

Guida

per i professionisti tecnici alle operazioni di finanza di progetto sostenibili

a cura di Elisabetta Mariotti e Michele Iannantuoni

Aspetti giuridici ed economici della disciplina
del project financing di opere pubbliche

CAPITOLO 1: COSA VUOL DIRE REALIZZARE OPERE DI PROJECT FINANCING

CAPITOLO 2: LA RELAZIONE TRA ARCHITETTO E OPERA PUBBLICA

CAPITOLO 3: DALLA PROGRAMMAZIONE ALLA GARA

CAPITOLO 4: GLI ASPETTI ECONOMICI-FINANZIARI DELL'OPERAZIONE DI PROJECT FINANCING

CAPITOLO 5: LA VALUTAZIONE DELLA PROPOSTA

AGGIORNATO A GIUGNO 2008

Distribuito dal CNAPPC



Gli autori

Elisabetta Mariotti, Avvocato del foro di Milano e professore a contratto di diritto pubblico e dell'ambiente presso il Politecnico Milano, è membro del Nucleo di verifica e valutazione degli investimenti pubblici della Regione Siciliana. È consulente legale del Ministero delle Infrastrutture, di Enti Pubblici nazionali e territoriali, del Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori e di diversi Ordine degli Ingegneri. È pubblicista in materia di lavori pubblici e urbanistica.

Michele Iannantuoni, Dottore commercialista in Milano e Roma e revisore dei conti di enti pubblici nazionali e locali, già dirigente di società a capitale pubblico e privato operanti nel ramo degli investimenti pubblici, è consulente economico e fiscale di Enti Pubblici nazionali e territoriali, di Aziende Speciali, del Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori e di società pubbliche a capitale misto e totalmente pubblico. Ha lavorato presso il Parlamento europeo. È pubblicista in materia di lavori pubblici, contabilità e fisco.

© 2008 – Il Sole 24 ORE S.p.A.

Tutti i diritti sono riservati

È permessa la riproduzione del testo ai soli fini formativi. Ogni altra finalità è vietata

Sede legale e Amministrazione: Via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano

Redazione: Via G. Patecchio, 2 – 20141 Milano

Per informazioni: Servizio Clienti

Tel. 023022.5680 – 063022.5680

Fax 023022.5400 – 063022.5400

La presente guida è stata chiusa in redazione il 6 giugno 2008

Prima edizione: 9 giugno 2008

Sommario

Capitolo 1 - Cosa vuol dire realizzare opere in project financing	4
1.1. Introduzione all'istituto della finanza di progetto	4
1.2. Il modulo economico-finanziario sotteso	5
1.3. Le origini del project financing	12
1.4. Il ruolo del promotore	12
1.5. I requisiti del promotore	13
1.6. La concessione di costruzione e gestione nel D.Lgs. n. 163/2006	14
1.7. La natura giuridica del contratto di concessione di costruzione e gestione	15
1.8. Il contenuto del contratto di concessione di costruzione e gestione	17
1.9. Il contratto stipulato tra le parti con il processo di project financing nelle opere calde e nelle opere fredde	18
1.10. La normativa vigente	19
Capitolo 2 - La relazione tra architetto e opera pubblica	26
2.1. La relazione tra architetto e opera pubblica	26
2.2. La nozione di bene pubblico e di opera pubblica	27
2.3. L'uso dei beni pubblici	30
2.4. La proprietà dell'opera pubblica nella concessione di costruzione e gestione	30
Capitolo 3 - Dalla programmazione alla gara	33
3.1. La programmazione delle opere da realizzare in project financing	33
3.2. La preparazione dello studio di fattibilità	34
3.3. I requisiti della proposta del promotore	34
3.4. Gli indicatori strategici per valutare la proposta tecnica	35
3.5. La procedura preordinata alla scelta del promotore	37
3.6. L'indizione della gara	38
3.7. La natura del promotore e la facoltà di presentarsi in ATI nel project financing	39
3.8. Il possesso dei requisiti di qualificazione da parte del promotore	42
3.9. I principi della fase di negoziazione	44
3.10. La verifica delle offerte anomale nel project financing	45
3.11. La compatibilità del dialogo competitivo con il project financing	46
3.12. Le garanzie offerte dal promotore	46
3.13. Il ruolo delle società di progetto	47
3.14. La tutela giurisdizionale riservata al proponente	50
3.15. La partecipazione di una società partecipata da un ente locale al project financing	51
3.16. Le attività necessarie dopo la stipulazione del contratto con il concessionario	52
Capitolo 4 - Gli aspetti economici finanziari dell'operazione di project financing	53
4.1. Il Corrispettivo del contratto di concessione di costruzione e gestione	53
4.2. Il corrispettivo del contratto di concessione nel project financing	55
4.3. L'equilibrio economico finanziario	57
4.4. Lo studio di fattibilità tecnico-economico-finanziario	58
4.5. Il ruolo centrale del piano economico-finanziario	60
4.6. Gli indicatori economico-finanziari	63
4.7. Flussi di cassa	64
4.8. Ipotesi di struttura di flusso di cassa operativo	65
4.9. Il ruolo concesso alla banca nel project financing	66
Capitolo 5 - La valutazione della proposta	68
5.1. I contenuti dell'offerta del concorrente concessionario	68
5.2. Il procedimento di valutazione della proposta di pubblico interesse: aspetti giuridici e metodologici	71
5.3. L'attività di valutazione della proposta	73
5.4. La facoltà dalla P.A. di modificare la proposta del promotore	74
5.5. La conformità e compatibilità urbanistica della proposta del promotore e variante allo strumento urbanistico vigente	75
5.6. Le opere accessorie alle opere pubbliche, con destinazione non pubblica, per il conseguimento dell'equilibrio economico-finanziario	77

Capitolo 1

Cosa vuol dire realizzare opere in project financing

1.1. Introduzione all'istituto della finanza di progetto

RIF.: ART. 153,
COMMI 1, 2, 3 E 4,
D.LGS. N. 163/2006

Il project financing è un procedimento amministrativo per la realizzazione di opere pubbliche e di pubblico interesse. Il PF ha la finalità di migliorare l'offerta di proposte progettuali e gestionali, il più possibile capaci di soddisfare le esigenze dell'amministrazione e della collettività con l'apporto delle conoscenze del mercato.

Attraverso la finanza di progetto l'amministrazione acquisisce la progettazione preliminare, definitiva, esecutiva di un'opera pubblica e affida la realizzazione e la gestione dell'opera al mercato.

Nell'ambito dell'ordinamento giuridico dei lavori pubblici, il project financing è un **procedimento amministrativo ad evidenza pubblica** di affidamento del contratto di concessione di progettazione, costruzione e gestione di un'opera pubblica e delle opere ad essa funzionalmente collegate.

Con questo procedimento l'amministrazione acquisisce la progettazione preliminare di un'opera pubblica dichiarata necessaria nei propri strumenti di programmazione e per la quale si intende affidare la realizzazione progettuale e materiale e la gestione al mercato privato.

Esso può costituire una alternativa all'attivazione del procedimento di affidamento della concessione di lavori pubblici che prende avvio almeno dal progetto preliminare predisposto ed approvato dall'amministrazione sul quale si costruisce la gara per confrontare i potenziali concessionari con l'agevolazione costituita dalla circostanza che l'amministrazione può dare avvio al project financing sulla base del solo studio di fattibilità.

Ciò significa permettere al mercato di offrire proposte progettuali e gestionali che siano capaci di soddisfare le esigenze dell'amministrazione, prescindendo da vincoli progettuali già predeterminati nel progetto preliminare.

Per questa ragione, il project financing disciplinato dall'art. 153 ss. del D.Lgs. n. 163/2006 costituisce un nuovo processo di scelta del concessionario di lavori pubblici

e non una nuova tipologia contrattuale. Di conseguenza, numerose delle previsioni normative che attengono ai contenuti del contratto di concessione di costruzione e gestione possono essere mutuati per completare la disciplina del procedimento di project financing.

1.2. Il modulo economico-finanziario sotteso

RIF.: ART. 154,
D.LGS. N. 163/2006

Gli aspetti economico-finanziari assumono ruolo fondamentale nel project financing.

Essi comprendono un'ampia gamma di soluzioni finanziarie finalizzate alla garanzia primaria del rimborso del debito e della remunerazione del capitale di rischio. Nella finanza di progetto l'iniziativa imprenditoriale specifica da finanziare è valutata in funzione dell'analisi della redditività e dei flussi di cassa che essa è in grado di generare.

Il project financing è caratterizzato, oltre che dai connotati giuridici attinenti la natura del procedimento e del contratto, anche dalla presenza di moduli economico-finanziari utili per finanziare la realizzazione di un'opera pubblica.

Infatti, la locuzione project financing, correttamente traducibile come finanza di progetto, sta a designare una variegata ed ampia gamma di strutture o tecniche finanziarie rivolte, appunto, al finanziamento di specifici progetti di investimento, e quindi caratterizzate da operazioni finanziarie ciascuna con proprie precipue caratteristiche, esattamente studiate e "ritagliate" sul progetto da finanziare.

Tali strutture finanziarie si differenziano nettamente da quelle, tradizionali, della corporate finance, cioè della finanza d'impresa, rivolte invece al sostegno finanziario generale di una determinata impresa, e quindi imperniate, in linea di massima, sulla valutazione del patrimonio dell'impresa da ammettere al credito e su garanzie di tipo reale o personale, o in senso più ampio e comprensivo sulla capacità autonoma di indebitamento dell'impresa.

Nel project financing l'iniziativa imprenditoriale specifica da finanziare è valutata, invece, in funzione dell'analisi della redditività e dei flussi di cassa (*cash flow*) che essa è in grado di generare, che costituiscono la garanzia primaria per il rimborso del debito e per la remunerazione del capitale di rischio¹.

Esso rispecchia interessi convergenti dell'impresa e delle banche, poiché realizza, generalmente, una netta separazione giuridica ed economica (*ring fence*) tra il progetto, ovvero l'iniziativa da finanziare, e la generalità delle attività del promotore dell'iniziativa, di solito attraverso la costituzione di una apposita società di progetto (*SPV: Special Purpose Vehicle o Project Company*), la cui finalità specifica è appunto la realizzazione e comunque la gestione del progetto, e quindi mediante un soggetto giuridico affatto nuovo e distinto dal promotore.

¹ T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 9 settembre 2004

Ciò consente di limitare il capitale di rischio investito dal promotore al capitale versato nella società di progetto, evitando che il promotore debba inserire nei suoi bilanci il debito d'investimento e consentendogli di iscrivere all'attivo solo la partecipazione alla società di progetto, e ponendo al riparo il promotore dal rischio economico negativo del progetto e, specularmente, la società di progetto dal rischio economico negativo dell'attività del promotore.

Nello stesso tempo, le banche dispongono del beneficio di assicurarsi la restituzione del finanziamento in funzione del rendimento e del flusso di cassa del progetto, oltre che della consistenza patrimoniale della SPV, senza dover sopportare il rischio economico negativo dell'attività del promotore e la concorrenza dei suoi creditori, potendo agire anche sulla leva di controlli e vincoli più specifici e stringenti sui contratti di finanziamento e sulla società di progetto

L'Autorità sui contratti pubblici ha avuto modo di intervenire con alcuni chiarimenti sul ruolo della PA e del privato nell'opera di PF sottolineando la funzione che viene assegnata al modello di finanziamento integrato con questo istituto. Si richiamano di seguito in sintesi alcune delle considerazioni esposte dall'Autorità.

Il fenomeno della finanza di progetto è un istituto di origine anglosassone, che ha trovato inizialmente la propria applicazione in paesi di *common law*, ove l'ordinamento giuridico presenta caratteristiche di flessibilità non comuni alle basi strutturali di quello italiano.

La caratteristica qualificante di tale istituto consiste essenzialmente nella copertura finanziaria di importanti investimenti sulla base di un progetto in quanto tale, prendendo in considerazione la sua validità, la sua corretta gestione e quindi la sua capacità di produrre reddito per un determinato periodo di tempo.

A differenza del tradizionale finanziamento all'imprenditore, basato sull'equilibrio finanziario ed economico del soggetto, il project financing si basa, pertanto, sulle prospettive reddituali e sui flussi di cassa attesi da una specifica iniziativa. Esso si applica, quindi, con particolare riferimento ai progetti infrastrutturali nel settore delle opere pubbliche, a quelle iniziative che risultano essere in grado di generare un *cash flow* di gestione e un adeguato profitto in termini di capacità a soddisfare un bisogno reale diffuso.

Ne consegue che il project financing non è uno strumento adatto a tutte le iniziative che richiedono elevati investimenti, ma solo a quelle dotate di un rapporto di leva tale da rendere l'iniziativa affidabile, prescindendo dalle garanzie e dall'equilibrio economico-finanziario dei suoi promotori. L'iniziativa viene, pertanto, valutata esclusivamente o prevalentemente sulla base dei profitti che può generare.

Altro elemento peculiare della finanza di progetto è la presenza di una singolare strutturazione dei rapporti giuridici ed economici che si instaurano tra i molteplici operatori pubblici e privati che vi partecipano. Si tratta cioè di un fenomeno contrattuale globale, inteso come mezzo per gestire e ripartire il rischio connesso al progetto fra i soggetti coinvolti nell'iniziativa. L'istituto in questione non può essere letto quindi in chiave atomistica, cioè come sommatoria dei singoli rapporti contrattuali che lo compongono, ma, al contrario, va interpretato quale risultato del collegamento negoziale fra molteplici rapporti giuridici in cui gli interessi, gli obblighi e le responsabilità rendono

difficile qualificare come “terzo” uno dei soggetti partecipanti all’iniziativa rispetto alle prestazioni rese dagli altri soggetti coinvolti.

Ne consegue che le operazioni realizzate con lo strumento del project financing si distinguono per una estrema contrattualizzazione dei rapporti giuridici sottostanti e per il quasi totale isolamento del progetto (*ring fence*) da ogni relazione esterna. Strettamente connessa ad una tale logica strutturale e contrattuale è la presenza pervasiva dei soggetti finanziatori che entrano nella vita del progetto sin dalla sua fase iniziale e ne determinano termini e condizioni di operatività.

Le banche, infatti, cessano di essere elemento esterno dell’iniziativa imprenditoriale per assumere un ruolo di controllo dell’intera operazione in modo assolutamente nuovo rispetto ai tradizionali interventi di finanziamento.

Nella finanza di progetto esse sono chiamate ad un’attività di valutazione dei progetti ed a strutturare le tecniche finanziarie al fine di incrementarne la redditività, con ciò segnando il definitivo passaggio dal finanziamento di impresa al finanziamento del progetto. Si tratta, cioè, di un investimento di capitali da parte degli istituti di credito basato sull’analisi della capacità della proposta di generare ricavi.

Con l’introduzione della valutazione del merito di credito dall’impresa al progetto e dalla valutazione della affidabilità patrimoniale dell’imprenditore alla capacità del progetto di ripagare il debito e generare reddito, il project financing modifica conseguentemente la prospettiva del confronto tra imprese e banche.

Diverso appare anche il rapporto tra gli istituti di credito e le stesse amministrazioni pubbliche che necessitano di un sostegno da parte degli intermediari finanziari non più limitato alla provvista di capitale al concessionario per la realizzazione dell’opera, ma che si concretizza nella necessaria assistenza specialistica al montaggio dei progetti, nell’attività di ausilio alla stessa stazione appaltante ed al controllo continuo dell’iniziativa.

A livello internazionale, i servizi offerti dagli istituti di credito nelle operazioni di project financing si possono classificare in due grandi categorie:

- servizi di consulenza;
- servizi di finanziamento.

I primi sono finalizzati alla definizione del rischio connesso all’operazione, dei tempi della stessa e della sua dimensione al fine di renderla “bancabile”, cioè proponibile ai finanziatori.

Questo tipo di attività, in linea teorica, può essere svolta anche da soggetti diversi dagli istituti di credito, poiché si concretizza in una prestazione di servizi di consulenza tecnica, legale e finanziaria che non richiedono la disponibilità di notevoli mezzi finanziari. Tuttavia, nell’attività di consulenza, il ricorso ad una banca è comunemente ritenuto indispensabile in ragione della conoscenza del mercato da essa posseduta che influisce sulle scelte progettuali allo scopo di rendere l’operazione realizzabile.

L’analisi dei costi e dei ricavi del progetto, la ripartizione dei rischi, il modello economico finanziario di riferimento ed altri parametri finanziari che rappresentano la valutazione della “bancabilità” del progetto sono contenuti nell’*information memorandum*.

Ad esso si accompagna il documento chiamato "*term sheet*", in cui vengono descritte le condizioni ed i termini del finanziamento.

I servizi di finanziamento, invece, consistono nella effettiva erogazione di capitale, di rischio o di debito, sulla base degli studi predisposti dai consulenti. Essendo necessaria una notevole disponibilità finanziaria si tratta di un'attività di prevalente, se non di esclusivo, interesse degli intermediari finanziari.

In passato il ruolo del consulente finanziario terminava con la redazione dell'*information memorandum* contenente anche il piano economico finanziario del progetto con i flussi di cassa previsti, ponendo in essere una netta separazione tra la banca che strutturava e garantiva il piano e quella che lo finanziava.

La separazione dei due ruoli di consulente e di finanziatore presenta il vantaggio che il consulente, non fungendo anche da intermediario finanziario, può assicurare quell'imparzialità di giudizio che garantisce il bilanciamento tra gli interessi del promotore e dei finanziatori che interverranno successivamente.

Tuttavia, gli istituti di credito che intervengono successivamente nella fase del finanziamento potrebbero mancare di punti di riferimento credibili e di conseguenza potrebbe derivarne una difficoltà nel reperimento dei fondi e, quindi, il rischio di rendere il progetto irrealizzabile.

A ciò si aggiunga il pericolo di duplicazione dei costi derivante dalla circostanza che il finanziatore vorrà comunque riesaminare l'insieme degli aspetti legali, tecnici, fiscali ed amministrativi per accordare il finanziamento.

È opportuno rilevare che a livello internazionale, proprio con particolare riferimento alle operazioni di project financing, un numero sempre crescente di banche opera secondo il cosiddetto modello integrato, ossia nella duplice veste di consulente e di finanziatore. Ciò consente di offrire al promotore tutti i vantaggi derivanti dall'aver un unico interlocutore che lo garantisce in tutte le fasi di vita del progetto, evitando il rischio di porre in essere attività che si possono parzialmente sovrapporre ed inutilmente duplicare, influenzando in tal modo sul costo complessivo del progetto e soprattutto limitando i rischi di insuccesso nella fase di raccolta dei fondi.

Dalla prassi nazionale ed internazionale in tema di project financing, si rileva che di particolare importanza è il ruolo della banca cosiddetta *arranger* che assume un ruolo preminente nell'organizzazione del prestito e che svolge l'attività di reperire il finanziamento sul mercato, assicurando comunque la sottoscrizione diretta di un certo ammontare. Nelle operazioni di project financing è molto frequente che i promotori richiedano impegni di finanziamento interamente sottoscritti (*underwriting*), che consistono in impegni legali assunti sulla base di termini e condizioni negoziate e concordate tra le parti, che formano il cosiddetto *term-sheet*. L'impegno è vincolante ed è soggetto ad alcune condizioni sospensive specificatamente indicate.

Il processo di *underwriting* (nelle differenti formulazioni del *fully underwritten* e del *fully committed*), quindi, sposta sui sottoscrittori il rischio di un insuccesso nella fase di reperimento dei capitali, poiché nel caso che le altre banche rifiutino di finanziare il progetto gli *underwriters* sono obbligati a contrarre, cioè legati all'impegno di dover comunque provvedere al finanziamento a favore del promotore.

Nonostante il costo per il promotore ed il rischio per le banche, il ricorso al processo di *underwriting* può risultare determinante nello sviluppo di operazioni di project financing. Il motivo principale è che la certezza dei finanziamenti crea affidabilità del progetto, favorendo la stipula degli altri contratti commerciali e consentendo un tempestivo avvio della realizzazione dell'iniziativa.

A ciò si aggiunga l'affidamento che l'operazione di cui trattasi genera nell'amministrazione pubblica che può contare su un piano finanziario reso ancor più solido, in quanto garantito direttamente dalle banche mediante un impegno di sottoscrizione.

Detto impegno, come detto, non equivale ad un effettivo finanziamento poiché sarà la banca *arranger* a reperire gli altri finanziatori, anche mediante la creazione di un pool di istituti di intermediazione finanziaria, ma getta le basi per assicurare il passaggio da una mera ipotesi di investimento ad un progetto che possiede tutte le potenzialità tecniche, legali ed economiche per essere realizzato.

Con il dettato normativo contenuto nella legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni è stato in effetti introdotto nel nostro ordinamento giuridico, in relazione al solo settore dei lavori pubblici, l'istituto della finanza di progetto, disciplinando tuttavia solo alcuni aspetti del fenomeno.

Inteso come un originale sistema di impulso per la realizzazione delle opere pubbliche, esso rappresenta anche per gli enti pubblici uno strumento cui ricorrere quasi necessariamente, stante il preoccupante divario esistente in termini finanziari tra disponibilità del settore pubblico e fabbisogno per opere infrastrutturali ad uso della collettività.

Tuttavia, affinché un'operazione ad iniziativa del promotore possa raggiungere gli obiettivi prefissati occorre un nuovo comportamento ed atteggiamento sia da parte dei soggetti costituenti l'amministrazione pubblica sia da parte del mondo finanziario e bancario e di quello imprenditoriale. Occorre ribadire, infatti, che nel project financing muta radicalmente la prospettiva dell'analisi che si deve effettuare: non più una valutazione dell'equilibrio economico e finanziario del realizzatore, ma di quello del progetto che si propone. È pertanto essenziale una corretta analisi dei bisogni, soprattutto in termini del potenziale bacino d'utenza dell'opera finita e di quantificazione dei costi di realizzazione, in quanto se essa sarà esatta potrà garantire l'indispensabile *cash flow*.

L'istituto della programmazione triennale gioca un importante ruolo nella applicazione dello strumento di cui trattasi. Ogni anno infatti la pubblica amministrazione nelle sue varie articolazioni individua i bisogni della collettività e le opere da realizzare per rispondere a detti bisogni mediante un programma triennale scorrevole articolato in elenchi annuali. La programmazione pertanto individua anche le opere realizzabili mediante lo strumento della concessione basato sul project financing, ossia con una procedura ad iniziativa di soggetti privati.

Infatti, a differenza dell'istituto della concessione vera e propria che si basa sull'iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice, l'istituto del project financing prevede l'iniziativa del privato, pur nella considerazione che entrambe le fattispecie in realtà prendono l'avvio da una scelta pubblica effettuata nel programma triennale.

È importante sottolineare che la legge, infatti, non ha inteso sostituire le scelte dell'amministrazione con quelle del privato: oltre al fatto che l'opera deve essere già inserita in uno strumento di programmazione, l'amministrazione è l'unico soggetto

deputato a decidere quale sia il momento più opportuno per partire con la realizzazione dell'opera stessa e quali opere rivestano un carattere prioritario.

L'intento del legislatore è dunque quello di rispettare le scelte di priorità degli interventi effettuate dall'Amministrazione, nel cui ambito possono essere avanzate proposte da parte del privato promotore.

Uno degli elementi costitutivi della proposta è il piano economico finanziario asseverato da un istituto di credito, che deve comprendere tutti gli elementi atti a consentire all'amministrazione di compiere una propria valutazione sull'iniziativa.

Il piano economico finanziario è in sostanza l'insieme degli studi e delle analisi che consentono una valutazione preventiva della fattibilità finanziaria del progetto e il disegno di una ipotesi di modalità di reperimento dei fondi necessari per il sostegno dell'iniziativa stessa.

Esso è orientato prevalentemente a definire il profilo di rischio dell'operazione, i relativi tempi di attuazione e la dimensione della stessa al fine di renderla proponibile alla comunità dei finanziatori. Con tale strumento viene valutata la sussistenza dell'equilibrio dell'investimento sotto il duplice profilo economico e finanziario, cioè sia con riguardo ai ricavi che si attendono mediante l'applicazione delle tariffe e che devono poter ripagare i costi di realizzazione dell'infrastruttura e di gestione del servizio, sia in relazione alle risorse finanziarie che devono far fronte agli esborsi monetari.

Il legislatore ha disposto, inoltre, che il piano economico finanziario di cui trattasi debba essere asseverato da un istituto di credito.

L'Autorità ritiene, invero, che la natura e la funzione che il legislatore ha inteso riconoscere all'attività di asseveramento degli istituti di credito non consente di poter ricondurre la stessa ad una mera verifica di massima del piano economico finanziario. Detta attività è da intendersi in primo luogo come esercizio di una funzione di rilevanza pubblicistica, che si sostanzia nell'accertamento effettuato dall'istituto di credito, in luogo dell'amministrazione stessa, su uno degli elementi costitutivi della proposta.

L'attività di asseverazione è volta quindi ad un esame critico ed analitico del progetto, in cui vengono valutati gli aspetti legati alla fattibilità dell'intervento, alla sua remuneratività ed alla capacità di generare flussi di cassa positivi. Essa risulta, pertanto, essere un elemento essenziale della proposta vista la necessità di utilizzare il piano economico finanziario presentato dal promotore per determinare il valore degli elementi mediante i quali valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa nella successiva gara propedeutica alla procedura negoziata prevista dalla legge per l'affidamento della concessione.

Non è sufficiente, quindi, che l'istituto di credito effettui una semplice verifica di massima del piano economico finanziario presentato dal promotore, ma sarà necessario che esso attesti la coerenza degli elementi che lo compongono, con particolare riferimento a quelli previsti dall'art. 18, comma 3, e dall'art. 85, comma 1, del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554.

In particolare, l'attività di asseverazione dovrà attestare che il piano economico finanziario è coerente ai fini della determinazione dei seguenti elementi:

- a) l'eventuale prezzo massimo che l'amministrazione aggiudicatrice intende corrispondere;
- b) l'eventuale prezzo minimo che il concessionario è tenuto a corrispondere per la costituzione o il trasferimento dei diritti;
- c) l'eventuale canone da corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice;
- d) la percentuale dei lavori da appaltare obbligatoriamente a terzi;
- e) il tempo massimo previsto per l'esecuzione dei lavori e per l'avvio della gestione;
- f) la durata massima della concessione;
- g) il livello minimo della qualità di gestione del servizio, nonché delle relative modalità;
- h) il livello iniziale massimo e la struttura delle tariffe da praticare all'utenza e la metodologia del loro adeguamento nel tempo.

L'asseveramento deve altresì fornire indicazioni alla stazione appaltante circa l'identificazione di eventuali ulteriori elementi specifici che saranno inseriti nel contratto. Infine, l'asseveramento dovrà indicare utili elementi di valutazione per la stazione appaltante perché la stessa preveda la facoltà o l'obbligo per il concessionario di costituire la società di progetto prevista dall'art. 37-*quinquies* della legge quadro. L'istituto di credito, in conclusione, è chiamato a svolgere la propria attività di asseveramento per attestare, in particolare, il valore degli elementi suindicati che verranno successivamente inseriti nel bando di gara dalla stazione appaltante quali criteri per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Da ciò deriva che il mancato o incompleto asseveramento comporta la conseguente inammissibilità della proposta, poiché viene a mancare una parte fondamentale della stessa, esplicitamente prevista dal legislatore. Ciò in quanto la proposta non potrà essere ritenuta di pubblico interesse e, di conseguenza, approvata se la stessa non risulta completa in ogni sua parte, ivi compresa l'asseverazione analitica da parte degli istituti di credito del valore degli elementi sopra indicati.

Pertanto, in presenza di un asseveramento incompleto o nel quale la coerenza del piano economico finanziario in relazione agli elementi di cui agli artt. 18, comma 3, e 85, comma 1, del D.P.R. 554/1999, non sia ritenuta sufficientemente e chiaramente attestata, la stazione appaltante, durante l'attività valutativa prevista all'art. 37-*ter* della legge 109/1994 e successive modificazioni, sarà tenuta a richiedere al promotore e all'istituto di credito asseverante le necessarie integrazioni e/o chiarimenti, al fine di poter ritenere ammissibile la proposta stessa. E ciò anche in riferimento alle proposte presentate entro la data del 30 giugno 2000.

Stabilita la natura e la funzione dell'attività di asseveramento che deve essere compiuta dagli istituti di credito, bisogna ora esaminare se essa possa intendersi anche come obbligo a contrarre da parte dell'istituto di credito, cioè come impegno al successivo finanziamento a favore del promotore.

Pur dovendo rilevare che nella legge quadro sui lavori pubblici, che rappresenta solo una delle possibilità applicative della finanza di progetto, l'elemento finanziario e quello tipicamente imprenditoriale sembrano a volte difficilmente distinguibili e viene correttamente apprezzato dal legislatore il ruolo centrale che la figura del finanziatore as-

sume tipicamente in questo fenomeno, non può tuttavia ritenersi che il legislatore abbia voluto imporre agli istituti di credito asseveranti l'obbligo del successivo finanziamento.

Al contrario, dal dettato normativo si può rilevare che il legislatore ha voluto distinguere i due momenti dell'asseveramento e del finanziamento, considerando il primo come attività svolta in luogo e nell'interesse dell'amministrazione per attestare la validità degli elementi che compongono il piano economico finanziario.

Non ha rilievo in questa sede ma è problema di rapporti tra promotori ed istituti di credito se l'asseveramento possa creare in capo al primo, legittime aspettative di finanziamento e al limite l'ipotizzabilità di una responsabilità di natura civilistica secondo il nostro ordinamento.

1.3. Le origini del project financing

Il project financing viene comunemente ricondotto all'esperienza nordamericana negli anni '30 e '40 del secolo scorso per il finanziamento del settore energetico, ed in particolare della costruzione di centrali elettriche e di impianti di estrazione petrolifera, e quindi ad un ambito strettamente privatistico (posto che erano private sia le società costituite per costruire e gestire tali impianti sia quelle interessate all'acquisto dei relativi prodotti).

Taluni, però, ravvisano la radice del project financing nel finanziamento da parte di banche di intraprese commerciali relative allo sfruttamento di determinate risorse nel "Nuovo mondo" e nei paesi del lontano Oriente, o ancor prima al finanziamento, da parte della banca fiorentina Frescobaldi, quasi settecento anni orsono, di attività estrattive di una miniera d'argento nella collina di Devon, promosse dalla Corona inglese, e ripagato dal valore dell'argento estratto.

Declinato nel corso dei secoli, tale sistema di finanziamento, dopo la sua ripresa e perfezionamento nell'esperienza nordamericana, si è poi diffuso in Europa soprattutto nel settore infrastrutturale, parallelamente al processo di privatizzazione di settori prima coperti integralmente dall'intervento pubblico ed in relazione alla crescente onerosità delle iniziative nei vari settori e alla correlativa penuria di capitali pubblici da immobilizzare a tal fine (esemplare in tal senso è la realizzazione, mediante project financing, dell'Eurotunnel, ossia del tunnel ferroviario sotto il canale della Manica), con particolare incidenza, in termini di valore dei progetti finanziati, in Francia e Gran Bretagna.

1.4. Il ruolo del promotore

RIF.: ARTT. 128, 143
E 153
D.LGS. N. 163/2006

Il promotore, ai sensi dell'art. 153 del D.lgs.163/2006, può presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale (art. 128 D.Lgs. n. 163/2006), ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, tramite contratti di concessione

(art. 143, D.Lgs. n. 163/2006) con risorse parzialmente o totalmente a carico dei promotori stessi.

Il soggetto promotore potrà presentare, entro 180 giorni dalla pubblicazione dell'avviso indicativo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, la proposta.

La proposta dovrà contenere:

1. uno studio di inquadramento territoriale e ambientale;
2. uno studio di fattibilità;
3. un progetto preliminare;
4. una bozza di convenzione;
5. un piano economico-finanziario;
6. l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione, comprensivo anche dei diritti sulle opere d'ingegno (art. 2578 cod.civ.).

I soggetti promotori per poter presentare le proposte devono essere dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, eventualmente associati o consorziati con enti finanziari e con gestori di servizio.

Le amministrazioni aggiudicatrici renderanno pubblica, entro 90 giorni, la presenza nei programmi presentati dai promotori di interventi realizzabili con capitali privati.

Infine entro 15 giorni dalla ricezione della proposta le amministrazioni aggiudicatrici provvedono:

1. alla nomina e comunicazione al promotore del responsabile del procedimento;
2. alla verifica della completezza dei documenti presentati e ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione.

1.5. I requisiti del promotore

RIF.: ART. 99,
D.P.R. N. 554/1999

L'art. 99 del D.P.R. n. 554/1999, comma1, stabilisce che possono presentare proposte relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità i soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici e dei servizi alla collettività, che negli ultimi tre anni hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta.

Possono presentare proposta anche soggetti appositamente costruiti, nei quali comunque devono essere presenti in misura maggioritaria soci aventi i requisiti di esperienza e professionalità stabiliti nel comma1.

Al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il promotore dovrà comunque possedere, anche associato o consorziato ad altri soggetti, i requisiti dell'art. 98 del D.P.R. n. 554/1999.

1.6. La concessione di costruzione e gestione nel D.Lgs. n. 163/2006

RIF.: ART. 142-147,
D.LGS. N. 163/2006

Secondo la normativa vigente l'operazione negoziale consiste nello sviluppo della progettazione totale dell'intervento, nella realizzazione e nella gestione mediante l'attivazione del project financing: esso si chiama contratto di concessione di costruzione e gestione.

Non è oggi consentita una operazione che limiti l'intervento del concessionario solo alle fasi dell'esecuzione dell'opera e della sua gestione, con acquisizione, in proprio, da parte della stazione appaltante di tutta la elaborazione progettuale.

Il D.Lgs. n. 163/2006 dedica sei articoli alla concessione di costruzione e gestione (artt. 142-147) che attengono alle caratteristiche della concessione e alle modalità di affidamento della stessa. Riconfermando l'impostazione della legislazione precedente, l'art. 143 precisa che le concessioni di lavori pubblici hanno, di regola, ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica.

Tra le caratteristiche di questo istituto, la legislazione vigente evidenzia che il contratto avrà quale presupposto lo sviluppo fino alla costruzione e gestione del progetto preliminare preparato dall'amministrazione. In mancanza anche del progetto preliminare, la progettazione totale dell'intervento, la realizzazione e la gestione può essere affidata mediante l'attivazione della procedura di finanza di progetto.

Qualora la stazione appaltante disponga del progetto definitivo ed esecutivo, ovvero del progetto definitivo, si può ugualmente procedere con l'affidamento della concessione di costruzione e gestione e l'oggetto della concessione², quanto alle prestazioni

² Sulla circostanza che oggi non è consentita una operazione che limiti l'intervento del concessionario solo alle fasi della esecuzione dell'opera e della sua gestione, con acquisizione, in proprio, da parte della stazione appaltante di tutta la elaborazione progettuale si è pronunciata l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, con la Determinazione n. 12/2000 del 7 marzo 2000 "Concessione di lavori pubblici e attività di progettazione" Art. 19, comma 1 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni:

«La concessione costituisce, ai sensi di quanto disposto dal comma 1 dell'art. 19 cit., assieme all'appalto, la modalità esclusiva con cui possono essere realizzati i lavori previsti dalla legge (salvi quelli in economia di cui al successivo art. 24 di cui al comma 6) e deve avere le caratteristiche di cui al successivo comma 2 dello stesso art. 19. In particolare, deve avere ad oggetto "la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici nonché la loro gestione funzionale ed economica" e deve prevedere che "la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati».

È regola, pertanto, che la concessione comprenda l'affidamento anche della redazione della progettazione definitiva e comunque della progettazione esecutiva; e tanto sulla base, e della norma prima riportata e del disposto di cui al comma 2, del successivo art. 20 secondo il quale un progetto preliminare deve essere posto a base della gara per la scelta del concessionario. Si tratta, peraltro, di progetto preliminare per così dire arricchito di ulteriori elementi quali indicati nel detto comma per corrispondere ad esigenze che possano trovare giustificazioni solo nelle scelte e nell'attività della pubblica amministrazione. Ne segue che non è oggi consentita una operazione che limiti l'intervento del concessionario solo alle fasi della esecuzione dell'opera e della sua gestione, con acquisizione, in proprio, da parte della stazione appaltante di tutta la elaborazione progettuale. È anche da tener presente che si ha preclusione del ricorso all'istituto della concessione nel caso in cui vi sia un concorso pubblico al finanziamento dei lavori in misura maggiore del 50%, dato che ne risulterebbe violata la prescrizione riguardante l'equilibrio che la gestione da parte del concessionario dell'opera deve realizzare rispetto agli oneri di esecuzione».

progettuali, può essere circoscritto al completamento della progettazione, ovvero alla revisione della medesima, da parte del concessionario (art. 143). Non è oggi consentita una operazione che limiti l'intervento del concessionario solo alle fasi della esecuzione dell'opera e della sua gestione, con acquisizione, in proprio, da parte della stazione appaltante di tutta la elaborazione progettuale.

La controprestazione a favore del concessionario, di cui si dirà più espressamente nei paragrafi seguenti, deve consistere, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati, fatte salve le possibilità di per il soggetto concedente di stabilire in sede di gara anche un prezzo.

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 a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera.

Il concessionario assume un ruolo più organico rispetto all'appaltatore nei procedimenti di progettazione dell'opera pubblica e la legge gli riserva il diritto di partecipare alla conferenza di servizi finalizzata all'esame e all'approvazione dei progetti, senza diritto di voto. Resta ferma l'applicazione dell'art. 14-*quinquies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni.

1.7. La natura giuridica del contratto di concessione di costruzione e gestione

RIF.: ART. 3, COMMA 11;
ART. 143, COMMA 1
D.LGS. N. 163/2006
DIRETTIVA 93/37/CEE
DIRETTIVA
2004/18/CEE

La concessione di costruzione e gestione, definita dalla normativa vigente, appare come un contratto concluso in forma scritta fra un operatore economico ed una Amministrazione Aggiudicatrice, aventi ad oggetto, oltre alla progettazione ed esecuzione dei lavori pubblici la loro gestione funzionale ed economica.

La direttiva 2004/18, definisce la concessione come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche degli appalti pubblici di lavori, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

In linea con la normativa comunitaria il codice dei contratti attribuisce alla concessione di lavori pubblici natura privatistica e contrattuale.

Secondo la definizione del comma 11 dell'art. 3 del D.Lgs. n. 163/2006 le «concessioni di lavori pubblici» sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l'esecuzione, ovvero la progettazione e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentino le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Le concessioni sono definite anche dal comma 1 dell'art. 143 del D.Lgs. n. 163/2006 come contratti conclusi in forma scritta fra un operatore economico ed una Amministrazione Aggiudicatrice, aventi ad oggetto, oltre alla progettazione ed esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità e dei lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, la loro gestione funzionale ed economica.

La concessione è quindi un contratto e non un atto amministrativo come era stata qualificata originariamente, che combina contenuti che appartengono al contratto di appalto di servizi di progettazione, di lavori e di servizi di gestione.

Per la natura composita di più contenuti contrattuali, la concessione di lavori pubblici non può avere ad oggetto la sola gestione dell'opera pubblica: la gara per l'affidamento della concessione di lavori pubblici è bandita sulla base di un progetto preliminare previamente predisposto, direttamente o indirettamente, dall'Amministrazione Aggiudicatrice al fine di acquisire le prestazioni di progettazione dei livelli successivi a quello preliminare, la esecuzione delle opere, l'eventuale allestimento e arredo e la successiva gestione.

Per comprendere a fondo la natura dell'operazione contrattuale che caratterizza la concessione di lavori, si consideri anche la precedente definizione rinvenibile nel diritto comunitario che è quella contenuta nella direttiva 93/37/CEE, poi incorporata nella direttiva 2004/18, che la definisce come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche degli appalti pubblici di lavori, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo» [art. 1, lett. d)]. Una definizione analoga, mutuata da quella comunitaria, è stata recepita dalla legge Merloni, ripresa dal codice dei contratti nella normativa nazionale, che identifica le concessioni di lavori pubblici come quei contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed un'amministrazione aggiudicatrice dove la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati (art. 19, comma 2, legge 11 febbraio 1994, n. 109, come sostituito dall'art. 3, comma 6, della legge 18 novembre 1998, n. 415).

In base alla comunicazione interpretativa della Commissione europea¹⁸ il tratto distintivo delle concessioni di lavori pubblici rispetto agli appalti di lavori consiste nel conferimento di un diritto di gestione dell'opera che permette al concessionario di percepire proventi dall'utente a titolo di controprestazione della costruzione dell'opera (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo. Il diritto di gestione implica anche il trasferimento della responsabilità di gestione che investe gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera. Da quanto precede si deduce che in una concessione di lavori l'alea relativa alla gestione viene trasferita al concessionario che si assume il "rischio economico", nel senso che la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi che può trarre dalla fruizione dell'opera. Al contrario si è in presenza di un appalto pubblico di lavori quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti.

In considerazione della natura della concessione di costruzione e gestione è anche possibile che talune operazioni contemplino sia la realizzazione di un'opera o la realizzazione di lavori che la prestazione dei servizi pubblici, la cui disciplina è esclusa dalla

normativa sui lavori pubblici ai sensi del codice dei contratti. Per cui, a margine di una concessione di lavori, possono essere concluse delle concessioni di servizi pubblici per attività complementari ma indipendenti dalla gestione della concessione dell'opera. Ad esempio, i servizi di ristoro di un'autostrada possono essere oggetto di una concessione di servizi diversa dalla concessione di costruzione o di gestione dell'autostrada. Secondo la commissione europea quando gli oggetti dei contratti sono dissociabili, a ciascun tipo di contratto si applicano le norme ad esso relative, quindi alla concessione di costruzione e gestione si applicherà la direttiva 2004/18 e alla concessione di servizi pubblici si applicherà la diversa disciplina comunitaria e nazionale.

1.8. Il contenuto del contratto di concessione di costruzione e gestione

RIF.: ARTT. 86 E 115,
D.Lgs. N. 163/2006

Il contratto di concessione, per la sua natura composita di condizioni che appartengono all'appalto di servizi e all'appalto di lavori, non appartiene ad una tipologia contrattuale predefinita dal codice civile né dal codice dei contratti pubblici. È compito dell'amministrazione e del concessionario, a seconda che si tratti rispettivamente di una procedura di affidamento della concessione di lavori ovvero di una procedura di project financing, definire tutte le clausole che articolano il contratto.

Il regolamento attuativo della legge Merloni, il D.P.R. n. 554/1999, che resta in vigore fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici, ha previsto all'art. 86 il contenuto dello schema di contratto che viene predisposto dall'amministrazione e costituisce uno degli atti di gara della procedura di affidamento della concessione di lavori.

Lo schema di contratto di concessione, secondo il vecchio regolamento e anche secondo il nuovo regolamento di attuazione del codice, deve indicare:

- a) le condizioni relative all'elaborazione da parte del concessionario del progetto dei lavori da realizzare e le modalità di approvazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice;
- b) l'indicazione delle caratteristiche funzionali, impiantistiche, tecniche e architettoniche dell'opera e lo standard dei servizi richiesto;
- c) i poteri riservati all'amministrazione aggiudicatrice, ivi compresi i criteri per la vigilanza sui lavori da parte del responsabile del procedimento;
- d) la specificazione della quota annuale di ammortamento degli investimenti;
- e) il limite minimo dei lavori da appaltare obbligatoriamente a terzi secondo le modalità e le condizioni fissate dall'art. 2, comma 4, della legge; (leggasi: «l'eventuale limite minimo dei lavori da appaltare a terzi secondo le modalità e le condizioni fissate dall'art. 2, comma 3, della Legge», dopo le modifiche all'art. 2, della legge n. 109 del 1994 ad opera della legge n. 166 del 2002);
- f) le procedure di collaudo;
- g) le modalità ed i termini per la manutenzione e per la gestione dell'opera realizzata, nonché i poteri di controllo del concedente sulla gestione stessa;

- h) le penali per le inadempienze del concessionario, nonché le ipotesi di decadenza della concessione e la procedura della relativa dichiarazione;
- i) le modalità di corresponsione dell'eventuale prezzo;
- l) i criteri per la determinazione e l'adeguamento della tariffa che il concessionario potrà riscuotere dall'utenza per i servizi prestati;
- m) l'obbligo per il concessionario di acquisire tutte le approvazioni necessarie oltre quelle già ottenute in sede di approvazione del progetto;
- n) le modalità ed i termini di adempimento da parte del concessionario degli eventuali oneri di concessione, comprendenti la corresponsione di canoni o prestazioni di natura diversa;
- o) le garanzie assicurative richieste per le attività di progettazione, costruzione e gestione;
- p) le modalità, i termini e gli eventuali oneri relativi alla consegna del lavoro all'amministrazione aggiudicatrice al termine della concessione.

L'art. 115 della bozza del nuovo regolamento, oggi non ancora pubblicato, ha aggiunto tre nuove condizioni che devono essere regolate nello schema di contratto:

- q) modalità dell'eventuale immissione in possesso dell'immobile successivamente al collaudo dell'opera;
- r) il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione temporale per tutto l'arco temporale prescelto;
- s) corrispettivo per il valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione.

1.9. Il contratto stipulato tra le parti con il processo di project financing nelle opere calde e nelle opere fredde

RIF.: ART. 154,
D.Lgs. N. 163/2006

Il piano economico-finanziario rappresenta un aspetto importante all'interno del project financing.

Appare opportuno distinguere, le opere calde dalle opere fredde. Nelle prime risulterà possibile calcolare con precisione i flussi di cassa generati, e quindi i futuri ricavi. Per quanto riguarda le opere fredde invece, mancando apprezzabili flussi di cassa, non vi saranno ricavi generati. In base a questa distinzione sarà possibile ipotizzare il processo di project financing per la realizzazione dell'opera.

Risulta opportuno introdurre, al fine di comprendere meglio il sistema dei contratti, la distinzione tra due modelli fondamentali:

il BOT (*Build, Operate and Transfer*), ovvero la concessione di costruzione e gestione a tempo determinato con trasferimento dell'opera dopo un certo periodo di

tempo alla mano pubblica, ed il BOO (*Build, Operate and Own*) in cui manca il trasferimento finale dell'opera.

Nell'ordinamento italiano, come si vedrà più oltre, è ammesso, con riferimento alle opere pubbliche o di pubblica utilità, soltanto il BOT, nella forma appunto della concessione di costruzione e gestione a tempo determinato ma con immediato trasferimento dell'opera alla pubblica amministrazione, salvo il riconoscimento al privato, ove previsto, di un diritto di superficie (come ad esempio, proprio nel campo dei parcheggi pubblici).

Altra distinzione teorica importante è quella tra le cd. opere calde e le cd. opere fredde, le prime caratteristiche di settori infrastrutturali a domanda rigida e con tariffe tali da generare sensibili flussi di cassa, e quindi di ricavi di gestione (ad esempio, parcheggi, cimiteri, reti del gas, metropolitane, impianti sportivi e ricreativi, piscine etc.), le seconde invece di settori a domanda assai elastica (es. turismo) o nei quali mancano apprezzabili flussi di cassa (edilizia sanitaria, carceraria, eventualmente giudiziaria), e che quindi non generano ricavi tali da poter ripagare l'investimento, nei quali ultimi può dunque risultare necessario un concorso finanziario pubblico. Le cd. opere calde, in definitiva, sono opere infrastrutturali e/o produttive di dimensioni medio-grandi, con mercato ben delimitato e a domanda tendenzialmente rigida, con un cash flow prevedibile (si pensi anche ad autostrade, aeroporti, interporti, impianti di produzione e reti di distribuzione di acqua, gas, energia elettrica).

Il cuore di ogni iniziativa da finanziare mediante project financing è costituito dal piano economico-finanziario, ovvero dal documento, elaborato e complesso, che evidenzia e dimostra, tra l'altro, la bancabilità dell'investimento, sul piano dei costi e soprattutto dei ricavi.

Intuitivamente favoriscono la bancabilità del progetto, ovvero la sua concreta suscettività di attrarre i finanziamenti bancari, il fatto che i costi (soprattutto quelli di costruzione, che sono i più rilevanti) siano i più bassi possibili, non varino in modo sensibile rispetto alle previsioni, siano spuntati nel modo più favorevole nel confronto concorrenziale sull'affidamento dei lavori, siano corredati da un efficiente sistema di controllo e verifica; e che i ricavi siano fondati su basi statistiche solide e attendibili e che gli eventuali contratti di cessione di prodotti e servizi siano preventivamente sottoscritti, prima dell'avvio dei lavori e comunque prima dell'avvio della gestione.

1.10. La normativa vigente

D.Lgs. n. 163/2006

Art. 153 - Promotore (art. 37-bis, legge n. 109/1994) – 1. I soggetti “promotori” possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, **inseriti nella programmazione triennale** (art. 128), ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, tramite contratti di concessione (art. 143) con **risorse parzialmente o totalmente a carico dei promotori stessi**.

Le proposte sono presentate entro 180 giorni dalla pubblicazione dell'avviso indicativo di cui al comma 3.

Le proposte devono contenere uno **studio di inquadramento territoriale e ambientale**, uno **studio di fattibilità**, un **progetto preliminare**, una **bozza di convenzione**, un **piano economico-finanziario** asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari. Le proposte devono inoltre indicare l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno (art. 2578 cod. civile). Tale importo, soggetto all'approvazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal piano economico-finanziario.

I soggetti pubblici e privati, possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito della fase di programmazione **di cui all'art. 128**, proposte d'intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e studi di fattibilità. Tale presentazione non determina, in capo alle amministrazioni, alcun obbligo di esame e valutazione. Le amministrazioni possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, le proposte di intervento e gli studi ritenuti di pubblico interesse. L'adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti.

2. Possono presentare le proposte di cui al comma 1 i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, eventualmente associati e consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizio.

Le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguite, possono presentare studi di fattibilità o proposte di intervento, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale.

3. Entro novanta giorni dall'avvenuta approvazione dei programmi di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici rendono pubblica la presenza negli stessi programmi di interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica, pubblicando un avviso indicativo, mediante affissione presso la propria sede per almeno sessanta giorni consecutivi, nonché pubblicando lo stesso avviso sui siti informatici.

L'avviso deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'art. 154, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte.

4. Entro quindici giorni dalla ricezione della proposta, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono:

- a) Alla nomina e comunicazione al promotore del responsabile del procedimento;
- b) Alla verifica della completezza dei documenti presentati e ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione.

D.Lgs. n. 163/2006

Art. 154 - Valutazione della proposta (art. 37-ter, legge n. 109/1994) – 1. Le amministrazioni aggiudicatrici **valutano la fattibilità** delle proposte presentate sotto il **profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale**, nonché **della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della du-**

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

La pronuncia delle amministrazioni aggiudicatrici deve intervenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta del promotore.

D.Lgs. n. 163/2006

Art. 155 - Indizione della gara (art. 37-*quater*, legge n. 109/1994) – 1. Entro tre mesi dalla pronuncia di cui all'art. 154 di ogni anno le amministrazioni aggiudicatrici, qualora fra le proposte presentate ne abbiano individuate alcune di pubblico interesse, applicano, ove necessario, le disposizioni (di cui al D.P.R. n. 327/2001) al fine di aggiudicare mediante procedura negoziata la relativa concessione di cui all'art. 143, procedono, per ogni proposta individuata:

- a) ad indire una gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (di cui art. 83, comma1), ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economica più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore.
- b) Ad aggiudicare la concessione mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore e i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla lett. a); nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto.

2. La proposta del promotore posta a base di gara è vincolante per lo stesso qualora non vi siano altre offerte nella gara ed è garantita dalla cauzione pari all'importo di cui all'art.75, comma 1, (pari al due per cento del prezzo di base indicato nel bando o nell'invito).

3. I partecipanti alla gara dovranno versare, mediante fideiussione bancaria o assicurativa, un'ulteriore cauzione fissata dal bando in misura pari all'importo di cui all'art. 153, comma 1, quinto periodo.

4. Nel caso in cui la gara sia esperita mediante appalto avente ad oggetto sia l'esecuzione dei lavori che la presentazione del progetto in sede di offerta e alla successiva procedura negoziata di cui al comma 1, lett. b), il promotore risulti aggiudicatario, lo stesso è tenuto a versare all'altro soggetto, ovvero agli altri due soggetti che abbiano partecipato alla procedura, il rimborso delle spese sostenute e documentate nei limiti dell'importo di cui all'art.153, comma 1, quinto periodo.

Il pagamento è effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice prelevando tale importo dalla cauzione versata dall'aggiudicatario ai sensi del comma 3.

D.Lgs. n. 163/2006

Art. 156 - Società di progetto (art. 37-*quinquies*, legge n. 109/1994) – 1. Il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile.

Il bando di gara indica l'ammontare minimo del capitale sociale della società. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta è indicata la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto.

La società così costituita diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione di contratto.

Il bando di gara può, altresì, prevedere che la costituzione della società sia un obbligo dell'aggiudicatario.

2. I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società disciplinate dal comma 1 si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari. Restano ferme le disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali che prevedono obblighi di affidamento dei lavori o dei servizi a soggetti terzi.

3. Per effetto del subentro di cui al comma 1, che non costituisce cessione del contratto, la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente.

Nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte della pubblica amministrazione, i soci della società restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti dell'amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito. In alternativa, la società di progetto può fornire alla pubblica amministrazione garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera, liberando in tal modo i soci.

Le suddette garanzie cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera.

Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire, nei limiti di qui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera.

L'ingresso nel capitale sociale delle società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento.

D.Lgs. n. 163/2006

Art. 158 – Risoluzione (art. 37-septies, legge n. 109/1994) – 1. Qualora il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del soggetto concedente ovvero quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblico interesse, sono rimborsati al concessionario:

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

2. Le somme di cui al comma 1 sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e sono indisponibili da parte di quest'ultimo fino al completo soddisfacimento di detti crediti.

3. L'efficacia della revoca della concessione è sottoposta alla condizione del pagamento da parte del concedente di tutte le somme previste dai commi precedenti.

D.P.R. n. 554/1999

Art. 99 - (Requisiti del promotore) 1. Possono presentare le proposte di cui all'art. 37-bis della Legge, oltre ai soggetti elencati negli artt. 10 e 17, comma 1, lett. f), della Legge, soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, che negli ultimi tre anni hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta.

2. Possono presentare proposta anche soggetti appositamente costituiti, nei quali comunque devono essere presenti in misura maggioritaria soci aventi i requisiti di esperienza e professionalità stabiliti nel comma 1.

3. Al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il promotore deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'art. 98.

D.P.R. n. 554/1999

Art. 98 - (Requisiti del concessionario) - 1. I soggetti che intendono partecipare alle gare per l'affidamento di concessione di lavori pubblici, se eseguono lavori con la propria organizzazione di impresa, devono essere qualificati secondo quanto previsto dagli artt. 8 e 9 della Legge con riferimento ai lavori direttamente eseguiti, ed essere in possesso 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.

2. In alternativa ai requisiti previsti dalle lett. c) e d) del comma 1 il concessionario può incrementare i requisiti previsti dalle lett. a) e b) nella misura fissata dal bando di gara, comunque compresa fra il doppio e il triplo.

3. Se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione, deve essere in possesso esclusivamente dei requisiti di cui al comma 1, lett. a), b), c), e d).

4. Qualora il candidato alla concessione sia costituito da un raggruppamento temporaneo di soggetti o da un consorzio, i requisiti previsti al comma 1, lett. a) e b), devono essere posseduti dalla capogruppo, dalle mandanti o dalle consorziate nella misura prevista dall'art. 95.

D.Lgs. n. 163/2006

Art. 128 - Programmazione dei lavori pubblici (art. 14, legge n. 109/1994) – **1.** L'attività di realizzazione dei lavori di cui al presente codice di singolo importo superiore a 100.000 euro si svolge sulla base di una programmazione triennale e di suoi aggiornamenti annuali che le amministrazioni aggiudicatrici predispongono e approvano, nel rispetto dei documenti programmatori, già previsti nella normativa vigente, e della normativa urbanistica, unitamente all'elenco dei lavori da realizzare nell'anno stesso.

2. 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 e in conformità agli obiettivi assunti come prioritari. Lo schema di programma triennale e i suoi aggiornamenti annuali sono resi pubblici, prima della loro approvazione, mediante affissione nella sede delle amministrazioni aggiudicatrici per almeno sessanta giorni consecutivi ed eventualmente mediante pubblicazione sul profilo di committente della stazione appaltante.

3. Il programma triennale deve prevedere un ordine di priorità. Nell'ambito di tale ordine sono da ritenere comunque prioritari i lavori di manutenzione, di recupero del patrimonio esistente, di completamento dei lavori già iniziati, i progetti esecutivi approvati, nonché gli interventi per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario.

4. Nel programma triennale sono altresì indicato i beni immobili pubblici che, al fine di quanto previsto dall'art.53, comma 6, possono essere oggetto di diretta alienazione anche del solo diritto di superficie, previo esperimento di una gara; tali beni sono classificati e valutati anche rispetto ad eventuali caratteri di rilevanza storico-artistica, architettonica, paesaggistica e ambientale e ne viene acquisita la documentazione catastale e ipotecaria.

5. Le amministrazioni aggiudicatrici nel dare attenzione ai lavori previsti dal programma triennale devono rispettare le priorità ivi indicate. Sono fatti salvi gli interventi imposti da eventi imprevedibili o calamitosi, nonché le modifiche dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamenti ovvero da altri atti amministrativi adottati a livello statale o regionale.

6. L'inclusione di un lavoro nell'elenco annuale è subordinata, per i lavori di importo inferiore a 1.000.000 di euro, alla previa approvazione di uno studio di fattibilità e, per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro, alla previa approvazione della progettazione preliminare, redatta ai sensi dell'art. 93, salvo che per i lavori di manutenzione, per i quali è sufficiente l'indicazione degli interventi accompagnata dalla stima sommaria dei costi.

7. Un lavoro può essere inserito nell'elenco annuale, limitatamente ad uno o più lotti, purchè con riferimento all'intero lavoro sia stata elaborata la progettazione almeno preliminare e siano state quantificate le complessive risorse finanziarie necessarie per la realizzazione dell'intero lavoro. In ogni caso l'amministrazione aggiudicatrice nomina, nell'ambito del personale ad essa addetto, un soggetto idoneo a certificare la funzionalità, fruibilità e fattibilità di ciascun lotto.

8. I progetti dei lavori degli enti locali ricompresi nell'elenco annuale devono essere conformi agli strumenti urbanistici vigenti o adottati. Ove gli enti locali siano sprovvisti di tali strumenti urbanistici, decorso inutilmente un anno dal termine ultimo previsto dalla normativa vigente per la loro adozione, e fino all'adozione medesima, gli enti stessi sono esclusi da qualsiasi contributo o agevolazione dello stato in materia di lavori pubblici. Resta ferma l'applicabilità delle disposizioni cui gli art. 9, 10, 11 e 19 del d.P.R. 8 giugno 2001, n.327 e di cui all'art. 34 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n.267.

9. L'elenco annuale predisposto dalle amministrazioni aggiudicatrici deve essere approvato unitamente al bilancio preventivo, di cui costituisce parte integrante, e deve contenere l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, ovvero disponibili in base a contributi o risorse dello Stato, delle regioni a statuto ordinario o di altri enti pubblici, già stanziati nei rispettivi stati di previsione o bilanci, nonché acquisibili ai sensi dell'art. 3 del decreto-legge 31 ottobre 1990, n.310, convertito, con modificazione, della legge 22 dicembre 1990, n.403, e successive modificazioni. Un lavoro non inserito nell'elenco annuale può essere realizzato solo sulla base di un autonomo piano finanziario che non utilizzi risorse già previste tra i mezzi finanziari dell'amministrazione al momento della formazione dell'elenco, fatta eccezione per le risorse rese disponibili a seguito di ribassi d'asta o di economia. Agli enti locali si applicano le disposizioni previste dal decreto legislativo 18 agosto 2000, n.267.

10. I lavori non ricompresi nell'elenco annuale o non ricadenti nelle ipotesi di cui al comma 5, secondo periodo, non possono ricevere alcuna forma di finanziamento da parte di pubbliche amministrazioni.

11. Le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad adottare il programma triennale e gli elenchi annuali dei lavori sulla base degli schemi tipo, che sono definiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e sono pubblicati sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n.20 e per estremo sul sito informatico presso l'osservatorio.

12. I programmi triennali e gli aggiornamenti annuali, fatta eccezione per quelli predisposti dagli enti e da amministrazioni locali e loro associazioni e consorzi, sono altresì trasmessi al CIPE, per la verifica della loro compatibilità con i documenti programmatici vigenti.

Capitolo 2

La relazione tra architetto e opera pubblica

Architectus, cum publicum opus curandum receipt, pollicetur quanto sumptu id sit futurum.

Tradita aestimatione magistratui bona eius cbligantur, donec opus sit perfectum.

Absolute autem, cum ad dictum impensa respondit, decretis et honoribus ornatur.

Cum vero amplius quam quarta in opere consumitur, ex eius bonis ad perficiendum pecunia exigitur.

(VITRUVIUS, De Architectura, X, Praef.1)³

2.1. La relazione tra architetto e opera pubblica

Per poter governare tutti gli aspetti intercorrenti nella progettazione e realizzazione di opere pubbliche, l'architetto dovrà arricchire il sapere tecnico con la conoscenza delle nozioni economico-giuridiche che guidano i procedimenti di realizzazione delle opere pubbliche nell'interesse della collettività.

La relazione funzionale tra l'architetto e l'opera pubblica risale alle prime forme dell'organizzazione sociale ed esiste fin dalla realizzazione delle prime opere destinate alla fruizione del popolo o dei governi nella storia delle civiltà mondiali.

Però, è senza dubbio interessante ricordare che questa relazione ha ricevuto l'attenzione dei primi ordinamenti normativi delle società, fin dal diritto romano⁴.

Quindi, tutti i legislatori antichi e moderni hanno sempre sentito che nell'attività dell'architetto erano riposte funzioni di notevole interesse pubblico, così come compiti e responsabilità che andavano oltre l'incarico affidato.

Ancora oggi è così.

La disciplina giuridica della progettazione e realizzazione delle opere pubbliche, fondata sul primato della progettazione dell'opera, affida al progettista la responsabilità di governare tutti gli aspetti che attengono l'opera, anche quelli che non hanno una natura squisitamente tecnica.

³ Vitruvio, *De Architectura*, X, Praef.1: «L'Architetto, quando riceve l'incarico di eseguire un'opera pubblica, deve garantire per giuramento l'entità della spesa, e i suoi beni, il cui ammontare viene stimato dal magistrato, vengono ipotecati sino al completamento dell'opera. A lavoro fatto, se la spesa corrisponde al preventivo, egli viene pubblicamente lodato e onorato. Se la spesa risulta invece più alta, dai suoi beni viene preso il denaro necessario per realizzare il lavoro».

⁴ Milazzo, *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale - Princeps e procedure dalle Leggi Giulie ad Adriano*, Napoli, 1999; Del Giudice, *Dizionario Giuridico romano*, Napoli, 2000.

Per questa ragione, il professionista che instaura una relazione con un'opera pubblica, sia essa relativa alla progettazione, alla direzione dei lavori, al collaudo o alla procedura di realizzazione, ha bisogno di conoscere la chiave di lettura e di applicazione delle nozioni giuridiche ed economiche che accompagnano l'opera stessa.

A tale scopo, si offriranno in questa opera, le considerazioni e i riferimenti per comprendere l'applicazione dei concetti aspetti giuridici ed economici che il legislatore ha affiancato a quelli tecnici nella definizione della disciplina per realizzare un'opera pubblica con la procedura di finanza di progetto.

2.2. La nozione di bene pubblico e di opera pubblica

RIF.: ARTT. 822, 823,
826 SS. COD.CIV.,
D.LGS. N. 2440/1923
R.D. N. 827/1924

I beni pubblici sono classificati in beni demaniali, appartenenti agli enti pubblici e beni del patrimonio indisponibile dello stato.

Secondo la normativa vigente i beni demaniali risultano inalienabili, in commerciabili e non espropriabili; poiché direttamente preordinati alla soddisfazione di interessi imputati alla collettività stanziata sul territorio. I beni indisponibili invece non possono essere sottratti alla loro destinazione, ma possono essere alienati ad altro ente pubblico.

Accanto alla categoria dei beni pubblici, ci sono i beni di proprietà degli enti pubblici che appartengono al patrimonio disponibile, nell'ambito dei quali rientrano tutti i beni che sono destinati a produrre reddito secondo le regole dell'economia privata, che possono essere alienati a terzi, sottoposti a sequestro.

Per svolgere i compiti di cura dell'interesse collettivo la pubblica amministrazione è titolare della proprietà di beni mobili e immobili. Questi beni, definiti genericamente "beni pubblici", vengono classificati in modo diverso sulla base della disciplina giuridica che li contraddistingue per quanto riguarda le modalità di sfruttamento e la loro destinazione, le modalità di circolazione e le modalità di tutela.

Manca una definizione compiuta del bene pubblico nelle fonti legislative, quindi la classificazione dei beni è stata elaborata dalla dottrina⁵.

La classificazione dei beni pubblici che ne definisce il regime giuridico ed economico applicabile è necessaria per capire la disciplina applicabile ai beni che diventano oggetto di procedure di project financing.

Ad esempio è fondamentale capire se i posti auto di un parcheggio pubblico realizzato in project financing possono essere venduti ai cittadini; se gli spazi commerciali di un intervento di riqualificazione urbana realizzato in project financing possono essere ceduti ai commercianti in concessione o in locazione ecc.

Dalle fonti legislative vigenti si ricava che i beni pubblici sono divisi tradizionalmente in due categorie: i beni demaniali e i beni del patrimonio indisponibile⁶.

⁵Per un resoconto della dottrina U. Di Benedetto, *Diritto amministrativo*, Maggioli, Rimini, 2007, pag. 217 ss.

I beni demaniali sono quelli che appartengono agli enti pubblici per fonte legislativa, per acquisto in proprietà secondo le modalità del codice civile e per atti pubblicistici.

Il regime giuridico dei beni demaniali, contenuto nell'art. 822 ss. cod.civ. e nel D.Lgs. 2440/1923 e nel R.D. n. 827/1924 (regolamento di contabilità generale dello Stato), prevede che essi siano di proprietà di enti territoriali perché sono direttamente preordinati alla soddisfazione di interessi imputati alla collettività stanziata sul territorio e rappresentata dagli enti territoriali, che essi siano inalienabili (art. 823 cod.civ.), in commerciabili e non espropriabili⁷.

La cessazione della qualità di bene demaniale deriva dalla distruzione del bene, dalla perdita dei requisiti di bene demaniale e dalla cessazione espressa o tacita della destinazione, ovvero per intervento legislativo di sdemanializzazione⁸.

I beni del patrimonio indisponibile dello Stato, delle province e dei comuni (ad esempio le foreste, le miniere, le caserme, gli armamenti, le cose di interesse storico, archeologico ritrovate nel sottosuolo, le sedi degli uffici pubblici e i loro arredi), come elencati nell'art. 826 ss. cod.civ., non possono essere sottratti alla loro destinazione, ma possono essere alienati ad altro ente pubblico⁹. Ai sensi dell'art. 826 cod.civ. i be-

⁶**Codice civile: Art. 822 - Demanio pubblico** - Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia (Cod. Nav. 28, 692); le opere destinate alla difesa nazionale.

Fanno parimenti parte del demanio pubblico, se appartengono allo Stato, le strade, le autostrade e le strade ferrate; gli aerodromi (Cod. Nav. 692 a); gli acquedotti; gli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia; le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche; e infine gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico.

Art. 823 - Condizione giuridica del demanio pubblico - I beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano (Cod. Nav. 30 e seguenti, 694 e seguenti).

Spetta all'autorità amministrativa la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico. Essa ha facoltà sia di procedere in via amministrativa, sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà (948 e seguenti) e del possesso (1168 e seguenti) regolati dal presente codice.

Art. 824 - Beni delle province e dei comuni soggetti al regime dei beni demaniali - I beni della specie di quelli indicati dal secondo comma dell'art. 822, se appartengono alle province o ai comuni, sono soggetti al regime del demanio pubblico.

Allo stesso regime sono soggetti i cimiteri e i mercati comunali.

Art. 825 - Diritti demaniali su beni altrui - Sono parimenti soggetti al regime del demanio pubblico i diritti reali che spettano allo Stato, alle province e ai comuni su beni appartenenti ad altri soggetti, quando i diritti stessi sono costituiti per l'utilità di alcuno dei beni indicati dagli articoli precedenti o per il conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli a cui servono i beni medesimi.

Art. 826 - Patrimonio dello Stato, delle province e dei comuni - I beni appartenenti allo Stato, alle province e ai comuni, i quali non siano della specie di quelli indicati dagli articoli precedenti, costituiscono il patrimonio dello Stato o, rispettivamente, delle province e dei comuni. Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato le foreste che a norma delle leggi in materia costituiscono il demanio forestale dello Stato, le miniere, le cave e torbiere quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo, le cose d'interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, i beni costituenti la dotazione della presidenza della Repubblica (Costit. 843), le caserme, gli armamenti, gli aeromobili militari (Cod. Nav. 745) e le navi da guerra. Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato o, rispettivamente, delle province e dei comuni, secondo la loro appartenenza, gli edifici destinati a sede di uffici pubblici, con i loro arredi, e gli altri beni destinati a pubblico servizio.

⁷**Codice civile: Art. 823 - Condizione giuridica del demanio pubblico** - I beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano (Cod. Nav. 30 e seguenti, 694 e seguenti).

⁸Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2007 - cod.civ. 21 marzo 2006, n. 1701 (in www.appaltiecontratti.it): «a sdemanializzazione tacita deve risultare da comportamenti univoci e concludenti da cui emerge con certezza la rinuncia alla funzione pubblica del bene»

⁹**Codice civile: Art. 828 - Condizione giuridica dei beni patrimoniali** - I beni che costituiscono il patrimonio dello Stato, delle province e dei comuni sono soggetti alle regole particolari che li concernono e, in quanto non è diversamente disposto, alle regole del presente codice. I beni che fanno parte del patrimonio indispo-

(footnote continued)

ni appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato e degli enti pubblici territoriali sono soggetti allo stesso regime giuridico previsto per il demanio pubblico ovvero sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi.

Ad essi, pertanto si applica anche l'art. 823, comma 2, del medesimo codice che attribuisce alla autorità amministrativa la tutela dei beni facenti parte del demanio pubblico, confermandole la facoltà sia di procedere in via amministrativa, sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso¹⁰.

La cessazione della qualità di bene indisponibile deriva dalla distruzione del bene, dalla perdita dei requisiti di bene indisponibile e dalla cessazione espressa o tacita della destinazione, ovvero per intervento legislativo di privatizzazione. Accanto alla categoria dei beni pubblici, ci sono i beni di proprietà degli enti pubblici che appartengono al patrimonio disponibile, nell'ambito dei quali rientrano tutti i beni che sono destinati a produrre reddito secondo le regole dell'economia privata, che possono essere alienati a terzi, sottoposti a sequestro.

Questa ripartizione di bene pubblico e di opera pubblica era già presente nel diritto romano: come accade oggi per le infrastrutture pubbliche, allo stesso modo era pubblico il *campus Martius*, così il *forum*, le *basilicae*, gli *stadia*, i *theatra*, i *balinea* o *thermae quali beni della civitas*¹¹ (*publico usui destinatae*).

Proprio su questo concetto di destinazione all'utilizzazione pubblica¹² si fonda il regime speciale di regole che caratterizzano tutta la disciplina delle opere pubbliche, dal progetto alla realizzazione fino alla gestione.

Per quanto riguarda la nozione di opera pubblica essa riguarda tutti i lavori, se affidati dai soggetti pubblici o con finanziamento pubblico prevalente, quali le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere ed impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica.

nibile non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano.

¹⁰T.A.R. Lazio Sez. II, 24 novembre 1999, n. 2437.

¹¹D. 1.8.6.1 (= Iust. inst. 2.1.6): *Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alla sunt communia civitatum*.

¹²Il fondamento della distinzione delle *res publicae iuris gentium* nell'ambito della più ampia categoria delle *res publicae* sta soprattutto nel criterio di pubblicità, che per esse è riposto nella loro conformazione naturale ed economica, mentre per le altre *res* è dato da un titolo e da una particolare destinazione allo scopo a cui servono. Infatti, non esistono cose che siano già pubbliche per la loro stessa natura; la pubblicità deriva sempre dall'ordinamento giuridico.

2.3. L'uso dei beni pubblici

RIF.: ART. 826 SS.,
COD.CIV.
D.LGS. N. 163/2006

L'uso del bene pubblico risulta limitato rispetto alle facoltà d'uso del bene privato, in quanto è influenzato dal rapporto che sussiste tra bene e collettività.

Il project financing ci permette di rendere alla collettività un servizio pubblico e contemporaneamente di trarre profitto dall'utilizzazione dei beni pubblici.

Per preparare gli atti del procedimento di finanza di progetto così come per preparare l'offerta del promotore occorre conoscere quali sono le modalità d'uso dei beni pubblici che sono più limitate rispetto a quelle del privato sul bene di sua proprietà¹³.

L'uso dei beni pubblici è più limitato rispetto alle facoltà d'uso del bene privato in quanto è influenzato dal rapporto che sussiste tra bene e collettività.

Il project financing integra una operazione di progettazione, realizzazione ed utilizzazione del bene pubblico al fine di trarne redditività e contestualmente servizio pubblico.

Quindi, i beni del patrimonio indisponibile dello Stato, delle province e dei comuni (ad esempio le foreste, le miniere, le caserme, gli armamenti, le cose di interesse storico, archeologico ritrovate nel sottosuolo, le sedi degli uffici pubblici e i loro arredi, i teatri pubblici, cimiteri), come elencati nell'art. 826 ss. cod.civ., non possono essere sottratti alla loro destinazione, ma possono essere alienati ad altro ente pubblico.

2.4. La proprietà dell'opera pubblica nella concessione di costruzione e gestione

RIF.: ART. 153,
D.LGS. N. 163/2006

Nel project financing la proprietà dell'opera rimane sempre della pubblica amministrazione concedente.

In dottrina è stata però prospettata l'ipotesi di un'eventuale proprietà temporanea in capo al concessionario, secondo cui l'appartenenza dei beni costruiti e gestiti va riconosciuta ai concessionari stessi; la proprietà dell'opera, in questo specifico caso, passa allo stato soltanto alla fine della concessione.

Nella concessione di costruzione e gestione così come nel project financing l'opera è di proprietà dello Stato o della pubblica amministrazione concedente; la gestione rimane esterna all'ente concedente. Il concessionario, però, nella sua qualità di gestore, non ha il potere di disposizione delle opere da lui progettate e realizzate, proprio perché non ne diviene mai proprietario.

¹³ **Codice civile: Art. 832** - Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.

In dottrina è stata prospettata anche l'ipotesi di un'eventuale proprietà temporanea in capo al concessionario¹⁴ in ordine alla fattispecie delle autostrade costruite dai privati e da questi gestite, secondo cui l'appartenenza dei beni costruiti e gestiti va riconosciuta ai concessionari stessi, passando la proprietà allo Stato soltanto alla fine della concessione. La giurisprudenza di legittimità¹⁵, sul caso specifico, ha ritenuto che l'opera costruita dal concessionario sia di proprietà dello stesso e non della pubblica amministrazione, «la quale l'acquista solo al termine della concessione». In tale ottica l'opera «non fa parte dei beni del demanio accidentale o del patrimonio indisponibile, ma deve essere classificata, in funzione della sua destinazione permanente alla realizzazione di un pubblico interesse, come un bene di interesse pubblico, con la conseguenza che, ove si tratti di un'autostrada, le sono applicabili il regime delle limitazioni e degli oneri a carico delle proprietà latitanti proprio delle strade pubbliche ...». In proposito va rilevato che, per quanto concerne le autostrade in concessione, la legge 27 gennaio 1963, n. 34, superata poi dalla legge 28 aprile 1971, n. 287, legittima il concessionario, previa autorizzazione dell'ANAS, a costituire ipoteca o vincoli reali sull'autostrada per un periodo non eccedente la durata della concessione. La disposizione trova un precedente nell'art. 1 del D.P.R. 10 luglio 1947, n. 787, il quale prevede che i concessionari di ferrovie, nei soli casi di riconosciuta grande utilità pubblica e di notevole importanza per l'economia regionale o nazionale, possano essere autorizzati a contrarre mutui garantiti da ipoteca sul complesso patrimoniale della concessione ferroviaria, allo scopo di provvedere alla costruzione ed alla ricostruzione, al riassetto, alla elettrificazione, al potenziamento e completamento degli impianti.

Nei casi in cui manchi una disposizione puntuale che riconosca il diritto ad accendere garanzie reali sui beni oggetto della concessione, non vi è il titolo che legittimi la deroga alla disciplina delle opere pubbliche che qualifica le medesime opere di proprietà pubblica fin dal momento della loro costruzione, anche se avvenisse su area privata illegittimamente occupata dall'amministrazione pubblica.

Nella realizzazione di opere pubbliche in PF è assai frequente la ricorrenza della previsione del diritto di superficie a favore del promotore perché permette un maggiore sfruttamento dell'opera ai fini della produzione di redditività.

Per tale ragione si ritiene utile offrire alcune considerazioni sulla natura e sulle caratteristiche del diritto di superficie.

L'art. 952 cod.civ. contempla due differenti fattispecie:

- a) il proprietario del suolo può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà;
- b) parimenti può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo.

Il proprietario può in altre parole o concedere ad altri il diritto di costruire e di mantenere la proprietà di una costruzione separata rispetto alla proprietà del suolo, o viceversa può alienare una costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo.

¹⁴In proposito: A. Sandulli, voce *Autostrada*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 525 e ss.

¹⁵Cass. Sez. Un. 9 marzo 1978, n. 1179, in *Giust. Civ.*, 1978, I, p.837.

In entrambi i casi il proprietario resta dunque titolare del suolo, ed il superficiario nel primo caso acquisisce il diritto di costruire e mantenere sul suolo la proprietà di un edificio, nel secondo caso acquisisce la proprietà di un edificio separato rispetto al suolo.

In dottrina per distinguere queste differenti situazioni si parla di diritto di superficie nel primo caso, inteso come *ius aedificandi*, e di diritto di proprietà superficiaria nel secondo.

Si consideri ancora come, anche in caso di alienazione di un edificio già realizzato, solo la configurazione di un diritto di superficie, consente di separare la proprietà del suolo da quella dell'edificio, con conseguente inibizione del principio generale dell'accessione (art. 934 ss. cod.civ.).

Il diritto di superficie, inteso come diritto di costruire e di mantenere una costruzione sul suolo altrui, nonché il diritto di proprietà superficiaria si acquistano in primo luogo a titolo derivativo in virtù di un contratto ad effetti reali di cui all'art. 1376 cod.civ. : è questo il caso del contratto di concessione di costruzione e gestione che viene stipulato tra promotore e amministrazione committente e a seguito della selezione operata con il project financing.

Capitolo 3

Dalla programmazione alla gara

3.1. La programmazione delle opere da realizzare in project financing

RIF.: ART. 128,
COMMI 1, 2, 3 E 4
D.LGS. N. 163/2006

La programmazione delle opere da realizzare in project financing rientra nelle previsioni dell'atto predisposto e approvato ai sensi dell'art. 128 del codice dei contratti e quindi rientra nella programmazione triennale e nei suoi aggiornamenti annuali che le amministrazioni aggiudicatrici predispongono e approvano, nel rispetto dei documenti programmatici, già previsti nella normativa vigente, e della normativa urbanistica, unitamente all'elenco dei lavori da realizzare nell'anno stesso.

La programmazione triennale costituisce momento attuativo degli studi di fattibilità, identificazione e quantificazione dei propri bisogni, che le amministrazioni aggiudicatrici predispongono nell'esercizio delle loro autonome competenze e in conformità agli obiettivi assunti come prioritari.

Lo schema di programma triennale e i suoi aggiornamenti annuali sono resi pubblici, prima della loro approvazione, mediante affissione nella sede delle amministrazioni aggiudicatrici per almeno sessanta giorni consecutivi ed eventualmente mediante pubblicazione sul profilo di committente della stazione appaltante.

Nel programma triennale sono altresì indicato i beni immobili pubblici che, al fine di quanto previsto dall'art. 53, comma 6, possono essere oggetto di diretta alienazione anche del solo diritto di superficie, previo esperimento di una gara; tali beni sono classificati e valutati anche rispetto ad eventuali caratteri di rilevanza storico-artistica, architettonica, paesaggistica e ambientale e ne viene acquisita la documentazione catastale e ipotecaria.

L'atto di programmazione che contiene la previsione dell'opera e la specificazione che verrà finanziata con finanza proveniente dai privati (secondo il modello previsto dai decreti di attuazione della materia) richiama l'avvenuta stesura dello studio di fattibilità dell'opera (per il quale si richiama il paragrafo ad esso dedicato nel presente lavoro), sulla base del quale la PA ha potuto comprendere che l'opera si presta ad uno sfruttamento economico tale da poter rendere ripagare totalmente o parzialmente l'investimento della costruzione.

Una volta definito nel programma triennale che l'opera può essere realizzata con PF, la PA procede all'indizione dell'avviso pubblico per sollecitare le proposte del mercato.

3.2. La preparazione dello studio di fattibilità

Lo studio di fattibilità valuta la convenienza e la logica di fondo di un intervento, ne definisce le attività, stima i risultati attesi e fornisce un'analisi approfondita di tutte le condizioni esterne.

Lo studio di fattibilità è un'analisi tecnica che trasforma un'idea progettuale in concrete proposte di investimento basate sulla valutazione degli strumenti, delle tecniche e delle risorse necessarie a realizzare il progetto.

Le amministrazioni pubbliche hanno così una panoramica dettagliata sulla proposta di investimento che consente loro di valutare in anticipo i risultati e le implicazioni di un'iniziativa in termini di sviluppo umano e promozione sociale. Sulla base di questa analisi le amministrazioni pubbliche selezionano i progetti di maggiore impatto realizzando investimenti più validi ed efficaci.

La legge Merloni per la prima volta e successivamente il codice dei contratti hanno trasformato lo studio di fattibilità da "buona abitudine" a fase ordinaria di un progetto di investimento proprio in funzione della sua capacità di raggiungere i livelli più alti di efficacia e di qualità degli investimenti pubblici.

La preparazione dello studio di fattibilità dovrà contenere una serie di elementi e precisazioni o dati indispensabili per la formulazione della proposta da parte del promotore.

In primo luogo una accurata descrizione degli obiettivi prioritari che l'amministrazione intende perseguire e ai quali devono essere orientate le proposte progettuali. Si tratta della descrizione più volte presentata quale identificazione dei bisogni, per i quali la proposta progettuale che si intende raccogliere dovrà presentare in modo definito e prioritario soluzioni strategiche per il soddisfacimento di essi, la quantificazione ed i lavori strumentali al soddisfacimento di tali bisogni; le caratteristiche funzionali orientate al raggiungimento degli obiettivi dell'intervento; le caratteristiche economico-finanziarie per verificare la sostenibilità dell'iniziativa; la compatibilità ambientale e urbanistica con l'assetto esistente, la compatibilità amministrativa e patrimoniale rispetto alla disponibilità delle aree sulle quali si obbliga o si suggerisce di realizzare l'intervento, la fattibilità dell'attivazione dei capitali privati, attraverso la capacità dei flussi di cassa attesi nell'arco di vita della concessione di gestione dell'opera, di coprire i costi d'investimento e di garantire agli investitori privati un idoneo utile di impresa, i requisiti della proposta del promotore, l'integrazione tra i progetti già esistenti e quello oggetto di finanza di progetto.

3.3. I requisiti della proposta del promotore

Per raggiungere gli obiettivi indicati nello studio di fattibilità, l'operazione di realizzazione che intende avviare l'Amministrazione con la pubblicazione dell'avviso, deve essere impostata tenendo in considerazione le informazioni utili a valutare l'evoluzione del contesto territoriale in cui si inserisce l'azione e, contestualmente, analizzando, in via preventiva, gli effetti di tale azione rispetto alle finalità e ai bisogni da soddisfare.

Questo studio del contesto e del relativo inquadramento territoriale ed ambientale della Proposta, anche per i profili di sviluppo economico che le trasformazioni possono attuare, deve contenere tutti gli elementi di analisi dello stato di fatto del territorio offerti dalla stessa amministrazione nei documenti allegati all'avviso, nonché le analisi sull'impatto della trasformazione sugli obiettivi che si prefigge l'Amministrazione medesima.

Le scelte progettuali saranno sostenibili e valutabili laddove dimostrano di essere la soluzione idonea al soddisfacimento degli obiettivi.

Di conseguenza, il legislatore ha previsto che il Promotore deve presentare, tra i documenti della Proposta, lo studio inquadramento territoriale ed ambientale che terrà conto anche del contesto urbano nel quale si innesta la scelta progettuale e sarà completo delle analisi del territorio e della spiegazione dei punti di criticità e dei punti di forza sui quali intervenire per raggiungere gli obiettivi dell'Amministrazione.

Il Promotore dovrà presentare lo studio di fattibilità amministrativo-giuridico, economico finanziario, tecnico, completo della specificazione dell'idea forza progettuale e della capacità di raggiungere le finalità dell'amministrazione.

3.4. Gli indicatori strategici per valutare la proposta tecnica

Gli indicatori strategici rappresentano una definizione puntuale degli obiettivi strategici e funzionali che l'amministrazione intende perseguire.

Tali meccanismi di verifica vedono coinvolti tutti i soggetti partecipanti alla finanza di progetto.

Rappresentano da parte della pubblica amministrazione l'elaborazione e la verifica degli obiettivi strategici e funzionali.

La definizione degli obiettivi strategici dell'amministrazione è la fase propedeutica alla elaborazione puntuale degli indicatori strategici (di natura tecnica ed economica).

La programmazione della trasformazione del territorio comunale ha raccolto le indicazioni enucleate nel cosiddetto criterio direttivo di Goteborg: lo sviluppo locale deve garantire e perseguire al sostenibilità ambientale, sociale ed economica¹⁶.

In questo contesto l'amministrazione comunale, a titolo esemplificativo e non esaustivo, può perseguire gli obiettivi di :

rendere maggiore attrattività al contesto in cui operano le imprese locali che erogano servizi alla persona;

agevolare l'uso sostenibile delle risorse pubbliche;

ampliare gli spazi sinergici tra crescita economica del luogo;

proteggere il territorio e favorire la tutela del paesaggio e dell'ambiente;

¹⁶Sia consentito il rinvio a E. Mariotti M. Iannantuoni, Il nuovo diritto ambientale, Rimini, 2007.

promuovere azioni e dinamiche di risparmio energetico;

favorire l'introduzione di tecnologie pulite;

promuovere la costante innovazione degli attrattori turistici al fine di valorizzare gli spazi pubblici ed i siti ambientali quale vantaggio competitivo per il territorio comunale.

La programmazione di operazioni complesse di trasformazione del territorio, con implicazioni sia economiche sia sociali di forte impatto, necessitano di una puntuale definizione degli obiettivi strategici e funzionali che l'amministrazione intende perseguire.

La definizione puntuale (sia analitica che per schemi di sintesi) dei target obiettivo non può tuttavia essere separata dalla proposizione di un modello di verifica e controllo in itinere del grado di avvicinamento agli obiettivi suddetti. Tali meccanismi di verifica e controllo dovranno vedere coinvolti tutti i soggetti che partecipano alla operazione complessa (di project financing): la pubblica amministrazione nel momento di elaborazione e verifica del target; gli operatori privati nella fase di attuazione dei modelli di controllo e nei momenti di confronto con la pubblica amministrazione finalizzati a verificare la correttezza dei target proposti.

Gli indicatori rappresentano la modalità con cui si chiede all'operatore economico di declinare le ipotesi e le soluzioni tecniche ed economiche proposte nel massimo dettaglio.

Lo studio di fattibilità e il piano economico finanziario dovranno esplicitare le dinamiche e i risultati indotti dagli indicatori strategici selezionati. Le funzioni tecniche del progetto e le voci economiche e finanziarie di costo e ricavo diventano funzione esplicita degli indicatori strategici selezionati. L'obiettivo è quello di poter procedere ad una verifica della fattibilità tecnica e della sostenibilità economica e finanziaria dell'operazione complessa programmata utilizzando indicatori tecnici, economici e finanziari che (grazie alla parametrizzazione agli indicatori proposti) permettano di esplicitare le cause e le dinamiche della loro evoluzione. L'amministrazione potrà leggere ed utilizzare gli indici finali (tecnici, economici e finanziari) del progetto come la chiave intelligibile del concreto raggiungimento dei propri obiettivi strategici e funzionali.

Il principio generale che deve regolare la scelta degli indicatori strategici è la necessità che le politiche di sviluppo e trasformazione del territorio urbano siano accompagnate da un'informazione statistica (elaborata sia a livello locale che a livello regionale) derivante da fonti affidabili e che gli indicatori riflettano temi rilevanti per la *policy* della amministrazione comunale e siano di facile e chiara interpretazione.

L'utilizzazione degli indicatori strategici nella elaborazione dello studio di fattibilità e del piano economico finanziario da parte dei soggetti privati consente di pervenire ad una quantificazione dei target del progetto privato in stretta sintonia con l'inquadramento e la attuazione della programmazione delle scelte della amministrazione locale. L'utilizzo degli indicatori deve fare astrazione (per quanto possibile) dall'utilizzo delle diverse fonti finanziarie utilizzate.

Gli indicatori potranno inoltre influire sulla scelta e definizione dei luoghi e delle azioni che l'amministrazione potrà scegliere quali obiettivi della sua azione di programmazione.

Gli indicatori selezionati tengono conto dell'opportunità:

- a) di considerare indicatori omogenei a quelli utilizzati nella fase di programmazione ed attuazione delle politiche strutturali europee (fase legata alle determinazioni in materia di corretta organizzazione della spesa pubblica, cd. Strategia di Lisbona)
- b) di utilizzare grandemente indicatori che misurino l'esistenza *ex ante*, la eventuale creazione, erogazione e qualità di servizi, soprattutto in considerazione dell'accento posto dall'amministrazione comunale nella elaborazione del piano strategico di mandato sulla necessità di perseguire chiari obiettivi di servizio al territorio comunale ed agli utenti cittadini.

Poiché l'insieme degli indicatori ha la duplice funzione di fornire informazione utile ad apprezzare l'evoluzione del contesto territoriale in cui si inserisce l'azione di programmazione della pubblica amministrazione ma anche a giudicare gli effetti di tale azione programmatoria congiuntamente ad altre analisi, essi costituiscono uno strumento utile sia per la programmazione, sia per la valutazione *ex-ante* e *in itinere* delle scelte compiute dall'amministrazione comunale.

3.5. La procedura preordinata alla scelta del promotore

RIF.: ART. 128,
D.LGS. N. 163/2006

La procedura si sviluppa in tre fasi principali che comprendono l'identificazione dell'opera, lo sviluppo della procedura di gara e la finalizzazione dei contratti di concessione.

All'interno della fase di identificazione dell'opera l'amministrazione pubblica provvede alla quantificazione dei propri bisogni, attraverso l'esecuzione di opportuni studi che individuino i lavori strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni.

Tali studi dovranno indicare anche le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali, ed economico-finanziarie degli stessi e contengano l'analisi dello stato di fatto di ogni intervento, nelle componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, e nelle sue componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche.

Nelle successive fasi, la PA, dopo aver stimolato il mercato, sceglie se vi sono proposte rispondenti ai propri obiettivi e provvede a dichiararne il pubblico interesse.

Di seguito si occupa di stipulare il contratto con il promotore conosciuto come contratto di concessione di costruzione e gestione.

Il processo che un'amministrazione pubblica deve attuare per giungere all'affidamento di una concessione di progettazione, costruzione e gestione di un'opera con la tecnica del project financing comprende tre fasi principali:

l'identificazione dell'opera pubblica oggetto della iniziativa e la scelta delle modalità più idonee per la sua realizzazione;

la procedura di gara per l'individuazione del concessionario e l'affidamento della concessione;

la finalizzazione dei contratti di concessione, di appalto di lavori, servizi e forniture, di finanziamento e di assicurazione, che si conclude con la stipula del contratto (o disciplinare) di concessione.

La fase di identificazione corrisponde all'inserimento dell'iniziativa nel Programma Triennale delle opere pubbliche previsto dall'art. 128 del D. Lgs. 163/2006, secondo il quale l'amministrazione pubblica provvede alla «... quantificazione dei propri bisogni ...» eseguendo opportuni studi che «... Individuino i lavori strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, indichino le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e contengano 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».

Una volta programmata l'opera pubblica, con le caratteristiche dello studio di fattibilità, l'amministrazione cercherà la proposta sul mercato mediante la pubblicazione di un avviso pubblico e la successiva fase di selezione del promotore, composta da tre procedimenti di gara (si rinvia al paragrafo sulla procedura di gara).

3.6. L'indizione della gara

RIF.: ART. 152 E 153,
D.Lgs. N. 163/2006

Dopo aver programmato l'opera, la PA procede alla indizione di una gara, preceduta da avviso pubblico, da svolgersi con il criterio dell'offerta più economicamente vantaggiosa.

Seguirà, una volta individuata la proposta di pubblico interesse, una successiva gara cui seguirà la negoziazione e la conseguente aggiudicazione della concessione.

Entro tre mesi dalla pronuncia relativa alla fattibilità delle proposte dei proponent e quindi della dichiarazione di pubblica utilità di una delle proposte, qualora vi siano una o più proposte giudicate di pubblico interesse, le amministrazioni aggiudicatrici al fine d'aggiudicare con procedura negoziata la concessione di lavori pubblici procedono:

- a) ad indire una gara da svolgersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni della stazione appaltante, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore;
- b) ad aggiudicare la concessione mediante una procedura negoziata da svolgere con il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla lett. a); nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto, la procedura negoziata intercorre con il promotore e tale unico concorrente.

Il legislatore ha eliminato dalla fase della procedura negoziata il diritto di prelazione in precedenza riconosciuto al promotore, ovvero la facoltà per il promotore di adeguare la propria proposta a quella giudicata più conveniente dall'Amministrazione¹⁷.

¹⁷Art. 2, comma 1, lett. oo), D.Lgs. n. 113/2007.

Di seguito si riporta uno schema analitico delle varie fasi della procedura di gara di selezione del concessionario:

- a) presentazione di una proposta a cura del soggetto che si candida ad assumere la qualifica di promotore (art. 152);
- b) esame della proposta da parte dell'Amministrazione Pubblica e la sua eventuale accettazione;
- c) indizione «... di una successiva gara, sulla base del progetto del promotore, da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per la selezione di due aggiudicatari da porre confronto con il promotore ...»;
- d) compilazione della relativa graduatoria per individuare i due soggetti che hanno presentato le due migliori offerte;
- e) svolgimento di una terza procedura di gara, questa volta con procedura negoziata, alla quale l'Ente invita i due concorrenti primi classificati nella gara di cui alla lett. c) precede, nonché il promotore (che non ha partecipato a tale gara).

La redazione del bando di gara e la prequalifica dei concorrenti, come pure la redazione dei rimanenti documenti della gara di cui al punto c), possono aver luogo nei quattro mesi previsti per l'esame e l'approvazione della proposta ricevuta dal promotore, al fine di velocizzare i tempi della procedura in modo tale che entro dodici mesi dall'avvio della procedura l'Amministrazione Pubblica possa essere in grado di bandire la prima delle due gare previste

3.7. La natura del promotore e la facoltà di presentarsi in ATI nel project financing

RIF.: ART. 153 E 34,
D.LGS. N. 163/2006

Vengono denominati "promotori" i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, funzionali e gestionali per poter presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte sulla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità.

Il soggetto promotore, ai sensi dell' art. 34, potrà inoltre associarsi e/o raggrupparsi in ATI costituente.

L'ammissione alla gara di un raggruppamento, anche se non ancora costituito, potrà consentire di ampliare il ventaglio delle proposte e di favorire la scelta dell'individuazione di quella maggiormente rispondente al pubblico interesse.

La compagine dell'ATI del promotore potrà essere legittimamente modificata nel corso della procedura di affidamento della concessione di costruzione e gestione.

L'art. 153 comma 2 precisa che possono presentare le proposte di project financing i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati nel regolamento nonché i soggetti abilitati ad eseguire i lavori pubblici eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi.

Il regolamento vigente D.P.R. n. 554/1999 oggi rimasto in vigore, così come la bozza del nuovo regolamento, non ancora pubblicato per la sospensione da parte della Corte

dei Conti, riconoscono agli istituti di credito e agli intermediari finanziari la possibilità di concorrere all'affidamento della concessione di costruzione e gestione mediante il project financing, rispondendo all'esigenza che da più parti nel settore bancario era stata sollevata per aprire il mercato della realizzazione delle opere pubbliche con finanza privata.

Un altro tema riguarda la facoltà delle società pubbliche di presentarsi quali proponenti nel PF.

In questo ambito il recente orientamento giurisprudenziale ha riconosciuto che anche le società pubbliche possono partecipare a gare indette dal proprio ente locale per la realizzazione di opere in project financing.

Partendo dalla considerazione che ai sensi dell'art. 153 del D.Lgs. n. 163/2006, i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, denominati promotori, possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte sulla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità, inseriti negli strumenti di programmazione triennale, tramite contratti di concessione, con risorse totalmente o parzialmente proprie, si è ritenuto che è l'intervento di capitale esterno, garantito dalla presentazione di un piano economico-finanziario asseverato da una banca o altro intermediario abilitato, uno dei principali elementi qualificanti del project financing.

Parere contrario, in merito alla questione, era invece stato espresso dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, nella deliberazione n. 222/2007, con la quale si prospettava l'ipotesi di asimmetria informativa, e quindi di alterazione della concorrenza, in funzione dell'espletamento delle funzioni di governo da parte dell'ente locale, per le quali si sarebbe reso necessario il trasferimento di flussi informativi e conoscenze specifiche.

Per quanto concerne l'altro caso rilevante della possibilità di presentarsi in associazione d'impresa per svolgere il ruolo di proponente nel PF, si osserva che occorre ritornare al testo dell'art. 153 comma 2¹⁸, il quale fa espresso riferimento alle associazioni temporanee di concorrenti e prevede l'applicabilità delle disposizioni dell'art. 34 che, a sua volta, consente la presentazione di offerte da parte delle predette associazioni, anche se non ancora costituite, richiedendo, in tal caso, in primo luogo, che l'offerta sia sottoscritta da tutte le imprese, le quali costituiranno il raggruppamento ed, in secondo luogo, che contenga l'impegno, con riferimento al caso della aggiudicazione, di conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, da indicare in sede di offerta, qualificata come capogruppo.

In mancanza di diversa indicazione normativa deve ritenersi che il rinvio all'art. 34 comporti anche l'ammissibilità della presentazione di offerte anche da parte delle ATI costituenti¹⁹.

¹⁸**Art. 153** comma 2 - Possono presentare le proposte di cui al comma 1 i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché i soggetti di cui agli artt. 34 e 90, comma 2, lett. b), eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi.

¹⁹Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2003: «Secondo l'art. 98 del D.P.R. n. 554/1999, il soggetto promotore, riunito in ATI, deve dimostrare di aver conseguito, negli ultimi cinque anni, un fatturato medio annuo pari al dieci per cento dell'investimento previsto per l'intervento. Secondo l'art. 95 dello stesso regolamento, ciascuna delle imprese partecipanti all'ATI, diverse dalla capogruppo, deve possedere almeno il dieci per cento dei requisiti richiesti all'intero raggruppamento. Ciascuna società mandante, dunque, doveva dimostrare un fatturato medio annuo non inferiore all'uno per cento (dieci per cento del dieci per cento) dell'investimento

(footnote continued)

Nessun effetto negativo per la procedura della finanza di progetto potrebbe ricondursi all'ammissione in gara di un raggruppamento non ancora costituito, che consente, invece, di scegliere tra un ventaglio più ampio di proposte e favorisce l'individuazione di quella maggiormente rispondente al pubblico interesse²⁰.

Resta fermo il principio secondo cui per ammettere una proposta è necessario che il promotore costituisca un centro di imputazione unitario, rimanendo esclusa la possibilità di consentire la partecipazione di organismi aventi soggettività indeterminata. Per considerare una proposta come proveniente da soggetti "associati o consorziati" non è sufficiente il proposito dichiarato da un gruppo di imprese di costituirsi in forma societaria in caso di affidamento della concessione²¹.

La compagine dell'ATI del promotore può essere legittimamente modificata nel corso della procedura di affidamento della concessione di costruzione e gestione²².

L'asimmetria della posizione del promotore rispetto a quella dei concorrenti, infatti, appare in certa misura connaturata alla procedura di realizzazione dei lavori pubblici mediante project financing. E' l'aspirante promotore, infatti, che dà corpo alle esigenze realizzative (fino ad allora inesprese) dell'Amministrazione, predisponendo un progetto completo, ancorché migliorabile, senza alcuna garanzia di rientro dell'investimento, e che, una volta divenuto promotore, lo mette a disposizione dell'Amministrazione con l'unica certezza di recuperare le spese sostenute. Tale aspetto impedisce di considerare la proposta del promotore alla stregua di una qualsiasi offerta.

Mentre l'art. 98 del D.P.R. 554/1999 stabilisce i requisiti che deve possedere il concessionario, l'art. 99, nell'individuare i requisiti del promotore, precisa anche, al comma 3, che «Al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il promotore deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'art. 98». Per il promotore è prevista la possibilità di modificare la composizione dell'associazione temporanea per conseguire i requisiti di partecipazione, e la modifica

previsto per l'intervento *de quo*. Il D.P.R. n. 554/1999, all'art. 99 indica i requisiti necessari perché un soggetto assuma la qualità di "promotore" ai sensi degli artt. 37-*bis*, *ter* e *quater* della legge. Il comma 3 dell'art. 99 aggiunge: "Al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il promotore deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'art. 98"».

Da questa disposizione si desumono logicamente varie indicazioni, concatenate fra loro:

- a) i requisiti per assumere la qualità di "promotore" non coincidono con quelli necessari per conseguire la concessione (nel senso che i secondi sono più restrittivi);
- b) rientra pertanto nella sfera del possibile e del legittimo che il "promotore" sia escluso dalla concessione perché non in possesso dei relativi requisiti;
- c) la verifica di tali requisiti deve (o quanto meno può) essere fatta non all'esito della "procedura negoziata" di cui all'art. 37-*quater*, comma 1, lett. b) della legge, bensì nei preliminari della stessa;
- d) rientra pertanto nella sfera del possibile e del legittimo che la suddetta "procedura negoziata" si svolga senza la partecipazione del "promotore", qualora la sua assenza consegua all'esito negativo della verifica dei requisiti. La verifica di cui all'art. 99, comma 3, del regolamento va effettuata nell'ambito delle attività preliminari alla "procedura negoziata".

²⁰Cons. Stato, Sez. V, 11 Luglio 2002: «La qualifica di promotore nel project financing può essere liberamente assunta da un'ATI, in quanto la legge non impone la qualificabilità da parte delle sole imprese singole né le obbliga a seguire il modello del raggruppamento. La proposta del promotore deve essere necessariamente valutata unitamente al piano economico-finanziario e nei casi in cui questo risulti incongruo la stessa proposta deve essere giudicata inidonea allo scopo». Negli stessi termini Cons. Stato, Sez. V, 5 settembre 2002.

²¹T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 2 luglio 2001.

²²T.A.R. Umbria, 21 agosto 2002.

è possibile «al fine di ottenere l'affidamento della concessione», vale a dire anche in un momento successivo alla presentazione della proposta.

In questo senso l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici (con la determinazione 26 ottobre 2000, n. 51), nel precisare che la gara di cui all'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a), «serve non già a selezionare l'aggiudicatario della concessione bensì ad individuare i soggetti presentatori delle due migliori offerte (ovvero dell'unico soggetto partecipante) con i quali instaurare la procedura negoziata assieme al promotore», ha anche affermato che «si può ritenere consentito al promotore di modificare la compagine sociale sino al momento dell'indizione del sub-procedimento negoziato; dato che da tale momento che prende vita il confronto concorrenziale finalizzato alla finale aggiudicazione».

Il divieto di contestuale partecipazione alla medesima gara di imprese in situazione di controllo o collegamento, infatti, concerne esclusivamente i rapporti tra i concorrenti, essendo volto a salvaguardare una situazione che sia di reciproca ed effettiva concorrenza e che resti immune da possibili accordi interni distorsivi.

3.8. Il possesso dei requisiti di qualificazione da parte del promotore

RIF.: ART. 98 E 99,
D.P.R. N. 554/1999

Possono presentare le proposte di finanzia di progetto, oltre ai soggetti elencati nell'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006, i soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, che negli ultimi tre anni hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta.

Secondo la disciplina giuridica vigente le opere pubbliche possono essere realizzate dai soggetti abilitati in possesso della SOA da sempre identificati come gli imprenditori edili e le imprese di costruzione. Con lo strumento della finanzia di progetto, il legislatore ha voluto derogare a questa regola permettendo anche ad operatori economici diversi dalle imprese di costruzione di concorrere alle procedure di affidamento dei contratti di costruzione e gestione delle opere pubbliche.

I soggetti diversi dalle imprese di costruzione ai quali è stato concesso il diritto di partecipare alla realizzazione e gestione delle opere pubbliche sono rappresentati dalle banche, dalle società di assicurazione, dagli intermediari finanziari e dai gestori di opere pubbliche o di pubblica utilità. Questa apertura trova la propria disciplina nell'art. 99 D.P.R. n. 554/1999 che individua i requisiti del promotore. Il comma 1 dell'art. 99 stabilisce che possono presentare le proposte di finanzia di progetto, oltre ai soggetti elencati nell'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006, i soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, che negli ultimi tre anni hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta.

Il comma 2 dell'art. 99 aggiunge che possono presentare proposta anche soggetti appositamente costituiti, nei quali comunque devono essere presenti in misura maggioritaria soci aventi i requisiti di esperienza e professionalità stabiliti nel comma 1.

Ai fini della qualificazione dell'operatore economico che potrà diventare titolare del contratto che l'ente pubblico affida con la procedura di finanza di progetto, il legislatore individua due momenti diversi per la verifica dei requisiti. Nella prima fase della procedura (artt. 153 e 154 del D.Lgs. n. 163/2006), nella quale l'ente pubblico esamina le proposte pervenute in risposta all'avviso indicativo per trovare quella di pubblica utilità, il legislatore richiede che il concorrente sia un'impresa di costruzione oppure un soggetto che ha svolto in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, che negli ultimi tre anni ha partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta.

Nella seconda fase della procedura, che termina con l'affidamento del contratto di concessione di costruzione e gestione dell'opera pubblica, il legislatore richiede maggiori requisiti al promotore. Infatti, l'art. 99 comma 3 stabilisce che al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il promotore deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'art. 98.

L'art. 98 del D.P.R. n. 554/1999 descrive quali sono i requisiti del concessionario.

I soggetti che intendono partecipare alle gare per l'affidamento di concessione di lavori pubblici, se eseguono lavori con la propria organizzazione di impresa, devono essere qualificati secondo quanto previsto dalla disciplina del D.P.R. n. 34/2000 (SOA) con riferimento ai lavori direttamente eseguiti, ed essere in possesso 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.

Il comma 2 dell'art. 98 aggiunge che in alternativa ai requisiti previsti dalle lett. c) e d) del comma 1 il concessionario può incrementare i requisiti previsti dalle lett. a) e b) nella misura fissata dal bando di gara, comunque compresa fra il doppio e il triplo.

Se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione, deve essere in possesso esclusivamente dei requisiti di cui al comma 1, lett. a), b), c), e d).

Qualora il candidato alla concessione sia costituito da un raggruppamento temporaneo di soggetti o da un consorzio, i requisiti previsti al comma 1, lett. a) e b), devono essere posseduti dalla capogruppo, dalle mandanti o dalle consorziate nella misura prevista dall'art. 95 del D.P.R. n. 554/1999.

3.9. I principi della fase di negoziazione

RIF.: ART. 154 SS.,
D.LGS. N. 163/2006

La fase di negoziazione si riferisce principalmente all'apertura di un dialogo competitivo multiplo e flessibile, sulla base dei progetti preliminari e delle condizioni d'offerta presentati dai soggetti che si sono qualificati nelle fasi di selezione precedenti alla negoziazione.

In assenza di particolari regole procedurali prestabilite, l'amministrazione aggiudicatrice preciserà all'interno del bando di gara le modalità cui intende attenersi nel corso della procedura negoziata, nella ricerca di una rimodulazione dell'offerta con l'unica finalità di raggiungere la soluzione economicamente più vantaggiosa.

Le modalità di conduzione della negoziazione nella procedura di project financing non sono diventate oggetto di dettagliata regolamentazione da parte del legislatore, tuttavia è indubbio che i principi generali contenuti nell'art. 2 del codice vadano applicati anche a questo procedimento. La giurisprudenza²³ ha ribadito che la procedura negoziata ha natura concorsuale fra i soggetti selezionati nelle diverse fasi della procedura complessa, per cui, come tale, non si sottrae ai principi di par condicio e di economicità e speditezza delle operazioni concorsuali (per i quali si rimanda al Capitolo relativo in questa opera). Da ciò si desume che anche l'esame comparativo delle proposte presentate dai diversi competitors, aspiranti promotori, deve essere necessariamente preceduta dalla predisposizione di positivi ed uniformi criteri di giudizio che orientino le risposte nella fase negoziata.

Considerato che nel *project-financing* la gara iniziale viene svolta – sulla base del progetto preliminare presentato dal promotore - con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con indicazione preventiva degli elementi di valutazione di natura *qualitativa* (*valore tecnico ed estetico delle opere progettate, modalità di gestione*) e di quelli di natura *quantitativa* (*prezzo, tempo di esecuzione dei lavori, rendimento, durata della concessione, livello delle tariffe*), le varianti da proporre in sede di gara a procedura ristretta potranno dunque consistere nella prospettazione di migliorie, ma non di modifiche progettuali tali da snaturare il progetto posto a base di gara o comunque da renderlo non comparabile con quello presentato dal promotore e fatto proprio dall'amministrazione aggiudicatrice.

Quindi, per quanto riguarda la successiva fase della procedura negoziata - richiamando alcuni concetti espressi dall'Autorità di Vigilanza²⁴ - va innanzitutto sottolineato che

²³T.A.R. Piemonte, Sez. I, 23 marzo 2005; Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2004; T.A.R. Toscana, Sez. II, 2 agosto 2004.

²⁴ Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione n. 1/2003 del 22 gennaio 2003: «Concessioni di lavori pubblici ex art. 19, comma 2, della legge n. 109/1994, affidate secondo le modalità indicate (footnote continued)

essa si incentra sul confronto tra l'offerta del promotore e le due migliori selezionate con la gara, configurando «l'apertura di un dialogo competitivo multiplo e flessibile, non limitato dalla struttura formalmente più rigida della licitazione privata». Non essendovi quindi particolari regole procedurali prestabilite, «sarà opportuno che l'amministrazione aggiudicatrice precisi nel bando di gara le modalità cui intende attecnersi nel corso della procedura negoziata, potendo anche prevedere la possibilità del ricorso a uno o più rilanci per quanto attiene agli elementi quantitativi (prezzi, tariffe, durata concessione, tempi di esecuzione, ecc.) delle offerte presentate».

In proposito sembra utile rilevare che il ricorso a rilanci plurimi, benché non precluso da specifiche disposizioni normative, deve intendersi comunque limitato - in ossequio ad un principio di complessiva convenienza - risultando evidente che all'incremento numerico delle sessioni di procedura negoziata corrisponde un allungamento dei tempi dell'azione amministrativa ed una progressiva riduzione dei margini di miglioramento delle offerte.

Per questo motivo, tenendo conto che la competizione viene svolta fra tre soli soggetti, sarà opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici valutino in via preventiva l'esistenza dei presupposti per spingersi oltre la seconda sessione di procedura negoziata e, conseguentemente, per disporre l'inserimento della relativa previsione nel bando di gara.

Circa gli elementi sui quali può articolarsi la rimodulazione dell'offerta, non vi è dubbio che tutti i parametri di natura *quantitativa* (prezzi, tariffe, durata della concessione, tempi di esecuzione, ecc.) possono formare oggetto di progressive riduzioni e quindi di miglioramento delle condizioni prospettate in precedenza ma, soprattutto, si prestano ad una valutazione di tipo 'automatico', in quanto applicata a dati numerici.

Va precisato che per ogni rilancio la migliore offerta sarà individuata applicando il metodo di valutazione di cui all'allegato B al D.P.R. n. 554/1999, impiegato per la individuazione dei due soggetti da invitare alla procedura negoziata.

Le misure degli elementi di valutazione da porre a base dei successivi rilanci sono quelle dell'offerta economicamente più vantaggiosa che nel precedente rilancio è risultata la migliore.

3.10. La verifica delle offerte anomale nel project financing

RIF.: ARTT. 86 E 87,
D.LGS. N. 163/2006

Le norme speciali sulla finanza di progetto non richiamano la verifica dell'anomalia dell'offerta. Ma la mancata applicazione al procedimento in esame di una verifica di anomalia nel significato specifico di cui all'art. 86 e 87 del codice non significa che alla stazione appaltante sia precluso l'accertamento della coerenza e della sostenibilità economica dell'offerta. In realtà la mancata previsione di un meccanismo procedurale

nei successivi artt. 20 e 21, comma 2, lett. b) Problema relativo alla forma che deve assumere l'offerta "progettuale"».

di verifica dell'anomalia nel project financing si giustifica proprio in relazione al fatto che il controllo di coerenza e sostenibilità dell'offerta finale è contenuto in re ipsa nell'esame del piano economico finanziario.

Il PEF, infatti, esplicita e rende comprensibile il modo in cui l'offerente ritiene di poter conseguire i risultati migliorativi formalizzati nel rilancio finale nella fase negoziata. Esso costituisce dunque il documento che individua e chiarisce le ragioni giustificatrici dell'offerta e che perciò racchiude in sé tutti gli elementi per la valutazione e l'apprezzamento contenutistico dei ribassi offerti. Il PEF rappresenta e definisce i valori di partenza (in particolare, i ricavi attesi e i relativi flussi di cassa in rapporto ai costi di costruzione e di gestione stimati) e ne spiega la sostenibilità nell'equilibrio economico finanziario dell'intera operazione.

3.11. La compatibilità del dialogo competitivo con il project financing

Nell'ambito di una procedura di project financing per "appalti particolarmente complessi", è legittimo il sistema seguito dalla commissione raffrontabile al metodo del "dialogo competitivo", introdotto dall'art. 29 della direttiva appalti 2004/18/CE del 31 marzo 2004. La condivisione risponde alla duplice esigenza logica e razionale di salvaguardare i termini essenziali del progetto di costruzione e gestione - come definiti nella fase del promotore e migliorati in quella di licitazione privata per la selezione dei competitori - e di definire un terreno comune chiaro e certo sul quale misurare la negoziazione.

Resta fermo, ovviamente, che l'Amministrazione, nell'utilizzo di questo innovativo sistema di valutazione, non discrimini o leda la par condicio tra i concorrenti.

3.12. Le garanzie offerte dal promotore

RIF.: ART. 155,
COMMA 2
D.LGS. N. 163/2006

L'art. 155 comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, dispone che la proposta del promotore sia vincolante per lo stesso qualora non vi siano altre offerte nella gara; la garanzia deriva dal versamento di due cauzioni distinte, stabilite dagli art. 75 e 153, prima dell'indizione del bando di gara.

L'art. 153, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 prevede che le proposte di project financing debbano contenere "l'indicazione (...) delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice" : si è discusso sul significato di questa previsione per comprendere se esso richieda una puntuale e dettagliata offerta delle garanzie di adempimento da parte del promotore nella proposta originaria oppure tale dettaglio possa essere omesso alla luce della previsione normativa dell'art. 155 comma 2 che dispone che «La proposta del promotore posta a base di gara è vincolante per lo stesso qualora non vi siano altre offerte nella gara ed è garantita dalla cauzione di cui all'art. 75, comma 1, e da un'ulteriore cauzione pari all'importo di cui all'art. 153, com-

ma 1, quinto periodo, da versare, su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice, prima dell'indizione del bando di gara».

Se prevalesse tale seconda disposizione, il promotore potrebbe omettere di esplicitare tutte le garanzie offerte e sottoporre tale dettaglio al confronto e alla valutazione con i concorrenti, riservandosi di fatto di presentare le garanzie preliminarmente alla fase di indizione del bando di ricerca del competitor antagonista.

Su questo aspetto, in ossequio a logici principi di ermeneutica, tra le possibili interpretazioni di una disposizione, secondo una giurisprudenza²⁵ va privilegiata quella più idonea a salvaguardare la razionalità e la congruenza, cosicché deve ritenersi che tale norma imponga la specifica indicazione delle garanzie offerte, in quanto l'assunzione di un generico impegno alla successiva costituzione delle stesse si risolverebbe nella mera assunzione dell'obbligo di rispettare il precetto di cui all'art. 155. In altri termini, l'espressa previsione normativa dell'obbligo di costituzione delle garanzie in sede di partecipazione alla gara rende superfluo ed inutile l'impegno non adeguatamente specificato alla costituzione delle stesse in vista della eventuale aggiudicazione. Va, peraltro, rilevato come la mancata conoscenza dell'importo della concessione se impedisce la quantificazione delle garanzie da versare, non preclude la loro indicazione tipologica in termini adeguatamente specifici.

3.13. Il ruolo delle società di progetto

Per società di progetto, o *Special Purpose Vehicle – SPV*, si intende un particolare soggetto avente lo scopo di ottenere l'autonomia giuridica ed economica necessaria all'operazione.

Alle società di progetto spetta il ruolo di subentrare a titolo originario al concessionario e ad esse è affidata la gestione dell'opera una volta realizzata.

Il promotore (o sponsor) promuove la realizzazione dell'iniziativa sino alla fase gestionale e fornisce il capitale di rischio (si tratta per solito di imprese in joint venture o in associazione temporanea d'impres), ed il suo compito essenziale è la cd. implementazione del progetto, cioè la sua strutturazione sotto il profilo tecnico, giuridico, finanziario, la sottoscrizione dei relativi contratti, l'avvio dei lavori di realizzazione, l'erogazione dei relativi finanziamenti per la parte assicurata in proprio dal capitale di rischio e la negoziazione dei capitali da reperire sul mercato bancario.

La società di progetto (SPV), peraltro non esclusiva nell'ordinamento italiano del project financing (potendo essere costituita anche nella "semplice" concessione di costruzione e gestione di infrastrutture e servizi di pubblica utilità), subentra a titolo originario al concessionario, o realizzatore (che di solito finisce per coincidere col promotore), e ad essa è affidata, come già visto, la gestione dell'opera una volta realizzata.

²⁵T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 30 giugno 2004.

I finanziatori sono in senso proprio le banche che forniscono il capitale da investire nella realizzazione dell'opera.

Le banche, peraltro, intervengono nella fase di elaborazione del progetto anche come consulenti finanziari (*financial advisor*) e organizzatori del prestito (*arrangers*), come pure in tale fase figurano società di servizi e società di revisione; nell'ordinamento italiano alle banche compete anche l'asseverazione del piano economico-finanziario.

Il Bando di gara per la scelta del Concessionario per la realizzazione e/o gestione di un'infrastruttura deve prevedere che l'Aggiudicatario abbia la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una Società di Progetto in forma di Società per Azioni o a Responsabilità Limitata, anche consortile, con l'indicazione dell'ammontare minimo del capitale sociale. La Società di Progetto diventa Concessionaria subentrando nel rapporto al Soggetto Aggiudicatario della gara senza necessità d'approvazione o autorizzazione e tale subentro non costituisce cessione di contratto.

I lavori da eseguire ed i servizi da prestare dalla Società di Progetto si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente ai soci che siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari in materia di esecuzione.

Per effetto del subentro la Società di Progetto diventa Concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente.

Nel caso del versamento di un prezzo in corso d'opera da parte della Pubblica Amministrazione, i soci della società restano solidalmente responsabili con la Società di Progetto nei confronti dell'Amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito.

In alternativa la Società di Progetto può fornire alla Pubblica Amministrazione garanzie bancarie ed assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera con liberazione dei soci.

Le suddette garanzie cessano alla data di ammissione del certificato di collaudo dell'opera.

Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della Società di Progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società ed a garantire il buon andamento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera.

L'ingresso nel capitale sociale della Società di Progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di Banche ed altri Investitori Istituzionali che non abbiano concorso a fornire i requisiti per la qualificazione, possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento.

Nelle operazioni di PF lo strumento della società di progetto consente di creare le necessarie salvaguardie per evitare che in caso di dissesto del soggetto promotore si determini un concorso dei creditori di quest'ultimo sui flussi di cassa del progetto. L'obiettivo è costruire un vero e proprio isolamento giuridico del soggetto concessionario dalle altre attività di impresa di cui è titolare.

Lo schema più semplice richiede che il flusso di reddito originato dal progetto venga riservato ai finanziatori fino alla concorrenza del prestito, mentre il rimanente debito venga incamerato dalla Società di Progetto, garantendo la remunerazione del capitale investito dagli Sponsors.

Per ottenere l'autonomia economica e giuridica dell'operazione si procede normalmente a costituire un particolare soggetto giuridico, detto Società di Progetto o *Special Purpose Vehicle* – SPV.

Tale Soggetto che nasce con lo scopo esclusivo della realizzazione e gestione dell'iniziativa da finanziare, ricopre un ruolo centrale: ad esso fanno capo tutti i rapporti giuridici derivanti dalla negoziazione strutturata tra i Promotori, i Finanziatori e tutti i terzi che a vario titolo sono interessati dall'iniziativa.

Nelle forme disciplinate dal quadro normativo la Società di Progetto o *Special Purpose Vehicle* – SPV assume per le sue caratteristiche la forma di Società di Capitale, in quanto sotto forma di Società di Persone verrebbe a perdere la limitazione della responsabilità delle obbligazioni sociali.

Sotto forma di Società a Responsabilità Limitata o di Società per Azioni secondo l'ordinamento italiano, la SPV esalta al massimo la propria autonomia patrimoniale realizzando in pieno la separazione fra l'iniziativa e i Promotori. Una formula giuridica molto diffusa, poi, è quella del consorzio di imprese per la costituzione della SPV che, nascendo dall'accordo di più soggetti di solito già inseriti sul mercato, diviene un contenitore dove si vanno ad omogeneizzare ed integrarsi in know how, le esperienze, le intuizioni e le professionalità delle consorziate dando così al potenziale finanziatore una immagine di alta e specifica competenza.

La prima operazione caratteristica nel project financing è rappresentata dalla costituzione della Società di Progetto - SPV - avente come esclusivo oggetto sociale la realizzazione e la gestione dell'iniziativa, alla quale fanno riferimento ogni sorta di diritto e di obblighi concernenti l'investimento. In tal modo si viene a garantire la separazione giuridica del progetto con quella economica, il cosiddetto *ring fence*: per i Promotori ciò consente di limitare l'impatto dell'operazione sul bilancio conseguente a un eventuale andamento negativo del progetto. Il rischio verrebbe pertanto a limitarsi al capitale sociale apportato nella Società di Progetto e alla presenza di eventuali garanzie collaterali fornite allo scopo.

Dal punto di vista contabile, l'operazione di project financing per i Promotori si configura come un finanziamento a titolo di capitale, in quanto nel loro stato patrimoniale figurerà unicamente l'importo relativo alla partecipazione acquisita nella Società di Progetto.

Pertanto tale operazione influirà relativamente sulla loro gestione operativa ordinaria dei Promotori e sul loro livello di indebitamento della struttura patrimoniale.

Per i Soggetti Finanziatori invece il *ring fence* consente l'isolamento del flusso di cassa necessario al servizio di debito dai restanti flussi di entrata e uscita connessi ad altri progetti dei Soggetti Promotori.

La costruzione di un progetto mediante il suo isolamento giuridico ed economico secondo il principio del *ring fence*, svolge un ruolo fondamentale per la stessa realizzabilità di una qualsiasi operazione di project financing.

3.14. La tutela giurisdizionale riservata al proponente

Nell'istituto della finanza di progetto come per le altre forme di realizzazione dei lavori pubblici si applicano le regole sulla legittimità del procedimento e del provvedimento amministrativo, anche per quanto concerne l'annullamento dell'aggiudicazione in autotutela.

In tutti i casi in cui una scelta dell'Amministrazione sia "procedimentalizzata" dalla legge, attraverso la previsione di specifiche modalità procedurali e di determinati criteri e parametri di valutazione, deve ritenersi sussistente un interesse giuridicamente qualificato e, quindi, azionabile in via giurisdizionale in capo ai soggetti direttamente coinvolti nella scelta. Si tratta, come è ovvio, non dell'interesse finale al bene della vita, ma dell'interesse strumentale alla correttezza dell'azione amministrativa, in funzione del quale il legislatore ha posto principi e regole da rispettarsi da parte della PA.

Per queste ragioni, appare condivisibile l'orientamento giurisprudenziale che, in tema di project financing, riconosce al soggetto che abbia presentato una proposta tesa all'ottenimento del ruolo di promotore, prima ancora dell'individuazione di tale figura da parte dell'Amministrazione, una posizione giuridica soggettiva qualificata in ordine all'accoglimento della propria proposta in luogo di quelle presentate da altri²⁶.

Non può disconoscersi, dunque, la sussistenza di un interesse giuridicamente qualificato, in capo al proponente del project financing, anche in ordine alla correttezza e legittimità delle scelte che l'Amministrazione compie in ordine alla fattibilità ed al pubblico interesse delle proposte.

Infine anche per l'istituto della finanza di progetto come per le altre forme di realizzazione dei lavori pubblici si applicano le regole sull'annullamento dell'aggiudicazione in autotutela; in merito, secondo un indirizzo giurisprudenziale consolidato²⁷, benché nei contratti della Pubblica Amministrazione l'aggiudicazione, in quanto atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, segna di norma il momento dell'incontro della volontà della pubblica amministrazione di concludere il contratto e della volontà del privato manifestata con l'offerta ritenuta migliore (con la conseguenza che da tale momento sorge il diritto soggettivo dell'aggiudicatario nei confronti della stessa pubblica amministrazione), non è precluso all'amministrazione stessa di procedere, con atto successivo, purché adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio ovvero all'annullamento dell'aggiudicazione.

²⁶Cfr. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 10 dicembre 2003

²⁷Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 31 ottobre 2006 n. 6456; Cons. Stato, Sez. IV, 12 settembre 2000, n. 4822; Sez. V, 20 settembre 2001, n. 4973; Sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244.

Detta potestà di annullamento in autotutela si fonda sul principio costituzionale di buon andamento che, com'è noto, impegna la pubblica amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire²⁸.

È stato altresì precisato che l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endprocedimentale, inserendosi nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario, ma non decisivo, atteso che la definitiva individuazione del contraente risulta consacrata soltanto con la aggiudicazione definitiva, con la conseguenza che, allorché l'amministrazione intende esercitare il proprio potere di autotutela rispetto all'aggiudicazione provvisoria non è tenuta a dare comunicazione dell'avvio del relativo procedimento, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara²⁹.

L'aggiudicatario provvisorio così come il proponente che si è visto riconosciuta la propria proposta come di interesse pubblico, in questa situazione, vanta una mera aspettativa alla conclusione del procedimento; per contro, in presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitivo e quindi di dichiarazione definitiva di promotore dell'operazione o di aggiudicatario definitivo della negoziazione, l'esercizio del potere di autotutela deve essere necessariamente preceduto, a pena di illegittimità, dalla comunicazione di avvio del procedimento, dovendo darsi modo all'aggiudicatario definitivo, titolare di una posizione giuridica evidentemente qualificata, di poter interloquire con l'amministrazione, rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico, concreto ed attuale, alla cui unica cura deve indirizzata la potestà pubblica.

3.15. La partecipazione di una società partecipata da un ente locale al project financing

**RIF.: ART. 153,
D.LGS. N. 163/2006**

Secondo la recente giurisprudenza, non sussistano ostacoli di principio ad ammettere la partecipazione ad una procedura di project financing di una società partecipata da un ente locale. Non crea dubbi di legittimità, nell'orientamento recentemente assunto, neppure la "doppia veste" assunta dall'ente pubblico che si rivelasse Stazione appaltante e socio di maggioranza di uno dei soggetti partecipanti alla procedura in quanto il soggetto partecipante alla procedura è, infatti, pur sempre la società partecipata che ha personalità giuridica autonoma e ogni possibile rischio di commistione di interessi è escluso dall'applicazione dei tradizionali principi della legittimità amministrativa alla procedura³⁰.

L'intervento di capitale esterno, garantito dal PEF, qualifica il project financing e se è presente in operazioni nelle quali è coinvolta una società partecipata l'istituto di cui all'art. 153 è applicabile. In tali ipotesi si verificherà che la proprietà dell'opera realiz-

²⁸Cons. Stato., Sez. V, 20 settembre 2001, n. 4973; C.d.S., Sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6931

²⁹Cons. Stato., Sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4065, 29 ottobre 2002, n. 5903

³⁰T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I 21 febbraio 2008 n. 563

zata, al termine del periodo concessorio, rientrerà nella disponibilità dell'amministrazione appaltante.

L'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici si era precedentemente espressa in senso contrario con la deliberazione n. 222/2007, con la quale si prospettava, per la fattispecie in esame, l'alterazione della concorrenza, in funzione dell'espletamento delle funzioni di governo da parte dell'ente locale, per le quali sarebbe necessario il trasferimento di flussi informativi e conoscenze specifiche.

3.16. Le attività necessarie dopo la stipulazione del contratto con il concessionario

L'aggiudicazione della procedura, dopo la negoziazione, non esaurisce il procedimento di affidamento della concessione in project financing, in quanto devono essere espletate le seguenti ulteriori attività:

approvazione da parte dell'Ente del progetto definitivo facente parte dell'Offerta presentata dall'Aggiudicatario;

emissione del parere di conformità ambientale, per le iniziative che lo richiedano;

convocazione della Conferenza di Servizi che si deve esprimere sul progetto definitivo approvato dall'Ente, per le iniziative che richiedano il benessere di altri soggetti esterni al concedente;

ottenimento di tutti i pareri, le intese, le concessioni, le autorizzazioni, le licenze, i nulla osta e gli assensi di cui alle norme vigenti;

costituzione da parte dell'Aggiudicatario della Società di Progetto e presentazione da parte di questa delle garanzie ed assicurazioni richieste;

stipula da parte della Società di Progetto dei contratti, a prezzo fisso e garantito, con le imprese coinvolte dai lavori, dalle forniture e dai servizi necessari alla realizzazione dell'iniziativa;

finalizzazione di contratti di finanziamento fra la Società di Progetto e gli Istituti di Credito.

Capitolo 4

Gli aspetti economici finanziari dell'operazione di project financing

4.1. Il Corrispettivo del contratto di concessione di costruzione e gestione

RIF.: ART. 143,
D.Lgs. N. 163/2006

Il corrispettivo del contratto di concessione di costruzione e gestione si può definire con il diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati.

Il soggetto concedente dovrà stabilire in sede di gara anche un prezzo, qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario.

Le concessioni hanno per oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva, l'esecuzione dei lavori di opere pubbliche o di pubblica utilità e la gestione economica e funzionale dell'opera eseguita.

L'unico riferimento normativo utile per approfondire il tema del corrispettivo nell'operazione di project financing può essere assunto dalla disciplina delle concessioni di lavori pubblici, per le quali sia la direttiva comunitaria 2004/18/CE sia il codice dei contratti offrono le definizioni di corrispettivo del contratto di concessione.

Quindi il corrispettivo dell'operazione di finanza di progetto potrà fare riferimento agli elementi normativi stabiliti per la concessione.

Al riguardo, si è già detto nei paragrafi precedenti di questo lavoro che la definizione del comma 11 dell'art. 3 del codice dei contratti prevede che le «concessioni di lavori pubblici» sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Il corrispettivo della concessione è quindi «unicamente il diritto di gestire l'opera o di tale diritto accompagnato da un prezzo» o meglio, per dirlo con il comma 3 dell'art.

143 «La controprestazione a favore del concessionario consiste, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati».

Sotto il profilo distintivo rispetto agli istituti normativi previsti per realizzare le opere pubbliche, si può osservare che, nel caso dell'appalto ordinario, i lavori pubblici sono eseguiti con sole risorse pubbliche, mentre nell'ipotesi della concessione gli stessi sono realizzati mediante l'anticipazione di risorse del concessionario, eventualmente integrate da un prezzo al fine di garantire l'equilibrio del piano economico finanziario, ovvero la stabilità economica e finanziaria del soggetto concessionario, per l'intera durata della concessione.

Il modello costruito dal codice esclude che l'amministrazione possa corrispondere al concessionario un contributo per la gestione ovvero altre forme di finanziamento per ripianare le perdite di gestione.

In questo senso si è espressa più volte la giurisprudenza nazionale e comunitaria proprio per evitare che il corrispettivo di gestione provenisse da contributi periodici o una tantum della pubblica amministrazione e non dallo sfruttamento economico dell'opera da parte del concessionario/promotore.

L'art. 143 del codice stabilisce al comma 4 che il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare. Nella determinazione del prezzo si tiene conto della eventuale prestazione di beni e servizi da parte del concessionario allo stesso soggetto aggiudicatore, relativamente all'opera concessa, secondo le previsioni del bando di gara. A titolo di prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici possono cedere in proprietà o in diritto di godimento beni immobili nella propria disponibilità, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già indicate nel programma triennale (art. 143 comma 5).

Per verificare le modalità di distribuzione degli investimenti e dei costi e la necessità del prezzo riconosciuto dall'amministrazione l'offerta e il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo 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.

La stazione appaltante, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, può stabilire che la concessione abbia una durata superiore a trenta anni, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo rispetto all'importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni di mercato. I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante.

Le variazioni apportate dalla stazione appaltante a detti presupposti o condizioni di base, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, quando determinano una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni. In mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dal contratto. Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente.

Il corrispettivo della concessione non è suscettibile di variazione anche se la progettazione esecutiva dovesse mettere in evidenza, rispetto al preliminare, maggiori oneri per il concessionario.

A differenza dell'appalto che di regola, ha per oggetto la sola esecuzione di lavori pubblici, le concessioni hanno per oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità e dei lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, oltre alla gestione economica e funzionale dell'opera eseguita.

4.2. Il corrispettivo del contratto di concessione nel project financing

RIF.: ART. 143,
COMMI 4 E 5,
D.LGS. N. 163/2006

Nella finanza di progetto il soggetto concedente stabilisce in sede di gara un prezzo, utile per assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della concessione.

Per la determinazione del prezzo viene considerata l'eventuale prestazione di beni e servizi da parte del concessionario allo stesso soggetto aggiudicatore.

Come per le concessioni di lavori pubblici, anche per il contratto sottostante l'operazione di project financing vale la definizione del comma 11 dell'art. 3 del codice dei contratti che prevede che nelle «concessioni di lavori pubblici» il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Il corrispettivo della concessione è quindi «unicamente il diritto di gestire l'opera o di tale diritto accompagnato da un prezzo» o meglio, per dirlo con il comma 3 dell'art. 143 «La controprestazione a favore del concessionario consiste, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati».

Il modello costruito dal codice esclude che l'amministrazione possa corrispondere al concessionario un contributo per la gestione ovvero altre forme di finanziamento per ripianare le perdite di gestione.

L'art. 143 del codice stabilisce al comma 4 che il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare. Nella determinazione del prezzo si tiene conto della eventuale prestazione di beni e servizi da parte del concessionario allo stesso soggetto aggiudicatore, relativamente all'opera concessa, secondo le previsioni del bando di gara. A titolo di prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici possono cedere in proprietà o in diritto di godimento beni immobili nella propria disponibilità, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già indicate nel programma triennale (art. 143 comma 5).

La disciplina del project financing, nel prevedere il concorso pubblico mediante il pagamento di un prezzo sul valore dell'opera realizzata, non fa tuttavia riferimento al pagamento di un canone periodico per l'erogazione del servizio (quale ad esempio il prezzo per la manutenzione degli impianti elettrici dell'opera pubblica); pertanto, la giurisprudenza³¹ ha ritenuto che non sia riconducibile ad una operazione di project financing l'intervento nel quale il corrispettivo per lo sfruttamento economico del bene da parte del concessionario si risolve nel solo introito di un canone periodico a carico dell'amministrazione concedente.

In queste ipotesi di presenza di un canone di gestione che rappresenta l'utile per il promotore concessionario annullano l'assunzione dell'alea economico-finanziaria da parte del concessionario stesso.

Laddove l'intenzione delle parti, prefigurata negli atti preparatori e definita nel contratto stipulato, appare diretta all'affidamento del servizio piuttosto che all'esecuzione di lavori, in tal modo viene operata una sorta di rovesciamento della logica della finanza di progetto, nel senso che non è la gestione a fungere da corrispettivo dei lavori, ma sono i lavori che l'impresa deve eseguire a costituire corrispettivo (parziale) dell'affidamento del servizio, nel mentre la legge prevede che i lavori siano compensati unicamente con la gestione ed eventualmente anche con un prezzo, mentre in tali casi è la gestione ad essere compensata con l'esecuzione di lavori e con un prezzo (canone annuo).

³¹ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 19 marzo 2004

4.3. L'equilibrio economico finanziario

Parte integrante del contratto di concessione stipulato a conclusione della procedura di project financing è determinato dall'equilibrio economico-finanziario.

La copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale del contratto devono permettere di rientrare dai costi di costruzione e dalle spese generali e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato.

Il termine equilibrio economico-finanziario ricorre frequentemente sia nei bandi sia nelle offerte dei promotori delle operazioni di PF.

Le amministrazioni fanno riferimento a questo concetto, come richiamato negli atti normativi nazionali e comunitari, per sottolineare che esso deve essere garantito dalla struttura e dai risultati della gestione impostata dal promotore ed espressa nel PEF.

Il promotore, invece, fa riferimento al concetto di equilibrio economico-finanziario per garantirsi di fronte alle modificazioni di condizioni e presupposti ritenuti vincolanti e basilari per l'efficacia della proposta (ad esempio il numero di utenti del servizio che viene realizzato e gestito, l'assetto della viabilità o di altre condizioni morfologiche del territorio).

La valutazione di questo aspetto è estremamente complessa perché da un lato la PA non può accettare le condizioni di riassetto dell'equilibrio quando esse sono ancora a fatti e presupposti che attengono l'assunzione del rischio di impresa da parte del promotore e dall'altra, quest'ultimo non deve sopportare il cambio di alcune condizioni-presupposto per la riuscita dell'operazione quando queste sono state poste a carico della PA perché rientrano nelle facoltà e nelle sole potestà della medesima.

Per limitare le criticità ricorrenti nell'applicazione di questo istituto, occorre che la PA effettui alcune considerazioni preliminari sia nella predisposizione dell'avviso sia nella valutazione della proposta che risulta destinata a ricevere il riconoscimento di proposta di pubblico interesse.

La stazione appaltante, nel definire la durata massima della concessione, deve tenere conto del rendimento atteso, della percentuale del prezzo pagato al concessionario sull'importo totale dei lavori e dei rischi esistenti a carico del concessionario connessi alle possibili modifiche delle condizioni di mercato. In tal caso, i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, costituiscono parte integrante dello stesso.

Le variazioni apportate dall'Amministrazione Aggiudicatrice a detti presupposti o condizioni di base, nonché eventuali successive norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione. Tale revisione deve essere attuata mediante

rideterminazione delle nuove condizioni d'equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza della concessione.

L'offerta e il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione. Al riguardo il legislatore ha introdotto la possibilità che le parti concordino una stima monetaria da assegnare all'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato e che il concedente si impegna a riconoscere al concessionario; in questo modo parte del rischio di impresa legato all'investimento ed alla successiva gestione viene traslato dal concessionario al concedente assimilando, per quanto attiene alla gestione degli aspetti economici e finanziari dell'operazione, il procedimento della concessione a quello dell'appalto tradizionale di lavori pubblici.

Nel caso che l'Amministrazione Pubblica intenda fissare dei limiti massimi alle tariffe che l'utenza pagherà per usufruire dei servizi messi a disposizione dall'iniziativa, e queste non siano sufficientemente remunerative, esso dovrà definire l'entità dell'intervento finanziario pubblico necessario a garantire al capitolare privato una adeguata remunerazione.

Se questo intervento dovesse eccedere le risorse di cui l'Ente dispone, esso dovrà già in questa fase individuare fonti di ricavo aggiuntive da aggregare all'iniziativa al fine di migliorarne la remunerabilità complessiva, quali ad esempio, la concessione di altri servizi collaterali a quelli propri dell'iniziativa in grado di apportare introiti aggiuntivi.

4.4. Lo studio di fattibilità tecnico-economico-finanziario

Entro 180 giorni dalla pubblicazione di un avviso indicativo, reso pubblico dalla stazione appaltante, riguardante la presenza all'interno della programmazione di opere da realizzare in project financing, devono essere presentate le proposte relative ad opere pubbliche o di pubblica utilità.

Le proposte devono contenere uno studio di inquadramento territoriale e ambientale, un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da una società di servizi iscritta negli appositi elenchi degli intermediari finanziari, l'indicazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

L'art. 153 del codice dei contratti stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici inseriscono nell'elenco annuale e nel programma triennale delle opere pubbliche le opere che si stima potranno essere realizzate con il contributo economico dei soggetti privati, ovvero con lo strumento del project financing.

Entro 90 giorni dalla approvazione dello strumento di programmazione delle opere pubbliche, la stazione appaltante deve rendere pubblica la presenza in esso delle opere da realizzare in project attraverso la pubblicazione di un avviso indicativo. L'avviso contiene i criteri per la comparazione delle diverse proposte che potranno pervenire.

Alla base dell'avviso indicativo la PA deve porre il proprio studio di fattibilità che risponde ad una duplice esigenza: in primo luogo costituisce il documento di analisi con il quale l'amministrazione ha verificato se l'opera che intende realizzare si presta a divenire oggetto di gestione remunerativa da parte del mercato, concludendo sulla sostenibilità di avviare un PF; in secondo luogo, con lo studio di fattibilità l'amministrazione indica quali sono i requisiti tecnici, economici e di altra natura che intende richiedere ai proponenti.

Ad esempio la PA potrebbe pretendere il mantenimento di certe tariffe calmierate, l'utilizzazione di certe aree del territorio, la destinazione di alcuni servizi in via prioritaria a determinati utenti, la riserva di parte delle opere per proprie attività istituzionali: si tratta di condizioni che influiscono sulle possibilità di libero sfruttamento del bene e che devono essere rese note preventivamente ai concorrenti prima della formulazione della proposta.

L'avviso di PF avrà questo studio quale allegato-linea guida per la redazione delle offerte.

Sulla base di questo studio, che può avere diversi gradi di approfondimento a seconda di quali siano e quanti siano i requisiti che la PA intende imporre al proponente, gli operatori economici interessati possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, tramite contratti di concessione con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi. Le proposte sono presentate entro 180 giorni dalla pubblicazione dell'avviso indicativo.

I proponenti devono essere dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché i soggetti di cui agli artt. 34 e 90, comma 2, lett. b) del codice, eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi. Le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono presentare studi di fattibilità o proposte di intervento, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici.

Entro quindici giorni dalla ricezione della proposta, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono:

- a) alla nomina e comunicazione al promotore del responsabile del procedimento;
- b) alla verifica della completezza dei documenti presentati e ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione.

Anche i proponenti devono rispondere alle richieste della PA con uno studio di fattibilità con il quale vengano definiti gli aspetti di fattibilità e sostenibilità della proposta nelle sue caratteristiche economiche, tecniche, gestionali e amministrative.

Il codice stabilisce per questa ragione che le proposte devono contenere uno studio di inquadramento territoriale e ambientale, uno studio di fattibilità, un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da un Isti-

tuto di Credito o da una Società di Servizi iscritta negli appositi elenchi degli intermediari finanziari, l'indicazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

Il ricorso alla finanza di progetto è consentito anche con riferimento a lavori non inseriti nella programmazione triennale. I soggetti proponenti possono infatti presentare alle amministrazioni pubbliche proposte d'intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità (oltre che studi di fattibilità) anche nella fase di elaborazione e pianificazione degli strumenti di Programmazione delle opere pubbliche tali proposte non determinano in capo all'amministrazione alcun obbligo di esame e valutazione.

Le amministrazioni possono tuttavia adottare nell'ambito dei propri programmi le proposte di intervento e gli studi ritenuti di pubblico interesse.

Tale adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti.

Le amministrazioni aggiudicatrici, entro quattro mesi dalla ricezione della proposta del promotore, valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano, della realizzabilità del piano economico finanziario e del contenuto della bozza di convenzione.

La stazione appaltante valuta l'assenza di elementi ostativi alla realizzazione dell'opera, esamina le proposte in modo comparato e, sentiti i proponenti che eventualmente ne facciano richiesta, provvedono ad individuare le proposte di pubblico interesse.

4.5. Il ruolo centrale del piano economico-finanziario

Le proposte di project financing non possono essere valutate indipendentemente dal piano economico-finanziario.

Aspetto fondamentale di esso è dato dalla credibilità dei flussi di cassa attesi dalla gestione dell'infrastruttura, nel loro equilibrio rispetto ai costi di costruzione e gestione. Il piano viene elaborato dal promotore tenendo in considerazioni diversi aspetti peculiari, qui in seguito enunciati.

La centralità del piano economico-finanziario è quindi definita nella stessa natura della finanza di progetto: è importante non solo il reperimento del capitale necessario per la realizzazione dell'opera ma in particolare le caratteristiche della gestione per essa proposte.

Come si è detto nei paragrafi precedenti, il legislatore ha disposto che le proposte di project financing prevedano la realizzazione di lavori con risorse totalmente o parzial-

mente a carico dei promotori stessi e che le medesime non possano essere valutate indipendentemente dal piano economico finanziario³², tanto che è stata considerata illegittima l'approvazione di una proposta nella quale né la Commissione tecnica né, successivamente, la Giunta comunale, abbiano omesso di esprimere un proprio giudizio circa i piani finanziari proposti dai diversi competitors.

Le correnti definizioni della finanza di progetto pongono tutte l'accento sull'elemento centrale del finanziamento³³, che trova garanzia, per il finanziatore, non già nel profilo soggettivo di affidabilità dell'operatore economico che ne beneficia, bensì nella credibilità dei flussi di cassa attesi dalla gestione dell'infrastruttura, nel loro equilibrio rispetto ai costi di costruzione e gestione.

Donde la ovvia e comunemente condivisa conclusione per cui la validità economico-finanziaria del progetto costituisce il presupposto stesso dell'intera operazione di project financing.

Si comprende il ruolo centrale del piano economico finanziario, la cui congruenza rappresenta una condizione preliminare ed essenziale per garantire l'attendibilità della proposta e la sua concreta fattibilità. Da ciò, secondo la giurisprudenza³⁴, può trarsi la sicura conseguenza che il piano asseverato non può essere soggetto a modifiche unilaterali dell'amministrazione; pertanto, le modifiche che l'amministrazione può apportare alla proposta di project financing possono consistere unicamente in lievi correttivi, non in interventi idonei ad alterare il quadro finanziario proposto dal promotore.

Allo stesso modo, non è ammissibile la sottrazione del piano economico-finanziario – che questi equilibri spiega e giustifica – a una seria valutazione di sostenibilità da parte della stazione committente anche in termini di congruità dell'offerta e rapporto di affidabilità rispetto ai dati economico-finanziari degli altri piani con i quali si attua la comparazione.

Questa valutazione di sostenibilità che non può identificarsi o risolversi nell'asseverazione bancaria che, come giustamente rimarcato dall'Autorità di vigilanza nell'atto di regolazione n. 14 del 2001, non sostituisce la valutazione amministrativa (come se fosse un atto amministrativo), ma ne costituisce un presupposto di partenza (l'Autorità afferma, infatti, che «la rilevanza pubblicistica – dell'asseverazione bancaria – va

³²Sulla centralità del ruolo del PEF: Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2002; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 23 febbraio 2004.

³³T.A.R. Emilia Romagna Bologna, Sez. I, 20 maggio 2004: Nella proposta di project financing ha un ruolo centrale il piano economico finanziario, la cui congruenza rappresenta una condizione preliminare ed essenziale per garantire l'attendibilità della proposta e la sua concreta fattibilità. Il piano asseverato non può essere soggetto a modifiche unilaterali dell'amministrazione; esso rappresentando infatti la base sulla quale saranno poi chiamati a confrontarsi i concorrenti nella successiva procedura negoziata, il quale stabilisce espressamente che i valori degli elementi per la determinazione dell'offerta più vantaggiosa devono essere fissati «nelle misure previste dal piano economico finanziario presentato dal promotore», non trascurando di precisare che, in mancanza di offerte nella gara, la proposta vincola comunque il promotore all'esecuzione dell'intervento.

Le modifiche che, ai sensi dell'art. 37-*quater*, primo comma, lett. a), l'amministrazione è legittimata ad apportare alla proposta di project financing possono consistere unicamente in lievi correttivi, non in interventi idonei ad alterare il quadro finanziario proposto dal promotore. Con la conseguenza che, qualora il progetto presenti profili che l'amministrazione giudica non coerenti con le funzioni da insediare e lo stralcio delle relative previsioni privi la proposta dei corrispondenti introiti finanziari, dovrà ritenersi integrata la presenza di elementi ostativi alla realizzazione dell'opera e la proposta non potrà giudicarsi di pubblico interesse.

³⁴T.A.R. Lombardia, Sez. III, 2 luglio 2001, n. 4729, in *Urb.App.*, 3/2002, pag. 335 con nota di M. Baldi.

intesa in relazione all'importanza che l'attività dell'istituto di credito riveste per l'operato della pubblica amministrazione in quanto quest'ultima trova una conferma ovvero un supporto per le sue autonome valutazioni, come previste nella procedura di finanza di progetto, nell'attestazione professionalmente qualificata che l'istituto di credito rilascia circa la correttezza del piano e la congruità degli elementi che lo compongono sotto il profilo economico-finanziario»).

Il piano economico-finanziario elaborato dal promotore deve contenere i seguenti elementi:

- a) tasso di inflazione: indicare la fonte da cui si è tratto il dato ed il metodo di determinazione del tasso atteso per tutta la durata della concessione in cui si articolerà il project;
- b) tasso di interesse applicato all'indebitamento bancario: illustrare le fonti del dato, le modalità di applicazione alla ipotesi di struttura finanziaria presentata nell'offerta;
- c) sono auspiccate ipotesi di sensitività relative ai dati del tasso di inflazione e del tasso di interesse sui prestiti bancari;
- d) meccanismo di determinazione del tasso di sconto applicato per l'attualizzazione dei dati di costo e ricavo nel PEF;
- e) determinazione del valore degli investimenti sia a livello complessivo che disaggregato (opere civili, impiantistiche, espropri) ed indicazione dei relativi cronoprogrammi;
- f) quantificazione degli oneri totali relativi alla manutenzione straordinaria;
- g) ripartizione temporale degli importi individuati;
- h) stima dei ricavi di esercizio;
- i) criteri di valutazione dei ricavi di esercizio inseriti nel PEF;
- j) stima dei costi operativi, fra cui rientrano, a titolo di esempio:
 - costi del personale,
 - costi per acquisti di beni e servizi,
 - costi di manutenzione ordinaria,
 - costi di assicurazione,
 - spese generali,
 - altri costi;
- k) imposte dirette;
- l) imposte indirette;
- m) modalità di ammortamento applicabili all'investimento iniziale e agli altri oneri capitalizzati;
- n) tempi medi di incasso;
- o) tempi medi di pagamento;

- p) indicazione delle diverse modalità di finanziamento prescelte e peso relativo;
- q) per ogni tipologia di indebitamento:
- importo complessivo del finanziamento,
 - tempistica della sua erogazione, definita rispetto alla dinamica del fabbisogno finanziario del progetto,
 - il tasso base prescelto e lo spread richiesto dai soggetti finanziatori,
 - il piano di rimborso del prestito e la durata complessiva del finanziamento
 - ipotesi peggiorativa in caso di modificazione delle condizioni di mercato;
- r) indicazione dettagliata dell'importo delle spese tecniche, precisando quale siano le voci che compongono le spese tecniche e i relativi importi, affinché sia possibile verificare le modalità di calcolo delle spese tecniche in base alle vigenti tariffe professionali.

La costruzione del piano economico-finanziario secondo gli elementi necessari indicati in precedenza, permette di sviluppare, passando attraverso la determinazione dei flussi di cassa generati dal progetto, un sistema di indicatori idoneo a valutare la convenienza economica dell'iniziativa e la sua sostenibilità finanziaria. Il project financing costituisce una modalità di realizzazione di opere pubbliche il cui finanziamento proviene da parte di soggetti privati che potranno beneficiare di un ritorno economico attraverso la gestione dell'opera stessa.

Trattasi di operazione senza rischio nella quale risulta essenziale la validità del conto economico del progetto da finanziare e la capacità di generare un flusso di cassa in grado di rimborsare il prestito erogato (capacità reddituale per l'arco di tempo occorrente all'estinzione del finanziamento erogato). La caratteristica peculiare del project financing, dunque, non è solo l'ottenimento del capitale occorrente per la realizzazione delle opere, ma fondamentalmente la gestione delle stesse, affinché dalla loro fruizione e dai ricavi correlati possa trovare completa remunerazione il capitale investito. Il progetto, quindi, va considerato come un unicum, nel quale la fase gestionale ha, indubbiamente, rilevanza di gran lunga maggiore di quella realizzativa dell'opera, perché consente appunto la remunerazione della stessa.

4.6. Gli indicatori economico-finanziari

Gli indici di convenienza economica dell'opera sono il VAN ed il TIR.

Il VAN (Valore Attuale Netto) rappresenta la ricchezza incrementale generata dall'investimento, espressa come se fosse immediatamente disponibile nell'istante in cui viene effettuata la valutazione. Analiticamente risulta determinato come somma algebrica dei flussi di cassa operativi attesi dalla realizzazione dell'intervento, scontati al tasso corrispondente al costo stimato del capitale investito.

Il TIR (Tasso Interno di rendimento) rappresenta il massimo tasso di interesse che un investitore è disposto a pagare per raccogliere risorse con cui finanziare l'opera. Infatti

il TIR è definito come il tasso di attualizzazione che rende nullo il VAN di un determinato flusso finanziario.

Con l'espressione "sostenibilità finanziaria" si intende fare riferimento alla capacità del progetto di generare flussi monetari sufficienti a garantire il rimborso dei finanziamenti ed una adeguata redditività per gli azionisti.

Come indicatore della sostenibilità finanziaria espressa in termini di bancabilità si fa riferimento ai due indicatori ADSCR e LLCR che sono in grado di valutare il margine di sicurezza su cui i soggetti finanziatori possono contare per essere garantiti sul puntuale pagamento del debito.

ANNUAL DEBT SERVICE COVER RATIO

ADSCR è pari al rapporto, calcolato per ogni dato periodo dell'orizzonte temporale previsto per la durata dei finanziamenti, fra il flusso di cassa operativo generato dal progetto e il servizio del debito comprensivo di quota capitale e quota interessi.

LOAN LIFE COVER RATIO

LLCR è il quoziente tra la somma attualizzata dei flussi di cassa disponibili per il *Debt Service*, compresi fra l'istante di valutazione e l'ultimo anno previsto per il rimborso del finanziamento, e il debito residuo considerato allo stesso istante di valutazione. Il numeratore del rapporto rappresenta quindi il valore attuale dei flussi generati dal progetto su cui i finanziatori possono contare per il futuro rientro delle somme ancora dovute (espresse al denominatore).

4.7. Flussi di cassa

L'analisi dei flussi di cassa rappresenta la determinazione dei valori realistici degli indicatori di sostenibilità economica e finanziaria dell'operazione.

I flussi da considerare partiranno da quelli negativi per la progettazione, per la ricerca, per il consenso dell'opinione pubblica e per la realizzazione dell'opera.

I flussi di cassa operativi sono invece quelli che vengono prodotti dall'attività di gestione della infrastruttura.

Una volta definiti i principi generali su cui si basa l'analisi economico-finanziaria di un investimento infrastrutturale, risulta quindi necessario concentrarsi sulla analisi dei flussi di cassa al fine di determinare i valori realistici degli indicatori di sostenibilità economica e finanziaria dell'operazione.

I primi flussi di cassa che possono essere analizzati nel processo di realizzazione e gestione di un'opera pubblica sono quelli inerenti la fase di edificazione dell'opera e, pertanto, di segno negativo.

La quantificazione di tali investimenti richiede una particolare attenzione, in quanto spesso sono da comprendere in essi anche voci di costo non appartenenti alla vera e propria fase di costruzione.

In ordine temporale, le prime spese che devono essere sostenute sono quelle relative alla progettazione e quelle relative alla ricerca e del consenso dell'opinione pubblica in merito alla realizzazione dell'opera pubblica.

La realizzazione di un'infrastruttura in un territorio antropizzato deve essere infatti necessariamente preceduta da una intensa attività di sensibilizzazione rivolta a tutti i soggetti che saranno direttamente coinvolti prevedendo nel piano economico e finanziario sin dalle fasi iniziali della sua elaborazione, la presenza di una apposita voce di spesa per la "comunicazione", finalizzata a prevenire ogni forma di contestazione pubblica.

Dal confronto con la collettività locale e dall'esito della concertazione per trovare le soluzioni con il maggior livello di condivisione, possono nascere degli ulteriori costi detti di "mitigazione" dell'impatto, da pianificare necessariamente per prevenire spese future imprevedute che potrebbero mettere in dubbio l'intero piano finanziario.

La componente più corposa delle spese di realizzazione è comunque rappresentata dai cosiddetti "investimenti diretti", ovverosia dai costi di acquisizione delle aree, dall'eventuale spostamento dei sottoservizi, da quelli della costruzione vera e propria e dalla possibilità di avere alcuni possibili proventi derivanti dalla vendita del materiale estratto dal sottosuolo nel caso di consistenti opere di scavo. I flussi di cassa operativi sono invece quelli che vengono prodotti dall'attività di gestione della infrastruttura e quindi dall'offerta del servizio e di eventuali altre attività poste in essere dal concessionario.

4.8. Ipotesi di struttura di flusso di cassa operativo

La redditività potenziale della gestione dell'opera pubblica è funzione diretta dei flussi di cassa generati dall'attività di gestione. I flussi di cassa devono tenere conto delle marginalità e delle economie/diseconomie derivanti dalla normativa fiscale e di settore.

È necessario che le singole voci di costo siano espone nel PEF in modo puntuale e disaggregato al fine di consentire l'analisi del piano e delle sue componenti.

A titolo esemplificativo, si elencano le voci di costo che incidono sui proventi e quindi sulla dinamica dei flussi di cassa. La positività o meno dei flussi di cassa attesi è quindi condizionata dalle singole voci di costo.

+	-
Ricavi del servizio	Costi generali
Proventi diversi	Costi del personale
	Costi di manutenzione
	Costi diversi
= Margine Operativo Lordo	
	Imposte
= Flusso netto della gestione corrente	
+/- Variazione Capitale Circolante Netto (CCN)	
= Flusso operativo netto	

Il principale elemento del flusso operativo di un'opera pubblica è quindi rappresentato dai ricavi prodotti dall'offerta del servizio per il quale l'infrastruttura è stata realizzata.

A seconda del tipo di progetto che si sta analizzando, questi possono avere caratteristiche temporali più o meno continue (giornaliere, settimanali, mensili), possono presentare elementi di stagionalità, possono provenire dal pagamento diretto da parte dell'utenza o dalla retrocessione delle relative somme da parte di altre istituzioni.

Una ulteriore fonte di ricavo deriva dall'offerta di servizi accessori, connessi a quello della funzione principale dell'infrastruttura (pubblicità, attività commerciali o altri servizi erogati all'utenza) o, in alcuni casi, del tutto slegati (sfruttamento degli spazi o delle strutture per altre attività).

Un posto di primo piano tra le voci di spesa spetta invece ai costi generali e collegati alla struttura della Società di Gestione, ai costi del personale e ai costi di manutenzione.

4.9. Il ruolo concesso alla banca nel project financing

Le banche e gli intermediari finanziari, attraverso il project financing, sono divenuti soggetti che possono realizzare opere pubbliche, in aggiunta ai tradizionali costruttori e operatori economici previsti dall'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006.

All'interno del project financing è auspicabile che il ruolo degli istituti di credito vada oltre la semplice consulenza finanziaria, incentrandosi invece sull'effettivo finanziamento dell'operazione e in favore del soggetto aggiudicatario.

Nel caso in cui l'istituto bancario si limiti a fornire un esame approfondito sulla sostenibilità e di bancabilità, esso deve essere svolto sui progetti che verranno presentati nella fase di scelta del promotore e del competitore.

La speciale disciplina sulla finanza di progetto promuove una forma di compartecipazione, o di altra forma di collegamento azionaria, tra banca e promotore.

La *ratio* dell'istituto sembrerebbe postulare un serio coinvolgimento dell'istituto di credito, il cui ruolo potrebbe spingersi oltre la mera asseverazione di "bancabilità" dell'operazione, non essendo vietato (ed essendo, anzi possibile e auspicabile) che la banca asseverante prenda successivamente parte all'effettivo finanziamento dell'operazione in favore del soggetto aggiudicatario (atteso che, fermo restando che gli effetti giuridici dell'asseverazione non impegnano in alcun modo l'istituto di credito né nei confronti della stazione appaltante, in termini di garanzia, né nei confronti del concessionario, in termini di affidamento bancario, nondimeno un serio esame di bancabilità condotto in sede di asseverazione ben potrebbe in astratto essere prodromico rispetto alla successiva effettiva finanziabilità del progetto³⁵.

³⁵T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 17 giugno 2004.

L'atto di regolazione n. 14 del 5 luglio 2001 nell'esame di uno schema di asseverazione tipo predisposto dall'ABI non sembra avere raggiunto soluzioni conclusive. Da un lato, infatti, si afferma, nel ripetuto atto di regolazione, che «l'attività di asseverazione non si sostanzia in una mera verifica di massima sulla sostenibilità delle proposte; ma, al contrario, essa deve attestare la correttezza del piano economico finanziario e la congruità delle relative poste utilizzate per la sua elaborazione», nonché che «la banca non si limita ad analisi formali (correttezza matematica delle voci) ma è chiamata ad effettuare valutazioni sugli elementi economici (costi e ricavi del progetto) e finanziari (composizione delle fonti di finanziamento) contenuti nel piano presentato dal promotore ed a verificarne l'equilibrio in relazione, tra l'altro, ai flussi di cassa generati dal progetto», per cui «imprescindibile è altresì la verifica della congruenza dei dati forniti nel piano economico-finanziario con la bozza di convenzione».

Dall'altro lato, nello stesso atto di regolazione si ammette però che possa «trovare giustificazione un deferimento ai dati forniti dall'impresa, per quanto ne riguarda la veridicità e la congruità» con riferimento «a quegli elementi che per essere relativi ad accertamenti di fatto posti in essere dall'impresa debbono darsi per veri e congrui, se ed in quanto non oggetto di possibile riesame, costituendo profili di scelta industriale propri dell'impresa stessa», di talché «la verifica di congruità riguarderà invece la struttura finanziaria dell'opera, nonché i costi ed i ricavi da valutarsi con riferimento ai dati elementari esposti dall'impresa».

L'atto di regolazione del 2001 lascia dunque aperte talune perplessità sia sulla natura giuridica ("attestazione qualificata", come proposto dalla Banca d'Italia) che sui contenuti minimi dell'asseverazione bancaria.

Il progetto – nelle sue linee portanti e strutturali – non può essere innovato nel corso della fase negoziata, nella quale (come è avvenuto nella fattispecie) i concorrenti devono limitarsi a rilanci migliorativi sugli elementi quantitativi dell'offerta, ovvero (quando previsto) su aspetti progettuali e gestionali sostanzialmente accessori, attesa la non modificabilità delle caratteristiche del progetto posto a base di gara.

Ne deriva che l'esame approfondito e serio di sostenibilità e di bancabilità deve essere svolto dalla banca già sui progetti presentati nelle fasi della scelta del promotore e del competitore.

La nuova asseverazione resa sul progetto del vincitore finale si presenta come sostanzialmente confermativa della prima asseverazione, alla luce del maggior impegno economico promesso nella fase dei rilanci negoziati, ma non altera i termini essenziali del primo giudizio di bancabilità.

Capitolo 5

La valutazione della proposta

5.1. I contenuti dell'offerta del concorrente concessionario

RIF.: ART. 87,
D.P.R. N. 554/1999
ART. 116,
D.LGS. N. 163/2006

Secondo la normativa vigente, all'interno dell'art. 116 del D.Lgs. n. 163/2006, vengono indicati i contenuti minimi obbligatori che l'offerta del concorrente deve illustrare nella procedura di affidamento della concessione dei lavori.

Risulta opportuno sottolineare che l'offerta non può presentarsi in una forma univoca e prestabilita, in quanto la stessa si modella di volta in volta in relazione all'ordine di importanza assegnato dall'amministrazione aggiudicatrice agli elementi previsti dall'art. 21 comma 2 della legge 109/1994, da indicare preventivamente nel bando di gara o nel capitolato speciale d'appalto in relazione al diverso tipo di opera da realizzare e gestire.

Pertanto, all'incertezza nel definire i contorni precisi della elaborazione di cui deve farsi carico l'offerente può porre rimedio la sola stazione appaltante, indicando chiaramente – nell'avviso di gara – tutti gli elementi di valutazione e i relativi fattori ponderali in base ai quali la Commissione Giudicatrice valuterà le offerte pervenute.

L'art. 87 del D.P.R. n. 554/1999 è stato integralmente ripreso dall'art. 116 del nuovo regolamento con il medesimo tenore, fatta salva l'aggiunta del punto *h*) all'elenco che segue: esso indica i contenuti minimi obbligatori che l'offerta del concorrente deve illustrare nella procedura di affidamento della concessione di lavori.

In relazione a quanto previsto nel bando, l'offerta deve contenere:

- a) il prezzo richiesto dal concorrente;
- b) il prezzo che eventualmente il concorrente è disposto a corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice;
- c) il canone da corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice;
- d) il tempo di esecuzione dei lavori;
- e) la durata della concessione;
- f) il livello iniziale della tariffa da praticare all'utenza ed il livello delle qualità di gestione del servizio e delle relative modalità;

- g) le eventuali varianti al progetto posto a base di gara;
- h) la quota di lavori che intende affidare a terzi.

Nella formulazione del prezzo, il concessionario deve tenere conto che non può spostare l'alea ovvero il rischio di gestione in capo all'amministrazione mediante la previsione di canoni periodici che coprano l'eventuale mancato utile di gestione.

In merito va richiamato il principio che distingue la concessione di lavori dall'appalto di lavori. Il tratto distintivo delle concessioni di lavori pubblici rispetto agli appalti di lavori consiste nel conferimento di un diritto di gestione dell'opera che permette al concessionario di percepire proventi dall'utente a titolo di controprestazione della costruzione dell'opera (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo. Il diritto di gestione implica anche il trasferimento della responsabilità di gestione che investe gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera.

Da quanto precede si deduce che in una concessione di lavori l'alea relativa alla gestione viene trasferita al concessionario che si assume il "rischio economico", nel senso che la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi che può trarre dalla fruizione dell'opera³⁶.

Al contrario si è in presenza di un appalto pubblico di lavori quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti.

Per quanto attiene all'offerta nella parte tecnica, in passato vi sono stati dubbi derivanti dalla prassi, in ordine alla possibilità per le stazioni appaltanti di chiedere al concorrente aspirante concessionario la presentazione del progetto definitivo in sede di formulazione dell'offerta. Come è noto, l'art. 19, comma 2, della legge n. 109/1994 stabiliva che le concessioni di lavori pubblici «sono contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice, aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici», mentre il successivo art. 20, comma 2, chiarisce che esse «sono affidate mediante licitazione privata ponendo a base di gara un progetto preliminare corredato, comunque, anche degli elaborati relativi alle preliminari essenziali indagini geologiche, geotecniche, ideologiche e sismiche» e che «l'offerta ha ad oggetto gli elementi di cui all'art. 21, comma 2, lett. b), nonché le eventuali proposte di varianti al progetto posto a base della gara».

Alla luce del dettato normativo vigente, le stazioni appaltanti non possono richiedere a tutti i concorrenti - già in fase di offerta - la predisposizione del *progetto definitivo*, ma l'amministrazione concedente deve farsi carico di un'attività preventiva tesa alla determinazione di una serie di parametri "progettuali" che implementino l'elaborazione di livello *preliminare*, al fine di consentire la formulazione consapevole dell'offerta da parte degli interessati, senza far gravare su di essi un indebito onere³⁷.

³⁶Dipartimento Politiche Comunitarie, Circolare 1° marzo 2002, n. 3944, in *G.U.* n. 102 del 3 maggio 2002, in www.politichecomunitarie.it; Commissione europea Comunicazione interpretativa sulle concessioni, 12 aprile 2000, in *G.U.C.E.* 121/5 del 29 aprile 2000; Corte di giustizia CE, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Teleaustria c. Post & Telekom Austria.

³⁷In tal senso si legga: Autorità Vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione n. 1/2003 del 22 gennaio 2003- «Concessioni di lavori pubblici ex art. 19, comma 2, della legge n. 109/1994, affidate secondo le mo-

(footnote continued)

In tal senso, non può che ribadirsi quanto espresso con la determinazione n. 12 del 7 marzo 2000 dell’Autorità, e cioè che il «progetto preliminare» posto in visione dei concorrenti deve essere «per così dire arricchito di ulteriori elementi... per corrispondere ad esigenze che possano trovare giustificazioni solo nelle scelte e nell’attività della pubblica amministrazione», mentre la prestazione di progettazione definitiva deve formare, di regola, parte integrante dell’oggetto del contratto di concessione – con conseguente suo espletamento in una fase successiva all’affidamento – da porre a carico del solo concorrente che in esito alla gara risulta essere l’effettivo ed unico aggiudicatario.

Quindi, passando ad analizzare la forma che deve essere assunta dall’*offerta progettuale*, va innanzitutto ribadito che, rispetto alla elaborazione di progetto posta a base di gara, è consentito ai concorrenti presentare eventuali e possibili varianti – giusto art. 87, lett. e), del D.P.R. n. 554/1999 – ma nessuna vera e propria soluzione alternativa, che si discosti dalle scelte generali operate dalla stazione appaltante.

Come infatti sancito dallo stesso Consiglio di Stato, Sez. V, 30 novembre 2000, n. 6367 (già richiamato nella determinazione n. 53/2000 del 7 dicembre 2000), «le modifiche al progetto predisposto dall’amministrazione non possono configurare un’alternativa progettuale, ma devono limitarsi ad innovazioni complementari e strumentali, nel rispetto delle linee essenziali e dell’impostazione del progetto di base».

Risulta inoltre opportuno sottolineare che l’offerta non può presentarsi in una forma univoca e prestabilita, in quanto la stessa si modella di volta in volta in relazione all’ordine di importanza assegnato dall’amministrazione aggiudicatrice agli elementi previsti dall’art. 21 comma 2 della legge 109/1994, da indicare preventivamente nel bando di gara o nel capitolato speciale d’appalto in relazione al diverso tipo di opera da realizzare e gestire.

Pertanto, all’incertezza nel definire i contorni precisi della elaborazione di cui deve farsi carico l’offerente può porre rimedio la sola stazione appaltante, indicando chiaramente – nell’avviso di gara – tutti gli elementi di valutazione e i relativi fattori ponderali in base ai quali la Commissione Giudicatrice valuterà le offerte pervenute.

Diventa conseguentemente necessaria la corretta applicazione del principio dell’offerta economicamente più vantaggiosa per il quale gli elementi di valutazione sono «variabili in relazione all’opera da realizzare», per cui – ad esempio – il «valore tecnico ed estetico dell’opera progettata» potrà trovarsi ad assumere un peso percentualmente inferiore quando si dovranno soppesare le offerte relative ad appalti per la realizzazione di impianti a rete (pubblica illuminazione, distribuzione gas metano), mentre lo stesso elemento di giudizio potrà assumere una rilevanza notevole laddove la componente legata alla *progettazione architettonica* dell’opera da realizzare risulterà emergente, come può accadere per piscine, ospedali, residenze per anziani, cimiteri.

In qualche modo ciò potrebbe significare che il «valore tecnico ed estetico dell’opera progettata» assurge al ruolo di parametro di giudizio “centrale” quando la concessione non ha la prevalente finalità della gestione, ma anche (o forse soprattutto) quella di

dalità indicate nei successivi artt. 20 e 21, comma 2, lett. b) - Problema relativo alla forma che deve assumere l’offerta “progettuale”».

costruire l'opera, configurandosi come sistema alternativo all'appalto di sola costruzione, rispetto al quale vi è certamente un minore impegno "progettuale" per l'amministrazione, nonché la possibilità di corrispondere all'esecutore un prezzo che può comunque risultare inferiore rispetto all'importo totale dei lavori.

In definitiva, il contenuto dell'offerta progettuale si concretizza nella prospettazione di migliorie da apportare al progetto posto a base di gara che – a solo titolo esemplificativo e non certamente esaustivo – potranno assumere la forma di:

- soluzioni tecnologiche innovative;
- flessibilità della utilizzazione;
- contenimento dei consumi energetici;
- minore impatto ambientale;
- particolari tipologie di impianti;
- qualità dei materiali e delle finiture;
- semplicità di manutenzione.

5.2. Il procedimento di valutazione della proposta di pubblico interesse: aspetti giuridici e metodologici

RIF.: ART. 153 E 154,
D.Lgs. n. 163/2006

All'interno della normativa vigente, nell'art.154 del D.lgs. 163/2006, vengono disciplinati i criteri di valutazione delle proposte e gli elementi utili per la definizione puntuale dell'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione aggiudicatrice.

La legge richiede la presentazione di proposte adeguatamente dettagliate che espongano non solo studi e progetti preliminari di fattibilità e di inquadramento territoriale e ambientale dell'opera, ma che più specificatamente contengano le indicazioni degli elementi relativi al valore dell'opera, al suo rendimento, alle modalità di gestione, nonché al livello e ai criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.

Il bando di gara deve indicare i requisiti di qualificazione secondo le previsioni del codice dei contratti e del regolamento di attuazione (sia esso il D.P.R. n. 554/1999 sia esso il nuovo regolamento), i criteri di valutazione della proposta secondo le previsioni dell'art. 154 del codice dei contratti e ogni elemento utile per definire puntualmente quanto più possibile l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione e le finalità che si intendono soddisfare con l'attivazione della procedura di project financing.

L'art. 154 detta la disciplina della valutazione della proposta, stabilendo che «Le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico e ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di

aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse».

Si tratta di un percorso di valutazione che si distingue dal procedimento tradizionale e formale di valutazione delle proposte del concessionario nell'iter di affidamento della concessione di lavori.

La caratteristica fondamentale dell'istituto consiste nel porre totalmente o parzialmente a carico dei soggetti promotori o aggiudicatari le risorse necessarie alla progettazione e all'esecuzione dei lavori e nel prevedere quale unica controprestazione il diritto a gestire funzionalmente e sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati. A tal fine la legge richiede la presentazione di proposte adeguatamente dettagliate che espungano non solo studi e progetti preliminari di fattibilità e di inquadramento territoriale e ambientale dell'opera, ma che più specificamente contengano l'indicazione degli elementi relativi al valore dell'opera, al suo rendimento, alle modalità di gestione, nonché al livello e ai criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti. Ciò al fine di consentire all'amministrazione di valutare la capacità dell'opera realizzata di produrre entrate in misura idonea a remunerare il capitale investito e ad assicurare l'ultimazione dell'opera e l'economicità della relativa gestione. È pacifico che, nell'ambito della procedura di project financing costruita su un modello legale non rigidamente formalistico, ed in particolare nella fase di selezione della proposta di pubblico interesse, le amministrazioni aggiudicatrici godono di una certa libertà nella fase di istruzione delle proposte, tant'è che possono liberamente far luogo, in sede di verifica dei documenti presentati, alla eventuale richiesta di integrazione documentale.

Ben può l'Amministrazione disporre liberamente la integrazione, senza nessuna conseguenza decadenziale a carico del promotore³⁸.

Significativa è, in tal senso, la disposizione di cui al comma 2-ter dell'art. 153 comma 4 lett. b), laddove si prevede che, entro quindici giorni dalla ricezione della proposta, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono a verificare la completezza dei documenti presentati e ad inoltrare al proponente eventuale dettagliata richiesta di integrazione. La disposizione de qua avrebbe una scarsa rilevanza applicativa, qualora si limitasse sotto il profilo quali-quantitativo gli atti, che l'Amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità, può richiedere al proponente. Tale interpretazione contrasterebbe, peraltro, con lo spirito della norma, in quanto piuttosto che agevolare, ostacolerebbe i rapporti tra PA e privati e restringerebbe eccessivamente l'ambito applicativo dell'istituto. Ne consegue il riconoscimento di una ampia discrezionalità alla Amministrazione procedente nella gestione della fase della istruttoria del progetto presentato dal promotore³⁹.

³⁸T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 9 marzo 2005.

³⁹T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 30 giugno 2004.

5.3. L'attività di valutazione della proposta

RIF.: ART. 152, 152
E 154,
D.LGS. N. 163/2006

La valutazione della proposta deve essere sviluppata, da parte dell'amministrazione, sia dal punto di vista tecnico che sotto il profilo della rispondenza al pubblico interesse.

Una proposta, pur giudicata idonea e fattibile sotto il profilo tecnico, potrà venire respinta in quanto ritenuta non conforme al pubblico interesse.

La valutazione dell'Amministrazione si articola in una duplice fase: una valutazione di idoneità tecnica della proposta, ed all'esito una valutazione di rispondenza della stessa al pubblico interesse.

La giurisprudenza⁴⁰ ha evidenziato come sia soprattutto in questa seconda fase che massimo è il margine di discrezionalità riservato alla PA, trattandosi di giudizio coinvolgente la valutazione comparativa degli interessi che essa assume rilevanti in un determinato momento storico.

In definitiva, una proposta pur giudicata idonea e fattibile sotto il profilo tecnico, potrà essere respinta in quanto ritenuta non conforme al pubblico interesse, a seguito della predetta valutazione comparativa.

Una volta superata la valutazione di idoneità e fattibilità tecnica dell'intervento, il "cuore" della valutazione della PA è in ogni caso individuabile negli aspetti economici e finanziari.

Resta inteso che la fissazione dei criteri valutativi, pur specificando quelli elencati dall'art. 154 del codice, in un momento successivo alla conoscenza del contenuto dei progetti è illegittimo.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, infatti, «La regolarità di una gara di appalto pubblico è inficiata per il solo fatto del mancato rispetto del principio per il quale la determinazione dei criteri di valutazione e dei punteggi (allorché ai criteri è collegata l'assegnazione di un punteggio) deve necessariamente precedere l'apertura delle buste contenenti gli elementi da valutare ai fini dell'aggiudicazione e ciò indipendentemente dall'accertare se nel caso concreto l'organo deputato ad effettuare le predette valutazioni sia effettivamente venuto a conoscenza del contenuto delle buste»⁴¹, deve trovare applicazione anche rispetto alle procedure di project financing, in quanto, pur avendo la fase della valutazione del progetto, che precede la gara per l'affidamento, una connotazione informale, che la differenzia profondamente dalle procedure di evidenza pubblica, deve necessariamente aversi il rispetto dei principi di correttezza, che debbono sempre caratterizzare l'attività delle Pubbliche Amministrazioni. Sotto questo profilo, nessun dubbio può aversi in merito al fatto che non appare conforme ai principi determinare criteri valutativi finalizzati ad effettuare una scelta comparativa, qualora si abbia già conoscenza del contenuto dei progetti da esaminare.

⁴⁰T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 9 luglio 2004.

⁴¹Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 2003.

La commissione nominata ed incaricata dall'amministrazione dovrà giustificare, nel verbale di valutazione delle proposte, per quali aspetti tra quelli indicati nell'art. 154 ed eventualmente tra quelli aggiunti nel bando la proposta ritenuta vincitrice risponde al pubblico interesse in misura preferibile rispetto alle altre oppure risponde all'interesse pubblico anche quando è l'unica presentata.

L'obbligo di motivazione è ineludibile ed inderogabile.

La conduzione del procedimento di valutazione e i criteri di selezione non coincidono con quelli che caratterizzano l'affidamento della concessione di lavori pubblici, quale la previsione necessaria di pesi ponderali per ciascun criterio di valutazione o l'applicazione di tutti i criteri di selezioni disposti per la concessione dal codice e dal regolamento.

La giurisprudenza ha ritenuto che la procedura del project financing, relativamente all'individuazione del promotore, è libera dai vincoli che normalmente caratterizzano le altre tipologie di affidamento⁴², tuttavia è certo che l'espressione della valutazione deve in ogni caso rispettare i principi generali descritti nell'art. 2 del codice per le fasi di affidamento dei contratti di realizzazione delle opere pubbliche in forza dell'espresso richiamo esercitato dall'art. 152 del codice dei contratti.

Nell'ambito della fase preliminare di scelta della proposta di project financing, la valutazione comparativa delle diverse proposte presentate al fine di individuare quella più rispondente al pubblico interesse costituisce esercizio di un'amplissima discrezionalità, caratterizzata da incisive e sostanziali valutazioni di merito, come emerge dal tenore dell'art. 154 del codice, secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici, dopo aver valutato le proposte presentate, «provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse», mentre l'indizione della gara è successiva alla conclusione della fase istruttoria e preparatoria ed è subordinata alla previa individuazione di offerte rispondenti al pubblico interesse. Pertanto, è precluso al giudice amministrativo il sindacato sulle scelte di merito dell'amministrazione, ispirate a criteri di opportunità e convenienza, in ossequio al principio di separazione dei poteri⁴³, fondandosi unicamente sulla valutazione dell'iter logico deduttivo adottato e sull'assenza di vizi di legittimità, quali l'eccesso di potere nelle figure sintomatiche della contraddittorietà manifesta della decisione rispetto ai presupposti degli atti di gara, della illogicità, della carenza istruttoria.

5.4. La facoltà dalla P.A. di modificare la proposta del promotore

La normativa vigente affida all'amministrazione il potere di valutare l'ammissibilità del progetto del proponente, non quello di modificarne radicalmente l'impostazione.

Ogni modificazione insiste su elementi che possono avere determinato aspetti di funzionalità, di gestione, di redditività dell'opera e che possono essere stati ritenuti stra-

⁴²T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 22 giugno 2000.

⁴³T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 26 maggio 2004.

tegici dal promotore che li ha per primo pensati. Quindi le modificazioni sono ammissibili quando non alterano in modo significativo i diversi elementi che caratterizzano l'offerta sotto il profilo tecnico-architettonico, economico o gestionale; in particolare, la giurisprudenza⁴⁴ ha ritenuto che il PEF asseverato da un istituto di credito non può essere soggetto a modifiche unilaterali dell'amministrazione. Le modifiche che l'amministrazione è legittimata ad apportare alla proposta possono consistere unicamente in lievi correttivi, non in interventi idonei ad alterare il quadro finanziario proposto dal promotore⁴⁵. L'Amministrazione ha il potere di valutare l'ammissibilità o meno del progetto ma non quello di modificarne radicalmente l'impostazione. Come noto, infatti, il piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito non può essere soggetto a modifiche unilaterali da parte dell'Amministrazione. Le uniche modifiche che l'Amministrazione è legittimata ad apportare alla proposta di project financing possono consistere in lievi correttivi, non in interventi idonei ad alterare il quadro finanziario proposto dal promotore.⁴⁶

5.5. La conformità e compatibilità urbanistica della proposta del promotore e variante allo strumento urbanistico vigente

RIF.: ART. 128 E 153,
D.Lgs. n. 163/2006

L'amministrazione può scegliere se richiedere al promotore il rispetto della disciplina urbanistica vigente, la cd. Conformità al piano regolatore comunale, oppure se ammettere la proposta purchè sia compatibile con gli strumenti urbanistici vigenti, ammettendo l'ipotesi di avviare l'adozione di una variante per la proposta ritenuta di interesse pubblico.

In riferimento alla compatibilità urbanistica dell'intervento il discorso risulta più complesso; non sono infatti ammissibili la partecipazione in project financing di progetti non conformi alla disciplina urbanistica.

La giurisprudenza⁴⁷ ha affrontato la questione interpretativa attinente il rapporto tra intervento oggetto della proposta nel project financing e strumenti urbanistici vigenti. L'amministrazione può scegliere se richiedere al promotore il rispetto della disciplina

⁴⁴T.A.R. Lombardia, Sez. III, 2 luglio 2001, n. 4729, in *Urb. App.*, 3/2002, pag. 335 con nota di M.Baldi.

⁴⁵T.A.R. Emilia Romagna Bologna, Sez. I, 20 maggio 2004: Nella proposta di project financing ha un ruolo centrale il piano economico finanziario, la cui congruenza rappresenta una condizione preliminare ed essenziale per garantire l'attendibilità della proposta e la sua concreta fattibilità. Il piano asseverato non può essere soggetto a modifiche unilaterali dell'amministrazione; esso rappresentando infatti la base sulla quale saranno poi chiamati a confrontarsi i concorrenti nella successiva procedura negoziata, il quale stabilisce espressamente che i valori degli elementi per la determinazione dell'offerta più vantaggiosa devono essere fissati «nelle misure previste dal piano economico finanziario presentato dal promotore», non trascurando di precisare che, in mancanza di offerte nella gara, la proposta vincola comunque il promotore all'esecuzione dell'intervento.

Le modifiche che, ai sensi dell'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a), l'amministrazione è legittimata ad apportare alla proposta di project financing possono consistere unicamente in lievi correttivi, non in interventi idonei ad alterare il quadro finanziario proposto dal promotore. Con la conseguenza che, qualora il progetto presenti profili che l'amministrazione giudica non coerenti con le funzioni da insediare e lo stralcio delle relative previsioni privi la proposta dei corrispondenti introiti finanziari, dovrà ritenersi integrata la presenza di elementi ostativi alla realizzazione dell'opera e la proposta non potrà giudicarsi di pubblico interesse.

⁴⁶T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 2 luglio 2001 cit.

⁴⁷T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 21/2/2008 n. 563.

urbanistica vigente, la cd. Conformità al piano regolatore comunale, oppure se ammettere la proposta purchè sia compatibile con gli strumenti urbanistici vigenti, ammettendo l'ipotesi di avviare l'adozione di una variante per la proposta ritenuta di interesse pubblico. La previsione di conformità della proposta presentata dai concorrenti agli strumenti urbanistici vigenti deve essere considerata espressione del principio del necessario rispetto delle previsioni urbanistiche in vigore e, quindi, dell'impossibilità di realizzare interventi non conformi alla disciplina urbanistica dell'area.

A questo proposito, nessun dubbio può sussistere con riferimento alla previsione relativa alla conformità dell'intervento alla disciplina urbanistica; il riferimento alla conformità è, infatti, espressione di una sistematica che non prevede alcuna possibilità di deroga alla strumentazione urbanistica.

Più complesso è il discorso per quello che riguarda il riferimento alla compatibilità urbanistica dell'intervento; il riferimento alla compatibilità posto in un avviso indicativo di project financing non può legittimare la partecipazione alla procedura di progetti non conformi alla disciplina urbanistica, ma deve essere ritenuta pur sempre espressione di una sistematica che richiede il rispetto della strumentazione urbanistica.

L'esame della disciplina urbanistica evidenzia, infatti, parametri (altezza, volumetria, ecc.) che si prestano ad una valutazione precisa che può essere definita in termini di conformità urbanistica; altri parametri (caratteri tipologici, ornato pubblico, ecc.) si prestano ad una valutazione più flessibile che può essere definita come compatibilità urbanistica, ma che si muove pur sempre all'interno della strumentazione urbanistica e non all'esterno, attraverso le procedure di variante.

In definitiva, quindi, il riferimento alla conformità o compatibilità dell'intervento operava un riferimento ad una valutazione da effettuarsi con una certa flessibilità (si trattava, pur sempre, di un intervento caratterizzato dal recupero urbanistico e dal "ripensamento" di una vasta area), ma pur sempre nel rispetto dei parametri urbanistici propri dell'area in discorso.

Quindi la previsione dell'avviso pubblico della conformità o compatibilità urbanistica dell'intervento Al proposito, è indubbio come l'art. 153 permetta, attraverso il rinvio all'art. 128, l'utilizzazione dello strumento della variante urbanistica anche al fine di rendere possibili interventi di project financing; la scelta discrezionale dell'Amministrazione di prevedere, anche per uno solo degli interventi oggetto dell'avviso pubblico di sollecitazione, il requisito del rispetto della disciplina urbanistica (e, quindi, di autovincolarsi a non utilizzare la variante urbanistica) non può però essere considerata manifestamente irrazionale (e, quindi, sindacabile in sede giurisdizionale) ove si abbia riferimento alla particolare importanza urbanistica e storico-ambientale del contesto in questione ed alla conseguenziale opzione per una strutturazione che attribuisce ai promotori minore libertà di movimento.

5.6. Le opere accessorie alle opere pubbliche, con destinazione non pubblica, per il conseguimento dell'equilibrio economico-finanziario

RIF.: ART. 143,
D.LGS. N. 163/2006

Un altro rilevante aspetto attiene la possibilità di prevedere opere accessorie alle opere pubbliche, con destinazione non pubblica, per il conseguimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'intervento. La previsione contenuta nell'art. 143 del D.Lgs. 163/06 in materia di concessioni di costruzione e gestione e quindi anche di project financing (per la medesima natura del contratto esternalizzato), secondo la quale l'esecuzione e la gestione dell'intervento non si limiti ai lavori pubblici o di pubblica utilità ma anche a tutti i "lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati", che il concessionario o il promotore ha diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente, supporta la legittimità della possibilità di prevedere opere accessorie alle opere pubbliche, con destinazione non pubblica, per il conseguimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'intervento.

Il termine "lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati" non sembra possa essere interpretato in senso tecnico-ingegneristico, piuttosto la dottrina⁴⁸ suggerisce che si tratti di tutti quei lavori che possono essere collegati alle opere pubbliche in base alla comunanza di finalità, all'ausilio per rendere attuabile e fattibile l'intervento e siano compatibili con l'opera in senso stretto, sotto il profilo urbanistico ed ambientale. La giurisprudenza⁴⁹ ha riconosciuto la legittimità della proposta di project financing nella quale l'opera pubblica, nella specie un parcheggio, sia accompagnata da strutture commerciali.

⁴⁸M. Baldi, nota a T.A.R. Lombardia, Sez. III, 2 luglio 2001, n. 4729, in *Urb. App.*, 3/2002, pag. 342; S. Amorosino R. Sciuto, *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti: la concessione di costruzione e gestione ed il promotore*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1999, II, 70; A. Romano Tassone, in *La riforma dei lavori pubblici*, a cura di Angeletti, Torino, 2000, 422.

⁴⁹T.A.R. Lombardia, Sez. III, 2 luglio 2001, n. 4729, in *Urb. App.*, 3/2002, pag. 335 con nota di M.Baldi.