

le procedure ordinarie; b) manutenzione di opere o di impianti di importo non superiore a 100.000,00 euro; c) interventi non programmabili in materia di sicurezza; d) lavori che non possono essere differiti, dopo l'infruttuoso esperimento delle procedure di gara; e) lavori necessari per la compilazione di progetti; f) completamento di opere o impianti a seguito della risoluzione del contratto o in danno dell'appaltatore inadempiente, quando vi è necessità e urgenza di completare i lavori. La spesa non può superare i 200.000,00 euro, con il limite di 50.000,00 euro per i lavori in amministrazione diretta.

L'acquisizione in economia di beni e servizi è ammessa in relazione all'oggetto e ai limiti di importo delle singole voci di spesa, che devono essere individuate preventivamente con provvedimento generale di ciascuna stazione appaltante, avuto riguardo alle proprie specifiche esigenze. È altresì consentito in caso di: a) risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel

termine previsto dal contratto; b) necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso, ivi non previste, se non sia possibile imporre l'esecuzione nell'ambito del contratto medesimo; c) prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente necessaria; d) urgenza, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale.

Le forniture e i servizi in economia sono ammessi per contratti di importo inferiore alla soglia comunitarie e dunque 211.000,00 euro (ridotti a 137.000,00, per gli appalti di forniture e servizi dei Ministeri).

Ovviamente per la verifica dei suddetti limiti di spesa non sono ammessi artificiosi frazionamenti delle prestazioni di beni, servizi, lavori, ivi comprese le prestazioni di manutenzione, periodica o non periodica.

CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI E PROMOTORE FINANZIARIO

di Mauro Giovannelli e Diletta Lastraioli

Concessione di lavori pubblici

Il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante il nuovo Codice sugli appalti (*rectius* Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) nasce, come noto, dalla delega contenuta nell'art. 25 della L. 18 aprile 2005, n. 62 (cd. legge comunitaria 2004), che ha affidato al governo italiano il compito di dare attuazione nell'ordinamento nazionale alle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE, rispettivamente sulle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali e, sull'altro versante, sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

La legge di delega non si è orientata verso l'innovazione della legislazione, perché anzi essa avrebbe dovuto limitarsi alla ricezione e al coordinamento delle norme vigenti.

È il nuovo Codice si è mantenuto sostanzialmente fedele al citato indirizzo, anche se qualche rinnovazione è stata inevitabilmente apportata, di cui anche di non scarso rilievo, come segnaleremo.

Le norme in commento riguardano gli importanti argomenti della concessione dei lavori pubblici - capo II, suddiviso a sua volta in quattro sezioni, concernenti, rispettivamente, le disposizioni generali (artt. 142-143), l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici (artt. 144-147), gli appalti di lavori affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici (art. 148) e quelli affidati dai concessionari che non sono ammini-

strazioni aggiudicatrici (artt. 149-151) - e del promotore finanziario e delle società di progetto - capo III, artt. 152-160.

Disposizioni generali

Non possiamo soffermarci più di tanto, in relazione ai limiti di questo lavoro di presentazione e commento delle norme di riferimento, sulla distinzione tra appalto di lavori e concessione di lavori nell'accezione che si è venuta a determinare per effetto dell'evoluzione della legislazione italiana, anche e prevalentemente sotto la spinta delle norme comunitarie.

Per accennare più da vicino alla concessione dei lavori, si deve precisare che essa attualmente è soltanto concessione di costruzione e gestione, mentre non può essere concessione di sola committenza o di sola costruzione.

Tali tipi di concessione erano vietati fin dalla legge Merloni, perché vietati dal diritto comunitario (si veda la L. 19 dicembre 1991, n. 406), in quanto le direttive stabilivano l'identità della concessione di soli lavori con gli appalti, quando il corrispettivo non fosse diverso dal pagamento del prezzo.

In fondo, a guardare il fenomeno dal punto di vista storico, la legislazione aveva fatto ricorso alla concessione in luogo dell'appalto al fine di conseguire l'obiettivo di accelerare l'esecuzione di opere pubbliche attraverso il meccanismo di delega privata di funzioni pubbliche, che vedeva i privati investiti di funzioni di stazioni ap-

paltanti e di funzioni di realizzazione dell'opera senza che poi essa fosse gestita dagli stessi privati.

La distinzione tra le due figure si incentra tutta sul concetto di rischio (1).

Il dato in rilievo non è, quindi, di carattere giuridico, ma di carattere finanziario.

Se l'amministrazione per acquistare beni e servizi sul mercato, cioè lavori, servizi e forniture paga un corrispettivo, siamo di fronte al contratto di appalto, perché - soprattutto nell'ottica comunitaria - sono appalti i contratti di acquisizione sul mercato di varie *utilitates*.

Dall'altra parte si trova contrapposto il contratto di concessione di servizi o di lavori, come quel contratto ove il rischio, cioè l'alea del mancato funzionamento contrattuale, ricade in tutto o in parte sul soggetto privato.

In questo senso si esprime chiaramente anche la direttiva oggetto di recepimento da parte del Codice in commento, laddove al n. 3 dell'art. 1 sottolinea come la concessione di lavori pubblici (e nello stesso senso si esprime il punto n. 4 circa la concessione di servizi) sia «un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo di lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

È così evidente che anche la concessione di esecuzione e gestione, come l'appalto di lavori e dei servizi, sia sottoposta ai principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, da individuarsi nella parità di trattamento, nella trasparenza (che equivale all'obbligo di adozione di procedure selettive paraconcorsuali), nonché nei principi di sussidiarietà e proporzionalità (soprattutto nell'organizzazione delle concessioni) e, infine, in quello del mutuo riconoscimento (nessun ostacolo alla libera prestazione di servizi o di mezzi o di persone consentita in altri ordinamenti).

Passando al commento degli articoli si rileva che le due norme espresse sotto la sezione I riguardano rispettivamente, l'ambito di applicazione e la disciplina applicabile alle concessioni di lavori pubblici, nonché le caratteristiche di tali concessioni.

La disciplina delineata dal Codice sulla scorta della direttiva 2004/18/CE intende riferirsi alla concessione di lavori pubblici e agli appalti di lavori affidati dal concessionario sopra la soglia comunitaria fissata dall'art. 28, lett. c), dello stesso Codice in euro 5.278.000.

Sotto la soglia e comunque fuori dal campo di applicazione del Codice, i contratti pubblici debbono comunque essere affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici secondo i principi richiamati dall'art. 27, che poi corrispondono al sistema delineato dall'ordinamento comunitario.

Tra le concessioni fuori dal campo di applicazione del Codice rientrano anche quelle concernenti i contratti segregati o che esigono particolari misure di sicurezza, i contratti aggiudicati sulla base di norme di diritto internazionale, i contratti finalizzati alla messa a disposizione

di reti pubbliche di telecomunicazione o di servizi di telecomunicazione ed infine i contratti rientranti nei cosiddetti settori speciali o ex esclusi (gas, energia, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica). L'art. 142 in esame sottolinea un'ultima distinzione per quanto concerne l'applicazione delle norme del Codice: mentre i concessionari di lavori pubblici, che sono anche amministrazioni aggiudicatrici, sono interamente soggetti alla disciplina codicistica quando si tratta di stipulare contratti di appalto di lavori pubblici, invece i concessionari, soggetti privati, che non siano cioè amministrazioni aggiudicatrici, sono sottoposti alle norme individuate nelle sezioni IV dello stesso capo (artt. 149-151) in materia di pubblicità, pubblicazione del bando e termini di ricezione delle candidature solo se il valore degli appalti affidati sia superiore alla soglia comunitaria.

Sotto la soglia non sono tenuti all'applicazione delle norme del Codice, come non lo sono se i contratti di appalto sono stipulati a favore di imprese che si sono raggruppate al fine di ottenere la concessione o a favore di imprese che sono con tali concessionarie private collegate o meglio soggette ad influenza dominante del concessionario per motivi attinenti alla proprietà, alla partecipazione finanziaria o alle norme che disciplinano l'impresa stessa.

L'art. 143, collocato sempre sotto la sezione I delle disposizioni generali, riproduce sostanzialmente gli artt. 19, commi 2, 2-bis, 2-ter, 2-quater e 3 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, nonché l'art. 87 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, con piccoli adeguamenti lessicali e con qualche modifica, alcuna anche di non insignificante rilievo.

La norma, quindi, ha la funzione di definire il contenuto della concessione di lavori pubblici che, di regola, comporta anche la progettazione definitiva ed esecutiva degli stessi, nonché - sostanzialmente - la loro esecuzione e la loro gestione funzionale ed economica.

Nondimeno, l'articolo in commento introduce una significativa deroga a detto principio, mutuandola dall'ultimo periodo del comma secondo dell'art. 19 della L. n. 109/1994.

Si prevede, infatti, che, ogniqualvolta la stazione appaltante disponga del progetto definitivo ed esecutivo ovvero del solo progetto definitivo, l'oggetto della concessione quanto alle prestazioni progettuali possa essere circoscritto al completamento della progettazione ovvero alla revisione della medesima da parte del concessionario.

La controprestazione consiste normalmente nel solo diritto del concessionario di gestire l'opera secondo la sua

Nota:

(1) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6368, in *Dir. e Giust.*, 2006, f. 1, 96; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 9 luglio 2004, n. 1507, in *Foro Amm.* TAR, 2004, 2372; Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634, in *Foro Amm.* CdS, 2002, 1309.

funzione e di sfruttare economicamente quanto è stato realizzato.

Tuttavia l'amministrazione può stabilire in sede di gara un corrispettivo in denaro costituito anche dalla proprietà o dal godimento di beni immobili di cui essa abbia la disponibilità sia per l'ipotesi che al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli della remunerazione degli investimenti fatti o all'ordinario utile di impresa o ancora quando sia necessario assicurare al concessionario l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.

Anche la durata delle concessione, che di norma non può superare il termine di trent'anni, può essere fissata in un periodo più lungo, sempre al fine di assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento del concessionario.

I presupposti e le condizioni per mantenere l'equilibrio economico finanziario degli investimenti e della gestione del concessionario vanno individuati nelle premesse del contratto di concessione e ne debbono costituire parte integrante.

Se nel corso di durata del contratto si verificano modifiche da parte delle stazioni appaltanti ai presupposti e alle condizioni suddette oppure se tali modifiche avvengono per il sopravvenire di interventi normativi che stabiliscono nuove tariffe o nuove condizioni per l'esercizio dell'attività affidata, esse debbono essere riviste a favore di una parte o dell'altra al fine di stabilire nuove condizioni di equilibrio.

Si richiama, poi, nella norma in esame il principio già espresso nell'art. 19, comma 2-ter della legge Merloni e precisamente ora nell'art. 14-*quinquies* della L. 7 agosto 1990, n. 241, come introdotto dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, secondo cui alla conferenza dei servizi che approva i prospetti che interessano l'opera da assumere in concessione partecipa anche il concessionario, sia pure senza diritto di voto.

Affidamento delle concessioni di lavori

L'art. 144, disposizione introduttiva della sezione II, inserisce nell'ordinamento interno significative innovazioni, consentendo, nel complesso, di superare le limitazioni imposte dagli artt. 20 della L. 11 febbraio 1994, n. 109 e 84 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, che, ai fini dell'affidamento delle concessioni di lavori pubblici, allo stato consentono di utilizzare esclusivamente il metodo della licitazione privata.

La suindicata norma, infatti, nel recepire l'art. 58 della direttiva 2004/18/CE, stabilisce che le concessioni di lavori pubblici debbano essere affidate mediante procedura aperta o ristretta e previa pubblicazione di un bando, all'interno del quale le amministrazioni aggiudicatrici dovranno rendere nota la propria intenzione di affidare l'esecuzione di un lavoro pubblico unitamente al diritto di gestire successivamente l'opera.

Si prevede, quindi, che la pubblicazione del bando debba avvenire nel rispetto delle modalità fissate dall'art. 66 del Codice.

Siffatta disposizione, inoltre, ritenendo incompatibile il criterio del prezzo più basso con la complessità propria della concessione di lavori pubblici, individua quale unico criterio di aggiudicazione utilizzabile quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, confermando così un principio già enunciato nell'ordinamento interno all'art. 21 della L. n. 109/1994.

Conformandosi alla disciplina comunitaria dettata dall'art. 59 della direttiva 2004/18/CE, il successivo art. 145 statuisce che nelle concessioni di lavori pubblici il termine per la presentazione della domanda di partecipazione non possa essere inferiore a cinquantadue giorni dalla data di spedizione del bando, salvo che questo sia trasmesso in via elettronica, potendo in tale ipotesi il suddetto termine essere ridotto di sette giorni.

Tale norma, pertanto, ha l'effetto di determinare la caducazione dell'art. 84, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999.

Non sono, invece, introdotte innovazioni di rilievo in materia di subappalto, disciplinata dall'art. 146 del Codice.

La suindicata norma, infatti, si limita a recepire l'art. 60 della direttiva 2004/18/CE, essenzialmente conforme all'art. 3, comma 2, della precedente direttiva 93/37/CE, a sua volta già recepita nell'ordinamento italiano all'art. 2, comma 3, della L. n. 109/1994.

L'art. 146, in particolare, prevede che la stazione appaltante possa, alternativamente, imporre al concessionario di affidare a terzi una quota dei lavori corrispondente ad una percentuale non inferiore al 30% del valore globale dei lavori oggetto della concessione - salva la facoltà per i candidati di aumentare tale percentuale - ovvero invitare i candidati a dichiarare nelle proprie offerte la percentuale, ove sussista, del valore globale dei lavori oggetto della concessione che intendono appaltare a terzi.

Tale previsione risulta essenzialmente dettata da esigenze di carattere pratico finalizzate ad agevolare il concessionario di lavori pubblici, consentendogli, pur senza snaturare l'istituto della concessione, di esternalizzare in parte la propria attività acquisendo sul mercato prestazioni, servizi e forniture, sempre - s'intende - a suo esclusivo rischio.

Il successivo art. 147 riproduce fedelmente l'art. 61 della direttiva 2004/18/CE introducendo una deroga alla rigida applicazione del principio dell'evidenza pubblica con specifico riferimento ai cd. «lavori complementari», ovvero a quei lavori che non figurano nel progetto inizialmente previsto dalla concessione né nel contratto iniziale ma che sono divenuti necessari per l'esecuzione dell'opera a seguito di una circostanza impreveduta.

La norma - peraltro già recepita nell'ordinamento interno dall'art. 2, comma 3, ultimo periodo, della L. n. 109/1994 - discostandosi da un preesistente orientamento giurisprudenziale che vieta alle amministrazioni appaltanti di rinegoziare con il soggetto prescelto come

contraente le condizioni di esecuzione dei contratti aggiudicati in esito a procedure concorsuali (2) - orientamento fatto proprio anche dallo stesso Governo italiano (3) - consente di affidare al concessionario in via diretta e senza l'osservanza delle procedure ad evidenza pubblica gli eventuali lavori complementari resisi necessari ogniqualvolta essi non risultino tecnicamente o economicamente separabili dall'appalto iniziale senza gravi inconvenienti ovvero quando, quantunque scorporabili dall'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento (4).

Appalti di lavori affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici e dai concessionari che non lo sono

Le successive sezioni III e IV disciplinano, rispettivamente, gli appalti di lavori affidati dai concessionari che sono anche amministrazioni aggiudicatrici e da quelli che non lo sono.

La sopraindicata distinzione, in sostanza, si fonda sul possesso o meno in capo al concessionario dei requisiti propri degli organismi di diritto pubblico.

All'art. 148, in particolare, si prevede che i concessionari che siano anche organismi di diritto pubblico debbano considerarsi, in relazione ai lavori eseguiti da terzi e limitatamente agli appalti che eccedono la soglia comunitaria, pienamente soggetti ai principi di trasparenza e parità di trattamento, traducendosi nell'obbligo di esperire procedure selettive per la scelta del contraente.

Si tratta, peraltro, di una disposizione già presente all'art. 3, comma 3, della precedente direttiva 1993/37/CE e successivamente recepita nell'ordinamento interno dall'art. 2 della L. n. 109/1994.

Il successivo art. 149 del Codice, invece, dedicato ai concessionari non qualificabili come organismi di diritto pubblico, prescrive, conformemente all'art. 63 della direttiva 2004/18/CE, che in relazione agli appalti affidati a terzi di valore superiore alla soglia comunitaria i principi dell'evidenza pubblica debbano ugualmente trovare applicazione, ma in forma più attenuata.

In particolare, è stabilito che debbano essere comunque rispettate le modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di cui all'art. 66, ad evidente salvaguardia della *par condicio* verso i soggetti terzi.

I bandi così pubblicati dovranno, quindi, contenere gli elementi e le informazioni previsti dal Codice, nonché ogni altro dato ritenuto utile dall'amministrazione aggiudicatrice e dovranno essere redatti secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione in conformità alla procedura di cui all'art. 77, par. 2, direttiva 2004/18/CE (art. 150).

Tale previsione offre lo spunto per cogliere una significativa differenza fra la concessione di lavori pubblici e l'appalto.

Infatti, mentre l'appaltatore che non è organismo di diritto pubblico è libero di affidare a terzi parte dei lavori, il concessionario, invece, non può comunque prescindere

dal rispetto dei principi fondamentali che presidiano le procedure ad evidenza pubblica, quali la garanzia della concorrenza e il *favor participationis* (5).

Nondimeno, la disposizione in commento contempla due significative eccezioni al sopraindicato principio.

Innanzitutto, infatti, il comma 2 dell'art. 149 prevede che i concessionari che non siano amministrazioni aggiudicatrici non sono tenuti alla previa pubblicazione del bando di gara ogniqualvolta sussistano le condizioni legittimanti il ricorso alla trattativa privata di cui all'art. 57 del Codice (ovvero, sinteticamente, qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura; qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica o attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato nella misura strettamente necessaria; ovvero, infine, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non sia compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara).

In secondo luogo, il comma 3 stabilisce che ai fini dell'applicabilità delle garanzie dell'evidenza pubblica non debbano essere considerati terzi le imprese raggruppatesi o consorziate per ottenere la concessione né le imprese ad esse collegate.

Allo stesso modo non si considerano terzi i soci delle società di progetto costituite dal concessionario ai sensi dell'art. 156 ove, infatti, si afferma che i lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società di progetto devono intendersi realizzati e prestati in proprio anche laddove siano direttamente affidati dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari.

Al fine di delimitare l'ambito di applicazione dell'art. 149, i commi successivi offrono la nozione di «impresa

Note

(2) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Foro Amm. CdS*, 2003, I, 145, con nota di S. Varone, *La rinegoziazione del contratto successiva all'aggiudicazione fra capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni, patologie negoziali e questioni di riparo di giurisdizione*; Cons. Stato, comm. speciale, 12 ottobre 2001, n. 1084, in *Cons. Stato*, 2002, I, 225.

(3) Cfr. Circ. Presidenza del Consiglio, 15 novembre 2001, in *G.U.R.L.*, 10 gennaio 2002.

(4) Sul punto, si veda T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 2 novembre 2004, n. 5575, in questa *Rivista*, 2005, 468 ss., con nota di M. Giovannelli, *Concessione di costruzione di infrastrutture strategiche senza gara e risarcimento del danno*; Cons. Stato, sez. IV, 10 gennaio 2006, n. 27, in questa *Rivista*, 2006, 572 ss., con nota di M. Giovannelli, *Costruzione e gestione di opere strategiche autostradali: il Consiglio di Stato si pronuncia sulla prevalenza dell'obbligo della gara*.

(5) Per un maggiore approfondimento sul punto, si veda G. Montedoro, *Le concessioni di lavori*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, R. Garofoli - M.A. Sandulli (a cura di), Milano, 2005, 843 ss.

collegata» - espressione peraltro già richiamata, seppure al precipuo fine di individuare i soggetti ammessi alle procedure di affidamento di lavori pubblici, dall'art. 10, comma 1-ter della L. n. 109/1994, ove, peraltro, è semplicemente fatto rinvio all'art. 2359 c.c. -, definendola come quell'impresa che può esercitare un'influenza dominante sul concessionario ovvero sulla quale il concessionario può esercitare, sia direttamente che indirettamente, un'influenza dominante o ancora come quell'impresa soggetta assieme al concessionario all'influenza dominante di un'altra impresa per motivi attinenti alla proprietà, alla partecipazione finanziaria o alle norme che ne disciplinano la gestione.

A completamento di tale definizione, quindi, la norma elenca una serie di ipotesi in presenza delle quali si presume la sussistenza di una fattispecie di cd. «influenza dominante».

Ivi, in particolare, è fatto specifico riferimento al caso in cui un'impresa detenga la maggioranza del capitale sottoscritto di un'altra impresa, disponga della maggioranza dei voti connessi alle partecipazioni al capitale della stessa ovvero, infine, possa designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, direzione o vigilanza dell'altra.

L'art. 151 del Codice, infine, conformemente all'art. 65 della direttiva 2004/18/CE, fissa i termini per la ricezione delle candidature e delle offerte negli appalti aggiudicati dai concessionari che non siano amministrazioni aggiudicatrici, stabilendo che il primo debba essere non inferiore a trentasette giorni dalla data di spedizione del bando e il secondo non inferiore a quaranta giorni dalla data della spedizione del bando (nelle procedure aperte) ovvero dell'invito a presentare un'offerta (nelle procedure ristrette e negoziate).

Promotore finanziario e società di progetto

Gli articoli del Codice in commento dedicati al promotore finanziario e alle società di progetto non introducono nell'ordinamento interno sostanziali innovazioni, riproducendo in forma pressoché fedele la disciplina allo stato contenuta negli artt. 37-bis - 37-nonies della L. n. 109/1994, che, pertanto, a decorrere dall'entrata in vigore del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, dovranno ritenersi abrogati.

La contiguità della disciplina del *project financing* con quella delle concessioni di lavori pubblici è senz'altro giustificata dalla idoneità di ambedue gli istituti a consentire la realizzazione di opere pubbliche con il prevalente concorso di capitali privati.

A ben vedere, tuttavia, il *project financing* presenta una peculiarità, laddove si consideri che l'attività di impulso alla realizzazione dell'opera, e quindi anche la valutazione in ordine alla sua autofinanziabilità, compete non già alla stazione appaltante, bensì ad un soggetto privato, per l'appunto il cd. promotore di opere pubbliche.

La predisposizione dei progetti preliminari e del piano finanziario è, infatti, lasciata all'iniziativa del promotore,

gravando su quest'ultimo il compito di valutare i costi, i tempi di realizzazione, le forme di finanziamento, la redditività attesa dalla gestione imprenditoriale e le garanzie finanziarie dell'opera.

Tale proposta, se ritenuta di pubblico interesse dalla stazione appaltante, diverrà poi la base della successiva procedura di aggiudicazione della concessione di esecuzione e gestione dell'opera.

Ne deriva perciò un sistema in cui - attesa la tendenziale coincidenza del promotore con l'esecutore e gestore dell'opera - il finanziatore ha la possibilità di considerare, sin dalla fase della progettazione, il flusso di cassa e gli utili potenzialmente derivanti dalla gestione dell'opera e quindi di valutare l'idoneità degli stessi a compensare i flussi negativi derivanti dai prestiti ottenuti per la realizzazione dell'opera.

L'art. 152, norma introduttiva del capo III, individua, a scopo eminentemente chiarificatorio, l'ambito di applicazione del *project financing* e le norme generali del Codice ad esso applicabili in aggiunta, s'intende, a quelle specificamente dettate per tale istituto.

Il successivo art. 153, corrispondente all'attuale art. 37-bis della Legge Merloni, reca la disciplina del cd. «promotore di opere pubbliche».

Questi è il soggetto privato in possesso di determinati requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, titolato a presentare alle amministrazioni le proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità inclusi - o da includere - nel programma triennale di cui all'art. 128 del Codice, ovvero nel suo aggiornamento annuale.

Dall'iniziativa del promotore dipende, dunque, l'avvio della complessa procedura finalizzata alla realizzazione dell'opera.

L'offerta deve contenere uno studio di inquadramento territoriale ed ambientale; un progetto preliminare; una bozza di convenzione; la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione; l'indicazione dei soggetti finanziatori e delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione; nonché un piano economico-finanziario asseverato da istituti di credito.

Il piano economico finanziario costituisce, in particolare, l'asse portante del *project financing*, dal momento che è proprio sulla base di tale documento che è possibile valutare il grado di affidabilità finanziaria e quindi di riuscita del progetto medesimo (6).

Nella proposta deve altresì essere indicato il costo sostenuto dal promotore per predisporla, costo che non può superare il 2,5 % del valore dell'investimento.

Nondimeno, l'art. 153 ammette la possibilità che anche l'ente pubblico partecipi al finanziamento del *project financing*, essendo previsto che la realizzazione di opere e

Nota:

(6) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2002, n. 3916, in *Foro Amm. CdS*, 2002, 1726.

servizi debba avvenire «con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi».

Tale deviazione rispetto al modello astratto del *project financing* - secondo il quale è fondamentale che l'iniziativa sia idonea, di per sé, ad autofinanziarsi - si giustifica con la considerazione che molto spesso, nella realizzazione di infrastrutture pubbliche, il concorso di capitale pubblico è l'unica via per garantire che il rendimento del capitale investito nell'iniziativa sia maggiore del suo costo.

Entro 15 giorni dalla ricezione della proposta le amministrazioni debbono inoltre provvedere alla nomina e comunicazione al promotore del responsabile del procedimento, nonché alla verifica della completezza dei documenti presentati e ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione.

In merito a tale ultima eventualità, va rilevato come l'amministrazione sia tenuta ad avanzare la richiesta di integrazione documentale solo a fronte di lacune e carenze progettuali di limitata entità.

In caso contrario, ove cioè la proposta risulti priva dei contenuti minimi per poter essere qualificata tale, essa sarà radicalmente inammissibile e dunque insuscettibile di integrazione alcuna.

Del resto, in presenza di più aspiranti per il medesimo intervento, una richiesta siffatta si tradurrebbe non già in una integrazione documentale, ma in un'inammissibile integrazione della proposta stessa nei suoi elementi essenziali e costitutivi, che si avrebbe ad intervenuta conoscenza delle proposte formulate dai restanti soggetti che hanno risposto all'invito (7).

Nella successiva fase di valutazione, disciplinata dall'art. 154, le amministrazioni sono tenute a stimare la fattibilità delle proposte ricevute sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento del costo di gestione e di manutenzione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, della tariffe da applicare e della metodologia della determinazione, del valore economico e finanziario dei piani e del contenuto della bozza di convenzione.

Una volta verificata l'insussistenza di elementi preclusivi alla realizzazione della proposta, l'amministrazione individua, anche attraverso un confronto comparativo e previa audizione dei promotori che ne facciano richiesta, le proposte ritenute di pubblico interesse.

Siffatta pronuncia dell'amministrazione giudicatrice deve di regola intervenire entro il termine di 4 mesi dalla ricezione della proposta a meno che, ove necessario, il responsabile del procedimento concordi con il promotore dei tempi più lunghi.

Esaurita la fase dell'individuazione delle proposte ritenute di pubblico interesse si apre la fase negoziale, che ha ad oggetto l'affidamento della concessione, comprensiva della progettazione definitiva, della progettazione esecu-

tiva, dell'esecuzione e della gestione delle opere oggetto di proposta.

Ai sensi dell'art. 155, il sistema di scelta si articola in due subprocedimenti.

In una prima fase viene bandita una gara pubblica, mediante appalto concorso o licitazione privata, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del progetto preliminare - eventualmente modificato alla luce delle determinazioni della stessa amministrazione - e del piano economico finanziario presentato dal promotore.

Poiché la proposta del promotore è stata ormai fatta propria dall'amministrazione a seguito del procedimento di valutazione, è da ritenere che nell'ambito della gara le offerte possano contenere soltanto delle varianti per quanto concerne l'organizzazione della gestione in funzione del contenimento dei costi e, quindi, delle tariffe per il pubblico, allo scopo di proporsi come «economicamente più vantaggiose».

La gara si conclude con l'individuazione delle due migliori offerte.

Si giunge così alla seconda fase, ove l'amministrazione avvia una procedura negoziata tra i due migliori offerenti ed il promotore, al termine della quale viene aggiudicata la concessione.

Qualora abbia partecipato un solo concorrente, è previsto che la procedura negoziata si svolga fra esso e il promotore.

All'interno di tale fase è da ritenersi che l'amministrazione possa aprire una sorta di trattativa multilaterale non proceduralizzata, nell'ambito della quale ciascuno dei partecipanti può variare la propria offerta.

Nondimeno, l'ultimo periodo dell'art. 154 introduce un vero e proprio «diritto di prelazione» a favore del soggetto promotore riconoscendo a questi, nell'ambito della procedura negoziata, la possibilità di adeguare la propria proposta a quella ritenuta dall'amministrazione più conveniente, risultando così aggiudicatario della concessione.

Siffatta previsione si dimostra, pertanto, assai insidiosa perché idonea a compromettere i principi di derivazione comunitaria di *par condicio* e concorrenza fra i partecipanti alla gara alla cui salvaguardia è, invece, certamente improntato il sistema introdotto dall'art. 155 del Codice.

Laddove la gara vada deserta, l'amministrazione è obbligata a procedere all'affidamento della concessione in favore del soggetto promotore, il quale peraltro rimane vincolato alla propria offerta.

Al fine di agevolare il finanziamento privato, l'art. 156 del Codice prevede che l'impresa o le imprese associate aggiudicatrici della concessione per la realizzazione e gestione di una infrastruttura o di un servizio di pubblica

Nota:

(7) T.A.R. Campania, sez. I, 14 gennaio 2004, n. 914, in TAR, I, 2, 2004, 1177.

utilità possano costituire dopo l'aggiudicazione una società di progetto, in forma di società per azioni o a responsabilità limitata.

La costituzione della società può anche essere prevista come obbligatoria nel bando di gara.

Sia nel caso di costituzione volontaria che di costituzione obbligatoria il bando deve indicare il capitale minimo della costituenda società.

La società così costituita, senza necessità di alcuna autorizzazione o approvazione, diviene concessionaria a titolo originario subentrando all'originario aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione.

Per effetto di detto subentro - che peraltro non costituisce cessione del contratto - i soci, in caso di versamento di un prezzo in corso d'opera, divengono personalmente e solidalmente responsabili con la società per l'eventuale rimborso di quanto percepito, salvo il caso in cui la società fornisca garanzie bancarie od assicurative per la restituzione.

Si prevede altresì che il contratto di concessione debba prevedere le modalità da seguire 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 continuano a partecipare alla società ed a fornire le garanzie dell'adempimento degli obblighi del concessionario fino al momento dell'emissione del certificato di collaudo dell'opera.

Infine, è stabilito che 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 formare i requisiti per la qualificazione possa avvenire in qualunque momento.

In base al successivo art. 157 la società di progetto può emettere, previa autorizzazione degli organi di vigilanza, obbligazioni, nominative o al portatore, anche in deroga ai limiti di cui all'art. 2412 c.c., purché garantite *pro quota* mediante ipoteca.

In particolare, la facoltà di emettere obbligazioni è consentita, in deroga al Codice civile, anche alle società di progetto costituite in forma di s.r.l., in quanto l'amministrazione può imporre un capitale minimo in grado di garantire gli obbligazionisti.

Ai sensi dell'art. 160, i crediti dei soggetti che finanziano la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi hanno privilegio generale sui beni mobili del concessionario ex artt. 2745 ss. c.c.

Infine, a chiusura della procedura speciale delineata per la realizzazione delle opere in regime di *project financing*, gli artt. 158 e 159 del Codice dettano una particolare disciplina della risoluzione, della revoca e dell'inadempimento del concessionario.

Si prevede, infatti, che nel caso di risoluzione per inadempimento del concedente o di revoca della concessione per motivi di pubblico interesse, il concessionario abbia diritto:

a) al rimborso del valore delle opere, nonché degli oneri

accessori oppure, se l'opera non è stata collaudata, dei costi fino a quel momento sostenuti;

b) al rimborso delle penali e degli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione;

c) ad un indennizzo pari al 10 % del valore delle opere ancora da eseguire o del servizio ancora da gestire, valutato sulla base del piano economico finanziario.

Le somme rimborsate sono vincolate a soddisfare prioritariamente i crediti dei finanziatori del progetto e rimangono, pertanto, indisponibili per il concessionario sino a quando i crediti non siano soddisfatti.

Il pagamento del rimborso e dell'indennizzo costituisce condizione di efficacia della revoca disposta dal concedente.

Nel caso in cui, invece, sia l'inadempimento del concessionario a provocare la risoluzione del rapporto concessorio, l'art. 159 prevede che gli enti finanziatori del progetto possano impedire la risoluzione designando, entro 90 giorni dalla comunicazione da parte del concedente della volontà di risolvere il rapporto, un'altra società che subentri nella concessione al posto del concessionario, purché in possesso di caratteristiche tecniche e finanziarie equivalenti a quelle del concessionario originario.

L'inadempimento deve comunque cessare entro 180 giorni dalla comunicazione, da parte del concedente, della volontà di risolvere il rapporto.

In quest'ultimo caso, a differenza della fattispecie delineata dall'art. 156, la necessità di accettazione da parte dell'amministrazione concedente parrebbe rendere la fattispecie riconducibile all'istituto della cessione di contratto.