



SEZIONE PRIMA

**INQUADRAMENTO SISTEMATICO**

---

Il *project financing* può essere definito come «*il finanziamento di una particolare unità economica in cui i finanziatori fanno inizialmente affidamento sulle sue entrate ed i suoi cash flow futuri quale sorgente dei fondi attraverso i quali verrà rimborsato il debito e sul patrimonio dell'unità stessa come garanzia collaterale del prestito*» (NEVITT).

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale il *project financing* è una

**Giurisprudenza**

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.

Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847.

Il modello di *project financing* – dapprima recepito dalla legge n. 109/1994 e s.m.i. ed ora dal Codice dei contratti – prevede, in estrema sintesi, che un soggetto privato («promotore») proponga la realizzazione di un'opera di pubblica utilità ad una P.A. concedente, che la ha inserita nel programma triennale dei lavori ovvero, a seguito della novella del 2008, anche nell'ipotesi in cui tale inserimento manchi ma l'Amministrazione concedente ne riconosca la pubblica utilità. La proposta del promotore deve contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario e altri elaborati sulla fattibilità e sull'inquadramento ambientale dell'iniziativa. Se dichiarata di pubblico interesse dalla P.A., la proposta costituisce la base di una gara ad evidenza pubblica e finalizzata alla selezione del concessionario.

Sin dalla sua prima versione, è apparso evidente che trattasi di un procedimento amministrativo complesso a formazione progressiva, per sua natura vocato alla multidisciplinarietà in quanto espressione di una necessaria sincronizzazione e sintesi di vari profili (in primo luogo economico-finanziario, e poi giuridico, tecnico, bancario, assicurativo, ecc.), senza che ciò faccia venire meno l'unitarietà logico-giuridica dell'operazione.



Si è in presenza, invero, di un procedimento contraddistinto da una indiscutibile unitarietà, logico-giuridica del tutto coerente e ragionevole con la stessa natura del *project financing*, quale tecnica finanziaria che consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e che si sostanzia in un'operazione economico-finanziaria idonea ad assicurare utili che consentono il rimborso del prestito e/o finanziamento e gestione proficua dell'attività.

Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2009, n. 3319.

Inevitabilmente il «montaggio» di un'operazione di finanza di progetto richiede la costituzione di un *team* di lavoro multidisciplinare che riunisca una pluralità di soggetti (funzionari e consulenti) dotati di competenze specialistiche e predisposti ad un approccio orientato al *problem solving*. Da ciò la necessaria presenza di esperti in ciascuno dei profili coinvolti (economico-finanziario, giuridico, tecnico, bancario, assicurativo, ecc.), ed anzi spesso di più consulenti esperti ciascuna materia in ragione della complessità dell'operazione: per limitarsi qui al profilo giuridico, il riferimento è al diritto amministrativo, societario, civile, tributario, bancario, ecc.

È convinzione comune che il *project financing*, o finanza di progetto, abbia fatto la sua comparsa nell'ordinamento italiano con la c.d. **Merloni ter** (legge 11 novembre 1998, n. 415), che ha introdotto gli artt. dal 37-*bis* al 37 *nonies* nella legge n. 109/1994.

In realtà tale primato può essere accettato solo se riferito al settore pubblico, mentre il diritto civile nazionale già consentiva l'utilizzo di tale istituto in base al principio di autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.).

Un altro luogo comune è che la sua origine sia prettamente anglosassone. Pare invece che le sue origini possano rinvenirsi nel XII secolo mercé l'iniziativa dei banchieri fiorentini Frescobaldi di concedere un finanziamento garantito dal *cash flow* della vendita dell'argento estratto nelle miniere del Devon. In seguito non sono mancati gli esempi di finanziamento di opere, anziché di aziende, sulla base della capacità di produrre reddito. A tal proposito si possono citare la legge n. 1137/1929 (sulla concessione) e il D.Lgs. n. 504/1992 (art. 46, in tema di autofinanziamento di opere pubbliche). Un approccio organico al tema era stato altresì preparato da alcune disposizioni speciali in materia di concessioni di beni demaniali marittimi per la realizzazione di strutture da dedicare alla nautica da diporto (D.P.R. n. 509/1997).

Al di là degli aspetti storici, è però certo che la prima disciplina generale compiuta del *project financing* sia costituita dall'art. 11 della citata legge n. 415/1998.

Con successivi interventi, il legislatore ha ampliato la portata dell'istituto, in primo luogo istituendo in seno al CIPE l'Unità Tecnica Finanza di Progetto con il precipuo compito di promuovere l'utilizzo del *project financing* all'interno delle Amministrazioni.

L'art. 21 della **legge 24 novembre 2000, n. 340** ha consentito l'utilizzo del *project financing* anche in relazione a nuove infrastrutture viarie di interesse nazionale per le quali sono utilizzabili sistemi di pedaggiamento.

La c.d. **legge obiettivo** (legge 21 dicembre 2001, n. 43) ha delegato il Governo ad emanare decreti legislativi concernenti anche l'utilizzo del *project financing* per la realizzazione delle infrastrutture strategiche. Il conseguente **D.Lgs. 21 dicembre 2002, n. 190** ha previsto una procedura meno rigida rispetto a quella tradizionale per la realizzazione in *project financing* delle grandi opere, esplicitamente indicata come uno dei criteri direttivi per l'attuazione del primo programma di infrastrutture strategiche approvato dal CIPE nel 2001.

Nel frattempo la legge quadro sui lavori pubblici aveva subito un ulteriore *restyling* per effetto della legge n. 166/2002 (c.d. **Merloni quater**) che aveva:

- eliminato il limite di durata della concessione;
- eliminato il «prezzo» della concessione;
- reso flessibili tempo e modalità di erogazione del contributo pubblico;
- facoltizzato le P.A. a cedere beni immobili a titolo di prezzo;
- reso possibile limitare la progettazione alla mera revisione;
- consentito far partecipare il concessionario alla conferenza di servizi, senza diritto di voto;
- eliminato l'obbligo di appaltare a terzi una percentuale dei lavori;
- reso possibile che anche i soggetti privati presentassero, nella fase della programmazione, proposte di intervento;
- introdotto obblighi di pubblicità dell'avviso indicativo;
- introdotto due diverse scadenze per la presentazione di proposte;
- obbligato le P.A. a nominare il RUP e comunicarne il nominativo;
- ampliato l'elenco dei soggetti possibili promotori;
- ampliato l'elenco di soggetti asseveratori;
- introdotto il termine di 4 mesi per la conclusione del procedimento;
- previsto la «prelazione» in favore del promotore;
- introdotto il termine di 3 mesi per l'indizione di una gara tra promotori;
- specificato le ipotesi di rimborso delle spese sostenute dal candidato non risultato aggiudicatario;
- specificato le ipotesi di cedibilità di quote della società di progetto.

La disciplina nazionale è stata oggetto di attenzione da parte della Commissione U.E. che aveva avviato una procedura di infrazione volta a censurare l'art. 37 *bis* nella formulazione operata dalla Merloni *quater*, nella quale non era contemplata un'adeguata pubblicità nei bandi di gara del **diritto di prelazione** spettante al promotore, con conseguente lesione del principio di trasparenza e di uguaglianza tra i partecipanti alla gara. Per conformarsi a tali osservazioni il legislatore, in occasione della legge comunitaria 2004 (**legge n. 62/2005**), ha integrato le disposizioni concernenti il contenuto dell'avviso pubblico, con ciò aderendo alla tesi della natura para-concorsuale della fase di pre-gara.

La **legge n. 15/2005**, in occasione di un complessivo *restyling* della legge n. 241 del 1990, ha disciplinato *ex novo* la conferenza dei servizi, introducendo anche novità peculiari per il *project financing*.

La **legge n. 80/2005**, all'art. 5 ha previsto che per la realizzazione di infrastrut-

ture con modalità di *project financing* possano essere destinate risorse costituenti investimenti immobiliari degli enti previdenziali pubblici.

Il 1° luglio 2006 è entrato in vigore il **Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163)**, che agli artt. 153 e ss. ha recepito la disciplina normativa previgente (artt. 37-*bis* e ss. Legge Merloni) senza modificazioni lessicali, ma collocando l'istituto in un diverso contesto normativo.

Il Codice ha una duplice natura.

Da un lato ha **natura** prettamente compilativa in quanto costituisce il recepimento di dettagliate direttive comunitarie (n. 2004/17 e n. 2004/18) che hanno ricondotto ad unità la disciplina di appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture, rispettivamente, nei «settori ordinari» (cioè tutti, eccettuati quelli speciali, nonché gli appalti segreti, esclusi dall'applicazione di entrambe le direttive) e nei «settori speciali» (*ex* «settori esclusi», vale a dire, gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica). Inoltre, per quanto riferito agli appalti «sottosoglia», contiene un coordinamento formale delle previgenti disposizioni.

Dall'altro lato introduce innovazioni rispetto all'assetto normativo precedente.

Le due direttive del 2004 si muovono sostanzialmente nel solco della disciplina comunitaria precedente, con innovazioni volte a consentire forme più flessibili e moderne dell'attività amministrativa, e nel contempo a meglio garantire la concorrenza, esigenze ambientali e sociali, e correggere aspetti formali.

Riguardo al diritto nazionale, **prima del recepimento delle direttive**, a grandi linee la situazione era la seguente:

- appalti di lavori (sopra e sotto soglia): legge n. 109/1994 (c.d. Merloni) e s.m.i., oltre a numerosi atti regolamentari (tra i principali, il D.P.R. n. 554/1999 recante il regolamento generale e il D.P.R. n. 34/2000 sulla qualificazione);
- appalti di servizi sopra soglia: D.Lgs. n. 157/1995;
- appalti di servizi sotto soglia: applicazioni dei principi del Trattato U.E. e R.D. n. 2359/1924;
- appalti di forniture sopra soglia: D.Lgs. n. 358/1992;
- appalti di forniture sotto soglia: D.P.R. n. 573/1994;
- appalti di lavori, servizi e forniture nei settori speciali: D.Lgs. n. 158/1995;
- appalti di lavori per grandi infrastrutture: D.Lgs. n. 190/2002 e s.m.i.;
- appalti dei beni culturali: D.Lgs. n. 30/2004.

La legge comunitaria 2004 (legge n. 62/2005) all'art. 25 ha delegato il Governo a recepire le due direttive del 2004 con un «unico testo normativo» sulla base di cinque **criteri direttivi**:

- recepimento direttive in modo puntuale: ciò ha comportato significative innovazioni solo in materia di lavori pubblici (procedura negoziata, discrezionalità nella licitazione privata nella scelta tra criteri di aggiudicazione, verifica anomalie, accordo quadro, dialogo competitivo, centrale di committenza ed aste elettroniche);

- coordinamento di tutte le disposizioni in materia di procedure di affidamento, progettazione lavori ed esecuzione del contratto;
- semplificazione delle procedure nei contratti sotto soglia per favorire contenimento dei tempi e massima flessibilità;
- estensione alla materia dei servizi e delle forniture delle attribuzioni all'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici;
- adeguamento a giurisprudenza comunitaria sulla scelta tra prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa.

La oggettiva complessità degli obiettivi ha reso necessaria la costituzione di una commissione di studio (c.d. **Commissione De Lise**) che ha predisposto una bozza di testo, adottata dal Consiglio dei Ministri il 13 gennaio 2006; successivamente sono stati acquisiti i pareri della Conferenza unificata, del Consiglio di Stato e delle competenti Commissioni parlamentari di Camera e Senato.

Alla luce delle osservazioni formulate, diverse delle quali accolte, il testo è stato definitivamente approvato dal Governo il 23 marzo 2006. Dopo la promulgazione (12 aprile 2006), il Codice degli appalti è stato pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* 2 maggio 2006. Secondo la sua previsione originaria, il Codice sarebbe dovuto entrare in vigore il **1° luglio 2006**, ma il nuovo Parlamento ha disposto l'entrata in vigore differita (1° febbraio 2007) di alcuni istituti.

In tale contesto giova altresì segnalare che l'entrata in vigore del Codice è avvenuta dopo la scadenza del termine di recepimento delle direttive comunitarie. Trattandosi di direttive c.d. *self executing*, la situazione generale può essere così riassunta:

- il 1° febbraio 2006 sono entrate a far parte dell'ordinamento italiano le detagliate disposizioni contenute nelle due direttive del 2004;
- il 1° luglio 2006 è entrato in vigore il Codice degli appalti nella sua interezza;
- dal 4 luglio 2006 (a seguito dell'entrata in vigore del D.L. n. 223/2006 poi convertito con legge n. 248/2006) sono stati emendate e abrogate varie disposizioni (v. cap. 19);
- dal 12 luglio 2006 (a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 228/2006 di conversione D.L. n. 173/2006) sono state emendate e abrogate alcune disposizioni, mentre l'entrata in vigore di altre è stata differita di 6 mesi (v. cap. 19);
- il 1° febbraio 2007 entrerà in vigore l'intero corpo normativo del Codice;
- con l'adozione del regolamento generale, verranno abrogati tutti gli articoli del D.P.R. n. 554/1999 e il D.P.R. n. 34/2000.

Riguardo alla **struttura**, il Codice è suddiviso in cinque parti:

- la Parte I (artt. 1-27) si occupa dei principi generali;
- la Parte II (artt. 28-205) è dedicata alla disciplina degli appalti rientranti nei settori ordinari. In tale ambito è riportata, senza innovazioni, la disciplina generale del *project financing* (artt. 152-160);
- la Parte III (artt. 206-238) disciplina i contratti pubblici nei settori speciali;
- la Parte IV (artt. 239-246) concerne il contenzioso;
- la Parte V (artt. 247-257) ha per oggetto disposizioni di coordinamento finali.

La disciplina del *project financing* – sia quella prima contenuta nella Merloni, che quella della legge obiettivo – sono state **recepite** dal Codice, rispettivamente agli artt. 153/160 e all'art. 175, ove sono stati trasposti i contenuti degli artt. 37bis-37nonies della legge n. 109/1994 e s.m.i., e dell'art. 8 del D.Lgs. n. 190/2002, con un coordinamento quasi esclusivamente formale.

In realtà alcune modifiche in materia di *project financing* sono state apportate dal Codice nella parte in cui ha individuato (art. 152) la «disciplina comune applicabile», con cui ha operato una ricognizione delle norme applicabili al *project financing* in aggiunta a quelle specificamente previste: il rinvio dinamico ad altri gruppi di norme oggetto di novazione ha inevitabilmente integrato il *corpus* normativo dell'istituto in esame.

La legge delega per la redazione del codice dei contratti ha previsto la possibilità per il Governo di emanare decreti correttivi entro il biennio successivo. Il Governo ha utilizzato tale facoltà in tre occasioni:

- **primo decreto correttivo** (D.Lgs. n. 6/2007);
- **secondo decreto correttivo** (D.Lgs. n. 113/2007): in particolare si è prevista una riduzione del rischio del concessionario attraverso la previsione del rimborso della quota non ammortizzata al termine della concessione. Inoltre **si è eliminato il diritto di prelazione del promotore nel *project financing***;
- **terzo decreto correttivo** (D.Lgs. n. 152/2008): si è operato un **profondo *re-styling della finanza di progetto***, ripristinando il diritto di prelazione del promotore e sostituendo la precedente procedura (articolata in tre fasi) con quattro distinti percorsi (due ad iniziativa pubblica e due ad iniziativa privata) al fine di rilanciare la realizzazione di opere pubbliche con il concorso di attività di privati.

Riguardo al 2010 si segnalano importanti novità.

Il Codice dei contratti, fra l'altro, è stato novellato dal **D.Lgs. n. 53/2010** (recepimento c.d. Direttiva ricorsi) che ha introdotto il comma 5-*quater* dell'art. 79, il quale prevede una disciplina speciale in materia di accesso ai documenti delle procedure di gara.

Ulteriori novità derivano dall'entrata in vigore del **Codice del processo amministrativo** (D.Lgs. n. 104/2010), che agli artt. 120 e ss. ha dettato una nuova disciplina del contenzioso in materia di procedure di affidamento, tra cui anche quelle del *project financing*. Inoltre è rilevante l'emanazione del **Regolamento generale di esecuzione ed attuazione del codice** (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, in *Gazzetta Ufficiale* 10 dicembre 2010, n. 288, s.o.).

Le sanzioni a SOA e imprese sono saranno le uniche norme ad entrare in vigore subito, il 25 dicembre, al termine dei tradizionali 15 giorni di *vacatio legis*. Per tutto il resto del Regolamento l'**entrata in vigore è stata prevista decorsi 180 giorni dalla pubblicazione** (8 giugno 2011).

L'iter di approvazione è stato particolarmente travagliato, che può essere così riassunto:

- a) **13 marzo 2007** prima approvazione del Regolamento da parte del Consiglio dei Ministri;
- b) **17 settembre 2007** parere n. 3262 del Consiglio di Stato;
- c) **21 dicembre 2007** approvazione definitiva del Regolamento da parte del Consiglio dei Ministri;
- d) **28 gennaio 2008** firma del Capo dello Stato del relativo Decreto legislativo cui viene apposta la data del 28 gennaio 2008;
- e) **8 febbraio 2008** trasmissione del testo del Regolamento alla Corte dei Conti;
- f) **fine marzo 2008** ritiro del testo da parte del Ministero;
- g) **fine aprile 2008** nuova trasmissione del testo modificato del Regolamento alla Corte dei Conti;
- h) **26 maggio 2008** definitiva bocciatura del Regolamento da parte della Corte dei Conti;
- i) **17 dicembre 2009** nuova approvazione preliminare da parte del Consiglio dei Ministri;
- j) **3 marzo 2010** nuovo parere favorevole n. 313/2010 del Consiglio di Stato;
- k) **18 giugno 2010** approvazione definitiva da parte del Consiglio dei Ministri;
- l) **13 settembre 2010** «*bollinatura*» da parte della Ragioneria Generale dello Stato.

La sezione di controllo della Corte dei Conti (adunanza del 30 novembre 2010) ha ammesso al visto ed alla conseguente registrazione il testo dell'intero regolamento, ad eccezione di alcuni articoli (artt. 72; 79, comma 21; 283, comma 1; 327, comma 2; 357, commi 12, 13, 16, 17, 21). Riguardo a questi rilievi, il Governo ha insistito nel mantenimento delle disposizioni regolamentari e nel preambolo del Regolamento ha fornito le motivazioni al solo art. 72, ritenendo la norma «*necessaria a precisare, sulla base della previsione dell'art. 40, comma 4, lett. f-bis) del Codice, il ruolo di vigilanza svolto sul sistema di qualificazione delle imprese, oltre che dall'autorità, anche dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, cui è attribuita l'attività di rilascio dell'attestazione di qualificazione del contraente generale*».

Si tratta di un Regolamento previsto nell'art. 5, comma 5 del Codice dei contratti ed è chiamato in questo modo (e non «Regolamento degli appalti pubblici») perché le disposizioni del Regolamento devono trovare nel Codice civile la norma di chiusura per la soluzione di casi dubbi o controversi. Il Regolamento è costituito da un testo molto ampio (359 articoli e 15 Allegati), suddiviso in **sette parti**.

La prima parte contiene le **disposizioni comuni degli appalti di lavori, servizi e forniture**. La seconda parte, particolarmente corposa (artt. 9-251), disciplina i **lavori nei settori ordinari** ed è articolata sulla base del procedimento attraverso il quale viene realizzata un'opera, dalla nomina del rappresentante del procedimento sino al collaudo. La terza parte disciplina gli **appalti di servizi tecnici** (architettura ed ingegneria). La quarta stabilisce in dettaglio la disciplina degli **appalti di servizi e forniture**. La quinta disciplina gli **appalti dei settori speciali**. La sesta prevede i **contratti eseguiti all'estero**. La settima, infine, contiene **norme transitorie**, l'indicazione delle norme abrogate e stabilisce i tempi di entrata in vigore del Regolamento. Giova

rammentare che non si tratta di un Regolamento di esecuzione (che stabilisce in dettaglio quanto è previsto nella legge e che è sottoposto ai limiti di cui all'art. 4 delle Disposizioni sulla legge in generale), bensì di un **Regolamento di attuazione e di integrazione** del Codice dei contratti. Esso contiene quindi disposizioni che integrano, completano le norme del Codice dei contratti e si pongono al livello di esso.

Le **norme di maggiore rilievo** del Regolamento riguardano:

- il *project financing* in materia di servizi (art. 278);
- il sistema di qualificazione;
- le opere «superspecialistiche»;
- la verifica dei progetti;
- la progettazione;
- l'appalto «integrato»;
- la disciplina transitoria sulla qualificazione, che contiene minuziose regole sulle attestazioni relative ad alcune categorie.

Il sistema dei contratti pubblici è stata ampiamente modificata. Infatti, il Regolamento riprende molte norme del precedente Regolamento (D.P.R. n. 554/1999) e del D.M. n. 145/2000, ma contiene importanti novità.

Il Regolamento introduce una nuova **validazione del progetto**, che sarà obbligatoria su ogni livello di progettazione e dovrà svolgersi in parallelo e in contemporanea con la progettazione, e non dopo la sua conclusione. La validazione potrà essere eseguita da società specializzate, che dovranno accreditarsi presso il Servizio tecnico centrale del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.

Le stazioni appaltanti avranno l'obbligo di affidare i servizi di ingegneria e architettura per la progettazione delle opere pubbliche solo con il **criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa** e non più con quello del massimo ribasso. Agli elementi qualitativi dell'offerta sarà attribuito quindi un peso maggiore rispetto al prezzo e, al fine di disincentivare ribassi eccessivi, l'attribuzione del punteggio all'elemento prezzo avverrà attraverso formule che penalizzino i ribassi molto elevati. Nell'appalto-concorso e nell'appalto integrato, saranno consentite variazioni quali-quantitative non superiori al 10% per gli interventi di ristrutturazione, recupero e manutenzione, e del 5% negli altri casi.

Diventerà obbligatoria, per le imprese che vorranno partecipare alle gare per l'affidamento di appalti integrati e concessioni di lavori pubblici, la **qualificazione SOA** per progettazione e costruzione, nonché il possesso dei requisiti progettuali richiesti dal bando. Se l'impresa non possiede tali requisiti potrà avvalersi di un progettista.

Saranno inasprite le **sanzioni relative alle attestazioni Soa**: per le imprese, l'uso di certificati falsi sarà punito con una multa fino a 51 mila euro e con la sospensione dell'attività per un anno, mentre la mancata risposta alle richieste dell'Authority o delle Soa comporterà una multa fino a 25 mila euro. Anche le Soa rischieranno sanzioni pecuniarie, sospensione dell'attività di attestazione e, in caso di gravi irregolarità, la decadenza dell'autorizzazione.

Nel 2011 il legislatore è nuovamente intervenuto in materia con il **D.L. 13**

**maggio 2011, n. 70, convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106**, introducendo una nuova disciplina del *project financing* su iniziativa del privato nell'ipotesi di mancata previsione dell'intervento nel programma triennale (commi 19, 19-*bis* e 20 dell'art. 153 del Codice), ampliando la platea dei soggetti legittimati ad asseverare i piani economico-finanziari (art. 153, comma 9) e modificando la disciplina della progettazione delle opere strategiche (artt. 165/169).

Nel drammatico contesto di emergente crisi economico-finanziaria dello Stato italiano, nonché delle borse e dei mercati europei, venutosi a determinare nel secondo semestre del 2011, il legislatore ha approvato a tempo di record nuove disposizioni in materia di finanza di progetto nella «legge di stabilità 2012» (legge 12 novembre 2011, n. 183 recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato).

In particolare all'art. 18 sono state introdotte nuove disposizioni per il **finanziamento di infrastrutture autostradali mediante defiscalizzazione**.

Si prevede (comma 1) la compensazione del contributo a fondo perduto, posto a carico delle finanze pubbliche per la realizzazione di nuove infrastrutture stradali da parte di società di progetto *ex art.* 156 Codice degli appalti, con:

- le imposte sui redditi e l'IRAP generati durante il periodo di concessione;
- l'IVA.

Oltre a ciò, il canone dovuto dal concessionario può essere riconosciuto come contributo a carico della finanza pubblica.

Detto contributo, non superiore al 50% del costo dell'investimento, è posto a base di gara per l'individuazione del concessionario (comma 2).

L'efficacia di queste disposizioni è subordinata all'emanazione del decreto del Ministero dell'Economia e delle finanze che autorizza l'ammortamento finanziario dei beni gratuitamente devolvibili (comma 3).

È prevista altresì la verifica periodica della congruità delle agevolazioni (comma 4).

Le significative modifiche normative alla disciplina del *project financing* introdotte a partire dal D.Lgs. n. 152/2008 impongono una preliminare riflessione in ordine alla **attualità degli approdi cui faticosamente la giurisprudenza e la dottrina erano giunti nel vigore della disciplina pregressa**. Segnatamente il dubbio si pone sin dalla fase della scelta del promotore, e va affrontato tenendo conto della pluralità di modelli – alternativi fra di loro – introdotti dal c.d. terzo decreto correttivo al Codice.

Rinviando alla trattazione analitica prevista negli altri capitoli del presente volume, in questa sede si può sinteticamente affermare che l'arresto giurisprudenziale *ante* riforma del 2008 per il quale occorreva distinguere tra la fase di individuazione del promotore (priva delle caratteristiche dell'evidenza pubblica e retta dai principi del procedimento amministrativo) e la successiva fase di individuazione del concessionario (da ricondurre interamente alle procedure concorsuali, pur nella non immediata sovrapposibilità con tutti gli istituti ivi previsti) mantiene una sua piena validità nel quarto modulo (comma 19, art. 153) e in buona parte anche nel terzo modulo (commi 16-18), mentre deve considerarsi decisamente

privo di attualità in riferimento ai primi due moduli (rispettivamente previsti dai commi 1-14 e dal comma 15 dell'art. 153), di gran lunga prevalenti nella prassi, che configurano ipotesi indubitabilmente caratterizzate da profili di concorsualità. Il tema di fondo è quello della natura e dei limiti dell'esercizio del potere amministrativo nella valutazione delle proposte dei privati, e dunque dell'ambito di discrezionalità attribuito all'Amministrazione concedente, con precipuo riferimento al momento della dichiarazione di pubblico interesse di un intervento.

\* \* \*

Le caratteristiche proprie del *project financing* ne spiegano l'interesse

---

>		Giurisprudenza
---	---	----------------

via via crescente, testimoniato dal numero sempre in aumento di procedure avviate (74 bandi pubblicati nel corso dell'anno 2004 e 137 nell'anno 2005, con un incremento percentuale, quindi, dell'85%).

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, di lavori, servizi e forniture, *Relazione annuale 2005*, 18 luglio 2006.

---

Se si considera che la competitività del nostro Paese è direttamente connessa al buon funzionamento del mercato degli appalti pubblici, vista l'enorme quantità di risorse che è in grado di produrre e veicolare, risulta di palmare evidenza l'importanza del *project financing* in una fase caratterizzata dalla crescente domanda di qualità nell'attività della pubblica amministrazione e dalla contestuale necessità di attuare rigorose politiche di contenimento della spesa pubblica.

Da ciò l'inevitabile necessità di coinvolgere i capitali privati nella realizzazione di opere attraverso l'utilizzo degli istituti di **partenariato pubblico-privato** (PPP), caratterizzati da forme di collaborazione tra pubbliche amministrazioni e imprese private.

---

>		Giurisprudenza
---	---	----------------

Nel corso dell'ultimo decennio, il fenomeno dei PPP si è sviluppato in molti settori rientranti nella sfera pubblica. L'aumento del ricorso a operazioni di PPP è riconducibile a vari fattori. In presenza delle restrizioni di bilancio cui gli Stati membri devono fare fronte, esso risponde alla necessità di assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico. Inoltre, il fenomeno è spiegabile anche con la volontà di beneficiare maggiormente del «*know-how*» e dei metodi di funzionamento del settore privato nel quadro della vita pubblica. Lo sviluppo dei PPP va d'altronde inquadrato nell'evoluzione più generale del ruolo dello Stato nella sfera economica che passa da un ruolo di operatore diretto ad un ruolo d'organizzazione, di regolatore e di controllore.

*Libro Verde sul PPP della Commissione U.E.*, 2004.

---

In tale contesto, un ruolo di **crescente importanza** è assunto dal *project financing*, che può consentire di sfuggire alla dicotomia tra finanziamento delle opere a totale carico della P.A. o ricorso esclusivo al mercato, attraverso forme di cofinanziamento pubblico-privato in grado anche di esaltare la capacità di programmazione degli enti pubblici. Infatti, per poter approfittare delle sinergie con il mondo privato, è essenziale che l'azione amministrativa sia improntata al più ossequioso rispetto del principio costituzionale del buon andamento: solo un'amministrazione di qualità può efficacemente identificare puntualmente le proprie esigenze e priorità e porre le premesse per realizzare opere in grado di erogare servizi di qualità a condizioni di costo competitive per la collettività.

Più in generale, un'**Amministrazione efficace ed efficiente** costituisce un inderogabile presupposto per il rilancio della competitività e dell'economia del nostro Paese, essendo palmare che la corretta gestione delle risorse pubbliche e l'imparzialità e la trasparenza delle procedure contrattuali delle amministrazioni consentono il raggiungimento del primario obiettivo del rispetto della libera concorrenza: *«l'intensificazione della concorrenza, l'ampliamento dello spazio per l'esplorarsi dei meccanismi di mercato sono necessari al rilancio produttivo e complementari a scelte di equità. La concorrenza costituisce il miglior agente di giustizia sociale in un'economia, in una società, come quella italiana. Nella cui storia è ricorrente il privilegio di pochi fondato sulla protezione dello Stato»* (M. DRAGHI, *Considerazioni finali Governatore Banca d'Italia*, 31 maggio 2006).

Questa ed altre osservazioni critiche sono state evidenziate dall'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici in riferimento a varie applicazioni distorte di procedure di PPP:

>  Giurisprudenza

appare infine utile rilevare quanto emerso nel corso delle indagini condotte atteso che non sono state pienamente attuate le opere infrastrutturali previste nelle convenzioni concessorie. Tuttavia, a fronte di tali inadempienze, alcune società concessionarie hanno riposizionato periodicamente gli obblighi contrattuali con aumento degli oneri a carico dell'ANAS titolare delle concessioni, trasferendo di fatto i propri rischi imprenditoriali sulle pubbliche finanze.

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *Relazione annuale 2005*, 18 luglio 2006.

In tale contesto deve essere considerato meritorio l'operato dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici che

>  Giurisprudenza

ha svolto in questi anni un ruolo propositivo nel delinear regole e procedure attraverso l'emanazione di 6 atti di determinazione, 4 atti di regolazione e 11 deliberazioni. In particolare, l'Autorità ha ritenuto opportuno fornire indicazioni circa gli e-

lementi indispensabili contenuti nei bandi di gara, la tempistica di pubblicazione dell'avviso di *project* e di termini per la presentazione delle proposte, nonché le procedure di scelta del contraente che le stazioni appaltanti devono seguire.

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *Relazione annuale 2005*, 18 luglio 2006.

L'analisi dell'andamento del partenariato pubblico-privato mostra, comunque, una forte espansione. Si tratta di

>  Giurisprudenza

un mercato che continua ad aumentare per numero di iniziative e di valore, tanto che le gare con questa procedura rappresentano alla fine del 2005 circa un quarto del totale del valore della spesa appaltata nell'anno (9.511 milioni di euro su 38.148). E la tendenza nel 2006 è di un ulteriore rafforzamento, anche in considerazione del fatto che mentre le gare di partenariato aumentano il mercato tradizionale degli appalti registra – ormai dalla seconda metà dell'anno scorso – una flessione (del 7,5% rispetto al 2004) ... In particolare il *project financing* – il segmento più innovativo del mercato del partenariato – arriva a rappresentare il 30% come valore della spesa attivata dal PPP nel suo complesso. Rispetto al rapporto tra avvisi per la ricerca del promotore pubblicati e numero di gare effettivamente bandite (un indicatore importante dell'«efficienza» nell'uso dello strumento da parte di amministrazioni e operatori economici), siamo in linea con i dati rilevati negli anni precedenti: nel 2005 tale rapporto è infatti pari al 20%.

Osservatorio nazionale *project financing*, 2006.

Sulla base dei dati elaborati dal CRESME, emergono indicazioni importanti:

- tra i committenti primeggiano i Comuni;
- riguardo l'area territoriale, la domanda risulta localizzata nel Centro-sud;
- classi di importo: il 70% delle iniziative riguarda progetti di importo inferiore a 5 milioni;
- nei settori di attività, si conferma il primato dei parcheggi, seguito da riqualificazione urbana, impianti sportivi e cimiteri.

Il *project financing* consente, attraverso una procedura che salvaguardi la concorrenza tra gli operatori economici ma sufficientemente flessibile, di conciliare la capacità manageriale delle imprese private con l'esigenza di realizzare opere pubbliche o di pubblica utilità. Per tali sue caratteristiche, questo strumento mette a nudo le qualità dei protagonisti – ed *in primis* delle P.A. – consentendo di esaltare la propria capacità di apprezzare discrezionalmente le esigenze della collettività e conseguentemente di programmare, indirizzare, gestire e controllare gli interventi.

Essa può dunque consentire, come rilevato dall'UTFP, di raggiungere importanti risultati e **vantaggi**: