

**LA NATURA GIURIDICA DELLE PROCEDURE DI
PROJECT FINANCING DOPO IL TERZO DECRETO CORRETTIVO
AL CODICE DEGLI APPALTI**

di

Raffaele Greco

(Consigliere di Stato)

1. Premessa.

Il recente decreto legislativo 11 settembre 2008, nr. 152,¹ nel portare avanti – come evidenziato nella Relazione illustrativa che lo accompagna² – quella generale opera di revisione e riordino della disciplina di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163 (c.d. Codice dei contratti pubblici), che era già prevista, ai sensi dell'art. 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62, come da compiersi entro il primo biennio dall'entrata in vigore del Codice medesimo, ha profondamente modificato, tra l'altro, **la normativa in materia di affidamento delle concessioni di lavori pubblici mediante finanza di progetto (project financing).**³ Può anzi dirsi che questa costituisca una delle più rilevanti innovazioni del “terzo correttivo”, imposta non solo dall'obbligo di adeguare la normativa interna ai rilievi mossi dalla Commissione europea con la lettera di messa in mora del 30 gennaio 2008 (nr. 2007/2329), preannunciante una possibile procedura d'infrazione, ma anche dalla necessità di venire incontro alle critiche che dal mondo delle imprese e degli operatori economici si

¹ Recante *Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62*, in *Gazz. Uff.*, 2 ottobre 2008, nr. 231.

² Cfr. *Relazione illustrativa* allo Schema di decreto legislativo, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

³ Tra i primi commenti alle innovazioni in tema di finanza di progetto, cfr. O. FORLENZA, *Project financing, un sistema più complesso*, in *Guida al diritto dossier mensile*, nr. 9/2008, 111 ss.; R. DE NICTOLIS, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e appalti*, 2008, 11, 1225 ss.; M. RICCHI, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urb. e appalti*, 2008, 12, 1375 ss.; A. COLETTA, *Finanza di progetto e terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it (30 settembre 2008); M. COLLEVECCHIO, *Prime riflessioni sulle modifiche della finanza di progetto inserite nel “correttivo 3”*, Convegno IGI 30 settembre 2008. V. anche G. GRASSO, *Commento all'art. 153*, in *Codice degli appalti pubblici e nuovo regolamento SOA*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, III^a ediz., 2009.

erano spesso levate nei confronti dell'assetto previgente, considerato eccessivamente farraginoso e scarsamente idoneo a incentivare l'opera di chi intendesse assumere il ruolo di "promotore" e, quindi, investire le proprie risorse economiche per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, con una ragionevole aspettativa di "ritorno" imprenditoriale.⁴

Indubbiamente, sarà soprattutto la prassi applicativa a chiarire se le novità da ultimo introdotte abbiano effettivamente realizzato l'obiettivo di rilanciare l'istituto, e con esso le forme di partenariato pubblico-privato per la realizzazione di grandi infrastrutture: è questa, come è noto, la ratio sottostante la nascita del *project financing* come operazione finanziaria, a capitale totalmente o prevalentemente privato, diretta a far eseguire la progettazione, la costruzione e la gestione di dette infrastrutture da parte di un'impresa (la società di progetto) creata *ad hoc* e giuridicamente autonoma; ciò anche al fine di agevolare il soddisfacimento di bisogni della collettività che la p.a. abbia assunto come prioritari, e che tuttavia sia difficile realizzare con l'impiego di capitale interamente pubblico, laddove invece l'operatore privato può essere adeguatamente "stimolato" a concorrere all'investimento, potendo poi remunerarsi almeno in parte attraverso la gestione dell'opera.⁵

Tuttavia, una prima risposta alla domanda se il legislatore sia riuscito nell'intento di restituire efficienza e funzionalità all'istituto *de quo* può forse essere azzardata sulla base dell'analisi delle profonde ricadute che le novità procedurali introdotte dal d.lgs. nr. 152/2008 - con l'integrale riscrittura dell'art. 153 del Codice che, assieme all'abrogazione degli artt. 154 e 155, ha completamente ridefinito l'iter procedimentale del *project financing*, delineando più schemi di procedimento unitari, esplicitamente individuati come modalità di affidamento delle concessioni di lavori pubblici o di pubblica utilità alternative a quella "ordinaria" disciplinata dall'art. 143 - hanno avuto non solo sulla struttura, ma sulla stessa natura giuridica della finanza di progetto. Una tale analisi deve concentrarsi primariamente sulla figura del promotore, attorno alla quale nel quadro normativo previgente si è addensato il maggior numero di problematiche teoriche e applicative, e che con tutta evidenza resta cruciale anche nell'assetto successivo al terzo decreto correttivo.

2. La fase di scelta del promotore nell'assetto anteriore al terzo decreto correttivo.

⁴ Cfr. A. COLETTA, *op. cit.*, 9.

⁵ Sul partenariato pubblico-privato, in generale, cfr. A. MASSERA, *Il Partenariato Pubblico-Privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Il Partenariato Pubblico-Privato*, a cura di M.P. Chiti, Bologna, 2005. Più specificamente, sui profili economici e giuridici del *project financing*, con riferimento alla normativa anteriore al terzo decreto correttivo, cfr. tra gli altri C.E. GALLO, *La finanza di progetto*, in AA.VV., *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Padova, 2001; F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Il project financing*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, a cura di F. Caringella e G. De Marzo, Milano, 2003; G. DE MARZO – M. BALDI, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2004; AA.VV., *La finanza di progetto con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, a cura di E. Picozza, Torino, 2005; AA.VV., *Finanza di progetto*, a cura di G. Morbidelli, Torino, 2004; AA.VV., *Project financing e opere pubbliche*, a cura di G.F. Ferrari e F. Fracchia, Milano, 2004; S. SAMBRI, *Project financing, la finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, Padova, 2006.

Già sotto il vigore della disciplina di cui agli artt. 37-*bis* e seguenti della legge 11 febbraio 1994, nr. 109 (c.d. legge Merloni), e sue successive modificazioni, e quindi subito dopo l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici (i cui artt. 152 e seguenti, nella loro formulazione originaria, sostanzialmente riproducevano la normativa precedente), dottrina e giurisprudenza si erano affaticate sulla questione della qualificazione giuridica del *project financing*, distinguendosi tra chi vedeva in esso un procedimento unitario, ancorché complesso in quanto risultante dalla giustapposizione di più moduli negoziali e procedurali diversi,⁶ e chi invece preferiva ritenere trattarsi di più procedimenti distinti, unificati solo teleologicamente in quanto tendenti all'affidamento della concessione con modalità più o meno trasparenti e concorrenziali.⁷

Quanto poi alla specifica fase dell'individuazione del promotore, i problemi maggiori nascevano dal contrasto tra l'amplissima discrezionalità che la legge attribuiva all'Amministrazione nella valutazione della fattibilità e dell'interesse pubblico delle proposte e la "procedimentalizzazione" che, a mente della stessa disciplina, caratterizzava le operazioni di selezione (le quali, infatti, dovevano essere precedute da un **avviso pubblico** indicativo relative alle **opere inserite nella programmazione triennale**, e condotte secondo moduli e sulla base di criteri predefiniti dall'art. 154 del Codice); di tal che la giurisprudenza, pur ribadendo l'estraneità di tale procedura al campo dell'evidenza pubblica, non escludeva tuttavia che le valutazioni in essa condotte dall'Amministrazione potessero essere oggetto di sindacato giurisdizionale in punto di legittimità.⁸

Nella disciplina odierna, appaiono innanzi tutto svalutate le questioni in ordine alla natura unitaria o plurima della procedura di *project financing*, essendo ormai evidente che l'attenzione del legislatore è rivolta più al **conseguimento di un obiettivo economico** che non alla delineazione di astratte fattispecie giuridiche;⁹ ciò appare evidente dalla stessa rubrica del novellato art. 153, che concentra l'attenzione non più sulla figura del promotore finanziario (come in precedenza), ma sulla "**finanza di progetto**" intesa nel senso appena precisato.¹⁰

Anche le problematiche cui si è accennato in ordine alla natura giuridica della scelta del promotore e alla sua sindacabilità in sede giurisdizionale potrebbero essere, se non superate, quanto meno fortemente ridimensionate dalla nuova disciplina: infatti, gli schemi procedurali delineati dal novellato art. 154 sono caratterizzati da una tendenziale compenetrazione tra tale fase e quella successiva, destinata a culminare nell'affidamento della concessione. Più precisamente, pur rimanendo netta la distinzione concettuale tra la figura e il **ruolo del promotore** e quello degli altri

6 Tale tesi trovasi affermata in AA.VV., E. PICOZZA, *La finanza di progetto (project financing) con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, cit., 15. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2005, nr.142, in *Foro amm. CdS*, 2005, 1, 115; Id. 20 ottobre 2004, nr. 6847, in *Foro amm. CdS*, 2004, 2889.

7 I due approcci segnalati nel testo comportavano conseguenze visibilmente differenti, ad esempio quanto al profilo dell'immediata lesività degli atti e della loro impugnabilità: cfr. G. GRASSO, *op. cit.*

8 Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, nr. 6287, in *Foro amm. CdS*, 2005, 11, 3292.

9 Cfr. R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 1231, secondo cui l'espressione "*project financing*" individua non una procedura di affidamento, ma un risultato raggiungibile con molteplici strumenti procedurali.

10 Cfr. O. FORLENZA, *op. cit.*, 112.

partecipanti alla gara, l'affidamento non sempre e non necessariamente consegue a una duplice procedura, ben potendo le due fasi essere unificate, o mancare del tutto la seconda di esse; inoltre, quanto meno con riguardo alle procedure di *project financing* a iniziativa pubblica, la scelta del legislatore è stata nel senso di inquadrare *in toto* nello schema dell'evidenza pubblica anche la selezione del promotore finanziario.

In estrema sintesi, sulla scorta dell'attuale art. 153 del Codice, sono individuabili tre diverse procedure di affidamento mediante *project financing*, le quali si affiancano all'ordinaria procedura di affidamento della concessione ex art. 143;11 di esse le prime due sono a iniziativa dell'amministrazione, mentre la terza è a iniziativa privata, e il loro tratto comune consiste nel fatto che, mentre la modalità "ordinaria" di affidamento è caratterizzata dal confronto di proposte redatte dagli operatori economici concorrenti in variante rispetto al progetto preliminare predisposto dalla stessa amministrazione, in questi casi molto più ampio è lo spazio entro cui possono muoversi le "proposte" degli aspiranti promotori, atteso che l'amministrazione si limita a predisporre, in sede di programmazione delle opere pubbliche ex art. 128 del Codice, uno "studio di fattibilità" entro cui spetterà alle imprese definire il quadro progettuale dell'intervento. A queste tre procedure si affianca, poi, la possibilità, per gli operatori economici in possesso dei requisiti per assumere il ruolo di promotore, di formulare proposte anche in relazione a interventi che non siano già inseriti nella programmazione. Tale previsione accoglie le critiche di una parte rilevante della dottrina, la quale aveva osservato come il vincolo della programmazione triennale, con la conseguente impossibilità per gli operatori economici di proporre la realizzazione di opere non ricomprese in essa, se da un lato era evidentemente finalizzato a scongiurare il pericolo di realizzazione di opere inutili o estranee alle linee programmatiche assunte dalla p.a. per il soddisfacimento dei bisogni della collettività, rischiava tuttavia di frustrare la *ratio* stessa della finanza di progetto come modalità di realizzazione di opere pubbliche "a iniziativa privata".¹² Lo stesso tentativo di introdurre un criterio di maggiore "flessibilità" nella programmazione attraverso la previsione - introdotta dalla legge 1 agosto 2002, nr. 166, e trasfusa nell'ultima parte del primo comma del previgente art. 153 - della facoltà di "soggetti pubblici e privati" (e, quindi, in teoria anche di singoli cittadini) di presentare proposte di interventi pubblici da inserire nella programmazione ex art. 128, si era risolto nella previsione di un mero apporto collaborativo che comportava bensì la possibilità d'inserimento dell'opera nel programma triennale, ma espressamente non poneva a carico dell'amministrazione alcun obbligo di esame e realizzazione.¹³

Oggi, a seguito della novella attuata col terzo correttivo, il comma 19 dell'art. 153 contempla espressamente non solo la facoltà di presentazione di proposte, "a mezzo di studi di fattibilità", per lavori pubblici o di pubblica utilità non presenti nella programmazione dell'amministrazione, ma anche il dovere di quest'ultima di "valutare" tali proposte entro sei mesi dal loro ricevimento, con facoltà di far propri gli studi di fattibilità che ritenga di pubblico interesse; in tale ultimo caso, si darà avvio a una delle procedure di *project financing* disciplinate dallo stesso art. 153.

11 Cfr. A. COLETTA, *op. cit.*, 13 ss.

12 Cfr. E. MELE, in AA.VV., *La disciplina dei contratti pubblici*, a cura di G. Baldi e R. Tomei, Milano, 2007, 1270; M. ZOPPOLATO, in AA.VV., *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-querter)*, Milano, 2003, 973 ss.

13 Cfr. R. DIPACE, *La disciplina della finanza di progetto nel collegato infrastrutture*, in AA.VV., *Gli appalti di opere*, a cura di G. Montedoro e R. Dipace, Milano, 2003, 118 ss.

3. Le procedure di project financing nell'assetto attuale.

Venendo alle **tre vere e proprie procedure di affidamento mediante project financing** (e lasciando da parte, per ora, l'ipotesi dell'iniziativa privata "extra programmazione" cui si è accennato in fine del paragrafo che precede), nel rimandare alle trattazioni istituzionali per un'analisi approfondita di ciascuna di esse, nonché degli specifici problemi interpretativi che le stesse pongono,¹⁴ occorre procedere a un rapido esame dei loro connotati principali, al fine di valutarne l'esatta natura giuridica. In quest'opera, è utile avvalersi della nomenclatura adottata dai primi commentatori del novellato art. 153,¹⁵ i quali distinguono:

- a) una procedura a iniziativa pubblica, con gara unica previo bando e senza prelazione, detta anche "monofase" (art. 153, commi da 1 a 14);
- b) una procedura ad iniziativa pubblica, con gara doppia previo bando e con prelazione, detta anche "bifase" (art. 153, comma 15);**
- c) una procedura ad iniziativa privata, con gara doppia previo avviso, ad esito alternativo, detta anche del "promotore additivo" (art. 153, comma 16).

La prima procedura consiste in una gara che l'amministrazione bandisce sulla base dello studio di fattibilità inserito nella programmazione triennale, invitando i concorrenti interessati a presentare proposte di progetto preliminare dell'opera. Sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa *ex art. 83 del Codice*, si procede all'individuazione dell'offerta migliore e, correlativamente, all'individuazione del promotore nell'autore di essa: costui resta aggiudicatario se la sua proposta non necessita di modifiche, anche se la stipulazione del contratto è sospensivamente condizionata all'approvazione del progetto ai sensi dell'art. 97 del Codice; mentre, nell'ipotesi opposta, occorre distinguere a seconda che egli accetti o meno le modifiche richieste dall'amministrazione. Nel primo caso, il promotore resta aggiudicatario, mentre nel secondo l'amministrazione ha facoltà di rivolgersi al secondo classificato, al terzo e così via, fino a trovare un concorrente che faccia proprio, con le modifiche richieste, il progetto del promotore (al quale sarà tenuto a rimborsare le spese sostenute per la predisposizione del progetto, nei limiti del "tetto" massimo del 2,5 % del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara, di cui al comma 9 dell'art. 153).

In questo caso, pregiudiziale all'esperimento della gara è che l'intervento da affidare sia già inserito nella programmazione triennale e nell'elenco annuale di cui all'art. 128, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati: in tal senso, lo stesso decreto correttivo nr. 152/2008 ha modificato l'art. 128 del Codice, nel senso che le opere realizzabili mediante finanza di progetto possono oggi essere inserite nell'elenco annuale anche se prive di progettazione preliminare, e sulla base del solo studio di fattibilità. Inoltre, la procedura si apre con un vero e proprio bando di gara per singola opera pubblica, soggetto a pubblicazione con le modalità di cui all'art. 66 ovvero di cui all'art. 122, a seconda dell'importo dei lavori (si rammenta che uno degli

¹⁴ Si veda, ad es., G. GRASSO, *op. cit.*

¹⁵ Ci si riferisce, in particolare, agli scritti di R. DE NICTOLIS e di M. RICCHI, citati *supra* alla nota 2.

aspetti oggetto di contestazione in sede comunitaria, nell'assetto anteriore alla novella, era stata la mancata previsione di pubblicità in sede comunitaria dell'avviso pubblico indicativo delle opere inserite nella programmazione);¹⁶ tale bando, tra l'altro, oltre ai criteri previsti dall'art. 83 per l'ipotesi generale di aggiudicazione mediante il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve ricomprendere tra i criteri di valutazione comparativa delle offerte – di cui deve altresì precisare l'ordine di importanza – anche gli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione (e, quindi, a quelli che sono gli elementi essenziali delle proposte di *project financing*).

Si tratta, dunque, di una gara unica, ancorché suscettibile di articolarsi in più fasi: tale evenienza è però soltanto eventuale, ben potendo la procedura concludersi con l'affidamento della concessione allo stesso promotore risultato vincitore della gara, laddove l'amministrazione non ritenga che il progetto proposto necessiti di modifiche (in caso contrario, si farà luogo alla seconda fase "negoziata" con il promotore, e quindi, in caso di mancata accettazione delle modifiche richieste, a una terza fase in cui la negoziazione avrà come interlocutori i concorrenti successivi in graduatoria).

Venendo alla seconda tipologia di procedura, in questo caso si tratta di una gara duplice: la prima gara è finalizzata, con i medesimi meccanismi di cui alla prima procedura, all'individuazione del promotore; tuttavia, questi non potrà mai essere automaticamente aggiudicatario, in quanto si aprirà una seconda gara tesa all'affidamento definitivo dell'opera, nell'ambito della quale la posizione di vantaggio del promotore si concretizza nel diritto di prelazione che egli può far valere nei confronti dell'eventuale vincitore diverso (circostanza, quest'ultima, non di poco conto, che deve quindi essere *ab initio* precisata nel bando). Questa procedura, a differenza dalla prima, si connota per una netta separazione tra la fase della scelta del promotore (che avviene, come nel caso precedente, sulla base dello studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione) e quella successiva (nella quale gli altri concorrenti sono invitati a presentare varianti al progetto preliminare del promotore, in precedenza approvato ai sensi dell'art. 97); entrambe le procedure, peraltro, costituiscono vere e proprie gare, da espletarsi col criterio dell'offerta più vantaggiosa, e previa pubblicazione di un bando ai sensi degli artt. 66 o 122 del Codice. Naturalmente, anche in questa ipotesi può avvenire che il promotore risulti aggiudicatario, laddove all'esito della seconda gara non risultino pervenute varianti più vantaggiose; qualora invece queste pervengano, il promotore può avvalersi del diritto di prelazione entro 45 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione fattagli dall'amministrazione, a condizione di adeguare la propria proposta a quella risultata migliore all'esito della gara (in tal caso, sarà tenuto a rimborsare il concorrente risultato vincitore delle spese di partecipazione, sempre nei limiti sopra indicati). In caso di mancato esercizio della prelazione, la concessione è aggiudicata al vincitore della seconda gara.

Al riguardo, è noto che il diritto di prelazione a favore del promotore, originariamente contenuto nella disciplina del *project financing*, ne era stato espunto col secondo decreto correttivo (d.lgs. 31 luglio 2007, nr. 133) a seguito della procedura comunitaria d'infrazione promossa contro l'Italia, a causa delle distorsioni del mercato che si riteneva l'istituto comportasse.¹⁷ La reintroduzione della previsione, sia pure entro i limiti più ristretti di una sola delle procedure di finanza di progetto che la p.a. può prescegliere, risulta evidentemente giustificata dalla necessità di conservare una qualche posizione di vantaggio al promotore all'interno di un iter procedimentale ormai inquadrato

¹⁶ Cfr. R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 1230.

¹⁷ Sul punto, con riferimento agli effetti avuti sul mercato dalla previsione del diritto di prelazione, cfr. M. RICCHI, *op. cit.*, 1385.

integralmente nello schema dell'evidenza pubblica, ma potrebbe far rivivere le critiche di scarsa compatibilità della disciplina italiana con il diritto comunitario.

Infine, quanto alla procedura sopra indicata *sub c)*, il presupposto di essa è che l'amministrazione, dopo aver proceduto all'approvazione dell'elenco annuale delle opere incluse nella programmazione di cui all'art. 128, sia rimasta inerte per sei mesi, non procedendo a bandire alcuna gara. Nei quattro mesi successivi, i soggetti in possesso dei requisiti indicati al comma 8 dell'art. 153 per acquisire la veste di promotore possono presentare "proposte" per la realizzazione di opere incluse nell'elenco annuale: tali proposte devono avere il medesimo contenuto delle "offerte" descritte dal comma 9 a proposito della prima procedura (e, quindi, devono contenere, tra le altre cose, il progetto preliminare dell'opera), e sulla base di esse l'amministrazione provvede a pubblicare un avviso, dando avvio a una procedura selettiva nella quale non solo le imprese che hanno già presentato proposte possono opportunamente variarle, ma possono farsi avanti con proprie offerte anche altre imprese. Individuato così il promotore, si avvia la gara vera e propria, che, per espressa previsione normativa, può svolgersi nelle forme del dialogo competitivo (art. 58), ove il progetto selezionato necessita di modifiche, ovvero nelle forme "ordinarie" dell'art. 143 o ancora in quelle della seconda procedura sopra esaminata.¹⁸ Si tratta dunque di una procedura che nasce con modalità autonome e originarie, ma è destinata poi, dopo la individuazione del promotore, a confluire in una delle altre forme procedimentali.

Molto interessante è la previsione di una possibile adozione, nella seconda fase di quest'ultima procedura, del modulo del dialogo competitivo, che mette in crisi l'opinione, fino ad oggi pressoché dominante,¹⁹ di un'assoluta incompatibilità tra detto modulo e lo schema del *project financing*. La diversità tra i due istituti, pur essendo entrambi palesemente ispirati dallo stesso intento di politica legislativa di incentivazione del partenariato pubblico-privato, si ricavava, secondo la dottrina, dal diverso ambito logico di applicazione (essendo il dialogo competitivo una delle modalità di affidamento degli appalti pubblici, mentre la **finanza di progetto tende all'instaurazione di un rapporto concessorio**, con ben differenti effetti – come noto - in ordine al trasferimento del rischio economico in capo al privato coinvolto), ma anche dal dato letterale di cui all'art. 144 del Codice (non modificato dal terzo correttivo), che per **l'affidamento delle concessioni** richiama le procedure aperte e quelle ristrette, ma non anche il dialogo competitivo;²⁰ tuttavia, altri autori non escludevano una soluzione diversa, ove il dialogo competitivo fosse "*inquadrato in un'ottica sistematica ed inteso quale esplicitazione di un principio generale direttamente rinvenibile dal diritto comunitario e volto ad ammettere in via ordinaria il dialogo fra amministrazioni aggiudicatrici e soggetti privati nelle fasi di definizione ed attuazione delle politiche pubbliche in*

18 Cfr. A. COLETTA, *op. cit.*, 16, secondo cui non si comprende il perché il legislatore non abbia previsto anche una possibilità di "innesto" della prima procedura citata nel testo, ciò che avrebbe consentito all'amministrazione di apportare modifiche al progetto del promotore anche nell'ipotesi di insussistenza delle condizioni per il ricorso al dialogo competitivo. La lacuna induce la dottrina a ritenere che, in tale ultima ipotesi, l'amministrazione debba concludere la procedura senza aver individuato alcuna proposta di pubblico interesse: cfr. R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 1234.

19 In giurisprudenza, si è talora ammessa la possibilità di ricorso al dialogo competitivo per la fase del confronto tra le offerte: cfr. Tar Napoli, sez. I, 17 giugno 2004, nr. 9571, in *Foro amm. Tar*, 2004, 1779; Tar Toscana, sez. II, 18 luglio 2002, nr. 1547, in *Foro amm. Tar*, 2002, 2451.

20 Cfr. F. FRACCHIA – L. CARROZZA, *Il difficile equilibrio fra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, in www.giustamm.it.

tema di appalti (e, ovviamente, di concessioni)".²¹ L'odierna opzione normativa, seppur limitata alla seconda fase della procedura (quella della gara vera e propria, col confronto tra le offerte formulate sulla base della proposta del promotore), sembra venire incontro a tali suggestioni.

4. La diversità ontologica fra le **procedure di project financing a iniziativa pubblica** e a **iniziativa privata**.

Già dal sommario esame compiuto al paragrafo precedente, appaiono evidenti non solo le **radicali innovazioni introdotte dal terzo decreto correttivo**, ma anche come – al di là delle caratteristiche comuni, quali sopra evidenziate – l'odierno assetto della finanza di progetto sia connotato da una netta differenziazione, anche sul piano della natura giuridica, tra le procedure a iniziativa dell'amministrazione, da un lato, e la procedura a iniziativa privata dall'altro, tanto da rendere del tutto peculiare e tutt'altro che piena, come si vedrà, la "alternatività" che apparentemente il legislatore ha inteso porre tra i vari moduli procedurali, in vista del raggiungimento dell'obiettivo consistente nella **progettazione, realizzazione e gestione** di un'opera **pubblica** con il **concorso di risorse** pubbliche e **private**.

Principiando dalle due procedure a iniziativa dell'amministrazione, si è già sottolineato come la previsione dell'**obbligo di quest'ultima di emanare un vero e proprio bando**, relativo allo specifico intervento di che trattasi, allontani decisamente l'istituto dall'assetto previgente, caratterizzato in ogni caso dalla **previa emanazione di un avviso pubblico indicativo**, soggetto a forme di pubblicità meno incisive di quelle previste dal Codice per i bandi di gara, e che doveva contenere soltanto l'indicazione delle opere finanziabili con ricorso al capitale privato, della **tipologia delle commesse, della località di esecuzione di ciascun intervento, e infine di quali sarebbero stati i criteri di valutazione delle proposte**. Tale previsione si collegava a quella del successivo art. 154, che predeterminava i criteri di valutazione delle proposte pervenute, disponendo che l'amministrazione dovesse **valutarne la fattibilità 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**. Pertanto, sulla base del combinato disposto di detta norma e di quella precedente, si riteneva che l'amministrazione, nell'avviso indicativo, non fosse del tutto libera di definire i criteri di valutazione delle proposte, ma potesse solo prescegliere nell'ambito di quelli elencati all'art. 154, decidendo ad esempio di prevederne solo alcuni e non altri.²²

Nell'assetto normativo odierno, nello specifico bando di gara che **l'amministrazione è tenuta a pubblicare devono invece essere indicati i criteri e i punteggi per la valutazione delle offerte** secondo quanto previsto dall'art. 83 del Codice, essendo previsto espressamente che la **scelta venga**

²¹ C. CONTESSA – N. DE SALVO, *La procedura di dialogo competitivo fra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, in *Urb. e appalti*, 2006, 5, 508. Auspica il ricorso al dialogo competitivo, al fine di rendere più flessibile il procedimento, anche G. PASQUINI, *Il project financing e la discrezionalità*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 1115.

²² Cfr. E. MELE, *op. cit.*, 1275.

condotta col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (sia pure opportunamente integrato, come si è visto, con l'indicazione di specifici punteggi per gli elementi tipici della proposta di *project financing*: progetto preliminare, piano economico-finanziario e bozza di convenzione). Di qui l'abrogazione dell'art. 154, essendo incompatibile con la nuova opzione del legislatore la predeterminazione normativa dei criteri di valutazione delle proposte.²³

La portata delle novità appena richiamata è tale da andare ben oltre il risultato di una maggiore "procedimentalizzazione" della scelta del promotore, per investire la natura stessa di tale fase della procedura, oggi trasformata in una vera e propria gara a evidenza pubblica. Da ciò discende che, contrariamente all'assetto previgente, laddove era stata esclusa la necessità di nomina di una commissione per la valutazione di cui all'art. 154 (che poteva, dunque, essere condotta anche dal responsabile del procedimento, ovvero dal soggetto istituzionalmente preposto a esprimere la volontà dell'amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità),²⁴ oggi il richiamo espresso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa comporta che anche il confronto tra le proposte pervenute in questa fase, quale che sia la procedura prescelta tra la prima e la seconda di cui al paragrafo precedente, debba essere operato da una commissione composta secondo le prescrizioni dell'art. 84 del Codice, essendosi già *ab initio* nell'ambito di una vera e propria procedura di gara per l'affidamento della concessione.

Queste considerazioni non valgono, invece, per la terza delle procedure delineate dal novellato art. 153, caratterizzata dall'iniziativa privata a fronte dell'inerzia dell'amministrazione, che nei sei mesi successivi alla programmazione non ha ritenuto di emanare alcun bando: in questa ipotesi, innanzi tutto, il legislatore impone all'amministrazione, una volta ricevute le spontanee proposte dei privati, di pubblicare un "avviso" anziché un bando, in cui siano indicati i criteri di valutazione delle proposte già presentate e di quelle che potranno essere in seguito presentare da altri operatori. La diversa terminologia impiegata non è priva di significato, essendo evidente l'affinità di questa procedura, con riguardo alla fase della scelta del promotore, con quella un tempo prevista in via generale dalla normativa previgente. È pur vero che la norma prescrive che anche l'avviso di cui al comma 16 sia pubblicato con le modalità di cui agli artt. 66 o 122 del Codice, ma ciò non è *ex se* sufficiente a concludere che si sia in presenza anche in questo caso di un bando vero e proprio;²⁵ la previsione verosimilmente si spiega, oltre che con la necessità di prevenire ulteriori contestazioni comunitarie sul versante della pubblicità dell'avviso, anche con la circostanza che in questo caso l'avviso è relativo allo specifico intervento oggetto della procedura, e non costituisce – come invece nell'assetto previgente – un generico avviso pubblico onnicomprensivo di tutte le opere comprese nella programmazione.

La conclusione appena raggiunta trova conferma, poi, nel rilievo che nella procedura di *project financing* a iniziativa privata di cui al comma 16 dell'art. 153 la valutazione comparativa condotta dall'amministrazione ha a oggetto il "pubblico interesse" delle proposte presentate dalle imprese, e quindi ha contenuto ben diverso da quella di cui alle prime due procedure, la quale, pur tesa a individuare il promotore, si svolge sulla base di parametri tecnici ed economici, nell'ambito di una

²³ Cfr. A. COLETTA, *op. cit.*, 20.

²⁴ Cfr. Tar Sardegna, sez. I, 18 settembre 2008, nr. 1783, in *Foro amm. Tar*, 2008, 9, 2612; Tar Milano, sez. III, 5 giugno 2006, nr. 1313, in *Foro amm. Tar*, 2006, 6, 1961.

²⁵ In tal senso M. RICCHI, *op. cit.*, 1387, con qualche contraddizione però rispetto alle conclusioni successive (laddove si riconosce all'amministrazione ampia discrezionalità nella selezione delle proposte di pubblico interesse, richiamando addirittura l'abrogato art. 154).

vera e propria gara selettiva tra offerte.²⁶ In altri termini, mentre nelle prime due procedure è la stessa amministrazione a “stimolare” la presentazione di proposte attraverso la pubblicazione di un bando che, oltre allo studio di fattibilità, può contenere – e di solito contiene – gli ulteriori elementi di riferimento tecnici ed economici su cui le imprese possono modulare le proprie offerte, altrettanto non può dirsi nella terza ipotesi, laddove l’amministrazione ha predisposto un mero studio di fattibilità inserito nella programmazione delle opere pubbliche. Nell’un caso, è evidente che la valutazione d’interesse pubblico dell’intervento è stata già operata *a priori*, avendo l’amministrazione definito non solo l’an ma anche in larga misura il *quomodo* di esso, mentre nel secondo caso molto più ampio è il margine di manovra riconosciuto alle imprese nella predisposizione delle proposte, sicché appare giustificata la riserva in capo all’amministrazione di una verifica preventiva non solo sull’ammissibilità della proposta (che è *in re ipsa*, nella misura in cui essa sia ricompresa nella programmazione) ma anche sulla rispondenza al pubblico interesse delle modalità realizzative ipotizzate dal proponente.

In questo modo, il legislatore ha sviluppato le osservazioni già in passato svolte da un’attenta dottrina la quale, in replica a chi avanzava dubbi sull’efficacia del *project financing* a fungere effettivamente da strumento di incentivazione dell’iniziativa privata nella realizzazione di opere pubbliche, a causa del vincolo rappresentato dall’impossibilità di proporre interventi che non fossero già inseriti nel programma triennale, ha rilevato che in concreto la programmazione si presta a essere più o meno “flessibile”, ben potendo, specie per gli interventi finanziabili con capitali privati, limitarsi a una generica individuazione dei bisogni della collettività da soddisfare con priorità, rimettendo a un momento successivo le valutazioni di complessiva fattibilità delle opere a ciò funzionali.²⁷ Tanto si ricavava già dalla disciplina della programmazione delle opere pubbliche contenuta nell’art. 14 della legge nr. 109/94, la cui impostazione è sostanzialmente confluita nell’art. 128 del Codice.

Se l’ipotesi ricostruttiva qui proposta è corretta, ne consegue che non può condividersi l’opinione di chi, in sede di primo commento alla disciplina di cui al d.lgs. nr. 152/2008, ha ritenuto che anche nella procedura di cui all’art. 153, comma 16, la scelta iniziale della proposta debba essere fatta col criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.²⁸ Un’opinione da ultimo sposata, forse in maniera un po’ affrettata, anche dall’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici,²⁹ ma che invero non trova agganci nel dettato normativo: infatti, in disparte quanto già osservato sull’atto che avvia la procedura e sulle caratteristiche della valutazione comparativa in cui essa si sostanzia nella specie, il già citato comma 16 dell’art. 153 si limita a prevedere che nell’avviso pubblicato dall’amministrazione siano contenuti “i criteri in base ai quali si procede alla valutazione delle proposte”, senza ulteriori specificazioni (e, soprattutto e a differenza dalle altre due procedure, senza alcun richiamo all’art. 83). Ciò che avvalorava la conclusione secondo cui in questa ipotesi, diversamente da quelle a iniziativa pubblica, l’amministrazione sia chiamata ad accertare, prima di ogni altra cosa, se e quali tra le proposte pervenute siano effettivamente rispondenti ai bisogni collettivi delineati nella programmazione; al riguardo, non può che richiamarsi l’orientamento giurisprudenziale formatosi, nel regime previgente, in ordine al carattere

²⁶ In tal senso, anche la già richiamata Relazione illustrativa allo schema di decreto.

²⁷ Cfr. F. CARINGELLA, in AA.VV., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 1999, 1262 ss.

²⁸ Così A. COLETTA, *op. cit.*, 15 e 31.

²⁹ Determinazione 14 gennaio 2009, nr. 1, in *www.giustamm.it*.

amministrativo, e non tecnico, della valutazione che l'amministrazione aggiudicatrice svolge in ordine alla rispondenza all'interesse pubblico delle proposte presentate dagli aspiranti promotori, trattandosi del giudizio formulato dal soggetto cui la legge attribuisce la selezione e la cura degli interessi pubblici da soddisfare.³⁰

A questo punto, però, sorge l'interrogativo di quali e quanti siano i "criteri" sulla base dei quali una tale valutazione debba essere condotta. L'intervenuta abrogazione dell'art. 154 – che, nell'assetto anteriore al terzo correttivo, quanto meno indicava una serie di parametri di riferimento alla stregua dei quali era possibile formulare giudizi di congruità e logicità delle valutazioni compiute – induce a concludere che nell'odierno sistema normativo la discrezionalità riconosciuta all'amministrazione *in subiecta materia*, già ampia in passato, è divenuta ancora più lata, potendo la stessa stabilire incondizionatamente e insindacabilmente non solo i criteri di rilevanza dell'interesse pubblico, ma anche l'eventuale ordine di priorità tra gli stessi.³¹ Naturalmente, nulla esclude che anche in questo caso l'amministrazione possa decidere di autolimitarsi *ex ante* mediante la previsione di pesi e punteggi predeterminati, ma si tratterà di mera facoltà, il cui esercizio dipenderà dal maggiore o minor grado di "fiducia" che essa avrà nella gestione della gara.

Si tratta di una problematica di estremo interesse, su cui evidentemente solo la prassi applicativa potrà fare chiarezza.³²

5. (Segue) Conseguenze in tema di facoltà della p.a. di non procedere alla scelta del promotore.

Dovrebbe essere già evidente che le analisi fin qui svolte in ordine alla diversa natura giuridica delle procedure di *project financing* disciplinate dal novellato art. 153, lungi dal costituire un esercizio dommatico fine a se stesso, hanno rilevanti ricadute sul "regime" degli atti adottati dall'amministrazione *in subiecta materia* (in particolare, con riguardo alla loro sindacabilità in sede giurisdizionale). La riprova di ciò si avrà qualora, concentrandosi sulla fase terminale della

³⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. V, nr. 6287/2005, cit.

³¹ Significativo è che parte della dottrina, al cospetto di questo problema, abbia affermato la persistente validità della "*sedimentazione interpretativa accumulatasi sulla dichiarazione di pubblico interesse della previgente normativa*", finendo per concludere che le modalità di valutazione e comparazione delle proposte, in questo caso, continuano a essere quelle dell'espunto art. 154 del Codice: cfr. M. RICCHI, *op. cit.*, 1387-8.

³² È appena il caso di aggiungere che la discrezionalità in questione diviene massima nell'ipotesi di cui al comma 19 dell'art. 153, cui si è accennato in conclusione del paragrafo 2, laddove il dovere dell'amministrazione di "*valutare*" le eventuali proposte presentate dalle imprese al di fuori della programmazione non potrà giammai essere confuso con un inesistente obbligo di adottare e realizzare l'opera proposta, traducendosi in un mero onere di motivazione espressa a fronte dell'eventuale giudizio di non rispondenza all'interesse pubblico (con provvedimento al quale i proponenti potranno reagire in sede giurisdizionale, naturalmente nei limiti, evidentemente molto ristretti, del sindacato ammissibile avverso tale valutazione).

procedura di scelta del promotore nelle diverse ipotesi, ci si soffermi sulla possibilità che l'amministrazione decida che nessuna delle proposte presentate è meritevole di essere selezionata.

Nella prospettiva ricostruttiva illustrata al paragrafo che precede, non sembra dubbio che, in ipotesi di procedura di *project financing* a iniziativa privata, dovendo la valutazione avere a oggetto primariamente la rispondenza delle proposte pervenute al pubblico interesse, ben possa l'amministrazione ritenere che nessuna di esse ha tali caratteristiche.³³ Tale conclusione è coerente con quella che era l'impostazione generale in tema di dichiarazione di pubblico interesse nel vigore del precedente quadro normativo, laddove era pacifico che l'amministrazione, all'esito della fase di scelta del promotore, potesse concludere nel senso che nessuna delle proposte ricevute era suscettibile di essere dichiarata di pubblico interesse.³⁴

Ben diversa è la conclusione cui deve giungersi nelle ipotesi di *project financing* a iniziativa dell'amministrazione: in questo caso, versandosi nell'ambito di vere e proprie procedure di evidenza pubblica, l'eventuale determinazione di non individuare alcun promotore non potrà che coincidere con la scelta di non procedere ad affidamento della concessione, e come tale sarà soggetta alla disciplina (e ai limiti) di cui all'art. 81, comma 3, del Codice (disposizione applicabile anche alle procedure di affidamento di concessioni, giusta il rinvio contenuto nel successivo art. 141). Pertanto, l'omessa aggiudicazione potrà essere determinata solo dalla non convenienza dell'opera o dalla sua inidoneità in relazione all'oggetto della concessione, e quindi con riferimento a parametri economici e/o tecnici, escluso ogni più generale giudizio in ordine alla rispondenza al pubblico interesse delle proposte presentate (infatti, una valutazione siffatta in questo caso si presume già compiuta *a priori*, all'atto della emanazione del bando di gara); correlativamente, la motivazione addotta dall'amministrazione sotto i predetti profili potrà essere sindacata in sede giurisdizionale per eventuale incongruità o irragionevolezza, e comunque non potrà escludersi una responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* nei confronti dei concorrenti che abbiano inutilmente partecipato alla procedura qualora, pur risultando legittime le determinazioni sopravvenute, sia ravvisabile una violazione dei più generali obblighi di correttezza e buona fede.³⁵

In altri termini, laddove l'amministrazione abbia ritenuto di assumere l'iniziativa pubblicando un bando di gara, ciò rende legittimo l'affidamento delle imprese partecipanti alla gara sulla circostanza che quanto meno le scelte di fondo in ordine all'*an* e al *quomodo* dell'intervento, nonché alla loro rispondenza ai bisogni della collettività, siano state definitivamente compiute; di conseguenza, l'amministrazione non potrà unilateralmente recedere dal proposito manifestato con quel vero e proprio invito a offrire che è il bando, accampando generici (e sostanzialmente insindacabili) motivi di pubblico interesse, dovendo invece motivare la propria scelta in maniera congrua e adeguata sulla base di precise e puntuali ragioni tecniche ed economiche. Al contrario, laddove essa amministrazione sia rimasta inerte, lasciando l'iniziativa alle imprese, queste ultime sono fin dappprincipio consapevoli che le loro proposte, prima ancora di essere giudicate sotto i profili della validità tecnica e della convenienza economica, dovranno superare il preliminare vaglio

³³ In tal senso, R. DE NICTOLIS, *op. e loc. ult. cit.* (sia pure limitatamente all'ipotesi in cui la proposta prescelta necessiti di modifiche, e non sussistano i presupposti per il ricorso al dialogo competitivo).

³⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 maggio 2008, nr. 2355, in *Foro amm. CdS*, 2008, 5, 1477; Id., nr. 6287/2005, cit.

³⁵ Su questi aspetti, diffusamente, cfr. A. MEZZOTERO, *Art. 81*, in *Codice degli appalti pubblici*, cit.

di **rispondenza all'interesse pubblico** del quale l'amministrazione è l'unica interprete istituzionale: di conseguenza, in questo caso esse **non potranno dolersi dell'aver inutilmente predisposto una proposta progettuale, né lamentare aspettative giuridicamente rilevanti all'ottenimento della posizione di promotore.**

In quest'ultima ipotesi, è del tutto evidente non solo che dovrà essere esclusa *a priori* qualsiasi ipotesi di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione (non avendo la stessa avviato alcuna vera e propria "trattativa" con le imprese, **essendosi limitata a una sorta di "sondaggio" del mercato** dopo che altri hanno assunto l'iniziativa in relazione a uno **specifico intervento programmato**), ma anche che estremamente ristretti saranno i margini entro cui gli operatori economici potranno lamentare in sede giurisdizionale il cattivo esercizio della discrezionalità amministrativa nella procedura di scelta del promotore. Al riguardo, può essere utile richiamare gli orientamenti giurisprudenziali formati nell'assetto normativo previgente, laddove, pur riconoscendosi talora l'astratta tutelabilità giurisdizionale dell'interesse a essere scelti come promotori (atteso il carattere lesivo, oltre che di arresto procedimentale, che la valutazione negativa della proposta ha per l'aspirante promotore non selezionato),³⁶ si finiva però per riconoscere che in concreto il sindacato del giudice sulle scelte compiute in tale fase incontrava limiti molto rigorosi, scontrandosi con l'altissimo grado di discrezionalità che connota le scelte amministrative connesse all'individuazione dell'interesse pubblico.³⁷

Questi principi assumono validità e pregnanza ancora maggiori, se si considera, come evidenziato al paragrafo che precede, che l'opzione del legislatore del terzo correttivo, con riferimento alla procedura di *project financing* a iniziativa privata (c.d. promotore additivo), sembra andare nel senso del riconoscimento in capo all'amministrazione di un margine di apprezzamento discrezionale, nella fase della **valutazione di pubblico interesse delle proposte pervenute**, ancor più ampio di quello attribuitogli nell'assetto previgente (e salvi i correttivi che a ciò potranno essere posti dalla prassi applicativa).

6. Conclusioni.

Si è detto all'inizio che una delle principali critiche che il mondo delle imprese aveva rivolto al **project financing**, per come configurato dalla legislazione anteriore al terzo decreto correttivo, traeva origine dall'eccessiva farraginosità dei meccanismi procedurali, tale da rendere l'istituto inidoneo a incentivare un serio impegno dell'imprenditoria privata nella **realizzazione di importanti infrastrutture e opere pubbliche**, attraverso un rilevante investimento di risorse economiche. In particolare, oltre all'eccessiva durata della procedura, si lamentava il fatto che la stessa, articolandosi in una pluralità di fasi ben definite, fosse foriera di un incremento esponenziale del

³⁶ Cfr. Tar Lazio, sez. III, 9 settembre 2008, nr. 8186, in *Red. amm. Tar*, 2008, 09. *Contra*, Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2007, nr. 3814, in *Foro amm. CdS*, 2007, 7-8, 2207; Id., 17 novembre 2006, nr. 6727, in *Foro amm. CdS*, 2006, 11, 3068.

³⁷ Cfr. Tar Bari, sez. I, 5 aprile 2006, nr. 1117, in *Riv. trim. appalti*, 2006, 2, 161; Tar Palermo, sez. II, 30 giugno 2004, nr. 1358, in *Foro amm. Tar*, 1864.

contenzioso giudiziale, grazie alla riconosciuta impugnabilità autonoma degli atti di ciascuna fase.³⁸

Orbene, già dalla semplice descrizione delle procedure delineate dalla nuova disciplina, caratterizzate da una complessità spesso notevole e da un possibile intreccio di più moduli procedurali, ciascun interprete è in grado di farsi una chiara idea su come il legislatore ha inteso risolvere i problemi sopra evidenziati.³⁹ Vero è che il terzo correttivo doveva farsi carico non solo di esigenze di semplificazione procedimentale, ma anche della necessità, spesso con queste ultime contrastante, di introdurre una disciplina procedurale più “garantista” rispetto alle esigenze di concorrenzialità e massima apertura del mercato, in modo da venire incontro alle censure sollevate in sede comunitaria avverso molte parti del Codice degli appalti.

Ma i dubbi in ordine alle effettive possibilità di un “decollo” della finanza di progetto nel nostro ordinamento sono destinati ad accrescersi, in considerazione dei rilievi che si sono svolti in ordine al peculiare atteggiarsi delle varie procedure di affidamento e di selezione del promotore disciplinate dall’odierno art. 153. Infatti, alla luce di quanto si è fin qui osservato, è evidente che le amministrazioni aggiudicatrici, posta una pluralità di opere di cui abbiano deliberato l’inserimento nella programmazione di cui all’art. 128 del Codice, si troveranno di fronte a una duplice alternativa: autovincolarsi attraverso la **pubblicazione di un bando di gara relativo a singole opere** (e, quindi, ricorrendo a una delle due procedure di *project financing* a iniziativa pubblica), oppure decidere di “sondare” il mercato, rimanendo inerti per il “fatidico” termine di sei mesi di cui al comma 16 dell’art. 153, per verificare l’interesse degli operatori privati a investire i propri capitali nella realizzazione delle opere suindicate e valutarne le proposte (tenendo conto, altresì, che una volta spirato l’ulteriore periodo di quattro mesi entro cui le imprese possono farsi avanti con proprie proposte, essa amministrazione riacquisterà *in toto* il potere di procedere mediante pubblicazione di bandi).⁴⁰

Così stando le cose, non è irragionevole ipotizzare che si farà ricorso immediatamente a una delle due procedure a iniziativa pubblica (preferibilmente alla prima, che grazie alla sua unitarietà garantisce una maggiore celerità) per la **realizzazione di interventi** sui quali, **ancorché inseriti nella programmazione**, l’amministrazione non solo ne abbia già deliberato la priorità, ma abbia anche le idee sufficientemente chiare in ordine ai tempi e alle modalità di esecuzione: in questo senso, è evidente che il **bando di gara**, rispetto all’originario studio di fattibilità, non potrà non prevedere elementi e specifiche tecniche ulteriori al fine di indirizzare l’attività delle **imprese proponenti nella predisposizione dei progetti preliminari**; ciò al fine di garantire quella tendenziale omogeneità delle proposte che costituisce il presupposto indefettibile di un loro confronto comparativo, oltre che per fornire alla commissione chiamata a valutare le offerte di esprimere dei giudizi che costituiscano corretta applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa *ex art.* 83.⁴¹

38 Cfr. M. RICCHI, *op. cit.*, 1376.

39 Cfr. O. FORLENZA, *op. cit.*, 114, che sottolinea l’estrema complessità anche delle odierne procedure di *project financing*.

40 Cfr. M. RICCHI, *op. cit.*, 1387.

41 È noto che l’art. 83 del Codice, sia pure a titolo meramente esemplificativo, elenca una **serie di parametri** sulla base dei quali - sia pure con riferimento a vere e proprie offerte prodotte nell’ambito di **gare a evidenza pubblica** - individuare l’offerta economicamente più vantaggiosa: il prezzo; la qualità; il pregio tecnico; le caratteristiche estetiche e funzionali; le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell’opera o del prodotto; il costo di utilizzazione e

Elementi e specificazioni in assenza dei quali – è quasi superfluo precisarlo – la fase di valutazione comparativa delle proposte si svolgerebbe in carenza di chiari e univoci parametri tecnici ed economici di riferimento, rischiando di trasmodare nell'arbitrarietà.

In tutti gli altri casi, è verosimile che l'amministrazione opererà per un atteggiamento "di attesa", lasciando alle imprese lo spazio per l'autonoma formulazione di proposte ai sensi del comma 16 dell'art. 153. Tuttavia, è lecito domandarsi perché mai, in questo caso, gli operatori economici dovrebbero impegnare tempo e risorse finanziarie anche ingenti (tenuto conto della rilevanza, a volte anche notevole, degli interventi per i quali di solito è previsto il concorso di capitale pubblico e privato), per partecipare a una procedura rispetto alla quale non solo non vi è alcuna certezza di un esito utile, ma le legittime aspettative in tal senso risultano ancor meno tutelate che in passato, stante il riconoscimento in capo all'amministrazione di una discrezionalità potenzialmente illimitata e sostanzialmente insindacabile.

Tutto ciò autorizza a concludere che, se sono state in larga parte soddisfatte le riserve comunitarie in ordine alla concorrenzialità delle **procedure di project financing**, ciò probabilmente è avvenuto a costo del sacrificio delle possibilità incentivanti del mercato che l'istituto nella sua originaria formulazione presentava, grazie alla flessibilità che ne connotava lo svolgimento. Invero, appare davvero arduo prevedere che i meccanismi che si sono sopra descritti possano funzionare da stimolo efficace all'iniziativa imprenditoriale privata per la realizzazione delle **opere di pubblica utilità**, specie in tempi di crisi economica e finanziaria quali sono quelli attuali.

manutenzione; la redditività; il servizio successivo alla vendita; l'assistenza tecnica; la **data di consegna** ovvero il **termine di consegna o di esecuzione**; l'impegno in materia di pezzi di ricambio; la sicurezza di approvvigionamento; infine, **trattandosi di concessioni**, la **durata del contratto**, le modalità di gestione, il livello e i criteri di **aggiornamento delle tariffe** da praticare agli utenti.