

CLAUDIO GUCCIONE

LA FINANZA DI PROGETTO NELL’AFFIDAMENTO DELLA CONCESSIONE DI SERVIZI

SOMMARIO: 1. *Premessa*. – 2. *La programmazione nei servizi*. – 3. *I requisiti del promotore e del concessionario*. – 4. *La presentazione della proposta*. – 5. *La valutazione della proposta e la nomina del promotore*. – 6. *La procedura di gara*. – 7. *Conclusioni*.

1. *Premessa*

Il *project financing*, come noto, rientra tra le forme di partenariato pubblico-privato¹ di tipo contrattuale², insieme alla concessione, al *leasing* pubblico ed al contratto di disponibilità³. Tale modello contrattuale, con riguardo ai servizi, pur essendo astrattamente ipotizzabile sin dall’emanazione del d.lgs. 163/2006, è divenuto concretamente attuabile solo con l’emanazione e l’entrata in vigore del D.P.R. 207/2010, Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti Pubblici: l’art. 152, comma 3, del Co-

¹ Cfr. Libro Verde della Commissione europea relativo ai partenariati pubblico – privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (marzo 2004). Il d.lgs. 152/08 (terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici) ha introdotto anche nell’ordinamento italiano un’elencazione esemplificativa dei contratti di partenariato pubblico – privato (vd. art. 3, comma 15-ter, del d.lgs. 163/2006). 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.

² Per una disamina delle forme di PPP ad iniziativa privata (*project* di lavori ex art. 153, co. 19, *leasing* in costruendo ex art. 153, co. 20, *project* di servizi ex art. 278 del D.P.R. n. 207/2010) si veda C. GUCCIONE, M. FERRANTE, *Partenariato pubblico-privato, cos’ le imprese possono proporre progetti ai comuni “un po’ pigri”*, in *Edilizia e Territorio*, 5/2014.

³ DI PACE, *La finanza di progetto*, in *I contratti con la Pubblica amministrazione*, a cura di Franchini, II, Torino, 2007, 1029; MALINCONICO, *Il project financing*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da Sandulli, De Nictolis, Garofoli, IV, Milano, 2008, 2613; D. SPINELLI, *Guida pratica contratti pubblici lavori, servizi, forniture*, VI ed., Gruppo 24 ore, 548 ss.

dice, infatti, espressamente prevede che «*le disposizioni del presente capo si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi, con le modalità fissate dal regolamento*». Ebbene, con l'art. 278 del D.P.R. 207/2010 è stata data attuazione a tale norma ed il *project financing* è divenuto finalmente utilizzabile anche per l'affidamento delle concessioni di servizi⁴.

Prima di entrare nel merito dell'esame della disciplina dell'istituto, appare fondamentale enucleare correttamente le ipotesi in cui tale procedura è utilizzabile: l'oggetto dell'affidamento deve necessariamente essere una concessione di servizi⁵.

La concessione di servizi è definita come «*un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo*»⁶. La distinzione rispetto alla concessione di lavori pubblici, chiarita anche a livello comunitario⁷, si fonda sul criterio di “prevalenza funzionale”: in sostanza, se un contratto di concessione prevede la costruzione di un'opera quale oggetto principale si tratterà di concessione di lavori; se, invece, i lavori o la costruzione dell'opera si configurano come meramente accessori rispetto all'oggetto principale del contratto, costituito dalla gestione del servizio, si tratterà di concessione di servizi.

Così individuato il tratto distintivo tra la concessione di lavori e quella di servizi⁸, afferente precipuamente all'enucleazione dell'oggetto del contratto affidato al concessionario, deve evidenziarsi che le caratteristiche

⁴ Per una breve illustrazione della disciplina della finanza di progetto nei servizi ex art. 278 del D.P.R. 207/2010, si veda Unità Tecnica Finanza di Progetto DIPE – Presidenza del Consiglio dei Ministri, “*UtFP: 100 domande & risposte*”, II ed., maggio 2014, 37ss.

⁵ Concessione di servizi, natura giuridica, retribuzione, precisazioni cfr. Corte di Giustizia UE, sez. III, sentenza 10 settembre 2009 n° C-206/08., in www.curia.europa.eu.

⁶ Cfr. art. 3, comma 12, del d.lgs. 163/2006; per una breve definizione di “concessione di servizi” si veda Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica, *cit.*, 37.

⁷ Cfr. Comunicazione interpretativa sulle concessioni in ambito comunitario pubblicata sulla GUCE del 29.04.2000; vedasi il commento di C. GUCCIONE, *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12/2000; anche circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento Politiche Comunitarie del 1.03.2002 n. 3944.

⁸ Sul punto si veda, inoltre, Parere Avcp (ora A.N.A.C.) 24 Ottobre 2012, n. 175, in www.Avcp.it (circa la corretta qualificazione della concessione del servizio di illuminazione votiva come concessione di servizi e non di lavori); *ibidem*, Parere A.N.A.C. prot. 22097/08/UAG del 15 aprile 2008, in www.Avcp.it (ora www.anticorruzione.it); Deliberazione A.N.A.C. del 27 giugno 2012, n. 64, in www.Avcp.it (secondo la quale è legittimo affidare il servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità post incidente a costo zero per gli Enti locali titolari delle strade mediante finanza di progetto, potendo ricondursi la concessione di tale servizio nell'ambito di applicazione dell'art. 278 del d.P.R. n. 207/2010).

principali dei due contratti sono pressoché le stesse. L'elemento che accomuna la concessione di lavori a quella di servizi, infatti, è il trasferimento del rischio al concessionario, il quale trae la sua remunerazione dalla gestione del servizio stesso: tale elemento, peraltro, è fondamentale perché si possa configurare una concessione, che sia di lavori o di servizi, in quanto l'assenza di tale trasferimento di rischi determina la qualificazione del contratto come appalto. Per quanto riguarda, poi, lo specifico ambito dei servizi, oltre all'elemento del trasferimento del rischio, perché si possa parlare di concessione, il servizio deve essere reso in favore della collettività e non dell'Amministrazione, ancorché a determinate condizioni la stessa possa contribuire, in tutto o in parte, ai ricavi del concessionario, e la remunerazione deve provenire dal diritto di gestire i servizi e di farne propri i ricavi⁹: in caso contrario, qualora il rapporto sia bilaterale, esclusivamente tra Amministrazione ed affidatario, il relativo contratto deve essere qualificato come appalto di servizi.

Con riguardo alla disciplina applicabile, deve, sin da subito, evidenziarsi che l'affidamento delle concessioni di servizi ad oggi non soggiace alla integrale applicazione del d.lgs. 163/2006 ma è disciplinato unicamente dall'art. 30 del medesimo decreto¹⁰: tale norma prevede che la scelta del concessionario debba avvenire nel solo rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della

⁹ Contra cfr M. RICCHI, *I contratti di concessione 2.€*, in questo Volume.

Sulla necessità del rapporto trilaterale per la configurabilità di una concessione di servizi, si veda, in giurisprudenza, CdS, sez. V, 16 aprile 2014, n. 1863; TAR Campania, Napoli, sez. I, 12 maggio 2014, n. 2614; Delibera ANAC 12 novembre 2014, n. 16; CdS, sez. v, 12 novembre 2013, n. 5421; Delibera ANAC, 4 maggio 2011, n. 47.

¹⁰ Cfr. F.G. SCOCA, *La concessione come forma di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi*, a cura di F. Roversi Monaco, Rimini, 1988, 26; Sulla natura dell'istituto concessorio cfr.: U. POTOTSCHNIG, *Concessione ed appalto nell'esercizio dei pubblici servizi*, in *Jus*, 1955 394 ss.; ID., *I pubblici servizi*, Padova, 1964; E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. del dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 373 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1988, 869; A. ROMANO, *In tema di concessioni contratto*, in *Foro amm.*, 1958; V. CAIANIELLO, *Concessioni (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice, II Torino, 1980, 234; CONTESSA, *Le concessioni di lavori e servizi tra tradizione nazionale ed impulsi comunitari: le modalità del "Codice de Lise"*, in *www.giustamm.it*; CLARIZIA, *Concessioni, concessioni di servizi e project financing*, in *www.giustamm.it*; MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da Sandulli, De Nictolis, Garofoli, Vol. I, Milano, 2008, 285; VILLATA, *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, *Dir. Amm.*, 2003, 3, 493.

concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi¹¹. Tale esclusione delle concessioni di servizi dall'ambito oggettivo di applicazione della normativa comunitaria in materia di contratti pubblici è stata per lungo tempo sostenuta dal legislatore europeo al fine di favorire il più possibile la libertà di organizzazione dei singoli Stati membri nella gestione dei servizi pubblici essenziali¹², ma tale orientamento ha subito di recente, come noto, un *revirement*: infatti, ora, anche la concessione di servizi è disciplinata nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione¹³.

2. La programmazione nei servizi

Entrando ora nel merito della disciplina dell'istituto in esame, deve, innanzitutto, rilevarsi che il predetto art. 278 del Regolamento contiene un unico riferimento alla programmazione, ossia il primo periodo del secondo comma, ai sensi del quale *«qualora l'amministrazione aggiudicatrice si avvalga della facoltà di cui all'articolo 271, è ammessa la presentazione di proposte con riferimento a servizi non indicati nel programma»*. Proprio l'art. 271, infatti, disciplina la facoltà¹⁴ per le Amministrazioni di approvare ogni anno un programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi relativo all'esercizio successivo: anche l'istituto della programmazione rappresenta una significativa novità introdotta dal DPR 207/2010 in materia di servizi, essendo in precedenza prevista solo per i lavori¹⁵.

¹¹ Si cfr. Deliberazione Avcp 20 giugno 2012, n. 61, in *www.Avcp.it*, in cui, per quanto riguarda gli affidamenti di concessioni di servizi, l'Avcp «ricorda che, diversamente da quanto asserito dalla stazione appaltante, l'art. 30, comma 2, del D.Lgs. 163/2006 prevede espressamente che la scelta del concessionario debba avvenire nel rispetto dei principi comunitari desumibili dal Trattato, tra cui quelli di trasparenza e di adeguata pubblicità. Per le concessioni di importo superiore alle soglie comunitarie, la Commissione Europea nella propria Comunicazione interpretativa sulle concessioni del 12/04/2000, sulla scorta di orientamenti costanti della Corte di Giustizia, ha indicato l'opportunità di pubblicare gli avvisi relativi alle concessioni sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (si veda sul punto la Deliberazione n. 73 Adunanza del 20 luglio 2011, nonché la Deliberazione n. 13 del 12 marzo 2010)».

¹² Si veda, in proposito, comunicazione della Commissione europea sulle concessioni del 12 aprile 2000, *cit.*

¹³ Pubblicata sulla GUUE del 28 marzo 2014, Serie L/94 Il termine per il recepimento da parte degli Stati membri è fissato al 18 aprile 2016.

¹⁴ Contrariamente a quanto disposto per i lavori, dove la programmazione rappresenta un obbligo ineludibile per le Amministrazioni, nell'ambito dei servizi la programmazione è prevista quale mera facoltà, esercitabile discrezionalmente dalle singole Amministrazioni.

¹⁵ D'altra parte non può che rilevarsi che il Regolamento del 2010 disciplina in modo molto più compiuto l'ambito dei contratti di servizi rispetto alla normativa previgente, contenendo

A tal proposito, la questione che necessita di essere approfondita, dunque, è se l'aver proceduto all'approvazione di una programmazione da parte delle singole Amministrazioni costituisca o meno un presupposto imprescindibile per l'attivazione, da parte del privato, della procedura di finanza di progetto di servizi.

Ai fini della risoluzione del quesito, è opportuno procedere alla disamina della norma mediante applicazione dei tradizionali canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 delle c.d. Preleggi¹⁶, le "Disposizioni sulla legge in generale" che introducono il Codice Civile.

Nel caso di specie, un'interpretazione letterale dell'art. 278 del Regolamento non può ritenersi dirimente, per cui è necessario ricercare quale sia l'interpretazione più coerente con il fine perseguito dal legislatore e con il sistema: da un'attenta analisi emerge che vi sono molteplici argomentazioni sulla base delle quali deve ritenersi che la programmazione dei servizi da parte dell'Amministrazione non debba considerarsi un presupposto inderogabile per l'attivazione della finanza di progetto nell'ambito dei servizi.

In primo luogo, è importante raffrontare l'art. 278 del Regolamento sui servizi con l'art. 153 del Codice sui lavori pubblici (finanza di progetto in materia di lavori pubblici) sotto il profilo del dato testuale. Per quanto qui rileva, l'art. 278 è così impostato: «1. *Ai fini dell'affidamento in finanza di progetto di contratti di concessione di servizi, soggetti privati possono presentare proposte [...] 2. Qualora l'amministrazione aggiudicatrice si avvalga della facoltà di cui all'articolo 271, è ammessa la presentazione di proposte con riferimento a servizi non indicati nel programma*». In maniera del tutto differente, invece, l'art. 153 del Codice, nel suo *incipit*, stabilisce che «Per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale e nell'elenco annuale di cui all'articolo 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, le amministrazioni aggiudicatrici pos-

anche numerose norme relative alla fase esecutiva del contratto specifiche e diversificate per i servizi, laddove in precedenza dovevano trovare applicazione in via analogica le disposizioni previste per i contratti di lavori.

¹⁶ Tale previsione indica tre criteri:

a) l'interpretazione letterale: le norme devono essere interpretate, in primo luogo, secondo il loro significato letterale;

b) l'interpretazione logica o teleologica: nell'ipotesi di norme ambigue, deve essere ricercata la ratio della disposizione, il fine perseguito dal legislatore e, dunque, la norma deve essere considerata nel suo effetto pratico;

c) l'interpretazione sistematica: infine, la norma deve essere interpretata come inserita nell'ordinamento complessivamente considerato e, dunque, in modo da risultare conforme con il sistema.

sono, in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi dell'articolo 143, affidare una concessione ponendo a base di gara uno studio di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti». Successivamente, il medesimo articolo di legge, disciplina la specifica procedura utilizzabile, invece, per le opere non inserite nella programmazione da parte delle Amministrazioni interessate.

Dalla lettura delle due disposizioni normative, appare chiara la diversa intenzione del legislatore: mentre per i lavori la programmazione è un presupposto ineludibile¹⁷, per i servizi il riferimento all'art. 271 del Regolamento è teso esclusivamente ad affermare che un eventuale programmazione predisposta dalle Amministrazioni non vincola i privati a proporre esclusivamente i servizi contemplati nello strumento programmatico adottato. D'altra parte, tale interpretazione appare perfettamente lineare e ragionevole nell'ambito di un sistema normativo, quale è quello italiano, in cui la programmazione dei lavori è obbligatoria, mentre quella dei servizi è una mera facoltà.

In via ulteriore, il confronto con l'art. 153 del Codice appare utile a confermare la medesima conclusione anche sotto un altro profilo. Come noto, nell'ipotesi dei lavori pubblici, vi sono due tipologie di *project financing*: su iniziativa delle Amministrazioni e su iniziativa privata¹⁸. Solo nel-

¹⁷ La disciplina della programmazione per i lavori pubblici è contenuta nell'art. 128 del D.lgs. n. 163/2006; G. BORMIOLI, *La programmazione*; V.M. BALDI, *Programmazione amministrativa e project financing nella disciplina dei lavori pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2001; CIANFLONE, GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 397; G. PELLEGRINO, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, V ed., Tomo II, 1487 e ss.; STICCHI DAMIANI, *La programmazione dei lavori pubblici*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di Villata, Castenaso, 2004, 264 e ss.; S.C. MATTEUCCI, *La programmazione dei lavori pubblici*, in *Manuale dei lavori pubblici*, a cura di A. Bargone e P. Stella Richter, Milano, 2001. A livello normativo, si veda inoltre Decreto Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 24 ottobre 2014, pubblicato in G.U. del 5 dicembre 2014, n. 283, recante "Procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale, dei suoi aggiornamenti annuali e dell'elenco annuale dei lavori pubblici e per la redazione e la pubblicazione del programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi".

¹⁸ M. RICCHI, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, pag. 1385; T. D'Onza, *Il project financing, Analisi giuridica, economico-finanziaria, tecnica, tributaria, bancaria, assicurativa*, Torino, 2012, 469 ss.; Documento ANCE 31 ottobre 2012, *Il project financing in Italia - L'indagine Ance sulla realizzazione delle opere*, in www.appalticontratti.it; V.M. BALDI, *Programmazione amministrativa e project financing nella disciplina dei lavori pubblici*, in *Urbanistica e appalti*; S.C. MATTEUCCI, *La programmazione dei lavori pubblici*, in *Manuale dei lavori pubblici*, a cura di A. Bargone e P. Stella Richter, Milano 2001; A. STEFANONI, *Project financing per le opere pubbliche*, relazione per Politecnico; G. GRECO, *La*

l'ipotesi di iniziativa privata, è consentito l'utilizzo della procedura per lavori non inseriti nella programmazione, con una procedura, peraltro, che ricalca perfettamente quella prevista per i servizi dall'art. 278 del Regolamento (si veda il nuovo comma 19, dell'art. 153, come modificato dal d.l. 70/2011)¹⁹. Al contrario, nell'ambito dei servizi, non esiste un *project financing* su iniziativa pubblica, ma solo la possibilità che la proposta provenga dai privati: dunque, coerentemente con quanto previsto nei lavori, in materia di servizi la programmazione non si concreta in alcun modo in un presupposto indefettibile.

Né per porre al vaglio critico la tesi appena illustrata, potrebbe dirsi che, benché sia possibile presentare una proposta per lavori non previsti nella programmazione, è necessario che vi sia una programmazione dei lavori da parte dell'Amministrazione interessata: tale conclusione, infatti, non discende dalla disciplina specifica della finanza di progetto, ma dalla normativa generale in materia di lavori pubblici che impone la programmazione come obbligo per le Amministrazioni. Nei servizi, invece, come detto in precedenza, la programmazione è una mera facoltà.

Ad ulteriore supporto di quanto già affermato, si deve tener conto anche della diversa natura di lavori e servizi e dell'impatto che le proposte dei privati hanno sull'Amministrazione. I lavori, infatti, si estrinsecano nella previsione di una nuova opera: la programmazione è, dunque, necessaria a garantire che sia l'ente pubblico a mantenere piena discrezionalità nel decidere se realizzare o meno un'opera. In tale contesto, l'iniziativa dei privati al di fuori della programmazione non può che essere un'ipotesi eccezionale e residuale, onde evitare di incidere eccessivamente sulle scelte politiche pubbliche. Al contrario, nell'ambito dei servizi, lo specifico servizio già esiste, è intrinseco nell'attività dell'Amministrazione, e l'intervento dei privati è solo teso a proporre una differente modalità di gestione rispetto alla gestione in proprio da parte dell'Amministrazione: in questo

concessione di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico, in Riv. It. Dir. Pubbl., 2003; G. IUDICA, *Finanza di progetto: la prospettiva di diritto civile*, in AA.VV., *Project financing e opere pubbliche, problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, 2004.

¹⁹ Cfr. R. GRECO, *La natura giuridica delle procedure di project financing dopo il terzo decreto correttivo al codice degli appalti*, in www.giustizia-amministrativa.it, dove afferma che «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)».

caso, dunque, l'incidenza sulla discrezionalità è molto inferiore rispetto ai lavori e la programmazione non concerne l'*an* ma il *quomodo*. Il servizio, invero, è incluso nell'attività dell'Amministrazione, a prescindere dalla programmazione e, dunque, coerentemente, è chiaro che la programmazione non può costituire un presupposto che consenta al privato di proporre una diversa e più efficiente modalità di gestione.

Peraltro, la medesima conclusione appare anche necessaria per rendere operativo l'istituto nonchè in una lettura sistematica dell'intero complesso normativo in materia. In primo luogo, infatti, intendere la programmazione quale presupposto per la presentazione delle proposte ai sensi dell'art. 278 del Regolamento si tradurrebbe nella sostanziale vanificazione della disciplina e, dunque, non avrebbe alcuna logica. A tal proposito, si ribadisce, la programmazione dei servizi è una mera facoltà per le Amministrazioni: è chiaro, quindi, che, se la programmazione fosse un presupposto necessario per consentire la presentazione di proposte e le Amministrazioni mai si avvalessero di tale facoltà, il *project financing* di servizi non potrebbe mai divenire operativo.

Inoltre, la possibilità di presentare le proposte di cui all'art. 278 del Regolamento a prescindere da qualsivoglia attività di programmazione dell'Amministrazione è l'unica conclusione coerente con il *favor* generalizzato dell'ordinamento per l'esternalizzazione dei servizi, nell'ottica di ottenere una maggiore efficienza gestionale. Sul punto, infatti, rileva, in primo luogo, l'art. 118, comma 4, della Costituzione, il quale, sancendo un principio di sussidiarietà orizzontale, prevede che «*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*». In applicazione di tale articolo, appare emanato l'art. 29 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Legge Finanziaria 2002), rubricato "misure di efficienza delle pubbliche amministrazioni", il cui comma 1 stabilisce che «*le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché gli enti finanziati direttamente o indirettamente a carico del bilancio dello Stato sono autorizzati, anche in deroga alle vigenti disposizioni, a:*

a) acquistare sul mercato i servizi, originariamente prodotti al proprio interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione;

b) costituire, nel rispetto delle condizioni di economicità di cui alla lettera a), soggetti di diritto privato ai quali affidare lo svolgimento di servizi, svolti in precedenza;

c) attribuire a soggetti di diritto privato già esistenti, attraverso gara pubblica, ovvero con adesione alle convenzioni stipulate ai sensi dell'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni, e dell'arti-

colo 59 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, lo svolgimento di servizi di cui alla lettera b)».

Emerge chiaramente, dalla lettura di tali norme, il *favor* del legislatore nazionale per l'esternalizzazione dei servizi, poiché nel tempo è stato riconosciuto che nella maggior parte dei casi è la soluzione più efficiente e conveniente per l'interesse pubblico. Nella stessa ottica, l'art. 278 del Regolamento, è teso a consentire ai privati di avere un ruolo più attivo in quest'ambito e di "sollecitare" l'Amministrazione ad esternalizzare un determinato servizio, dimostrandole che è la soluzione maggiormente rispondente all'interesse pubblico.

In conclusione, dunque, sembra inconfutabile che la finanza di progetto nell'ambito dei servizi è liberamente attivabile da parte dei privati, a prescindere da qualunque attività programmatica dell'Amministrazione. Né, d'altra parte, l'eventuale attività di programmazione impedisce ai privati di presentare proposte concernenti servizi non contenuti nella programmazione, in quanto la non obbligatorietà della programmazione è espressamente sancita, a scanso di equivoci, dal Regolamento stesso.

3. I requisiti del promotore e del concessionario

Prima di entrare nel merito della procedura, appare opportuno valutare quali soggetti possono presentare alle Amministrazioni le previste proposte di *project financing* nell'ambito dei servizi.

A tal proposito né il codice dei contratti né il relativo regolamento di esecuzione contengono una disposizione che disciplini i requisiti del promotore con specifico riferimento al *project financing* di servizi, per cui la risposta deve essere ricercata per via analogica ed interpretativa. Sul punto, deve ritenersi che trovi applicazione la disposizione contenuta nell'art. 96 del DPR 207/2010 relativo ai "requisiti del proponente e attività di asseverazione" con riferimento ai lavori²⁰, ai sensi del già richiamato art. 152 del Codice²¹.

²⁰ Cfr. R. IZZO, in *Il nuovo regolamento appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Tomo I, *Nel diritto Editore*, Roma, 2012, 397 e ss.; BERCELLI, *Procedimento di finanza di progetto e art. 14-quinquies della legge n. 241 del 1990*, in www.giustizia-amministrativa.it; GALLO, *Finanza di progetto*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di Villata Padova, 2004, 1099; ABBATEMARCO, CECCONI, *Il project financing nelle opere pubbliche*, Rimini, 2007, 38 ss.; NASSETTI, *Valutazione e predisposizione del piano economico finanziario*, in *Finanza di progetto*, a cura di Morbidelli, Torino, 2004, 45 e ss.

²¹ Si ricorda che tale previsione prescrive l'applicabilità al *project financing* di servizi di tutte le norme previste per il *project financing* di lavori, ove compatibili.

Secondo tale disposizione possono presentare proposte realizzative relative ad interventi non previsti nella programmazione dell'amministrazione, oltre ai soggetti di cui all'artt. 34 e 90, comma 2, lett. b) del codice dei contratti, i soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, che negli ultimi tre anni abbiano partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta.

Il secondo comma della disposizione in commento precisa, quindi, che possono presentare proposte anche soggetti appositamente costituiti, nei quali comunque devono essere presenti in misura maggioritaria soci aventi i suddetti requisiti di esperienza e professionalità stabiliti nel comma 1 e sopra richiamati.

Il terzo comma del medesimo art. 96 chiarisce, infine, che, per l'affidamento della concessione, il proponente deve comunque possedere, al momento dell'indizione della gara, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'art. 95 ("requisiti del concessionario")²². Ciò significa, per le concessioni di servizi, che il promotore, ai fini della gara, dovrà possedere successivamente i requisiti specificamente prescritti dalla stazione appaltante, che sono liberamente determinabili nel caso dei servizi, anche associando o consorziando altri soggetti.

4. *La presentazione della proposta*

Con riguardo al contenuto delle proposte eventualmente presentate, l'art. 278 del Regolamento prescrive che esse debbano contenere uno studio di fattibilità, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato, una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché l'indicazione degli elementi di cui all'articolo 83, comma 1, del codice e delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice. Le proposte devono, inoltre, indicare l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione, nel limite di cui all'articolo 153, comma 9, ultimo periodo, del codice.

²² Cfr. R. IZZO, in *op. cit.* sub nota 20, Tomo I, 391 e ss.; P. DELLA PORTA, C. SANTARELLI, *Project Financing e concessione di lavori pubblici. Spunti casistici*, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, 2/2011, 145 e ss.; M. GIOVANNELLI, *Partecipazione alle gare d'appalto e violazioni fiscali*, in *Urbanistica e appalti*, 6/2013; F. LILLI, *Il nuovo regolamento sui contratti pubblici*, a cura di R. Giovagnoli, Milano, 2011; A. COLETTA, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. Baccharini, G. Chinè, R. Proietti, Milano, 2011.

Per quanto concerne, innanzitutto, lo studio di fattibilità, il Regolamento ne approfondisce il contenuto solo con riferimento ai lavori pubblici, per cui spetterà agli eventuali proponenti ed ai loro consulenti adattare la disciplina normativa all'ambito dei servizi. Peraltro, nel caso in cui la concessione sia esclusivamente di servizi (nel senso che non è prevista la realizzazione di alcun lavoro), lo studio di fattibilità, non essendovi alcuna esigenza progettuale in senso tecnico, non potrà che essere un documento molto snello, teso esclusivamente a specificare il contenuto del contratto di concessione proposto e ad evidenziare la convenienza della concessione per l'Amministrazione nella generale analisi costi-benefici.

Entrando nello specifico dei contenuti dello studio di fattibilità, ai sensi dell'art. 14 del DPR 207/2010²³ (che riprende in buona parte il contenuto della determinazione dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici n. 1/2009), questo si compone di una relazione illustrativa contenente:

- le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali, economico-finanziarie dei lavori da realizzare;
- l'analisi delle possibili alternative rispetto alla soluzione realizzativa individuata;
- la verifica della possibilità di realizzazione mediante i contratti di partenariato pubblico privato di cui all'art. 3, comma 15-ter, del codice dei contratti;
- l'analisi dello stato di fatto, nelle sue eventuali componenti architettoniche, geologiche, socio-economiche, amministrative;
- la descrizione, ai fini della valutazione preventiva della sostenibilità ambientale e della compatibilità paesaggistica dell'intervento, dei requisiti dell'opera da progettare, delle caratteristiche e dei collegamenti con il contesto nel quale l'intervento si inserisce, con particolare riferimento alla verifica dei vincoli ambientali, storici, archeologici, paesaggistici interferenti sulle aree o sugli immobili interessati dall'intervento, nonché l'individuazione delle misure idonee a salvaguardare la tutela ambientale e i valori culturali e paesaggistici.

Successivamente, il secondo comma del medesimo art. 14 dettaglia il contenuto dello studio di fattibilità nelle ipotesi in cui questo debba essere posto a base di gara, come nel caso del *project financing* di servizi, specificando che lo stesso si compone dei seguenti elaborati:

²³ Cfr. M. RICCHI, *op. cit.* sub nota 17; V. AGRESTI, *op. cit.* sub nota 20, 123 e ss.; DE LUCA, *La progettazione*, in CARBONE, CARINGELLA, DE MARZO, *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, Commentario a cura di, Milano, 2000, 89 ss; D. ALBONETTI, in "Regolamento di esecuzione del Codice dei contratti pubblici", a cura di D. Albonetti, A. Costantini, M. Greco, A. Masari, Sant'Arcangelo di Romagna, 2010, 123 e ss.

- una relazione illustrativa generale contenente (i) l'inquadramento territoriale e socio-economico dell'area oggetto dell'intervento; (ii) l'analisi della domanda e dell'offerta attuale e di previsione con particolare riferimento al bacino di utenza, alla stima dei bisogni dell'utenza mediante utilizzo di parametri fisici riferiti alla specifica tipologia dell'intervento, quali flussi di traffico e numero di accessi, all'individuazione, in termini qualitativi e di gradimento, dell'offerta attuale e di quella prevista nei medesimi settori di intervento; (iii) l'analisi delle alternative progettuali e (iv) lo studio di impatto ambientale riferito alla soluzione progettuale individuata e alle possibili soluzioni alternative;

- una relazione tecnica contenente (i) le caratteristiche funzionali e tecniche dei lavori da realizzare; (ii) una descrizione, ai fini della valutazione preventiva della sostenibilità ambientale e della compatibilità paesaggistica dell'intervento, dei requisiti dell'opera da progettare, delle caratteristiche e dei collegamenti con il contesto nel quale l'intervento si inserisce nonché delle misure idonee a salvaguardare la tutela ambientale e i valori culturali e paesaggistici; (iii) un'analisi sommaria delle tecniche costruttive e indicazione delle norme tecniche da applicare; (iv) il cronoprogramma e (v) la stima sommaria dell'intervento;

- elaborati progettuali stabiliti dal responsabile del procedimento tra quelli di cui all'art. 21 del medesimo DPR 207/2010;

- un elaborato tecnico-economico contenente (i) la verifica della possibilità di realizzazione mediante concessione rispetto all'appalto; (ii) l'analisi della fattibilità finanziaria (costi e ricavi) con riferimento alla fase di costruzione e, nel caso di concessione, alla fase di gestione; (iii) l'analisi della fattibilità economica e sociale; (iv) uno schema di sistema tariffario, nel caso di concessione e (v) gli elementi essenziali dello schema di contratto.

Tenuto conto che, coerentemente a quanto delineato in precedenza, la possibilità di presentare la proposta può essere svincolata dalla presenza dell'intervento nella programmazione dell'ente concedente, riveste un'importanza cruciale nella verifica di fattibilità la valutazione quantitativa del Value for Money (VfM)²⁴ che la realizzazione dell'intervento, a cura del privato attraverso la concessione, assicura all'amministrazione. Tale indicatore, infatti, consente di supportare, con valutazioni specifiche e analitiche, le decisioni di convenienza circa l'utilizzo di forme di partenariato pubblico-privato andando a valutare, attraverso un'opportuna quantificazione

²⁴ I. ALLEGRO, *Il processo di identificazione, selezione e controllo di una operazione di PPP in una prospettiva sociale e gestionale*, in questo Volume; L. MARTINIELLO, *Analisi dei rischi nelle Partnership Pubblico Private e riflessi contabili della decisione Eurostat 2004*, in *Finanza di progetto*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, 2010, 589 ss.

e allocazione dei rischi di progetto, la convenienza del ricorso ai capitali privati rispetto alla realizzazione del medesimo esclusivamente con risorse pubbliche.

Per quanto concerne il piano economico-finanziario²⁵, la cui normativa di riferimento non dà una definizione, deve evidenziarsi che questo riveste un'importanza fondamentale nell'ambito delle concessioni, essendo il documento principe atto a regolarle, unitamente alla convenzione: il piano economico-finanziario si sostanzia in una sorta di bilancio o conto economico del progetto su un orizzonte temporale pari alla durata della concessione, dal quale devono emergere tutti i costi di investimento ed i ricavi derivanti dai flussi di cassa legati al contratto in modo tale da rappresentare e garantire il c.d. equilibrio economico-finanziario²⁶ del progetto.

Deve, peraltro, evidenziarsi che, nell'ambito di una concessione, gli indici di equilibrio economico-finanziario presenti nel piano economico-finanziario originario devono rimanere immutati per tutta la durata del contratto: in caso, infatti, di eventi sopravvenuti imprevedibili ed imprevisi che alterino tale equilibrio è possibile avvalersi della procedura di riequilibrio prevista dall'art. 143, comma 8, del Codice e richiamata dall'art. 30 del medesimo decreto legislativo nell'ambito delle concessioni di servizi.

Ai fini del perfezionamento della presentazione il piano economico – finanziario deve essere “asseverato”²⁷ conformemente a quanto prescritto dall'art 96 del DPR 207/2010. In particolare, la norma prescrive che l'as-

²⁵ Per una definizione di piano economico finanziario si veda S.M. SAMBRI, *Project financing, la finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, in *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2013, II ed., Vol. III, 141 e ss., secondo il quale «Il piano economico finanziario ha come scopo fondamentale quello di accertare la sussistenza dell'equilibrio economico-finanziario dell'investimento. Ciò comporta, per quanto riguarda l'equilibrio economico, che il flusso attualizzato dei ricavi derivanti dall'applicazione delle tariffe deve essere almeno sufficiente per la realizzazione dell'impianto e per la gestione del servizio»; si cfr. Circolare della Cassa depositi e prestiti n. 1227 pubblicata in G.U. 24 marzo 1998, n. 69.

²⁶ Per una definizione di “equilibrio economico – finanziario”, si veda la formulazione proposta dal NARS nel parere n. 7 del 6 novembre 2013, relativo al collegamento Orte-Mestre: «L'equilibrio del piano economico-finanziario si ha allorché si ha la contemporanea presenza delle condizioni di equilibrio economico (convenienza economica o redditività) ed equilibrio finanziario (sostenibilità finanziaria o bancabilità) dove:

- per “convenienza economica” si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco di durata della concessione e di generare un livello di redditività per il capitale investito adeguato rispetto alle aspettative dell'investitore privato;

- per “sostenibilità finanziaria” si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso dei finanziamenti attivati».

²⁷ Cfr G. FIDONE, “L'asseverazione bancaria del piano economico finanziario”, in *op. cit.* sub nota 24, 243 ss.

severazione «consiste nella valutazione degli elementi economici e finanziari, quali costi e ricavi del progetto e composizione delle fonti di finanziamento, e nella verifica della capacità del piano di generare flussi di cassa positivi e della congruenza dei dati con la bozza di convenzione». La valutazione economica e finanziaria deve avvenire almeno sui seguenti elementi, desunti dalla documentazione messa a disposizione ai fini dell'asseverazione:

- a) prezzo che il concorrente intende chiedere all'amministrazione aggiudicatrice;
- b) prezzo che il concorrente intende corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice per la costituzione o il trasferimento dei diritti;
- c) canone che il concorrente intende corrispondere all'amministrazione;
- d) tempo massimo previsto per l'esecuzione dei lavori e per l'avvio della gestione;
- e) durata prevista della concessione;
- f) struttura finanziaria dell'operazione, comprensiva dell'analisi dei profili di bancabilità dell'operazione in relazione al debito indicato nel piano economico-finanziario;
- g) costi, ricavi e conseguenti flussi di cassa generati dal progetto con riferimento alle tariffe.

Per quanto riguarda la richiesta specificazione delle caratteristiche del servizio, deve evidenziarsi che tale documento rappresenta un elemento cruciale nell'ambito della procedura in esame, concretando, di fatto, il capitolato prestazionale dell'intervento ed evidenziando il livello minimo di servizi da garantire ai fini dell'adempimento della concessione stessa.

In quest'ottica, è necessario che il documento illustri chiaramente non sole le prestazioni attese per i singoli servizi, ma anche le metriche di misurazione del livello di servizio erogato e il sistema di gestione e controllo a presidio della qualità, nel tempo, delle prestazioni del concessionario.

Tali elementi, dovrebbero, correttamente, trovare apposito riferimento in una disciplina sanzionatoria nell'ambito della convenzione a tutela dell'interesse pubblico al perfetto adempimento del contratto coerente con gli *standard* qualitativi attesi.

Appare a questo punto opportuno soffermarsi sul contenuto dello schema di convenzione. A tale riguardo occorre fare riferimento a quanto stabilito all'art. 115 del DPR 207/2010 con riferimento allo schema di contratto di concessione di costruzione e gestione di lavori, non essendovi una disciplina specifica per la concessione di servizi, ed adattare la disciplina normativa all'ambito dei servizi, come si è già fatto per lo studio di fattibilità.

Secondo tale disposizione lo schema di contratto di concessione deve indicare:

- le condizioni relative all'elaborazione da parte del concessionario del progetto dei lavori da realizzare e le modalità di approvazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice;
- l'indicazione delle caratteristiche funzionali, impiantistiche, tecniche e architettoniche dell'opera e lo standard dei servizi richiesto;
- i poteri riservati all'amministrazione aggiudicatrice, ivi compresi i criteri per la vigilanza sui lavori da parte del responsabile del procedimento;
- la specificazione della quota annuale di ammortamento degli investimenti;
- l'eventuale limite minimo dei lavori da appaltare obbligatoriamente a terzi secondo quanto previsto nel bando o indicato in sede di offerta;
- le procedure di collaudo;
- le modalità ed i termini per la manutenzione e per la gestione dell'opera realizzata, nonché i poteri di controllo del concedente sulla gestione stessa;
- le penali per le inadempienze del concessionario, nonché le ipotesi di decadenza della concessione e la procedura della relativa dichiarazione;
- le modalità di corresponsione dell'eventuale prezzo, anche secondo quanto previsto dall'articolo 143, comma 5, del codice;
- i criteri per la determinazione e l'adeguamento della tariffa che il concessionario potrà riscuotere dall'utenza per i servizi prestati;
- l'obbligo per il concessionario di acquisire tutte le approvazioni necessarie oltre quelle già ottenute in sede di approvazione del progetto;
- le modalità ed i termini di adempimento da parte del concessionario degli eventuali oneri di concessione, comprendenti la corresponsione di canoni o prestazioni di natura diversa;
- le garanzie assicurative richieste per le attività di progettazione, costruzione e gestione;
- le modalità, i termini e gli eventuali oneri relativi alla consegna del lavoro all'amministrazione aggiudicatrice al termine della concessione;
- nel caso di cui all'articolo 143, comma 5, del codice, le modalità dell'eventuale immissione in possesso dell'immobile anteriormente al collaudo dell'opera;
- il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione temporale per tutto l'arco temporale prescelto;
- il corrispettivo per il valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione.

Con specifico riguardo allo schema di convenzione è, inoltre, opportuno evidenziare che lo stesso deve essere formulato in maniera tale da

concretare un effettivo trasferimento di almeno due dei tre rischi principali del contratto (disponibilità, mercato, esecuzione) al concessionario mediante apposite e puntuali clausole, coerentemente ai noti parametri Eurostat, in quanto tale condizione è imprescindibile per qualificare l'operazione di finanza di progetto come *off-balance*, soprattutto nel caso in cui la remunerazione sia in tutto o in parte a carico della P.A., per poter evitare che la concessione possa configurarsi come un appalto mascherato.

5. *La valutazione della proposta e la nomina del promotore*

Una volta che sia presentata una proposta di *project financing*, spetta alle Amministrazioni riceventi procedere alla valutazione della stessa per verificare se questa riveste un pubblico interesse che induca a procedere all'affidamento della concessione: tale valutazione, per espressa previsione dell'art. 278 del Regolamento in esame, deve avvenire entro sei mesi dalla presentazione della proposta stessa²⁸.

Per quanto riguarda i criteri sulla base dei quali deve avvenire la valutazione, la stessa disposizione in commento evidenzia che la fattibilità delle proposte presentate deve essere valutata sotto il profilo della funzionalità, della fruibilità del servizio, della accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico del piano e del contenuto della bozza di convenzione, nonché dell'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione²⁹.

A tal proposito, non può non evidenziarsi che l'attività valutativa in esame è soggetta alla discrezionalità amministrativa della stazione appaltante, per cui gli esiti sono difficilmente censurabili dal privato, se non nell'ottica della palese irragionevolezza od illogicità³⁰. Tuttavia, non può

²⁸ Si cfr. S.M. SAMBRI, *Project financing, La finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, in *op. cit.* sub nota 24, 149 ss.

²⁹ Si cfr. Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2014, n. 1365 (punto 3 in diritto), in *www.appalti-contratti.it*; Cons. Stato, Ad plen. 15 aprile 2010, n. 1; TAR Sicilia, Palermo, 5 aprile 2007, n. 1100; TAR Sicilia, sez. staccata di Catania, 29 giugno 2012 n. 1642; Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2013, n. 1495; Cons. Stato, sez. IV, 26 ottobre 2012, n. 5492; Parere Avcp, 19 settembre 2012, n. 14, rif. n. AG 14/12, in *www.Avcp.it*; Deliberazione 12 novembre 2010, n. 228, in *www.appalti-contratti.it*; Determinazione Avcp, 20 maggio 2009 n. 3, recante *Procedure di cui all'articolo 153 del Codice dei contratti pubblici: linee guida per i documenti di gara*, in *www.appalti-contratti.it*; TAR Sicilia Catania sez. IV 14 maggio 2014 n. 1349.

³⁰ PASQUINI, *Il project financing e la discrezionalità*, *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2006, 1112; Cfr. R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 1231, secondo cui l'espressione "project financing" individua

negarsi che, conformemente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza³¹ in materia di lavori, la valutazione sul pubblico interesse della proposta può essere legittimamente censurata in sede giudiziaria dall'aspirante promotore, in quanto lo stesso è titolare di una posizione di interesse legittimo giuridicamente rilevante alla dichiarazione di pubblico interesse, concretandosi questa nell'attribuzione di un diritto di prelazione³² ai fini del successivo affidamento della concessione³³.

Nell'ipotesi in cui le proposte siano positivamente valutate e, dunque, ritenute di pubblico interesse, le Amministrazioni le inseriscono nella propria programmazione, come espressamente previsto dall'art. 278 del Regolamento: tale previsione è di dubbia interpretazione, alla luce del fatto che, come sopra ampiamente evidenziato, nel caso dei servizi la programmazione da parte delle Amministrazioni non ha natura obbligatoria, ma meramente facoltativa. Ci si deve, dunque, interrogare sulla portata di tale previsione, ossia sull'obbligo della stazione appaltante, una volta che abbia ricevuto una proposta che si è rivelata essere di pubblico interesse, di procedere alla programmazione dei servizi e, in caso positivo, sull'alternativa se tale programmazione debba riguardare solo il singolo servizio oggetto della proposta o la complessiva attività dell'Amministrazione. Alla luce del fatto che il sopra richiamato art. 271 del Regolamento prevede che la programmazione nell'ambito dei servizi sia meramente facoltativa per le Amministrazioni, sembra doversi ritenere che l'art. 278 usi il termine in senso atecnico, con il solo scopo di indicare un onere della stazione appaltante di

non una procedura di affidamento, ma un risultato raggiungibile con molteplici strumenti procedurali.

³¹ Si veda, in giurisprudenza, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 28 gennaio 2012, n. 1, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5316, in *Urb. e app.*, 2006, 456.

³² G. FIDONE, B. RAGANELLI, *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della c.d. «prelazione» del promotore*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, n. 3, 949; A. CANCRINI, *Project financing. Cenni ai problemi di compatibilità tra diritto di prelazione e ordinamento comunitario*, in *www.Treccani.it*; FAVA, *Diritto di prelazione senza rispetto del principio di evidenza pubblica?*, [Nota a Cons. Stato sez. V 10 novembre 2005 n. 6287; Cons. Stato sez. V 5 ottobre 2005 n. 5316], in *Urbanistica e Appalti*, 4/2006, 456 ss.; C. MALINCONICO, *Il Project financing*, in *Trattato sui contratti pubblici* vol IV, *Le tipologie contrattuali*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2008, 2610 ss.

³³ La VIII commissione permanente del Senato con Parere n. 27 del 29 luglio 2008, ha considerato la figura dello *jus praelationis* a favore del promotore un aspetto necessario per suscitare interesse l'interesse per le imprese a partecipare alle procedure di *project financing*; sul punto si cfr. L. GIAMPAOLINO, *La finanza di progetto nel momento attuale*, Relazione tenuta a Napoli il 6 giugno 2008, pubblicata su *www.Giust.amm.it*. È stato per la verità anche notato che, statisticamente, malgrado la soppressione del diritto di prelazione disposta con il d.lgs. n. 113 del 2007, non si è attenuato il favore del mercato per l'istituto: M. RICCHI, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 1385.

indire la successiva gara per l'affidamento della concessione, mentre non appare razionale (nell'ambito del sistema normativo come delineato) che la sola valutazione di pubblico interesse di una singola proposta possa trasformare la facoltà di programmazione in vero e proprio obbligo.

In caso di pluralità di proposte, la norma prevede che le stesse debbano essere valutate comparativamente e che, ad esito di tale valutazione, venga individuato il soggetto promotore. Nulla è previsto per l'ipotesi in cui vi sia una sola proposta, dal che non può che conseguire che una fase di confronto concorrenziale, seppure informale, si debba aprire solo per il successivo affidamento della concessione, una volta che sia riconosciuto il pubblico interesse della proposta.

6. *La procedura di gara*

Una volta che la proposta presentata venga valutata di pubblico interesse, ai fini della scelta del concessionario di servizi, l'Amministrazione indice una gara informale ai sensi dell'art. 30, comma 3, del d.lgs. 163/2006, alla quale viene invitato il promotore, ponendo a base di gara la proposta da quest'ultimo presentata³⁴. Deve, innanzitutto, evidenziarsi che tale previsione è attualmente conforme alla disciplina normativa nazionale e comunitaria che, ad oggi, come sopra anticipato, esclude le concessioni di servizi dall'ambito di applicazione della normativa comunitaria in materia di contratti pubblici. Tuttavia, deve ritenersi che in un prossimo futuro, non appena sarà recepita la direttiva comunitaria sull'aggiudicazione delle concessioni (direttiva 2014/23/UE), la normativa nazionale dovrà adeguatamente disciplinare in maniera rigorosa anche la procedura di affidamento delle concessioni di servizi, almeno con riguardo ai contratti sopra soglia comunitaria³⁵.

Attualmente, comunque, l'affidamento della concessione avviene mediante gara informale, cui devono essere invitati almeno cinque concor-

³⁴ F. LOGIUDICE, *Sulla gara informale in tema di concessione di servizi*, TAR Puglia-Bari, sez. I, sentenza 21.11.2007, n. 2768, in *www.altalex.com*; F. PEIRONE, *La scelta del concessionario di servizi – The selection of the service concessionaire*, (nota a Cons. St., sez VI, 4 settembre 2012, n. 4682), in *Il Foro amministrativo – CdS*, 2/2013, 541 e ss..

³⁵ Per quanto concerne l'individuazione del valore delle concessioni di servizi, la prassi dell'AVCP, ora ANAC, prevede che debba farsi riferimento al complesso dei flussi di cassa nell'intero periodo di durata del contratto. Si veda, in proposito, Parere Avcp (ora ANAC) del 06 febbraio 2013, n. 2; Determinazione Avcp (ora ANAC) dell'11 marzo 2010, n. 2; Parere Avcp (ora ANAC) precontenzioso del 28 gennaio 2010, n. 13; M.G. GRECO, *Chiarimenti sull'istituto giuridico di concessione nella Direttiva 2014/23/UE. Il rischio "operativo" nel rapporto concessorio*, in *www.lineavcp.it*.

renti, se ve ne sono sul mercato. Per la scelta dei concorrenti da invitare, le Amministrazioni hanno due opzioni: (i) effettuare una ricerca di mercato tesa ad individuare i soggetti in possesso dei richiesti requisiti per l'esecuzione della concessione, oppure (ii) pubblicare un avviso per la raccolta sul mercato delle manifestazioni di interesse da parte degli operatori economici. In tale seconda ipotesi, la stazione appaltante è tenuta ad invitare tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta, senza poter escluderne alcuno, a condizione che dimostrino di possedere i prescritti requisiti richiesti nell'avviso.

Lo svolgimento della gara è soggetto solo al rispetto dei principi generali di trasparenza e *par condicio*, senza che vi sia un obbligo di conformarsi a specifiche disposizioni del Codice o del Regolamento: peraltro, deve chiarirsi, nel caso in cui l'Amministrazione scelga, in sede di redazione della *lex specialis*, di gara di richiamare le rigorose prescrizioni del Codice o del Regolamento, si vincola inderogabilmente a rispettarle nel successivo svolgimento della gara³⁶.

In tale gara, in conformità alla disciplina prevista per i lavori, il promotore ha il c.d. diritto di prelazione, ossia il diritto di adeguare la propria proposta a quella di altro concorrente ritenuta dall'Amministrazione più conveniente, aggiudicandosi così la concessione. Tale previsione, così come prevista dal legislatore, pone seri dubbi di compatibilità comunitaria: infatti, non si può non ricordare che una norma siffatta era prevista originariamente già nella legge 109/94 ed è stata oggetto di una procedura di infrazione comunitaria per lesione della concorrenza³⁷, in quanto, nei fatti, al promotore viene attribuito il diritto all'affidamento di un contratto pubblico senza che vi sia una concorrenza a monte.

³⁶ Si cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7470; Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 2010, n. 1663; Corte dei Conti, Sez. contr., 14 dicembre 2010, n. 28, in *Riv. Corte conti*, 2010, 6, 10.

³⁷ Si veda sentenza della Corte di Giustizia Ce, sez.II, 21 febbraio 2008, in C-412-04 Commissione Ce c. Repubblica Italiana. L'art. 3, comma 15-ter, del Codice degli appalti pubblici inserisce tra le forme di PPP "l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto". La primigenia codificazione della materia risale alla legge quadro n. 109/1994, meglio conosciuta come "legge Merloni", poi novellata per effetto della legge n. 215/1995 (c.d. Merloni-bis). Tuttavia, sarà la legge n. 415 del 1998 (la legge cd. "Merloni-ter") a collocare la finanza di progetto all'interno della legge quadro n. 109/1994 attraverso l'inserimento degli articoli dal 37-bis al 37-nonies. In seguito, la materia sarà ancora novellata dalla legge n. 166/2002 (c.d. Merloni-quater) che riconoscerà al promotore il diritto di prelazione. Tale diritto, però, verrà successivamente espunto dal nostro ordinamento con per effetto del d.lgs. n. 113/2007, in quanto contrastante con i principi comunitari tutt'oggi previsti dal TFUE ed attinenti alla libera concorrenza, alla parità di trattamento e al divieto di discriminazioni. La *ratio* dell'espunzione risiede nel fatto che il diritto di prelazione farebbe assumere al promotore un'indebita posizione di vantaggio rispetto agli altri concorrenti.

Per poter ovviare a tale eventuale problematica, le Amministrazioni potrebbero, una volta che abbiano ricevuto una proposta ai sensi dell'art. 278 del Regolamento, rendere pubblica la presentazione di tale proposta, dando un congruo termine per la presentazioni di eventuali ulteriori proposte concorrenti: tale termine dovrebbe essere tale da consentire alla stazione appaltante di valutare il pubblico interesse di tutte le eventuali proposte ricevute entro il termine di sei mesi dalla presentazione della prima proposta. In questo modo, l'attribuzione del diritto di prelazione al soggetto nominato promotore risulterebbe assolutamente incensurabile, essendo stata garantita la necessaria concorrenza tra gli operatori del mercato.

Tale problematica risulta, inoltre, superata nel caso in cui la stazione appaltante, come da prassi che si sta diffondendo tra le Amministrazioni, riceva la proposta di *project financing* a seguito della pubblicazione di uno specifico avviso di sollecitazione ad inviare proposte. Anche in questo caso, infatti, la concorrenza sarebbe garantita a monte, per cui non vi sarebbero spazi di censurabilità sotto tale profilo.

7. Conclusioni

In conclusione, deve affermarsi che l'istituto del *project financing* di servizi risulta di indubbia utilità e convenienza sia per le Amministrazioni che per i privati e potrebbe divenire uno strumento essenziale per garantire un concreto e reale efficientamento della gestione dei servizi pubblici.

Si dovrà, tuttavia, attendere il recepimento della direttiva comunitaria sull'aggiudicazione delle concessioni per verificarne la portata sull'attuale disciplina, pur auspicandosi che la normativa di recepimento si limiti ad incidere esclusivamente sulla disciplina procedurale che presiede allo svolgimento della gara successiva alla dichiarazione di pubblico interesse delle proposte.