bando - per ognuno dei relativi sub-criteri (*sub-criteri 1.1, 1.2, 1.3, e 1.4 ; e 1.5*), il coefficiente pari ad **1,00** ed alle altre somme coefficienti in proporzione lineare.. Va, infine, ricordato che l'allegato E del vigente regolamento prescrive proprio tale riparametrazione e che in tal senso si esprime una sentenza del Consiglio di Stato con riferimento ad un incarico di progettazione⁷⁹.

9. Il partenariato pubblico privato

Va rilevato che le modifiche introdotte nel codice dei contratti pubblici dal terzo decreto correttivo hanno confermato che il *piano triennale* ed il connesso *elenco annuale* devono riguardare non solo le opere da realizzare totalmente con risorse pubbliche ma anche tutte le opere realizzabili con l'impiego in tutto o in parte di risorse private e cioè tutte quelle che in qualche misura rientrano nella definizione di *partenariato pubblico privato* introdotta dal terzo decreto correttivo⁸⁰. La definizione chiarisce che sono "*contratti di partenariato pubblico privato i contratti avente per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità oppure la fornitura di un servizio , compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti.*" La definizione precisa, altresì, che a tali contratti, fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dalle vigenti norme⁸¹, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat. Al fine di evitare dubbi la definizione, infine, chiarisce, a titolo esemplificativo, che rientrano nella definizione di *partenariato pubblico privato*:

- a) la concessione di lavori⁸²;
- b) la concessione di servizi⁸³;
- c) la locazione finanziaria⁸⁴;
- d) l'affidamento dei lavori mediante finanza di progetto⁸⁵;

⁷⁹ Sezione V, n.4798/2004.

⁸⁰ Art. 3, comma 15-*ter* del codice dei contratti pubblici.

⁸¹ Art. 44, comma 1-bis del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248 aggiunto dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31 "*Al fine di consentire la stima dell'impatto sull'indebitamento netto e sul debito pubblico delle operazioni di partenariato pubblico-privato avviate da pubbliche amministrazioni e ricadenti nelle tipologie indicate dalla decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004, le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare all'Unità tecnica finanza di progetto della Presidenza del Consiglio dei Ministri le informazioni relative a tali operazioni, secondo modalità e termini indicati in un'apposita circolare da emanarsi d'intesa con l'Istituto nazionale di statistica. Dall'attuazione del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica*".

⁸² Art. 3, comma 11; parte II, titolo III, capo II e capo III (*artt. da 142 a 151; da 156 a 160*) del codice dei contratti pubblici.

⁸³ Art. 30, del codice dei contratti pubblici.

⁸⁴ Art 3, comma 15-*bis*; art. 160-*bis* del codice dei contratti pubblici.

⁸⁵ Artt. da 153 a 160 del codice dei contratti pubblici.

- e) le società miste⁸⁶;
- f) l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera o per il committente o per utenti terzi⁸⁷

La definizione riprende in parte quanto contenuto nel Libro Verde del 30 aprile 2004, della Commissione Europea. Secondo tale documento gli elementi caratterizzanti il *partenariato pubblico privato* sono:

- a) la durata relativamente lunga della collaborazione tra partner pubblico e privato;
- b) la modalità di finanziamento del progetto che almeno in parte deve essere a carico del partner privato;
- c) uno specifico ruolo del partner privato nella diverse fasi del progetto a partire dalla progettazione;
- d) la ripartizione dei rischi tra i soggetti coinvolti.

La caratteristica fondamentale che secondo la Commissione Europea caratterizza il *partenariato pubblico privato* è l'assunzione da parte del partner privato di una quota di rischio complessivo dell'intervento, oltre a quello classico di un qualsiasi appaltatore come previsto dal codice civile. La mancanza del rischio nella gestione dell'opera delineaerebbe, infatti, un appalto tradizionale e non un *partenariato pubblico privato*. Lo scopo del partenariato è quindi duplice: da un lato il superamento delle restrizioni dei bilanci pubblici, dall'altro l'acquisizione di *know how* dal settore privato in modo da rendere il settore pubblico maggiormente efficiente.

Eurostat ha individuato tre principali forme di rischio nei rapporti di *partenariato pubblico privato* di un'opera pubblica: il rischio di costruzione; il rischio di disponibilità e il rischio di domanda. Si è già in precedenza fatto riferimento a tali rischi. In particolare, viene rilevato nella decisione che un'opera realizzata con il *partenariato pubblico privato* non inciderà sui bilanci pubblici solo se il partner privato sostiene il rischio di costruzione ed almeno uno degli altri due rischi (*rischio di disponibilità o rischio di domanda*). Diversamente le opere realizzate con il *partenariato pubblico privato* ricadono sui bilanci pubblici con ovvie conseguenze in termini di definizione del deficit. Eurostat ritiene che nel caso di *opere fredde* o di *opere tiepide* le pubbliche amministrazioni dovrebbero iniziare a corrispondere canoni al partner privato solo quando l'opera sia stata realizzata nei tempi previsti, con gli standard previsti e senza costi aggiuntivi. Il rischio di costruzione, pertanto, dovrebbe essere sopportato solo dal partner privato. Tuttavia, è solo con una esatta definizione a monte delle specifiche tecniche e prestazionali che un'opera deve avere che tale rischio può essere attribuito in modo certo al partner privato. Anche la performance del partner privato nel corso della gestione dei servizi dovrebbe essere inclusa nel programma di pagamenti da parte del soggetto pubblico. Pertanto, se la qualità dei servizi resi deve essere premiata, l'allontanamento da essa dovrà essere sanzionata con la previsione di opportune penali. I canoni corrisposti dal

⁸⁶ Art. 32, comma 1, lettera c e comma 3 del codice dei contratti pubblici.

⁸⁷ Parte II, titolo III, capo IV (*artt. da 161 a 194*) del codice dei contratti pubblici.

concedente, infine, potrebbero tener conto o non tener conto della dimensione della domanda e della sua ciclicità. Quanto più il soggetto privato è remunerato indipendentemente dall'andamento della domanda tanto più risulta circoscritto il suo rischio.

Le disposizioni contenute nel codice dei contratti pubblici meritano alcuni chiarimenti. Non è, infatti del tutto condivisibile avere considerato come due distinti istituti la *concessione di lavori pubblici* e l'*affidamento di lavori mediante finanza di progetto*. Si è prima rilevato che la *finanza di progetto* è una tecnica finanziaria che viene impiegata per acquisire le risorse sia quando la procedura è completamente svolta dalle pubbliche amministrazioni e sia quando la procedura è svolta con la partecipazione di soggetti privati. Come prima chiarito in entrambi i casi la procedura si conclude con l'affidamento di una *concessione di lavori pubblici*. In realtà è la rubrica dell'art. 153 del codice dei contratti pubblici che non è del tutto corretta. In base a tale rubrica sembra che si debba considerare *finanza di progetto* la *seconda*, la *terza* e la *quarta* procedura previste dall'art. 153 mentre, come si è prima chiarito, *finanza di progetto* è una tecnica finanziaria non una procedura ad evidenza pubblica.

Altro aspetto di queste disposizioni che merita di essere esaminato è quello dell'*affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera o per il committente o per utenti terzi*. In realtà come si è prima illustrato la *concessione di lavori pubblici* può riguardare *opere calde*, *opere fredde* ed *opere tiepide*. Nel caso di queste opere la *concessione di lavori pubblici* è quasi del tutto simile, almeno per quanto riguarda le *opere tiepide* e le *opere fredde*, al detto *affidamento*. Ma è del tutto simile a tale *affidamento* anche la *locazione finanziaria*. Insomma rientrano nell'istituto *partenariato pubblico privato* tutte le formule che non prevedono il pagamento della commessa durante la sua esecuzione e comunque al termine dell'esecuzione e cioè tutte le formule che sono diverse dal classico appalto, anche se, in linea generale, pure l'appalto prevedendo una collaborazione fra pubblico e privato potrebbe essere considerata una formula rientrante nel detto partenariato.

Nell'ambito dei lavori pubblici le differenze fra i diversi istituti rientranti nel *partenariato pubblico privato* si ritrovano nel livello dei progetti posti a base di gara, nelle procedure di affidamento, nei requisiti minimi che devono possedere i concorrenti, nella articolazione e garanzia della prestazione di servizi più o meno speciali e nella maggiore o minore garanzia che l'infrastruttura realizzata sia sempre nella disponibilità del committente o di utenti terzi. Denominare una procedura in modo diverso produce, quindi, alcune differenze nel mercato ed di ciò bisogna avere piena consapevolezza.

Il tema in esame suggerisce anche alcune riflessioni sul rapporto fra i *contratti misti* in particolare di lavori e servizi e alcune delle formule richiamate nella definizione di *partenariato pubblico privato*. Qualora infatti una pubblica amministrazione ha in programma la realizzazione di un insieme di opere destinate

alla sua utilizzazione diretta in quanto finalizzate allo svolgimento di una attività di sua competenza e intende affidare ad un *operatore economico* non solo la realizzazione delle opere ma anche un insieme di servizi⁸⁸ da prestare per un numero di anni contrattualmente previsti e qualora non dispone delle risorse necessarie per il pagamento della realizzazione delle opere in corso di esecuzione dei lavori ma è in condizione di coprire il costo delle opere con pagamenti rateali oppure in tutto o in parte con la cessione in proprietà di un complesso immobiliare, ci si può domandare se l'intervento può essere in via alternativa considerato:

- 1) un *appalto misto* di progettazione ed esecuzione di lavori nonché di prestazione di servizi⁸⁹ con pagamento dei lavori eseguiti tramite il versamento in più anni di rate predeterminate e/o, per esempio, la cessione in proprietà di un complesso immobiliare ed il pagamento dei servizi prestati annualmente con versamenti annuali;
- 2) una *concessione di lavoro pubblico* rientrante in quella disciplinata dall'art. 143, comma 9, del codice dei contratti pubblici⁹⁰, fatto salvo il dubbio che per l'ipotesi formulata possa considerarsi che resta a carico del concessionario l'alea economica – finanziaria della gestione dell'opera.

Mentre la prima ipotesi (*appalto misto*) non presenta particolari problemi interpretativi in quanto ad essa si applica la normativa tradizionale degli appalti di progettazione ed esecuzione e degli appalti dei servizi, la seconda ipotesi (*concessione di lavoro pubblico*) presenta, invece, particolari problemi interpretativi in quanto occorre individuare con esattezza le norme che ad essa si devono obbligatoriamente applicare. Il problema riguarda, però, non solo la *concessione di lavori pubblici* affidata ai sensi dell'art. 143 ma anche quelle affidate ai sensi dell'art. 153 del codice dei contratti pubblici. Per effettuare tale individuazione occorre partire dalla disposizione prevista dall'art. 142, comma 3, del codice dei contratti pubblici che dispone: “*Alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo che non siano derogate nel presente capo [capo II (concessioni di lavori pubblici) articoli da 142 a 151], le disposizioni del presente codice.*”

Si tratta quindi di esaminare le disposizioni del codice dei contratti pubblici riguardanti gli appalti di lavori e gli appalti di servizi e cioè, in sostanza, le disposizioni che si dovrebbero applicare nel caso si seguisse la prima ipotesi (*appalto misto*) e verificare se negli articoli da 142 a 151 del codice dei contratti pubblici ci sono deroghe che consentirebbero di non applicarle nella seconda ipotesi (*concessione di lavori pubblici*). Va poi ricordato che nel codice dei contratti pubblici vi sono, anche al di fuori degli articoli da 142 a 151, particolari disposizioni

⁸⁸ Per esempio di natura gestionale, tecnico manutentiva, di pulizia, di portineria, di vigilanza, di fornitura di energia ecc.

⁸⁹ Ai sensi degli artt. 14, 15 e 53 del codice dei contratti pubblici.

⁹⁰ Il comma prevede: “*Le amministrazioni pubbliche possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera*”

riguardanti l'istituto della *concessione di lavori pubblici* che vanno anch'esse individuate.

In primo luogo va osservato che negli articoli da 142 a 151 non vi sono deroghe al contenuto dei progetti (*preliminare, definitivo ed esecutivo*), mentre è stabilito che possono essere impiegate come procedura soltanto quella aperta e quella ristretta (*non si può impiegare la procedura negoziata*) e come criterio di aggiudicazione soltanto l'offerta economicamente più vantaggiosa (*non si può impiegare il prezzo più basso*).

In secondo luogo va precisato che negli articoli da 142 a 151 non vi sono deroghe alle disposizioni in materia di pubblicità ed in materia dei termini per la presentazione delle candidature e delle offerte, fatto salvo disposizioni marginali.

Va osservato, invece, che relativamente alla possibilità della sostituzione totale o parziale delle somme di denaro costituenti il corrispettivo del contratto di appalto e del contratto di concessione, con il trasferimento all'affidatario di beni immobili appartenenti alla amministrazione aggiudicatrice, sussiste una differenza fra i due casi. Nel primo caso⁹¹ i beni da trasferire non devono avere nessun rapporto con le opere da realizzare, nel secondo caso⁹², invece, la loro utilizzazione deve essere strumentale o connessa alle opere da realizzare.

Un aspetto importante del tema del *partenariato pubblico privato* riguarda il fatto che i requisiti che devono possedere i concorrenti alle gare per l'affidamento dei contratti rientranti nella formula del partenariato sono diversi a seconda del tipo di contratto da affidare; in particolare, sono molto diversi per la *concessione di lavori pubblici* e per la *locazione finanziaria*. Per comprendere l'importanza del tema va ricordato che agli appalti di *sola esecuzione*, agli appalti di *progettazione ed esecuzione di lavori* e agli appalti di *contratti misti* possono partecipare operatori economici in possesso dei requisiti d'ordine generale⁹³, della attestazione di qualificazione SOA⁹⁴ e di quella dei servizi eventualmente compresi nell'appalto⁹⁵. Per quanto riguarda i *contratti misti* il codice dei contratti pubblici prevede che si tratta di *appalto di lavori*, e pertanto, si applicano le disposizioni previste nel codice dei contratti pubblici per tale appalto quali, per esempio, quelle della progettazione, se l'importo dei lavori superi il 50% ed i lavori non sono solamente accessori. In realtà tale disposizione non ha alcun effetto sul tema dei requisiti in quanto il codice dei contratti pubblici dispone che nei *contratti misti* il concorrente deve possedere i requisiti prescritti per ciascuna prestazione prevista nell'appalto.

⁹¹ Art. 53, comma 6, del codice dei contratti pubblici.

⁹² Art. 143, comma 5, del codice dei contratti pubblici.

⁹³ Art. 38 del codice dei contratti pubblici.

⁹⁴ Art. 40, del codice dei contratti pubblici.

⁹⁵ Art. 15 e art. 53, comma 3 del codice dei contratti pubblici

Agli appalti di *concessione di lavori pubblici* possono partecipare, invece, operatori economici in possesso⁹⁶ dei requisiti d'ordine generale, della suddetta qualificazione SOA (*ma soltanto se intendono eseguire i lavori con la propria organizzazione di impresa*) e, dei seguenti ulteriori requisiti economico – finanziari e tecnico – organizzativi:

- a) fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al dieci per cento dell'investimento previsto per l'intervento;
- b) capitale sociale non inferiore ad un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento;
- c) svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al cinque per cento dell'investimento previsto per l'intervento;
- d) svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad almeno il due per cento dell'investimento previsto dall'intervento.

E poi previsto che, in alternativa ai requisiti previsti dalle lettere c) e d), il concorrente può incrementare i requisiti previsti dalle precedenti lettere a) e b) nella misura fissata dal bando di gara, comunque compresa fra il doppio e il triplo e precisa, inoltre, che se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione, deve essere in possesso esclusivamente dei requisiti di cui alle precedenti lettere a), b), c) e d).

Per quanto riguarda i requisiti che devono possedere i concorrenti per partecipare agli appalti di *locazione finanziaria* va rilevato che la formulazione della norma non è del tutto chiara. In sede di definizioni⁹⁷ essa indica la *locazione finanziaria* come contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari ed l'esecuzione di lavori. In sede di articolato⁹⁸ viene precisato che essa è finalizzata alla realizzazione, alla acquisizione ed al completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità e che costituisce appalto pubblico di lavori, fatto salvo che questi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto. In base a queste due disposizioni la *locazione finanziaria* è da ritenersi un contratto misto e, pertanto, si potrebbe ritenere che il concorrente deve possedere i requisiti prescritti per le due prestazioni, servizi finanziari ed esecuzione dei lavori. Sempre nell'articolato⁹⁹ viene, però, previsto:

- a) che il bando di gara, fermo restando l'obbligo di inserire in esso le indicazioni previste dal codice dei contratti pubblici deve stabilire:
 - 1) i requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi di partecipazione;
 - 2) le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera;
 - 3) i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione;

⁹⁶ Art. 153, comma 8, del codice dei contratti pubblici e art. 98 del vigente regolamento (*DPR n. 554/1999*)

⁹⁷ Art. 3, comma 15-bis del codice dei contratti pubblici.

⁹⁸ Art. 160-bis, comma 1, del codice dei contratti pubblici.

⁹⁹ Art. 160-bis, comma 3, e 4-bis del codice dei contratti pubblici.

- 4) i parametri di valutazione tecnica ed economica-finanziaria dell'*offerta economicamente più vantaggiosa*;
- b) che l'offerente può anche essere una associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore responsabili ognuno in relazione alla specifica obbligazione assunta;
- c) che il soggetto finanziatore, deve dimostrare che dispone, se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche in associazione temporanea con un soggetto realizzatore, dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto.

Va, in primo luogo, osservato che non è del tutto condivisibile ritenere coincidente l'attività di prestazione di servizi finanziari con l'attività di finanziamento. La prestazione di servizi finanziari costituisce attività professionale e consiste, per esempio, nella redazione e verifica dei *piani economici finanziari* aspetto fondamentale della *finanza di progetto*, mentre l'attività di finanziatore consiste nel mettere a disposizione di imprenditori le risorse a questi necessarie per la loro attività. La confusione può essere causa di molti inconvenienti. In secondo luogo va osservato che non è mai possibile che i lavori abbiano carattere meramente accessorio se il contratto di locazione finanziaria ha per oggetto la realizzazione ed il completamento di opere pubbliche. Si può verificare tale evenienza soltanto se il contratto è finalizzato ad acquisire un'opera già realizzata. Sul piano dei requisiti dei partecipanti ad un appalto di *locazione finanziaria* occorre, quindi, distinguere il caso in cui il contratto è finalizzato all'acquisizione di un'opera già realizzata che diventa pubblica o di pubblica utilità dopo l'acquisto, dal caso in cui il contratto è finalizzato alla realizzazione ed al completamento di un'opera pubblica o di pubblica utilità. Nel primo caso si tratta, in realtà, di una gara finalizzata ad acquisire un finanziamento restituibile in un numero di anni, a tassi convenuti e, pertanto, il bando di gara non deve prevedere requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi ma soltanto la dimostrazione della possibilità di consentire alla pubblica amministrazione di acquisire il bene. Nel secondo caso, invece, dal combinato disposto si ricava che i concorrenti devono possedere i requisiti d'ordine generale, della attestazione di qualificazione SOA¹⁰⁰ e di quella dei servizi compresi nell'appalto. Trattandosi di un appalto pubblico di lavori pubblici non sembra possibile prevedere il possesso di altri requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi come sembrerebbe consentire l'articolato. Se il legislatore avesse voluto consentire tale possibilità lo avrebbe dovuto prevedere nel testo.

¹⁰⁰ Art. 40, del codice dei contratti pubblici