

La FINANZA LOCALE

7-8

LUGLIO
AGOSTO
2005

RIVISTA MENSILE DI CONTABILITÀ E TRIBUTI DEGLI ENTI LOCALI E DELLE REGIONI

IN QUESTO NUMERO

LA CONTRATTAZIONE DECENTRATA

Uno strumento per migliorare i servizi offerti dalla p.a.

LA DIFFERENZIAZIONE DELLE ALIQUOTE NEI TRIBUTI LOCALI

*Effetti prodotti dalla sentenza n. 485/2004
del Consiglio di Stato*

LA NUOVA DISCIPLINA DEL DISSESTO FINANZIARIO

*Commento alle recenti normative
e prospettive di riforma*

LA COSTITUZIONE IN GIUDIZIO NELL'ENTE LOCALE

Efficacia e limiti dell'istituto

LA PROGRAMMAZIONE NEGLI ALTRI PAESI

*Analisi comparata delle esperienze
più innovative*

Il project financing nel diritto amministrativo

di Francesco Scalia

Università degli studi di Cassino – Facoltà di Giurisprudenza

1. Caratteri essenziali e natura del project financing

Il *project financing* ⁽¹⁾ si è affermato, dapprima nel mondo anglosassone, come una tecnica di finanziamento di progetti imprenditoriali o di opere in grado di produrre reddito.

Nevitt lo ha definito "un'operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore fa affidamento, sin dallo stadio iniziale, sul flusso di cassa e sugli utili dell'unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito" ⁽²⁾.

Nasce, quindi, come tecnica per

finanziare interventi sulla base della valenza tecnico-economica del progetto, piuttosto che sulla capacità autonoma di indebitamento dei soggetti promotori. Il progetto viene valutato dai finanziatori soprattutto per la sua capacità di generare, attraverso la gestione dell'opera, flussi di cassa, che costituiscono la garanzia primaria per il rimborso del debito e per la remunerazione del capitale di rischio.

Si tratta di uno strumento utilizzabile sia per la realizzazione di opere pubbliche che di progetti privati e dal punto di vista giuridico è stato definito come un collegamento contrattuale di una serie di figure di contratti tipici (di appalto, di garanzia, di società, di concessione di costruzione e gestione, di concessione di servizi, di finanziamento di *engineering*) ⁽³⁾.

(1) Sul *project financing* recentemente: M. BALDI, G. DE MARZO, *Il project financing nei lavori pubblici*, II ed., Ipsa, 2004; *Project financing e opere pubbliche*, a cura di G. F. FERRARI e F. FRACCHIA, Egea, Milano, 2004; F. CARINGELLA e M. PROTTO, *Il project financing*, in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, a cura di CARINGELLA e DE MARZO, Ipsa, 2003, p. 1585 e ss.

(2) P.K. NEVITT, *Project financing*, Bari, Laterza, 1987.

(3) BALDI, DE MARZO, *Il project financing nei*

Ma mentre nel diritto privato non vi sono ostacoli a che il *project financing* venga realizzato utilizzando i normali istituti giuridici presenti nel codice civile e nelle leggi collegate, nel diritto pubblico occorre adattare tale tecnica alla normativa disciplinante i lavori pubblici ed alle regole di evidenza pubblica e, più in generale, ai principi imposti dalla presenza di un'amministrazione pubblica tra i soggetti coinvolti e dal carattere pubblico o di pubblico interesse dell'opera da realizzare e gestire.

A tal fine la l. n. 415 del 1998 (c.d. Merloni-ter) ha introdotto nel corpo della l. n. 109/1994 gli artt. 37-bis-*nonies*, che regolano uno schema procedimentale ad iniziativa privata finalizzato all'individuazione del concessionario di costruzione e gestione di un lavoro pubblico o di pubblica utilità, schema che si affianca a quello di iniziativa pubblica già previsto e disciplinato dalla Merloni agli artt. 19, comma 2, e 20, comma 2.

Con tale normativa il legislatore ha compiuto il non facile tentativo di conciliare l'esigenza di favorire il

concorso finanziario dei privati nella realizzazione di opere pubbliche con quella di garantire il rispetto dei principi di trasparenza e di libera concorrenza tra gli operatori. Operazione il cui esito non sempre è esente da rilievi, come dimostra la procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226, comma 2, del Trattato, aperta dalla Commissione europea relativamente al diritto di prelazione accordato al promotore.

Invero, la procedura delineata dal legislatore oscilla continuamente tra istanze pubblicistiche e spinte privatistiche: trattandosi di una serie di procedimenti connessi finalizzati alla scelta di un contraente della pubblica amministrazione cui affidare la costruzione e gestione di un'opera pubblica, non si può derogare alle procedure concorsuali che ordinariamente vengono utilizzate a questi fini; sennonché, l'esigenza di sollecitare e valorizzare l'apporto – non solo finanziario – del privato impone elementi di elasticità, anche nelle valutazioni che l'amministrazione è chiamata a fare, che è difficile conciliare con i rigidi schemi delle ordinarie procedure concorsuali (4).

lavori pubblici, cit. Questa definizione, però, non considera l'insieme di procedimenti e provvedimenti amministrativi che concorrono a realizzare l'operazione di finanza di progetto.

(4) Cfr. R. MANGANI, *Il Pf secondo i giudici: verso obblighi di gara per la scelta del promotore*, in "Edilizia e Territorio", 35/2004, p. 27 e ss.

Altro riflesso dei profili pubblicistici dell'istituto – corollario del principio di legalità – è rappresentato dalla tipicità delle figure utilizzabili dall'amministrazione per realizzare il concorso finanziario del privato nei lavori pubblici. L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha precisato che a tal fine è ammesso solo l'uso della concessione di costruzione e gestione, sia di iniziativa pubblica che privata, mentre è escluso il ricorso a qualunque altro strumento giuridico non tipizzato (det. n. 22 del 30.7.2002).

Rispetto al quadro originario, la l. 1° agosto 2002, n. 166 (c.d. Merloni-*quater*) ha introdotto nella disciplina momenti di flessibilità al fine di favorire l'impiego dell'istituto incentivando l'iniziativa del privato. In particolare: la proroga al 31 dicembre del termine per presentare proposte quando al 31 giugno non siano pervenute all'amministrazione proposte per il medesimo intervento; l'eliminazione del dovere in capo al concessionario di appaltare a terzi una quota minima del 30% dei lavori oggetto della concessione; l'introduzione della cosiddetta prelazione, vale a dire il diritto del promotore di adeguare la propria proposta a quella giudicata più conveniente e diventare aggiudicatario della con-

cessione. Altre modifiche portate dalla l. n. 166 hanno riguardato più in generale l'istituto della concessione di costruzione e gestione, interessando conseguentemente anche la disciplina del *project*: l'eliminazione del limite di trenta anni quale durata massima della concessione, al fine di favorire interventi di grandi dimensioni e l'eliminazione del tetto del 50% del finanziamento pubblico.

Quasi contemporaneamente è intervenuto il d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, che, in attuazione della legge delega 21 dicembre 2001, n. 443 (c.d. "legge Lunardi"), ha definito un quadro normativo finalizzato alla celere realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti di importanza strategica e di preminente interesse nazionale, prevedendo deroghe alla disciplina della finanza di progetto portata dagli artt. 37-*bis-nonies* della l. n. 109/1994.

Pertanto, la disciplina prevista dagli artt. 37-*bis - nonies* della l. n. 109/1994 può definirsi come la norma generale della finanza di progetto nei lavori pubblici. Infatti, il legislatore, nel disciplinare il *project* relativamente alle infrastrutture di rilevanza strategica, è intervenuto, con deroghe ed adattamenti, sull'impianto costruito dalle norme su ri-

chiamate. La stessa giurisprudenza ha riconosciuto il carattere generale di tale normativa nel momento in cui l'ha ritenuta applicabile anche ai settori speciali, ancorché l'istituto del *project* non sia previsto dal d.lgs. n. 158/1995 (5).

Di seguito si farà un breve cenno alla disciplina in questione, per poi soffermarsi sull'ambito oggettivo di applicazione di tale normativa, non senza prima, però, aver precisato che la concessione di costruzione e gestione, sia ad iniziativa pubblica (art. 19, l. n. 109) che ad iniziativa privata (artt. 37-bis e ss.), non rappresenta l'unica forma di interazione pubblico-privato nella realizzazione di opere di pubblica utilità e gestione di servizi. Altri strumenti che assolvono ad analoga funzione sono, infatti, rappresentati dalle società miste, previste dagli artt. 113 e 116 del t.u. enti locali (d.lgs. n. 267/2000), e dalle società di trasformazione urbana, previste dall'art. 120 dello stesso decreto (6). Inoltre, di-

(5) T.A.R. Sardegna, 30.11.2001, n. 1288.

(6) Il Libro verde sul partenariato pubblico-privato della Commissione europea distingue tra Ppp di tipo puramente contrattuale, nel quale rientrano la concessione di costruzione e gestione ad iniziativa sia pubblica che privata e la concessione di servizio pubblico, ed il Ppp istituzionalizzato, che riguarda la costituzione di un'entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato (la società mista).

versi sono gli interventi legislativi volti a promuovere processi di privatizzazione e liberalizzazione nei servizi pubblici locali, in particolare nel settore idrico, del trasporto pubblico locale e dei rifiuti, favorendo così la partecipazione del privato nella gestione degli stessi. Tutto ciò in armonia con il principio di sussidiarietà orizzontale, codificato dall'art. 118 Cost., ai sensi del quale *"Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà"*.

2. Il *project financing* nella l. n. 109/1994

Si è già detto che gli artt. 37-bis e ss. della legge Merloni disciplinano una serie procedimentale di iniziativa privata per l'individuazione dell'aggiudicatario della concessione di costruzione e gestione e regolano poi alcuni aspetti del rapporto tra la stessa amministrazione ed il concessionario.

Il promotore sono identificati dal comma 2 dell'art. 37-bis nei soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali specificati nel regolamento, nonché nei soggetti ammessi a partecipare

alle gar
e nelle
tuite in
eventua
ti con
di serv
re anch
feritari
si del
Came
ro ag
ferma
decis
d.PP
aggi
via
ass
com
da
lit
in
pa

alle gare di cui all'art. 10 della legge e nelle società di ingegneria costituite in forma di società di capitali, eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi. Promotori possono essere anche le fondazioni bancarie conferitarie di aziende bancarie ai sensi del d.lgs. n. 356/1990, nonché le Camere di commercio da sole ovvero aggregate con altri legittimati, ferma restando la loro autonomia decisionale. Il regolamento (art. 99, d.P.R. n. 554 del 1999) ha inoltre aggiunto 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 hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta e soggetti appositamente costituiti nei quali siano presenti in misura maggioritaria soci aventi i requisiti di esperienza e professionalità predetti.

La proposta deve essere relativa a lavori pubblici o di pubblica utilità inseriti nel documento di programmazione triennale di cui all'art. 14 della l. n. 109, ovvero negli eventuali altri strumenti di programmazio-

ne formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.

La l. n. 166 del 2002 ha introdotto la possibilità per soggetti pubblici e privati di presentare, già in sede di predisposizione del programma triennale, proprie proposte di intervento e studi di fattibilità, senza però che ciò comporti in capo all'amministrazione alcun obbligo di esame e di valutazione, né in capo al proponente il diritto ad alcun compenso anche qualora l'intervento sia effettivamente inserito nel programma.

Le amministrazioni debbono rendere pubblica, entro 20 giorni dalla redazione (*rectius* approvazione) dei programmi indicati, la presenza in essi di interventi realizzabili con il ricorso al *project financing*.

Le proposte debbono essere presentate entro il termine del 30 giugno di ogni anno oppure, nel caso in cui entro tale scadenza non siano state presentate proposte per il medesimo intervento, entro il 31 dicembre.

Esse devono contenere uno studio di inquadramento territoriale e ambientale, uno studio di fattibilità, un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi

costituite dall'istituto stesso ovvero ancora da una società di revisione, una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione nonché l'indicazione degli elementi di cui all'art. 21, comma 2, lett. b), ai fini dell'aggiudicazione a licitazione privata, e delle garanzie offerte dal promotore.

Il piano economico-finanziario, in particolare, consente all'amministrazione il controllo dell'attendibilità e sostenibilità dell'offerta complessiva, dovendo evidenziare che i dati che compongono la stessa hanno una loro coerenza ed un'adeguata giustificazione, rendendo credibili i flussi di cassa che l'offerente si attende dalla gestione dell'infrastruttura (7).

Entro quindici giorni dalla ricezione della proposta, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono: a) alla nomina e comunicazione al promotore del responsabile del procedimento; b) alla verifica della completezza dei documenti presentati e ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione.

(7) Sul ruolo centrale del piano economico-finanziario nell'ambito dell'operazione di *project financing* e, conseguentemente, nella fase di scelta del soggetto che realizzerà l'intervento, si veda da ultimo T.A.R. Campania, sez. I, 17.6.2004, n. 9571; cfr. anche T.A.R. Emilia-Romagna, sez. Bologna, 20.5.2004, n. 762.

Le amministrazioni, entro i quattro mesi successivi alla presentazione delle proposte, ne valutano la fattibilità in relazione ai profili indicati dall'art. 37-ter (8), e, esaminatele anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse.

Entro tre mesi dalla pronuncia sulla proposta, l'amministrazione indice una gara volta ad individuare, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, due offerte - migliorative rispetto a quella posta a base della gara - da affiancare a quella del promotore. La gara deve svolgersi con il metodo della licitazione privata o con la procedura dell'appalto concorso. Ad essa segue una procedura negoziata preordinata a stabilire il concessionario e con la quale vengono comparate l'offerta del promotore e le due migliori offerte ovvero quella dell'unico soggetto che eventualmente abbia partecipato alla gara. Nel caso in cui non vengano presentate offerte, la proposta del

(8) Il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera e di ulteriori parametri economico-gestionali stabiliti dal legislatore, tra cui il costo di gestione e di manutenzione e le tariffe da applicare.

promote
st'ultima
sede di
guare la
giudica
conven
dicata

La p
in un
scelta
due t
proc
te, r
div
cess
con
per
fin
rie
ra
st
p
c

promotore è per lui vincolante. Quest'ultimo, inoltre, ha la facoltà, in sede di procedura negoziata, di adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente, rendendosi così aggiudicatario della concessione.

La procedura, quindi, si articola in una prima fase, finalizzata alla scelta del promotore originario, e in due fasi successive nelle quali, con procedure di gara – rispettivamente, ristretta e negoziata – viene individuato l'aggiudicatario della concessione. Si tratta di fasi che, ancorché teleologicamente connesse per il raggiungimento dell'unitario fine della selezione del concessionario di costruzione e gestione dell'opera pubblica, mantengono una loro sostanziale autonomia strutturale e giuridica, concludendosi con provvedimenti immediatamente ed autonomamente impugnabili⁽⁹⁾.

È evidente come la prima fase condizioni l'esito finale dell'intera procedura ponendo il promotore in una posizione di vantaggio, sia perché ad essere posto a base della gara ristretta è il progetto preliminare da questi presentato ed i parametri degli elementi essenziali

del relativo piano economico-finanziario, sia – soprattutto – perché il promotore è ammesso direttamente alla procedura negoziata e, in questa sede, ha comunque la possibilità di aggiudicarsi la concessione adeguando la propria proposta a quella che l'amministrazione giudicherà più conveniente.

La giurisprudenza più recente ha ritenuto che la procedura di scelta del promotore ha natura para-concorsuale, quale attività volta a realizzare l'interesse pubblico alle migliori condizioni possibili per l'amministrazione aggiudicatrice⁽¹⁰⁾. Invero, l'art. 37-ter impone un esame comparativo delle proposte presentate che, pur se non procedimentalizzato, non può che svolgersi all'insegna dei criteri di *par condicio* e trasparenza richiesti per il corretto svolgimento delle vere e proprie procedure di gara, sia pure ispirato a maggiore libertà di forme⁽¹¹⁾. Da tutto ciò discende che l'esame delle proposte deve essere preceduto dalla fissazione e pubblicazione dei criteri sulla base dei quali si svolgerà la valutazione dell'amministrazione, con attribuzione ad ogni crite-

(10) T.A.R. Toscana, sez. II, 2.8.2004, n. 2860.

(11) Cfr. T.A.R. Puglia, sez. I, Bari, 9.9.2004, n. 3877.

(9) T.A.R. Campania, sez. I, 17.6.2004, n. 9571.

rio individuato di uno specifico peso ai fini della scelta finale ⁽¹²⁾.

Questa ricostruzione giurisprudenziale pare consentire, in ultima analisi, anche di superare i rilievi mossi dalla Commissione europea alla previsione del diritto di prelazione in capo al promotore. Infatti, la fissazione di criteri oggettivi e predeterminati per la scelta del promotore rende coerente con i principi generali del diritto comunitario la norma che assegna allo stesso una posizione di vantaggio ⁽¹³⁾.

Per contro, la procedura negoziata disciplinata dall'art. 37-*quater* deve assicurare un ragionevole margine di elasticità allo svolgimento in concreto del confronto concorrenziale tra le offerte, assumendo i caratteri, sotto questo profilo, della trattativa privata, i quali soffrono troppo rigide proceduralizzazioni. Essa, deve svolgersi secondo criteri che, se da un lato garantiscono

comunque il rispetto della *par condicio* tra i concorrenti ⁽¹⁴⁾, dall'altro lasciano l'amministrazione libera di operare con la flessibilità richiesta dalla particolare complessità delle offerte oggetto di valutazione. Il metodo all'uopo utilizzabile potrebbe essere quello del "dialogo competitivo", introdotto dall'art. 29 della nuova direttiva quadro sulle procedure di aggiudicazione degli appalti 2004/18/Ce del 31.3.2004 per il caso di "appalti particolarmente complessi" ⁽¹⁵⁾.

L'art. 37-*quinquies* è dedicato alla società di progetto e prevede che il bando di gara per l'affidamento di una concessione diretta alla realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà ovvero l'obbligo, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, indicando l'ammontare minimo del capitale sociale della società stessa. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta è indicata la quota di partecipazione

(12) T.A.R. Puglia, sez. III, Bari, 9.7.2004, n. 2993 sembra, invece, riconoscere un ampio margine di discrezionalità all'amministrazione nella scelta del promotore, implicando tale scelta valutazioni relative alla rispondenza della proposta al pubblico interesse. Anche T.A.R. Sicilia, 30.6.2004, n. 1358, riconosce un'ampia discrezionalità all'amministrazione procedente nella gestione della fase della istruttoria del progetto presentato dal promotore e nella sua valutazione, sindacabile nel merito dal giudice amministrativo solo in caso di palese illogicità.

(13) In questo senso: R. MANGANI, *Il Pf secondo i giudici: verso obblighi di gara per la scelta del promotore*, cit.

(14) Cons. Stato, sez. V, 10.2.2004, n. 495.

(15) Cfr., in questo senso, T.A.R. Campania, sez. I, 17.6.2004, n. 9571.

al capitale sociale di ciascun soggetto. La società così costituita diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione del contratto. I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte di tali società si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle stesse ai propri soci, sempre che questi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari.

La società di progetto garantisce l'autonomia economico-finanziaria del progetto rispetto alle attività degli investitori (c.d. *ring fence*), consentendo di rendere la realizzazione del progetto insensibile alle vicende economiche e finanziarie del promotore.

Qualora il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del soggetto concedente ovvero quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblico interesse, sono rimborsati al concessionario: *a)* il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettiva-

mente sostenuti dal concessionario; *b)* le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione; *c)* un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario (art. 37-*septies*).

Invece, in tutti i casi di risoluzione di un rapporto concessorio per motivi attribuibili al soggetto concessionario, gli enti finanziatori del progetto potranno impedire la risoluzione designando, entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione scritta da parte del concedente dell'intenzione di risolvere il rapporto, una società che subentri nella concessione al posto del concessionario e che verrà accettata dal concedente a condizione che: *a)* abbia caratteristiche tecniche e finanziarie sostanzialmente equivalenti a quelle possedute dal concessionario all'epoca dell'affidamento della concessione e *b)* l'inadempimento del concessionario che avrebbe causato la risoluzione cessi entro i novanta giorni successivi alla scadenza del termine su indicato ovvero in un termine più ampio che potrà essere eventualmente concordato tra il concedente e i finanziatori.

3. L'ambito oggettivo di applicazione degli artt. 37-bis e ss., l. n. 109/1994

L'art. 37-bis fa riferimento alla realizzazione di "lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità".

La norma riecheggia la tradizionale distinzione e classificazione, operata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, tra opere pubbliche ed opere di pubblica utilità: pubblica può dirsi ogni opera che sia eseguita dallo Stato o da altro ente pubblico (elemento soggettivo) e destinata a soddisfare un interesse pubblico (elemento finalistico); l'opera di pubblica utilità, invece, presenta solo il secondo degli elementi indicati, in quanto atta a perseguire lo scopo di interesse pubblico, pur essendo realizzata da privati ed appartenendo ad essi (16).

Per la verità, l'art. 37-bis usa il termine "lavori", che individua una nozione concettualmente distinta da quella di "opera", l'uno rappresentando il momento dinamico, l'attività, l'altro il momento statico del risultato dell'attività stessa (17).

È opportuno risalire alla definizione che di "lavori pubblici" dà la

stessa l. n. 109 all'art. 2: le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere ed impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica, in quanto affidate dai soggetti di cui al comma 2 dello stesso articolo; quindi: a) le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, gli enti pubblici, compresi quelli economici, gli enti e le amministrazioni locali, le loro associazioni e consorzi, nonché gli altri organismi di diritto pubblico; b) i concessionari di lavori e di servizi pubblici, i soggetti di cui al d.lgs. n. 158/1995 (relativo agli appalti nei settori esclusi), le aziende speciali, ed i consorzi previsti dal testo unico enti locali, le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali, le società con capitale pubblico, anche non prevalente, che abbiano ad oggetto della propria attività la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza; c) i soggetti privati relativamente ad alcune categorie di lavori.

È evidente come questa definizione, da un lato, si appunti esclusivamente sul momento dinamico ("le attività di..."), dall'altro, ricomprenda

(16) CIANFLONE, GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, XI ed. Giuffrè, Milano, 2003.

(17) Cfr. CIANFLONE, GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., p. 68.

anche le attività funzionali alla realizzazione di opere di pubblica utilità, stando alla definizione che delle stesse tradizionalmente si dà. Infatti, sono considerati lavori pubblici dall'art. 2 citato anche quelli realizzati da privati (art. 2, comma 2, lett. b) e c), l. n. 109/1994).

Invero, quanto al primo profilo, il termine "lavori" nell'art. 37-bis non può riferirsi alle sole attività indicate dall'art. 2, ricomprendendo necessariamente il risultato delle attività stesse: l'opera. La necessità, infatti, che i lavori siano suscettibili di gestione economica da parte del concessionario perché possa trovare applicazione l'istituto del *project financing* comporta che oggetto della concessione non possa essere la sola attività di realizzazione dell'opera, quant'anche l'opera stessa.

Quanto al secondo profilo, il riferimento operato dall'art. 37-bis distintamente ai "lavori pubblici" ed ai "lavori di pubblica utilità", perché mantenga un senso, va letto come possibilità che oggetto del *project* sia non solo la realizzazione e gestione di opere pubbliche in senso stretto, quanto anche di opere private destinate a soddisfare utilità pubbliche e che potrebbero, addirittura, non passare mai al patri-

monio pubblico. Infatti, nel concetto di sfruttamento economico dei lavori realizzati, quale elemento della controprestazione a favore del concessionario (art. 19, l. n. 109), può rientrare anche la vendita dell'opera a conclusione della gestione⁽¹⁸⁾.

Inoltre, opere di pubblica utilità possono essere alcune opere di urbanizzazione secondaria (impianti sportivi, esercizi commerciali, attrezzature culturali, ecc.) che possono formare oggetto di *project* anche come lavori collegati all'opera principale. Invero, l'art. 37-bis non ripropone la descrizione che dell'oggetto della concessione dà l'art. 19, il quale si riferisce non solo ai lavori pubblici e di pubblica utilità, quanto anche ai "lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati"; si tratta però di un mero difetto di coordinamento risolvibile tramite il richiamo operato dallo stesso art. 37-

(18) In questo senso: FRACCHIA, *Finanza di Progetto: i profili di diritto amministrativo*, in *Project financing ed opere pubbliche - Problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, a cura di G. F. FERRARI, F. FRACCHIA, Egea, Milano, 2004. Rilevano, invece, Amoroso e Sciuto che la precondizione posta dal legislatore consistente nella necessaria comprensione delle opere oggetto di proposta nel programma triennale di interventi dell'amministrazione, esclude implicitamente che la proposta possa riguardare anche opere di pubblica utilità. AMOROSINO, SCIUTO, *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (n. 415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione ed il promotore*, in "Riv. Giur. Ed.", 1999, II, 69.

bis ai contratti di concessione di cui all'art. 19, comma 2⁽¹⁹⁾.

Il riferimento ai lavori collegati consente di estendere il *project* anche ad opere destinate ad attività commerciale o di servizi, in quanto collegate all'opera principale, senza che per esse abbia alcuna rilevanza l'elemento finalistico dell'attitudine a soddisfare un interesse pubblico (si pensi all'esercizio commerciale all'interno di una struttura sanitaria realizzata con finanza di progetto oppure al centro commerciale ed alle strutture alberghiere all'interno di una zona sportiva, sempre realizzata in *project*⁽²⁰⁾). Tali opere, per la loro redditività si prestano, peraltro, a rendere più appetibile il *project financing* ed a consentire il ricorso a tale istituto anche quando dalla realizzazione e gestione della sola opera pubblica non possano ricavarsi flussi di reddito sufficienti a ripagare l'investimento.

4. Segue - Rilevanza del profilo della gestione nello schema del project. Opere calde, tiepide e fredde

La rilevanza del profilo della ge-

(19) Così: BALDI, DE MARZO, *Il project financing nei lavori pubblici*, cit., p. 427.

(20) Sulla pubblica utilità delle strutture alberghiere cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 aprile 1997, n. 424.

stione emerge con evidenza dal pur confuso quadro normativo relativo all'ambito oggettivo di applicazione della finanza di progetto nei lavori pubblici.

Invero, l'art. 37-*bis*, comma 2-*bis*, dispone che le amministrazioni debbono rendere pubblica la presenza nei programmi di "*interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica*"; il comma 1 dello stesso articolo, inoltre, nel definire il contenuto delle proposte presentate dai promotori, impone che le stesse contengano una "*specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione*". L'art. 14, nel disciplinare la programmazione dei lavori pubblici, dispone che le amministrazioni aggiudicatrici individuino con priorità i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, "*in quanto suscettibili di gestione economica*". Ancora, l'art. 37-*quinquies* parla di "*realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità*".

Quest'ultima formulazione, in particolare, pone delicati problemi interpretativi. Infatti, l'uso della congiunzione disgiuntiva (*e/o*) parrebbe consentire anche l'affidamento della mera realizzazione dell'infra-

struttura; parimenti, la lettera della norma consentirebbe l'affidamento della sola gestione di un nuovo servizio di pubblica utilità. Si tratta, però, di interpretazione in contrasto con i caratteri dell'istituto della concessione di costruzione e gestione, su cui fa perno tutta la disciplina della finanza di progetto nei lavori pubblici. L'affidamento non può, pertanto, che avere per oggetto la costruzione dell'opera e la conseguente gestione della stessa, consistente, quest'ultima, anche – ma non necessariamente – nell'erogazione di un servizio di pubblica utilità mediante l'opera realizzata.

Pertanto, caratteristica essenziale della finanza di progetto è l'attitudine dell'opera oggetto della stessa a realizzare un flusso di cassa che consenta di ripagare l'investimento e remunerare il capitale di rischio.

In relazione a questa attitudine, si usa classificare le opere in tre tipologie: opere calde, fredde e tiepide.

Calde sono quelle opere dotate di un'intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale azionario coinvolto nell'arco della vita della concessione; fredde sono, invece, le opere per le quali il privato che le

realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla pubblica amministrazione e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa. Tra queste due tipologie di opere, si pongono in posizione mediana quelle i cui ricavi da utenza non sono sufficienti a ripagare interamente le risorse impiegate per la loro realizzazione, rendendo necessario, per consentirne la fattibilità finanziaria, un contributo pubblico (c.d. opere tiepide).

L'ammissibilità della prima categoria di interventi non incontra ostacoli di ordine teorico. Si realizza con essi perfettamente lo schema della finanza di progetto così come delineato dal legislatore.

Diversamente è a dirsi per le altre due tipologie di opere.

La possibilità teorica che sia oggetto di *project financing* anche un'opera c.d. fredda (si pensi ad una scuola), discende dalla considerazione che le attività di gestione dell'opera e di erogazione del servizio pubblico non coincidono, tanto che la l. n. 166/2002 ha espressamente riconosciuto alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di affidare in concessione anche opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione.

Invero, la "gestione" dell'opera comprende attività diverse, che vanno dalla mera manutenzione alla più complessa attività necessaria per consentire all'opera di essere utilizzata per il fine cui è destinata, anche se non presenta il profilo dell'erogazione di un servizio pubblico (21). Tant'è che la l. n. 166/2002 ha aggiunto all'art. 19 della l. n. 109/1994 il comma 2-ter, a mente del quale *"Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti al concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera"*.

Proprio quest'ultima condizione consente di continuare a qualificare la fattispecie delineata dalla norma quale concessione di costruzione e gestione ed impone che la manutenzione e, più in generale, l'attività necessaria a consentire che l'opera venga utilizzata per il fine cui è destinata venga remunerata con un canone variabile in dipendenza dell'erogazione e dell'effettivo utilizzo del servizio, dovendosi accollare al privato il c.d. rischio di

mercato. Invero, se l'opera non dovesse essere utilizzata, gli oneri conseguenti a imprevisti tecnici e costruttivi occorsi nella realizzazione dell'opera (22).

Vero è che opere di per sé fredde vengono sovente – per così dire – riscaldate dal promotore comprendendo nella proposta l'esercizio di servizi diversi connessi con la gestione dell'opera stessa dai quali ricavare reddito da utenza ad integrazione del canone fisso (23).

Per esempio, nella realizzazione di nuovi ospedali con finanza di progetto, la controprestazione in favore del privato è usualmente rappresentata, oltre che da un contributo in conto lavori, che nell'esperienza avutasi sinora copre mediamente il 40 per cento dell'investimento, da un canone annuale composto di una quota (circa il 55-60%) legata alla disponibilità della struttura, di una

(22) Sulla necessità del mantenimento in capo al concessionario dell'alea connessa alla gestione si era già espressa la Commissione europea nella comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario adottata il 12.4.2000, pubblicata in *G.U.C.E.* il 19.4.2000; cfr. anche la circolare del Ministro delle politiche comunitarie n. 3944 del 1° marzo 2002, in *G.U.* n. 102 del 3.5.2002. Per la giurisprudenza comunitaria si veda: Corte di Giustizia, sentenza 7.12.2000, causa C-324/98, *Teleaustria c. Post & Telekom Austria*.

(23) Si pensi al servizio mensa di una scuola o all'uso delle strutture – aule, palestre, laboratori – fuori dell'orario scolastico; si pensi ancora agli spazi commerciali e ai parcheggi annessi ad una struttura ospedaliera.

(21) Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 561/1996.

quota correlata al livello di qualità delle prestazioni erogate (circa il 35% del canone), infine di una terza quota proporzionale al volume delle prestazioni erogate (circa il 5-10%). Questa terza voce del canone è naturalmente variabile e consente di porre a carico del privato una parte del rischio di mercato; le altre due voci sono rese variabili da un sistema di penalità definito in sede contrattuale che determinano riduzioni del canone in ipotesi di indisponibilità di parte della struttura o di prestazioni di qualità insufficiente. Infine, una minima parte (circa il 10%) dei ricavi è rappresentata dalla locazione o dalla gestione diretta di spazi commerciali e di sosta annessi alle strutture (24).

Anche le opere c.d. tiepide pongono questioni di non facile approccio.

In particolare, quella del limite e della natura del contributo pubblico per la realizzazione dell'opera.

Il testo originario dell'art. 19 della l. n. 109/1994 prevedeva che la controprestazione a favore del concessionario consistesse unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente le opere;

(24) S. GATTI, A. GERMANI, *Le applicazioni del project financing nel settore sanitario: stato dell'arte e prospettive di utilizzo in Italia*, in "Economia & Management", n. 3/2003.

solo qualora nella gestione fossero previsti prezzi o tariffe amministrati o controllati, il concedente assicurava al concessionario l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare anche mediante un prezzo che comunque non poteva superare il 50 per cento dell'importo totale delle opere ed il cui pagamento avveniva a collaudo effettuato.

Dalla formulazione della norma traspariva il carattere eccezionale del contributo pubblico, giustificato dalla necessità di garantire l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento in ipotesi nelle quali il prezzo della prestazione erogata dal concessionario mediante l'opera non potesse essere liberamente determinato dal mercato. Rimaneva peraltro rigido lo schema di un'opera che si ripagava con la gestione e ferma la necessità della presenza del rischio connesso alla stessa.

La l. n. 166 del 2002, al fine di incentivare il ricorso al *project*, ha eliminato il limite del 50 per cento per il contributo pubblico, svincolandolo dall'ipotesi in cui il concessionario sia tenuto a praticare tariffe o pezzi amministrati o controllati, ed ha precisato che il prezzo può essere rappresentato dalla cessione in

proprietà o in diritto di godimento di beni immobili nella disponibilità dei soggetti aggiudicatori, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già indicati nel programma triennale dei lavori pubblici di cui all'art. 14. Inoltre, a differenza di quanto avveniva nel vigore del testo originario dell'art. 19, quando, al fine di garantire all'amministrazione un controllo sul concessionario, si fissava il momento per corrispondere il prezzo-contributo rigorosamente a collaudo effettuato, il testo attualmente in vigore consente il pagamento anche in corso di esecuzione dei lavori.

Il legislatore ha, quindi, consacrato definitivamente l'interpretazione che del prezzo-contributo pubblico in passato già era stata data, sia pure in modo contrastato, cioè di qualsiasi utilità suscettibile di valutazione economica. In tal senso si era espressa anche l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, che, con la determinazione n. 20 del 4.10.2001, aveva ritenuto che il contributo pubblico ad un'operazione di *project financing* potesse oggettivarsi anche nella concessione di un

diritto di superficie su aree di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice ⁽²⁵⁾.

La norma distingue tra immobili la cui utilizzazione è strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, i quali se non sono nella disponibilità dell'amministrazione possono essere espropriati al fine di essere ceduti al concessionario, ed immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, purché già indicati nel programma triennale dei lavori pubblici.

La possibilità ormai codificata per l'amministrazione aggiudicatrice di conferire a titolo di prezzo la proprietà di beni immobili o altri diritti reali immobiliari, con relative potenzialità edificatorie, fa ritenere in dottrina che il *project financing* possa operare come strumento per realizzare modelli consensuali di pianificazione territoriale. In buona sostanza verrebbe affidata al privato la realizzazione dell'urbanizza-

(25) Non sembra rappresentare un passo indietro, rispetto a questa apertura, la determinazione dell'Autorità n. 22 del 30.7.2002, che ha ribadito il principio di tassatività dei contratti di appalto e di concessione per realizzare lavori pubblici o di pubblica utilità, riferendosi però - non consentendola - a fattispecie diversa da quella in cui il contributo pubblico in una finanza di progetto fosse la cessione in proprietà o in diritto di superficie di un'area dell'amministrazione. Pare di diverso avviso Ricchi, in *La cessione dei beni immobili della p.a. nel project financing dopo la l. 166/2002*, in "Urbanistica e appalti", 2/2003, p. 136 e ss.

zione primaria e secondaria di intere zone e la gestione delle opere idonee a produrre reddito (parcheggi, impianti sportivi, teatri); ma l'equilibrio economico-finanziario della proposta verrebbe garantito dal trasferimento al privato di aree (rese) edificabili in mano pubblica o all'uso espropriate ⁽²⁶⁾.

È evidente il rischio di speculazioni insito in operazioni di questo genere che, dal punto di vista teorico, sono ammissibili a condizioni, però, estremamente stringenti: *a)* gli immobili da cedere debbono essere strumentali o connessi all'opera da affidare in concessione, ovvero già immobili di pubblico interesse che hanno perso tale loro destinazione; *b)* deve rimanere in capo al concessionario il rischio della gestione; *c)* l'opera pubblica da costruire e gestire deve avere un peso anche economicamente preponderante, rappresentando la cessione di beni immobili un semplice contributo finalizzato a garantire l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione.

Quindi, per concludere sul punto, se in astratto il *project financing* può trovare applicazione - anche grazie ai ricordati interventi del legislatore - alle opere c.d. fredde e tiepide,

(26) In questo senso Ricchi, *La cessione dei beni immobili della p.a.*, cit.

va verificato in concreto che nella fattispecie non vengano meno i caratteri essenziali della concessione di costruzione e gestione, istituto su cui fa perno la finanza di progetto, così come disciplinata dalla l. n. 109/1994: la controprestazione per il concessionario deve essere rappresentata unicamente dal diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente l'opera, salva la possibilità di un contributo pubblico, finalizzato a garantire l'equilibrio economico-finanziario della proposta, la cui misura e natura debbono essere tali da non eliminare in capo al privato il rischio connesso alla gestione dell'opera.

5. Segue - Il project financing nei settori speciali e nelle concessione di servizi

Questione di importante rilievo pratico è quella relativa all'applicabilità dell'istituto del *project financing* nei settori cosiddetti speciali (acqua, trasporti, energia e telecomunicazioni), perché in tale ambito trova ampio spazio la categoria delle opere calde. Le infrastrutture da realizzare in tali settori, infatti, sono per lo più funzionali alla gestione di servizi pubblici e, quindi, tali da consentire l'operatività dello schema tradizionale di finanza di

progetto, assicurando, peraltro, a fronte dei considerevoli investimenti iniziali, una relativa stabilità dei flussi di cassa generabili, vista l'ampia utilizzazione dei servizi offerti e la rigidità della domanda.

I settori in questione sono disciplinati dal d.lgs. 17.3.1995, n. 158, di recepimento delle direttive 90/531/Cee e 93/98/Cee, il quale non menziona il *project financing*, né l'istituto della concessione di costruzione e gestione, prevedendo quale unico strumento contrattuale per l'affidamento dei lavori, il contratto di appalto.

L'art. 2, comma 2, lett. b), della l. n. 109/1994 include anche i soggetti di cui al d.lgs. n. 158/1995 nell'elenco di coloro cui si applicano le norme della legge stessa; senonchè, la stessa norma esclude espressamente l'applicabilità ai predetti soggetti – tra gli altri – dell'art. 19, commi 2 e 2-bis, disciplinante la concessione di costruzione e gestione, e dell'art. 14, dedicato alla programmazione dei lavori pubblici, norme – si è visto – essenziali nella disciplina della finanza di progetto. Ancora, le amministrazioni aggiudicatrici di cui parlano gli artt. 37-bis e ss., sono, per espressa previsione dell'art. 2, comma 7, lett. c), l. n. 109, i soli soggetti di cui al comma 2,

lett. a), non anche, quindi, i soggetti committenti nei settori speciali. E comunque, l'applicazione a questi ultimi della l. n. 109 opera limitatamente ai lavori non strettamente correlati agli scopi istituzionali dei soggetti interessati ovvero ai lavori che, pur essendo funzionali a detti scopi, non hanno un contenuto specialistico o tecnico direttamente condizionato dalle particolarità tecniche dei settori speciali (art. 2, comma 4, l. n. 109/1994). Invece, per i lavori cosiddetti specialistici la disciplina applicabile è quella del d.lgs. n. 158/1995.

Nonostante il delineato quadro normativo, la giurisprudenza ha ritenuto comunque applicabile l'istituto del *project financing* anche ai settori speciali⁽²⁷⁾. Invero, secondo tale indirizzo, il d.lgs. n. 158/1995 e la direttiva comunitaria n. 93/38/Cee non precludono ai soggetti aggiudicatori il diritto a regolamentare gli interessi loro affidati mediante strumenti diversi da quelli in tali normative tipizzati. Costoro, pertanto, nell'esercizio della propria autonomia contrattuale potrebbero realizzare operazioni di finanza di progetto, purché nel rispetto dei prin-

(27) T.A.R. Sardegna, 30.11.2001, n. 1288.

cipi di trasparenza e pubblicità ed evitando discriminazioni nella scelta del contraente ⁽²⁸⁾; principi garantiti dall'applicazione della disciplina portata dagli artt. 37-bis e ss., l. n. 109.

Si ritiene, però, in dottrina che, fermo restando il rispetto di tali principi, le amministrazioni pubbliche, nel realizzare interventi in *project financing* nei settori speciali, non siano tenute a seguire la procedura indicata dalle norme della 109 né ad applicare le regole sulla concessione dalla stessa poste, godendo di una certa discrezionalità sia nella scelta del concessionario che nella definizione dei contenuti da dare al rapporto concessorio ⁽²⁹⁾.

Per le concessioni di servizi, invece, la giurisprudenza più recente esclude possa trovare applicazione l'istituto del *project financing* e la relativa disciplina portata dalla 109 ⁽³⁰⁾ anche quando la concessione comprenda la realizzazione di opere, rimanendo però prevalente la gestione del servizio. In questa ipotesi, la concessione di servizi è un

contratto misto di lavori e servizi, nel quale, però oggetto principale è appunto la gestione del servizio, mentre i lavori avrebbero un rilievo accessorio. Applicare a tale fattispecie il meccanismo della finanza di progetto comporterebbe, a giudizio della giurisprudenza citata, una sorta di rovesciamento della logica dell'istituto; infatti, non sarebbe la gestione a fungere da corrispettivo dei lavori, ma questi a costituire corrispettivo (parziale) dell'affidamento del servizio, nel mentre la legge prevede che i lavori siano compensati unicamente con la gestione ed eventualmente anche con un prezzo ⁽³¹⁾.

6. Brevi considerazioni conclusive

Dal punto di vista del diritto amministrativo, quindi, la finanza di progetto si pone come una complessa operazione amministrativa unificata sul piano finalistico dall'unicità del risultato economico-gestionale perseguito, al cui interno conservano autonomia giuridica i di-

(28) Nello stesso senso si è espressa l'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici con la determinazione n. 4 del 6.3.2002.

(29) R. MANGANI, *Per i settori speciali il Pf è possibile senza rispettare le regole del 37-bis*, in "Edilizia e Territorio", n. 48/2003, p. 15 e ss.

(30) T.A.R. Campania, sez. I, 18.2.2004, n. 3046; T.A.R. Molise, 30.8.2002, n. 724.

(31) Ritiene, invece, che possa applicarsi la finanza di progetto anche per le concessioni di servizi M. RICCHI, *Pf, anche la concessione di servizi è fuori dal modello della Merloni*, in "Edilizia e Territorio" n. 10/2004, p. 37 e ss. L'Autore ritiene che, però, in questa ipotesi l'amministrazione non sia vincolata al rispetto della disciplina portata dagli artt. 37-bis e ss. della l. n. 109/1994.

stinti (ancorché connessi) procedimenti attraverso i quali si sviluppa la complessiva operazione economico-amministrativa⁽³²⁾.

Cuore dell'operazione è l'istituto della concessione di costruzione e gestione.

In buona sostanza, la *causa* (per usare una nozione civilistica) dell'intera operazione è rappresentata dalla realizzazione di un'opera pubblica o di pubblico interesse da parte del privato compensata con il diritto di gestire la stessa per un periodo, valutato (nel piano economico-finanziario) come sufficiente a consentire il rimborso dell'investimento e la remunerazione del capitale di rischio.

La possibilità di una partecipazione senza limiti del pubblico al finanziamento dell'operazione, anche mediante la dismissione di propri beni, non può, per essere consentita, far venir meno la causa in questione o anche solo ridurla a elemento residuale rispetto al cuore dell'operazione.

Invero, in molte proposte di *project financing* che negli ultimi tempi si

stanno realizzando la concessione di costruzione e gestione dell'opera pubblica rappresenta solo l'occasione strumentale di complessi interventi immobiliari ed urbanistici, che costituiscono, anche per il loro valore assolutamente preponderante, la vera ragione dell'operazione complessiva.

In questi casi il privato realizza sì l'opera pubblica o di pubblico interesse (il mercato, la struttura sportiva ...), la cui gestione va a coprire solo una minima (a volte assolutamente marginale) parte dell'intervento finanziario, trovando però il vero corrispettivo nello sfruttamento economico di aree pubbliche, rese all'uso edificabili, ove realizzare edilizia residenziale, per uffici, centri commerciali e quant'altro, oltre alle relative opere di urbanizzazione.

Non si vuol dire che anche queste ipotesi non si caratterizzino per profili di interesse pubblico, da verificare, ovviamente, caso per caso. Anzi, molto spesso rappresentano lo strumento per le amministrazioni locali per risanare interi quartieri e riportare a nuova vita immobili pubblici fatiscenti. Si vuol soltanto dire che in questi casi potrebbero mancare i tratti essenziali della finanza di progetto, così come delineata nel nostro ordinamento, e, quindi, non trovare corretta applicazione la di-

(32) Cfr. T.A.R. Campania, sez. I., 17.6.2004, n. 9571. Sulla nozione di "operazione amministrativa" quale "insieme delle attività necessarie per conseguire un determinato risultato concreto" si veda F.G. Scoca, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. Diritto, Aggiornamento*, VI, Milano, 2002, p. 85.

sciplina in questo lavoro succintamente descritta.

Invero, operazioni del genere aprono problemi di difficile soluzione. In particolare, il limite del contributo pubblico alla realizzazione dell'opera: se questo possa addirittura superare il valore dell'opera da costruire e gestire, dovendo magari compensare anche la realizzazione di altre opere pubbliche non "gestibili" (opere di urbanizzazione primaria, ad es.), comprese nella proposta di *project financing*. Ancora, come individuare i beni la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione e che, quindi, possono essere ceduti in proprietà a titolo di contributo pubblico, dopo, magari, essere stati a tal fine espropriati a terzi (art. 19, comma 2, l. n. 109/1994) e come valutare questi beni al fine di quantificare il contributo pubblico alla realizzazione dell'opera. Quali sono i lavori "strutturalmente e direttamente collegati" a quelli oggetto di concessione, ai sensi sempre dell'art. 19, comma 2.

Si tratta di questioni aperte, sulle quali la giurisprudenza non è stata ancora chiamata a pronunciarsi, dalla cui soluzione dipende in buona parte il futuro della finanza di progetto nel nostro Paese. Infatti, un'interpretazione estensiva dei (per la

verità, ormai pochi) vincoli prescritti dall'art. 19, comma 2, cit., potrebbe consentire davvero di usare la finanza di progetto come strumento di operazioni di urbanistica consensuale, di sicuro (ed immediato) interesse degli operatori privati e delle amministrazioni locali costrette a fare i conti con risorse sempre più scarse.

L'interprete, in questa operazione, sarà sicuramente guidato dal *favor* per il concorso finanziario del privato nella realizzazione di opere pubbliche che la l. n. 109/1994 in più punti esprime e dall'esigenza di non ingessare in rigidi schemi un istituto che, invece, proprio valorizzando l'elasticità e la fantasia dell'intervento privato, può conseguire i risultati più interessanti. Non potrà, però, non tener conto della considerazione che nel nostro ordinamento la finanza di progetto è costruita sulla concessione di costruzione e gestione, i cui tratti essenziali non possono essere stravolti, pena la fuoriuscita dall'ambito di applicazione degli artt. 37-bis-nonies, della legge Merloni e l'impatto con l'art. 19, comma 1, della stessa legge, a mente del quale: "*I lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici...*".