

PRIMA CONFERENZA DELLA FINANZA DI PROGETTO NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

ROMA, 22 GIUGNO 2005

GLI ASPETTI GIURIDICI DEL *PROJECT FINANCING* NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Marcello Clarich

Ordinario di Diritto Amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza
della L.U.I.S.S. “Guido Carli” di Roma.
Partner dello Studio Legale Freshfields Bruckhaus Deringer

SOMMARIO: I. PREMESSA. – II. LA PROCEDURA DI FINANZA DI PROGETTO: II.1. Quadro generale; II.2. Il procedimento: la selezione della proposta di pubblico interesse; II.3. (*Segue*): l’aggiudicazione della concessione; II.4. Il diritto di prelazione del promotore. – III. LA POSIZIONE DI VANTAGGIO DEL PROMOTORE E I RAPPORTI CON IL DIRITTO COMUNITARIO: III.1. La procedura d’infrazione avviata contro l’Italia e il parere motivato della Commissione CE; III.2. La giurisprudenza interna. – IV. LE MODIFICHE INTRODOTTE DALLA LEGGE COMUNITARIA 2004: IL NUOVO CONTENUTO OBBLIGATORIO DELL’AVVISO INDICATIVO PUBBLICO. – V. IL D.D.L. S-3320, RECANTE “*RIFORMA ORGANICA DELLA PROCEDURA DI FINANZA DI PROGETTO*”. – ALLEGATO (A): FINANZA DI PROGETTO E PROGRAMMA TRIENNALE DEI LAVORI PUBBLICI (PTLP) DELLE AMMINISTRAZIONI NON STATALI.

I. PREMESSA.

La disciplina del *Project Financing* (“PF”) o Finanza di Progetto è stata introdotta nella l. 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici, “*Legge Quadro*”) dalla c.d. Legge Merloni-ter¹. Si tratta di una serie di disposizioni che formalmente incidono sulla disciplina della concessione, ma che a livello sostanziale hanno introdotto innovazioni radicali nell’assetto normativo preesistente².

¹ Si tratta della l. 11 novembre 1998, n. 415 (art. 11) che – come noto – ha aggiunto gli articoli dal 37-*bis* al 37-*nonies* nella Legge Quadro.

² Secondo S. Scotti Camuzzi, *Il project financing nel settore pubblico e la legge Merloni-ter*, in “Ban. Bor. Tit. Cred.”, 2002, n. 1, pp. 1-30, le nuove norme aggiunte dalla Merloni-ter alla Legge Quadro si dividono in tre gruppi:



Il PF è, infatti, una tecnica di finanziamento per la realizzazione di opere pubbliche – alternativa alle tradizionali forme di finanziamento d’impresa (*corporate finance*) – caratterizzata dall’orientamento del finanziamento a uno specifico progetto imprenditoriale di pubblico interesse sulla base della sua idoneità ad autofinanziarsi in virtù dei flussi di cassa (*cash flow*) generati dalla sua efficiente gestione³.

-
- (i) il primo - composto dagli artt. 37-*bis*, 37-*ter* e 37-*quater* - regola la figura del promotore e lo strumento della concessione di costruzione e gestione riferita all’ipotesi in cui sia il soggetto privato a promuovere l’iniziativa. Si tratta di norme con un contenuto innovativo specifico, perché configurano una concessione c.d. “speciale” per la costruzione e gestione di un’opera pubblica, particolarmente adatta alle operazioni di PF, denominata “concessione ad iniziativa del promotore”;
 - (ii) il secondo gruppo di norme, composto dagli artt. da 37-*quinquies* a 37-*nonies*, regola essenzialmente le norme sull’attività del concessionario tra cui, in particolare, la figura della società di progetto. Si tratta di norme con un contenuto innovativo più generale, perché introducono modifiche mirate a rendere l’istituto della concessione di lavori pubblici più idoneo ad accogliere operazioni di PF;
 - (iii) il terzo gruppo di norme, infine, possono ritenersi applicabili sia alla concessione di costruzione e gestione su iniziativa del promotore (artt. 37-*bis* ss.), sia a quella su iniziativa della P.A. (art. 19, co 2). Tali norme prevedono il riconoscimento ai potenziali finanziatori di adeguate garanzie sul buon esito dell’operazione, con l’obiettivo quindi di incentivare la raccolta di risorse private per la realizzazione di infrastrutture di interesse pubblico. Alla concessione a iniziativa del promotore si applica la disciplina generale sulla concessione contenuta all’art. 19, co 2.

Alla Legge Merloni-*ter* ha fatto seguito la l. 1 agosto 2002, n. 166 (c.d. Legge Merloni-*quater*). Tra le principali modifiche apportate dalla Merloni-*quater*, si ricordano, il diritto di prelazione del promotore, l’abolizione del limite temporale di durata della concessione, l’ampliamento del numero dei potenziali soggetti-promotori, che ora include le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura (CCIAA) e le fondazioni bancarie, la previsione della possibilità che il primo contatto tra Amministrazioni e potenziali promotori sia anticipato alla fase della selezione delle iniziative da inserire negli strumenti di programmazione, l’obbligo per le Amministrazioni aggiudicatrici di pubblicare, entro venti giorni dalla redazione dei programmi, un avviso che indichi la presenza nei medesimi programmi di interventi realizzabili con capitali privati “in quanto suscettibili di gestione economica”, la previsione di modifiche in tema di rimborso delle spese sostenute dai partecipanti al procedimento.

³ Tra le più diffuse definizioni di PF si riporta quella di C. Salvato, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, in *Il project financing, caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, Egea, 1997, p. 3: per cui il PF consiste in “un’operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore fa affidamento, sin dallo stadio iniziale, sul flusso di cassa e sugli utili dell’unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell’unità economica come garanzia collaterale del prestito”.

Il Consiglio di Stato (Sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847) ha recentemente dato una definizione di PF come di una “tecnica finanziaria che, da una parte, consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e, dall’altra, si sostanzia in un’operazione di finanziamento di una particolare attività economica idonea ad assicurare una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell’attività stessa; in altri termini, l’attività economica promossa deve avere la capacità di autofinanziarsi” Si cfr. il commento di M. Baldi, *I requisiti del concessionario e le modalità di selezione del promotore*, in “Urb. App.”, 4/2005, pp. 435 ss..

L’obiettivo dell’introduzione di tale istituto è stato garantire una modalità alternativa per la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per le Pubbliche Amministrazioni, stimolando il coinvolgimento di

Il presente contributo si occuperà delle novità introdotte in materia di PF dalla l. 18 Aprile 2005, n. 62 (Legge Comunitaria 2004). A questo scopo si riassumerà brevemente la disciplina e la procedura prevista dagli artt. 37-*bis* ss. della Legge Quadro (Sezione II); si analizzerà i rapporti di tale procedura con i principi della concorrenza comunitaria e la giurisprudenza amministrativa nazionale (Sezione III); si passerà, poi, all'esame e alla portata delle novità introdotte dalla Legge Comunitaria 2004 (Sezione IV); e, infine, si tratterà del d.d.l. S-3320 che dovrebbe riformare organicamente la procedura di PF (Sezione V).

II. LA PROCEDURA DI FINANZA DI PROGETTO.

II.1. Quadro generale. La normativa in materia non fornisce una disciplina generale sulla Finanza di Progetto, ma si limita a dettare regole specifiche che ne consentano l'inserimento nel campo delle opere pubbliche. Il PF applicato alle opere pubbliche è incentrato sull'istituto della concessione di costruzione e gestione, ma rispetto al modello base previsto dall'art. 19 della Legge Quadro, si caratterizza essenzialmente per il fatto di originare dall'iniziativa privata, sia pure concernente un'opera inserita nella programmazione dell'Amministrazione.

Il procedimento presenta delle peculiarità che trovano in gran parte giustificazione nell'esigenza di conciliare le caratteristiche di uno strumento essenzialmente regolato dall'autonomia privata con la normativa nazionale in materia di opere pubbliche⁴. La

capitali privati. In questo senso il PF si distingue dalla concessione di costruzione e gestione disciplinata dall'art. 19, l. n. 109/1994, oltre che per gli aspetti connessi al diverso procedimento per l'individuazione del concessionario, anche per la sostanziale diversità dei soggetti protagonisti. Infatti, il PF si caratterizza per la presenza di una pluralità di finanziatori diversi, che determina la costituzione di un'entità economica distinta e, quindi, l'intersecarsi di moduli contrattuali differenti.

⁴ Tra i più recenti interventi in letteratura si v. F. Caringella & De Manzo, *La nuova disciplina dei lavori pubblici. Dalla legge-quadro alla Merloni-quater*, Ipsoa, 2003; L. Camarda, *Il project financing nella legge-quadro ed in prospettiva della legge obbiettiva*, in "Nu. Rass. Leg., Dottr. e Giur.", 2002, n. 20, pp. 2113-2117; C. Gambin, *Project financing*, *ibidem*, 2002, n. 20, pp. 2127-2134; S. Nicoletti, *Il ruolo della società progetto nel project financing*, *ibidem*, 2002, n. 20, pp. 2135-2145; A. Ponti, *Il Project financing. Non solo strumento di realizzazione di opere pubbliche ma anche strumento di gestione*, *ibidem*, 2001, n. 9, pp. 1056-1062; G.F. Ferrari, *Il project financing. I principi e le procedure, i vincoli e le libertà del diritto pubblico, nella vecchia e nella nuova normativa*, in "App. Urb. Ed.", 2002, n. 3, pp. 131-136; M. Ricchi, *La cessione di beni immobili della pubblica amministrazione nel project financing dopo la 166/2002*, in "App. Pub.", 2003, n. 2, pp. 136-143; C. Paglietti, *Profili civilistici del project financing*, in

soluzione adottata, nella formulazione originaria della Merloni-*ter*, risultava tuttavia disincentivante per il privato promotore. Di qui gli interventi normativi che ne sono seguiti, sostanzialmente finalizzati ad introdurre meccanismi di incentivo per i privati.

II.2. Il procedimento⁵: la selezione della proposta di pubblico interesse. In sintesi, il procedimento previsto per l'affidamento di una concessione di costruzione e gestione in finanza di progetto ha inizio con la presentazione di una proposta (o più proposte) da parte di soggetti privati adeguatamente qualificati - i promotori -, avente ad oggetto l'esecuzione e la gestione di un intervento già inserito dalla P.A. aggiudicatrice nella propria programmazione triennale o negli strumenti di programmazione approvati⁶.

“Nu. Giur. Civ. Comm.”, 2003, n. 3, pp. 283-314; M. Ricchi, *I limiti della concessione nelle procedure di project financing*, in “Urb. App.”, 2002, n. 2, pp. 153-157; M. Baldi, *Programmazione amministrativa e project financing nella disciplina dei lavori pubblici*, *ibidem*, 2001, n. 10, pp. 1049-1070; S. Calciolari, *Presupposti e opportunità per il ricorso al project financing negli investimenti infrastrutturali nell'ambito del trasporto ferroviario regionale*, in “Az. Pub.”, 2001, n. 2-3, pp. 217-231; N. Lugaresi, *Concessioni di costruzione e gestione e project financing: problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, in “Riv. Trim. App.”, 2001, n. 4, pp. 647-669.

⁵ Per una schematizzazione del procedimento di PF, si v. il diagramma all'Allegato A che esemplifica il relativo procedimento per quanto riguarda le Amministrazioni non statali (tuttavia, le differenze con le Amministrazioni statali non sono sostanziali), a partire dalla programmazione triennale dei lavori pubblici sino all'affidamento della singola concessione in finanza di progetto.

⁶ Le proposte devono essere “presentate entro il 30 giugno di ogni anno oppure, nel caso in cui entro tale scadenza non siano state presentate proposte per il medesimo intervento, entro il 31 dicembre. Le proposte devono contenere uno studio di inquadramento territoriale e ambientale, uno studio di fattibilità, un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso [...], o da una società di revisione [...] una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché l'indicazione degli elementi di cui all'articolo 21, comma 2, lettera b), e delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice [...]. Le proposte devono inoltre indicare l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione comprensivo anche dei diritti sulle opere di ingegno” (art. 37-bis, co. 1, Legge Quadro).

“Possono presentare le proposte di cui al comma 1 i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché i soggetti di cui agli articoli 10 (imprese individuali, anche artigiane, società commerciali, società cooperative, consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e tra imprese artigiane, consorzi stabili costituiti anche in forma di società consortili, associazioni temporanee di concorrenti, consorzi di concorrenti, soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico - G.E.I.E: n.d.r.) e 17, comma 1, lettera f) (società di ingegneria: n.d.r.), eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi. La realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i settori ammessi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c-bis), del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153 (si tratta dei settori nei quali le fondazioni bancarie possono esercitare imprese coerenti con le finalità statutarie e detenere partecipazioni di controllo in società ed enti che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di tali imprese: n.d.r.). Le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione



Allo scopo di far conoscere ai potenziali promotori quali siano gli interventi, inseriti nel Programma Triennale dei Lavori Pubblici e nel relativo elenco annuale, suscettibili di gestione economica (e dunque realizzabili con capitali privati), le P.A. pubblicano un apposito avviso, entro venti giorni dalla redazione dello schema di programma⁷.

Entro quattro mesi dalla ricezione della/e proposta/e, le Amministrazioni aggiudicatrici devono procedere alla valutazione della fattibilità della stessa/e⁸. Tale valutazione avviene *“sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell’opera, dell’accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e 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”*⁹. Terminata tale valutazione e verificata l’assenza di elementi ostativi alla realizzazione del/i progetto/i proposto/i, l’Amministrazione – per ogni opera da

dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono presentare studi di fattibilità o proposte di intervento, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale” (art. 37-bis, co. 2, Legge Quadro).

A norma dell’art. 99, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, recante il *“Regolamento di attuazione della L. 11 febbraio 1994, n. 109 legge quadro in materia di lavori pubblici, e successive modificazioni”*, possono presentare proposte di PF alle Amministrazione e divenire promotori *“1. [...] soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, che negli ultimi tre anni hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta. 2. Possono presentare proposta anche i soggetti appositamente costituiti, nei quali comunque devono essere presenti in misura maggioritaria soci aventi i requisiti di esperienza e professionalità stabiliti dal primo comma. 3. Al fine di ottenere l’affidamento della concessione, il promotore deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall’articolo 98 (ossia quelli del concessionario: n.d.r.)”*.

⁷ Artt. 37-bis, co. 2-bis, e 14, co. 2 e 3, Legge Quadro, e art. 80, d.P.R. n. 554/1999.

⁸ *“Ove necessario, il responsabile del procedimento concorda per iscritto con il promotore un più lungo programma di esame e di valutazione”*, art. 37-ter, Legge Quadro.

⁹ Nel caso in cui siano presentate più proposte relative al medesimo progetto, è previsto che le stesse siano esaminate anche comparativamente, *“sentiti i promotori che ne facciano richiesta”*. Si v. Art. 37-ter, Legge Quadro.



realizzare – individua un solo progetto che ritiene il più adatto a realizzare l'interesse pubblico alle migliori condizioni possibili¹⁰.

II.3. (Segue): l'aggiudicazione della concessione. La successiva scelta del concessionario avviene al termine di una procedura articolata su due fasi. Tuttavia, come evidenziato dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, l'articolazione del procedimento in due fasi distinte, non pone in discussione il carattere unitario della procedura di affidamento della concessione su proposta del promotore¹¹.

La prima fase prevede che, entro tre mesi dalla pronuncia di pubblico interesse, l'Amministrazione aggiudicatrice bandisca una gara assimilabile (ma non identificabile) alla licitazione privata da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ponendo a base di gara il progetto preliminare e il piano economico-finanziario presentato dal promotore¹². La comparazione avviene tra le singole offerte e non comprende la proposta del promotore. L'obiettivo di tale gara non è concludersi con l'aggiudicazione della concessione bensì con la selezione delle due offerte migliori.

La seconda fase consta, invece, di una procedura negoziata che si svolge tra il promotore e i soggetti che abbiano presentato le due miglior offerte, ovvero tra il primo e

¹⁰ Si v. art. 37-ter, Legge Quadro. Nello specifico, la valutazione della proposta può sfociare in tre diversi esiti: a) proposta non fattibile; b) proposta fattibile; c) proposta fattibile con modifiche. Nel caso *sub c)* il potere di modifica della P.A. può tradursi nella pratica in correttivi e indicazioni che non incidano sugli aspetti essenziali della proposta, mentre ogni altra modifica più penetrante deve essere concordata con il promotore e sottoposta a una verifica di compatibilità con l'equilibrio economico-finanziario risultante dal piano. Infatti, è il piano economico-finanziario asseverato che costituisce il nucleo centrale e il presupposto dell'equilibrio economico-finanziario della realizzazione dell'opera e della connessa gestione, che è l'essenza dell'istituto. Così Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2002, n. 3916, e T.A.R. Calabria, Catanzaro, 23 febbraio 2004, n. 449.

Pertanto, le modifiche possono interessare aspetti migliorativi del progetto tali cioè da non modificarne l'impostazione strutturale, mentre se riguardano aspetti progettuali ai quali sono collegati i flussi di reddito che consentono il recupero del capitale investito e la gestione dell'iniziativa, rendono la proposta non valutabile di pubblico interesse. In questo senso, si cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 2 luglio 2001, n. 4729.

¹¹ Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, Atto di regolazione n. 51/2000 del 26 ottobre 2000 - Determinazione n. 27/2002 del 16 ottobre 2002. Nello stesso senso, si v. Cons. Stato, Sez. V, 5 settembre 2002, n. 4468; 10 febbraio 2004, n. 495; e n. 6847/2004.

¹² Art. 37-*quater*, co. 1, lett. a), Legge Quadro. È consentito anche l'utilizzo della procedura dell'appalto-concorso.



l'unico soggetto che abbia presentato l'offerta relativa alla gara, mediante valutazione comparativa effettuata dall'Amministrazione¹³.

All'esito della procedura negoziata, qualora non dovesse risultare aggiudicatario il promotore, questi "*potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente*" e divenire così aggiudicatario¹⁴.

II.4. Il diritto di prelazione del promotore. La previsione di un tale diritto di prelazione del promotore che – a parità di condizioni rispetto all'offerta ritenuta più conveniente dall'Amministrazione aggiudicatrice – dovrà essere preferito da quest'ultima ai fini dell'aggiudicazione della concessione, rappresenta una delle novità introdotte dalla Legge Merloni-*quater*¹⁵.

Tale diritto era già stato previsto nel d.d.l. n. 1275 del 1996, recante "*Disposizioni in materia di realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione*", varato dall'allora Ministro per i lavori pubblici Antonio Di Pietro¹⁶, poi

¹³ Art. 37-*quater*, co. 1 lett. b), Legge Quadro. Nell'ipotesi in cui non vi sia stata nessuna presentazione di offerte durante la prima fase l'aggiudicazione verrà effettuata in favore del promotore, art. 37-*quater*, co. 2.

¹⁴ Art. 37-*ter*, Legge Quadro, ultimi due incisi. Come ricordato alcune novità sono state recentemente introdotte dalla Merloni-*quater* in tema di rimborso delle spese sostenute dai partecipanti al procedimento. Prima della legge n. 166/2002, nel caso in cui il promotore fosse risultato aggiudicatario della concessione, questi era tenuto a versare ai rivali titolari delle due migliori offerte, una somma pari all'importo delle spese sostenute per predisporre la proposta. La conseguenza era che il promotore aggiudicatario, oltre ad assumersi il rischio della gara, era comunque tenuto, in caso di vittoria, a pagare in aggiunta alle spese relative alla propria proposta, anche quelle per il rimborso dei concorrenti sconfitti, mentre i concorrenti, basandosi sulla proposta del promotore non avevano nei fatti sostenuto spese. Oggi è invece previsto che nel caso in cui la negoziazione non si concluda a favore del promotore, questi ha diritto al rimborso delle spese sostenute per la predisposizione della proposta presentata in sede di gara, il cui ammontare in ogni caso non può superare il 2,5% del valore dell'investimento. Viceversa, nel caso in cui la costruzione e gestione dell'opera siano state affidate al promotore, l'art. 37-*quater*, co. 5, dispone che quest'ultimo debba indennizzare l'altro soggetto, o gli altri due soggetti, delle spese effettivamente sostenute e documentate esclusivamente nel caso in cui la prima gara si fosse svolta mediante appalto-concorso e non attraverso licitazione privata.

¹⁵ Art. 7, co. 1, lett. bb), Legge Merloni-*quater*. Secondo l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, le nuove disposizioni sono "*intese a rimuovere quegli elementi di criticità che nel primo periodo di applicazione dell'istituto hanno costituito una remora al suo sviluppo, con la introduzione della cosiddetta prelazione a favore del promotore*", Determinazione n. 27/2002.

¹⁶ Si tratta del d.d.l. n. 1275 (atto del Senato della Repubblica), approvato dal Consiglio dei Ministri il 19 luglio 1996, il cui esame fu sospeso dalla Commissione lavori pubblici del Senato il 22 ottobre 1996.

ripreso in alcune legislazioni regionali¹⁷. La prelazione, tuttavia, operava all'esito di una gara unica che si concludeva con l'individuazione di una sola offerta, senza dare ingresso a una successiva fase di trattativa privata¹⁸.

L'introduzione definitiva nella disciplina di cui agli artt. 37-*bis* ss. della Legge Quadro di un diritto di prelazione sull'aggiudicazione ha attribuito al promotore una posizione di ulteriore vantaggio rispetto agli altri *competitors*:

a) in primo luogo, il promotore è automaticamente chiamato a partecipare alla procedura negoziata per l'aggiudicazione della concessione, indipendentemente da ogni comparazione tra la sua proposta e le offerte presentate dai partecipanti alla prima fase di

¹⁷ V. art. 42-ter, co. 12, l.r. Sicilia 29 aprile 1985, n. 21, Norme per l'esecuzione dei lavori pubblici in Sicilia, aggiunto dall'art. 21, l.r. Sicilia 8 gennaio 1996, n. 4, prima dell'abrogazione da parte dell'art. 9, co. 5, l.r. Sicilia 23 dicembre 2000, n. 32, che, ai fini della disciplina della finanza di progetto, ha operato un rinvio ricettizio agli 37-*bis* ss. della Legge Quadro e alle norme del d.P.R. n. 554/1999, rinvio confermato dalla nuova Legge quadro regionale in materia di lavori pubblici 19 maggio 2003, n. 7 che ha recepito integralmente gli art. 37-*bis* e ss. come modificati dalla l.n. 166/2002.

Identica previsione è nell'art. 37, co. 10 della l.r. Valle d'Aosta 20 giugno 1996, n. 12, Legge Regionale in materia di lavori pubblici.

La prelazione è inserita pure nella Legge del Friuli-Venezia Giulia, emanata successivamente alla Merloni-ter, l.r. 6 luglio 1999, n. 20, art. 8, che prevede - in caso di esercizio della prelazione - l'obbligo a carico del promotore di versare al miglior offerente una somma pari agli onorari ed alle spese sostenute per la redazione del progetto definitivo e gli eventuali diritti sulle opere dell'ingegno.

In senso critico sulle previsioni delle legislazioni regionali in tema di prelazione si v. L. De Pauli, *Project financing e regioni a statuto speciale: alcune esperienze a confronto*, in "Urb. App.", n. 8/2000, p. 817, che rileva l'incompatibilità di tali norme con il diritto comunitario e con la *par condicio*, ed i principi in tema di concorrenza, in quanto "*l'esistenza della prelazione probabilmente scoraggerà una effettiva concorrenza ed è altresì presumibile che finirà per frustrare la possibilità di miglioramenti dei progetti presentati dai promotori, rendendo arduo l'ottenimento di migliori condizioni per le amministrazioni aggiudicatrici. Senza dire che in effetti i termini temporali concessi per la presentazione di offerte alterative a quella del promotore appaiono in tutti i casi assai stretti, ad ulteriore detrimento del confronto concorrenziale*". Sul diritto di prelazione previsto dalla legislazione siciliana si cfr. S. Pensabene Lioni, *Prospettive e profili problematici dell'inserimento del project financing nel contesto dell'ordinamento amministrativo vigente, alla stregua dell'esperienza normativa della regione siciliana*, in "Riv. Trim. App.", n. 4/1999, p. 568, il quale rileva come la previsione del diritto di prelazione non corrisponda all'interesse pubblico in quanto, "*se è vero che la caratteristica del project financing è legata alla sua concreta strutturazione, è ovvio che il soggetto che può porlo in esecuzione in maniera ottimale è lo stesso soggetto che l'ha proposto e non chi abbia presentato un diverso progetto risultato perdente all'esito della gara*".

¹⁸ Il sistema così delineato, in mancanza di un ulteriore confronto tra la proposta del promotore e la migliore offerta risultante dalla gara, si risolveva in un affidamento diretto al promotore, in contrasto con il principio comunitario della concorrenza, che si traduce nella necessità del ricorso alla gara per l'individuazione del concessionario.



gara. Quindi, anche nell'ipotesi in cui in tale prima fase siano state presentate più di due migliori offerte rispetto a quella oggetto della proposta originaria del promotore, la procedura negoziata si svolgerà in ogni caso tra i soli presentatori delle due migliori offerte e lo stesso promotore;

b) in secondo luogo, la previsione della vincolatività della proposta per il promotore garantisce l'automatica attribuzione allo stesso della concessione, nel caso in cui non siano presentate altre offerte nella gara;

c) in terzo luogo – a prescindere dall'esito della procedura negoziata – il promotore avrà comunque la possibilità di adeguare la propria offerta a quella ritenuta più conveniente dall'Amministrazione, in virtù del diritto di prelazione nell'attribuzione della concessione¹⁹.

III. LA POSIZIONE DI VANTAGGIO DEL PROMOTORE E I RAPPORTI CON IL DIRITTO COMUNITARIO.

III.1. La procedura d'infrazione avviata contro l'Italia e il parere motivato della Commissione CE. La descritta posizione di vantaggio assicurata al promotore nel procedimento per l'affidamento in concessione di opere pubbliche in finanza di progetto ha posto la questione della compatibilità con il diritto della concorrenza e, in particolare, con il principio di parità di trattamento tra i partecipanti a una procedura a evidenza pubblica.

In tale prospettiva, infatti, l'attribuzione di un diritto di prelazione al promotore – in aggiunta agli altri meccanismi di incentivo contenuti nella normativa – aumenta evidentemente le possibilità che questi risulti aggiudicatario della concessione di costruzione e gestione. Senza dubbio, questo costituisce un incentivo al coinvolgimento di capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, ma - d'altro canto - può rivelarsi dannoso per la realizzazione di una reale concorrenza, finendo per scoraggiare gli

¹⁹ Per un'analisi completa sul punto, si v. M. Baldi & G. De Marzo, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, IPSOA, II Ed., 2004, pp. 527-533.



operatori del mercato dal partecipare alle gare e innescando meccanismi c.d. di selezione avversa²⁰.

Sul punto è intervenuta la Commissione Europea con parere motivato espresso nell'ambito di una procedura d'infrazione avviata nei confronti della Repubblica italiana per la presenza nell'ordinamento nazionale in materia di opere pubbliche, di alcune norme che violerebbero i principi comunitari²¹.

Nel parere la Commissione ha ritenuto che la posizione di vantaggio del promotore contrasti con gli artt. 43 e 49 del Trattato CE in materia di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi e, in particolare, con i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità²². La Commissione ha osservato che il rispetto di tali principi richiede un'uniforme applicazione delle regole di formulazione delle offerte e, di conseguenza, vieterebbe alle Amministrazioni aggiudicatrici di poter considerare una modifica apportata all'offerta iniziale di un solo concorrente, il quale godrebbe così di una posizione di vantaggio rispetto agli altri.

In effetti, la previsione di un diritto di prelazione in capo al promotore finisce con l'anticipare la fase del confronto tra le diverse "offerte" al momento dell'individuazione della proposta ritenuta di pubblico interesse. La selezione di quest'ultima, infatti, consente al soggetto proponente di usufruire del diritto di prelazione sull'aggiudicazione della futura concessione. La selezione della proposta, nonostante la sua natura para-concorsuale si svolge, tuttavia, senza quelle garanzie di parità di trattamento e di trasparenza che i principi comunitari richiederebbero.

²⁰ Sul punto, l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici ha evidenziato che tali disposizioni, *"a parte la configurabilità di disarmonie rispetto ai principi comunitari, se da un lato possono incentivare la presentazione di proposte, dall'altro rischiano di limitare l'interesse del mondo produttivo a partecipare alla gara per l'individuazione dei due partecipanti alla prevista procedura negoziata, gara il cui risultato può essere vanificato con l'anzidetta prelazione"* (Determinazione n. 27/2002).

²¹ Si tratta della procedura d'infrazione ex art. 226 del Trattato CE n. 2001/2182.

²² Si v. documento della Commissione Europea C (2003) 3764.

Pertanto, secondo il parere della Commissione, il principio di parità di trattamento esige che tutti i soggetti che si vogliono proporre come promotori debbano essere informati del vantaggio competitivo collegato alla qualifica di promotore medesimo e, segnatamente, dell'esistenza del diritto di prelazione nella fase finale dell'affidamento. Di conseguenza, l'avviso pubblicato ai sensi dell'art. 37-bis dovrebbe specificare sia le informazioni relative all'acquisizione della posizione di vantaggio nella fase finale della selezione del concessionario, sia la definizione dei criteri in base ai quali l'Amministrazione procederà, in caso di più proposte concernenti il medesimo intervento, alla scelta della proposta che sarà posta a base di gara, consentendo in tal modo ai potenziali promotori di conoscere i parametri alla stregua dei quali valutare o meno l'opportunità di candidarsi.

III.2. La giurisprudenza interna. In linea con la Commissione Europea, le Corti amministrative interne, hanno ritenuto la *“indubbia natura concorsuale”* della selezione delle proposte di pubblico interesse²³. Pertanto, ancor prima di un intervento del legislatore, la giurisprudenza era giunta alla conclusione per cui *“l'esame comparativo delle proposte presentate dai diversi competitors deve essere necessariamente preceduta dalla predisposizione di positivi ed uniformi criteri di giudizio”*²⁴. Infatti, *“non appare plausibile sostenere [...] che la fase di scelta del promotore - pur con le sue peculiarità - non debba rispondere ai canoni procedurali che connotano le vere e proprie gare per la scelta del contraente in materia di opere e servizi pubblici”*²⁵.

²³ Così T.A.R. Piemonte, Sez. I, 23 marzo 2005, n. 651. Nello stesso senso si v. T.A.R. Toscana, Sez. II, 2 agosto 2004, n. 2860. Per un commento della sentenza del T.A.R. Piemonte, si v. F. Marzari, *Sulla prelazione del promotore il Tar Piemonte anticipa le correzioni della Comunitaria*, in “Ed. Territ.”, n. 16/2005, pp. 25 ss.

²⁴ Si cfr., ancora, T.A.R. Piemonte n. 651/2005.

²⁵ Così T.A.R. Toscana n. 2860/2004. Nell'opinione dei giudici toscani *“depongono in tali sensi sia il chiaro ed esplicito nesso di presupposizione funzionale che lega la proposta del promotore dichiarata di pubblico interesse e l'indicazione dell'oggetto della successiva gara per l'affidamento della concessione per la realizzazione dell'opera per cui si è fatto ricorso alle risorse finanziarie del promotore, nonché la stessa previsione normativa di un esame anche comparativo delle proposte presentate [...]. Da tutto quanto detto discende che, pur se l'art. 37 ter legge n. 109/1994, non proceduralizza l'attività di valutazione dell'amministrazione con espresso riferimento alle procedure di gara, tuttavia la necessità che tale valutazione si svolga all'insegna dei criteri di par condicio e di trasparenza (richiesti per il corretto svolgimento delle vere e proprie procedure di gara) appare intrinseca alla stessa natura para-concorsuale*



Emerge, quindi, la necessità che nelle procedure di PF l'Amministrazione aggiudicatrice predetermini i criteri per l'individuazione selettiva delle proposte di pubblico interesse. Di conseguenza, assume un ruolo preminente l'avviso di cui all'art. 37-*bis*, co. 2-*bis*, Legge Quadro, nel quale vengono resi pubblici i progetti inseriti nel programma triennale dei lavori pubblici finanziabili con capitali privati. In altri termini, pur ammettendo la discrezionalità della P.A. nella selezione della proposta di pubblico interesse, la giurisprudenza amministrativa ha ribadito il principio della trasparenza nella selezione stessa, che si esplicherà attraverso la previa determinazione dei parametri a cui la P.A. si dovrà attenere nella valutazione.

L'Amministrazione, in sostanza, dovrà specificare – in sede di avviso – quali siano gli elementi immutabili e quali gli elementi aperti all'apporto ideativo dei privati, consentendo a chiunque di individuare, sulla scorta di tali indicazioni, la combinazione ottimale nella proposta della redditività dell'intervento con il conseguimento dell'interesse pubblico.

Ovviamente quanto più dettagliate saranno le indicazioni contenute nell'avviso tanto minore sarà il margine di scostamento della proposta, salvo che l'Amministrazione stessa non abbia specificato la possibilità di integrare o modificare gli elementi inseriti nell'avviso²⁶.

IV. LE MODIFICHE INTRODOTTE DALLA LEGGE COMUNITARIA 2004: IL NUOVO CONTENUTO OBBLIGATORIO DELL'AVVISO INDICATIVO PUBBLICO.

Al fine di conformarsi alle osservazioni formulate dalla Commissione Europea e risolvere la procedura d'infrazione 2001/2182, il legislatore nazionale (con la l. 18 aprile 2005, n. 62, recante *“Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee. Legge Comunitaria 2004”*) ha

emergente nella scelta del promotore, quale attività volta a realizzare l'interesse pubblico alle migliori condizioni possibili per l'amministrazione aggiudicatrice”.

²⁶ In questo senso, si cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 9 settembre 2004, n. 3877.



provveduto a integrare la disciplina in materia di PF e, segnatamente, la disposizione concernente il contenuto dell'avviso pubblico, a cui sono stati aggiunti tre ulteriori periodi²⁷.

*In forza delle modifiche apportate, "l'avviso deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'articolo 37-ter, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte. L'avviso deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'articolo 37-quater, comma 1, lettera b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti. Con apposito decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sono disciplinati gli effetti sulle procedure in corso che non si siano ancora chiuse a seguito di aggiudicazione alla data di adozione del predetto decreto, i cui avvisi indicativi pubblicati prima della data del 31 gennaio 2005 non contengano quest'ultima indicazione espressa"*²⁸.

Le innovazioni concernono, dunque, il contenuto obbligatorio dell'avviso indicativo pubblico e, segnatamente:

i) la prima consiste nell'obbligo per le Amministrazioni committenti di indicare nell'avviso pubblico diretto a sollecitare le proposte da parte di potenziali promotori, i criteri in base ai quali esse procederanno alla valutazione comparativa di tali proposte. Criteri che dovranno essere individuati nell'ambito di quelli elencati nell'art. 37-ter della Legge Quadro²⁹;

²⁷ Per i primi commenti della Legge Comunitaria 2005, si v. AA.VV., *La Comunitaria 2004*, in "Guida dir.", Dossier Mensile, Maggio 2005, n. 5; e F. Marzari, *Pf, la prelazione rimane ma aumentano gli obblighi di pubblicità negli avvisi*, in "Ed. Territ.", n. 15/2005, p. 16.

²⁸ Art. 24, co. 9, della Legge Comunitaria 2004, che ha modificato l'art. 37-bis, co. 2-bis, della Legge Quadro. Come detto, le modifiche si sono rese necessarie per rendere la norma conforme al diritto comunitario degli appalti pubblici ed evitare, quindi, che una norma come quella sul diritto di prelazione del promotore possa avere l'effetto di discriminare i candidati non nazionali nell'affidamento di una concessione di lavori pubblici.

²⁹ La valutazione di pubblico interesse dovrà, dunque, effettuarsi "sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e 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

ii) la seconda consiste nell'indicazione espressa nell'avviso pubblico che al promotore, il quale avrà presentato la proposta originaria dichiarata di pubblico interesse, spetterà il diritto di prelazione sull'aggiudicazione della concessione, a parità di condizioni con l'offerta ritenuta migliore nell'ambito della procedura negoziata^{30 31}.

Tali modifiche, apparentemente solo formali, contribuiscono a innovare sostanzialmente l'istituto della Finanza di Progetto. Il legislatore ha, infatti, riconosciuto la natura para-concorsuale della fase di pre-gara, in cui l'Amministrazione aggiudicatrice procede alla individuazione della proposta di interesse pubblico da porre come base di gara. Si anticipa così il confronto concorrenziale a tale fase con la necessaria applicazione dei principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità, nonché delle garanzie procedurali proprie delle gare a evidenza pubblica³².

Di qui: i) la necessità di predeterminare e rendere noti i parametri di valutazione delle proposte presentate dai potenziali promotori circa la loro rispondenza o meno all'interesse

della bozza di convenzione" (art. 37-ter, Legge Quadro). Si v., sul punto, R. Mangani, *Pf, l'incerta utilità...*, cit. p. 21.

³⁰ In verità, la norma parla di adeguamento da parte del promotore *"del proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose"*. Tale formulazione è confusa, atteso che non si comprende come l'adeguamento da parte del promotore possa avvenire con riferimento a una pluralità di offerte e non – come più correttamente previsto dal penultimo periodo dell'art. 37-ter della Legge Quadro – all'unica offerta giudicata più conveniente nell'ambito della procedura negoziata dall'Amministrazione.

³¹ Con riferimento all'obbligo di pubblicità del diritto di prelazione del promotore, la Legge Comunitaria ha previsto una disposizione transitoria per la quale: *"con apposito decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sono disciplinati gli effetti sulle procedure in corso che non si siano ancora chiuse a seguito di aggiudicazione alla data di adozione del predetto decreto, i cui avvisi indicativi pubblicati prima della data del 31 gennaio 2005 non contengano quest'ultima indicazione espressa"*. Il contenuto che potrà avere l'emanando decreto è, tuttavia, dubbio. In effetti, la disciplina transitoria non può essere diretta a integrare – per mezzo di un decreto ministeriale – le procedure in corso attraverso il riconoscimento di un diritto di prelazione prima inesistente. Un tale diritto era, infatti, già sussistente sulla base della normativa vigente all'epoca della pubblicazione dell'avviso indicativo, e, dunque, l'unica reale novità introdotta è che dell'esistenza di tale diritto occorre dare preventiva pubblicità. Pertanto, quello che manca negli avvisi pubblicati prima del 31 gennaio 2005 è la pubblicità in merito all'esistenza del diritto di prelazione, che tuttavia non ha alcun effetto pregiudizievole in merito alla possibilità di un suo concreto esercizio da parte del promotore. Sul punto si v. R. Mangani, *Pf, l'incerta utilità del decreto sulle procedure ancora in corso*, in "Ed. Territ.", n. 17/2005, pp. 21 ss.

³² Come ricordato nelle Sezioni precedenti, infatti, una volta riconosciuto al promotore un diritto di prelazione sull'aggiudicazione della concessione, gli esiti della procedura bifasica di gara (licitazione privata/appalto-concorso e procedura negoziata) sono prevedibili, con il promotore che potrà divenire in ogni caso l'aggiudicatario adeguando la sua proposta all'offerta ritenuta migliore dall'ente committente.



pubblico; ii) l'esigenza di stimolare la presentazione di proposte da parte dei privati così anticipando il momento principale dell'affidamento della concessione alla "gara" tra potenziali promotori e potenziali proposte, piuttosto che alla procedura negoziata tra il promotore e la sua proposta e le offerte di successivi *competitors*³³.

Pertanto, le Amministrazioni dovranno far precedere l'esame delle proposte dalla predeterminazione di puntuali criteri per la valutazione dei differenti profili di interesse pubblico rilevanti, nonché dall'assegnazione di pesi o punteggi a detti profili. Tuttavia, la definizione dei parametri di selezione della proposte potrebbe non essere agevole, atteso che al momento della presentazione delle stesse non esiste un progetto definitivo dell'opera. Dunque, molto dipenderà dal livello di approfondimento degli studi preliminari di fattibilità degli interventi inseriti nel programma triennale dei lavori pubblici³⁴.

V. IL D.D.L. S-3320, RECANTE "RIFORMA ORGANICA DELLA PROCEDURA DI FINANZA DI PROGETTO".

In conclusione, bisogna da conto che è attualmente in corso di esame da parte dell'Ottava Commissione del Senato (Lavori pubblici, comunicazioni) un progetto di legge di riforma della procedura di PF³⁵. L'obiettivo è riscrivere in forma più organica gli artt. 37-*bis*, 37-*ter* e 37-*quater* della Legge Quadro.

La riforma opera sotto una serie di profili e segnatamente:

1 – si introduce nella legislazione italiana il contratto di partenariato pubblico privato assimilato, quanto alle procedure di affidamento, alla concessione. Tale contratto, infatti, è sostanzialmente una concessione, dove tuttavia il corrispettivo del privato è un canone di

³³ L'avviso indicativo diviene, quindi, sempre più assimilabile a un bando. Infatti, al pari di quest'ultimo fissa una *lex specialis* della "valutazione comparativa tra le diverse proposte" (art. 37-*bis*, co. 2-*bis*, Legge Quadro). La natura concorsuale della fase di selezione della proposta di pubblico interesse è, dunque, indubbia (T.A.R. Piemonte, n. 651/2005). Rimane da vedere come la giurisprudenza amministrativa interpreterà questa nuova funzione dell'avviso e, soprattutto, se ne consentirà l'impugnazione da parte dei potenziali promotori.

³⁴ In questo senso, si v. F. Marzari, *Pf, la prelazione rimane...*, cit., p. 16.

³⁵ Si v. Atto Senato S-3320.



disponibilità assicurato dal committente e non il diritto di gestire l'opera ed incassare le tariffe degli utenti³⁶;

2 – si estende la possibilità di ricorrere al PF anche nei casi di concessioni di servizi o di concessioni miste³⁷;

3 – si prevede un obbligo precipuo di pubblicità per tutti i programmi di opere pubbliche e si regolano dettagliatamente i contenuti dell'avviso, in conformità alle indicazioni della Commissione CE³⁸;

4 – si semplificano i criteri di valutazione delle proposte dei promotori, imponendo alle Amministrazioni aggiudicatrici di accogliere o respingere la proposta entro un termine di quattro mesi, decorso il quale è dovuto al promotore un indennizzo per le spese inutilmente sostenute³⁹;

5 – si consente la presentazione di proposte per i lavori costituenti adempimento di obblighi di legge a carico del soggetto aggiudicatore competente (ad es., lo smaltimento dei

³⁶ Si v. art. 1, co. 2, lett. e), del d.d.l. S-3320 che definisce il partenariato pubblico-privato come “*il contratto con il quale un soggetto aggiudicatore affida ad un soggetto privato una concessione o un altro contratto che comunque comporta la partecipazione dello stesso al finanziamento nonché alla gestione tecnica o economica dell'opera eseguita*”.

³⁷ Si v. art. 1, co. 2, del d.d.l. S-3320.

³⁸ In particolare, “*l'avviso deve rendere note:*

a) la lista dei lavori inseriti nel programma e l'ammontare presunto della spesa, ove individuato;

b) la facoltà dei soggetti interessati di presentare, per i lavori inseriti nel programma, proposta di concessione o altra forma di PPP, nei modi e nei termini di cui alla presente legge;

c) la eventuale lista dei lavori inseriti nel programma, per i quali la possibilità di cui alla lettera b) è esclusa dal soggetto aggiudicatore;

d) l'avvertenza che le proposte presentate saranno valutate, anche comparativamente, con i criteri di cui all'articolo 4;

e) l'avvertenza che il promotore prescelto avrà facoltà di avvalersi del diritto di cui all'articolo 5, comma 3.” (art. 2, co. 2, del d.d.l. S-3320).

³⁹ Si v. art. 4 del d.d.l. S-3320.



rifiuti), anche nell'ipotesi in cui l'Amministrazione abbia omissso di inserirli nella programmazione dei lavori da effettuarsi⁴⁰;

6 – si modifica il contenuto della proposta del promotore, regolando il contenuto dell'asseverazione e imponendo di ottenere l'impegno di un soggetto idoneo a rilasciare la garanzia di buona esecuzione dell'opera⁴¹;

7 – si semplifica la procedura concorsuale: i) si elimina la necessità della terza fase di gara in caso di esercizio della prelazione del promotore; ii) si elimina la possibilità di prelazione in mancanza di avviso al pubblico, ma lo stesso promotore può ovviare all'inerzia del committente, pubblicando a sue spese l'avviso⁴²;

8 – si estende al promotore il regime di contenzioso previsto dalla legge obiettivo⁴³. In mancanza di questa norma i contratti sottoposti a contenzioso diventano di fatto ineseguibili, perché nessun concessionario trova finanziamenti;

9 – si agevola il pagamento del prezzo di concessione, consentendo la cessione o la delegazione di pagamento di tariffe ed introiti tributari per l'opera realizzata, nonché consentendo di avvalersi di una congrua quota del valore residuo dell'opera restituita per finanziare il contratto⁴⁴;

⁴⁰ Si v. art. 3, co. 1, del d.d.l. S-3320.

⁴¹ Si v. art. 3 del d.d.l. S-3320.

⁴² Si v. art. 5 del d.d.l. S-3320.

⁴³ Si tratta della legge delega 21 dicembre 2001, n. 443, attuata dal d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190. In particolare, si applica il regime di cui all'art. 14, co. 2, del decreto in forza del quale i contratti stipulati non possono essere annullati (art. 6 del d.d.l. S-3320).

⁴⁴ In tal modo l'Amministrazione committente potrà coprire una quota del prezzo dovuto al concessionario con il valore della stessa opera, quando gli sarà restituita al termine della concessione.



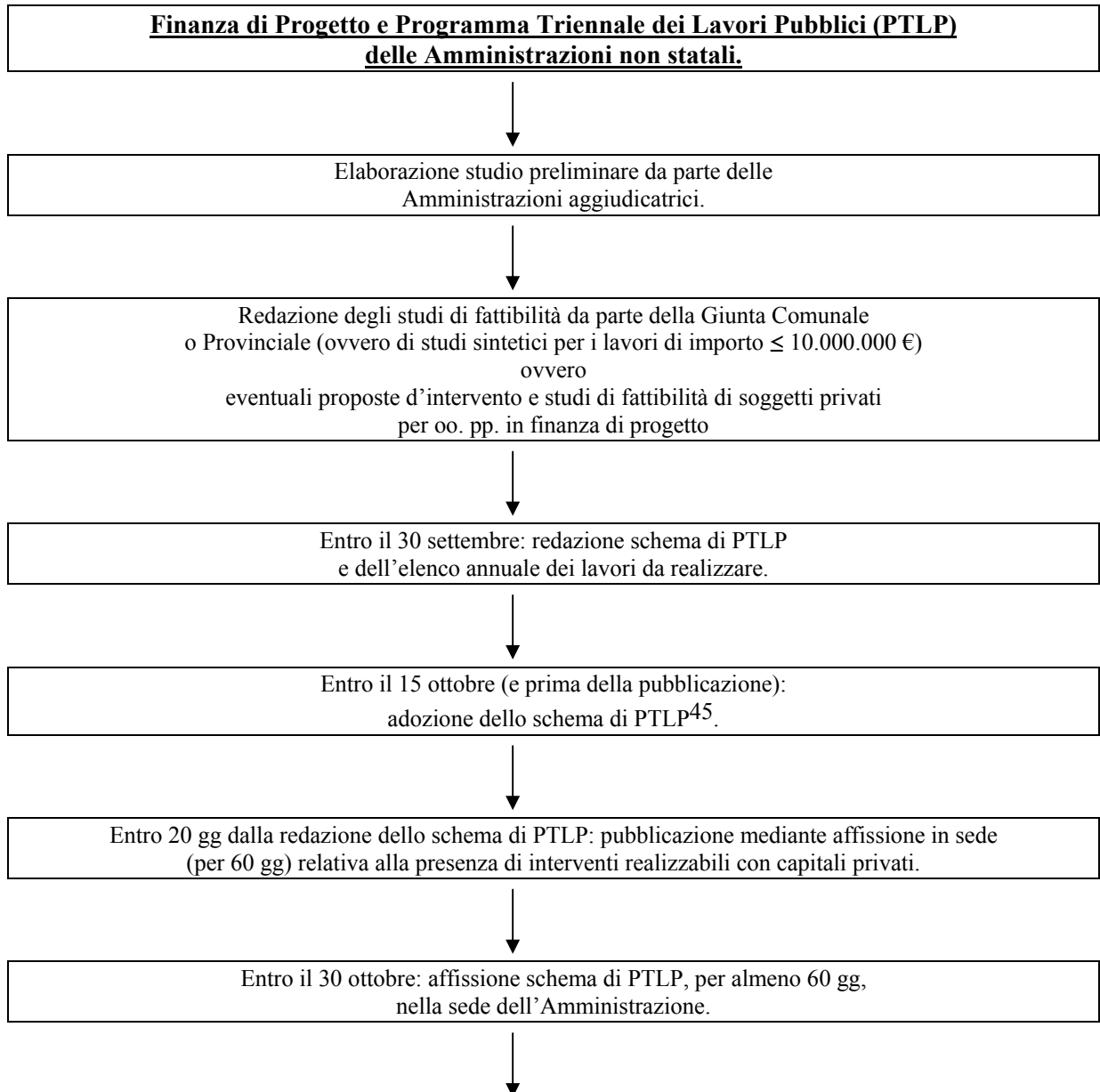
10 – si recupera, infine, la delega legislativa già prevista dalla l. 1 agosto 2002, n. 166, recante “*Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti*”, allo scopo di agevolare il finanziamento delle società di progetto costituite dai concessionari e dai contraenti generali, introducendo efficaci norme di garanzia a favore degli istituti finanziatori.

Prof. Avv. Marcello Clarich

Saggio redatto in collaborazione con il Dott. Marco Giustiniani



ALLEGATO (A):



⁴⁵ Con il D.M. 22 giugno 2004 si è previsto che per l'inserimento di un qualsiasi intervento nel PTLP è necessaria la progettazione preliminare dello stesso (art. 2, co. 5). Tale approvazione era prima prevista esclusivamente per l'inclusione di un intervento (di importo \geq a 1.000.000 €) nell'elenco annuale dei lavori da effettuare.

Per opere in finanza di progetto si ritiene, tuttavia, sufficiente la sola redazione e proposta dello studio di fattibilità. Tale conclusione si raggiunge sulla base dell'interpretazione in combinato disposto degli artt. 14 e 37-bis, comma 1, sesto periodo, Legge Quadro.

