

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



Corso di dottorato di ricerca in
Diritto Pubblico dell'Economia e dell'Ambiente
XXII° Ciclo - IUS 10

LA FINANZA DI PROGETTO NELL'AMBITO DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

(The Project financing in the Italian legal)

Coordinatore:

Chiar.mo Prof.
Paolo LAZZARA

Tutor:

Chiar.mo Prof.
Ruggiero DIPACE

Dottoranda:

Dott.ssa Ivana ROSSI

CAMPOBASSO

ANNO ACCADEMICO 2008-2009

INDICE

CAPITOLO PRIMO

IL PARTENERIATO PUBBLICO PRIVATO

1.1. Introduzione	3
1.2. L'esternalizzazione	16
1.3. La sponsorizzazione	24
1.4. L'attività contrattuale della P.A.	40
1.5. Il Codice dei Contratti Pubblici	68

CAPITOLO SECONDO

IL P.F. E LA CONCESSIONE

2.1. La concessione	85
2.2. La concessione nel diritto comunitario	93

CAPITOLO TERZO

IL PROJECT FINANCING

3.1. Origini dell'istituto	113
3.2. Definizioni dell'istituto	115
3.3. I soggetti	125
3.3.1. I promotori	126
3.3.2. L'ente pubblico concedente	127
3.3.3. La società di progetto	130
3.3.4. Gli investitori e i finanziatori	133
3.3.5. I realizzatori	135
3.3.6. I gestori	137
3.3.7. I fornitori	137
3.3.8. I garanti	138
3.3.9. Gli acquirenti	139
3.4. I possibili schemi di P.F.	140
3.5. L'ambito di applicazione oggettiva del P.F.	143

3.6. Lo studio di fattibilità economico-finanziario	147
3.7. I rischi di progetto	150
3.8. La legislazione regionale in materia di finanza di progetto	155
3.9. La disciplina del P.F. nel nostro ordinamento	158

CAPITOLO QUARTO

LA NATURA GIURIDICA DEL P.F.

4.1. Premessa	184
4.2. La causa nel P.F.	187
4.3. Il tentativo di inquadramento dottrinale	191
4.4. Il contratto misto	196
4.5. Il collegamento negoziale	201
4.6. (Segue)	207

CAPITOLO QUINTO

IL P.F. E LA GIURISPRUDENZA

5.1. Spunti dottrinari	209
5.2. Il P.F. nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea	215
5.3. L'autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture	216
5.4. L'intervento della Corte Costituzionale	222
5.5. Il P.F. nella giurisprudenza Amm.va: le pronunce più rilevanti del Consiglio di Stato e dei Tar	222

<i>Conclusioni</i>	231
---------------------------	-----

<i>Bibliografia</i>	233
----------------------------	-----

<i>Fonti normative</i>	282
-------------------------------	-----

<i>Fonti giurisprudenziali</i>	283
---------------------------------------	-----

<i>Sitografia</i>	286
--------------------------	-----

CAPITOLO PRIMO

IL PARTENERIATO PUBBLICO PRIVATO

Sommario: 1.1. Introduzione - 1.2. L'esternalizzazione - 1.3. La sponsorizzazione - 1.4. L'attività contrattuale della P.A. - 1.5. Il Codice dei Contratti Pubblici.

1.1. Introduzione

Preliminarmente all'esame e all'analisi dell'istituto del *project financing*, oggetto principale di questo lavoro di ricerca, è opportuno e necessario analizzare lo scenario istituzionale e giuridico in cui esso si colloca e di cui rappresenta uno dei più validi istituti, ossia il partenariato pubblico privato.

L'espressione Partenariato pubblico privato, spesso abbreviata tramite l'utilizzo dell'acronimo PPP, non presenta, secondo alcuni, particolari suggestioni linguistiche e risulta, anzi, alquanto generica e ambigua¹.

Volendo dare una definizione del PPP, che si configura come una delle più recenti branche avanguardiste del diritto dell'economia e della *governance* economica, la prima che si rinviene è datata 2004 ed è una definizione documentale, ossia che deriva da un documento, più precisamente da un documento della Commissione Europea.

Infatti, per Partenariato pubblico privato si intendono «*forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese, che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura ovvero la fornitura di un servizio*»².

¹ Cfr. S. RISTUCCIA, PPP: definizioni, divagazioni e provocazioni, in *Queste istituzioni*, n. 140/143, 2006, pag. IV. L'Autore, a proposito dell'espressione Partenariato pubblico privato, così si esprime: «Dentro ci può stare ogni forma di collaborazione fra pubblico (amministrazioni pubbliche centrali e locali, istituzioni politiche, società commerciali pubbliche, e così via) e privato (organismi creati dall'autonomia privata, società commerciali e finanziarie private e ogni altra specie di soggettoce operi per fini lucrativi ovvero non lucrativi)».

² Commissione Europea, DOC-327 def. del 30 Aprile 2004: Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni. Il Libro Verde ha avuto il merito di proporre in modo sistematico e comprensivo la questione della disciplina giuridica delle varie forme di partenariato, in quanto, precedentemente al 2004, si riscontravano lacune ed incongruenze sia nel diritto comunitario che negli ordinamenti dei diversi Stati membri. Il Libro Verde ha, quindi, avuto il pregio di trattare in maniera unitaria gran parte delle problemati-

A completare ed integrare questa definizione del PPP, la Commissione Europea, sempre nello stesso documento (Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni), indica gli elementi che caratterizzano, nella maggior parte dei casi, le operazioni di partenariato affinché se ne possa ricavare, induttivamente, una nozione più completa e precisa.

Comuni, dunque, a tutte le operazioni di partenariato e necessari affinché un'operazione possa qualificarsi come tale, sono:

- a. la durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una cooperazione tra il partner pubblico e il partner privato in relazione ai vari aspetti di un progetto da realizzare;*
- b. la modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte del settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti. Spesso, tuttavia, quote di finanziamento pubblico, a volte assai notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati;*
- c. il ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento). Il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini di interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi;*
- d. la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico e il partner privato sul quale sono trasferiti i rischi, di solito a carico del settore pubblico. I PPP non implicano tuttavia che il partner privato si assuma tutti i rischi o la parte più rilevante dei rischi legati all'operazione. La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti di valutare, controllare e gestire gli stessi³.*

che che compongono il tema del PPP, andando oltre il tradizionale approccio casistico e sostituendolo, al fine di massimizzare l'impatto riformatore dei principi comunitari sulla concorrenza, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi.

³ *Idem.*

A questa definizione documentale, ormai datata e superata, è necessario affiancare, o meglio, sostituire, la definizione normativa che del PPP ha recentemente dato il nostro legislatore: infatti, con il d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (Terzo decreto correttivo al Codice dei Contratti Pubblici) si sono definiti i contratti di partenariato pubblico privato⁴.

Nella nozione codicistica di contratto di partenariato rientrano tutte le tipologie alternative all'appalto finalizzate a realizzare opere pubbliche o a fornire pubblici servizi. È per questo che parte della dottrina⁵ ha affermato come il partenariato pubblico privato non si sostanzia in una mera operazione economica, ma in una vera e propria nuova categoria negoziale, alternativa all'appalto, per realizzare opere pubbliche.

Nello specifico, siamo di fronte a contratti aventi ad oggetto una o più prestazioni come la progettazione, la costruzione, la gestione e/o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso il finanziamento in capo ai privati, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi tra soggetti pubblici e privati a seconda del tipo di finanziamento dell'intervento.

Come si evince dalla definizione contenuta nel Codice dei contratti pubblici, la categoria dei contratti di PPP è *«una categoria del tutto aperta che si contrappone nettamente allo schema dell'appalto. Data la definizione normativa non è azzardato ritenere che ormai l'attività contrattuale della pubblica amministrazione*

⁴ L'art. 2,1 lettera a), del d.lgs. n. 152/2008, ha inserito nel d.lgs. n. 163/2006, all'art. 3 il comma 15 ter secondo il quale: «i contratti di partenariato pubblico privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forma diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le opere di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat».

⁵ Sul punto si consulti R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, e la copiosa bibliografia ivi citata.

ne si possa raggruppare in due sottocategorie: da un lato l'appalto e dall'altro il contratto di partenariato»⁶.

Questa bipartizione esprime due ottiche tra loro antitetiche di concepire il rapporto tra pubblica amministrazione e soggetto privato nella realizzazione di un'opera pubblica: si passa da un sistema in cui la realizzazione di un'opera era portata a termine esclusivamente con risorse pubbliche, donde la previsione di una disciplina di stampo contabilistico, ad un sistema di politica economica i cui principali soggetti sono costituiti dalla pubblica amministrazione e dalle imprese private; conseguentemente a questo cambio di prospettiva, diversi sono anche gli interessi che devono essere tutelati e, quindi, la disciplina da predisporre a tal fine: si passa da una disciplina avente ad oggetto la tutela della Pubblica Amministrazione, ad una legislazione che sia finalizzata a difendere gli interessi dell'economia e dell'impresa, primo fra tutti il principio della concorrenza.

Assodato dunque che il contratto di partenariato è concepito dal nostro legislatore come la categoria in cui far rifluire i contratti che si pongono in alternativa all'appalto per realizzare opere pubbliche, è opportuno individuarne le caratteristiche.

La peculiarità più importante dei contratti di partenariato è costituita dal coinvolgimento dei privati in tutte le fasi di esecuzione dell'intervento pubblico, quindi *«è da escludere che vi rientrino i tradizionali contratti di appalto, siano essi di lavori, servizi o forniture. Questi, infatti, prevedono il coinvolgimento del privato esclusivamente nella fase di realizzazione o, al più, in quella di progettazione»⁷.*

È importante ribadire come i contratti di partenariato siano caratterizzati da qualsiasi forma di collaborazione tra amministrazioni pubbliche ed imprenditori privati che tende a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di una struttura o la fornitura di un servizio.

Tutto ciò consente di affermare che si è di fronte ad una condivisione del potere decisionale sul progetto con una chiara suddivisione dei ruoli: la pubblica

⁶ R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, Relazione al Convegno del Consiglio Nazionale forense "L'appalto tra diritto pubblico e diritto privato", Roma, 10 ottobre 2008.

⁷ *Idem*.

amministrazione delinea gli obiettivi e si occupa dei relativi controlli, mentre i privati individuano le modalità più efficaci per la realizzazione degli obiettivi prefissati.

Nelle fattispecie in cui rilevano contratti con queste ultime caratteristiche e con quelle delineate dal Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, ci si trova dinanzi ad un contratto di partenariato, il quale non è caratterizzato tanto per il trasferimento del rischio relativo alla gestione dell'opera o del servizio, quanto più per il fatto di essere un "contratto globale", la cui peculiarità è rappresentata dal fatto che il privato è responsabile della progettazione, del finanziamento, della realizzazione e della gestione dell'intervento⁸.

Il terzo decreto correttivo, dunque, nel dare la definizione normativa di contratti di partenariato recepisce e codifica le indicazioni comunitarie, dal momento che vi si possono riscontrare il finanziamento totale o parziale da parte dei soggetti privati, la pluralità dei ruoli che possono essere ricoperti dai soggetti privati e la condivisione dei rischi tra i soggetti che partecipano all'iniziativa.

Tra i meriti che la definizione legislativa dei contratti di partenariato vi è anche quello di aver ampliato il suo ambito operativo: dalla sola realizzazione di opere pubbliche alla fornitura di servizi, non solo servizi prestati alla pubblica amministrazione, ma anche servizi erogati alla collettività.

Nell'ambito del partenariato occorre sottolineare la *magna divisio*, riferibile sempre alla Commissione Europea, fra "partenariato contrattuale" e "partenariato istituzionalizzato" che costituiscono le due principali forme giuridiche dell'istituto. Il "partenariato contrattuale" si riferisce ai casi nei quali il partenariato si fonda su legami esclusivamente convenzionali tra soggetto pubblico e soggetto privato⁹. In questa prima forma giuridica sono da ricomprendere gli istituti della concessione di servizi pubblici, la concessione di lavori pubblici e le operazioni di *project financing*.

⁸ Di contratto globale si parla anche in riferimento alla finanza di progetto. Infatti l'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, con atto di regolazione n. 34 del 18 luglio 2000, ha sottolineato che il project financing configura un fenomeno contrattuale globale, inteso quale mezzo per gestire e ripartire il rischio connesso al progetto fra soggetti coinvolti nell'iniziativa.

⁹ Cfr. M. P. CHITI, *Partenariato pubblico privato*, in Enciclopedia Giuridica, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007.

Il “partenariato istituzionalizzato”, invece, riguarda i casi che implicano una cooperazione tra il settore pubblico ed il settore privato in seno ad un’entità distinta. In questo secondo caso rilevano le nuove forme organizzative basate sulla nascita di società miste, finalizzate alla gestione di servizi pubblici¹⁰.

Questa tradizionale distinzione fatta nell’alveo del partenariato pubblico è basata sulla diversa volontà contrattuale espressa dalla pubblica amministrazione e sulla sua relativa manifestazione: nel partenariato contrattuale, infatti, la volontà contrattuale della pubblica amministrazione si manifesta stipulando contratti di scambio, mentre nel partenariato istituzionalizzato, invece, la volontà negoziale della P.A. si traduce in un contratto associativo.

È opportuno sottolineare come tale *magna divisio* non sia stata presa in considerazione dal legislatore nazionale, proprio a causa della sua valenza soltanto descrittiva, senza alcun valore pratico, nel momento in cui con il terzo decreto correttivo al Codice dei contratti ha codificato la nozione di contratti di partenariato pubblico privato.

All’interno del partenariato è, infatti, preferibile dare risalto a suddivisioni più importanti in quanto aventi ricadute pratiche relative all’individuazione della disciplina da applicare caso per caso.

Una prima distinzione riguarda i modi tramite cui viene remunerato il privato. Se il privato viene pagato tramite il prezzo pagato dai cittadini per fruire del servizio, si configura un contratto di partenariato sotto forma di concessione; nel caso in cui, al contrario, il privato viene remunerato in gran parte dall’autorità pubblica, si configura un altro tipo di partenariato in cui la negoziazione tra le parti può dare vita a varie combinazioni.

Una seconda classificazione si basa sulla natura tipica o atipica del contratto.

È evidente che nel caso di partenariato attuato tramite concessione, l’interprete è sicuro della disciplina da applicare che è evidentemente quella della concessione, che è appunto un contratto tipico. Diversamente, invece, accade nella maggior parte dei casi dal momento in cui si utilizza un contratto atipico e, conseguentemente, si è incerti sulla disciplina che regola il caso di specie. Il contratto atipico, infatti, è, date le peculiarità dell’istituto del partenariato, il mezzo tecnico

¹⁰ *Idem.*

più adatto a esprimere la volontà delle parti che, proprio per il fatto di non essere legate da una determinata disciplina, hanno la possibilità di ripartire fra loro come meglio credono i rischi, i diritti, i doveri e le responsabilità connesse all'operazione. La centralità che il contratto atipico riveste nell'ambito delle operazioni di partenariato rispetto alle fattispecie negoziali tipizzate, è confermata *in primis* dalla pluralità di ruoli che il privato svolge nell'allocazione dei rischi, che può coinvolgere numerosi e diversi soggetti. Questo conferma come il nostro ordinamento giuridico sia sprovvisto di un unico modello negoziale che sia in grado di soddisfare e disciplinare gli interessi relativi alle diverse parti. «*Spesso si rendono necessarie complesse operazioni negoziali, talvolta trasfuse in un unico negozio, talaltra in più negozi tra loro collegati da un nesso da un nesso funzionale. Si tratta di contratti caratterizzati dall'assenza di una disciplina specifica che ne individui la struttura e la funzione, le quali, invece, vengono stabilite concretamente, di volta in volta, dai contraenti con la negoziazione dei singoli aspetti dell'operazione*»¹¹. Da queste considerazioni risulta evidente come il contratto atipico sia e si ponga come uno strumento caratterizzato da una forte duttilità che ben si adatta a disciplinare le complesse operazioni di cui si compone un'operazione di partenariato.

In un contesto del genere, l'assenza di una disciplina ben determinata non appare costituire una lacuna che si riflette negativamente sul rapporto tra le parti generando insicurezza e indeterminatezza, bensì risulta essere un'opportunità per le parti che possono stabilire tra di loro le regole alle quali vincolarsi affinché la disciplina che così risulta possa soddisfare totalmente le loro esigenze.

Da queste primissime nozioni riguardanti il PPP, si evince chiaramente come quest'ultimo si qualifichi come una forma, alquanto complessa e eterogenea, di collaborazione tra il settore pubblico, rappresentato apicalmente dallo Stato, e il settore privato, composto dai singoli imprenditori. Questi due settori che, storicamente e tradizionalmente, sono sempre stati caratterizzati da peculiarità completamente diverse e che si sono tenuti sempre distanti, grazie ad esperienze come

¹¹ R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione delle opere pubbliche*, in Convegno del Consiglio Nazionale Forense "L'appalto tra diritto pubblico e diritto privato", Roma 10 ottobre 2008.

quella del PPP, hanno cominciato ad avvicinarsi, superando in concreto le troppo rigide ripartizioni giuridiche che li volevano opposti.

Di conseguenza, le pubbliche amministrazioni hanno iniziato ad utilizzare e a far ricorso a istituti e strumenti tipici del diritto privato tanto da far rilevare l'esistenza di "zone grigie"¹² poste tra diritto pubblico e diritto privato, nonché di "interferenze" tra le due discipline dovute all'effetto dell'ingerenza della pubblica amministrazione nell'autonomia dei privati nel momento in cui questi ultimi si pongono come suoi partner¹³.

È opportuno sottolineare come queste commistioni tra diritto privato e diritto amministrativo si sono prodotte in maniera generalizzata e si sono sviluppate secondo una linea orizzontale, poiché hanno investito indiscriminatamente ogni elemento costitutivo della pubblica amministrazione, dal settore dell'organizzazione, a quello del personale, della finanza, finanche a quello dei procedimenti amministrativi¹⁴. Ciò è avvenuto soprattutto tramite l'adozione di regole e strumenti di natura consensuale che, da sporadici ed eccezionali, sono divenuti frequenti nell'attività amministrativa, accomunando, a riprova di quanto già sopra

¹² Il concetto di "zone grigie" per alludere alla commistione fra il settore pubblico e il settore privato e la relativa definizione di "interferenze" tra diritto privato e diritto pubblico, *rectius* diritto amministrativo, è storicamente da far risalire a Santi Romano, che ne scrisse per la prima volta nel suo *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, III ed., pag. 10 ss.

¹³ Per una completa disamina sulle origini e sulla storia dei rapporti tra settore pubblico e settore privato si veda: U. FORTI, *Amministrazione pubblica e attività economica privata*, poi in *Studi di diritto pubblico*, vol. I, Roma, 1937, pag. 279 ss.; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pag. 10 ss.; A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, pag. 455 ss.

¹⁴ Per un esame di tale fenomeno si analizzi, da una parte, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; dall'altra, per un'enumerazione di alcuni esempi concreti relativi a questo tema, si consulti C. FRANCHINI, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle "interferenze" tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm.*, 1994, pag. 240 ss. Tipico esempio è quello delle società per azioni: l'art. 2247 ss. sanciscono un modello di base astratto che poi, nello specifico, viene "concretizzato" tramite deroghe apportate da singole leggi che limitano la libertà negoziale dei privati. In alcuni casi, queste deroghe sono state previste riferendosi a specifiche fattispecie, in altri, invece, sono state inserite in funzione di interventi generali. Come esempio del primo caso si può citare la l. 24 Aprile 1990 n. 100 che ha autorizzato il Ministro del commercio con l'estero a promuovere la costituzione di una società finanziaria per azioni avente ad oggetto la partecipazioni ad imprese e società miste all'estero promosse da enti, sia pubblici che privati italiani; in riferimento, invece, alla seconda ipotesi, è opportuno rammentare le problematiche relative alla trasformazione che ha avuto ad oggetto gli enti pubblici economici e che è sfociata nella loro privatizzazione. A tal proposito si vedano: G. VESPERINI, *Le privatizzazioni nel settore industriale pubblico*, in *L'amministrazione italiana. Un profilo.*, a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI, Bologna, II ed., pag. 151 ss.; M. CLARICH, *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XI, Torino, 1995, pag. 568 ss.; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, pag. 579 ss.

sottolineato, i soggetti pubblici e quelli privati¹⁵. In particolare, nel settore dell'economia, si è assistito al “*naturale*”¹⁶, in quanto necessario, utilizzo dello strumento negoziale¹⁷.

A coronare questo processo di osmosi e di avvicinamento tra settore pubblico e settore privato, ma soprattutto tra soggetti pubblici e privati, è l'art. 3 UE¹⁸ che presuppone la parità della pubblica amministrazione rispetto alle altre parti (i soggetti privati) nel momento in cui essa esercita attività in regime di diritto privato, «*rendendo incompatibili tutte le norme nazionali che tendono a conferirle posizioni di privilegio*»¹⁹, quali, ad esempio, quelle che non riconoscono l'obbligo di buona fede nella fase delle trattative commerciali, quelle che prevedono l'inapplicabilità delle clausole vessatorie, quelle che escludono i controlli di opportunità sulla potestà di autotutela e così via.

L'articolo in questione si pone, dunque, la finalità, difficile soprattutto a livello culturale, di sradicare l'atavica concezione che vede la pubblica amministrazione quale potere amministrativo, anche quando non opera esercitando funzioni pubbliche in senso stretto, e la sua conseguente posizione di preminenza rispetto alle controparti private.

Siccome l'autonomia negoziale della pubblica amministrazione sarà oggetto di un paragrafo *ad hoc* in cui sarà analizzata più approfonditamente, è opportuno soffermarsi sulle ragioni che hanno portato la pubblica amministrazione a farsi affiancare e a ricercare le risorse, economiche e non, dei soggetti privati per realizzare importanti progetti.

Più precisamente occorre evidenziare i motivi, soprattutto quelli da inquadrare in ragioni di politica economica, che hanno indotto lo Stato, nella persona della pubblica amministrazione, a selezionare gli istituti propri del PPP per il raggiungimento dei propri obiettivi.²⁰

¹⁵ Cfr. G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, pag. 32.

¹⁶ La definizione è espressamente usata in S. CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, in *Contratto e impresa*, 1993, pag. 2.

¹⁷ Cfr. G. GUARINO, *Partecipazione dello Stato al capitale di enti pubblici e controllo della Corte dei Conti*, ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1962, pag. 196 ss.

¹⁹ C. FRANCHINI, *La disciplina dell'alta velocità tra esigenze di garanzia e incertezze normative*, in *Dir. amm.*, 1997, 3, pag. 414-415.

²⁰ Cfr. C. FELICETTI, *PPP e Project Finance. Il trasferimento dei rischi e il payment mechanism nei contratti di PPP*, Roma, 2007, pag. 143 e ss.

Per una migliore comprensione di queste motivazioni, è opportuno soffermarsi sull'evoluzione del modello di Stato prevalente in Italia negli ultimi anni e delle sue precipue funzioni²¹.

Analizzando il sistema economico e sociale italiano dagli anni '40 fino ai giorni nostri, emerge chiaramente come si sia passati da una forma di *Welfare State*, caratterizzato dal proposito di garantire a tutti i cittadini non solo uguali diritti (diritto alla salute, diritto all'istruzione, ecc.), ma soprattutto, una serie di servizi nei quali si traducevano in concreto tali diritti fondamentali (Sistema sanitario nazionale gratuito, Scuola pubblica gratuita, ecc.), a una forma di Stato "regolatore" o *Welfare mix*, in cui l'intervento dello Stato si riduce progressivamente, limitandosi tuttavia alla definizione delle regole e al controllo del funzionamento dei mercati e dei servizi pubblici²².

Parallelamente a questo rilevante passaggio se ne verifica un altro che vede forti autonomie locali, che si sviluppano in una direzione federalistica, sostituirsi ad una forma di Stato unitario, ma fortemente accentrato.

Più precisamente, tra gli anni '40 e la fine degli anni '70, periodo che vede il modello del *Welfare State* svilupparsi pienamente e toccare l'acme della sua parabola ascendente, le amministrazioni pubbliche, nella persona degli enti locali, sono in primo piano, in una posizione di quasi solitudine e di monopolio in quanto sono rari i casi in cui soggetti privati si affiancano loro o gli si giustappongono, nell'attività di produzione, erogazione e gestione di beni e servizi come risposta alla crescente domanda di bisogni ed esigenze pubbliche provenienti dalla società.

²¹ In questa evoluzione che ha come protagonista lo Stato, la dottrina è concorde nel riconoscere, tre fasi: R. J. BENNET, in *Local government in Europe: common direction of change*, London, 1993, identifica tre tappe alle quali corrispondono tre diversi modelli di sistema pubblico: il modello volontaristico, il modello *welfare state* e il modello *post welfare state*. Analogamente, E. BORGONOVÌ, in *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Milano, 1996, denomina le tre fasi dell'evoluzione dell'intervento pubblico rispettivamente: Stato di diritto, Stato del benessere o del *welfare state*, Stato della qualità della vita o dei servizi. Quest'ultima fase può, a sua volta, essere distinta in due sottofasi: la prima, denominata Stato dei servizi, è caratterizzata da un aumento di efficienza dell'amministrazione nella produzione dei servizi in quantità e qualità coerenti con le attese della società; la seconda, chiamata fase dello Stato regolatore, si caratterizza per il fatto che la pubblica amministrazione sia sempre meno coinvolta nei processi di produzione tecnica, concentrando la propria attenzione e le proprie risorse sul governo e sul controllo dei comportamenti economici dei soggetti privati.

²² Cfr. E. BORGONOVÌ, *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, cit., pag. 50 ss. Sempre sullo stesso argomento, si consulti anche E. CAPERCHIONE, F. PEZZANI (a cura di), *Responsabilità e trasparenza nella gestione dell'ente locale*, Milano, 2000, pag. 100 ss.

In questo periodo, tuttavia, il modello di Stato prevalente è fortemente legato a logiche di accentramento, soprattutto in termini di risorse finanziarie da parte dell'amministrazione centrale e di garanzia di prestazioni su tutto il territorio nazionale. Il sistema pubblico mantiene inalterate le caratteristiche di centralizzazione, di indirizzo e di governo unitario; il decentramento riguarda soltanto l'attuazione delle attività, come evidenziato dal meccanismo di finanziamento dei servizi che viene realizzato tramite il trasferimento di risorse dalle amministrazioni centrali a quelle periferiche.

Successivamente, negli anni '80, questo sistema entra in crisi per due ordini di motivi: da un lato, esso genera, in capo allo Stato, un forte indebitamento che fa aumentare esponenzialmente il *deficit* pubblico; dall'altro poi, i servizi così garantiti dall'amministrazione pubblica alla collettività generano in quest'ultima una forte insoddisfazione in quanto non hanno seguito l'evoluzione delle esigenze della collettività in relazione all'aumento degli *standard* qualitativi di maggiore differenziazione della domanda, di sempre più crescente sofisticazione dei bisogni, e infine, di introduzione di elementi di innovazione tecnologica.

Così nell'intento di risanare il debito pubblico, lo Stato inizia a ripensare il suo ruolo di unico e solo fornitore dei servizi pubblici essenziali e a ridurre sostanzialmente il proprio diretto intervento nell'economia, facendo sì che la funzione di erogazione di pubblici servizi sia esercitata anche da soggetti privati.

Sono queste le peculiarità fondamentali che la dottrina²³ riconosce alla fase del *post Welfare State*, durante la quale lo Stato assume progressivamente il ruolo di "regolatore" o di *partner* di funzioni attribuite a soggetti pubblici o privati o del settore privato sociale.

In questa fase che comprende anche il periodo attuale, la pubblica amministrazione svolge un ruolo arbitrale in quanto garantisce e supervisiona la produzione di servizi, sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo, soddisfacenti le esigenze e le istanze della collettività.

Il ruolo di regolatore e garante che lo Stato, tramite la pubblica amministrazione, assume, consiste in un'attenta scelta delle aree di intervento «*che dovranno limitarsi a quelle che la società o il sistema di mercato non sono più in grado di*

²³ Cfr. E. BORGONOVÌ, *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, cit., pag. 100.

garantire autonomamente in modo accettabile rispetto ai servizi civili, sociali ed etici presenti in una data comunità, abbandonando quindi le aree di attività in cui l'intervento pubblico determina forme di concorrenza impropria nei confronti di altri soggetti economici e sociali»²⁴.

Tale funzione comprende anche l'impegno, in capo allo Stato, di realizzare condizioni tali da aumentare la capacità produttiva del sistema-paese nei confronti degli altri sistemi-paese.

La piena affermazione del modello di *post Welfare State*, però, deriva da due condizioni di fondo: da un lato, dall'assetto istituzionale del paese, soprattutto in relazione al livello di decentramento e in relazione allo sviluppo delle autonomie locali; dall'altro, dalla capacità degli enti locali di promuovere i processi di sviluppo sociale ed economico del territorio rimuovendone gli ostacoli e sfruttando le risorse e le opportunità costituite dai soggetti privati.

Se, dunque, al modello costituito dal *welfare state* corrispondeva un modello di Stato unitario e centralizzato, al modello rappresentato dal *post Welfare State* corrisponde un modello di "*Stato delle autonomie*" caratterizzato da un forte decentramento in cui si riconoscono e trasferiscono agli enti locali molteplici funzioni (processo di devoluzione delle funzioni).

In un contesto del genere, la pubblica amministrazione deve essere concepita come sistema di scelte funzionali a realtà territoriali con caratteristiche, esigenze e problematiche differenti. Proprio per questo, in Italia, il processo di decentramento indirizza le riforme riguardanti la pubblica amministrazione in senso fortemente regionalista, con una conseguente valorizzazione delle autonomie locali, come evidenziato prima dalle Leggi Bassanini e dai successivi provvedimenti attuativi, poi dalla riforma del Titolo V della Costituzione²⁵ e, infine, dai progetti di riforma in senso federalistico attualmente in discussione²⁶.

²⁴ *Ivi*, pag. 150.

²⁵ Con le Leggi Bassanini (legge 15 Marzo 1997 n. 59 e legge 15 Maggio 1997 n. 127) e i relativi decreti delegati si voleva realizzare un'ampia riforma riconducibile ad un disegno di federalismo amministrativo a Costituzione invariata. Esse hanno posto le basi per un forte decentramento amministrativo, consistente nel passaggio di importanti funzioni e responsabilità a livello regionale e locale, accompagnato dal trasferimento di beni e risorse ad esso strumentali. Ne è derivata una notevole valorizzazione del ruolo e della funzione esercitata dagli enti locali che sono divenuti, in virtù di ciò, gli interlocutori privilegiati nel rapporto con i cittadini e le imprese private soprattutto in riferimento allo sviluppo economico. La riforma Bassanini, però, pur essendo il primo e il più importante strumento di attuazione di una riforma finalizzata ad un potenziamento del ruolo e delle

In particolare, nell'ultimo ventennio, di fronte ad un sempre più crescente debito pubblico da una parte, e la necessità di garantire servizi pubblici efficienti e di realizzare opere pubbliche per rilanciare l'economia del paese dall'altra, lo Stato, *rectius* la pubblica amministrazione, ha considerato i soggetti privati e le relative imprese, come *partner* privilegiati, individuando forme di organizzazione e di produzione di determinati beni e servizi in grado di garantire condizione di maggiore economicità.

Così i soggetti pubblici ricorrono agli operatori privati non solo perché sostengano da un punto di vista economico i progetti da finanziare, ma anche e soprattutto perché offrano «*il proprio Know-how alla realizzazione e alla gestione di un'opera o di un servizio*»²⁷.

In pratica, negli ultimi anni si è posta l'attenzione a ricercare idonei strumenti operativi e a mettere a punto idonee forme di collaborazione tra settore pubblico e settore privato in riferimento alla gestione dei servizi pubblici.

funzioni delle autonomie locali, lasciava immutato e non innovava l'ambito relativo alla redistribuzione delle competenze. A tal fine bisognava ampliare le attribuzioni delle Regioni ben oltre le materie ad esse assegnate ed attribuite in Costituzione. È a questo punto e in questo solco che si innesta e colloca la riforma del Titolo V della Costituzione, ad opera della legge costituzionale n. 3 del 18 Ottobre 2001. Il rinnovato testo di legge, riscrivendo l'articolo 114 C. («La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città Metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato. I Comuni, le Province, le Città Metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione [...]») e l'articolo 117 C. («Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: segue lista positiva delle materie [...]. Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato [...]») fissa alcuni principi fondamentali:

1. competenza primaria dello Stato solo su materie di interesse generale (affari esteri, difesa, politica economica, ordine pubblico e sicurezza, giustizia, previdenza sociale, tutela dell'ambiente e dei beni culturali) limitate da una lista positiva, con conseguente attribuzione delle competenze residuali agli enti territoriali;
2. ampio ricorso al principio della sussidiarietà, che, nella sua dimensione verticale porterà le Regioni a dover stabilire i propri livelli interni di decentramento a Comuni, Province ed enti di secondo livello;
3. significativo rafforzamento dell'autonomia degli enti locali che, in conseguenza della riforma, sono dotati di potestà statutaria, diventando veri e propri organi legislativi, e di piena libertà organizzativa e finanziaria;
4. introduzione del federalismo fiscale a livello regionale, e riconoscimento di maggiore autonomia finanziaria per gli enti locali di ordine inferiore.

²⁶ Cfr. F. AMATUCCI, *Il project finance nelle aziende pubbliche. Strumenti di finanziamento per enti locali e aziende sanitarie*, Milano, 2002, pag. 11 ss.

²⁷ R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., pag. 57.

«In quest'ottica di integrazione si sono diffuse diverse formule gestionali che portano ad una divisione dei rischi tra amministrazioni pubbliche e imprese private»²⁸.

Caratteristiche peculiari di queste forme di cooperazione sono essenzialmente le seguenti: la qualità del servizio, la continuità del rapporto di collaborazione che non deve essere occasionale o confinato a singoli momenti dell'operazione, ma perdurare dall'inizio alla fine della stessa e, infine, la coprogettazione in termini di sviluppo del servizio.

È evidente come queste ultime considerazioni coincidano perfettamente con la definizione di PPP e dei suoi elementi costitutivi contenuta nel Libro Verde della Commissione Europea relativo ai partenariati pubblico-privati ed il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni con cui si è aperto questo paragrafo.

1.2. L'esternalizzazione

Da quanto detto finora appare chiaro ed incontrovertibile come il partenariato pubblico privato sia stato concepito come una categoria di negozi, distinta e distante dall'appalto, la cui finalità è quella di realizzare opere pubbliche e/o fornire un pubblico servizio.

In questa categoria si possono ricomprendere, oltre alla finanza di progetto che costituisce l'oggetto principale di questa dissertazione, anche i contratti di esternalizzazione e quelli di sponsorizzazione, oggetto dei paragrafi successivi.

È opportuno, però, chiarire come l'esternalizzazione e la sponsorizzazione, che sono istituti di diritto privato di cui la pubblica amministrazione può avvalersi per la realizzazione dell'interesse pubblico, non devono essere concepiti come istituti del partenariato, in quanto notevoli sono le differenze, bensì degli strumenti che rientrano a pieno titolo nella categoria contrattuale aperta che il legislatore ha concepito come PPP.

²⁸ F. AMATUCCI, *Il Project finance nelle aziende pubbliche. Strumenti di finanziamento per enti locali e aziende sanitarie*, cit., pag. 15.

Occorre precisare che il fenomeno dell'esternalizzazione e quello del partenariato, «*malgrado nascano dalle stesse esigenze e si manifestino qualche volta attraverso i medesimi istituti giuridici, presentano tratti differenti ed operano su piani distinti*»²⁹. Quindi sebbene i due istituti rispondano alle stesse esigenze e si manifestino anche tramite gli stessi istituti, presentano importanti differenze.

In primis l'esternalizzazione non è una fattispecie negoziale, ma una tecnica aziendale; più precisamente, si tratta di una tecnica gestionale, ossia un modo cui la struttura produttiva ricorre per organizzare la sua produzione. A differenza del partenariato, l'esternalizzazione non è una categoria giuridica, ma un metodo di gestione che può attuarsi tramite i classici contratti sinallagmatici, come l'appalto, o tramite contratti atipici, come quello di manutenzione.

Se quindi il partenariato, essendo una categoria giuridica, è un istituto proprio della scienza giuridica, l'esternalizzazione attiene all'ambito del *new public management*³⁰ che è attinente alle scienze economiche e aziendali.

Mentre nel partenariato elemento imprescindibile è quello della collaborazione tra pubblica amministrazione e soggetto privato, nell'esternalizzazione non è indispensabile un rapporto di stretta collaborazione con il *partner* privato, tanto che vi si fa rientrare anche il contratto di appalto di servizi, che, come tutti i contratti di appalto non può rientrare nella categoria del partenariato.

Altra differenza è costituita dal fatto che nell'esternalizzazione non rientrano forme contrattuali che prevedono un finanziamento da parte del privato dell'intervento, cosa che invece accade nei contratti di partenariato.

Infine, mentre l'esternalizzazione opera essenzialmente nel campo di servizi alle pubbliche amministrazioni o ai cittadini, il PPP può investire tutte le tipologie di interventi pubblici (i lavori, i servizi, le forniture).

²⁹ R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., pag. 75.

³⁰ Con il termine di *New Public Management* si intende il complesso processo di modernizzazione di cui è stata oggetto la Pubblica amministrazione caratterizzato dall'inserimento di principi e criteri economico-aziendali e dall'affermarsi del concetto di amministrazione di risultato. I capisaldi sui quali si fonda questa teoria dell'organizzazione e della gestione delle pubbliche amministrazioni consistono nella promozione delle logiche di mercato nel settore dei servizi pubblici, con conseguente favore per i criteri sostanziali rispetto agli elementi formali delle gare ad evidenza pubblica. Sull'argomento si consultino: L. R. JONES, K. SCHENDEL, S. W. WADE, *International Perspective on the New Public Management*, London, 1998; J.-E. LANE, *New Public Management*, London, 2000; M. FERRARI, G. JURG, *New Public Management. Nuova gestione pubblica*, Milano, 2002; E. ONGARO, *Public Management Reform and Modernization. Trajectories of Administrative Change in Italy, France, Greece, Portugal and Spain*, London, 2009.

In conclusione pur avendo elementi di contatto, partenariato ed esternalizzazione sono due fenomeni che evidenziano anche e soprattutto notevoli differenze che si pongono come loro specifiche peculiarità.

La presenza di questi tre elementi di differenziazione ha portato parte della dottrina³¹ a considerare l'esternalizzazione come un istituto che si innesta sul terreno del partenariato, ma se ne discosta per alcune caratteristiche particolari.

Cercando di semplificare, la dottrina ha fatto uso ed è ricorsa ad un'immagine grafica per spiegare il rapporto tra i due istituti, rappresentandoli «*come due cerchi che si intersecano, l'uno più ampio (il partenariato), l'altro più ristretto (l'outsourcing)*»³². Venendo all'analisi dell'esternalizzazione, il cui è usato in endiadi con quello di “*outsourcing*” e con l'espressione di “*contracting out*”, essa ricomprende, analogamente a quanto abbiamo già sottolineato in riferimento all'espressione “*partenariato pubblico privato*”, realtà e fenomeni molto eterogenei fra loro sia sul piano concettuale che su quello economico ed organizzativo, con rilevanti ricadute sul terreno, più squisitamente giuridico, della disciplina applicabile e degli effetti che ne derivano.

L'elemento che accomuna e collega le varie manifestazioni della realtà che possono essere riconosciute come esperienze di esternalizzazione è rappresentato dal collocare all'esterno dell'ente titolare oggetti diversi, costituiti da beni, servizi pubblici, prestazioni o semplici attività.

Proprio per questo, la dottrina³³, in chiave semplificatrice, ha cercato di sistematizzare le diverse manifestazioni che possono essere incluse nell'istituto rappresentato dall'esternalizzazione in due categorie che costituiscono, nell'ambito di questo istituto, una vera e propria “*summa divisio*”. In virtù di ciò, si può convenire sul fatto che le esperienze di esternalizzazione possono essere di due tipi:

³¹ Cfr. R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., pag. 76.

³² *Idem*.

³³ Per le diverse classificazioni si leggano: M. CAMELLI, *Decentramento ed “outsourcing” nel settore della cultura: il doppio impasse*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, pag. 265, in cui si fa riferimento alle esternalizzazioni in termini di “*outsourcing*”; G. REBORA, M. MENEGUZZO, *Strategia delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 1990, pag. 120, dove, invece, si predilige l'espressione “*contracting out*”.

1. **Esternalizzazione totale**: in cui si ha l'affidamento all'esterno della progettazione e gestione di servizi o aree di attività;
2. **Esternalizzazione parziale**: in cui il ruolo di programmazione, progettazione dell'intervento e controllo dei risultati rimane riservato all'ente pubblico, esternalizzando la sola gestione dei servizi.

Come chiaramente emerge, questa prima classificazione si basa sull'oggetto che viene "esternalizzato" da parte dell'ente titolare. Un'altra classificazione, invece, assume come criterio ordinatore della suddetta materia la diversa fonte da cui essi nascono e su cui si basano. In base a questa diversa *ratio* le modalità di *outsourcing* sono ordinabili nelle due seguenti categorie:

1. quelle che hanno la loro fonte in provvedimenti unilaterali fondati sulla separazione tra il titolare originario e il soggetto cui è affidato il bene, il servizio pubblico o la fornitura di un servizio;
2. quelle che hanno la loro fonte in strumenti di natura pattizia quali l'accordo, l'associazione, la fondazione e la società.

Occorre sottolineare che nell'esperienza pratica la maggior parte delle operazioni di esternalizzazione hanno la loro fonte proprio in una società, ovvero l'intero processo di *contracting out* viene affidato ad organismi appositamente costituiti (come accade nel partenariato istituzionalizzato), con partecipazione mista, pubblica o privata.

La forma che presenta i maggiori margini di sviluppo è proprio la società per azioni mista, cui gli enti locali ricorrono, con sempre maggiore frequenza, per una serie di motivazioni di natura sia economiche che giuridiche. Queste possono sintetizzarsi da un lato, nell'esigenza dell'ente locale di disporre di un'organizzazione imprenditoriale, per la prestazione di servizi, dotata di ampia autonomia gestionale; dall'altro, nell'autonomia patrimoniale che la contraddistingue e che consente di realizzare una netta separazione dell'attività, sotto un profilo non solo istituzionale, ma anche economico e finanziario.

L'interesse principale dell'ente locale risiede nella possibilità di gestire un servizio con logiche imprenditoriali, in modo da operare in condizioni di maggio-

re flessibilità ed economicità, soluzione non sempre possibile attraverso le altre forme di gestione previste dalla legge.

Altra importante motivazione è da ricondurre alla maggiore facilità di reperimento di risorse finanziarie, attuabile con il ricorso sia all'azionariato privato che attraverso finanziamenti pubblici, mediante le comuni forme di credito. Probabilmente però, lo stimolo più importante va ravvisato nella possibilità dell'ente di associarsi, nella gestione di un pubblico servizio, ad altri soggetti, sia pubblici che privati. Da questo fenomeno l'ente trae numerosi vantaggi: innanzitutto, anche la sola presenza nell'iniziativa economica, pur se con una quota di capitale esigua, a volte addirittura simbolica, permette all'ente quantomeno l'informazione diretta sull'attività dell'impresa.

Altre volte, invece, l'interesse è dovuta alla possibilità di acquisire disponibilità finanziarie, risorse tecnologiche, ma soprattutto le esperienze, le competenze e le managerialità, in piena analogia con una delle caratteristiche peculiari del PPP, di cui le aziende private dispongono e che sono condizione fondamentale per consentire all'ente locale di offrire e garantire, anche in futuro, i servizi ad un livello qualitativo più elevato³⁴.

Passiamo ora ad analizzare le ragioni che portano allo sviluppo dell'esternalizzazione parziale e di quella totale.

Anche in questo ambito si può riscontrare un processo evolutivo di natura storica ed economica: in una prima fase, infatti, si è avuto un ampio utilizzo dell'esternalizzazione parziale soprattutto per la realizzazione di opere ed impianti pubblici (edifici, infrastrutture viarie e di trasporto) e per la gestione di servizi pubblici a rete (raccolta di rifiuti solidi urbani, distribuzione acqua, gas, energia).

Le cause di questa scelta, oltre ad essere quelle tipiche che hanno fatto proliferare le esperienze di PPP nel nostro Paese, ossia la scarsità di conoscenze e di *Know-how* scientifico e tecnologico oltre ai sempre più stringenti vincoli di bilancio, si possono riconoscere nel fatto che molto spesso il *contracting out* parziale è

³⁴ Cfr. G. F. REBORA, *Il cambiamento organizzativo nella pubblica amministrazione*, in *Azienda pubblica*, n. 1, 1988, pag. 320 ss. Dello stesso autore e, sempre sullo stesso argomento, si veda anche *Organizzazione e politiche del personale nelle amministrazioni pubbliche*, Milano, 1995. Cfr. M. REBOA, *Strategie economico-finanziarie, parametri e modelli di valutazione*, Milano, 1989.

la risposta ad una serie di vincoli gestionali che tendono ad imbrigliare fortemente la produzione e l'erogazione del servizio.

La cooperazione tra soggetti, pubblico e privato, che si realizza tramite l'esternalizzazione favorisce una rivisitazione concettuale delle modalità gestionali, conducendo a miglioramenti e innovazioni nei processi produttivi³⁵.

Nel recente passato, invece, alcuni fattori hanno spinto verso l'opzione costituita dall'*outsourcing* totale, attraverso l'esternalizzazione, da parte dell'istituto pubblico, della fase di progettazione, attribuendo, quindi, alle aziende private una funzione congiunta di progettazione e realizzazione e/o erogazione dell'opera/servizio.

Il primo di questi fattori è sicuramente costituito da una crisi di legittimazione della pubblica amministrazione, riconducibile non solo alle vicende giudiziarie, ma più in generale, al consolidarsi nell'opinione pubblica di una pregiudiziale negativa nei confronti del sistema pubblico accompagnata contemporaneamente da una pregiudiziale positiva nei confronti del settore privato, considerato più orientato al rispetto dei criteri quali l'efficacia, l'efficienza, la flessibilità organizzativa, le capacità gestionali.

Il secondo motivo che ha portato all'incremento delle operazioni di esternalizzazione totale rispetto a quella parziale, inizialmente preferita, è riscontrabile nel progressivo interesse da parte del settore privato, alla costante ricerca di im-

³⁵ Da queste considerazioni appare evidente come l'ente pubblico e, di conseguenza, tutta la pubblica amministrazione si siano appropriati di tecniche e modelli di sviluppo tipicamente aziendali e manageriali. In pratica, l'inadeguato profilo gestionale della pubblica amministrazione ha portato quest'ultima ad optare per l'affidamento di servizi alle aziende private ma, nel contempo, ha determinato un rapporto di scambio e di assimilazione riguardo a stili, modalità, concezioni tipicamente manageriali in capo alla pubblica amministrazione che è stato di forte stimolo nel percorso di rinnovamento degli enti pubblici. A riprova di questo cambiamento che ha coinvolto il settore della pubblica amministrazione, basti citare le numerose riforme che hanno coinvolto e visto protagonista il settore del pubblico impiego: la privatizzazione del rapporto di lavoro, la ridefinizione della figura del "dirigente" in termini di vero e proprio manager aziendale, la retribuzione corrisposta proporzionalmente non solo alle responsabilità e alle mansioni svolte, ma anche e soprattutto, in riferimento ai risultati raggiunti e agli obiettivi prefissati.

In questo senso si può concludere che anche in Italia hanno avuto valida applicazione e successo le teorie del *New public management*, esperienza nata in Inghilterra nella seconda metà degli anni '70 e caratterizzata da un notevole pragmatismo alla cui base vi è l'idea di considerare la pubblica amministrazione, ma più ampiamente tutto lo Stato, come un'azienda, un'impresa privata, da fare funzionare secondo tecniche di gestione tipiche del settore privato. Su questo specifico argomento, si leggano: M. BARZELAY, *The new public management, improving research and policy dialogue*, California, 2001; L. ANSELMINI, *Il processo di trasformazione dell'amministrazione pubblica: il processo aziendale*, Torino, 1995; M. MENEGUZZO, *Managerialità, innovazione e governance*, Roma, 2001; C. POLLIT, G. BOUCKAERT, *La riforma del management pubblico*, Milano, 2002.

pieghi alternativi per i propri risparmi; infatti, negli ultimi anni si è verificata, grazie alla crescita vertiginosa dei rendimenti dei mercati finanziari, all'affermarsi di professioni di tipo prevalentemente autonomo ed imprenditoriale, e, infine, a elevati margini di remunerazione, una consistente accumulazione di capitali in forma finanziaria da investire in molteplici attività. I servizi pubblici, è di facile intuizione, rappresentano, per questi capitali, un investimento ed un impiego remunerativo con un livello di rischio piuttosto contenuto³⁶.

È importante fare riferimento, seppure in termini sintetici, alla principale differenza che intercorre tra il fenomeno dell'esternalizzazione e il fenomeno della privatizzazione dei servizi pubblici o di aree di attività.

Con l'affidamento all'esterno, la responsabilità primaria, in termini di politiche e modalità di finanziamento, rimane in capo all'operatore pubblico, attraverso gli strumenti fiscale, contributivo e tariffario; con la privatizzazione, invece, si assiste ad una riduzione, piuttosto notevole, del ruolo dell'intervento pubblico, con il contemporaneo e parallelo sviluppo e potenziamento del settore privato, in termini non solo di responsabilità finanziaria, ma anche gestionale e strategica³⁷.

Ugualmente importante è fare un breve cenno alla principale differenza intercorrente tra il *contracting out* e il *contracting in* detto anche in *house providing*.

Il primo è qualificato dal fatto che soggetto dell'esternalizzazione è un soggetto privato, ossia un'impresa privata cui la pubblica amministrazione affida una parte rilevante del processo di erogazione e garanzia del servizio; nel *contracting in*, invece, il soggetto dell'esternalizzazione non è un soggetto privato, bensì un'altra pubblica amministrazione, diversa e distinta da quella titolare del servizio. In quest'ultimo caso, come è facile ravvisare, essendo in presenza di due pubbliche amministrazioni, si resta sempre nell'ambito del settore pubblico e, perciò, non rileva la necessità di fare riferimento e applicare le norme sull'evidenza pubblica per scegliere il soggetto esternalizzando.

³⁶ Cfr. F. PEZZANI, *I nuovi strumenti finanziari nella gestione degli enti locali*, in *Economia & Management*, 2000, n. 3, pag. 112. Sempre dello stesso autore si legga anche *Il ruolo della finanza nel nuovo ente locale*, *Il Sole 24 Ore*, 9 Aprile 2001.

³⁷ Cfr. G. F. REBORA, M. MENEGUZZO, *Strategia delle amministrazioni pubbliche*, cit., pag. 189; J. PRAGER, S. DESAI, *La privatizzazione delle attività delle amministrazioni locali. Le lezioni da trarre dal metodo federale di affidamento all'esterno*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, 1995, n. 1, pag. 60; P. AIELLI, *Ristrutturazione delle imprese e promozione di nuove attività imprenditoriali*, in *Enc. Pubbl.*, 1994, pag. 583.

La disciplina e le regole dell'evidenza pubblica, invece, devono esser tenute in debito conto e applicate allorquando, come nel *contracting out*, la scelta della controparte deve avvenire tra una molteplicità di soggetti privati che sono tra di loro in un rapporto di paritaria concorrenza e, per questo, devono esser reclutati dalla pubblica amministrazione senza alcuna discriminazione o preferenza³⁸ (sull'attività negoziale della pubblica amministrazione si rimanda al paragrafo 1.4.).

Storicamente l'*outsourcing* nasce come istituto privatistico, anzi, più precisamente come strumento utilizzato dalle imprese private, all'inizio soprattutto da quelle operanti nel campo dei servizi informatici, per far fronte all'innalzamento dei costi di produzione. Le singole aziende, infatti, hanno trovato più economico incaricare altre imprese del compimento di alcune fasi della produzione, riservando solo a sé stesse la progettazione e l'assemblaggio del manufatto, finalizzato alla messa a punto e alla realizzazione finale del prodotto³⁹.

Da un punto di vista privatistico, e più squisitamente negoziale, il soggetto principale nel fenomeno dell'esternalizzazione risulta essere rappresentato dall'*outsourcer* in capo al quale sorge, in capo al quale sorge, in cambio di un compenso, l'obbligazione di fornire un servizio costituito da una fase del processo produttivo in maniera tale da assicurarne il regolare e totale funzionamento.

L'obbligazione cui si impegna l'*outsourcer* è un'obbligazione di risultato, costituita da un *facere* o da un *facere* cui si aggiunge un *dare*: infatti, l'*outsourcer* si impegna a realizzare per la controparte una parte del sistema produttivo⁴⁰.

³⁸ Cfr. C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, pag. 495-450.

³⁹ Per una più approfondita analisi dell'istituto dell'*outsourcing* e per un'analisi delle sue origini anglosassoni si leggano: J. PRAJER, *Contracting out: Theory and Policy*, *Economic Research Report*, New York University, 1992, e, sempre dello stesso autore, *Contracting out government Service: lessons from the private sector*, in *Public Administration Review*, 1994, n. 6, pag. 175.

⁴⁰ Sull'*outsourcing* come istituto di diritto privato si faccia riferimento a: G. GIOIA, *Outsourcing: nuove tecniche di gestione aziendale e rapporti contrattuali*, in *Corr. Giur.*, 1999, pag. 899; M. PITTALIS, *Outsourcing*, in *Contr. Impr.*, 2000, pag. 1006; F. TOSI, *Il contratto di outsourcing di sistema informatico*, Milano, 2001; R. ROVERSI, *I contratti di outsourcing della manutenzione*, in *I Contratti*, 1997, pag. 522.

1.3. *La sponsorizzazione*

Prima di affrontare il tema della sponsorizzazione quale istituto ed esempio rientrante nella categoria del partenariato pubblico privato, è metodologicamente corretto premettere alcune considerazioni di carattere civilistico inerenti la sponsorizzazione che nasce in ambito privatistico e che successivamente viene utilizzata dalle pubbliche amministrazioni nell'ambito della loro capacità negoziale e della loro autonomia privata.

La sponsorizzazione, nata nell'alveo della tradizione angloamericana, è uno strumento di comunicazione pubblicitaria che si è affiancato ad altri mezzi, ricevendo nell'ultimo ventennio una rilevante diffusione⁴¹.

Il fenomeno della sponsorizzazione si colloca nell'ambito del processo evolutivo dell'attività pubblicitaria e «*consiste nell'utilizzazione di una serie di strumenti finanziari diretti alla diffusione di una particolare comunicazione commerciale attraverso l'impiego di avvenimenti a rilevante contenuto di immagine, dei quali sono protagonisti uno o più terzi rispetto all'impresa portatrice del messaggio*»⁴².

La figura dello *sponsor* è nata negli Stati Uniti contemporaneamente alla crescita e all'espansione dei *mass media*, ma a differenza della *réclame* in senso stretto, nella sponsorizzazione l'uso del messaggio pubblicitario può definirsi "indiretto", nel senso che la comunicazione non si identifica con l'esaltazione della qualità del prodotto o dell'impresa, bensì consiste nella diffusione di un contrassegno distintivo o di altre rappresentazioni ritenute qualificanti ai fini di una larga diffusione e commercializzazione del prodotto, e ciò attraverso un particolare strumento quale l'abbinamento con manifestazioni culturali di ogni genere: sportive, culturali, scientifiche, politiche. Passando a voler dare una definizione di matrice squisitamente dottrinale⁴³, il contratto di sponsorizzazione può essere defini-

⁴¹ Cfr. M. BIANCA, *Sponsorizzazione*, in *Dig. disc. priv.*; vol. XV, Torino, 1988, pag. 132.

⁴² S. GATTI, *Sponsorizzazione*, in *Enc. del diritto*, vol. XLII, Milano, 1990, pag. 509.

⁴³ Cfr. G. VIDIRI, *Il contratto di sponsorizzazione: natura e disciplina*, in *Giust. Civ.*, 2001, 1, pag. 3. In ambito privatistico, la figura del contratto di sponsorizzazione è stata notevolmente approfondita nell'ambito del Diritto dello Sport, settore nel quale si possono rinvenire i più numerosi esempi di applicazione pratica di questo tipo di accordo contrattuale. In riferimento a ciò e come sua diretta conseguenza, la dottrina (F. B. ASCANI, *Sport & Sponsor*, Milano, 1984, pag. 145; Id., *Le forme contrattuali dell'intervento dell'industria dello sport, Relazione al Convegno organizzato dall'IPSOA*, Sanremo, 3-4 Luglio 1981; R. TERZAGHI, *La sponsorizzazione nell'atletica legge-*

to come il contratto con il quale una parte, detta *sponsor* (o soggetto che sponsorizza o sponsorizzante), si obbliga ad una prestazione pecuniaria o all'attribuzione di cose fungibili nei confronti di un'altra, parte detta *sponsee* o soggetto sponsorizzato, la quale si obbliga a divulgare il nome o il marchio dello *sponsor* nelle varie estrinsecazioni della propria attività.

ra. *Profili privatistici e aspetti contrattuali*, Roma-Milano, 1983, pag. 16; M. VILLANI, *Disciplina tributaria delle cosiddette "sponsorizzazioni" nel campo dello sport*, in *Tributi*, 1980, 5, pag. 93 ha individuato cinque diverse declinazioni e tipologie di sponsorizzazioni:

1. Sponsorizzazione di un club.

In questa ipotesi, un club sportivo si obbliga dietro corrispettivo a veicolare un determinato messaggio pubblicitario con scritte o altri simboli sull'abbigliamento degli atleti, su quello dei tecnici e degli accompagnatori ufficiali, sui veicoli di gara, su tutto il materiale promozionale, e sulle pubblicazioni del club, consentendo altresì allo sponsor di utilizzare le relative immagini a fini pubblicitari. Nell'ambito di questa categoria, è possibile che il club sportivo, in cambio di un corrispettivo, si obblighi alla modifica dell'originaria denominazione e all'acquisizione di quella dell'impresa dello sponsor o di un suo marchio (cosiddetto "abbinamento"). Con questa forma, il club rappresenta un permanente veicolo pubblicitario per il marchio, e ciò nei modi e nelle configurazioni più varie, quali ad esempio, lo sfruttamento dei risultati di gara in resoconti di quotidiani, di periodici e di radiotelevisione.

2. Sponsorizzazione di un singolo atleta.

In questo caso, il singolo atleta è chiamato a diffondere il marchio o il prodotto dello sponsor. Agli sportivi più celebri e titolati, lo sponsor, per l'uso in esclusiva del materiale sportivo recante il proprio marchio o messaggio, corrisponde somme di ingente valore, con l'obbligo per il campione di partecipare ad un determinato numero di competizioni

3. Sponsorizzazione di una manifestazione.

La presenza dello sponsor si esprime attraverso l'uso di spazi dove si svolge la manifestazione (sportiva, radiotelevisiva, culturale) con striscioni, cartelloni, o con la denominazione della manifestazione stessa con il segno distintivo del prodotto o dell'impresa. Le altre obbligazioni principali dell'organizzatore sono: attribuzione dello sponsor del "patrocinio" della manifestazione della manifestazione con l'intitolazione di un trofeo; la stampa della ditta o del marchio dello sponsor su tutti gli opuscoli e volantini relativi alla manifestazione; la diffusione di annunci sonori nel corso della manifestazione; e l'attribuzione dei premi offerti dallo sponsor. Obbligazione principale dello sponsor è il pagamento di un corrispettivo, che può consistere in una determinata somma di denaro, o nel sopportare per intero o parzialmente le spese dell'organizzazione, o nell'apporto di premi in denaro o in prodotti, o nella fornitura del materiale necessario allo svolgimento della manifestazione.

4. Sponsorizzazione di una Federazione Sportiva.

In questa ipotesi l'impresa che sponsorizza fornisce finanziamenti alla prescelta federazione sportiva di squadre nazionali e non, in cambio della veicolazione pubblicitaria, che consiste nell'attribuzione della qualifica di "*sponsor*", di "fornitore ufficiale" alla federazione dei materiali d'uso delle diverse gare, e nella concessione del marchio della federazione all'impresa; marchio che questa può applicare sui suoi prodotti come simbolo di qualità e di prestigio.

5. Sponsorizzazione associata.

Questa figura di sponsorizzazione ha trovato attuazione attraverso la formazione di strutture associative il cui scopo è costituito dal patrocinio di una determinata impresa, per lo più sportiva, nell'ambito di un'iniziativa particolarmente avventurosa (scalata di una vetta impervia, traversata di oceano, esplorazione di una regione polare, ecc.); impresa che, per l'ingente ammontare dei costi di organizzazione, è realizzabile unicamente attraverso l'intervento economico degli sponsor. Le forme associative cui si fa riferimento sono quella del comitato e del consorzio tra imprese con attività esterna, avente per oggetto specifico una particolare azione pubblicitaria a favore dei partecipanti al consorzio stesso.

Sebbene si ravvisi l'utilizzo dell'istituto della sponsorizzazione in numerosi ed eterogenei servizi, l'analisi della prassi contrattuale conferma che in tutte le diverse tipologie la prestazione principale dello *sponsor* consiste nella *datio* di una forma di denaro o di beni, o generalmente nella combinazione di entrambi, mentre la prestazione principale del soggetto sponsorizzato è l'utilizzazione del marchio o del logo dello *sponsor* durante l'espletamento della propria attività.

A sottolineare che il contratto di sponsorizzazione sia un contratto di tipo sinallagmatico, ossia a prestazioni corrispettive, sta il fatto che in alcuni contratti è esplicito il riferimento alla corrispettività delle prestazioni, in quanto viene espressamente previsto che la prestazione del soggetto sponsorizzato costituisce il corrispettivo del finanziamento dello *sponsor*⁴⁴.

Più specificamente, la prassi contrattuale dimostra che la prestazione del soggetto sponsorizzato si trova in un rapporto di interdipendenza con la prestazione dello *sponsor*, in quanto il finanziamento dello *sponsor* richiede la controprestazione del soggetto sponsorizzato, la quale in alcuni modelli contrattuali viene espressamente qualificata come "corrispettivo del finanziamento".

Per quanto, invece, riguarda la natura giuridica dell'istituto in questione, occorre sottolineare che la sponsorizzazione rientra nel numero di quelli che vengono classificati quali "nuovi contratti" e fra i quali si possono annoverare anche gli istituti del *leasing*, del *factoring*, del *franchising*, dell'*engineering*, del *merchandising*, e del *catering*.

Queste nuove forme contrattuali non hanno una specifica fonte normativa, dal momento che non esiste un articolo del codice civile che li legittimi e ne sancisca la relativa tipicità.

Essi hanno potuto trovare un "diritto di cittadinanza" all'interno del nostro ordinamento giuridico in virtù della presenza in quest'ultimo dell'art. 1322 c.c. che sancisce, in base al principio dell'autonomia negoziale dei privati, la possibilità di servirsi e far ricorso a qualsiasi altra forma contrattuale corrispondente e in

⁴⁴ Questa è la soluzione accettata quasi unanimemente in dottrina. In giurisprudenza, invece, sulla corrispettività del contratto di sponsorizzazione, si veda: C. Giust. Amm. Sic., 4-11-1995, n. 336, pag. 1607; Collegio arbitrale Milano, 15-2-1991, con nota di M. BIANCA, *Sponsorizzazione tecnica e inadempimento contrattuale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1992, pag. 131 ss.

grado di soddisfare i propri fini, anche se non contemplata dal codice civile e dal nostro ordinamento, ma nel rispetto dei principi di questi ultimi.

In base a questi presupposti si può dedurre con certezza la natura atipica del contratto di sponsorizzazione proprio in ragione del fatto che l'istituto *de quo* non è tipizzato attraverso la previsione, appunto, di un *tipus*, presente nel nostro ordinamento.

Di fronte all'atipicità legale di questo contratto si pone il problema di individuare la disciplina rilevabile di una possibile e probabile applicazione.

Un primo tentativo della dottrina è quello di sussumere il contratto di sponsorizzazione in schemi legali tipici, o qualificarlo come combinazione di schemi legali, richiamando la categoria del negozio misto o complesso⁴⁵. Ciò conduce, tuttavia, inevitabilmente a dare rilievo solo ad alcuni elementi della fattispecie negoziale, perdendo di vista la visione d'insieme, o a scomporre la sponsorizzazione in "tipi" con riguardo ai settori in cui si opera.

In prima istanza si è fatto riferimento alla figura dell'appalto di servizi per la sponsorizzazione televisiva, schema che era già stato richiamato da parte della dottrina per la categoria dei contratti pubblicitari⁴⁶.

Altra soluzione è quella che fa riferimento alla figura della *locatio operis*, rispettivamente nelle due forme dell'appalto di servizi o del contratto d'opera, a seconda dell'esistenza o meno di un'organizzazione imprenditoriale⁴⁷.

Alla soluzione della sussunzione nello schema tipico dell'appalto di servizi, si è, tuttavia, opposto che ciò sembra configurabile solo nell'ipotesi in cui il soggetto sponsorizzato sia un'impresa.

⁴⁵ Per C. VERDE, *Il contratto di sponsorizzazione*, Napoli, 1989, pag. 136 e ss., il contratto di sponsorizzazione è qualificabile come contratto misto in virtù della teoria dell'assorbimento. Conseguentemente dovrebbe trovare applicazione la normativa prevista per il contratto tipico recepito dalle parti e risultante prevalente nel contratto di sponsorizzazione.

⁴⁶ Cfr. V. FUSI, *I contratti di pubblicità*, Milano, 1968, pag. 147 ss.; *Id.*, *I contratti di pubblicità*, in *La pubblicità - figure contrattuali, tutela del consumatore, salvaguardia della concorrenza*, a cura di C. VACCA, Milano, 1993. Secondo l'Autore, l'ampia categoria dei contratti di pubblicità ricomprende tutti i contratti che abbiano una relazione di fatto con la pubblicità stessa; di conseguenza, anche il contratto di sponsorizzazione che ha la sua finalità precipua in un ritorno pubblicitario.

⁴⁷ Cfr. V. DE GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Padova, 1988; si veda, inoltre, la recensione a tale volume fatta da M. BIANCA, in *RDC*, 1989, vol. I, pag. 271 ss. Altra parte della dottrina ha poi proposto l'inquadramento del contratto di sponsorizzazione nello schema legale tipico del contratto di sponsorizzazione: F. ASCANI, C. MASERA, *Il nuovissimo codice delle società sportive*, Milano, 1985; sempre in questo senso, si consultino anche *Pubblicità, sport, industria e istituzioni*, Atti ufficiali del Convegno nazionale di Grado, 11/12 -4- 1980, Pordenone (s.a.).

Parzialmente convincente è poi l'ipotesi di inquadrare il contratto di sponsorizzazione nello schema di quello del contratto d'opera, limitato all'ipotesi della mancanza di un'organizzazione imprenditoriale del soggetto sponsorizzato o ad ipotesi eccezionali di sponsorizzazioni sportive di un *club*⁴⁸.

Ugualmente insoddisfacente è il tentativo di sussumere il contratto *de quo* nello schema del contratto associativo, ipotesi che deriva dalla sopravvalutazione dell'elemento fiduciario del rapporto, della comunanza dell'interesse perseguito e dell'elemento rappresentato dall'intensità del vincolo, incentrato su di una sorta di dipendenza tra immagine dello *sponsor* e attività economica dello *sponsee*, nonché sulla durata nel tempo del rapporto e sulla previsione di un rapporto di esclusività⁴⁹. Si è però, da un lato, addebitato ad una siffatta ricostruzione, di far scaturire conseguenze di carattere giuridico da ragioni confinate nel sociale o, comunque, nell'ordine dei motivi; e si è ribadito, dall'altro lato, l'assenza di interessi ed obiettivi comuni tra *sponsor* e *sponsee* per operare costoro su piani separati, atteso che il primo tende a realizzare la promozione della propria immagine commerciale mentre lo *sponsee* attraverso il supporto finanziario e materiale dello *sponsor* vuole, invece, unicamente sviluppare e diffondere la propria specifica attività (sportiva, culturale, artistica, ecc.)⁵⁰.

E ancor maggiori limiti presenta il tentativo di classificare la sponsorizzazione tra i contratti di locazione o tra quelli di vendita, stante la specificità e la conseguente diversità della causa e dell'oggetto di detti contratti, come analoghe riserve solleva l'accostamento al mandato che, anche nell'ipotesi di contratto oneroso, obbliga una parte, in base alla lettera dell'art. 1703 c.c., al compimento di uno o più atti giuridici per conto dell'altra, laddove nella sponsorizzazione

⁴⁸ Cfr. A. FRIGNANI, A. DASSI, M. INTROVIGNE, *Sponsorizzazione, merchandising, pubblicità*, Torino, 1993, pag. 75 e ss.

⁴⁹ Cfr. V. DAL LAGO, *Aspetti giuridici nella sponsorizzazione dello sport*, in *RDS*, 1983, pag. 188, nonché gli atti del Convegno, organizzato dalla POPAI Italia sulla "Comunicazione aziendale attraverso la sponsorizzazione", Verona, 27-28 Marzo 1981.

⁵⁰ Cfr. P. DE SILVESTRI, *Le operazioni di sponsorizzazione e il merchandising delle società calcistiche*, in *Riv. dir. sport.*, 1983, pag. 130. L'Autore aggiunge anche che la sponsorizzazione resta, invece, un contratto di scambio essendo molto ben differenziate sia le attività che le finalità perseguite dalle parti.

l'oggetto è rappresentato dallo svolgimento di una specifica attività dello *sponsee* tale da fungere da mezzo pubblicitario a vantaggio dello *sponsor*⁵¹.

Queste specifiche considerazioni sulla sussunzione del modello costituito dal contratto di sponsorizzazione in singoli e specifici schemi contrattuali, evidenzia come essa sia motivata solo in relazione a singoli elementi di singole tipologie di sponsorizzazione. Il ricorso alla disciplina di singoli elementi non giustifica l'adozione di uno schema contrattuale nel quale confluiscono elementi estranei alla fattispecie considerata.

Sottolineando la corrispettività tra la prestazione dello *sponsor* e quella dello *sponsee*, la sponsorizzazione risulta differenziarsi anche rispetto al mecenatismo che, invece, ha per oggetto sovvenzioni erogate a titolo di liberalità senza la previsione a carico del beneficiario dell'obbligo di tenere determinati comportamenti, diretti a favorire la diffusione dei segni distintivi del finanziatore che, di regola, si riserva unicamente la facoltà di pubblicizzare il proprio contributo⁵².

Seguendo questa direzione si è inquadrato il mecenatismo tra i contratti a titolo gratuito, sussumibile a seconda delle diverse opinioni nello schema della donazione pura, della donazione modale, delle liberalità non donative o delle promesse interessate⁵³. Non resta altro che verificare se, nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione eroghi denaro nella qualità di sponsor di numerose attività o manifestazioni, queste erogazioni di denaro possano considerarsi o meno donazioni o sovvenzioni.

Per quanto riguarda la sussunzione del contratto di sponsorizzazione nello schema della donazione, parte della dottrina⁵⁴, ritiene che gli atti di liberalità posti in essere dalla pubblica amministrazione per sovvenzionare manifestazioni artisti-

⁵¹ Cfr. S. ELESTICI, *I contratti di pubblicità*, Milano, 1994, pag. 181 ss. in cui l'Autore, in relazione all'utilizzabilità dello schema contrattuale della locazione per spiegare e classificare quello della sponsorizzazione, osserva come, al massimo, volendo seguire ed accogliere questa impostazione, si potrebbe ipotizzare la locazione allo *sponsor* di uno spazio fisico dello *sponsee*, come ad esempio può essere un cartellone pubblicitario, non certo un'intera manifestazione che rimane nella totale disponibilità dell'organizzatore.

⁵² Cfr. V. DE GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, cit., pag. 200 ss.

⁵³ Per la tesi secondo la quale i contributi ai convegni o ad altre iniziative scientifiche, culturali, artistiche, possono considerarsi liberalità d'uso in quanto è «conforme al costume sociale che enti anche economici, patrocinano simili iniziative», cfr. G. OPPO, *Scritti giuridici*, vol. IV, Padova, 1992, pag. 139-147; *Id.*, *Sulle erogazioni "gratuite" delle aziende di credito*, in *Banca, Borsa*, 1982, vol. I, pag. 926 ss.

⁵⁴ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, pag. 1251.

che, culturali o sportive, ampliando parallelamente il proprio prestigio presso la comunità, possano essere qualificati come donazione modale. A questo assunto si è, però, opposta la tesi che condividiamo e che pare scandagliare meglio il contratto di sponsorizzazione in tutte le sue sfaccettature, secondo la quale la sponsorizzazione essendo un contratto a prestazioni corrispettive non può essere avvicinato agli atti di liberalità che, invece, non annoverano questo elemento tra le loro caratteristiche peculiari.

Se, infatti, la sinallagmaticità si rinviene nella sponsorizzazione in quanto da una parte c'è lo *sponsor* che versa allo *sponsee* una somma di denaro, cui corrisponde, dall'altra parte, l'obbligo dello *sponsee* di fare da tramite nella diffusione del nome e del marchio dello *sponsor*. La sinallagmaticità non è propria dello schema contrattuale della donazione che, invece, è caratterizzata da un "*animus donandi*" che è unilaterale e al quale non corrisponde alcuna obbligazione⁵⁵.

Analogamente bisogna escludere di avvicinare e assimilare la figura della sponsorizzazione a quella delle sovvenzioni. Queste ultime, infatti, sono provvedimenti di tipo autoritativo che attengono strettamente e specificamente alla sfera pubblica, mentre invece, la sponsorizzazione, essendo un contratto, sebbene atipico, rientra nell'ambito del diritto privato⁵⁶.

⁵⁵ Se, dunque, non si può assimilare il contratto di sponsorizzazione alla donazione, non c'è dubbio, invece, sulla possibilità in capo alle pubbliche amministrazioni di dar vita ad atti di liberalità che si estrinsechino in donazioni. Sull'argomento possiamo ricostruire un dibattito dottrinale che si può riassumere e sintetizzare in tre filoni. Il primo, che risale agli anni '60, sostiene che un ente pubblico non sia capace di dare vita a donazioni. Tale tesi si basa sull'assunto secondo il quale la finalità sociale, che è lo scopo precipuo degli enti pubblici, mal si concilia con *l'animus donandi* caratteristico della donazione (Cfr. B. BIONDI, *Le donazioni degli enti pubblici. Limiti e forma*, in *Giur. it.*, 1960, vol. I, n. 2, pag. 97 ss.). Altra parte della dottrina sostiene che la capacità di donare, nel silenzio della legge, è riconosciuta in generale a tutte le persone giuridiche, anche a quelle di diritto pubblico. Per quanto riguarda queste ultime, è tuttavia opportuno precisare che la donazione deve essere finalizzata al raggiungimento di obiettivi che si inquadrino nel pubblico interesse perseguito dall'ente pubblico (Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, pag. 420; F. P. PUGLIESE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, pag. 989; O. SEPE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1954, pag. 11). Infine, altri autori (Cfr. C. IACOVINO, V. TAVASSI, T. CASSANDRO, in A. CATAUDELLA, *La donazione*, Milano, 1996, pag. 130 ss; R. ALESSI, *Sull'ammissibilità di donazioni da parte di enti pubblici*, in *Giur. Cass. Civ.*, 1947, vol. II, pag. 480 ss.) esprimono posizioni meno nette e sottolineano il fatto che le liberalità degli enti pubblici sono da inserire e mettere in rapporto con la finalità sociale svolta da questi ultimi, mentre da un punto di vista squisitamente civilistico, *l'animus donandi* è fine a sé stesso.

⁵⁶ Cfr. D. SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Milano, 1969, per quanto riguarda l'elemento pubblicistico che caratterizza la figura delle sovvenzioni sia nel momento in cui nasce il rapporto sia successivamente durante la sua esecuzione. Per quanto attiene poi, in generale, il tema delle sovvenzioni da parte degli enti pubblici nei riguardi delle imprese, per le nozioni di riferimento si vedano:

Ma la differenza fondamentale tra i due istituti risulta essere sempre costituita dalla corrispettività che si ravvisa nella sponsorizzazione ma che è del tutto assente nella sovvenzione. In pratica, se un ente pubblico sponsorizza un'impresa o una manifestazione, in cambio si aspetta lecitamente un ritorno di immagine; se, invece, l'ente pubblico sovvenziona un'impresa, il suo intento è quello di aiutarla economicamente senza aspettarsi nulla in cambio.

«In definitiva, la sponsorizzazione ha una causa del tutto differente rispetto alla sovvenzione. Con essa le pubbliche amministrazioni agevolano il soggetto privato solo in via, mediata e indiretta, visto che l'obiettivo principale è quello di promuovere la propria immagine»⁵⁷.

Da quanto considerato finora, emerge chiaramente come il metodo della sussunzione evidenzi ora un elemento del contratto, ora un altro, poi un altro ancora, lasciando così in ombra il resto degli elementi della sponsorizzazione. Per ovviare a questo grosso limite metodologico, una parte della dottrina⁵⁸ fa ricorso al metodo dell'analogia insieme all'applicazione della disciplina generale del contratto.

L'analogia può, infatti, essere utile a colmare quelle lacune evidenziate dal metodo della sussunzione riguardanti singole tipologie di sponsorizzazione che non vengono coperte dal procedimento di sussunzione con modello contrattuale tipico. Se dunque si può dire assodata l'atipicità legale del contratto di sponsorizzazione basata sull'assunto della mancanza di una disciplina legale e di un modello di riferimento tipici⁵⁹, non si può escludere la sua "tipicità sociale", intesa come espressione di una prassi, di una pratica contrattuale consolidata e, conseguentemente, idonea ed adatta a delinearne una fisionomia ben determinata⁶⁰.

M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, pag. 687; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003, pag. 311. Entrambi questi autori concordano sulla natura concessoria delle sovvenzioni dal momento che esse consistono in erogazioni di denaro pubblico a cui non si accompagna alcun corrispettivo.

⁵⁷ R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., pag. 160.

⁵⁸ Cfr. E. GIACOBBE, *Atipicità del contratto di sponsorizzazione (Con particolare riguardo alla legge 6 Agosto 1990, n. 223)*, in *RDC*, 1991, vol. II, pag. 399-430.

⁵⁹ Sul contratto atipico in generale si consultino: G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1996; *Id*, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1989; L. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981; P. MACELLA, *I problemi di legittimità e di disciplina nei negozi atipici*, in *RDC*, 1987, vol. I, pag. 491 ss.

⁶⁰ Il concetto e la nozione di "tipicità sociale" si trova per la prima volta in E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. VASSALLI (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1960, pag. 196. Secondo l'Autore affinché si possa ravvisare l'emersione di un "tipo sociale" è necessario che si sviluppino e consolidino una prassi contrattuale, ossia occorre che diversi individui riuniscano la

Analizzate, dunque, le problematiche di natura prettamente civilistica che il contratto di sponsorizzazione inevitabilmente presenta, è opportuno adesso inserire l'istituto *de quo* nell'ambito del partenariato pubblico privato e analizzarlo in quanto mezzo e strumento di quest'ultimo.

Come già sottolineato, nel corso degli ultimi venti anni lo Stato e, in genere, tutti gli enti pubblici, hanno mostrato interesse al fenomeno della sponsorizzazione. Con la legge 2 Agosto 1982, n. 512, si è consentito ai soggetti che indirizzano la propria attività verso il campo della cultura in generale, la deducibilità, ai fini delle imposte sui redditi delle persone fisiche e di quelle giuridiche, delle erogazioni effettuate a favore dello Stato e di altri enti pubblici.

In questa iniziativa legislativa si può cogliere il segno e la volontà di una prima apertura dei poteri pubblici verso un rapporto di cooperazione e collaborazione con i soggetti privati per il conseguimento di fini utili alla collettività⁶¹.

Successivamente, nel 1985, l'allora Ministro dei beni culturali e ambientali presentò un disegno di legge⁶² che manifestava chiaramente la volontà del legislatore italiano di indirizzare gli interventi dei privati verso iniziative e manifestazioni di pubblico interesse che necessitano di ingenti interventi economici. Basti pensare e far riferimento alla massiccia mole di patrimonio archivistico, archeologico e artistico che non è a disposizione del pubblico per carenza di interventi di restauro, conservazione, catalogazione e valorizzazione.

Secondo le disposizioni del disegno di legge sopra citato, rientravano nelle attività culturali l'acquisto, la manutenzione, la protezione e il restauro dei beni appartenenti al patrimonio dello Stato o di enti pubblici; l'organizzazione in Italia o all'estero di mostre o esposizioni di importante valore scientifico, gli studi e le ricerche all'uopo necessari; e ogni altra manifestazione di interesse culturale, ivi

propria azione e che da questa risulti un *quid novi*, ossia un prodotto nuovo, che abbia l'effetto, cioè, di fissare ed ordinare nuovi modi di agire. Se quindi la tipicità legale è contraddistinta dalla presenza di un *numerus clausus* di previsioni e denominazioni contrattuali, la tipicità sociale, invece, è caratterizzata, invece, da una maggiore elasticità che trova la sua fonte nell'art. 1322 c.c. che legittima l'ingresso nel nostro Ordinamento giuridico di contratti che sebbene non appartengano ai tipi di contratto nominati, realizzano comunque gli interessi delle parti in armonia dell'ordinamento stesso.

⁶¹ Cfr. M. AINIS, M. FIORILLO, *Beni culturali e ambientali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, vol. II, Milano, 2003, pag. 1449 ss.

⁶² Disegno di legge 13 Febbraio 1985, in *Atti parlamentari della Camera*, IX Legislatura, Disegni di legge e relazioni, documenti, n. 2539.

compresi gli studi, le ricerche, la documentazione, la catalogazione e la pubblicazione relativi ai beni culturali.

Era previsto che i privati, compresi le associazioni e i comitati, potessero partecipare in tutto o in parte al conseguimento degli scopi predetti tramite erogazioni in denaro - a favore dello Stato, delle regioni, di enti pubblici, di fondazioni e associazioni che, senza finalità lucrative, svolgessero o si facessero promotori di attività di studio, ricerca, e di documentazione di rilevante valore culturale e/o artistico - o attraverso prestazioni a titolo gratuito di servizi o concessioni di beni.

Infine, questo disegno di legge riservava al Ministero dei beni culturali e ambientali la facoltà di calendarizzare le manifestazioni culturali che avrebbero dovuto svolgersi nei tre anni solari successivi e quella di stabilire, attraverso l'emanazione di un decreto ministeriale, i benefici promozionali derivanti dalla partecipazione dei privati⁶³.

Solo successivamente, con la legge 6 Agosto 1990 n. 23, il legislatore ha fornito la definizione esatta, quale oggi è riconosciuta in dottrina e giurisprudenza, della sponsorizzazione. La legge in questione riconosce alle imprese pubbliche, e solo a queste ultime escludendo da tale disciplina tutti i restanti soggetti di diritto pubblico, la facoltà, per pubblicizzare il proprio nome e la propria attività, di sponsorizzare trasmissioni televisive e/o radiofoniche.

In seguito, la possibilità di dar vita a contratti di sponsorizzazione viene estesa a tutte le pubbliche amministrazioni, rimuovendo così il limite per le sole imprese pubbliche imposto dalla precedente disciplina. Infatti, ex. art. 43 L. 27 Dicembre 1997 n. 449 prevede che tutte le pubbliche amministrazioni possono stipulare contratti di sponsorizzazione, nonché accordi di collaborazione, con soggetti privati allo scopo di favorire l'innovazione dell'organizzazione amministrativa e di realizzare maggiori economie, nonché una migliore qualità dei servizi prestati⁶⁴.

⁶³ Cfr. A. D'ANTONIO, *La promozione culturale: l'intervento dei privati ai fini dell'utilità generale* (Relazione al Convegno organizzato dall'ISLE, Roma, 6 Giugno 1985). Gli atti del Convegno, organizzato a soli quattro mesi dalla presentazione del disegno di legge, rappresentano il primo commento a quest'ultimo e ne registrano e testimoniano il largo apprezzamento.

⁶⁴ Cfr. G. PIPERATA, *Sponsorizzazione e appalti pubblici degli enti locali*, in *Riv. trim. app.*, 2002, vol. I, pag. 69 ss.

Il ricorso a queste forme contrattuali è vincolato dalla stessa norma al rispetto di tre condizioni, in quanto i contratti *de quo* devono essere diretti al perseguimento di interessi pubblici, devono escludere qualsiasi conflitto di interesse tra attività pubblica e attività privata e devono comportare risparmi di spesa per le amministrazioni coinvolte⁶⁵.

In questo veloce *excursus* non si può non citare la legge 23 Dicembre 1998, n. 448 che aggiunge ulteriori vincoli di scopo in capo alle pubbliche amministrazioni allorquando decidono di stipulare contratti di sponsorizzazione. Tale provvedimento aggiunge come finalità per cui può essere utilizzato lo strumento della sponsorizzazione il perseguimento dell'efficienza pubblica, l'aumento della produttività e la riduzione dei costi nella gestione dei servizi pubblici e delle attività di competenza degli enti pubblici.

In seguito, la disciplina contenuta nel su citato art. 43 ex L. 449/1997 è stata ripresa con particolare riferimento agli enti locali dall'art. 119 ex D. Lgs. N. 267/2000, il quale ha sancito che in applicazione del più volte richiamato art. 43, i comuni, le province e gli altri enti locali possono stipulare contratti di sponsorizzazione per migliorare la qualità dei servizi prestati⁶⁶.

A prima vista il richiamo all'art. 43 da parte dell'art. 119 t.u.e.l può sembrare pleonastico, dal momento che già l'art. 43 prevedeva *ab origine* gli enti locali tra i destinatari della disciplina in esso contenuta. «*In realtà, l'art. 119 t.u.e.l è il frutto della volontà del legislatore del 2000 di rilanciare ancora una volta l'istituto della sponsorizzazione, prevedendo espressamente la legittimazione degli enti locali di ricorrervi anche per realizzare interventi aventi come obiettivo quello di migliorare la qualità dei servizi erogati dagli enti medesimi*»⁶⁷.

Dalla disciplina appena richiamata discendono due riflessioni di carattere generale: da un lato, la suddetta norma riconosce definitivamente la capacità degli enti locali di rivestire sia il ruolo di *sponsor* che quello di *sponsee*; dall'altro, è opportuno, sottolineare come l'art. 43 e l'art. 119 contengano un regime giuridico

⁶⁵ Cfr. D. BEZZI, G. SANVITI, *Accordi di collaborazione e contratti di sponsorizzazione*, Milano, 1998, pag. 120 ss.; A. BARBIERO, *Sponsorizzazioni: uno strumento per acquisire risorse*, in *Azienditalia*, n. 5, inserto, pag. I ss.

⁶⁶ Cfr. P. PIVA, *Sub art. 119*, in M. BERTOLISSI (a cura di), *L'ordinamento degli enti locali*, Bologna, 2002, pag. 505 ss.

⁶⁷ G. PIPERITA, *Sponsorizzazione e appalti pubblici degli enti locali*, cit., pag. 71.

minimo e limitato alle condizioni di legittimazione, che può trovare applicazione soltanto in riferimento alle sponsorizzazioni stipulate dalla p.a. in qualità di *sponsee*⁶⁸. È di chiara evidenza, infatti, che le condizioni di legittimazione, cui si è fatto cenno sopra, risultano soddisfatte soltanto nei casi in cui il soggetto pubblico ottenga da soggetti privati beni e risorse economiche, a titolo di sponsorizzazione, al fine di compiere interventi di pubblico interesse.

Riguardo, invece, all'aspetto procedimentale l'art. 43 ex L. 449/1997, nulla prevede in riferimento alle procedura che le pubbliche amministrazioni devono seguire per stipulare un contratto di sponsorizzazione. Risulta così poco chiaro se l'amministrazione pubblica, nella sua qualità di *sponsee*, possa scegliere direttamente lo *sponsor*, oppure, dato che si tratta comunque di un contratto, sia obbligata a tenere una procedura concorsuale di evidenza pubblica⁶⁹. Al riguardo la dottrina giuspubblicistica non ha esitato a considerare le peculiarità del contratto di sponsorizzazione conformi all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica per scegliere lo sponsor, con la possibilità di derogarvi «*solo nei casi in cui sia in generale accessibile da parte delle pubbliche amministrazioni il ricorso alla trattativa privata, quindi massimamente nei casi indicati dal regolamento della contabilità dello Stato, oppure, come indicato dalla giurisprudenza amministrativa, in tutti i casi in cui la pubblica amministrazione riesca a dimostrare l'urgenza o la utilità pubblica, con l'unico limite di una motivazione esauriente e puntuale*»⁷⁰.

Concludiamo citando un provvedimento regolamentare, attinente al settore della pubblica istruzione, che è un esempio di come in concreto le istituzioni scolastiche possano stipulare contratti di sponsorizzazione.

Più precisamente, il D.M. 1 Febbraio 2001, n. 44 riconosce alle istituzioni scolastiche la capacità di dar vita a sponsorizzazioni avendo come controparte sia soggetti pubblici che soggetti privati. Tra questi devono essere preferiti i soggetti che hanno come finalità e/o svolgono attività attinenti alle problematiche dell'infanzia e dell'adolescenza, mentre non possono essere scelti quali sponsor

⁶⁸ Cfr. M. RAIMONDO, *L'ente pubblico quale parte del contratto di sponsorizzazione*, in *N. Rass.*, 1996, pag. 737 ss. L'Autore sottolinea, però, come le ipotesi contrattuali di sponsorizzazione stipulate dalle pubbliche amministrazioni in qualità di *sponsor* siano sicuramente più numerose paragonate a quelle in cui la pubblica amministrazione figura come *sponsee*.

⁶⁹ Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pag. 400 ss.

⁷⁰ D. BEZZI, G. SANVITI, *Accordi di collaborazione e contratti di sponsorizzazione*, cit., pag. 33-34.

soggetti la cui immagine ed attività contrastino con i valori di riferimento delle istituzioni scolastiche⁷¹. È evidente che la normativa ha la finalità di tutelare, in concreto, l'immagine delle istituzioni scolastiche e, più in generale, della pubblica amministrazione.

Dopo queste prime osservazioni attinenti alle origini civilistiche della sponsorizzazione e dopo una ricognizione legislativa dell'istituto, è opportuno passare all'analisi dei rapporti dell'istituto della sponsorizzazione con la categoria del partenariato.

Se è pacifica l'inclusione della finanza di progetto nella categoria giuridica costituita dal PPP e per quanto riguarda l'esternalizzazione abbiamo messo in evidenza le differenze fondamentali, più problematica appare l'inserimento in tale categoria della sponsorizzazione.

Anche il contratto di sponsorizzazione è frequentemente utilizzato per finanziare la realizzazione di interventi pubblici e in esso, come nella finanza di progetto, si possono rinvenire gli elementi peculiari della collaborazione tra soggetto pubblico e soggetto privato e la natura giuridica di contratto atipico.

Manca, invece, la caratteristica del trasferimento del rischio imprenditoriale in capo al soggetto privato⁷² e questo elemento fa sì che il contratto di sponsorizzazione non possa essere qualificato come un istituto di partenariato pubblico privato. In realtà, però, quando il contratto di sponsorizzazione viene calato ed utilizzato nella pratica, può accadere che la responsabilità legata all'esito positivo dell'intera operazione, ricada totalmente sullo *sponsor* che viene soddisfatto dalla gestione dell'operazione stessa. In questo caso si è di fronte ad un fenomeno che consiste nella contaminazione del contratto di sponsorizzazione con altri schemi negoziali, fenomeno che fa sì che l'elemento del trasferimento del rischio imprenditoriale sul privato, che in teoria difetta alla sponsorizzazione, sia invece presente in quanto lo sponsor viene soddisfatto dal ritorno pubblicitario e dalla gestione dell'opera o del servizio, mentre la pubblica amministrazione eroga servizi o realizza opere di pubblico interesse senza utilizzare le proprie risorse economiche.

⁷¹ Cfr. L. ZANETTI, *Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato: il nuovo assetto delle agevolazioni fiscali al mecenatismo culturale*, in *Aedon*, 2001, n. 2, pag. 20 ss.; sullo stesso argomento si consulti anche S. MASTROPASQUA, *Le sponsorizzazioni culturali nel diritto pubblico*, in *Riv. giur. scuola*, 1993, pag. 209 ss.

⁷² Cfr. R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., pag. 146.

Le contaminazioni di cui il contratto di sponsorizzazione può essere oggetto e che si riflettono sulla sua struttura negoziale che si modifica conseguentemente ad esse, fanno sì che la sponsorizzazione possa essere ricompresa tra i contratti di PPP, essendo quest'ultimo una categoria giuridica aperta e estremamente flessibile. Oltre a ciò appare importante evidenziare come la sponsorizzazione venga vista positivamente dal legislatore italiano tanto da essere considerata uno strumento di diritto privato che la pubblica amministrazione ha a sua disposizione e che può utilizzare per la realizzazione dei suoi fini.

Nella maggiorparte dei casi, l'amministrazione pubblica assume la veste di *sponsee* tanto che la sponsorizzazione rappresenta il mezzo negoziale finalizzato a finanziare l'attività svolta dall'amministrazione pubblica stessa.

Le sponsorizzazioni devono essere intese come «*strumenti di finanziamento per le attività dello sponsee dal momento che il finanziamento non si realizza attraverso il rapporto contrattuale, ma soltanto sul piano economico, con la semplice disponibilità del corrispettivo pattuito da parte del soggetto sponsorizzato*»⁷³.

In relazione alla sponsorizzazione di una pubblica amministrazione da parte di un soggetto privato, occorre fare alcune importanti precisazioni riguardo al tipo di attività che può essere sponsorizzata e alle regole che presiedono alla scelta del soggetto privato che ricoprirà il ruolo di *sponsor*.

Per ciò che attiene al tipo di attività che può essere sponsorizzata, non rileva la differenza tra attività contrattuale e attività autoritativa o quella tra attività istituzionale e attività strumentale della pubblica amministrazione, dal momento che la sponsorizzazione può avere ad oggetto qualsiasi attività della pubblica amministrazione.

Sempre su questo specifico aspetto, si può dare il caso che oltre al contratto di sponsorizzazione la pubblica amministrazione ne stipuli contestualmente anche altri finalizzati a organizzare e porre in essere il servizio stesso imputabile all'amministrazione pubblica: in pratica il soggetto privato oltre a finanziare il servizio è responsabile anche della sua organizzazione. Conseguentemente, da un punto di vista giuridico, l'insieme dei rapporti costituiti dai diritti e dai doveri

⁷³ R. DIPACE, *Paternalismo pubblico privato e contratti atipici*, cit., pag. 161.

nonché dagli effetti prodotti dal collegamento negoziale⁷⁴ che si instaura tra il contratto di sponsorizzazione e i contratti accessori, rientra a pieno titolo nella categoria rappresentata dal partenariato pubblico privato.

Un esempio illustrativo di tale fenomeno si può ben rinvenire nel caso in cui la pubblica amministrazione nel momento in cui bandisce un appalto di lavori, servizi o forniture vi apponga anche una specifica clausola che prevede che l'aggiudicatario dell'appalto rivesta anche e nello stesso tempo il ruolo di *sponsor* dell'intero progetto⁷⁵.

Per quanto riguarda la disciplina da seguire per individuare il soggetto che ricoprirà il ruolo di sponsor, non bisogna incorrere nella convinzione che, soltanto per il fatto che il contratto di sponsorizzazione sia uno strumento finalizzato al raggiungimento di fini pubblici, la procedura da seguire sia quella dell'evidenza pubblica.

Non esiste, infatti, alcun vincolo in relazione alla disciplina da seguire per scegliere lo *sponsor*, cosicché si deve fare riferimento ai principi fondamentali che ispirano e sono alla base dell'attività negoziale della pubblica amministrazione: il principio di pubblicità, il principio di trasparenza e quello della scelta del contra-

⁷⁴ Sulla natura giuridica del project financing, sulla sua natura e sul collegamento negoziale si rimanda al capitolo V.

⁷⁵ Il caso del collegamento negoziale tra l'appalto di servizi e quello di sponsorizzazione è stato analizzato dal Consiglio di Stato, sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073, in Consiglio di Stato, I, pag. 2626, in relazione ad una fattispecie concreta caratterizzata dall'inserimento di clausole di sponsorizzazione in bandi aventi ad oggetto l'aggiudicazione di un servizio di tesoreria. Più precisamente, tra gli elementi di valutazione dell'offerta era contemplata anche la possibilità, in capo all'istituto di credito, di sponsorizzare iniziative culturali e assistenziali (mostre, eventi culturali, assistenza di malati a domicilio, ecc.) svolte dal Comune. I giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto legittimo l'inserimento di clausole di questo tipo nell'ambito di una gara in quanto hanno riconosciuto al servizio di tesoreria la natura di contratto atipico anziché un servizio finanziario o un contratto di appalto. Questa qualificazione unita alla legittimità per la pubblica amministrazione di porre in essere contratti di tesoreria, fa sì che le amministrazioni possano legittimamente ricorrere a contratti atipici in quanto manca, ed è questa la conferma più importante che deriva dalla pronuncia, una specifica e precisa limitazione dell'autonomia privata della pubblica amministrazione. Più specificamente, il bando di gara può contenere altre clausole relative allo svolgimento di ulteriori attività oltre a quella di tesoreria, a condizione che esse vadano sì valutate in relazione all'attribuzione di punteggi che vanno a sommarsi a quello principale relativo all'attribuzione del servizio di tesoreria che è l'obbligazione principale cui i soggetti concorrenti concorrono, ma non alterino la par condicio tra i concorrenti stessi e siano contemplate nell'invito alla gara, come nel caso di specie.

Tale arresto giurisprudenziale è stato confermato anche successivamente dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione 18 giugno 2002, n. 6, in *Urbanistica e Appalti*, 2002, pag. 1321, con commento di R. CARANTA. La pronuncia evidenzia che la gara non deve concentrarsi sulle offerte relative alla sponsorizzazione, dal momento che questa è solo un elemento accessorio che non può assicurare la capacità del soggetto concorrente in relazione all'oggetto principale del bando di gara, ossia la gestione del servizio di tesoreria.

ente in base procedure concorrenziali la cui finalità è quella di garantire l'economicità, la convenienza e l'imparzialità delle scelte finale fatta dalla pubblica amministrazione⁷⁶.

Nonostante non viga alcun obbligo in capo alle pubbliche amministrazioni di seguire la procedura ad evidenza pubblica nella scelta dello sponsor, questo è l'auspicio della giurisprudenza⁷⁷ che sottolinea anche l'importanza di esplicitare attraverso specifici regolamenti la procedura seguita dalle pubbliche amministrazioni per scegliere lo *sponsor*, i relativi sistemi di controllo, e tutto ciò che è inerente al rapporto di sponsorizzazione.

«In conclusione, i principi che devono ispirare la scelta dello sponsor sono i medesimi che si riscontrano nella legislazione in materia di aggiudicazione degli appalti»⁷⁸.

È da evidenziare, quindi, come il principio dell'evidenza pubblica si applichi a tutti i contratti atipici, compreso quello di sponsorizzazione, escludendo così il ricorso a negoziazioni dirette.

Parte della dottrina⁷⁹ ha sostenuto che i contratti cui si applica la procedura ad evidenza pubblica sono soltanto quelli che rientrano nel novero dell'art. 36 del regolamento di attuazione della legge sulla contabilità di Stato (r.d. 23 maggio 1924, n. 827). Siccome i contratti atipici non rientrano in questo elenco, si è dedotto erroneamente che a essi non si applichi la procedura dell'evidenza pubblica essendo sufficiente il rispetto del principio di rango costituzionale del buon andamento.

In realtà, è errato considerare esaustivo l'elenco, altresì datato, contenuto nell'art. 36 che risulterebbe, tra l'altro, limitare l'applicazione dell'evidenza pubblica mentre, invece, alla base del sistema dei contratti pubblici, vi è al contrario il tentativo e l'obiettivo di ampliarne la portata e l'applicazione.

⁷⁶ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Diritto amministrativo*, 2003, pag. 247.

⁷⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5442, in *Consiglio di Stato*, 2002, pag. 2184.

⁷⁸ R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., pag. 169.

⁷⁹ Cfr. A. BARETTONI ARLERI, *Profili amministrativo-contabili del leasing finanziario della pubblica amministrazione utilizzatrice*, in *Rivista italiana del leasing*, 1985, pag. 29. L'Autore si riferisce in particolar modo al contratto atipico del leasing, ma le sue considerazioni sono estendibili a tutti i contratti atipici.

Infine non si può concludere che l'esclusione dei contratti atipici dal numero dei casi previsti dal regolamento di attuazione, comporti *ipso facto* l'inapplicabilità dei principi dell'evidenza pubblica in quanto da un punto di vista gerarchico e di applicativo tra l'art. 36 del succitato regolamento di attuazione e l'art. 3 della legge sulla contabilità di Stato, prevale quest'ultimo che prevede l'applicazione delle procedure concorsuali ogni volta che derivi una spesa pubblica, come si rileva anche nei contratti atipici, dal contratto che lega lo Stato e il soggetto privato.

1.4. L'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione

Dopo aver illustrato le caratteristiche principali del partenariato pubblico privato che è la categoria giuridica in cui si colloca l'istituto della finanza di progetto, è opportuno fare alcune considerazioni sull'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

È importante parlare dell'attività negoziale della P.A. perché il partenariato pubblico privato ne rappresenta una manifestazione significativa che si inquadra in un nuovo modo di concepire l'attività contrattuale stessa.

Da questa nuova concezione dell'attività negoziale della pubblica amministrazione, che deriva dal fenomeno della "privatizzazione" che ha fatto seguito al monopolio statale di molte attività e servizi pubblici cui si è già fatto cenno parlando della crisi del *Welfare State*, deriva anche un nuovo ruolo del contratto nell'ambito dell'attività negoziale della pubblica amministrazione.

Partendo dall'analisi del dato di fatto secondo cui la pubblica amministrazione per il raggiungimento dei propri obiettivi, siano essi di tipo pubblicistico ovvero correlati ad esigenze patrimoniali o organizzative, può avvalersi ed utilizzare gli istituti del diritto privato, ponendo in essere negozi giuridici, in particolare contratti, sia tipici che atipici, gli esempi che si possono citare sono molteplici: dalla compravendita di un'area per la realizzazione di un edificio pubblico, alla concessione di garanzie fideiussorie ad imprese esportatrici in Paesi ad alto rischio. Se il ricorso, da parte della p.a., a strumenti caratteristici del diritto civile per la realizzazione dei propri scopi, con il conseguente abbattimento della *summa divisio* tra istituti di diritto pubblico e istituti di diritto privato e la recentissima

emersione della categoria del partenariato pubblico privato, che è un fenomeno recente nel nostro ordinamento, in altri Paesi, invece, non costituisce una novità, bensì rappresenta il normale modo di atteggiarsi e di funzionare dell'attività giuridica delle Amministrazioni pubbliche⁸⁰.

Inizialmente, invece, nel nostro ordinamento pur ritenendo la qualificazione giuridica che gli ordinamenti di *common law* davano all'operare amministrativo come la più naturale possibile e per questo la migliore, sono prevalse esigenze volte a privilegiare la ricerca di una disciplina giuridica speciale, propria della p.a.

In tal modo si è dato vita alla creazione del diritto amministrativo, così come lo si conosce oggi, di cui è tipica espressione, a livello di atto giuridico, l'atto amministrativo⁸¹.

Il panorama che emerge attualmente è il seguente: accanto ad Amministrazioni pubbliche tradizionali, quali lo Stato o gli enti pubblici territoriali, che operano giuridicamente sia con contratti che con atti amministrativi, si conoscono Amministrazioni pubbliche, quali gli enti pubblici economici, che usufruiscono soltanto di atti giuridici di diritto privato⁸².

La diversa natura giuridica del soggetto pubblico, la diversità degli obiettivi prescritti dalla legge e di volta in volta perseguiti e, soprattutto, la contemporanea previsione legislativa di specifici poteri amministrativi hanno determinato non poche distinzioni nell'ambito del fenomeno, pur sempre unitario, dell'utilizzo del diritto privato da parte delle Amministrazioni pubbliche.

Sicuramente la distinzione più nota è quella tra attività amministrativa di diritto privato e attività privata di diritto privato delle Amministrazioni pubbliche⁸³, che tende a distinguere l'ipotesi in cui, mediante atti giuridici disciplinati dal codice civile, si persegue uno scopo di pubblico interesse, dal diverso caso in cui la p.a. in tal modo realizzi mere esigenze di tipo patrimoniale o organizzativo.

⁸⁰ Si fa riferimento ai Paesi che, al contrario di quelli continentali che sono ordinamenti di *civil law*, hanno ordinamenti di *common law*. Anche in questi ultimi, però, non mancano situazioni non facilmente riconducibili agli schemi propri dell'operare dei privati. Per uno studio approfondito riguardo ai profili storici ed evolutivi dell'ordinamento inglese si legga: W. WADE, *Administrative law*, Oxford, 1988, *passim*.

⁸¹ Per una disamina sulla nascita del diritto amministrativo in Italia e sulla sua evoluzione si veda M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, pag. 19-53.

⁸² Cfr. L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, 2002, pag. 1612.

⁸³ La distinzione si deve a A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa retta dal diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, vol. 4, pag. 455.

In realtà, questa distinzione in concreto presenta numerose difficoltà di applicazione oltre al fatto che non è mai stata definita la diversità di disciplina giuridica che dovrebbe collegarsi all'una o all'altra ipotesi. Ne consegue che la distinzione *de quo* non presenta rilievi pratici o scientifici, restando così confinata all'ambito dottrinale. Tuttavia, essa sottolinea, ancora una volta, un dato di fatto ormai appurato: la possibilità e la capacità della p.a. di perseguire obiettivi di pubblico interesse, oltre che con atti amministrativi, anche mediante atti giuridici disciplinati dal codice civile.

Lo spazio che in tal modo si è aperto all'operare delle Amministrazioni pubbliche nell'ambito del diritto privato è assai vasto e nella realtà è stato utilizzato in concreto, tanto che l'Amministrazione pubblica del nostro tempo è caratterizzata proprio in conseguenza delle dimensioni che ha assunto questo fenomeno⁸⁴.

Si discute se l'ampio utilizzo degli istituti privatistici in ambito amministrativo sia una tendenza positiva, oppure se configuri un atteggiamento negativo che ha delle infelici ricadute sulla correttezza dell'azione amministrativa. Il dubbio nasce dal fatto che l'atto di diritto privato sembra di per sé inidoneo ad essere verificato sotto il profilo della sua conformità al pubblico interesse e, contemporaneamente, la formazione dell'atto stesso non rileva in riferimento alla validità dell'atto, se non per ciò che riguarda i vizi della volontà⁸⁵. In altri termini, l'atto amministrativo è invalido ove sia assunto per fini che la norma attributiva del potere non prevede, mentre il contratto è sicuramente valido se persegue una causa lecita e i motivi che l'hanno determinato sono anch'essi leciti, e ciò anche ove sia inidoneo al perseguimento di un obiettivo di pubblico interesse⁸⁶.

⁸⁴ Cfr. M. NIGRO, *Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, pag. 839 ss.

⁸⁵ Cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2002, pag. 246 ss.

⁸⁶ Contra M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, pag. 65 ss. Secondo l'Autore il principio dell'invalidità dell'atto negoziale concluso da un ente pubblico in violazione delle finalità espressamente imposte a quest'ultimo discenderebbe, indipendentemente dall'espressa previsione di una sanzione di nullità, dall'art. 1418 c.c., da intendersi come la norma di carattere generale che consente di affermare la forza vincolante del principio di funzionalità nell'ambito dell'attività che l'Amministrazione pone in essere iure privato. Si veda anche C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, pag. 164, secondo il quale la via privatistica scelta dall'Amministrazione non impedisce di verificare se «l'atto contrasta con un elemento obiettivo, lo scopo, che è determinato prima e a prescindere dai singoli e concreti aspetti che costituiscono i motivi della manifestazione dell'attività privatistica dell'amministrazione».

Altra importante differenza da sottolineare è il fatto che la formazione dell'atto amministrativo soggiace al rispetto di regole procedurali che rispettano valori costituzionalmente garantiti, come ad esempio il principio di uguaglianza, mentre il negozio di diritto privato, per quanto riguarda il regime della sua validità, è indifferente a queste regole.

Ecco dunque che, apparentemente, può sembrare che l'uso di istituti peculiari del diritto civile possa permettere l'elusione dei meccanismi di controllo funzionale e di rispetto del principio di legalità (inteso in senso lato), che invece dovrebbero rappresentare un vincolo irrinunciabile dell'azione amministrativa. Per converso, il diritto privato ha la duttilità propria dell'azione dei privati e il suo impiego massimizza l'efficienza dell'azione amministrativa, rispetto ad un agire vincolato all'impiego dei soli poteri giuridici normativamente previsti.

Accanto all'espressione "*attività di diritto privato*" della p.a., è frequente il ricorso alla dizione di "*attività di diritto comune*", assumendo in tal senso l'esistenza di una disciplina unitaria dell'attività giuridica che si esplica in contratti, accordi, ecc., posta in essere dalle Amministrazioni pubbliche⁸⁷.

In generale, si può dire che tutti i contratti dello Stato e degli Enti pubblici sono qualificati da caratteristiche precipue, affinché si differenzino dai contratti privati, tra le quali la più conosciuta risulta essere la qualificazione di "*contratto ad evidenza pubblica*"⁸⁸.

In una prospettiva in parte diversa, si ricomprendono i diversi fenomeni che vengono inclusi nella formula di attività paritetica dello Stato e degli Enti pubblici, a volte discernendo tra attività paritetica sottoposta al diritto civile ovvero al diritto comune e attività paritetica sottoposta ad una disciplina speciale di tipo pubblicistico.

Il dibattito dottrinale di fine '800 aveva proposto la categoria del "*contratto di diritto pubblico*"⁸⁹ - sicuramente ampiamente discussa ma anche sufficiente-

⁸⁷ Per ulteriori approfondimenti su questa *summa divisio* si faccia riferimento a S. A. ROMANO, *Attività di diritto privato della p.a.*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, pag. 535.

⁸⁸ Cfr. C. FRANCHINI, *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, pag. 56.

⁸⁹ Cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1992, pag. 120. Per una completa ed approfondita analisi avente ad oggetto il "contratto pubblico" nella dottrina ottocentesca, si legga B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, pag. 483 ss., in cui l'Autore dopo aver sottolineato che per lungo tempo (si deve, infatti, aspettare l'inizio degli anni '90 e con essi manuali molto recenti per vedere ri-

mente caratterizzata - soprattutto come categoria idonea a disciplinare il fenomeno degli accordi tra p.a. e privati e tra Amministrazioni pubbliche; più recentemente, si tende ad utilizzare la formula “*convenzioni pubblicistiche*”⁹⁰.

Da tutto quanto detto finora, emerge chiaramente il rifiuto di una rilevante e prevalente tradizione culturale che individua due grandi categorie separate: la prima caratterizzata dal diritto privato e l'altra caratterizzata dal diritto pubblico.

*«Questa scelta è giustificata [.....] dalla convinzione che il momento differenziale che può eventualmente consentire di enucleare categorie giuridicamente diverse all'interno di questo insieme denominato “attività consensuale” non sia tanto la qualificazione privata o pubblica della disciplina, quanto altri elementi che si ritrovano nelle peculiarità proprie di ogni ipotesi normativa, ove il pubblico e privato si mescolano e si correlano in vario modo. Non solo, ma sembra anche possibile mettere in luce categorie e schemi molteplici e nel contempo non differenziati dalla sola qualificazione pubblica o privata della disciplina, ma come si è detto, sviluppatasi anche al di là di tale differenziazione, in una commistione di pubblico e privato di volta in volta diversa e originale»*⁹¹.

Passiamo ora ad analizzare la problematica relativa al fatto che la quasi totalità delle situazioni convenzionali della pubblica amministrazione tendono a essere

conosciuta l'esistenza di “una vastissima area del contratto”, finalmente assunto a «strumento comune di azione amministrativa che si affianca al provvedimento e lo sostituisce senz'altro in determinati settori» come scrive V. CERULLI IRELLI in *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, pag. 614) Pubblica amministrazione e contratto sono apparsi come due universi distinti e distanti, quasi inconciliabili, aggiunge che, in realtà, diversamente da quanto le sintesi ottocentesche hanno portato a credere, Amministrazione e contratto non sono mai stati due ambiti tra loro impermeabili. Sono almeno tre i possibili settori in cui il contratto, tra la Rivoluzione francese e il primo dopoguerra, ha giocato un ruolo di notevole rilevanza sugli stessi equilibri sistematici dell'universo amministrativo. Da un punto di vista cronologico, i tre momenti risultano così riassumibili:

1. un primo periodo, databile all'incirca tra il 1790 e la metà dell'Ottocento, in cui la problematica del contratto emerge, in ambito amministrativo, essenzialmente dai temi del riparto, dal primo assestamento degli equilibri tra giurisdizione ordinaria e giustizia amministrativa;
2. un secondo periodo che risale approssimativamente all'intervallo compreso tra il 1880 e la vigilia della Prima Guerra Mondiale, in cui, invece, il problema contratto abbandona i temi del riparto e si confronta con la formazione della volontà amministrativa e i vari tipi di attività tramite le quali tale volontà si manifesta;
3. infine, un terzo ambito cronologico, coincidente con il periodo compreso tra le due Guerre, in cui il contratto conquista nuovi scenari all'interno dell'amministrazione grazie al rilievo, sempre più accentuato, assunto nel sistema amministrativo dall'organizzazione e dagli elementi soggettivi in genere.

⁹⁰ Per una analisi dell'istituto della convenzione e delle analogie che essa presenta con la categoria del contratto pubblico, si esamini G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1986, pag. 20 ss.

⁹¹ L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., pag. 1619.

ricomprese nell'attività di diritto privato di quest'ultima e che le categorie dell'atto amministrativo unilaterale e del negozio di diritto privato tendono ad essere viste come esaurienti tutto l'operare giuridico della p.a.

La tesi oggi prevalente riconosce allo Stato e agli Enti pubblici, in quanto soggetti giuridici, una capacità giuridica generale di diritto privato⁹².

Al riconoscimento della capacità generale di diritto privato degli enti pubblici la dottrina italiana è arrivata superando il precedente orientamento che riconosceva nel nostro ordinamento l'esistenza di un principio di specialità o funzionalità, limitante la capacità degli enti pubblici⁹³.

Si sosteneva che lo scopo statutario dell'ente pubblico, al quale il nostro ordinamento giuridico subordina l'attribuzione stessa della personalità giuridica, rappresenta il limite della sua attività ed, in particolare, della sua autonomia privata, attraverso i principi dell'aderenza allo scopo e della indispensabile attuazione di tale finalità, ai quali è così commisurata la capacità giuridica di diritto privato dell'ente pubblico e la sua legittimazione.

L'affermazione della capacità generale di diritto privato in capo agli enti pubblici è surrogata dalla considerazione che anche lo Stato e gli stessi enti pubblici sono soggetti giuridici e in quanto tali, salvo specifiche limitazioni legislative, possono operare nel mondo del diritto in modo pieno, così come le persone fisiche. D'altronde, ipotizzare, relativamente a singole figure contrattuali, una capacità giuridica speciale, che trova la sua ragion d'essere e la sua motivazione nel rispetto del pubblico interesse, è privo di significato, ove si consideri che il singolo negozio giuridico, considerato in sé, è di per sé neutro rispetto al pubblico interesse normativamente determinato che ogni singola pubblica amministrazione deve realizzare.

⁹² Cfr. G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Annali Fac. Giurisprudenza di Genova*, vol. I, 1966, pag. 174 ss.; S. A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, pag. 59 ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pag. 351 ss. per il quale «*se si accede alla tesi prevalente, secondo cui le persone giuridiche private nel nostro diritto positivo hanno soggettività piena e legittimazione illimitata, per le persone giuridiche pubbliche valgono le stesse regole, non sussistendo norme che ad esse, per dette persone, derogano*», mentre le eccezioni al principio si spiegano come «*legittimazioni negoziali limitate*».

⁹³ Sul principio di specialità si veda F. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1954; A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, cit., pag. 36 ss.; M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1942, pag. 67 ss.

Naturalmente non è da escludere che singole disposizioni di legge vietino la conclusione di determinati contratti: in tal modo non viene meno il principio della capacità generale, anzi al contrario, esso viene confermato sulla base dell'ovvia considerazione che si è reso necessario un intervento normativo esplicito per vietare un comportamento che altrimenti, in via generale, sarebbe stato permesso.

Affermare che gli enti pubblici sono dotati di una capacità giuridica generale significa soltanto che, potenzialmente, ogni Amministrazione pubblica può porre in essere qualsiasi negozio giuridico nei limiti previsti dal codice civile, limiti che, sotto il profilo funzionale, attengono sostanzialmente alla liceità.

Non comporta, invece, il riconoscere o legittimare una situazione di libertà non controllata, quasi che la p.a. possa atteggiarsi come un soggetto privato, che può proporsi nello spazio della liceità i più svariati obiettivi. Come è noto, ogni Amministrazione pubblica è vincolata al perseguimento di specifici interessi pubblici, normativamente prestabiliti: ammettere una capacità giuridica generale implica soltanto di accettare la considerazione che il negozio giuridico di contratto privato di per sé è uno strumento idoneo al perseguimento dei più diversi risultati e, di conseguenza, anche dello specifico interesse pubblico di cui ogni Amministrazione pubblica permea la sua azione.

Partendo, quindi, dal presupposto che il fine pubblico può essere realizzato non solo tramite istituti pubblicistici, ma anche attraverso negozi giuridici tipici del diritto privato, la p.a. ha la possibilità di scegliere, volta per volta, se utilizzare gli strumenti giuridici rinvenibili nell'ambito del diritto pubblico ovvero quelli apprestati dal diritto privato.

Il procedimento amministrativo e il provvedimento che lo conclude, potrebbero essere, a discrezione della p.a., sostituiti da negozi di diritto privato, quasi sussistesse una perfetta interscambiabilità. Volendo fare un esempio al riguardo, si può fare riferimento al fatto che, normalmente, la p.a. al posto di espropriare un immobile può ottenerne la proprietà con un semplice atto di compravendita liberamente contrattato e definito con il proprietario del bene.

In pratica l'abbandono, da parte della p.a., dello strumento pubblicistico ed il ricorso a contratti di diritto civile non devono essere considerati né una "fuga" dal sistema dei controlli, né una sorta di rinuncia al presidio delle regole che garanti-

scono la presenza, nel processo che porta alla decisione amministrativa, di valori costituzionalmente garantiti⁹⁴. In altri termini, se per la realizzazione di un determinato scopo l'ordinamento ha previsto un procedimento articolato, in cui è assicurata la presenza di molteplici interessi (pubblici, collettivi e privati), coinvolti in varia misura, alla fine del quale la decisione si traduce in un provvedimento amministrativo sindacabile sotto il profilo funzionale e per quello che riguarda il rispetto del principio di legalità, tale insieme di comportamenti giuridici disciplinati dal diritto pubblico non può essere "sostituito" con un contratto tra Amministrazione pubblica e soggetto privato interessato, poiché in questa maniera si realizzerebbe l'elusione delle garanzie che si concretano nel procedimento amministrativo e nell'insieme di regole che disciplinano lo stesso procedimento e il provvedimento che ne sancisce la conclusione⁹⁵.

Il riconoscimento generale dell'autonomia negoziale della p.a. trova oggi il suo fondamento normativo nel testo del nuovo art. 1, 1-bis⁹⁶, della l. n. 241/1990, così come è risultato dall'ultima novella legislativa costituita dalla l. n. 15/2005⁹⁷.

⁹⁴ Soprattutto nella dottrina tedesca è stata sottolineata in modo particolare la necessità di evitare la c.d. *Flucht ins Privatrecht*, e ciò al fine di consentire alla p.a. di sottrarsi a tutto quell'insieme di garanzie approntato per la *Hoheitsverwaltung* (attività autoritativa) e non applicabile di per sé all'attività svolta nell'ambito del diritto privato. Su questo argomento si consultino gli iniziali contributi, ancora oggi validi, di O. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1928, pag. 326; L. IPSEN, *Öffentliche Subventionierung Privater*, Berlin und Köln, 1956, pag. 12.

⁹⁵ La tesi della soggezione dell'attività di diritto privato delle Amministrazioni pubbliche al principio di legalità, quantomeno inteso nella sua accezione di legalità di indirizzo, tramite l'osservanza di un "vincolo di scopo", stabilito mediante atti legislativi o amministrativi dagli organi rappresentativi, è di C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit., per il quale peraltro la configurazione proposta non significa negazione del principio della capacità generale.

⁹⁶ L'iter normativo di questa disposizione è stato particolarmente travagliato: se, infatti, nel testo inizialmente licenziato dal Senato, la formulazione era finalizzata all'affermazione del principio di supremazia del diritto privato, come regola generale, senza limitazioni alcune relativamente a categorie di atti, alla Camera dei Deputati, invece, in prima istanza, si optò per una soluzione di segno contrario, tesa a sancire e porre dei limiti all'uso dello strumento privatistico. In base a tale inpostazione il diritto privato e i suoi istituti non rappresentavano altro che una mera facoltà per la pubblica amministrazione, il cui utilizzo era subordinato ai criteri e alle condizioni stabiliti dalla legge, salvo restando le diverse previsioni di legge. La versione finale della norma approvata in Parlamento recepisce l'orientamento espresso dalla Camera dei Deputati sancendo definitivamente che «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente». Da una parte, rispetto alla prima formulazione, viene meno il limite del rispetto dei criteri e dei limiti sanciti dalla legge; dall'altra, la facoltatività dell'azione secondo il diritto privato viene sancita, nella versione definitivamente approvata, non più tramite l'espressione "La pubblica amministrazione può", bensì facendo ricorso all'indicativo presente "agisce", che sembrerebbe esplicitare la doverosità di ricorrere allo strumento privatistico.

⁹⁷ Cfr. D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione e l'art. 1-bis della legge n. 241/1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato ed il principio di*

La travagliata genesi legislativa della norma in esame testimonia il notevole contrasto che si sviluppò in ambito dottrinale su questo tema e che fu caratterizzato per le numerose tesi contrapposte.

Una prima impostazione accoglie favorevolmente un ampliamento della sfera di operatività del diritto privato con riferimento alla regolamentazione dell'azione amministrativa. Lo strumento privatistico risulta apportare due significativi vantaggi: da un lato, è espressione di una logica paritaria, risultando, di conseguenza, un mezzo che garantisce il cittadino nei suoi rapporti con la pubblica amministrazione, dall'altro, consente una maggiore efficienza e snellezza dell'attività amministrativa. In tal senso occorre specificare che la norma in esame sottintende una sorta di preferenza per il diritto privato, lì dove lo strumento paritetico rappresentato dagli istituti di diritto privato, in omaggio anche al principio di sussidiarietà, può in maniera ugualmente efficiente, ma meno invasiva, soddisfare il pubblico interesse.

Altra parte della dottrina⁹⁸, invece, sostiene la conservazione dell'assetto pubblicistico, in linea con l'orientamento giuridico-amministrativo tradizionale, in quanto ritiene che ampliando maggiormente l'area del diritto comune della p.a., si possa avere, come diretta conseguenza, una riduzione dei controlli e degli accertamenti di legittimità, con una conseguente diminuzione di trasparenza nell'azione amministrativa in danno non solo dell'amministrazione, ma anche e soprattutto del cittadino.

È da evidenziare come l'intero impianto normativo della l. n. 15/2005 sia, in un certo senso, manifestazione dei due opposti orientamenti: infatti, da una parte vengono riproposti, con un nuovo significato, alcuni istituti classici, di matrice pubblicistica, con una sorta di "celebrazione del diritto amministrativo"; dall'altra, invece, il diritto comune viene sempre più applicato all'attività amministrativa che

specialità, in *www. Giust. amm. it.* L'Autore sostiene che l'introduzione del comma 1-bis nell'art. 1, ove sono codificati i principi generali dell'azione amministrativa, esprime l'intenzione del legislatore di dare in maniera solenne autonoma e speciale evidenza all'uso del diritto privato da parte della pubblica amministrazione, in qualche modo differenziandone il trattamento giuridico rispetto all'uso che ne fanno i privati. In altri termini, l'ingresso del diritto privato nel cuore della disciplina amministrativa non può essere semplicemente "neutro", ma finisce per essere condizionato dagli elementi propri del diritto pubblico, ponendo, di conseguenza, particolari problemi in ordine all'individuazione dei suoi "confini" rispetto all'attività di diritto pubblico e, più in generale, dei modi di agire dell'amministrazione secondo le regole del diritto privato.

⁹⁸ Cfr. M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., pag. 84.

in tal modo viene “contrattualizzata” provocando, contestualmente e contemporaneamente, un depotenziamento degli strumenti di diritto pubblico tradizionale e un intenso ricorso al modulo consensuale⁹⁹.

Una tesi intermedia evidenzia, infine, il ruolo tecnico del diritto civile che risulta utilizzabile per la disciplina di determinati ambiti dell’attività amministrativa. Per quanto riguarda l’ambito soggettivo dell’applicazione della norma concernente l’attività di diritto privato, situata nell’ambito che definisce i principi dell’attività amministrativa, il legislatore parla genericamente di pubblica amministrazione, facendo riferimento perciò alle amministrazioni e ai soggetti pubblici in generale, senza fare particolari distinzioni.

È opportuno soffermarsi anche sul tenore e sul significato della perifrasi “*nell’adozione di atti di natura non autoritativa*”: la dottrina¹⁰⁰ evidenzia come, con tale locuzione, il legislatore sembrerebbe riferire l’operatività del diritto privato non solo alla regolamentazione del rapporto nascente dall’attività amministrativa, ma anche alla fase genetica, cioè quella in cui si forma la volontà della pubblica amministrazione, staccandosi in questo modo in maniera notevole dall’assetto tradizionale. Sposando questa tesi, si arriverebbe a riconoscere alla disposizione in oggetto delle conseguenze non solo innovative ma anche e soprattutto dirimpenti: infatti, si sarebbe pienamente autorizzati a pensare che, nel momento in cui la p.a. agisca secondo i canoni del diritto privato, essa non sia più tenuta ad osservare, in tema di evidenza pubblica, la disciplina amministrativa. In realtà è opportuno precisare come, grazie alla clausola di salvezza contenuta nella norma¹⁰¹, quest’ultima non si pone come una disposizione innovativa rispetto alle preesistenti: più precisamente, essa non aspira a istituire una generale capacità di diritto privato in capo all’amministrazione, completamente avulsa dai limiti sottesi alle procedure di evidenza di stampo pubblicistico.

⁹⁹ Cfr. *Ivi*, pag. 90.

¹⁰⁰ Cfr. C. CANTUCCI, *L’attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., pag. 100.

¹⁰¹ Secondo C. CANTUCCI, op. ult. cit., la legge cui si riferisce la clausola di salvezza è non solo quella statale, ma anche quella regionale, trattandosi di norme attinenti alla regolamentazione del potere amministrativo, in relazione alla quale sussiste la competenza legislativa regionale ex art. 117 Cost., nel rispetto dei relativi limiti, e non di norme concernenti l’ordinamento civile, e dunque rientranti nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, in quanto delineanti *a contrario*, l’ambito operativo del diritto privato.

L'autentico significato della norma sta, invece, nel riconoscere la capacità di diritto privato della p.a., riconoscimento che precedentemente trovava la sua fonte nell'art. 11 c.c.; l'introduzione dell'art. 1, 1 bis, quale norma generale, si sostituisce, seguendo questa impostazione, al rinvio alle leggi speciali contenuto nell'art. 11 c.c., operando in tal modo "*una utile ricognizione di regole vigenti*". In sostanza, la norma in oggetto tende a riconoscere alla p.a. il potere di fare ricorso agli istituti del diritto privato, e sotto quest'aspetto, non è realmente innovativa.

Nello stesso modo, risulta essere priva di portata innovativa la regola che fissa la soggezione dell'attività di diritto privato della p.a. alla disciplina di diritto comune, senza che possano residuare discipline derogatorie in assenza di specifiche previsioni¹⁰². Di questa soggezione al diritto comune è chiara manifestazione l'art. 21-sexies, che, nel rispetto del principio civilistico espresso dal brocardo latino "*pacta sunt servanda*" ex artt. 1372 e 1373 c.c, esclude il diritto di recesso della p.a. dai contratti in assenza di espressa previsione di legge o patrizia¹⁰³.

In conclusione la norma codifica il principio pretorio del ricorso della p.a. agli strumenti propri del diritto comune come alternativa generale all'esercizio del potere¹⁰⁴.

¹⁰² Cfr. L. MONTEFERRANTE, *La disciplina privatistica nell'adozione degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione*, in *Amministrazione in cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienze dell'amministrazione, www.amministrazioneincammino.it, 2005, 6. Secondo una tesi minoritaria, laddove una scelta tra provvedimento e contratto non sia tecnicamente possibile, dal momento che la produzione dell'effetto giuridico rientra esclusivamente nella disponibilità dell'amministrazione, cosicché verrebbero meno le condizioni stesse dello scambio, la norma in esame consentirebbe, contemporaneamente, una rilettura globale degli istituti del diritto amministrativo in chiave privatistica, e così la determinazione amministrativa, anziché essere qualificata quale atto o provvedimento amministrativo, dovrebbe essere ricondotta, volta per volta, alla nozione di atto giuridico in senso stretto o di negozio giuridico, con tutte le conseguenze che ne discendono, secondo i principi, sul piano del regime giuridico e della tutela giurisdizionale; l'effetto della norma, seguendo tale impostazione, sarebbe simile a quello prodotto ex art. 5 d. lgs. n. 165/2001, in materia di privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, che, come ben noto, ha indotto ad una rilettura globale della natura giuridica degli atti di gestione del rapporto di lavoro, tradizionalmente intesi come provvedimenti amministrativi (escludendo gli atti paritetici), riconducendoli progressivamente nel novero delle misure datoriali, adottate in base alla capacità e ai poteri del datore di lavoro e, quindi, in sostanza espressione del potere di autonomia privata.

¹⁰³ Dal punto di vista oggettivo, la disposizione in esame si applica, in maniera circoscritta, agli atti di natura non autoritativa: in sostanza le norme di diritto comune non si applicano all'attività provvedimentale della p.a., che è espressione e manifestazione di potestà autoritativa. Altra questione è l'applicazione delle regole di diritto comune agli accordi amministrativi ex art. 11 della l. n. 241/90, in relazione alla quale si pone il problema collegato alla qualificazione di tali atti come contratti di diritto comune o come provvedimenti concordati.

¹⁰⁴ Sul punto vedi TAR Lazio, sez. II ter, 3 marzo 2006, n. 1654.

La disposizione *de quo*, quindi, non sancisce “*la doverosità o prevalenza del diritto privato*”, in quanto essa non è obbligata ad utilizzare gli strumenti privatistici, ma ne ha la facoltà nel caso in cui lo ritenga opportuno¹⁰⁵. Naturalmente, da quanto detto finora, discende che ove dismetta i panni pubblicistici, la p.a. soggiace in tutto e per tutto ai canoni del diritto comune sul piano della disciplina¹⁰⁶.

Per quanto riguarda, infine, la clausola di riserva che conclude il comma 1-bis riconoscendo la possibilità di agire secondo le norme di diritto privato “*salvo che la legge disponga diversamente*”, si assume che la deroga operi soltanto in presenza di un espresso divieto di ricorrere al diritto privato. Il ricorso agli strumenti privatistici sarebbe fortemente inciso, producendo un arretramento nei confronti dei principi oggi codificati, se tale clausola venisse interpretata come tesa ad interdire l’operatività del principio di preferenza per il diritto privato in tutti i numerosi casi in cui il legislatore abbia previsto (come avviene di regola in applicazione del principio di legalità) una espressa disciplina del potere, anche se destinato a concretizzarsi in atti non autoritativi.

La l. n. 15/2005 sancisce allora il definitivo superamento della tesi dottrinale tradizionale che riteneva l’attività paritetica della p.a. come un’ipotesi derogatoria, e per questo praticabile solo in casi specifici e tassativamente menzionati, rispetto al principio generale dell’esercizio del potere autoritativo. «*Detta impostazione, imperniata sulla “traslazione” ai contratti dei principi di della tipicità e della nominatività propri dei provvedimenti amministrativi, è stata progressivamente superata sulla base, da un lato, della tendenza normativa verso la garanzia dell’efficienza della P.A., che richiede necessariamente l’utilizzo di strumenti più elastici; dall’altro, della non ricorrenza, nei contratti, della ragione che tradizio-*

¹⁰⁵ In conclusione, starebbe ora all’amministrazione scegliere tra la concessione di beni pubblici e il contratto di affitto o di locazione; tra la concessione di servizio pubblico ed il contratto di appalto di servizi; tra la compravendita e l’espropriazione; tra la costituzione coattiva di servitù di uso pubblico e quella per contratto; e via discorrendo.

¹⁰⁶ Cfr. L. MONTEFERRANTE, *La disciplina privatistica nell’adozione degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione*, cit., in cui l’Autore sottolinea la generalizzata e cosiddetta attività amministrativa di diritto privato, ossia la possibilità di svolgere attività amministrativa in senso proprio, intesa come cura in concreto degli interessi della comunità, facendo ricorso alle norme di diritto privato, cioè attraverso negozi giuridici, che possono essere unilaterali o bilaterali, in ossequio al principio di autonomia negoziale: in questa maniera il potere di autonomia privata affianca il potere amministrativo come strumento generale dell’azione amministrativa.

nalmente è alla base della tipicità dei provvedimenti, ossia l'essere gli stessi espressione di autoritatività e di imperatività»¹⁰⁷.

La l. n. 15/2005 precisa che anche l'attività contrattuale della p.a., non solo per gli enti pubblici economici o per le società per azioni miste, ma anche per gli enti pubblici funzionalizzati, costituisce uno strumento di carattere generale, utilizzabile, ove compatibile con i fini e gli obiettivi stabiliti dal legislatore, sia per contratti tipici che atipici¹⁰⁸.

A questo punto si pone il problema dell'autonomia privata. Il riconoscimento dell'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione incontra i limiti derivanti dalla soggettività pubblica della stessa. L'autonomia privata della p.a. deve, infatti, estrinsecarsi rispettando i principi costituzionali di legalità, di imparzialità e di tutela del terzo.

Si può, dunque, concordare sul fatto che si tratti pertanto di un'autonomia negoziale "limitata", in quanto i fini della sua azione sono sempre indicati dalla legge, non sono nella disponibilità della p.a. e devono essere realizzati secondo canoni di doverosità e di continuità, senza dar vita a discriminazioni e senza che l'impiego del negozio giuridico limiti in maniera surrettizia il diritto di azione a tutela degli interessi legittimi in capo ai terzi. L'agire secondo la disciplina del diritto privato comporta, pertanto, una rinuncia alla funzione, così come risulta dalla nota accezione dottrinale¹⁰⁹, non certo all'agire funzionale inteso come necessario perseguimento degli scopi istituzionali indicati dalla legge anche nelle forme proprie dell'autonomia negoziale e come necessaria conformità del negozio all'interesse pubblico normativamente stabilito.

Si può affermare, quindi, che nell'attività amministrativa di diritto privato, l'interesse pubblico ha, comunque, un ruolo di primo piano tanto da influenzare la

¹⁰⁷ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, pag. 1224.

¹⁰⁸ L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con decisione n. 6/2002, ha ritenuto che non sia ravvisabile un'astratta preclusione a che l'Amministrazione stipuli contratti atipici, come per esempio il contratto di sponsorizzazione, ai sensi dell'art. 1322, 2 c.c., o inserisca delle clausole atipiche di sponsorizzazione in contratti aventi un altro oggetto.

¹⁰⁹ Sulla nozione di funzione si veda F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996; Id., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pag. 134 ss. L'Autore, in entrambi i contributi citati, sottolinea come la funzione della pubblica amministrazione sia finalizzata al soddisfacimento, *in primis*, dell'interesse pubblico dello Stato, e, secondariamente, di quello dei cittadini.

validità del negozio e da far parlare, presso alcuni autori, di “*attività privata di interesse pubblico*”¹¹⁰.

È in una impostazione del genere che gli strumenti privatistici, richiamati indirettamente dal comma 1-bis, sono da considerarsi come indicati dal legislatore in qualità di mezzi dell'azione pubblica.

In altri termini, bisogna sottolineare come l'attività di diritto privato della p.a. non può mai essere qualificata come un diritto di libertà, così come accade per i privati, ma è sempre legata al rispetto dei fini pubblici e, dunque, funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico, in quanto tesa alla cura concreta di quest'ultimo¹¹¹. L'amministrazione, nel caso in cui voglia ricorrere all'istituto del contratto, è tenuta allora, in ossequio all'art. 97 Cost., ad esplicitare le ragioni di pubblico interesse che la portano a tale scelta, indicando gli elementi alla stregua dei quali ritiene che il contratto sia uno strumento che, concretamente, si riveli più efficace rispetto al provvedimento. È in questo che si sostanzia l'ulteriore limite all'autonomia contrattuale della p.a.¹¹².

Lo stesso art. 11 della l. n. 241/90, pur facendo riferimento ad uno strumento di natura anch'esso forse pubblicistico, sancisce che l'accordo debba essere preceduto da una determinazione unilaterale che contenga i motivi che hanno indotto l'amministrazione a preferire il modulo consensuale.

Così, da sempre, la procedura di evidenza pubblica inizia, in relazione ai contratti di diritto comune, con una deliberazione a contrarre o a trattare che contenga le motivazioni per le quali è stato scelto il modulo privatistico a scapito del modulo di azione pubblicistico.

È opportuno, inoltre, sottolineare come i mezzi privatistici siano in rapporto di completa fungibilità con quelli pubblicistici. È corretto, perciò, affermare la piena vigenza del principio di fungibilità dello strumento privatistico rispetto a

¹¹⁰ Cfr. L. MONTEFERRANTE, *La disciplina privatistica nell'adozione degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione*, cit.

¹¹¹ Per questo motivo, generalmente, il contratto della p.a., contrariamente all'indifferenza legislativa che regna relativamente al procedimento di formazione della volontà nei rapporti tra privati, è preceduto da una procedura di evidenza pubblica, volta a verificare la rispondenza all'interesse pubblico del singolo contratto.

¹¹² Il Consiglio di Stato ha riconosciuto che la p.a. possa, con una compravendita di cosa futura, realizzare un obiettivo raggiungibile con la duplice procedura pubblicistica dell'esproprio del suolo e dell'appalto di opera pubblica, richiedendo tuttavia che la deroga alla strada pubblicistica sia adeguatamente giustificata; lo stesso nell'ipotesi di acquisto, da parte della p.a., di un suolo espropriabile.

quello di diritto pubblico. Dall'affermazione e dalla portata di quest'ultimo principio deriva la necessità ed il bisogno di aggiornare e di riformulare il classico principio di legalità¹¹³ che, in riferimento all'attività negoziale della pubblica

¹¹³ Il principio di legalità che in Europa si afferma ed è collegabile alle ideologie connesse alla Rivoluzione Francese del 1789, ha origini lontane. Esso può ricollegarsi alla *isonomia* dei Greci ed è sicuramente presente nelle democrazie italiane dove i magistrati dell'età comunale erano tenuti a conformare la loro azione alle norme, generali ed astratte, previamente poste a garanzia di certezza, uguaglianza e di eliminazione dell'agire arbitrario (per una ricostruzione storica del principio di legalità in età comunale, si consultino U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*, Padova, 1955; sempre in chiave storica P. COLLINA, *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, Milano, 1964). Fin da allora, inoltre, alla descritta istanza garantista - necessità della previa norma - si accompagnava quella democratica - estrinsecatesi nel fatto che la norma provenisse da un atto che traesse la sua forza vincolante dalla volontà dei cittadini. La legalità appare, dunque, già da secoli sufficientemente delineata nei suoi tratti più caratteristici. Nonostante ciò e pur essendo - per comune definizione - uno dei principi cardine degli ordinamenti contemporanei, il principio di legalità non sempre è inteso o applicato allo stesso modo. Certamente quando si parla di legalità delle pene o dei tributi, il significato è in relazione ad esigenze di tutela avvertite con particolare intensità, tradotte poi a livello costituzionale nella predisposizione di garanzie differenziate, tanto da costituire un istituto giuridico autonomo e diversamente denominato: la riserva di legge. In questa, la tutela contro il rischio di arbitri nell'esercizio del potere può spingersi fino ad esigere che la legge - in quanto atto dell'organo rappresentativo - disciplini compiutamente l'intera materia eliminando ogni discrezionalità di organi diversi, in modo da escludere l'emanazione di atti normativi e concreti non strettamente applicativi (riserva assoluta di legge ex artt. 13 ss. Cost.), o almeno (riserva relativa) ne determini direttamente gli aspetti essenziali.

Come già evidenziato, il principio di legalità rivive e si afferma nel continente europeo a seguito delle ideologie connesse alla Rivoluzione Francese e trova, infine, completa elaborazione nella teoria dello Stato di diritto di cui non è semplice parte, ma nucleo qualificante ed essenziale (per l'indissolubile collegamento tra "legalità" e "Stato di diritto" si consultino G. TREVES, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Studi in onore di E. Crosa*, II, Milano, 1960, pag. 1589ss; P. LABAND, *Il diritto pubblico dell'Impero germanico*, trad. it., Torino, 1925; O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, I, Parigi, 1903; C. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Conseil d'Etat. Etudes et documents*, Parigi, 1957; R. CARRE DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Parigi, 1984; J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, in *Revue du droit public*, 1988, pag. 313 ss.; Id, *L'Etat de droit*, Parigi, 1992. Sull'esperienza inglese e per un confronto tra principio di legalità e il principio inglese del *rule of law*, si leggano A. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, Londra, 1959, pag. 66 ss. e G. ZAGRABELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, pag. 24-29). Sebbene il termine *Rechtstaat* abbia avuto molta fortuna, per i giuristi dell'Impero germanico il modello è quello francese nel quale confluiscono due fondamentali istanze: la prima, secondo cui, l'amministrazione, come i tribunali, sia sottoposta alla legge, corrisponde ad un'esigenza avvertita da tempo della monarchia assoluta dove, invece, gli intendenti del re erano "*en dehors de la loi*", o, addirittura "*au dessus de la loi*"; la seconda, secondo cui l'idea della sovranità popolare, conduce per altra via allo stesso risultato: il popolo esercita la sovranità ponendo le regole generali cui tutti, giudici, funzionari e lo stesso capo dello Stato, dovranno conformarsi. L'uguaglianza tra legge e volontà generale fornisce così le basi per ricondurre la legalità ad uno dei cardini dell'ideologia vittoriosa: il principio democratico.

In Germania, ad esempio, dove gli organi rappresentativi si affiancano al sovrano e al suo apparato amministrativo limitandone il potere preesistente e autonomo, ben si spiega come il principio di legalità si presenti nella forma minimale che lo identifica con la "preferenza" o "supremazia" della legge: ossia come non contrarietà. Ciò comporta che nessun atto dell'amministrazione può essere in contrasto con la legge, ma implica pure che, dove questa manchi, il potere esecutivo rimane libero come prima, almeno provvisoriamente, dato che la sua sfera di libertà è destinata a restringersi con l'espandersi della legislazione al di là delle materie già costituzionalmente riservate (bilancio, libertà, proprietà). Sostanziale dovrebbe essere la differenza rispetto a ordinamenti, come

quello francese, dove, invece, il passaggio dallo Stato di polizia a quello di diritto è avvenuto in modo brusco e repentino con la distruzione dei vecchi apparati. Proprio nel carattere graduale dell'evoluzione, per cui in Germania "*le régime de la légalité*" si è sovrapposto, più che sostituito, "*au régime de la police*", troverebbe spiegazione l'affermazione di Otto Mayer, che l'amministrazione può agire "*en dehors de toute direction de la part de la loi...toutes les fois qu'il n'y a pas de loi en matière*", inammissibile in Francia dove i funzionari hanno i poteri limitati conferiti loro dalla volontà generale. Quest'ultima formula esprime chiaramente un diverso concetto di legalità, intesa non più come mera non contrarietà alla legge, ma come necessità di una base legale per l'esercizio del potere. Assodato, dunque, che per principio di legalità si intende quel principio in virtù del quale «*i pubblici poteri sono soggetti alla legge*», in modo che ogni loro atto deve essere conforme alla legge, a pena di invalidità ovvero è invalido ogni atto dei pubblici poteri che non sia conforme alla legge, è opportuno fare alcune precisazioni proprio sul significato e sulla portata del termine "conformità". Quest'ultimo, secondo la dottrina (R. GUASTINI, *Principio di legalità*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, pag. 85 ss.; L. CARLASSARE, *Principio di legalità*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, pag. 3 ss.; S. FOIS, *Principio di legalità*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, pag. 659 ss.; A. NEGRI, *Legittimità*, in *Enc. Feltrinelli-Fischer*, Scienze Politiche, Milano, 1970; G. LOMBARDI, *Legalità e legittimità*, in *Nss. D. I.*, IX, Torino, 1963, pag. 577 ss.; A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Legalità e legittimità*, in *Studi in onore di E. Crosa*, II, Milano, 1960, pag. 1305 ss.; N. BOBBIO, *Legalità*, in *Dizionario di Politica* (diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino), Torino, 1976, pag. 19 ss.; S. CASTIGNONE, *Legalità, legittimità, legittimazione*, in *Sociologia dir.*, 1977, pag. 19 ss.; C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Monaco-Lipsia, 1932 (ora parzialmente ripubblicato in *Le categorie del politico*, Bologna, 1972); V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. Cost.*, 1962, pag. 130 ss.; Id; *Lezioni di diritto costituzionale*, II, tomo 1, Padova, 1971, pag. 54 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Milano, 1969; S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pag. 1355 ss.), indica non una proprietà, ma una relazione e, precisamente, una relazione tra un atto e la norma o l'insieme di norme che lo disciplinano. "Conformità" è, dunque, un predicato che conviene ad ogni atto che sia disciplinato da norme. In questo contesto, tuttavia, il termine "conformità" può assumere tre diverse sfumature di significato:

1. in senso debolissimo, può dirsi conforme alla legge ogni atto che sia, con la legge, compatibile. Quindi "conformità" significa compatibilità che, a sua volta, significa "assenza di contraddizioni o antinomie";
2. in senso debole, può dirsi conforme alla legge ogni atto che sia, dalla legge, espressamente autorizzato. In questo caso, allora, "conforme" vuol dire "autorizzato, ossia positivamente fondato sulla legge. In pratica, nell'autorizzare un atto, la legge esige che tale atto sia compatibile con la legge stessa;
3. infine, in senso forte, si dice conforme alla legge ogni atto che abbia la forma ed il contenuto predeterminati dalla legge. In questo caso si parla di conformità in senso stretto.

Nel linguaggio comune della dottrina italiana contemporanea, l'espressione "principio di legalità" è spesso usata in riferimento a non meno di tre regole distinte, pragmaticamente connesse. In realtà, ciascuna di tali regole è suscettibile di formulazioni diverse:

1. «è invalido ogni atto dei pubblici poteri che sia in contrasto con la legge». Si parla a questo proposito di "principio di preferenza della legge", o anche di sovraordinazione gerarchica della legge rispetto agli atti dei poteri esecutivo e giurisdizionale;
2. «è invalido ogni atto dei pubblici poteri che non sia espressamente autorizzato dalla legge». Si parla a questo proposito di "principio di legalità in senso formale";
3. «è invalida (costituzionalmente illegittima) ogni legge che conferisca un potere senza disciplinarlo compiutamente». Si parla a questo proposito di "principio di legalità in senso sostanziale".

Quest'ultima regola riguarda la condizione di validità, non certo degli atti amministrativi e di quelli giurisdizionali, bensì della legge stessa. Si tratta, quindi, di una regola sulla legislazione, quindi il principio di legalità sostanziale è condizione di efficacia del principio di legalità formale (soggezione alla legge dei pubblici poteri). Il cosiddetto principio di legalità sostanziale si presta, di conseguenza, a non meno di due diverse interpretazioni:

1. in un primo senso (debole) del termine, "disciplinare" significa circoscrivere: la legge disciplina un potere a condizione che non si accontenti di conferirlo o di autorizzarne l'esercizio, ma inoltre, ponga ad essa dei limiti negativi;

amministrazione, mostra, soprattutto nelle sue eccezioni formale e sostanziale, i suoi limiti e, per questo, non risulta più utile.

Parte della dottrina¹¹⁴ sottolinea come dall'esistenza di molteplici forme di autonomia dell'amministrazione e di svariate forme di apertura dell'amministrazione stessa verso la società che "saltato", per così dire, la legge, derivi la conclusione secondo cui la legge non sarebbe più l'unico modo di indirizzo dell'amministrazione da parte del popolo e che, conseguenzialmente, l'amministrazione non sarebbe più attuazione della legge.

2. in una seconda accezione di significato (forte), "disciplinare" vuol dire vincolare: diremo che la legge disciplina un potere a condizione che non si limiti né a conferirlo, né a circoscriverlo, ma lo vincoli in positivo predeterminando il contenuto dei suoi atti.

In conclusione, quindi, secondo la dottrina, il principio di legalità sostanziale è inteso genericamente nel senso che il legislatore ha l'obbligo di disciplinare in maniera compiuta i poteri del governo e della pubblica amministrazione. In riferimento alle differenti accezioni, sopra riportate, del principio di legalità, la dottrina italiana si è divisa in due filoni: l'uno riconducibile all'opinione di O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1949, pag. 189, l'altro a quella di G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, pag. 384. Zanobini affermando che «l'amministrazione può fare soltanto ciò che la legge espressamente le consente», si contrappone a Ranelletti per il quale l'esecutivo, «potere centrale ed essenziale nella vita dello Stato, in cui si concreta anzitutto ed essenzialmente la sovranità», quando la norma manchi «può e deve agire secondo ciò che il bisogno collettivo richiede», scegliendo «liberamente le vie, i mezzi, le misure che gli appaiono convenienti allo scopo... purché si mantenga nei limiti del diritto obiettivo». È evidente che dietro le due dottrine stanno due ideologie in netta antitesi tra di loro: quel "primato dell'esecutivo", cui allude Ranelletti, nel quale la sovranità si incarna, non è certo compatibile con il principio democratico, né con lo Stato di diritto e i suoi valori. È proprio, invece, del tipo ad esso contrapposto da Zanobini, lo "Stato amministrativo", che si richiama, anziché al «diritto fondato su norme e prevedibile», «alla necessità concreta, alla forza della situazione, ai bisogni del tempo ed a altre giustificazioni non determinate da norma ma da situazioni». Si può concludere, quindi, che se Ranelletti aderisce ad una concezione della legalità di tipo formale, Zanobini, invece, interpreta il principio di legalità in senso sostanziale. Concludiamo questa nota sul principio di legalità con un breve accenno alla problematica relativa al suo fondamento.

Si possono registrare vari tentativi finalizzati a dare una base al principio di legalità o tramite il riferimento a regole e principi non scritti, o mediante il riferimento agli artt. 13 ss, 76, 97, 101 e 113 Cost. Tali tentativi rivelano scarsa consistenza, insufficienza di motivazioni, contraddizioni intrinseche e, conseguentemente, notevoli incertezze. Da tutto ciò si può facilmente dedurre che nella nostra Costituzione non si possono rinvenire norme che, esplicitamente, sottopongano la pubblica amministrazione alla legge, ma solamente concetti che si avvicinano a quelli di "legalità" e di "riserva di legge". La dottrina (S. CASSESE, *Alla ricerca del sacro Graal. A proposito della rivista di diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, pag. 795 ss.; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pag. 91 ss.) sottolinea come il principio di legalità, nell'ambito dell'azione amministrativa, si sia sviluppato attraverso il ruolo svolto in essa dalla giurisprudenza amministrativa. Quest'ultima vede il principio di legalità come un elemento in base al quale vengono, da una parte, ridotte notevolmente le disparità tra i destinatari dell'azione amministrativa e, dall'altra, viene stabilito come l'azione amministrativa si debba estrinsecare e che essa può essere esercitata anche tramite norme secondarie e regolamenti. Quindi si deve ribadire che il principio di legalità si estrinseca come un canone che determina preventivamente i criteri generali dell'azione della pubblica amministrazione, indipendentemente dal fatto che tali criteri siano contenuti in una norma primaria o secondaria.

¹¹⁴ Cfr. G. MOR, *Profili dell'amministrazione regionale*, Milano, 1974, pag. 1-38; A. MELONCELLI, *L'iniziativa amministrativa*, Milano, 1976, pag. 120-125; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, pag. 27-28.

Queste considerazioni sono vere solo in parte e, per questo, possono essere condivise soltanto a condizione che non si trasformino nell'affermazione che qualsiasi amministrazione (ovvero: l'amministrazione in generale) può essere un'attività non esecutiva della legge¹¹⁵.

In realtà è opportuno sottolineare che ciò che risulta anacronistico e non più utile del principio di legalità in riferimento all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, sono i suoi riferimenti in senso sostanziale e in senso formale, dal momento che si attenua la sua funzione garantistica.

A questo punto risulta necessario soffermarsi sulle due funzioni di cui si compone il principio di legalità: infatti «*il principio di legalità può essere inteso in due modi profondamente diversi, anche se coesistenti e reciprocamente compatibili: come legalità-garanzia e come legalità-indirizzo*»¹¹⁶.

Passando all'analisi concreta delle suddette funzioni, si può dire che la legalità-indirizzo obbliga il soggetto pubblico, ossia la pubblica amministrazione nel caso concreto, a perseguire, nella sua azione, gli scopi sanciti dalle norme stesse, di conseguenza che lo Stato sia nella posizione di raggiungere gli obiettivi prefissati e di stabilire gli indirizzi della sua azione politica; la legalità-garanzia, invece, consiste nel difendere i privati dall'esercizio arbitrario dei poteri pubblici. Più precisamente, la funzione di garanzia del principio di legalità è senza dubbio quella più nota e a cui usualmente è dato il maggior rilievo. In questo senso, la legalità serve a porre diritti nei confronti del potere e a limitare quest'ultimo. La legalità, intesa come subordinazione del potere autoritativo alla legge, traccia i confini al di

¹¹⁵ Risulta dunque estremamente importante distinguere, nell'ambito dell'amministrazione, fra amministrazione ed amministrazione. A tal fine il criterio da assumere è l'appartenenza al popolo della sovranità secondo il modo in cui essa risulta specificamente organizzata nel nostro ordinamento: la rappresentanza politica. In questa prospettiva si può distinguere un'amministrazione avente legittimazione democratica-rappresentativa da un'amministrazione, detta amministrazione-apparato, intesa come delle forme organizzative prive di rappresentatività politica aventi o meno personalità giuridica. Al primo tipo di amministrazione bisogna riconoscere una posizione di autonomia e, dunque, si deve dire che si tratta di un'amministrazione non esauribile in una semplice attività esecutiva della legge; al secondo tipo di amministrazione, invece, si deve continuare ad attribuire, comunque, il carattere di esecuzione. Rispetto alla concezione tradizionale dell'amministrazione come esecuzione della legge ciò che è mutato sta solo nel fatto che una parte dell'amministrazione (quella che è, in realtà, non "amministrazione", ma "politica", scelta di interessi) va assimilata alla legge, mentre il nucleo originario dell'amministrazione (l'amministrazione apparato, quella che non sceglie tra i vari interessi) è da raffigurare tuttora come esecuzione della legge. Cfr. F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965, pag. 203-204; D. SORACE, A. ORSI BATTAGLINI, R. RUFFILLI, *Diritto pubblico*, Firenze, 1981.

¹¹⁶ C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., pag. 4.

là dei quali non può e non deve spingersi l'imperio¹¹⁷. La funzione di indirizzo, invece, si estrinseca nel fatto di vedere nella legge uno strumento di governo e di direzione dell'amministrazione da parte del popolo¹¹⁸.

La vicenda interpretativa del principio di legalità è la storia del prevalere della legalità-garanzia sulla legalità-indirizzo, profilo quest'ultimo rimasto per lo più inespresso ed implicito¹¹⁹.

È importante sottolineare come queste due funzioni si estrinsecano ed esplicano il principio di legalità attraverso altri ed altrettanto importanti principi: «*la prima funzione della legalità (che tradizionalmente è definita legalità-indirizzo) è garantita dal principio di funzionalizzazione. La seconda (generalmente nota come legalità-garanzia) si manifesta principalmente attraverso i tradizionali canoni di tipicità e nominatività che buona parte della dottrina riferisce all'attività amministrativa*»¹²⁰.

Il principio di funzionalizzazione dell'attività amministrativa è anche detto principio di funzionalità e consiste nel fatto che l'amministrazione pubblica è sempre tenuta all'obbligo giuridico, che le deriva dalla finalità stessa dello Stato, di agire nell'interesse e per l'interesse pubblico, interesse quest'ultimo, che riguarda ed è proprio della materia in cui essa svolge la sua attività. Il potere che ha la pubblica amministrazione, dunque, è anche un "dovere", un dovere di agire in relazione all'*an*, al *quomodo*, e con il contenuto che l'interesse pubblico richie-

¹¹⁷ Vi è poi anche un secondo aspetto della legalità, il quale non richiama l'idea di libertà, di garanzia, bensì l'idea di autorità. La legalità ci rende l'immagine di un legislatore "forte", capace di imporre la propria volontà, generale ed astratta, a tutti i soggetti dell'ordinamento e, tra questi, all'amministrazione. La legge, dunque, è «soprattutto un principio di autorità, rappresenta il dominio dell'interesse generale sugli interessi e sulle volontà particolari». Così M. FIORAVANTI, *Principio di legalità e Stato di diritto*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 5, Torino, 1994, pag. 27 ss.

¹¹⁸ Sul concetto di sovranità popolare la letteratura è sterminata. Tra i tanti contributi si leggano: C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, pag. 1 ss.; C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, pag. 1 e ss.

¹¹⁹ Per parte della dottrina, invece, i due profili sono aspetti di un unico problema, quello del rapporto tra cittadini e potere pubblico, cosicché la soluzione del rapporto legge-amministrazione è allo stesso tempo anche, in parte, la soluzione del rapporto cittadini-potere pubblico. Su questi importanti aspetti si veda S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1937, pag. 73; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, in particolare pag. 150 e ss.

¹²⁰ M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., pag. 81.

de¹²¹. La funzionalizzazione comporta «non solo che anche l'amministrazione è sottoposta, come tutti i soggetti alla legge (è più in generale alle norme giuridiche), ma principalmente che è nella legge che l'amministrazione trova i fini della propria azione e i poteri giuridici che essa può esercitare, e che essa non può esercitare nessun potere al di fuori di quelli che la legge le attribuisce»¹²².

Secondo parte della dottrina, il concetto di funzionalizzazione non si può esaurire nell'indirizzo dell'azione dell'amministrazione pubblica verso il perseguimento dell'interesse collettivo genericamente inteso e verso il raggiungimento di fini pubblici concreti posti dalla legge.

La dottrina per precisare la portata del principio di funzionalizzazione utilizza il concetto di "vincolo" esistente in capo alle singole amministrazioni e consistente nella «"vocazione necessaria" di ognuna di queste ultime, rappresentata dalla soddisfazione di determinati interessi e finalità»¹²³.

La legalità sarebbe, dunque, un concetto assai più complesso rispetto al semplice rispetto dei precetti normativi; questo grazie all'esistenza del vincolo che avrebbe, di conseguenza, carattere e funzione ulteriori.

«Il rapporto tra norme giuridiche e vincolo sarebbe dunque così ipotizzato: alle prime sarebbe assegnato il compito di disegnare le "maglie larghe" del prin-

¹²¹ Di principio di funzionalità parla A. ROMANO, *Introduzione*, in *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, pag. 53 ss., che assegna ad essa non solo una posizione di preminenza, ma giunge ad accogliere la tesi, ormai prevalente, che ne nobilita le origini. Infatti, la funzionalità «è normativamente espressa, prima ancora che nelle leggi ordinarie, già a livello costituzionale ex art. 97 Cost. [...]. Adesso si può concludere, quindi, che comunque è già l'intero ordinamento generale a contenerla». Essa, dunque, come principio istituzionale permea tutta l'autonomia e l'ordinamento particolare dell'amministrazione: «Tutte le sue norme, quale che sia la loro matrice, devono essere correlate a quei fini medesimi» (pag. 59).

¹²² G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 1993, pag. 118. L'Autore, inoltre, riconosce che il principio di funzionalizzazione opera solo in corrispondenza del porre in essere atti amministrativi assunti da enti pubblici nella loro veste di autorità, il che convince pienamente in riferimento alla funzione di garanzia del principio di legalità e per ciò che attiene alla funzione di indirizzo.

¹²³ Cfr. C. CAMMELLI, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1954, pag. 3: «L'attività amministrativa provvede con atti giuridici concreti alla realizzazione di interessi pubblici speciali o gruppi di essi che si desumono dalle direttive generali del governo o dalla legge che quelle rispecchia». Nel pensiero dell'Autore si può ben ravvisare l'insegnamento di Santi Romano, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pag. 6. Sempre sui contratti della pubblica amministrazione, si legga l'illuminante saggio di G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: i contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986; sempre dello stesso autore si consulti anche G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.

principio di legalità, mentre resterebbe assegnata al “vincolo” la funzione di restringerle»¹²⁴.

La teoria in esame ritiene di dover dare sostanza al concetto di vincolo di scopo tramite una dilatazione del concetto di legalità, in modo tale che l'amministrazione non deve perseguire solo gli scopi ad essa assegnati dalla legge, ma anche quelli indicati dagli organi politico-rappresentativi, ancorché incardinati nella pubblica amministrazione. Da ciò deriverebbe che *«il vincolo di scopo si presenta con la struttura di un vincolo in bianco. Il suo contenuto potrà essere specificato sia dalla legge, nel momento stesso in cui si crea un ente o un apparato amministrativo, sia, in un momento necessariamente successivo, da atti amministrativi»¹²⁵*. Il fenomeno della dilatazione del principio di funzionalità, fino a fare sì che quest'ultimo si concretizzi non solo nelle norme di legge indicanti i fini dell'ente, ma anche degli atti amministrativi di indirizzo, dovrebbe poter intendersi come un'ulteriore manifestazione del più ampio fenomeno di *«completamento soggettivo della norma da applicare al caso concreto»¹²⁶*.

Così alla funzionalizzazione, concepita come l'apposizione da parte della legge di fini ed interessi concreti da realizzare, si dovrebbe affiancare una *“funzionalizzazione in senso proprio”*, rappresentata da atti amministrativi di indirizzo. Il ruolo ricoperto da questi ultimi dovrebbe considerarsi, in base ai fini predetti, dello stesso rilievo di quello delle norme primarie¹²⁷.

Per quanto riguarda poi le due manifestazioni della funzione di garanzia, ossia i principi di tipicità e nominatività, è opportuno fare ulteriori riflessioni. Infatti se, da una parte, il principio di tipicità è estrinsecazione del principio di legalità, dall'altra, esso funge da elemento di collegamento tra i due elementi del concetto di attività amministrativa.

In riferimento a quest'ultimo elemento è evidente la differenza tra il principio di tipicità e quello di funzionalità: quest'ultima collega direttamente l'ente pubbli-

¹²⁴ M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., pag. 50.

¹²⁵ C. MARZUOLI, *Principio di legalità e atipicità di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., pag. 150.

¹²⁶ Per quanto riguarda la paternità del concetto di *“completamento soggettivo della norma da applicare al caso concreto”*, essa è da attribuire a M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, vol. III, pag. 914 e ss.

¹²⁷ Cfr. M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., pag. 51.

co allo scopo attribuitogli; la tipicità, invece, regola la relazione tra l'elemento finalistico e lo strumento materiale per realizzarlo. Inoltre, mentre il fine precede l'ente, ne giustifica la nascita e la vita, dall'altra parte, lo strumento scelto dall'ente per il perseguimento del fine pubblico non può in alcun modo incidere sul rapporto tra l'ente ed il fine.

Una parte della dottrina¹²⁸ identifica il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi nella loro coincidenza con le figure sancite e positivizzate dall'ordinamento giuridico. Più precisamente, la pubblica amministrazione nella realizzazione del fine pubblico, deve servirsi soltanto degli strumenti "tipici", ossia di quegli atti conformi a quelli prestabiliti dal legislatore.

È evidente che questa teoria assuma un concetto di tipicità piuttosto restrittivo che risulta dalla identificazione degli strumenti che possono essere utilizzati dalla pubblica amministrazione con quelli predisposti dall'ordinamento giuridico anche nel caso in cui la pubblica amministrazione eserciti un potere discrezionale molto vasto.

Altra parte della dottrina¹²⁹, invece, sposa una nozione di tipicità più ampia in quanto la collega alla causa del provvedimento amministrativo. Secondo questa teoria, il principio di tipicità si sostanzia nella corrispondenza del provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione con la funzione precipua assegnata dall'ordinamento.

Secondo questa accezione estensiva del principio di tipicità, le norme sanciscono un nesso inscindibile tra i vari elementi costitutivi dell'atto amministrativo e la predeterminazione legislativa degli effetti dello stesso atto¹³⁰.

Affinché il discorso sulla tipicità sia completo ed esauriente, è necessario fare riferimento alle due figure di tipicità tradizionalmente classificate: la tipicità amministrativa e la tipicità relativa all'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

¹²⁸ Cfr. G. FRAGOLA, *Gli atti amministrativi*, Napoli, 1964, pag. 67 e ss.; C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935, pag. 106 e ss.

¹²⁹ Cfr. M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, pag. 264; E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, pag. 150 ss.

¹³⁰ Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pag. 244. Secondo l'Autore, la tipicità amministrativa implica, comunque, che l'autorità, nell'esercizio del suo potere discrezionale, possa agguingere al provvedimento adottato, in quanto tipico, determinate clausole.

Le due figure sono completamente diverse, soprattutto per ciò che riguarda le relative funzioni. La tipicità contrattuale ha come funzione quella di rendere accessibile e di predeterminare parte del contenuto di quei contratti cui più spesso le parti contraenti fanno ricorso. La previsione della fattispecie negoziale da parte dell'ordinamento positivo rende ipso facto esistente e lecita la causa del negozio.

Per quanto attiene poi alla tipicità amministrativa, se essa è una manifestazione della funzione di garanzia del principio di legalità, è logico corollario il fatto che i provvedimenti amministrativi siano tipici in quanto, andando essi ad intaccare la sfera giuridica dei privati indipendentemente dalla loro volontà, è indispensabile predeterminare le situazioni della loro espressione e gli schemi in base ai quali gli stessi sono posti in essere. *«Una siffatta espressione del principio di legalità è perfettamente adatta a quella graduazione degli interessi che è propria dell'attività autoritativa, in cui l'interesse pubblico è aprioristicamente collocato in posizione di preminenza rispetto a quello privato»¹³¹.*

Al contrario, la graduazione degli interessi è ignota all'ambito contrattuale anche nell'ipotesi in cui una delle parti sia rappresentata dalla pubblica amministrazione¹³². Nel caso dell'attività contrattuale, una tale esigenza di garanzia, da un lato, cade di fronte alla considerazione che nessuna prerogativa d'imperio è lasciata all'amministrazione, cosicché, eliminato il rischio di un illegittimo uso della forza impositiva pubblica, il rispetto della legalità è dato non dalla predeterminazione e dalla tipizzazione degli schemi di azione, ma dalla combinazione di due elementi: il vincolo dell'azione contrattuale pubblica al perseguimento dei fini pubblici concretamente affidati ad ogni ente ed il rispetto dei principi e delle norme privatistiche in tema di attività contrattuale.

¹³¹ E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini, 1983, vol. I, pag. 120.

¹³² Citiamo ancora una volta il pensiero di M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pag. 349, che ritiene che il principio di legalità (inteso nella sua veste di garanzia-tipicità) e la riserva di legge siano concetti non riferibili all'attività amministrativa per contratti; essi sono *«propri solo dell'attività di diritto amministrativo, in quanto questa è attività autoritativa, che usa potestà e diritti potestativi, e quindi può comportare unilateralmente incidenza in situazioni soggettive altrui, garantite o non garantite che esse siano. Nell'attività di diritto privato amministrazione e privati hanno pari posizione giuridica, e le amministrazioni non hanno diritti potestativi o potestà maggiori di quelle che potrebbe avere un privato nei confronti di un altro privato, cioè se anche avranno tali situazioni soggettive, le avranno in base alle norme che reggono i rapporti interpretati e nella misura in cui le ha un privato»*.

Al principio di tipicità si affianca poi il principio di nominatività che costituisce l'altro corollario del principio di legalità nella sua funzione di garanzia.

La nominatività viene definita tradizionalmente come il principio secondo cui «a ciascun interesse pubblico particolare da realizzare corrisponde un tipo di atto perfettamente definito»¹³³.

Secondo una parte della dottrina¹³⁴, non si può distinguere tra tipicità e nominatività in quanto i due principi costituiscono un “*unicum*” inscindibile, tale che le due espressioni e, conseguentemente, i due concetti possono essere utilizzati in endiadi.

Altra parte della dottrina¹³⁵, invece, sostiene la netta distinzione e la conseguente autonomia dei due principi, partendo dalla configurazione del principio di nominatività come principio consistente nel fatto che a ciascun interesse pubblico è preordinato un tipo di atto puntualmente previsto dalla legge, sottolinea come la nominatività e la tipicità manifestano ed esprimono due diverse garanzie: la prima riguarda la previsione delle tipologie di vicende giuridiche che possono essere prodotte dall'amministrazione; la seconda, invece, concerne la predeterminazione dei mezzi e degli strumenti attraverso i quali il potere deve essere esercitato per la realizzazione dei relativi fini.

Dopo aver fatto queste considerazioni appare evidente come il ricorso e l'utilizzo da parte della p.a. di strumenti e mezzi negoziali atipici, quali la sponsorizzazione, l'esternalizzazione o la finanza di progetto, appaiono e si pongono in netto contrasto con il principio di legalità (nella sua accezione di legalità garanzia, non certo nell'accezione di legalità indirizzo) e, in special modo, con i suoi corollari della tipicità e della nominatività, tanto da aver generato il fondato dubbio che essi siano stati superati dalla prassi amministrativa e risultino anacronistici.

Questa tesi è ulteriormente convalidata dall'ultima novella dell'art. 11 della legge n. 241/1990 avente ad oggetto la disciplina degli accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo.

¹³³ M. A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, vol. II, pag. 616.

¹³⁴ Cfr. U. FORTI, *Diritto amministrativo*, Roma, vol. II, pag. 58; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., vol. I, pag. 261; G. FRAGOLA, *Gli atti amministrativi*, cit., pag. 67; C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, cit., pag. 106.

¹³⁵ Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 2003, pag. 465.

Infatti ex art. 7 l. 15/2005 è stato rimosso l'obbligo di una espressa previsione legislativa circa l'utilizzo dell'accordo sostitutivo; si può fare ricorso all'accordo sostitutivo in qualsiasi caso, ferma restando la necessità e l'obbligo in capo all'organo competente ad adottare il provvedimento stesso di far precedere la stipulazione dell'accordo da una determinazione in tal senso.

Questa deliberazione, che consiste in una vera e propria valutazione dell'accordo e in un esame circa la sua opportunità, può essere paragonata, per funzione e scopo, alla deliberazione a contrarre dell'ambito dei contratti e evidenza, ancora una volta, come l'uso di mezzi privatistici, anche atipici, sia diventato un modulo ordinario di azione della pubblica amministrazione che deve essere inquadrato in un più vasto modello di organizzazione, caratterizzato dal fatto che l'attività autoritativa non costituisce più l'unico modello di riferimento¹³⁶.

Da queste considerazioni, emerge un nuovo concetto di legalità e, di conseguenza, una nuova declinazione del principio di legalità: ogni volta che l'amministrazione si pone sullo stesso livello del privato ed agisce come quest'ultimo, non occorre che la legge stabilisca il mezzo che la pubblica amministrazione deve utilizzare per il raggiungimento del pubblico interesse.

In questa nuova visione del tradizionale principio di legalità, la norma deve assolvere a due funzioni fondamentali: da una parte, indicare il soggetto pubblico competente e, dall'altra, autorizzarlo a realizzare la pubblica funzione affidatagli.

Questa nuova interpretazione della legalità trova la sua copertura e la sua legittimazione non tanto nella funzione di garanzia del principio di legalità, bensì in quella di indirizzo.

Una parte della dottrina¹³⁷ ha criticato fortemente quest'ultimo assunto, sostenendo, invece, che alla legge, quale manifestazione della volontà dell'organo parlamentare e, quindi mediamente del popolo, debba essere riservata una precisa e determinata sfera di decisione riguardo allo strumento da utilizzare per il rag-

¹³⁶ Cfr. G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa ed il diritto privato*, in *G.d.a.*, 2005, pag. 481. L'Autore, se da una parte, esprime forti riserve sulla reale portata pratica della novella del 2005, da un'altra, sottolinea che affinché i principi privatistici diventino un vero *modus operandi* dell'azione amministrativa, occorre armonizzare le necessità di elasticità e parità con le caratteristiche precipue della funzionalità tipica del diritto amministrativo. In concreto ciò significa dapprima applicare in maniera generale i principi dell'evidenza pubblica e, successivamente, porre l'interesse pubblico come "*causa*" del contratto da stipulare.

¹³⁷ Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, pag. 168.

giungimento del fine pubblico. In particolare, lo strumento che la pubblica amministrazione dovrebbe utilizzare è lo strumento autoritativo, in quanto se l'amministrazione agisse tramite un mezzo consensuale, la decisione da adottare verrebbe condivisa tra le parti e non imposta loro, con la conseguente vanificazione dell'esigenza di garantire il privato.

Risulta evidente che queste ultime considerazioni si basano sulla valorizzazione della funzione di garanzia del principio di legalità e sull'incremento della necessità di garanzia che deriva dal fatto che l'interventismo dello Stato sociale comporta necessariamente forme di privazione degli spazi di libertà.

A questa tesi, altra parte della dottrina¹³⁸, ribadendo l'importanza della funzione di indirizzo del principio di legalità, obietta che «*il principio di legalità non si risolve in un rapporto fattispecie per fattispecie tra Parlamento e Amministrazione, nel senso di imporre l'autorizzazione del legislativo al potere dell'esecutivo, ma pone la necessità della conformazione sempre del potere amministrativo all'ordinamento complessivo, e quindi anche alle norme sans texte*»¹³⁹.

Se dunque la nuova declinazione del principio di legalità trova il suo nucleo fondamentale nella funzione di indirizzo, è opportuno fare ulteriori precisazioni sul vincolo di scopo cui è tenuta la pubblica amministrazione.

Tradizionalmente l'essenza del principio di legalità indirizzo è consistita nel necessario rispetto, da parte della p.a., dello scopo assegnato, ma in realtà, «*il vincolo di scopo di cui si parla non si identifica né con un vincolo a perseguire, genericamente, il pubblico interesse, né con il vincolo a perseguire il fine legale che è proprio di ogni potere amministrativo*»¹⁴⁰.

In altri termini il vincolo di scopo di cui si parla è un vincolo in bianco, destinato ad essere integrato da specifiche integrazioni ed indicazioni di scopo. Queste ultime, una volta apportate, completano la disciplina legale della successiva attività di attuazione. Conseguentemente, esse hanno rilevanza *ex se* e, dunque, non rileva da questo punto di vista che esse coincidano con l'interesse pubblico che consiste nella realizzazione, attraverso la scelta che si è rivelata la migliore in

¹³⁸ Cfr. G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, pag. 246.

¹³⁹ *Idem*.

¹⁴⁰ C. MARZUOLI, *Principi di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., pag. 154.

relazione al caso concreto, di quell'interesse pubblico la cui cura è affidata all'organo autore dell'indicazione di scopo¹⁴¹.

È necessario altresì aggiungere che il vincolo di scopo non coincidere con il vincolo a perseguire il fine legale del potere. Quest'ultimo, infatti, riguarda gli aspetti discrezionali della decisione amministrativa e si risolve in un controllo di ragionevolezza esterno al merito della decisione; presuppone, sostanzialmente, un vuoto di disciplina legale.

Differentemente, invece, il vincolo di scopo è uno strumento di integrazione della disciplina legale ed elimina, rispetto a ciò su cui si viene a disporre, qualsiasi discrezionalità in testa agli apparati che devono attuare il fine indicato.

Giunti a questo punto occorre fare cenno alla distinzione tra vincolo di scopo e indicazione di scopo. Lo scopo che la p.a. deve perseguire con la sua attività pubblica può anche essere indicato da un atto non legislativo e quindi dalla inesistenza di indicazioni legislative di scopo non si può trarre la conclusione circa l'inesistenza del vincolo di scopo.

Per lungo tempo non si è posta la giusta attenzione a questo rilevante aspetto ma ciò non è da imputare all'impossibilità di fare una distinzione o alla sua irrilevanza. Il motivo, piuttosto, è da ravvisare nel fatto che il tema del vincolo di scopo è stato improntato solo ed esclusivamente in riferimento alla legge, o meglio, ad un principio di legalità esaurentesi nella legge.

Infatti se soltanto la legge può porre lo scopo, non ha alcun senso separare l'esistenza del vincolo di scopo dall'esistenza di un'indicazione di scopo: la prima non può che stare insieme alla seconda. In pratica, se lo scopo è posto solo mediante leggi, constatato che queste ultime non sempre contengono indicazioni ad esso relative, non si può che sacrificare o l'esigenza di assumere per scopi solo

¹⁴¹ In altri termini, l'interesse pubblico rileva come un criterio di scelta, mentre, invece, lo scopo è il risultato della scelta operata. Con riguardo a questo ambito ed in questo contesto si può condividere, in linea di massima, la considerazione che l'interesse pubblico è "*una sintesi logica*" (Cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, pag. 162.) cui, però, non corrisponde un concetto giuridicamente valido poiché si esaurisce nella direzione del potere e nella causa dell'atto, con il che, peraltro, la rilevanza di ciò che si intende per interesse pubblico viene solo spostata ma non negata; per F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, pag. 326, l'interesse pubblico è "sintesi intellettuale", "un'astrazione"; infine, A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, lo definisce un "*mezzo logico-giuridico*" che consente agli operatori di tener conto delle finalità prefissate all'esercizio di funzioni neutrali, «*uno strumento giuridico cui si ricorre per far valere quegli interessi concreti che si ritenga di poter qualificare come pubblici*».

dati legislativamente indicati in maniera precisa o quella di contenere l'attività dell'amministrazione nell'ambito dei fini di legge.

Se, invece, si intende il principio di legalità come principio che impone all'amministrazione di attuare gli scopi ad essa assegnati dagli organi politico-rappresentativi, sia tramite leggi che tramite atti amministrativi, non solo è utile ma appare necessario distinguere tra esistenza del vincolo di scopo e esistenza di indicazione di scopo.

Se, infatti, atti anche diversi dalla legge possono riempire di contenuto il vincolo "in bianco" costituito dal vincolo di scopo, ciò significa che esistenza del vincolo di scopo ed esistenza dell'indicazione di scopo sono aspetti da concepire separatamente in quanto concetti diversi; significa, inoltre, che si attribuisce importanza a quegli scopi che secondo il principio di legalità indirizzo vengono indicati da autorità politiche incardinate nell'amministrazione.

L'esistenza di un vincolo di scopo non deriva e non si può circoscrivere alle sole ipotesi dove ricorrono espresse disposizioni di legge o di statuto contenenti l'indicazione degli scopi che il singolo ente deve perseguire. Norme di questo tipo, quando vi siano, sono da considerare semplicemente degli strumenti utili ad individuare il contenuto del vincolo: *indicazioni* di scopo, non certo *fonti* del vincolo di scopo.

In conseguenza alla particolare struttura del vincolo può accadere che la legge non contenga, in relazione ad una determinata attività o ad un determinato atto, gli elementi necessari per individuare lo scopo e, dall'altra parte, che gli organi rappresentativi non abbiano esercitato il potere di indirizzo. Ovviamente in tali casi non vi potrà essere una concreta operatività del vincolo di scopo, ma non perché esso non esiste, bensì perché non risulta specificato il contenuto del vincolo stesso: in pratica la norma "in bianco" non è stata riempita del suo contenuto. Né, d'altra parte, evenienze del genere rendono inutile la confusione prospettata: il fatto che vi sia il vincolo anche quando non vi sia un'indicazione di scopo significa, infatti, che l'indicazione di scopo manca per quel determinato caso, ma non che essa manchi necessariamente anche per il futuro. Il vincolo di scopo è in funzione dell'attività di indirizzo degli organi politici e, dunque, è del tutto normale che esso operi solo quando vi sia stato l'esercizio di tale attività.

In conclusione, assodato il rispetto del vincolo di scopo che presiede a tutte le attività della pubblica amministrazione, quest'ultima può, è questo costituisce una nuova concezione dell'attività contrattuale della P.A. che precedentemente era limitata all'utilizzo dei soli contratti tipici, far ricorso non solo a strumenti negoziali tipici, ma anche e soprattutto a istituti privatistici atipici.

La legittimazione di questa nuova declinazione dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione discende dal principio di legalità nella sua accezione di legalità indirizzo, che è anche quella che, a ulteriore conferma di quanto detto, attribuisce diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico agli istituti del partenariato pubblico privato, primo fra tutti il project financing.

1.5. Il Codice dei Contratti Pubblici

Dopo aver fatto riferimento all'attività negoziale della p.a. è doveroso far riferimento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, approvato con d.lgs. 12 Aprile 2006, n. 163 (in G.U. n. 107, L. del 2 maggio 2006) ed entrato in vigore il 1° luglio 2006¹⁴². Con esso viene portato a compimento il disegno riformatore che era stato avviato, pur con alterne e contrastate vicende, con l'emanazione della legge Merloni del 1994.

Il Codice riflette fedelmente gli indirizzi comunitari ed esprime una forte valenza unitaria: non più un decreto per i lavori, uno per i settori speciali (ex "settori esclusi"), uno per i servizi e le forniture, ma un Codice unico in cui viene concentrata la disciplina dei contratti pubblici relativi ai predetti settori. Del resto la funzione e lo scopo precipuo di un Codice, più precisamente di qualsiasi Codice, è quella di ripristinare, gerarchizzare, fornire le coordinate di un sistema compiuto di principi, norme, valori, contro ogni indeterminatezza, provvisorietà, frammentarietà¹⁴³.

¹⁴² Cfr. M. GRECO, A. MASSARI, *Le nuove direttive comunitarie sugli appalti. Guida pratica all'applicazione delle direttive 2004/18 e 2004/17*, Santarcangelo di Romagna, 2006, pag. 27 e ss.

¹⁴³ Cfr. P. DE LISE, *Premessa*, in AA. VV., *Commento al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Torino, 2007, pag. XIX.

Se da un lato, può ben dirsi raggiunto questo importante obiettivo, dall'altro, è opportuno sottolineare gli aspetti di novità introdotti da questa opera di codificazione dei principi caratterizzanti la materia.

Infatti, nel Codice, pur con inevitabili ripetizioni, ridondanze e talune incertezze interpretative, trovano organica soluzione i nodi più evidenti della disciplina attuale e trovano altresì conferma talune scelte già operate dal legislatore in precedenti occasioni¹⁴⁴, come ad esempio nel caso degli automatismi nella scelta del contraente, in quello del regime contrattuale unico nel quale debbono operare le Pubbliche Amministrazioni, gli Enti pubblici, territoriali e non, e gli altri organismi di diritto pubblico, in quello del regime uniforme per quello che riguarda l'eventuale contenzioso, nonché nella previsione di procedura differenziate in relazione alla tipologia, al carattere e alle finalità degli interventi da realizzare, ecc.¹⁴⁵.

Altro importante elemento innovativo, che merita sin d'ora di essere segnalato, è quello relativo alla scelta tra procedure aperte e procedure ristrette, scelta che viene rimessa al giudizio discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici: in proposito, più che di un'innovazione, si potrebbe parlare di un ritorno alle origini, dal momento che già nell'art. 2, d.p.r. 30 giugno 1972, n. 627, la licitazione privata era stata pariteticamente prevista, come forma di gara alternativa all'asta pubblica, secondo il giudizio discrezionale dell'amministrazione essendo nel frattempo venute meno le disposizioni del regolamento di contabilità che contemplavano in via tassativa le ipotesi in cui si poteva procedere alla licitazione privata¹⁴⁶.

Per comprendere quanto le singole novità siano importanti, è opportuno ricostruire brevemente il percorso normativo del decreto legislativo approvativo del codice ed, in particolare, il contenuto della legge-delega.

La delega è contenuta nell'art. 25 della legge 18 Aprile 2005 n. 62 (legge comunitaria 2004)¹⁴⁷; tale norma al comma 1, delega il Governo ad adottare de-

¹⁴⁴ Cfr. C. GIURDANELLA, *Commento al Codice dei contratti pubblici. Come cambiano gli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi dopo il D.Lgs. 12 Aprile 2006, n. 163*, Napoli, 2006, pag. 150 e ss.

¹⁴⁵ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Roma, 2006, pag. 210.

¹⁴⁶ Cfr. M. SANINO, *Commento al Codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture*, Torino, 2008, pag. 220.

¹⁴⁷ L'art. 25 della legge 18 Aprile 2005, n. 62, stabiliva: «1. Il Governo è delegato ad adottare, con le modalità di cui all'articolo 1, uno o più decreti legislativi volti a definire un quadro normativo

creti legislativi (ex art. 1 della legge medesima) per recepire nel nostro ordinamento le direttive europee n. 2004/17/CE e n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004, concernenti rispettivamente il coordinamento delle «*procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali*» (i c.d. settori speciali ex settori esclusi) e «*il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi*».

Il contenuto dei decreti legislativi delegati è quello previsto dalle disposizioni generali fissate dall'art. 1 della stessa legge comunitaria per tutti i decreti di recepimento secondo la procedura normativa introdotta con la c.d. legge La Pergola (legge 9 marzo 1989, n. 86).

Se poi si esamina più nel dettaglio il contenuto dell'art. 25, è evidente come il legislatore abbia voluto delegare il Governo ad emanare non una semplice raccolta di norme preesistenti, sia pure coordinate con il contenuto delle direttive ma,

finalizzato al recepimento della direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al coordinamento delle procedure di applicazione degli aspetti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

- a. compilazione di un unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive coordinando anche le altre disposizioni in vigore nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo dell'Unione europea;
 - b. semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, finalizzata a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici;
 - c. conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in attuazione della normativa comunitaria, dei compiti di vigilanza nei settori oggetto della presente disciplina; l'Autorità, caratterizzata da indipendenza funzionale e autonomia organizzativa, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di organizzazione e di analisi dell'impatto della normazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o di pianificazione. I compiti di cui alla presente lettera sono svolti nell'ambito delle competenze istituzionali dell'Autorità, che vi provvede con le strutture umane e strumentali disponibili sulla base delle disposizioni normative vigenti e senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato;
 - d. adeguare la normativa alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 7 ottobre 2004 nella causa C-247/02.
2. I decreti legislativi previsti dal comma I sono emanati sentito il parere della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, che si pronunzia entro trenta giorni; decorso tale termine i decreti legislativi sono emanati anche in mancanza di detto parere.
 3. Entro due anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi previsti dal comma I possono essere emanate disposizioni correttive ed integrative nel rispetto delle procedure di cui all'art. I, commi 2, 3 e 4.
 4. In attesa dell'emanazione dei decreti legislativi di cui al comma I, al settore postale si applica la disciplina di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, e successive modifiche».

nell'ambito di tale prioritaria finalità si sia voluta attuare una revisione normativa di tutto il settore (peraltro esteso al settore dei servizi e delle forniture), per giungere ad una disciplina normativa veramente unitaria¹⁴⁸.

Infatti la peculiarità della delega (che giustifica l'utilizzo della funzione "codicistica") è sottolineata nel contenuto dell'art. 5 della stessa legge n. 62/2005 che prevede il «riordino normativo nelle materie interessate dalle direttive comunitarie» impegnando il Governo ad adottare nel consueto termine di 18 mesi «testi unici delle disposizioni dettate in attuazione delle deleghe conferite per il recepimento delle direttive comunitarie al fine di coordinare le medesime con le norme legislative vigenti nelle stesse materie, apportando le sole modificazioni necessarie a garantire la semplificazione e la coerenza logica, sistematica e lessicale della normativa».

In tale contesto va avvertita la sensibilità del legislatore di delegare il Governo ad emanare una edizione ragionata delle norme vigenti in materia, con la conseguenza che il recepimento del contenuto innovativo delle direttive comunitarie è divenuto l'occasione esterna per un'opportuna revisione di una normativa particolarmente delicata oggetto anche, nell'ultimo decennio, di interventi apparentemente organici, ma spesso disomogenei e contraddittori¹⁴⁹.

Al momento è giusto dare atto del "coraggio" del legislatore delegante e, soprattutto, delegato di tentare e portare avanti una operazione razionale di tecnica legislativa di cui il nostro ordinamento aveva veramente bisogno, riguardante un ambito particolarmente importante e delicato. In questo contesto, è certamente lodevole che si sia fatto un uso contenuto della tecnica dei rinvii a precedenti disposizioni, considerando gli inevitabili dubbi interpretativi che tale tecnica, specie in presenza di rinvii incrociati, avrebbe potuto sollevare.

¹⁴⁸ Cfr. E. SANTORO, *Trattato breve di diritto dei contratti pubblici: commento al Codice dei contratti pubblici e ai contratti fuori codice*, Santarcangelo di Romagna, 2007, pag. 121; sempre dello stesso autore, si consultino anche: *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2006, pag. 103 e *Le materie di contabilità pubblica*, Rimini, 2005, pag. 153.

¹⁴⁹ Cfr. M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, I, pag. 120 e ss.

Per ciò che concerne il contenuto del Codice¹⁵⁰, esso, come nella migliore tradizione codicistica, è esplicitato nell'articolo 1 che ne definisce e delimita l'oggetto¹⁵¹.

L'occasione, accidentale ma determinante è stata dettata dalla necessità di conformare la normativa nazionale alle nuove direttive europee in materia di ap-

¹⁵⁰ Per quanto riguarda la denominazione prescelta dal legislatore occorre precisare che il termine *codex* fin dall'antichità (si pensi alla denominazione utilizzata nell'ordinamento romano) è stata usata per indicare raccolte organiche di norme e disposizioni; più precisamente con l'affermazione del principio di legalità conseguente all'assetto ordinamentale formatosi con la rivoluzione francese e con l'attuazione dei principi illuministici sulla centralità del momento legislativo nell'ambito dell'ordinamento giuridico, venne attuata un'ampia opera di codificazione (dall'archetipo *Codex Napoleon* a tutte le grandi codificazioni nazionali), nel tentativo, sicuramente utopistico, di racchiudere in un unico corpus normativo tutte le norme riferentesi ad una tematica generale. Come è noto l'iniziativa codicistica presenta aspetti positivi e aspetti negativi: i primi riguardano la recuperabilità in un unico corpus di norme altrimenti sparse in vari e diversi provvedimenti; l'aspetto negativo, invece, è insito nella "cristallizzazione" dei principi espressi nel codice; di conseguenza, l'ideale codicistico ha subito storicamente una profonda revisione critica che peraltro non ne ha limitato la valenza utilitaristica. Da queste riflessioni discende la scelta del legislatore della previsione di un "codice" dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture avente lo specifico intento di disciplinare in un unico sistema tutte le disposizioni attinenti alla disciplina indicata.

La scelta del termine potrebbe apparire "fuori tono", nel senso che forse meglio adatterebbe a quelle raccolte di materie comuni (codice penale, civile, procedure), ossia materie oggettivamente generali e, per questo, meno appropriata a materie specialistiche che fanno parte di un ordinamento più generale: per cui mentre sarebbe in tal senso ipotizzabile un "codice generale delle norme amministrative" in cui sono previste le disposizioni di carattere generale in materia amministrativa, il termine non sarebbe del tutto consono per la raccolta di norme di settore (codice del rapporto di impiego, codice dei servizi pubblici, ecc) in cui, tecnicamente, sarebbe più esatto l'uso del termine "raccolta", o ancor meglio "testo unico". Inoltre il termine codice, nella concessione classica, presuppone una forza di tecnica legislativa che consente una rivisitazione generale della normativa, il che non pare desumibile dal contenuto della legge-delega molto più ancorato all'elaborazione di un vero e proprio testo unico delle disposizioni sulla materia.

Tuttavia, va considerato che recentemente si è fatto largo uso (o abuso) del termine (ad esempio, "Codice per la tutela dei beni culturali", d.lgs. 22 Gennaio 2004, n. 42; "Codice dei consumatori", d.lgs. 6 Settembre 2005, n. 206; "Codice dell'ambiente", d.lgs. 3 Aprile 2006, n. 152; "Codice delle assicurazioni private", d.lgs. 7 Settembre 2005, n. 209.); del resto, come da più parti osservato, se il modello illuministico ed utopistico della codificazione è stato certamente superato, permane l'esigenza di raccogliere in maniera organica tutte le norme relative ad un determinato settore, per cui se è mutata l'ideale (ideale) di codificazione, rimane l'avvertita opportunità di raccogliere, e dunque in tal senso di codificare, in "unico testo" tutte le disposizioni attinenti a materia omogenea, con criteri sistematici ed armonizzanti.

In questo contesto le precedenti riflessioni hanno un valore puramente "estetico" che lasciano il passo ad una considerazione di carattere sostanziale, sulla validità di una "raccolta", comunque denominata, delle variegate disposizioni della materia; e del resto la scelta del legislatore era attesa da tempo, in quanto la materia dei lavori pubblici nonostante l'emanazione di una abbastanza recente legge fondamentale di settore (la legge Merloni), peraltro anch'essa oggetto di numerose, successive e contraddittorie edizioni, sussistevano svariati provvedimenti normativi la cui coesistenza non era stata del tutto opportunamente rielaborata.

¹⁵¹ *Art. 1. Oggetto*

«1. Il presente codice disciplina i contratti delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e dei soggetti aggiudicatori, aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori e opere.

2. Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica».

palti e concessioni di lavori, servizi e forniture, le direttive 2004/17 e 2004/18; certamente il legislatore avrebbe potuto limitarsi a proporre solo una revisione conformativa al contenuto delle direttive di tutta la normativa vigente; viceversa opportunamente, sia pure in tale intento operativo, si è preferito revisionare l'intero apparato normativo di settore; anche se tale iniziativa avrebbe potuto limitarsi ad un'opera di adeguamento della normativa medesima al contenuto di delle direttive con l'effetto di produrre un "testo unico" razionale rivisitato solo con riferimento alle disposizioni europee; invece il legislatore delegato in un'interpretazione sostanziale e finalistica dei criteri contenuti nella delega, ha voluto approfittare dell'occasione per riformulare, ove necessario, la normativa vigente realizzando - e qui, in qualche modo, si giustifica l'espressione - un vero e proprio "codice" della materia.

Tale iniziativa è senza dubbio lodevole in quanto le norme che si erano stratificate prima dell'introduzione della legge n. 109/1994, e successivamente la stessa Merloni, oggetto di ben quattro diverse e non certo univoche edizioni, avevano creato un vero e proprio ginepraio normativo in cui una rivisitazione semplicemente "comunitaria" del contenuto delle varie disposizioni, non sarebbe stata sufficiente a dotare il Paese di un *corpus* normativo omogeneo, definitivamente sganciato dalle ripercussioni storico politiche che avevano, anche recentemente, condizionato le disposizioni sui lavori pubblici¹⁵².

In conclusione, quindi, la scelta compiuta dal Parlamento-Governo di porre mano ad un vero e proprio "unico testo", *rectius* "codice", in materia di lavori pubblici, appare senz'altro positiva; a ciò si deve aggiungere che nell'ambito di questa scelta di fondo e in attuazione dello spirito del contenuto delle direttive comunitarie il nuovo codice, a differenza della "vecchia" legislazione e disciplina sui lavori pubblici, non si limita alla regolamentazione delle norme in materia di opere pubbliche, ma ne estende l'oggetto oltre che ai lavori e alle opere, anche ai

¹⁵² Cfr. P. DE LISE, *Presentazione del nuovo Codice degli appalti*, in www.giustamm.it, Rivista elettronica di diritto pubblico, 2006, 3; L. GIAMPAOLINO, *Il nuovo codice degli appalti: rischi ed opportunità*, intervento al Master in *e-procurement* organizzato dalle Facoltà di Economia, Giurisprudenza ed Ingegneria dell'Università di Tor Vergata, 31 Marzo 2006, in *Amministrazione in cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienze dell'amministrazione, www.amministrazioneincammino.it.
Sull'articolo 1, si confronti F. D'OTTAVI, *Commento all'art. 1*, in AA.VV., *Commento al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Torino, 2007, pag. 4 e ss.

servizi e alle forniture, attuando così anche per l'ordinamento nazionale, la scelta compiuta dal legislatore comunitario che con le ultime direttive ha unificato la disciplina degli appalti e concessioni di lavori, servizi, forniture nonché degli appalti di concessioni, servizi e forniture dei “settori speciali” (ex settori esclusi)¹⁵³.

Per comprendere l'importanza della soluzione codicista e delle importanti novità contenute, è bene ripercorrere sinteticamente il quadro normativo previgente, rammentando che tale normativa si basava essenzialmente sulla legge 11 Febbraio 1994, n. 109 (denominata Legge Merloni dal nome del Ministro dei lavori pubblici proponente); tale legge nasceva come legge di riferimento del nostro ordinamento in materia di opere pubbliche e rispondeva ad un'esigenza politico-istituzionale di riforma dell'intero settore nel contesto del fenomeno noto come “tangentopoli”; sono passati oltre quindici anni dall'epoca e si può dire che il paese abbia recepito, o meglio, storicizzato quel triste fenomeno in cui secondo l'espressione all'uopo coniata, la politica, soprattutto quella realizzativa delle opere pubbliche, era connaturata alla corruzione, tanto che quasi non vi era realizzazione di opere pubbliche che non fossero oggetto di “tangente percentuale”; infatti questo fenomeno deprecabile ebbe nell'ambito delle opere pubbliche la sua più perversa espressione; e non a caso, dal momento che la corruzione politica trova la sua massima coltura là dove si investono grandi capitali pubblici, con la spregiata connessione tra individuazione politica dei destinatari di grandi capitali e imprenditorialità privata: per l'appunto la realizzazione delle infrastrutture e delle grandi infrastrutture, le grandi “commesse” o forniture alla Pubblica Amministrazione. In questo scenario, alla fine dell'undicesima legislatura, venne frettolosamente approvata la “*Legge-quadro in materia di lavori pubblici*”, ossia la su citata legge 11 Febbraio 1994, n. 109, o prima legge Merloni¹⁵⁴.

Tale legge-quadro rispondeva a varie esigenze: la prima di carattere politico riferita al clima connesso a tangentopoli in quanto occorreva riordinare in chiave garantistica la normativa di riferimento di tutta la materia dei lavori pubblici che era stata maggiormente oggetto delle perverse forme di malcostume e di corruzio-

¹⁵³ Cfr. M. BALDI, R. TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici*, Milano, 2007, pag. 50 e ss.

¹⁵⁴ Per un'approfondita analisi e ricostruzione storica della legge Merloni e delle sue successive novellazioni, si legga *l'Introduzione* a AA. VV. (a cura di R. TOMEI), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, pag. IV e ss.

ne; la seconda, quella più propriamente giuridico-sistematica, di rivisitazione complessiva del sistema normativo previgente, teso a superare l'estrema polverizzazione-stratificazione legislativa che si basava su una legge addirittura risalente al 1865 (legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F), e quindi su un complesso di norme successive speciali e derogatorie della disciplina generale, la cui estrema confusione era spesso servita come utile piattaforma per un'interpretazione elusiva dei principi garantistici, nel senso che ogni amministrazione poteva - "legittimamente" - ricavarsi delle regole normative autonome e ogni lavoro, non solo le grandi infrastrutture, poteva essere "amministrato" con regole appositamente individuate nel coarcevo della normativa previgente¹⁵⁵.

Nonostante l'importanza fondamentale della nuova normativa e la sua dichiarata urgenza, l'impatto della medesima con la realtà politico-amministrativa-imprenditoriale del Paese imponeva da subito una pausa di riflessione soprattutto per quanto riguardava l'entrata in vigore, inizialmente senza alcuna gradualità delle nuove disposizioni. Pertanto con appositi provvedimenti (d.l. 31 maggio 1994, n.331; d.l. 30 luglio 1994, n. 478; d.l. 30 settembre 1994, n. 559; d.l. 30 novembre 1994, n. 658), venne sospesa l'applicazione immediata della nuova disciplina per consentire quella necessaria pausa adeguatrice idonea a fare recepire i profondi mutamenti previsti.

Indipendentemente dagli aspetti tecnici, va poi notato che l'originaria formulazione della legge Merloni fu oggetto di numerose critiche, sinteticamente riassumibili nell'eccessivo grado di complessità di tutto l'impianto, nella formalistica rigidità della sua applicazione che riduceva in maniera spesso esasperata gli spazi di operatività delle stazioni appaltanti, nella previsioni di troppi vincoli e controlli che insieme alla farraginosità della procedura rendevano di difficile attuazione quell'obiettivo di realizzazione rapida, moderna ed efficace dell'opera pubblica che avrebbe dovuto essere nelle intenzioni la finalità principale della nuova legge; a ciò aggiungasi la criticabile previsione di regole uniformi per tutti gli appalti, indipendentemente dal loro valore e dalla diversa complessità delle opere, per comprendere come effettivamente la nuova disciplina oltre a non poter trovare un'immediata applicazione conteneva in nuce varie ipotesi revisionistiche.

¹⁵⁵ Cfr. G. RUSCONI, *Codice degli appalti*, Milano, 2007, pag. 43 e ss.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, Milano, 2009, pag. 65 e ss.

In tale contesto per superare i vari aspetti critici, alla ripresa della successiva legislatura nel giugno del 1995 con la legge 2 giugno 1995, n. 216 (c.d. *Merloni-bis*)¹⁵⁶, si cercò di porre rimedio agli aspetti più evidenti dell'inapplicabilità della legge-quadro; il legislatore, anzitutto, creò un meccanismo graduale di entrata in vigore della nuova normativa anche per consentire la realizzazione di progetti già approvati sotto la vigenza delle precedenti disposizioni; inoltre, furono previste limitate modifiche adeguatrici dei più rigidi criteri stabiliti dall'originaria formulazione della Merloni in materia di funzioni del responsabile del procedimento, di limitata re-introduzione dell'appalto integrato, di ulteriore moderato ampliamento delle ipotesi di varianti, di revisione del livello delle garanzie, ecc.

Nonostante tali modifiche, in relazione al mutato clima politico-istituzionale si rese poi necessario un ulteriore e più generale intervento legislativo di revisione attuatosi con la legge 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. *Merloni ter*)¹⁵⁷, legge con cui si tentava di superare gli effetti immediatamente reattivi a tangentopoli propri della prima stesura della Merloni, cercando di ricondurre a un clima di normalità le regole in materia di lavori pubblici.

Con la *Merloni-ter* il legislatore cercava da un lato di consolidare le regole di trasparenza già proprie della prima stesura della legge-quadro e dall'altro tentava di ovviare agli eccessivi limiti di rigidità previsti dalla legge fondamentale; veniva quindi adottata una disciplina più elastica della programmazione, con la previsione della possibilità dell'aggiornamento del programma triennale e l'inserimento annuale dei lavori; l'introduzione di una procedura di licitazione privata semplificata per la scelta degli esecutori dei lavori di più ridotta dimensione; una più elastica disciplina in tema di varianti; una più funzionale regolazione della conces-

¹⁵⁶ Cfr. C. DE ROSE, *La "Merloni-bis" sulle opere pubbliche (Legge 2 Giugno 1995, n. 216): principali aspetti innovativi e loro compatibilità comunitaria*, in *Consiglio di Stato*, 1995, 7-5, pag. 1710-1720.

¹⁵⁷ Cfr. A. CRISAFULLI, *Il nuovo sistema di qualificazione dopo la Merloni-ter*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 4, pag. 340 e ss.; R. DAMONTE, *Partecipazione alle gare d'appalto di imprese controllate o collegate: le novità dopo la "Merloni-ter"*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 4, pag. 520; C. GUCCIONE, G. PASQUINI, D. GALLI, A. COSTANTINI, C. DE MASI, A. MASSI, *Le innovazioni introdotte dalla Merloni-ter alla legge quadro in materia di lavori pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, 4, pag. 450 e ss.; A. TABARRINI, L. TABARRINI, *Le nuove norme in materia di lavori pubblici: commento alla "Merloni-ter"*, Rimini, 1999, pag. 60 e ss.; F. CALARCO, *Appalti pubblici di lavori: commento del Decreto legislativo n. 406/1991 e della legge quadro Merloni, n. 109/1994, coordinata con la Legge 2 Giugno 1995 n. 216, analisi e problematiche della normativa comunitaria e italiana*, Milano, 1997, pag. 321 e ss.

sione di costruzione e di gestione; l'introduzione della normativa della finanza di progetto (o *project financing*), ecc.¹⁵⁸.

Nonostante questi notevoli interventi normativi, il Governo insediatosi nel 2001, ritenne insufficiente le iniziative già legiferate e procedeva all'emanazione di ulteriori interventi modificativi della legge-quadro con la legge n. 166/2002 (c.d. *Merloni-quater*)¹⁵⁹.

La filosofia della *Merloni-quater*, in sintonia con le esigenze politiche del momento, è stata quella di una "flessibilizzazione" del quadro normativo. In particolare, la nuova disciplina della *Merloni-quater* introduceva significative mutazioni della legge-quadro originaria: una nuova disciplina della concessione di costruzione e gestione; una meno vincolante programmazione delle opere; la reintroduzione dell'affidamento fiduciario degli incarichi di progettazione; l'ampliamento delle ipotesi di ricorso all'appalto integrato; il ritorno del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa accanto a quella del prezzo più basso; una più ampia disponibilità previsionale per il *project financing*, ecc.

Per quanto riguarda l'adeguamento alla normativa comunitaria, vanno menzionati i dd. lgs. nn. 358/1992, 157/1995 e 158/1995 che recepiscono le precedenti direttive comunitarie rispettivamente per gli appalti, forniture, servizi e lavori, servizi e forniture nei c.d. settori esclusi¹⁶⁰.

Questo lo stato della normativa prima dell'emanazione del codice: in tale situazione il legislatore sceglieva di riconsiderare completamente la materia con la previsione di una raccolta in un unico testo normativo, stabilendo nel richiamato art. 25 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004) di delegare il Governo a recepire il contenuto delle intervenute nuove direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18, raccogliendo, appunto, in un "unico testo normativo" sia la di-

¹⁵⁸ Cfr. A. MASCOLINI, *Guida alla riforma degli appalti: la nuova legge quadro sui lavori pubblici-la cosiddetta Merloni-ter-*, in *Italia Oggi*, Documenti del 14 Novembre 1998; D. TASSAN MAZZOCCO, C. ANGELETTI, M. ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-ter): commento alla Legge 18 Novembre 1998 n. 415*, Milano, 1999.

¹⁵⁹ Cfr. F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *La nuova disciplina dei lavori pubblici. Dalla legge quadro alla Merloni-quater*, Milano, 2003, pag. 97 e ss.; A. CANCRINI, F. PETULLÀ, *La Merloni Quater*, Roma, 2002, pag. 109 e ss.; A. TABARRINI, L. TABARRINI, *Merloni-quater. Le nuove norme in tema di lavori pubblici*, Rimini, 2002, pag. 66 e ss.

¹⁶⁰ Cfr. A. FERRO, *Verso l'Europa*, in *Gli appalti pubblici nel mercato unico europeo ed il processo di adeguamento delle legislazioni nazionali alle direttive europee*, 1994, Milano, pag. 234 e ss.

disciplina degli appalti e concessioni di rilevanza comunitaria, sia degli appalti e concessioni sotto soglia comunitaria¹⁶¹.

Dal contesto della legge-delega si evince che i criteri generali di revisione codicistica sono quelli di individuazione delle disposizioni comuni contenute nelle direttive comunitarie da un lato, e dall'altro di disciplina organica degli aspetti non omogenei della normativa interna.

L'altro criterio fondamentale è quello più volte richiamato per cui in un unico testo normativo vengono disciplinati i contratti pubblici di lavori, servizi pubblici, forniture, sia che si collochino sopra che sotto soglia nonché l'individuazione di un nucleo di principi e disposizioni comuni a tutti tali contratti sia nei settori ordinari che in quelli speciali (ex esclusi). In questa prospettiva, il nuovo codice si è mosso secondo una linea incrementalistica (anche se minimalista) ed un progetto univoco e lineare, rispetto al quale appare superato, oltre che metodologicamente inadeguato, il *modus procedendi* tipico della legge Merloni nelle sue varie stesure, contrassegnato - come si è visto - da contraddizioni, aggiustamenti e continui ripensamenti, il che aveva fatto parlare, da parte di qualche commentatore, di vera e propria "schizofrenia legislativa"¹⁶².

Sempre nell'individuazione dei criteri generali si deve notare come nell'attuazione della legge di delega il legislatore non ha dovuto prevedere innovazioni radicali in sede di recepimento delle direttive per ciò che concerne i contratti di servizi e le forniture che, come è noto, erano già state oggetto di recepimento delle precedenti direttive (Cfr. 92/50/CEE, 97/37/CEE e 97/38/CEE)¹⁶³; viceversa profonde innovazioni sono state rese necessarie per il settore lavori in cui la puntuale ricezione del contesto della relativa direttiva ha comportato un profon-

¹⁶¹ Cfr. R. GAROFOLI, *Il nuovo testo unico europeo degli appalti pubblici (direttiva 2004/18/CE del 31 Marzo 2004). Le principali novità e le persistenti lacune regolamentari*, in *Servizi pubblici e appalti*, pp. 653-667; G. MARCHIANÒ, *Prime osservazioni in merito alla direttiva di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive nn. 17 e 18/2004 del 31 Marzo 2004*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 3, pp. 854-870; A. MASCOLINI, *La direttiva degli appalti pubblici 2004/18/CE*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, anno XII, 2, pp. 211-227; M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 7, pp. 755-762; M. GRECO, A. MASSARI, *Le nuove direttive comunitarie sugli appalti. Guida pratica all'applicazione della direttiva 2004/18/CE*, Santarcangelo di Romagna, 2006, pag. 214 e ss.; C. VITALE, *La nuova disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2004, 4, pp. 1128-1145.

¹⁶² Cfr. M. GENTILE, A. VARLARO SINISI, *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Santarcangelo di Romagna, 2007, pag. 100 e ss.

¹⁶³ Cfr. M. PROTTO, *Osservatorio Comunitario*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 1, pp. 40-46.

do adeguamento alle varie disposizioni dell'ordinamento nazionale in cui maggiore era il divario con l'ordinamento comunitario.

Quale breve esemplificazione delle profonde innovazioni introdotte con il Codice, enumeriamo: una maggiore discrezionalità delle singole stazioni appaltanti nella scelta delle procedure, la modifica delle limitazioni al ricorso alla trattativa privata, la revisione del concetto-nozione di anomalia delle offerte, l'esclusione automatica delle offerte anomale per le gare sotto i 5,2 milioni, l'estensione delle ipotesi di progettazione, l'eliminazione della rigida separazione tra fase di progettazione e fase di realizzazione delle opere, con previsione dell'appalto integrato, la possibilità per i costruttori di realizzare opere di urbanizzazione primaria a scomputo direttamente, senza gara o in veste di promotore, la pari dignità dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto al massimo ribasso, una diversa ripartizione dei settori speciali¹⁶⁴.

Del pari, importanti innovazioni sono rappresentate dal recepimento di nuovi istituti previsti dalle direttive comunitarie quali, ad esempio, l'introduzione del dialogo competitivo e dell'accordo quadro (per i settori ordinari), le aste elettroniche (sistemi dinamici di acquisizione e aste *on-line*), le centrali committenza¹⁶⁵.

Dopo aver trattato della genesi e delle principali innovazioni introdotte dal Codice, bisogna analizzarne i principi ispiratori che sono opportunamente indicati nell'art. 2¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Cfr. G. L. ROTA, G. RUSCONI, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture*, Torino, 2007, pag. 45 e ss.

¹⁶⁵ Cfr. L. FIORENTINO, *Il Codice degli appalti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 11, pp. 1176-1188.

¹⁶⁶ **Art. 2. Principi**

«1. L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice.

2. Il principio di proporzionalità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati ad esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile.

3. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche e integrazioni.

4. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile».

Infatti secondo una recente prassi (non sempre del tutto condivisibile) le leggi organiche e le leggi di settore esternano negli articoli introduttivi una sorta di programma ispiratore cui si riferisce l'attività normativa. Se tale prassi non è sempre giustificata in quanto spesso si tratta di formule del tutto stereotipate, scontate, se non decisamente inutili, nella specie trattandosi di un vero e proprio codice da un lato, e constatata, dall'altro, l'importanza della materia, l'esternazione dei principi ispiratori può essere condivisa attuando una sorta di chiave di lettura, per l'appunto programmatica delle scelte leit-motive compiute dal legislatore.

Prima di illustrare dettagliatamente il contenuto di tali principi va rilevato che le fonti normative e giurisprudenziali su cui il legislatore ha fondate proprie scelte si ricavano dalle disposizioni di cui all'art. 2 della direttiva 2004/18, nell'art. 10 della direttiva 2004/17, nell'art. 1 della legge n. 241/1990, nell'art. 1 della legge n. 109/1994, nonché Corte di Giustizia CE 7 dicembre 2000, C-324/1998 e di nuovo Corte di Giustizia CE 3 dicembre 2001, C-59/2000.

In particolare va rilevato come tra il contenuto dell'art. 2 e dell'art. 1 della legge n. 109/1994, si evidenziano subito importanti differenze sistematiche: nell'attuale dizione viene abbandonato l'inutile riferimento all'art. 97 Cost., riferimento obbligatoriamente implicito in tutte le leggi attinenti allo svolgimento dell'attività amministrativa, mentre è importante sottolineare che, secondo il comma 1, tutta la contrattualistica prevista dal codice deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; è facile notare come tale qualificazione dell'attività sia del tutto identica a quella che in generale il nostro ordinamento prevede per lo svolgimento dell'attività amministrativa; peraltro l'apparente ripetizione non è a nostro avviso meramente formale in quanto la contrattualistica rappresenta uno dei momenti più delicati dell'attuazione dell'attività amministrativa, perché accanto al normale perseguimento dell'interesse pubblico che è connaturato ad ogni sua estrinsecazione, si aggiungono elementi di carattere tecnico-economico propri dello svolgimento dell'attività contrattuale che impongono delle scelte normative e,

successivamente applicative, che devono essere previste, lette ed attuate in relazione ai richiamati principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza¹⁶⁷.

Ne consegue che nell'interpretazione-applicazione delle norme del codice si dovrà tener conto di queste importanti chiavi di lettura che, ripetiamo, non sono un'inutile riproposizione di espressioni già contenute nei vari provvedimenti normativi previsti a garanzia dello svolgimento dell'attività amministrativa, ma assurgono ad elementi sostanziali di qualificazione della specifica attività svolta in sede di applicazione delle norme sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; e che, anticipando nozioni su cui dovremo tornare, impongono che l'attività negoziale svolta dalla Pubblica Amministrazione, sia pure nel settore privato e con modalità procedurali privatistiche, sia improntata non solo ai criteri generali della contrattualistica comune, pure richiamata e richiamabile - in via supplementiva - e corrisponda, nello specifico, all'attuazione dei menzionati criteri¹⁶⁸.

In particolare, è opportuno evidenziare il fenomeno per cui, nell'ambito dell'attività in esame, la Pubblica Amministrazione pur svolgendo un'attività che sotto vari profili può assimilarsi a quella imprenditoriale/commerciale, non persegue mai, per definizione istituzionale, uno scopo di puro profitto, ma se riuole di un profitto filtrato e finalizzato all'attuazione dello specifico interesse perseguito¹⁶⁹. Quindi i citati criteri di economicità, efficacia, tempestività e correttezza vanno concepiti soprattutto come momenti comportamentali cui deve ispirarsi l'azione amministrativa¹⁷⁰.

All'elemento sostanziale così delineato corrisponde la seconda parte del comma 1, relativa alla fase procedurale per cui l'“*affidamento*” deve altresì rispettare i principi di “*parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice*”.

¹⁶⁷ Cfr. M. MENSÌ, *Il “nuovo” Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni e spunti critici*, in *Iter legis*, 2006, 1-2, pp. 7-30.

¹⁶⁸ Cfr. C. GIURDANELLA, *Commento al Codice dei contratti pubblici. Come cambiano gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture dopo il D. lgs., n. 163/2006*, Napoli, 2007, pag. 433 e ss.

¹⁶⁹ Cfr. R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina guida del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. Amm.*, 2000, pag. 41 e ss.

¹⁷⁰ Cfr. D. CAVALLO, *I principi di pubblicità e trasparenza nel Codice Unico degli Appalti: rassegna degli adempimenti a carico delle Amministrazioni aggiudicatrici*, intervento al seminario di studio sul Codice dei Contratti Pubblici organizzato dall'Acep, presso il Presidio Ospedaliero di Solfora, 15 Settembre 2006.

Anche per tali principi vale quanto osservato in precedenza, con l'aggiunta che gli aspetti procedurali considerati attengono principalmente all'affermazione del principio di assoluta parità, trasparenza e pubblicità di ogni fase procedimentale. Il rispetto di tali principi si fonda su una sostanziale interpretazione dello spirito istitutivo del Trattato CEE, volto a garantire l'affermazione sistematica del principio della "libera concorrenza", inteso come principio di base dell'attuazione della libertà economica e del conseguenziale sviluppo¹⁷¹.

Infatti una completa attuazione di tale criterio fondamentale dell'economia di mercato, nella sua prospettazione pubblicistica, non può che essere agganciato al rispetto di quei criteri funzionali di assoluta trasparenza, parità e pubblicità¹⁷².

Il comma 2 prevede una parziale deroga alla rigidità assoluta del principio di economicità sancito quale garanzia e attuazione di una "sana" contrattualistica; secondo tale disposizione si può, infatti, derogare, peraltro solo nei limiti previsti espressamente da singole disposizioni normative, in attuazione di esigenze sociali o riguardanti la tutela della salute, dell'ambiente e della promozione dello sviluppo sostenibile¹⁷³.

Si tratta di ipotesi in cui un aspetto puramente pubblicistico (rilevanza sociale, ambientale, ecc), prevale sull'omologo criterio semi-pubblicistico della economicità dell'attività svolta. La possibilità di deroga o meglio di subordinazione del principio di economicità (deroga peraltro contenuta nei limiti espressamente previsti da singole disposizioni di legge), può essere senz'altro condivisa per l'opportuna prevalenza che in tali ipotesi il legislatore ha ritenuto di dover riconoscere ad aspetti pubblicistici di rilevanza non acriticamente economica; al riguardo va considerato che nell'attuale evoluzione dell'economia globale si assiste ad una rivisitazione del concetto stesso di economicità, che non è più legato al raggiungimento immediato ed aritmetico del profitto ma, e qui si pone la sfida insita nell'economia globale in cui siamo tutti attualmente inseriti, in una opportuna calibratura del concetto di profitto economico con gli aspetti sociali, ambientali, che

¹⁷¹ A. CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA, *Introduzione*, in *La nuova legge degli appalti pubblici*, Roma, 2007, pp. I- IX.

¹⁷² M. RUSSO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Una interessante iniziativa dell'Università di Teramo*, in *P.Q.M.*, 2006, 1, pp. 141-153.

¹⁷³ Cfr. E. D'ARPE, *Brevi considerazioni di commento al Codice degli appalti pubblici*, in *Giurisdizione amministrativa*, 2006, 7-8, pp. 203-214.

alla lunga hanno essi stessi un alto valore di economicità (si pensi, ad esempio, ad alcune iniziative volte a tutelare l'ambiente e/o la salute degli individui: tali iniziative indipendentemente dalla loro oggettiva validità "morale", hanno anche una sempre maggiore riconosciuta valenza economica, in quanto la distruzione dell'ambiente o il costo di alcune malattie producono danni economici certamente maggiori ai vantaggi conseguiti in attuazione di un miope profitto)¹⁷⁴.

I commi 3 e 4 contengono delle generiche disposizioni di rinvio il cui contenuto non è meramente formale, in quanto nell'applicazione delle norme codicistiche è fondamentale che in difetto di specifiche disposizioni si debba far riferimento a materie di carattere ancor più generale¹⁷⁵.

Il comma 3, in particolare, stabilisce che per quanto non espressamente previsto nel presente Codice, le procedure di affidamento e, in generale, l'attività amministrativa in materia di contratti pubblici si attuino nel rispetto dei principi stabiliti dalla legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo. L'affermazione contenuta nel rinvio è importante in quanto estende la copertura garantistica prevista in generale da tale legge sullo svolgimento dell'attività amministrativa. Certamente si potrebbe rilevare l'inutilità di tale affermazione, attesa la generalità e l'obbligatorietà dei principi contenuti nella legge 241/1990. Tuttavia, stante la specificità della materia, un rinvio espresso e categorico non è fuori luogo¹⁷⁶.

Il successivo comma 4 ed ultimo comma prevede poi, in generale, che per quanto non previsto dal Codice, la relativa attività contrattuale si svolga nel rispetto dei principi stabiliti dal Codice civile.

Anche quest'ultimo riferimento non è meramente formale, in quanto pur trattandosi di un rinvio certamente suppletivo, e in un certo qual modo scontato ed implicito, il richiamo assume un'importanza sostanziale perché lo svolgimento dell'attività contrattuale è, in un certo senso, "presupposta" dal presente Codice nel cui ambito vengono assunte disposizioni di carattere specifico, attinenti cioè all'elaborazione di istituti direttamente concernenti lo svolgimento dell'attività

¹⁷⁴ Cfr. C. DE BENEDETTI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Il riparto di potestà legislative tra Stato e Regioni*, in *Giustizia amministrativa*, Rivista elettronica di diritto pubblico, www.giustamm.it, 2006, 12.

¹⁷⁵ Cfr. L. QUINZI, *Il codice degli appalti pubblici: prime questioni*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2006, 11, pp. 1456-1459.

¹⁷⁶ Cfr. V. REALE, *Il nuovo Codice degli appalti di lavori, forniture e servizi: prime considerazioni*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2007, pp. 27-37.

pubblicistica in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; ne consegue che tutta la non secondaria parte presupposta in materia contrattuale attinente alla schematizzazione dei grandi istituti giuridici di diritto comune (in primis la configurazione giuridica dell'appalto), nonché tutti i riferimenti normativi relativi alla formazione della volontà, alla sinallagmaticità del rapporto, alla nozione di prestazione ecc., vengono, per l'appunto, "presupposti" con riferimento al testo normativo comune proprio delle relative norme del codice civile. Al riguardo va, però, confermato quanto prima delineato circa la specificità (rispetto a quella propria dello *ius commune*), dell'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione che non è mai attività individualistica, o di pura parte, ma è sempre attività pubblica, anche se svolta in regime privatistico; con la conseguenza che i criteri interpretativi generali previsti dal Codice civile oltre ad avere carattere suppletivo, devono cedere dinanzi ai criteri pubblicistici a cui deve essere conformata l'attività della Pubblica Amministrazione.

CAPITOLO SECONDO IL P.F. E LA CONCESSIONE

Sommario: 2.1. La concessione - 2.2. La concessione nel diritto comunitario.

2.1. La concessione

Oggetto del seguente capitolo è la concessione di opera pubblica che costituisce una sorta di antenato dell'istituto del *Project financing*.

L'espressione "*concessione amministrativa*" assume, sia nell'uso comune che nel linguaggio legislativo, diversi significati, molti dei quali usati anche in maniera impropria, che risentono in parte dell'influenza di condizioni storiche superate¹⁷⁷.

Pur ridotta però al suo significato tecnico, «*tale accezione non designa un atto amministrativo tipico ma piuttosto un genus, cioè una categoria di atti, con caratteristiche strutturali e funzioni diverse, aventi solo in comune alcuni elementi ed effetti*»¹⁷⁸. Sicuramente nel concetto di concessione amministrativa rientrano i provvedimenti tramite i quali l'amministrazione conferisce a determinati soggetti nuove posizioni giuridiche attive, mediante le quali viene ampliata la loro sfera giuridica¹⁷⁹.

Numerose sono le difficoltà cui si va incontro nel momento in cui ci si appresta a determinare l'estensione ed i limiti di questa categoria. Infatti, mentre taluni sotto la nozione di concessione comprendono tutti gli atti discrezionali della pubblica amministrazione che trasmettono o creano diritti, poteri o qualità nei soggetti estranei, altri, invece, vi includono solamente gli atti amministrativi che costituiscono a favore altrui diritti sulle cose pubbliche oppure quelli che trasferiscono l'esercizio di funzioni o di servizi pubblici. Discostandosi da queste tesi estremiste, alcuni poi comprendono nella nozione in esame le concessioni di beni e quelle

¹⁷⁷ Cfr. G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano diretto da Orlando*, II, Milano, 1935, pag. 419 e ss.

¹⁷⁸ E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, pag. 370.

¹⁷⁹ Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, pag. 261.

di pubblici servizi, ed altri infine vi aggiungono le concessioni finalizzate a premiare il merito¹⁸⁰.

La nozione tradizionale di concessione, quale provvedimento creativo di diritti o di situazioni giuridiche attive, appare estremamente generica. Essa, infatti, comprende atti che creano rapporti di contenuto eterogeneo e realizzano funzioni assai diverse.

L'esigenza di delimitare il concetto in questione e di fargli assumere connotati più precisi è di palese e chiara evidenza: soltanto se gli atti di tale categoria assolvono alla medesima funzione specifica e presentano caratteristiche strutturali omogenee, si può concludere che il concetto e la conseguente definizione di concessione risponda ad una necessità di sistematizzazione.

Occorre precisare che le concessioni amministrative sono espressione di una potestà pubblica e tendono, quindi, al perseguimento di fini pubblici. Con tali atti l'autorità provvede indirettamente alla gestione di determinate attività agevolando e stimolando lo sviluppo dell'attività individuale con l'attribuzione esclusiva ai singoli di specifiche facoltà. L'interesse pubblico viene conseguito mediante l'utilizzazione di beni pubblici o la gestione di imprese e servizi pubblici da parte di soggetti privati ai quali vengono conferiti nuovi diritti o facoltà aventi ad oggetto i beni e le attività stesse.

Per quanto attiene agli elementi essenziali della concessione, ribadiamo che le stesse consistono nel conferimento ai privati di nuove (in senso lato) facoltà da parte della pubblica amministrazione. Tali facoltà vengono costituite sulla base di una precedente situazione o di un precedente rapporto di diritto pubblico.

Rilevano, quindi, quelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione attribuisce a terzi, con il loro consenso, il godimento di utilità relative a beni pubblici, demaniali e patrimoniali indisponibili¹⁸¹, oppure la possibilità di esercitare pubblici servizi¹⁸².

¹⁸⁰ Per un quadro completo che riassume i diversi indirizzi dottrinali, si consulti L. GALATERIA, *Il negozio di concessione amministrativa*, Milano, 1943, pag. 59 e ss.

¹⁸¹ Tra le fonti legislative si vedano: art. 2 r.d. 11-11-1933, n. 1775 (t.u. delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici); art. 36 c. nav.; art. 1 l. 11-7-1986, n. 380 (disciplina delle concessioni e delle locazioni dei beni immobili demaniali e patrimoniali dello Stato in favore di enti o istituti culturali, degli enti pubblici territoriali, ecc.).

¹⁸² Tra le fonti legislative si vedano: artt. 1, 183, d.p.r. 29-3-1973, n. 156 (t.u. delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni); art. 1 l. 28-9-1939, n. 182 (di-

In sintesi con la concessione si attua un acquisto derivativo costitutivo: il diritto del concedente si comprime e si riduce così che il concessionario acquista un diritto che da quello deriva. Il concessionario, però, non subentra nella titolarità del diritto o potere del concedente, ma acquista solo facoltà particolari. La trasmissione di tali facoltà ha carattere temporaneo e precario, con conseguente possibilità di revoca. L'esercizio di esse deve sempre corrispondere a quelle esigenze pubbliche, che costituiscono il fondamento teleologico della concessione.

Precisata in tal senso la nozione di concessione, è agevole rilevare che essa comprende soltanto l'attribuzione di facoltà e poteri concernenti beni e attività, riservati esclusivamente alla pubblica amministrazione e cioè: le concessioni di beni e le concessioni di pubblici servizi.

Tuttavia bisogna tener bene a mente che la figura della concessione di sola costruzione presenta numerose affinità con la concessione di servizi pubblici, e presenta, nello stesso tempo, altrettante diversità che la configurano come strumento del tutto singolare di esecuzione dei lavori pubblici.

Agli albori del diritto amministrativo, i rapporti tra privati e pubblica amministrazione venivano ricondotti, sicuramente senza i dovuti approfondimenti, a figure tipiche del diritto civile (il contratto di impiego, rappresentanza, appalto, ecc). Ciò fino a quando Oreste Ranelletti, con uno studio che costituisce una pietra miliare del diritto amministrativo, procedette ad una sistematizzazione dogmatica degli atti amministrativi, approfondendo in particolar modo la distinzione fra autorizzazioni e concessioni, dando una svolta alla cosiddetta "pubblicizzazione" dei rapporti tra la pubblica amministrazione e i privati¹⁸³. Tale teoria, arricchita dai contributi che si sono successi nel tempo¹⁸⁴, si fonda sulla disuguaglianza tra

sciplina degli autoservizi di linea); art. 4 l. 10-4-1981, n. 151 (legge quadro per l'ordinamento, la ristrutturazione ed il potenziamento dei trasporti pubblici locali, ecc.). art. 26 r.d. 15-10-1925, n. 2578 (t.u. della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province).

¹⁸³ Cfr. O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, pag. 1 e ss.; Id, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. ital., scienze giur.*, 1894, vol. 17°; Id, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *ivi*, 1896, vol. 22°.

¹⁸⁴ Cfr. P. MORI, *Concessioni e contratto nelle comunicazioni*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, pag. 23 e ss.; F. D'ALESSIO, *La concessione a privati della gestione di servizi pubblici*, in *Giur. ital.*, 1917, I, 2, pag. 1 e ss.; R. ALESSI, *In tema di concessioni di esercizio di pubblici servizi*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, 2°, pag. 147 e ss.; C. CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (contratti di diritto pubblico)*, in *Giur. it.*, 1900, IV, pag. 1 e ss.; C. E. GALLO, *Contratto di diritto pubblico*, in *Noviss. Dig. Ital.*, 1957, pag. 645 e ss.; P. VIRGA, *Contratto (Diritto ammini-*

la volontà nel privato e quella nell'amministrazione, essendo prevalente la volontà di quest'ultima nella determinazione dei rapporti intercorrenti¹⁸⁵. La volontà individuale è paragonabile, secondo questa teoria, a quella che assume, nel diritto privato, l'adottato, il donatario, ovvero l'erede accettante la volontà del testatore; sarebbe da escludere, quindi, l'incrocio negoziale di volontà eterogenee, essendo possibile l'accordo solo se la pubblica amministrazione si ponesse nella stessa posizione del privato, rinunciando alla sua posizione di preminenza: non vi sarebbe, in conclusione, conflitto di interessi tra soggetti diversi per l'esistenza di un solo interesse, quello pubblico; la volontà del soggetto privato, quindi, assumerebbe il ruolo di presupposto di legittimità se, esternata per mezzo di una dichiarazione o di una istanza, interviene prima dell'emanazione dell'atto di concessione¹⁸⁶ e di requisito o condizione di validità¹⁸⁷ ovvero di efficacia¹⁸⁸ dell'atto medesimo se interviene successivamente.

In altri termini, poiché il vero oggetto del trasferimento al privato è incommerciabile, trattandosi di una cosa pubblica o di una pubblica funzione, e si costituiscono con i privati rapporti di diritto pubblico posti in essere da atti unilaterali, non si potrebbe ravvisare in tale atto una natura contrattuale.

Opposta a tale teoria è quella che individua nella concessione un contratto di diritto pubblico¹⁸⁹.

strativo) *Teoria generale del contratto di diritto pubblico*, in *Encicl. dir.*, vol. IX, 1961, pag. 679 e ss.; G. CARUGNO, *È ammissibile il recesso nelle concessioni amministrative di pubblico servizio?*, in *Acque, bonif. Costr.*, 1950, pag. 540 e ss.; G. ARDIZZONE, *Concessioni di pubblico servizio ed eccessiva onerosità*, in *Giur. comp. Cass. Civ.*, 1951, III, pag. 1139.

¹⁸⁵ Sono le cosiddette concessioni amministrative unilaterali: cfr. P. CALANDRA, *Brevi spunti in tema di concessione*, in *Acque, bonif., costr.*, 1957, pag. 123 e ss.

¹⁸⁶ Cfr. F. D'ALESSIO, *La concessione a privati della gestione di servizi pubblici*, cit., pag. 7; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Messina, 1931, pag. 194.

¹⁸⁷ Cfr. F. FAVARA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di concessione e la concessione contratto*, in *Rass. Avv. Stato*, 1974, III, parte I, pag. 1117.

¹⁸⁸ P. VIRGA, *Contratto (Diritto amministrativo) Teoria generale del contratto di diritto pubblico*, cit., pag. 981; G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. ORLANDO, cit., pag. 427, per il quale il consenso del privato, quale avvenimento esterno all'atto amministrativo, «ha il potere, se manca, di impedire che l'atto consegua i suoi effetti, ma non si combina con l'atto amministrativo a formare un atto unico, un atto bilaterale».

¹⁸⁹ La teoria cui si fa riferimento si fa risalire a U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, pag. 369 e ss., che per primo ad essa conferì dignità scientifica. Essa esclude dal numero delle concessioni con natura contrattuale pubblica quegli atti che non comportano il trasferimento dell'esercizio di facoltà, diritti, funzioni o attività pubbliche, ma che, pur essendo ampliativi della sfera giuridica dei soggetti destinatari, non conferiscono al privato alcun obbligo di fare, come, per esempio, la concessione di titoli onorifici, la concessione del diritto di cittadinanza, ecc. La teoria trova riscontro in importanti autori tedeschi (P. LABAND, *Staa-*

Nella concessione, in realtà, l'utilità privata coincide con il bene pubblico come causa diretta ed immediata del rapporto¹⁹⁰, non si identifica con esso, ma ad esso è contrapposta: si verifica, pertanto, una vera e propria livellazione degli opposti interessi. Le due volontà non sono solo parallele perché hanno un medesimo oggetto, ma sono convergenti, dando luogo ad un effetto giuridico unitario: onde non vi è nessuna difficoltà nel riconoscere a tale rapporto la natura contrattuale¹⁹¹.

Si tratta di un contratto di diritto pubblico e non di diritto privato, in quanto la pubblica amministrazione interviene come tale, e non *iure privatorum utitur*, non spogliandosi, cioè, della sua qualità di soggetto pubblico; in questo modo il contratto non porta con sé in questi rapporti tutte le norme privatistiche.

Contro questa teoria sono state mosse molte obiezioni, aventi ad oggetto l'impossibilità di concepire un contratto con tali caratteristiche in quanto coinvolgente un accordo tra persone pubbliche e private, cioè tra persone di natura diversa, perché comportante un'ibrida unione di elementi pubblici e privati (fini, utilità, ecc.) e perché la pubblica amministrazione conferirebbe *iure imperii* un diritto e al contempo presterebbe il proprio consenso in forme e modalità contrattuali. A ben vedere, però, tutte queste critiche ed obiezioni sembrano prive di fondamento se si leggono le serrate argomentazioni offerte al riguardo¹⁹².

tsrecht des Deutsches Reichs, Tubinga, 1878, pag. 202) e francesi (A. BATBIE, *Traité de droit public et administratif*, Parigi, 1868, vol. I, pag. 342 e vol. VII, pp. 273-338; M. HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, Parigi, 1893, II, pag. 396). In Italia, fra i sostenitori, si possono annoverare: L. RAGGI, *Sull'atto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, pag. 195; G. CIMBALI, *Le strade ferrate*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. ORLANDO, vol. VII, parte I, Milano, 1914, pag. 524 e ss.; A. DE VALLES, *Concessioni*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II, pag. 578 e ss.; E. CESARO, *Appunti sulla concessione di pubblico servizio. Natura e decadenza*, in *Temi Napoli.*, 1959, I, pag. 30 e ss.; C. RIBOLZI, *Sul contenuto delle concessioni-contratto*, in *Foro Pad.*, 1959, I, pag. 437 e ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. I, pag. 740 e ss., sostanzialmente aderisce a questa teoria, anche se in riferimento a questo tipo di concessioni formalmente adotta la terminologia di "fattispecie globali" composte da contratti e provvedimenti che hanno un oggetto pubblico (cioè "contratti ad oggetto pubblico"), in quanto, secondo l'illustre Autore, definire tali contratti "di diritto pubblico" può costituire fonte di fraintendimenti che sono ingenerati dal fatto che essi possono essere molto diversi dai contratti privati. Essi, viceversa, «non solo sono, per il regime del rapporto che producono, assimilabili al contratto, ma costituiscono figura generale» (pag. 741).

¹⁹⁰ Che il diritto tedesco qualifica *Bestmungsgrund* quale causa del rapporto giuridico, per distinguere dal *Bewegungsgrund*, che è lo scopo remoto ed indiretto, il motivo del rapporto.

¹⁹¹ Cfr. A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pag. 622 e ss., che ravvisa che nella concessione si possa individuare una natura contrattuale dal regime, però, privatistico e non pubblicistico.

¹⁹² Cfr. U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., pag. 64.

In relazione alla eterogeneità di consensi, di personalità e di soggettività coinvolti nel rapporto, a prescindere dalla considerazione che anche nel diritto privato esistono contratti ove le volontà sono disomogenee¹⁹³, si rileva la circostanza per la quale sia il privato che la pubblica amministrazione sono datati di personalità giuridica; ciò consente di poter realizzare un contratto che si inserisce in un rapporto in cui, da un lato, l'atto amministrativo rappresenta la concretizzazione della decisione dell'organo competente, e dall'altro, il contratto stesso l'attuazione di tale volontà unitamente a quella del privato¹⁹⁴.

Per quanto concerne la presunta, impossibile commistione di elementi pubblici e privati, è sufficiente osservare che nella specie si tratta di un istituto di diritto pubblico in cui è possibile ravvisare - non sempre, però, sono facilmente individuabili - elementi di diritto privato (d'altro canto, è opinione consolidata che lo Stato, quando *iure privatorum utitur*, porta con sé innegabilmente elementi pubblicistici, così come del resto si ammette senza difficoltà, che al privato, anche a prescindere dai predetti rapporti peculiari con la pubblica amministrazione, competono i cosiddetti *diritti pubblici soggettivi*).

Come ultima, ma non per questo meno importante riflessione, occorre sottolineare che il contratto, anche se elaborato nel diritto privato, è una figura che appartiene all'ordinamento giuridico nel suo complesso, di cui pertanto si può legittimamente far riferimento o uso anche in altri campi del diritto¹⁹⁵.

¹⁹³ Cfr. G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, pag. 25 e 117.

¹⁹⁴ Sulla scorta della teoria di G. JELLINEK, *System der subiekt oeff Rechte*, Friburgo, 1892, pag. 90 e ss., U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., pag. 60, distingue quattro categorie di stati del privato:

- a) uno stato passivo o rapporto di soggezione (*Leistungen an den Staat*) derivante dalla potestà di imperio esercitata;
- b) uno stato negativo o *status libertatis*, cioè un rapporto di indipendenza che limita la soggezione del cittadino allo Stato onde il privato non sente né diritti, né doveri (*Freiheit vom Staat*);
- c) uno stato positivo, cioè un rapporto di obbligazione dello Stato nei confronti del cittadino (*Forderungen and en Staat*);
- d) uno stato attivo, quale rapporto di collaborazione del cittadino allo Stato, che comprende i diritti politici in senso stretto (*Leistungen fur den Staat*).

La posizione del privato nei rapporti con la pubblica amministrazione nella specie è ascrivibile allo *status libertatis*: infatti, egli prima di assumere la concessione, non ha da esercitare alcun diritto, né deve adempiere alcun dovere; di conseguenza, le concessioni, pur essendo atti costitutivi di diritti, non intercedono tra due soggetti giuridicamente ineguali, in quanto il rapporto esistente coinvolge il privato nello *status libertatis*, estraneo ad ogni soggezione.

¹⁹⁵ Con una plastica espressione E. SILVESTRI, *Il riscatto delle concessioni amministrative*, Milano, 1956, pag. 37, mette in risalto che il nesso tra provvedimento di concessione e contratto accestivo

Tra i sostenitori della teoria contrattuale pubblicistica e quelli della teoria unilaterale o d'imperio assume una posizione intermedia o di mediazione chi intende affrontare il problema della natura giuridica delle concessioni direttamente sulla base dell'esame esegetico dei diversi casi che l'ordinamento giuridico prevede¹⁹⁶; onde le concessioni in astratto possono anche essere contrattuali, ma nella prassi non è detto che debbano esserlo necessariamente¹⁹⁷.

Questa posizione che, da un lato, si distingue per il suo pragmatismo, dall'altro, possiede un limite che deriva dall'exasperato eclettismo, per il quale i risultati cui si giunge rischiano di non essere sempre univoci e concordanti.

È opportuno poi riportare anche due recenti tesi che meritano di essere prese in considerazione; esse trovano il loro fondamento sia nella teoria unilateralista della concessione quale atto d'imperio che in quella che ne individua la natura in un contratto: entrambe le teorie, invero, pur continuando nel solco delle teoriche che hanno diviso per quasi un secolo i cultori del diritto amministrativo, rappresentano delle elaborazioni assolutamente originali e interessanti.

La prima opinione sostiene che le concessioni di sola costruzione (e, quindi, anche quelle di pubblici servizi) non sono riconducibili all'istituto della concessione amministrativa, ma vanno inquadrare a seconda del soggetto (pubblico o privato) destinatario (o beneficiario) del provvedimento¹⁹⁸. E invero, premesso che la concessione di opere pubbliche non può essere ricondotta nella figura generale della concessione amministrativa, in quanto in essa non è ravvisabile né una

fa sì che «risultino fuse nello stampo della funzione della fattispecie complessa le cause particolari dei due atti e determina altresì una corrispondenza sotto l'aspetto del contenuto tra l'atto deliberativo e il negozio attuativo». Sul punto dell'"universalità" della figura del contratto, si consulti F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, pag. 281 e la bibliografia ivi citata. A favore della tesi della contrattualità nel rapporto concessorio, si legga F. GULLO, *Op. ult. cit.*, pag. 324, che ritiene, in considerazione dell'inconciliabilità con il contratto del potere di supremazia che può estrinsecarsi nella modificazione o abrogazione da parte della pubblica amministrazione dell'atto costitutivo della concessione, che quest'ultima non si possa qualificare come contratto *di diritto pubblico*, ma come contratto *nel diritto pubblico*, in modo che il rapporto sarebbe costituito da una concessione unilaterale e un contratto ovvero da una concessione con contratto. Si osserva che tale tesi può essere sostanzialmente accolta, dal momento che riconosce sia il trasferimento dell'esercizio di poteri pubblicistici al privato, sia l'esistenza di obbligazioni contrattuali assunte dalla pubblica amministrazione e dal concessionario.

¹⁹⁶ Cfr. P. CALANDRA, *Brevi spunti in tema di concessione*, cit., pag. 137; C. VITTA, *Concessioni (Diritto amministrativo)*, cit., pag. 919.

¹⁹⁷ Il VITTA, *Concessioni*, cit., pag. 920 e ss., conclude, poi, per la necessità che il consenso del privato sia subordinato all'esistenza dell'atto amministrativo, fermo restando, però, che tale principio è derogabile.

¹⁹⁸ Cfr. M. MAZZONE, *I sistemi di esecuzione delle opere pubbliche e la Cassa per il Mezzogiorno*, Roma, 1978, pag. 79.

concessione di beni, né una concezione di servizi, secondo tale opinione la concessione di sola costruzione andrebbe distinta a seconda che venga affidata ad un ente pubblico o ad un privato.

Nel primo caso, gli atti che formano il rapporto (istanza e provvedimento concessorio), poiché sono distinti, non danno vita ad una fattispecie contrattuale, costituendo la manifestazione di volontà del concessionario un presupposto ovvero una condizione di efficacia del provvedimento di concessione. Onde, trattandosi di un atto «*che opera sul piano della competenza amministrativa*» si avrebbe una vera e propria “*figura organizzatoria*”¹⁹⁹ rientrante nel più ampio *genus* della delegazione amministrativa intersoggettiva, ove il delegato «*agisce principalmente per la soddisfazione diretta dell’interesse del concedente*»²⁰⁰.

Nel caso, invece, di concessione di opere pubbliche ai privati, premessa l’esistenza di un duplice rapporto intercorrente tra ente concedente e privato, l’uno avente ad oggetto il provvedimento amministrativo e l’altro la convenzione stipulata per la disciplina dei rapporti medesimi, subordinata gerarchicamente e strumentalmente al provvedimento, questo assumerebbe una natura diversa a seconda del momento in cui esso interviene: se, infatti, viene emanato prima della stipula della convenzione, esso rappresenta una autorizzazione (alla predetta stipula); se, invece, interviene successivamente alla sottoscrizione della convenzione, esso costituisce un’approvazione²⁰¹. In ogni modo, andrebbe negata la configurazione dell’istituto quale concessione amministrativa, sia perché con la concessione di costruzione e di gestione o di sola costruzione non si trasferisce l’esercizio di alcun potere o funzione propria del concedente (tale ipotesi si ha nel solo caso di concessione di opere ad enti pubblici), sia perché i privati, per principio generale

¹⁹⁹ Cfr. S. CASSESE, *Concessione di opere pubbliche e partecipazioni statali*, in *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974, pag. 287. L’Autore ritiene che tale figura sia riconducibile ad un fenomeno di organizzazione dei pubblici poteri. Della stessa opinione è anche S. GIACCHETTI, *Profili funzionali della concessione di costruzione di opere pubbliche*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1976, II, 1, pag. 93 e ss. Sulle concessioni ad enti pubblici, si veda A. ACQUARONE, *Enti locali sostituiti nell’esecuzione di opere pubbliche*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, pag. 563 e ss.

²⁰⁰ Cfr. F. BENVENUTI, *La concessione di opere pubbliche*, in *Acque, bonif. e costr.*, 1958, pag. 2 e ss., il quale afferma trattarsi di “*rapporto di natura speciale*” più simile ed affine all’istituto della delega che a quello della concessione.

²⁰¹ Cfr. S. CASSESE, *Concessione di opere pubbliche e partecipazioni statali*, cit., pag. 285.

dell'ordinamento, sono esclusi dal novero dei possibili destinatari di deleghe in tale materia²⁰².

Questa impostazione non appare condivisibile per una serie di considerazioni: innanzi tutto, frazionare e dividere la figura della concessione in due tronconi, in base al destinatario o beneficiario pubblico o privato del provvedimento, non appare né logicamente né giuridicamente corretto²⁰³.

Difatti il regime giuridico che disciplina l'istituto in oggetto, sia nel caso di concessione ad enti pubblici che a soggetti privati, è sempre lo stesso, ed identici sono sia il contenuto sia gli effetti.

2.2. La concessione nel diritto comunitario

L'importanza e la frequenza con cui era utilizzato l'istituto della concessione negli ordinamenti interni, ha portato ed indotto, per ragioni di omogeneità e armonizzazione nelle legislazioni dei Paesi membri, la Commissione Europea a lavorare ad un progetto di "comunicazione interpretativa"²⁰⁴ della definizione data dalla stessa con la direttiva 93/37/CEE.

Tale documento rappresenta una coordinata fondamentale nella promozione della partecipazione dei soggetti privati nella realizzazione di opere pubbliche.

Si tratta, in effetti, del primo e più importante documento in materia, in virtù del fatto che nel diritto comunitario positivo manca la definizione della nozione generale di concessione ed è rintracciabile solo quella della concessione di lavori

²⁰² Cfr. M. MAZZONE, *I sistemi di esecuzione delle opere pubbliche e la Cassa per il Mezzogiorno*, cit., pag. 90.

²⁰³ Si mostrano concordi a tale impostazione del problema M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, pag. 316, e G. ROEHRSEN, *La concessione nel quadro dei sistemi di esecuzione delle opere pubbliche*, in *Rass. lav. pubbl.*, 1971, pag. 8, per il quale «poiché la legge accomuna la concessione ai privati e a soggetti pubblici e non consente di distinguere a seconda del soggetto a cui favore sono deliberate, la natura riconosciuta nel caso di concessionario soggetto di diritto pubblico non può non riverberarsi altra ipotesi». Invece, G. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1988, pag. 191, aderisce alla tesi della configurazione delle concessioni ad enti pubblici quali mere figure organizzative, senza offrire, peraltro, una convincente differenziazione con le concessioni a privati: non appare, però, condivisibile ciò che l'Autore afferma in relazione all'esclusione di una responsabilità diretta per vizi o difformità o per rovina dell'opera nei confronti del concedente, in quanto non si capirebbero i motivi di un'attribuzione al concessionario di sole potestà e facoltà e non anche di corrispondenti oneri ed obblighi.

²⁰⁴ Cfr. GU C 121 del 29 Aprile 2000.

pubblici²⁰⁵; per contro, le altre forme di concessione non sono disciplinate dalle direttive relative agli appalti pubblici²⁰⁶.

La Commissione premette questa considerazione, ma precisa che ciò non significa, comunque, che le concessioni sfuggano alle norme e ai principi del Trattato. Ed è anche in virtù di tali principi che la Commissione ci propone una lettura chiara del confine e delle differenze tra la nozione di “appalto”²⁰⁷ e quella di “concessione”²⁰⁸.

Il carattere distintivo e caratterizzante di questa forma contrattuale è chiaramente espresso nel “rischio” imprenditoriale connesso con la “gestione”, essendo il corrispettivo, appunto, il “diritto di gestire l’opera”, anche nel caso questo sia accompagnato da un prezzo.

La comunicazione è altresì importante per quanto attiene alle modalità di affidamento del contratto ai fini della trasparenza, della parità di trattamento, della proporzionalità e, in sintesi, della tutela della concorrenza²⁰⁹.

Come precedentemente evidenziato, il legislatore comunitario ha inteso definire la nozione di concessione di lavori partendo da quella di appalto pubblico di lavori. Il testo della direttiva lavori prevede che gli appalti pubblici di lavori «sono

²⁰⁵ Direttiva 93/37/CEE.

²⁰⁶ Direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L. 209 del 24/7/1992, pag. 1); Direttiva 93/36/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L. 199 del 9/8/1993, pag. 1); Direttiva 93/238/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di appalto degli erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L. 199 del 9/8/1993, pag. 84).

²⁰⁷ Sulla nozione di appalto si consulti: G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte speciale, tomo I, Milano, 2003; G. MONTEDORO, R. DIPACE, *Gli appalti di opere*, Milano, 2003, pag. 205; R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005; G. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., pag. 191.

²⁰⁸ Sulla concessione si consulti: C. PETROCCHI, *Le concessioni di opere pubbliche*, in Riv. amm., 1953, pag. 303; G. ROHERSSEN, *La concessione nel quadro dei sistemi di esecuzione delle opere pubbliche*, cit., pag. 7; F. BENVENUTI, *La concessione di opere pubbliche*, cit., pag. 2 e ss.; S. CASSESE, *Concessione di opere pubbliche e partecipazioni statali*, in S. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, cit., pag. 287; S. GIACCHETTI, *Profili funzionali della concessione di costruzione di opere pubbliche*, cit., pag. 110; M. PALLOTTINO, *Lo strumento della concessione nell'edilizia residenziale pubblica*, in Riv. giur. edil., 1982, II, pag. 141.

Sulla distinzione tra “appalto” e “concessione”, si consulti: U. POTOTSCHNIG, *Concessione e appalto nell'esercizio dei pubblici servizi*, in Jus, 1955, pag. 394 e ss.; A. STRADOLINI, *Brevi cenni in tema di criterio discriminatore tra l'appalto e la concessione di un pubblico servizio*, in Dir. e Giust., 1972, pag. 764 e ss.; A. PERINI, *Il criterio distintivo tra concessioni di pubblici servizi e appalto*, in Dir. e pratica trib., 1954, II, pag. 27; G. LEONE, *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, Milano, 1982, pag. 70.

²⁰⁹ Cfr. I. CICCONE, *Project Financing nei lavori pubblici*, Roma, 2004, pag. 180.

contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore ed un'amministrazione aggiudicatrice (...) aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera (...) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'operazione rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice»²¹⁰.

L'articolo 1, lettera d) della stessa direttiva definisce la concessione di lavori pubblici come *«un contratto che presenta le stesse caratteristiche degli appalti pubblici di lavori, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo»*.

Come risulta da questa definizione, l'elemento distintivo determinante della nozione di concessione di lavori consiste nell'attribuzione del diritto di gestire l'opera come contropartita della sua costruzione e il diritto di gestione può essere accompagnata da un prezzo.

La Commissione ritiene che il criterio del diritto di gestione sia utile per individuare alcuni elementi caratteristici per distinguere la concessione di lavori dall'appalto pubblico. Anzitutto il diritto di gestione consente al concessionario di percepire proventi dall'utenza, ad esempio tramite le forme di pedaggio o di canone, per un determinato periodo di tempo. La durata della concessione rappresenta, dunque, un elemento importante della remunerazione del concessionario.

Quest'ultimo non è, quindi, direttamente remunerato dall'autorità aggiudicatrice, ma ottiene da questa il diritto di percepire i proventi derivanti dall'uso dell'opera realizzata²¹¹.

Conseguentemente, il diritto di gestione comporta anche il trasferimento delle responsabilità della gestione: tale responsabilità investe, allo stesso tempo, gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera stessa. Spetta, quindi, al concessionario realizzare gli investimenti necessari perché l'opera possa utilmente essere messa a disposizione degli utenti e sopportarne l'onere di ammortamento. Inoltre,

²¹⁰ Art. 1, lettera a Direttiva 93/37/CEE.

²¹¹ L'esempio classico di concessione di lavori pubblici è il contratto mediante il quale lo Stato attribuisce ad una società il diritto di costruire e gestire un'autostrada permettendole di remunerarsi tramite la riscossione di un pedaggio nei confronti dell'utente.

il concessionario assume non soltanto i rischi inerenti ad una qualsiasi attività di costruzione, ma anche e soprattutto, sopportare tutti quelli inerenti alla gestione e all'uso abituale dell'impianto²¹².

Dall'analisi di questi elementi si può concludere che in una concessione di lavori l'alea relativa alla gestione viene trasferita in toto al concessionario.

Se, al contrario, invece, il rimborso dei finanziamenti viene effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice senza l'alea connessa alla gestione dell'opera, l'elemento "rischio" verrebbe meno e il contratto dovrebbe essere considerato come appalto di lavori e non come concessione. Inoltre, qualora il concessionario riceva, in modo diretto o indiretto, durante la vigenza del contratto o anche alla scadenza di questo, una remunerazione (sotto forma di rimborso, ripianamento perdite o altro) diversa da quella derivante dalla gestione, il contratto non potrebbe più essere qualificato come concessione. Nella detta ipotesi, la compatibilità dei finanziamenti supplementari dovrà essere valutata con riferimento a tutte le disposizioni del diritto comunitario.

Secondo la Commissione si è in presenza di appalti pubblici di lavori ai sensi del diritto comunitario quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti dell'opera²¹³.

La circostanza che la direttiva permetta che il diritto di gestione sia accompagnato da un prezzo non modifica questa conclusione. Si tratta, infatti, di una ipotesi che si verifica nella pratica. Per esempio, si verifica che lo Stato sostenga solo in parte il costo di gestione della concessione affinché il prezzo delle prestazioni

²¹² Naturalmente la verifica deve essere fatta caso per caso, considerando numerosi elementi come l'oggetto, la durata, il valore del contratto, la capacità economica e finanziaria del concessionario, nonché tutti gli altri elementi idonei a stabilire che il concessionario possa effettivamente sopportare il rischio.

²¹³ Ad esempio, la Commissione ha avuto modo di trattare il caso di un consorzio composto da imprenditori e da banche che si impegnava a realizzare un'opera destinata a soddisfare le necessità dell'amministrazione aggiudicatrice in cambio del rimborso, da parte di questa, del prestito contratto, dagli imprenditori presso le banche, accompagnato da un utile per i partner privati. La Commissione ha considerato questa fattispecie come un appalto pubblico, in quanto il consorzio non assumeva alcuna attività di gestione e quindi non correva nessun rischio ad essa collegato. La Commissione è giunta alla stessa conclusione in un altro caso in cui, malgrado un'apparenza di gestione da parte del partner privato che effettuava i lavori, detto partner beneficiava in realtà di una garanzia di indennizzo da parte dell'amministrazione pubblica in condizioni tali che quest'ultima assumeva di fatto i rischi connessi alla gestione.

diminuisca per l'utente (la famosa pratica dei "prezzi sociali")²¹⁴. Tale intervento può avvenire secondo modalità diverse (somma forfettaria garantita, o somma fissa ma versata in funzione del numero di utenti, ecc.) e non conduce necessariamente alla modifica della natura del contratto, se il prezzo versato copre solo una parte del costo dell'opera e della sua gestione.

Infatti, rientrano sempre nel concetto di concessione le ipotesi in cui lo Stato paghi un prezzo in contropartita dei lavori effettuati, purché esso non elimini il rischio inerente alla gestione. Precisando che il diritto di gestire l'opera può essere accompagnato da un prezzo, la direttiva lavori indica che la remunerazione del concessionario deve provenire dalla gestione.

Anche se, in generale, l'origine del compenso - prelevato direttamente dall'utente dell'opera - è un elemento significativo, quello determinante è la presenza del rischio di gestione, legato all'investimento effettuato o ai capitali investiti, in particolare se l'autorità concedente paga un prezzo.

È opportuno precisare che anche negli appalti pubblici si verifica che una parte dei rischi ricada sul contraente²¹⁵. Tuttavia, l'alea legata all'aspetto finanziario dell'operazione, ossia il "rischio economico", è propria del fenomeno concessorio ed è legata strettamente ai proventi che il concessionario può trarre dalla fruizione²¹⁶ e costituisce un importante elemento per distinguere le concessioni dalla figura degli appalti pubblici.

In conclusione, il diritto di gestione comporta il trasferimento al concessionario dell'alea derivante da tale gestione; la suddivisione dei rischi tra concedente e concessionario avviene per caso in base alle rispettive capacità di gestire al meglio i rischi de quo.

Se sui poteri pubblici ricade la maggior parte dell'alea legata alla gestione dell'opera, assicurando, ad esempio, il rimborso dei finanziamenti, l'elemento del

²¹⁴ Volendo fare un esempio, si può fare riferimento al pedaggio di un'autostrada fissato dallo Stato a un livello così basso che non copre il costo della gestione.

²¹⁵ Per esempio, il rischio di modifiche al contesto normativo durante l'esecuzione del contratto (ad esempio, in termini di tutela dell'ambiente che richiedono modifiche dell'opera o fiscali tali da sconvolgere l'equilibrio finanziario del contratto) o il rischio di obsolescenza tecnica. Tale tipologia di rischi, peraltro, si presenta maggiormente nell'ambito di una concessione, tenuto conto del fatto che essa si estende per un periodo di tempo relativamente lungo.

²¹⁶ Per esempio, nel caso di un pedaggio fittizio, a carico del concedente, il rischio economico permane se la remunerazione dipende dal tasso di fruizione.

rischio viene meno. In questo caso, la Commissione ritiene che si tratti di un appalto pubblico di lavori e non di una concessione²¹⁷.

Dopo aver sottolineato gli elementi, che in base alle direttive comunitarie qualificano l'istituto della concessione di lavori, è opportuno analizzare più specificamente l'istituto della concessione di servizi.

La direttiva 92/50/CEE sui pubblici appalti di servizi si applica, ex art. 1, agli "appalti pubblici di servizi", definiti come «*contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice*», escluse alcune eccezioni menzionate nella direttiva stessa.

Contrariamente alla direttiva lavori, la direttiva servizi non contiene alcuna definizione relativa alla nozione di concessione di servizi. L'assenza di una definizione di tal sorta merita alcune precisazioni: nonostante la Commissione, nel corso dei lavori preparatori di tale direttiva, avesse proposto di prevedere per questa particolare species di concessioni un regime ad hoc simile a quello già previsto nei riguardi delle concessioni di lavori, il consiglio non ha accettato questa proposta. Occorre perciò stabilire se l'attribuzione delle concessioni di servizi non rientri completamente nel regime istituito dalla Direttiva sugli appalti di servizi.

L'interpretazione letterale dell'art. 1 di quest'ultima, potrebbe sfociare nell'inclusione del contratto di concessione nell'ambito di applicazione della direttiva servizi, in quanto la concessione è un contratto oneroso per il quale è prevista la forma scritta. Da questa impostazione deriverebbe che l'attribuzione di una concessione di servizi dovrebbe rispettare e uniformarsi a tale direttiva e, conseguentemente, essere disciplinata da una procedura diversa e più complessa di quella che regola le concessioni di lavori. Nonostante ciò, data la mancanza di precedenti giurisprudenziali in materia, la Commissione, nei casi concreti da essa esaminati, non ha seguito tale impostazione²¹⁸.

²¹⁷ In tal caso istruito dalla Commissione, nonostante un'apparenza di gestione, l'amministrazione pubblica aveva garantito al partner privato indennizzi a condizioni tali da assumersi di fatto i rischi di gestione.

²¹⁸ È opportuno precisare che davanti alla Corte, risulta pendente una questione pregiudiziale che solleva la questione della definizione e del regime giuridico applicabile alle concessioni di servizi [Causa C-324/98 *Telaustria Verlags Gesellschaft mbH contro Post e Telekom Austria (Telaustria)*].

Al fine di distinguere il fenomeno economico della concessione di servizi rispetto alla nozione di appalto pubblico di servizi, è importante identificare i tratti essenziali del fenomeno.

A tale scopo è necessario basarsi su elementi che si rifacciano e che partano dalla succitata definizione di concessione di lavori e che tengano conto tanto della giurisprudenza della Corte²¹⁹ in materia che dell'opinione iuris²²⁰.

L'oggetto delle concessioni di lavori di lavori è, per definizione, diverso da quello delle concessioni di servizi. Ciò può portare a differenze, in termini di investimenti e di durata, tra le due tipologie di concessioni. Tuttavia, tenuto conto dei suddetti criteri, un contratto di concessione ha, in generale, le stesse peculiarità, indipendentemente dal suo oggetto. Infatti, come per le concessioni di lavori, il criterio della gestione è una caratteristica essenziale per stabilire se si è in presenza di una concessione di servizi²²¹. Applicando tale criterio, si ha concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio (sua istituzione e gestione) rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone.

La modalità di remunerazione dell'operatore è, come nel caso della concessione di lavori, un elemento che permette di stabilire l'assunzione del rischio di gestione.

Come la concessione di lavori, anche quella di servizi ha come sua caratteristica peculiare il trasferimento della responsabilità di gestione. Infine, la concessione di servizi riguarda, solitamente, attività che per la loro natura, per il loro oggetto e per le norme che le disciplinano, possono rientrare nella sfera di responsabilità dello Stato ed essere oggetto di diritti esclusivi o speciali.

È anche opportuno rammentare che, nella precitata sentenza Lottomatica, la Corte ha distinto tra un trasferimento di responsabilità al concessionario in merito alle operazioni di lotto - qualificabili come attività appartenenti alla sfera di responsabilità dello Stato nel senso indicato - e la semplice fornitura all'ammini-

²¹⁹ Sentenza della Corte del 26 aprile 1994, causa C-272/91, Commissione/Italia (Lottomatica).

²²⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale La Pergola nella causa C-360/96, Arnhem; Conclusioni dell'Avvocato generale Alber nella causa C- 108/98, RI. SAN Srl/Comune di Ischia.

²²¹ Nella sentenza del 10 novembre 1998 nella causa C-360/96, Arnhem, punto 25, la corte ha scartato la qualifica di concessione di servizi poiché la remunerazione versata consisteva unicamente in un prezzo pagato dai pubblici poteri e non nel diritto a gestire il servizio.

strazione di sistemi informatici. Nel caso specifico, essa ha concluso che, mancando un tale trasferimento, si è in presenza dell'appalto pubblico.

Dal momento che soltanto la direttiva 93/37/CEE prevede un regime particolare per le procedure da seguire nell'attribuzione di una concessione di lavori, è utile stabilire in quale caso ci si trovi in presenza di una concessione di tale tipo, soprattutto se si tratta di un contratto misto che comporti anche un aspetto "prestazione di servizi". Più specificamente, tale ipotesi si verifica nella quasi totalità dei casi, poiché il concessionario di lavori pubblici presta molto spesso un servizio all'utente nell'ambito dell'opera realizzata.

In relazione alla delimitazione del campo di applicazione delle norme delle direttive lavori e servizi, il considerando 16 di quest'ultima precisa che se i lavori sono accessori e non sono oggetto del contratto, essi non possono giustificare la classificazione del contratto come appalto pubblico di lavori.

Tali disposizioni sono state interpretate dalla Corte di Giustizia nella causa *Gestión Hotelera Internacional* in cui la Corte ha dichiarato che «*qualora i lavori da effettuare abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dell'aggiudicazione, l'aggiudicazione nel suo insieme non può essere qualificata come appalto di lavori pubblici*»²²². Il problema dei contratti misti è stato affrontato dalla Corte di Giustizia anche in un'altra causa²²³ dalla quale risulta che se un contratto ha due oggetti distinti (come nel caso di forniture e di servizi) è bene applicare ad ognuno di essi le rispettive norme specifiche.

Nonostante tali principi siano stati sviluppati in materia di appalti pubblici, la Commissione Europea ritiene corretto ed opportuno un approccio simile per stabilire se una concessione sia disciplinata o meno dalla direttiva lavori. Infatti, il campo di applicazione *ratione materiae* di quest'ultima è, in effetti, lo stesso, sia nel caso di appalto di lavori, sia nel caso di concessione di lavori²²⁴.

Pertanto, secondo la Commissione, è opportuno stabilire se l'oggetto principale del contratto di concessione riguardi la costruzione di un'opera o l'esecuzione e realizzazione di lavori per conto del concedente oppure se, di contro, tali

²²² Sentenza della Corte del 19 aprile 1994 nella causa C-331/92 *Gestion Hôtelière*, Racc. I-1329.

²²³ Sentenza della Corte del 5 dicembre 1989 nella causa 3/88, *Data Processing*, Racc. 4035.

²²⁴ La Corte, del resto, ha fatto riferimento allo stesso principio per delimitare gli appalti di forniture e di servizi nella sentenza del 18 novembre 1999 nella causa C-107/98, *Teckal Srl* contro comune di Viano e AGAC di Reggio Emilia (*Teckal*).

lavori o la costruzione di tale opera siano meramente accessori rispetto all'oggetto principale del contratto.

Se il contratto riguarda principalmente la costruzione di un'opera per conto del concedente, si tratta, secondo la Commissione, di una concessione di lavori.

In tale ipotesi, sempre che si raggiunga la soglia di applicazione della direttiva (5.000.000 Euro), si applica il regime previsto dalla direttiva lavori, anche se esistono aspetti legati ai servizi. La circostanza che i lavori o le opere siano di fatto realizzate da terzi non influisce sulla natura del contratto di base: l'oggetto del contratto, infatti, è sempre lo stesso.

Al contrario, invece, un contratto di concessione che contempli la realizzazione di lavori solo a titolo accessorio, o riguardi unicamente la gestione di un'opera esistente, va trattato come una concessione di servizi.

Del resto è anche possibile che alcune operazioni contemplino sia la realizzazione di un'opera o la realizzazione di lavori che la prestazione di servizi. Per cui, a margine di una concessione di lavori, possono concludersi delle concessioni di servizi per attività complementari, ma indipendenti dalla gestione della concessione dell'opera. Ad esempio, i servizi di ristoro di un'autostrada possono essere oggetto di una concessione di servizi diversa dalla concessione di costruzione o di gestione dell'autostrada. Secondo la Commissione, quando gli oggetti dei contratti sono dissociabili, a ogni tipo di contratto si applicano le norme ad esso relative.

Benché le concessioni non siano contemplate dalle direttive sugli appalti pubblici, esse sono soggette alle norme e ai principi del Trattato istitutivo dell'Unione Europea nella misura in cui siano riconducibili ad atti di uno Stato membro e abbiano per oggetto la prestazione di attività economiche.

Infatti in ogni atto dello Stato²²⁵, sia esso contrattuale che unilaterale, che stabilisca le condizioni alle quali è soggetta una prestazione di attività economi-

²²⁵ L'espressione deve intendersi nel senso più alto del termine e cioè gli atti adottati dall'insieme delle autorità pubbliche che fanno parte dell'organizzazione dello Stato (enti pubblici territoriali, regioni, circoscrizioni amministrative, comunità autonome, comuni) nonché quelli adottati da qualsiasi altro organismo che, pur godendo di personalità giuridica autonoma, sia collegato allo Stato da vincoli così stretti da poter essere considerato come facente parte dell'organizzazione di questo. Sono ugualmente compresi nella nozione di atti dello Stato gli atti ad esso imputabili, gli atti cioè che, pur non essendo adottati da pubbliche autorità, sono imputabili a queste ultime in virtù degli strumenti di intervento di cui esse dispongono per impedirne l'adozione o imporle la modifica.

che, va valutato alla luce delle disposizioni del Trattato e, in particolare, del dettato degli articoli da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66)²²⁶.

Per questo, sono oggetto della Comunicazione della Commissione Europea del 24 Febbraio 1999 gli atti riconducibili allo Stato per mezzo dei quali un'autorità pubblica affida a un soggetto - sia con un contratto, sia con un atto unilaterale che abbia ricevuto il consenso di tale soggetto - la gestione totale o parziale di servizi che normalmente ricadono nell'ambito di prerogative dello Stato, e per i quali il soggetto in questione assume il rischio di gestione.

Tenuto conto di quanto detto finora e fatte salve le norme del diritto comunitario che potrebbero trovare applicazione, la succitata comunicazione non riguarda sia gli atti tramite cui un'autorità pubblica conferisce un'abilitazione o concede un'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica, e ciò anche qualora simili atti fossero considerati come concessioni in alcuni Stati membri²²⁷, che gli atti relativi ad attività a carattere non economico, come la scuola dell'obbligo o la sicurezza sociale. Invece, quando una concessione giunge alla sua naturale scadenza, il suo rinnovo è assimilabile a una nuova concessione e, di conseguenza, rientra nell'oggetto della Comunicazione della Commissione Europea.

Un problema particolare, invece, si pone se tra concessionario e concedente esiste una forma di delega interorganica che non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice²²⁸.

La questione dell'applicazione del diritto comunitario a simili relazioni è stata affrontata dalla Corte²²⁹ e le ulteriori cause attualmente pendenti davanti alla Corte potranno apportare elementi di novità al riguardo.

Al contrario, invece, le relazioni tra autorità pubbliche e imprese pubbliche incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, ricadono, in

²²⁶ Un ragionamento simile va seguito riguardo alle concessioni di forniture, che vanno valutate rispetto agli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36) del Trattato CE.

²²⁷ Per esempio, le concessioni di taxi o l'autorizzazione ad utilizzare la strada pubblica (edicole dei giornali, caffè all'aperto), gli atti riguardanti le farmacie, i distributori di benzina.

²²⁸ Relazioni analoghe a quelle relative al fenomeno talvolta definito "in-house".

²²⁹ Nella precitata sentenza Teckal, la Corte ha sottolineato che affinché sia applicabile la direttiva 93/36/CEE «basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo», aggiungendo che «può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano» (punto 50).

via di principio, nell'ambito della Comunicazione²³⁰. È vero che, secondo una giurisprudenza costante della Corte²³¹, non c'è nulla del Trattato che possa impedire agli Stati membri di sottrarre al gioco della concorrenza, per motivi di pubblico interesse di natura non economica, taluni servizi di interesse generale conferendo dei diritti esclusivi²³². Tuttavia, la Corte aggiunge che le modalità di organizzazione e l'esercizio di un monopolio così istituito non devono violare le disposizioni del trattato in materia di libera circolazione delle merci e dei servizi o le norme di concorrenza²³³. Inoltre, anche le modalità di conferimento di tali diritti esclusivi sono sottoposte alle norme del Trattato e possono, pertanto, rientrare nel campo di applicazione della suddetta Comunicazione.

Come già precedentemente precisato, soltanto le concessioni di lavoro il cui importo sia uguale o superiore alla soglia fissata dalla direttiva 93/37/CEE (5.000.000 Euro) sono oggetto di un regime specifico.

Ciononostante, le concessioni, come del resto qualsiasi atto dello Stato che stabilisca le condizioni cui è soggetta una prestazione di attività economiche, ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 e da 43 a 55 del Trattato CE o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte²³⁴.

Si tratta, in particolare, dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità²³⁵.

²³⁰ Nel settore dell'audiovisivo, occorre tenere conto del protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri, allegato al Trattato di Amsterdam, che modifica il Trattato sull'Unione Europea (entrato in vigore nel Maggio 1999).

²³¹ Sentenza Sacchi del 30 aprile 1974 nella causa 155/73 e *Elliniki Radiophonia* del 18 giugno 1991 nella causa C-260/89.

²³² Sentenza precitata *Elliniki Radiophonia*, punto 10.

²³³ Sentenza precitata *Elliniki Radiophonia*, punto 12.

²³⁴ È opportuno ricordare che, per ciò che riguarda il settore dei trasporti, le importanti disposizioni in materia di libera prestazione di servizi, sono, ai sensi e per gli effetti del rinvio contenuto nell'art. 51, gli articoli 70-80 del Trattato CEE. Tuttavia, secondo una giurisprudenza costante della Corte di giustizia, i principi generali di diritto comunitario si applicano in questa materia (Cfr. Sentenze del 4 aprile 1974, causa C-167/73, Commissione/Francia, del 30 aprile 1986, cause riunite 209/84 e 213/84, *Ministre Public/ASJES* e altri, del 17 maggio 1994, causa C-18/93, *Corsica ferries*, del 1 ottobre 1998, causa C-38/97, *Autotrasporti Librandi snc/Cuttica*). I servizi di trasporto per ferrovia, strada e vie navigabili sono, inoltre, disciplinati dal regolamento (CEE) n. 1191/69 così come modificato dal regolamento (CEE) n. 1893/91 che prevede i meccanismi e le procedure che le autorità pubbliche possono utilizzare al fine di assicurarsi che i loro obiettivi per il trasporto pubblico vengano raggiunti.

²³⁵ È evidente che gli atti e i comportamenti del concessionario sono soggetti alle norme e ai principi suddetti nella misura in cui siano ascrivibili allo Stato ai sensi della giurisprudenza della Corte.

Il Trattato UE non limita la facoltà degli Stati membri di ricorrere alle concessioni qualora ne abbiano la necessità, purché le modalità della scelta siano compatibili con il diritto comunitario. Gli Stati membri, pur rimanendo liberi, in base al dettato del Trattato, di stabilire norme materiali e procedurali, sono vincolati a rispettare tutte le disposizioni pertinenti del diritto comunitario e, in particolare, i divieti che derivano dai principi sanciti dal trattato UE in tema di diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi. La Corte ha, del resto, sottolineato l'importanza dei principi e delle norme derivanti dal Trattato, precisando, in particolare, che le direttive relative agli appalti pubblici sono volte, da una parte, «*a facilitare la realizzazione effettiva, all'interno della Comunità, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi*» e, dall'altra, «*a garantire l'effettività dei diritti riconosciuti dal Trattato nel settore dei pubblici appalti di lavori e forniture*»²³⁶.

Talvolta alcuni Stati membri hanno ritenuto che l'attribuzione di una concessione non fosse soggetta alle disposizioni del Trattato, costituendo questa nella delega di un servizio al pubblico poteva essere attribuita soltanto sulla base di una fiducia reciproca (*intuitu personae*). Discende dal Trattato e da una giurisprudenza costante della Corte che le sole giustificazioni in base alle quali atti dello Stato, adottati in violazione degli articoli 43 e 49 del Trattato UE, sfuggono al divieto previsto da detti articoli, sono quelle contemplate dagli articoli 45 e 55, le cui condizioni d'applicazione, precisate dalla Corte e peraltro molto restrittive²³⁷.

Nulla nel Trattato o nella giurisprudenza della Corte permette di prospettare una situazione diversa per le concessioni.

Nonostante, come ricordato precedentemente, il Trattato non contenga alcuna esplicita menzione degli appalti pubblici né delle concessioni, molte delle sue disposizioni rilevano in materia. Si tratta delle norme del Trattato che instaurano e garantiscono il buon funzionamento del Mercato, cioè: le norme che vietano qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità (art. 12, paragrafo 1); le norme relative alla libera circolazione delle merci (art. 28 e ss.); alla libertà di stabilimento

²³⁶ Sentenze del 10 marzo 1987, causa 199/85, Commissione/Italia e del 17 novembre 1993, causa C-71/92, Commissione /Spagna.

²³⁷ La Corte di giustizia ha ritenuto che i compiti del concessionario si limitassero ad attività di tipo tecnico e, come tali, soggette al Trattato.

(art. 43 e ss.); alla libera prestazione di servizi (art. 49 e ss.); nonché le eccezioni a tali norme previste dagli artt. 30, 45 e 46²³⁸ e le disposizioni dell'art. 86 del Trattato che possono, altresì, fare da guida nella determinazione della legittimità della concessione dei diritti.

È opportuno esplicitare le norme e i principi applicati e sanciti dalla Corte: se è vero, infatti, che la giurisprudenza citata riguarda, in parte, gli appalti pubblici, tuttavia i principi che ne derivano hanno, spesso, una portata che supera l'ambito degli appalti pubblici e che, per questo motivo, sono applicabili anche ad altre fattispecie, in primis quella costituita dalle concessioni.

Secondo una ormai consolidata giurisprudenza, secondo la Corte «il principio generale di uguaglianza, di cui il divieto di discriminazione a motivo della cittadinanza è solo un'espressione specifica, è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario. Questo principio impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata»²³⁹.

La Corte ha, inoltre, precisato che il principio di parità di trattamento, del quale sono espressioni gli art. 43 e 49 del Trattato UE «vieta non solo le discriminazioni palesi a motivo della cittadinanza, (...) ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze»²⁴⁰.

Il principio di parità di trattamento implica, in particolare, che le regole del gioco siano conosciute e sottoscritte da tutti i potenziali concessionari e si applichino a tutti allo stesso modo. Risulta dalla giurisprudenza della Corte²⁴¹ che l'osservanza del suddetto principio esige non solo la fissazione di condizioni d'accesso non discriminatorie dell'attività economica, ma anche che le autorità pubbliche adottino ogni misura tesa a garantire l'esercizio di questa attività.

La Commissione ritiene che da questa giurisprudenza derivi in maniera netta ed inequivocabile l'obbligo di ottemperare al principio di messa in concorrenza.

²³⁸ La Commissione ricorda che misure restrittive, anche se non discriminatorie, sono contrarie agli articoli 43 e 49 del Trattato quando non siano giustificate da esigenze imperative d'interesse generale degne di tutela. È il caso delle misure che non sono né adeguate, né necessarie per raggiungere lo scopo perseguito.

²³⁹ Sentenza dell'8 ottobre 1980, causa 810/79, *Überschär*.

²⁴⁰ Sentenza del 13 luglio 1993, causa C-330/91, *Commerzbank*; si confronti anche la sentenza del 3 febbraio 1982, cause riunite 62 e 63/81, *Seco e Desquenne*.

²⁴¹ Sentenza *Raulin* del 26 febbraio 1992, causa C-357/89; sentenza 7 luglio 1992, causa C-295/90.

Nelle sentenze Storebælt²⁴² e Bus Wallons²⁴³ la corte ha sottolineato le implicazioni del principio di parità di trattamento in tema di appalti pubblici affermando, da una parte, che l'osservanza del principio di parità di trattamento esige che tutte le offerte siano conformi alle prescrizioni del capitolato d'oneri affinché sia possibile un confronto obiettivo tra le offerte, e, dall'altra, che se un ente aggiudicatore tiene conto di una modifica apportata alle offerte iniziali di un solo offerente, quest'ultimo è avvantaggiato rispetto ai suoi concorrenti, il che viola il principio della parità di trattamento degli offerenti e nuoce alla trasparenza della procedura. La Corte ha, inoltre, constatato che *«la procedura del raffronto tra le offerte (deve) rispettare, in tutte le fasi, tanto il principio della parità di trattamento degli offerenti quanto quello della trasparenza, affinché tutti gli offerenti (dispongano) delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte»*²⁴⁴.

Si può, dunque, concludere che la Corte non ha mancato di evidenziare, in parte della sua giurisprudenza relativa all'applicazione delle direttive, che il principio della parità di trattamento degli offerenti prescinde da una eventuale discriminazione fondata sulla loro nazionalità o su altri criteri distintivi.

L'applicazione di questo principio alle concessioni (che è ovviamente possibile solo quando l'amministrazione aggiudicatrice negozia con più candidati) lascia il concedente libero di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata, più precisamente in funzione delle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi della procedura. Tuttavia ciò implica che la scelta del candidato o dei candidati deve essere portata a termine in base a criteri obiettivi e che la procedura deve svolgersi nel rispetto delle regole procedurali e dei requisiti fondamentali così come stabiliti inizialmente²⁴⁵. Nel caso in cui, invece, non siano state fissate determinate regole cui fare riferimento, l'applicazione del principio di parità di trattamento esige, comunque, che la scelta dei candidati avvenga in maniera obiettiva.

²⁴² Sentenza 22 giugno 1993, causa C-243/89, punto 37.

²⁴³ Sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94. Si confronti anche la sentenza del Tribunale di primo grado del 17 dicembre 1998, T-203/96, Embassy Limousines & Services.

²⁴⁴ *Idem*.

²⁴⁵ Ad esempio, anche se il capitolato d'oneri può prevedere la possibilità per i candidati di introdurre miglioramenti tecnici rispetto alle soluzioni previste dal concedente aggiudicatore (il che si verifica sovente nei casi di progetti di infrastrutture complessi), tali miglioramenti non possono riguardare i requisiti essenziali di un progetto e devono essere delimitati.

Pertanto sono considerate contrarie a dette norme del Trattato ed al principio di parità di trattamento, ad esempio, le disposizioni che riservano determinati contratti pubblici alle società a prevalente o totale partecipazione statale o pubblica, diretta o indiretta; le pratiche che permettono l'accettazione di offerte non conformi al capitolato o modificate successivamente alla loro apertura; la presa in considerazione di soluzioni alternative, nei casi in cui tale possibilità non sia stata prevista dal progetto iniziale. Il progetto iniziale, inoltre, non deve essere snaturato, nel corso della procedura, rispetto ai criteri e alle esigenze fissati all'inizio della stessa.

Accade, talvolta, che il concedente non avendo la possibilità di definire i propri bisogni in termini tecnici sufficientemente precisi, ricorra a offerte alternative idonee a fornire soluzioni diverse a un problema espresso in termini generali. In casi come questi, tuttavia, il capitolato d'oneri deve comunque, al fine di garantire una concorrenza sana ed efficace, presentare in maniera non discriminatoria ed obiettiva quanto richiesto ai candidati e, soprattutto, i modi di approccio che essi devono seguire nel preparare le loro offerte. In tal modo, ciascun offerente sa in anticipo di poter prospettare soluzioni tecniche differenti. Più in generale, il capitolato d'oneri non deve comportare elementi contrari alle norme e ai principi del trattato succitati. Inoltre, è opportuno sottolineare che i bisogni del concedente possono anche essere determinati in collaborazione con imprese del settore, a condizione che ciò non abbia l'effetto di limitare la concorrenza.

Occorre evidenziare poi la correlazione tra il principio della trasparenza ed il principio della parità di trattamento.

Nella quasi totalità degli Stati membri esistono regole o prassi amministrative in materia di concessione secondo le quali gli enti che intendano affidare ad un terzo la gestione di un'attività economica devono, per garantire un minimo di trasparenza, rendere pubblica la loro intenzione con modalità appropriate.

Come riconosciuto anche dalla giurisprudenza più risalente della Corte²⁴⁶, il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità implica un obbligo di trasparenza finalizzato a permettere all'amministrazione aggiudicatrice di garantirne il rispetto.

²⁴⁶ Sentenza del 18 novembre 1999 nella causa C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, punto 31.

La trasparenza può essere garantita con ogni mezzo appropriato, compresa la pubblicazione, in funzione e per tener conto delle specificità del settore in questione²⁴⁷. Siffatte forme di pubblicità contengono, in generale, le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari possano decidere se sono interessati a partecipare alla procedura (ad esempio, criteri di selezione e di attribuzione, ecc), ivi compreso l'oggetto della concessione nonché la natura ed estensione delle prestazioni attese dal concessionario.

Fa parte "*dei principi generali del diritto comunitario*"²⁴⁸ anche il principio di proporzionalità, donde le autorità nazionali sono tenute ad osservare tale principio nel momento in cui applicano il diritto comunitario²⁴⁹, anche quando godono di un ampio margine di potere discrezionale²⁵⁰.

Il principio di proporzionalità esige che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti²⁵¹. Uno Stato membro, infatti, nella scelta dei provvedimenti da adottare, deve fare riferimento a quelli che comportino le minori turbative per l'esercizio di un'attività economica.

Applicato alle concessioni, questo principio, pur lasciando alle amministrazioni concedenti la facoltà di definire, in particolare in termini di prestazioni e di specifiche tecniche, l'obiettivo da raggiungere, esige, però, che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato in relazione all'obiettivo prefissato. Ad esempio, uno Stato membro non può esigere, ai fini della selezione dei candidati, capacità tecniche, professionali o finanziarie sproporzionate o eccessive rispetto all'oggetto della concessione.

Il principio di proporzionalità esige anche che la concorrenza si concili con l'equilibrio finanziario, quindi la durata della concessione deve essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza più di quanto sia necessario per ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali investiti in misura

²⁴⁷ La trasparenza può essere garantita, tra l'altro, mediante la pubblicazione di un avviso o di una preinformazione in quotidiani, giornali specializzati o mediante affissione.

²⁴⁸ Sentenza 11 luglio 1989, causa 265/87, punto 21.

²⁴⁹ Sentenza 27 ottobre 1993, causa 127/92, punto 27.

²⁵⁰ Sentenza del 19 giugno 1980, cause riunite 41/79, 121/79 e 796/79, Testa e al punto 21.

²⁵¹ La stessa cosa, analogamente, si può dire per quanto riguarda, ad esempio, l'obbligo di garantire un elevato livello di protezione all'ambiente o l'applicazione del principio di prudenza.

ragionevole²⁵² pur mantenendo sul concessionario il rischio derivante dalla gestione. Infine alcuni cenni merita anche il principio di mutuo riconoscimento.

Quest'ultimo, precisato e ribadito in una vasta giurisprudenza²⁵³ in materia di libera circolazione delle merci, delle persone e dei servizi, consiste nel fatto che uno Stato membro è tenuto ad accettare i prodotti ed i servizi forniti da operatori economici di altri paesi dell'Unione Europea, nella misura in cui tali prodotti e servizi rispondano in modo equivalente e fungibile agli obiettivi e finalità legittimamente perseguiti dallo Stato membro destinatario.

Più precisamente, l'applicazione di tale principio all'ambito delle concessioni implica, in particolare, che lo Stato membro in cui la prestazione è fornita sia tenuto ad accettare le specifiche tecniche, i controlli, nonché i titoli, i certificati e le qualifiche prescritti in un altro Stato membro, nella misura in cui essi siano riconosciuti equivalenti a quelli richiesti dallo Stato membro destinatario della prestazione.

Dopo aver illustrato l'atteggiarsi dei singoli principi sanciti nel Trattato in riferimento agli istituti dell'appalto e della concessione, occorre concludere facendo

²⁵² Cfr. Sentenza dell'8 luglio 1999, causa T-266/97, *Vlaamse Televisive Maatschappij NV*, punto 108. Secondo il Tribunale di primo grado, il Trattato deve essere applicato «quando un provvedimento adottato da uno Stato membro costituisca una restrizione alla libertà di stabilimento dei cittadini di un altro Stato membro nel suo territorio e procuri, al tempo stesso, vantaggi ad un'impresa dotandola del diritto esclusivo, a meno che siffatto provvedimento statale non persegua uno scopo legittimo, compatibile col Trattato, e non si giustifichi permanentemente con esigenze imperative connesse all'attività generale». In questo caso il Tribunale di primo grado aggiunge che «occorre ancora che il provvedimento nazionale di cui trattasi sia atto a garantire il raggiungimento dello scopo che esso persegue e non vada oltre quanto necessario al raggiungimento di tale scopo».

²⁵³ Questo principio è affermato dalla giurisprudenza comunitaria in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, più precisamente nella sentenza *Vlassopoulou*, del 7 maggio 1991, causa C-340/89 e nella sentenza *Dennemeyer* del 25 luglio 1991, causa C-76/90).

Nella prima sentenza, la Corte constata che «requisiti nazionali di qualificazione, anche se applicati senza discriminazioni fondate sulla nazionalità, possono produrre l'effetto di frapponere ostacoli all'esercizio, da parte di cittadini di altri Stati membri, del diritto di stabilimento loro garantito dall'art. 43 del Trattato. Tale potrebbe essere il caso se le norme nazionali considerate facessero astrazione dalle conoscenze e dalle qualifiche già acquisite dall'interessato in un altro Stato membro». Nella seconda sentenza, la Corte precisa in particolare che «uno Stato membro non può subordinare l'esecuzione della prestazione di servizi sul suo territorio all'osservanza di tutte le condizioni prescritte per lo stabilimento, perché altrimenti priverebbe di qualsiasi effetto utile le norme del Trattato dirette a garantire appunto la libera prestazione dei servizi. Infine, vi è un'altra pronuncia da rammentare e tenere presente: quella relativa alla sentenza *Webb* del 17 dicembre 1981 (causa 279/80) in cui la Corte ha aggiunto che la libera prestazione di servizi richiede che «(...) lo Stato membro destinatario della prestazione (...) tenga conto della documentazione e delle garanzie già presentate dal prestatore di servizi per poter esercitare la propria attività nello Stato membro in cui è stabilito».

riferimento alle norme sulla pubblicità contenute nella Direttiva 93/37/CEE avente ad oggetto le concessioni di lavori.

Per quanto attiene a queste ultime, infatti, le amministrazioni aggiudicatrici sono obbligate a pubblicare sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea un bando di concessione secondo il modello previsto dalla direttiva 93/37/CEE al fine di aprire tale contratto alla concorrenza a livello europeo²⁵⁴.

Una problematica messa in evidenza dalla Commissione Europea riguarda l'attribuzione di concessioni tra persone giuridiche pubbliche. Sembrerebbe, infatti, che alcuni Stati membri interpretino le disposizioni della direttiva 93/37/CEE relative alle concessioni di lavori nel senso che esse non si applicherebbero ai contratti stipulati tra un ente pubblico e una persona giuridica di diritto pubblico.

La suddetta direttiva, viceversa, impone una pubblicità preliminare per l'attribuzione di ogni contratto di concessione di lavori pubblici, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del concessionario potenziale. L'art. 3, paragrafo 3, della direttiva, del resto, prevede espressamente che il concessionario possa essere un'amministrazione aggiudicatrice contemplata dalla direttiva, il che implica che questo tipo di relazione sia soggetto, a monte, ad una pubblicazione ex art. 3, paragrafo 1, della stessa direttiva.

Per quanto, invece, attiene alla procedura, il concedente è libero di scegliere quella che ritiene più appropriata e, quindi, anche di esperire una procedura negoziata.

La stessa direttiva 93/37/CEE ha definito, inoltre, alcune regole per quanto riguarda gli appalti attribuiti dal concessionario di lavori pubblici per appalti di valore pari o superiore a 5.000.000 Euro.

Queste, però, variano in funzione del tipo di concessionario: se il concessionario è esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva, i contratti per l'esecuzione dei lavori devono essere attribuiti nel pieno rispetto di

²⁵⁴ «Per realizzare la finalità della direttiva consistente nel garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici, i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara devono costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici» (Sentenza del 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes, punto 21).

tutte le disposizioni previste dalla direttiva per gli appalti pubblici di lavori²⁵⁵; se il concessionario, invece, non è un'amministrazione aggiudicatrice, la direttiva prescrive unicamente il rispetto di talune norme di pubblicità. Tali disposizioni, tuttavia, non si applicano nei casi in cui il concessionario attribuisca appalti di lavori ad imprese collettive ex art. 3, paragrafo 4 della direttiva. La direttiva, inoltre, stabilisce che l'elenco limitativo di tali imprese deve essere allegato alla candidatura per la concessione ed aggiornato, in seguito, secondo le modifiche che intervengono successivamente nei collegamenti tra le imprese. Dal momento che questo elenco è limitativo, il concessionario non potrà invocare la non applicabilità delle norme di pubblicità per l'attribuzione di un appalto di lavori ad un'impresa che non figuri in detto elenco.

Di conseguenza, il concessionario, sia nel caso in cui sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva, sia nel caso in cui non rivesta tale ruolo, è sempre obbligato a rendere nota a livello comunitario la sua intenzione di affidare a terzi un appalto di lavori.

Infine, è opportuno sottolineare che nel caso in cui uno Stato membro utilizzi come intermediario una società collegata per attribuire gli appalti di lavori ad imprese terze senza l'espletamento di una gara, disattende le disposizioni della direttiva per ciò che riguarda i lavori eseguiti da terzi.

Infine, occorre fare riferimento al regime delle concessioni nel caso di particolari settori, denominati "settori speciali", ossia quello dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni.

Dal momento che la direttiva di riferimento, la 93/38/CEE, non è esaustiva, per stabilire le norme applicabili risultano elementi decisivi la personalità giuridica del concedente e l'attività che quest'ultimo svolge.

Una prima ipotesi riguarda l'attribuzione da parte dello Stato o di un altro ente pubblico non operante specificamente in uno dei quattro settori qualificati come "speciali", di una concessione riguardante un'attività economica in uno dei quattro ambiti succitati. Questo tipo di attribuzione è disciplinata dalle norme e dai

²⁵⁵ Analogamente per i concessionari di servizi che sono amministrazioni aggiudicatrici ai sensi della direttiva. Le disposizioni di quest'ultima si applicano alle procedure di aggiudicazione degli appalti da esse lanciati nel quadro della concessione.

principi del Trattato istitutivo dell'Unione Europea, nonché dalla direttiva lavori se si tratta di una concessione di lavori.

Una seconda ipotesi è quella di un ente pubblico, operante specificamente in uno dei settori di cui alla direttiva settori speciali, che decida di attribuire una concessione. Le norme ed i principi del Trattato sono applicabili nella misura in cui il concedente è un ente pubblico. Anche nel caso di una concessione di lavori, soltanto le norme ed i principi del Trattato troveranno applicazione, non essendo applicabili la direttiva lavori all'assegnazione di concessioni da parte di un ente che operi specificamente nei settori di cui alla direttiva 93/38/CEE.

Infine, nell'ipotesi in cui il concedente sia un ente privato, quest'ultimo non è sottoposto né alle norme, né ai principi sopra descritti²⁵⁶. L'importanza e le ricadute della Comunicazione della Commissione Europea in tema di concessione ha indotto anche il Dipartimento delle Politiche Comunitarie della Presidenza del Consiglio del governo italiano, a intervenire sulla materia con una circolare di chiarimento (Circolare 1° Marzo 2002, n. 3944), pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 102 del 3 Maggio 2002.

Si tratta di un documento di estrema importanza non solo per il rilievo nazionale dei chiarimenti offerti ai fini del diritto interno, ma anche per il maggior approfondimento che viene espresso sul tema degli appalti e delle concessioni di servizi mettendo in evidenza le differenze sostanziali fra i due differenti istituti.

²⁵⁶ Tuttavia, nella misura in cui il concessionario beneficia di diritti esclusivi o speciali per attività di cui alla direttiva settori speciali, per questi appalti pubblici esso dovrà rispettare le norme di tale direttiva.

CAPITOLO TERZO

IL PROJECT FINANCING

Sommario: 3.1. Origini dell'istituto - 3.2. Definizioni dell'istituto - 3.3. I soggetti - 3.3.1. I promotori - 3.3.2. L'ente pubblico concedente - 3.3.3. La società di progetto - 3.3.4. Gli investitori e i finanziatori - 3.3.5. I realizzatori - 3.3.6. I gestori - 3.3.7. I fornitori - 3.3.8. I garanti - 3.3.9. Gli acquirenti - 3.4. I possibili schemi di P.F. - 3.5. L'ambito di applicazione oggettiva del P.F. - 3.6. Lo studio di fattibilità economico-finanziario - 3.7. I rischi di progetto - 3.8. La legislazione regionale in materia di finanza di progetto - 3.9. La disciplina del P.F. nel nostro ordinamento.

3.1. Origini dell'istituto

Tracciare la storia e le origini dell'istituto del *project financing* non è un compito agevole, soprattutto a causa delle difficoltà che si incontrano nel voler definire quando un'operazione finanziaria si possa ricomprendere in questa categoria.

Le prime forme di *project financing* si possono rinvenire negli Stati Uniti: il *project financing*, infatti, trae origine dai *production payment financing*, utilizzati nello sfruttamento dei giacimenti petroliferi del Texas.

Il *production payment financing* è una tecnica finanziaria in base alla quale un istituto di credito concede un prestito a fronte della garanzia costituita da determinate riserve di petrolio o minerali. Se il volume di tali riserve, le dinamiche attese nel prezzo del prodotto e la fattibilità tecnica delle operazioni di estrazione sono giudicate soddisfacenti, il prestito può escludere la rivalsa sul mutuatario, offrendo per contro al finanziatore il diritto di rientrare in possesso dei propri fondi tramite la vendita delle riserve.

Questo genere di accordi venne perfezionato in seguito in Gran Bretagna nella prima metà degli anni Settanta e destinato a finanziare l'estrazione del petrolio scoperto nei fondali del Mar del Nord. La *British Petroleum*, infatti, costituì una società *ad hoc*, chiamata Norex, finalizzata a raccogliere i fondi necessari a finan-

ziare la costruzione delle piattaforme di trivellazione di *Forties Field*, a fronte della redditività attesa dallo sfruttamento di quei giacimenti²⁵⁷.

La portata dell'iniziativa, la complessità dell'operazione e i rischi correlati erano di gran lunga superiori alle capacità di ogni singola compagnia petrolifera o consorzio di compagnie²⁵⁸, pertanto venne applicato il principio della distribuzione dei rischi e della suddivisione dei costi tra un numero più elevato di soggetti, ognuno responsabile di una quota variabile in relazione alla propria propensione all'assunzione del rischio stesso.

La filosofia su cui si basa un'operazione di *project financing* è rappresentata, come vedremo in questo capitolo che costituisce il nucleo centrale di questo nostro studio, dal diretto coinvolgimento di soggetti privati per la realizzazione di opere pubbliche.

Questa tecnica di finanziamento fornisce alle Amministrazioni pubbliche uno strumento ed un mezzo per reperire capitali da destinare alle spese di investimento data l'attuale carenza di fondi pubblici²⁵⁹.

Altra parte della dottrina²⁶⁰ ha rinvenuto il più risalente esempio di *project financing* nel prestito accordato nel 1299 alla Corona inglese dalla banca fiorentina dei Frescobaldi e diretto a finanziare le attività estrattive di una miniera d'argento nella collina di Devon. Il prestito in questione comportava per la banca Frescobaldi il diritto di controllo su tutte le operazioni della miniera e la possibilità di vedersi ripagati i costi anticipati per conto della Corona dal valore dell'argento estratto. Attualmente questa peculiare tecnica di finanziamento, che è quanto di più vicino a ciò che abbiamo sopra definito *production payment financing*, è chiamata *production payment loan*²⁶¹.

²⁵⁷ Cfr. G. SALVATO, G. TAMBURI (a cura di), *Privatizzare con il project financing. Tecniche, evoluzioni normative, esperienze e proposte per finanziare le opere pubbliche in uno Stato senza soldi*, Roma, 1996, pag. 43 e ss.

²⁵⁸ Cfr. S. KLEIMER, W. MEGGISTON, *An empirical analysis of limited recourse project finance*, University of Oklahoma, 1999, pag. 20 e ss.

²⁵⁹ A conferma dell'origine anglosassone di questa tecnica di finanziamento e per i suoi successivi sviluppi proprio in riferimento agli enti territoriali inglesi, si consulti: D. RAWLINSON, B. TANNER, *Financial management in local government*, Londra, 1996.

²⁶⁰ Cfr. E. C. BULJEVICH, Y. S. PARK, *Project financing and the international financial markets*, Whashington, 1999, pag. 15 e ss.

²⁶¹ Cfr. J. D. FINNERTY, *Project financing. Asset-Based Financial Engineering*, New York, 2007, pag. 18 e ss.

Anche le spedizioni commerciali intraprese nei Paesi del lontano Oriente nel XVII e XVIII secolo dalle Compagnie delle Indie Olandesi o Britannica furono finanziate con questa tecnica che si caratterizzava per il fatto che i finanziatori venivano ripagati attraverso la liquidazione del carico di merci secondo la loro quota di partecipazione direttamente proporzionale al capitale investito inizialmente²⁶².

Da questi primi cenni sulle origini del project financing risulta ribadito che si tratti di una pratica finanziaria nata e diffusasi dapprima «negli ordinamenti di common law ad opera della prassi del commercio internazionale, in linea con una sempre più rapida circolazione dei modelli giuridici»²⁶³.

3.2. *Definizione dell'istituto*

Il *project financing* è, quindi, una tecnica di finanziamento utilizzata per la realizzazione di progetti finanziariamente indipendenti, ad alto fabbisogno di capitale e di elevata complessità. Le caratteristiche specifiche sopra tratteggiate, impongono la collaborazione di svariati soggetti e il frazionamento dei rischi e degli oneri connessi all'operazione²⁶⁴.

Il *project financing* rappresenta, nell'ambito della finanza, un nuovo strumento economico, completamente diverso rispetto al tradizionale finanziamento²⁶⁵: mentre quest'ultimo si basa essenzialmente sulla valutazione della capacità di rimborso delle imprese finanziate, il project financing identifica nelle prospettive di reddito, o meglio nei *cash flow* attesi di ogni specifico progetto la fondamentale garanzia dell'indebitamento e struttura tempi e modi di erogazione e di rimborso del debito in loro funzione. Alla base di qualsiasi operazione di project financing è, di conseguenza, la capacità, o meglio, l'attitudine dell'attività economica finan-

²⁶² Cfr. P. K. NEVITT, F. J. FABOZZI, *Project financing*, San Francisco, 2000, pag. 55 e ss.

²⁶³ S. PRESILLA, *La società di progetto: struttura portante del project financing*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2004, pag. 2402.

²⁶⁴ Cfr. P. K. NEVITT, F. FABOZZI, *Project financing*, in *Rivista milanese di economia*, Bari, 1995, pag. 21.

²⁶⁵ In Italia, tradizionalmente, i finanziamenti vengono erogati all'impresa nel suo complesso e non soltanto ad una singola iniziativa isolata: responsabile del buon fine del prestito è, dunque, l'impresa con tutto il suo patrimonio.

ziata, cioè del progetto stesso, di produrre i flussi di cassa in grado di garantire il servizio del prestito, nonché un'adeguata remunerazione del capitale investito²⁶⁶.

Per questi motivi, anche se la finanza di progetto ha avuto origine negli USA per soddisfare un fabbisogno di risorse di natura privata, la tecnica in oggetto è particolarmente indicata per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità. Infatti, sotto l'aspetto finanziario, la necessità di contenimento della spesa pubblica, per ridurre il debito dello Stato, obbliga l'Amministrazione: da una parte, a ridurre i deficit di gestione dei servizi pubblici, dall'altra, ad assumere un atteggiamento "privatistico", nel quale gli investimenti devono potersi ripagare attraverso la riscossione di tariffe, facendo gravare il costo dei servizi sugli effettivi utilizzatori.

In questo senso, tali tendenze si concretizzano non solo nella ricerca di una maggiore attenzione nella gestione dei servizi, ma anche nella necessità di favorire il coinvolgimento di capitali esterni (privati) per mantenere almeno inalterata la capacità di investimento in infrastrutture pubbliche.

Due sono le condizioni necessarie affinché tali obiettivi possano essere raggiunti: lo spostamento dell'attenzione, per quanto riguarda gli aspetti finanziari, dal "soggetto" investitore al "progetto" dell'infrastruttura da realizzare, ovvero alla capacità di autofinanziamento dell'opera e, in secondo luogo, l'adozione di tecniche che consentano il miglioramento dell'efficienza della gestione di opere e servizi, secondo modelli improntati al conseguimento dell'equilibrio economico-finanziario. Queste due condizioni sottendono sostanzialmente una visione imprenditoriale per cui le opere pubbliche o di pubblica utilità, devono essere considerate dei "progetti economici", nei quali i costi di investimento sono giustificati dal ritorno economico derivante dall'esercizio del servizio: è questo l'elemento essenziale che rende tali progetti particolarmente adatti a essere gestiti in una logica nuova come quella del project financing.

L'affermarsi di tale impostazione ha, poi, conseguenze importanti sia sotto l'aspetto legislativo, per la necessità di norme che definiscano le possibilità di applicazione della tecnica in oggetto, alla realizzazione di opere pubbliche, sia sotto l'aspetto più strettamente tecnico, campo nel quale si cerca di definire le profes-

²⁶⁶ Cfr. C. TAMAROWSKI, *Project financing e opere pubbliche in Italia. Il settore delle costruzioni*, Milano, 2001, pag. 2.

sionalità necessarie per affrontare le problematiche connesse alla realizzazione di interventi complessi, come le grandi infrastrutture, con un approccio di tipo manageriale.

Con riguardo all'aspetto legislativo, negli Stati Uniti la *common law*, ossia la normativa in vigore nei paesi anglosassoni, garantisce il contesto ambientale e normativo ideale per l'impiego e lo sviluppo del *project financing*.

Il termine *common law* indica il diritto che si è affermato in Inghilterra, dopo la conquista normanna nel 1066 e che si è esteso a tutti i paesi di lingua inglese. Si tratta di un diritto "consuetudinario", ossia di una normativa che prevede la "creazione" di una legge solo dopo che si sia realizzata una consuetudine o, più precisamente, dopo che si sia realizzato un "precedente". Il singolo ha, quindi, la possibilità di stipulare un accordo anche se quest'ultimo non è regolamentato e solo dopo che si è verificato il fatto, creando così la consuetudine, il legislatore si preoccupa di emanare, eventualmente, la norma regolatrice²⁶⁷.

Per esempio, quando negli anni '30 le società statunitensi iniziarono a utilizzare il *project financing*, non esisteva nessuna norma che stabilisse dei vincoli o circoscrivesse l'operato delle imprese e così gli amministratori furono in grado di stipulare contratti ed adottare le soluzioni, a loro avviso, migliori, in totale libertà.

Solo dopo che la prima operazione di *project financing* fu realizzata, il legislatore, sulla base della prima esperienza, si preoccupò di redigere dei principi generali che la regolamentassero: in tal modo si tenne conto delle volontà e, quindi, delle esigenze degli attori coinvolti.

Proprio in questo approccio si sostanzia la grande differenza con gli ordinamenti di *civil law*, l'insieme di regole che ordina il diritto nella famiglia romano-germanica e a cui fa riferimento anche il diritto italiano²⁶⁸. Secondo i principi di questa normativa, il singolo non può agire "liberamente", al contrario, prima di porre in essere qualsiasi atto è tenuto ed obbligato ad attendere la legge che lo re-

²⁶⁷ Cfr. C. SALVATO, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, in U. DRAETTA E C. VACCÀ (a cura di), *Il project financing. Caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997, pag. 5 e ss.

²⁶⁸ Cfr. M. E. KLECKNER, *Il project financing e il diritto italiano*, in W. TERNAU (a cura di), *Project Financing*, 1996, pag. 72.

goli: in Italia e in tutti gli ordinamenti di *civil law*, quindi, è necessario che prima vi sia la legge e solo successivamente vi può essere l'azione²⁶⁹.

Riportando i termini della questione al *project financing*, la distinzione messa in evidenza è di fondamentale importanza: in primo luogo perché con la *common law* chi opera può conseguire risultati di altissima efficacia, essendo le interferenze esterne, legislative e giudiziarie, ridotte al minimo. Infatti, proprio l'ampia libertà (la cosiddetta *freedom of contract*) e l'impossibilità per il giudice di modificare, integrare o cancellare gli accordi stabiliti dalle parti, costituiscono elementi fondamentali per la sua affermazione; in secondo luogo, perché il diritto anglosassone si fonda sul principio dell'"adempimento assoluto", che stabilisce «*when the party by his own contract creates a duty or change upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract*»²⁷⁰. Il giudice presume, cioè, che i contraenti abbiano calcolato razionalmente l'affare e rispetta le loro scelte. La certezza nell'adempimento conferisce, quindi, stabilità all'operazione permettendo di sviluppare piani economico-finanziari e strutture contrattuali certe, favorendo così lo sviluppo di operazioni complesse come il *project financing*.

In Italia, invece, la redazione dei contratti richiede particolare attenzione per evitare possibili interventi da parte dell'autorità giudicante che portino all'annullamento, alla risoluzione o alla nullità del contratto. I contratti soggetti al nostro ordinamento devono pertanto prevedere delle deroghe a quelle norme legislative che possono disciplinare, in qualche modo, gli accordi tra le parti²⁷¹.

Anche il codice civile riconosce che la volontà «*ha forza di legge tra le parti*»²⁷², ma la differenza fondamentale rispetto al diritto anglosassone consiste nel fatto che «*il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancan-*

²⁶⁹ *Ivi*, pag. 73.

²⁷⁰ Il principio dell'adempimento assoluto è stato formulato nel lontano 1647 e fa riferimento al contenzioso sorto in Inghilterra fra due soggetti, Pardine e Jane, conosciuto in diritto con il nome di *Cae Pardine vs. Jane*. «Quando la parte mediante un proprio contratto istituisce un obbligo o un onere su sé stesso, egli è tenuto a soddisfarlo, se può, malgrado qualunque impedimento dovuto a necessità inevitabile, perché egli avrebbe dovuto prevederlo con il suo contratto». Sull'argomento si legga G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, Londra, 2001, pag. 763.

²⁷¹ Cfr. M. MISCALI, *La struttura delle operazioni di project financing: aspetti giuridici e fiscali*, in U. DRAETTA E C. VACCÀ (a cura di), *Il project financing. Caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997, pag. 87 e ss.

²⁷² Art. 1372 c.c.

za, secondo gli usi o l'equità»²⁷³. Il giudice dovrà considerare, dunque, oltre alla dichiarazione espressa nel contratto, la manifestazione tacita di volontà; questa, espressa nella formula contrattuale, è soggetta ad una possibile interpretazione da parte del giudice: in questo modo il dettato contrattuale perde quella caratteristica di certezza che è, invece, conferita dal sistema giuridico anglosassone.

Le riflessioni relative al contesto normativo di riferimento della finanza di progetto permettono di comprendere le cause principali che ne hanno ritardato l'introduzione in Italia. Solo di recente, grazie ad uno sforzo del legislatore che ha inteso avvicinare il più possibile la normativa italiana a quella anglosassone attraverso l'emanazione di diverse leggi volte a regolamentare la materia dei lavori pubblici, la finanza di progetto è applicata anche nel nostro paese, principalmente nella realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

Per quanto riguarda, invece, le professionalità necessarie, una operazione complessa come il *project financing* richiede competenze altamente specifiche altamente qualificate. Per questo motivo, l'esperienza accumulata da ogni singolo soggetto nel proprio campo di attività rappresenta un elemento imprescindibile per il successo di qualsiasi operazione. In particolare, tra i soggetti che partecipano a un'iniziativa del genere, estremamente delicato è il ruolo svolto dalle banche, poiché esse valutano, da un lato, la fattibilità economico-finanziaria dell'operazione, ne verificano cioè la convenienza e, dall'altro, intervengono in qualità di finanziatori²⁷⁴.

Proprio riguardo alle competenze occorre operare una netta distinzione tra il nostro paese e l'Europa. Infatti, quest'ultima si caratterizza per la presenza di grandi banche universali abituate a muoversi nell'ambito della finanza di progetto.

Oltre ad avere una dimensione che è spesso superiore a quella dei loro concorrenti italiani, esse possiedono il *know-how* e una clientela consolidata in materia di *project financing* che hanno permesso loro di sviluppare le competenze necessarie a svolgere un'attività di consulenza ad alto livello, in grado di soddisfare le esigenze di uno strumento di finanziamento così complesso.

²⁷³ Art. 1374 c.c.

²⁷⁴ Cfr. S. GATTI, *Il ruolo delle banche nelle operazioni di project financing*, in S. GATTI (a cura di), *Manuale del Project finance*, Roma, 1999, pag. 43.

Il servizio di consulenza fornito è strettamente orientato al cliente ed è spesso organizzato all'interno della banca attraverso la costituzione di un gruppo autonomo, espressamente dedicato alla realizzazione del progetto²⁷⁵. I vari *team* studiano e definiscono i progetti in stretto rapporto con il cliente, ricercano i supporti finanziari ottimali e partecipano al disegno della struttura legale e contrattuale migliore. Si tratta quindi di una forma di consulenza finalizzata alla realizzazione di un *package* completo e non soltanto finanziario. La valutazione del credito passa dalla tradizionale istruttoria, circa il merito e la solidità finanziaria del richiedente, a un'analisi riguardo alla fattibilità del progetto.

Al contrario, in Italia mancano le competenze specifiche, nel senso di una vera cultura della progettazione tecnica e finanziaria orientata al medio e lungo termine, inoltre la valutazione dei rischi del progetto che esse devono compiere è spesso condizionata dal ruolo preponderante assunto dallo Stato nei progetti da realizzare²⁷⁶.

Si sente, pertanto, l'esigenza di un profondo cambiamento di mentalità da parte delle banche tradizionali: entrando attivamente nel mercato del *project financing* esse devono tenere conto, da un lato, delle particolarità che caratterizzano l'esecuzione di un progetto, come i tempi di realizzazione molto lunghi, la notevole complessità e l'onerosità relativamente alta; dall'altro, devono superare i condizionamenti attuali legati alle difficoltà culturali, strutturali e burocratiche²⁷⁷.

Per questi motivi, nel nostro paese, gli istituti di credito tendono a specializzarsi in uno specifico campo applicativo del *project financing*: esistono, infatti, banche attive in particolare nel settore energetico, mentre altre si muovono nel campo delle telecomunicazioni. Questa specializzazione, se non altro, ha il pregio di intensificare le conoscenze in un particolare ambito e in questo modo permette di acquisire un vantaggio competitivo durevole.

Data l'estrema complessità e innovatività, ma date soprattutto le numerose articolazioni e sfaccettature del *project financing*, non è possibile darne una defi-

²⁷⁵ Cfr. S. BOX, S. GATTI, M. NOVO, *L'intervento dei consulenti nelle operazioni di project financing*, in S. GATTI (a cura di), *Manuale del project finance*, Roma, 1999, pag. 155.

²⁷⁶ Cfr. C. TAMAROWSKI, *Project financing e opere pubbliche in Italia. Il settore delle costruzioni*, cit., pag. 5.

²⁷⁷ Cfr. R. ARALDI, *A proposito della correlazione tra singoli investimenti e singoli finanziamenti: il caso del project financing*, in *Problemi di gestione dell'impresa*, 2, Vita e Pensiero, 1984.

nizione univoca. È più opportuno, di conseguenza, riportare più definizioni differenti tra loro, ciascuna delle quali in grado di evidenziare un aspetto particolare di questo complesso strumento di finanziamento.

I più autorevoli esperti sul tema usano definire il *project financing* come «un'operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stadio iniziale, il flusso di cassa e gli utili dell'unità economica in oggetto come la sorgente dei fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito»²⁷⁸.

Questa breve e semplice definizione ha il pregio di evidenziare quella che è la caratteristica peculiare delle operazioni di *project financing*, vale a dire la capacità, o meglio, l'attitudine dell'attività economica finanziata (ad esempio, la realizzazione e la gestione di un'opera infrastrutturale) di autofinanziarsi, cioè di produrre flussi di cassa di segno positivo in grado di compensare i flussi di prestito specificamente ottenuti per finanziare l'attività garantendo al contempo un'adeguata remunerazione del capitale investito dai finanziatori, indipendentemente da garanzie di carattere reale sui cespiti²⁷⁹.

Si tratta di una caratteristica che è rilevante tener presente nel trattare di *project financing*. Accade spesso, soprattutto in Italia dove è del tutto assente una tradizione di ricorso a questo tipo di strumenti finanziari, che venga definita come *project financing* qualsiasi operazione di finanziamento di un progetto, anche se effettuata con strumenti tradizionali, cioè con prestiti destinati a finanziare genericamente tutta l'attività economica dell'impresa realizzatrice dell'opera. Il *project financing* comporta, invece, «finanziamenti finalizzati a opere o attività specifiche, dalle quali si attendono ritorni economici e finanziari in grado di ripagare e remunerare in misura adeguata tali finanziamenti specifici»²⁸⁰.

Nella pratica, però, fuori dalla stretta applicazione della definizione data di *project financing*, sono molto rari i progetti finanziati in via autonoma, esclusivamente sulla base dei flussi di cassa e di utili generati dall'opera, senza cioè il so-

²⁷⁸ P. K. NEVITT, *Project financing*, cit., pag. 123.

²⁷⁹ Cfr. C. SALVATO, *Le operazioni di project financing: struttura, soggetti, ruoli, tratti operativi*, cit., pag. 3.

²⁸⁰ *Idem*.

stegno creditizio degli *sponsor* o di terze parti interessate. Solitamente, infatti, c'è notevole disaccordo tra i finanziatori e i mutuatari su ciò che costituisce un project financing realizzabile, dato che i promotori preferiscono che i propri progetti siano finanziati “fuori bilancio”, ossia in modo da non interessare il bilancio dei promotori stessi, se non indirettamente, mentre i finanziatori non vogliono partecipare al capitale di rischio, considerandosi sempre lontani dalla logica di venture capitalism. È infatti evidente che non sempre le circostanze sono tali da assicurare la bancabilità del progetto; dati gli obiettivi degli *sponsor*, i rischi dell'investimento e le condizioni dei mercati finanziari, scopo del project financing è proprio quello di combinare in modo ottimale gli strumenti di finanziamento e le garanzie a loro sostegno.

È dunque assai raro che vengano realizzati project financing “puri”, cioè senza alcuna garanzia da parte degli sponsor (ci si riferisce a garanzie prestate dagli sponsor che incidano o possano incidere direttamente sul loro bilancio invece che - in base alla logica del *project financing* - sul solo bilancio della società appositamente costituita al fine di gestire il progetto). Nonostante ciò, è fondamentale - per poter definire un'operazione di finanziamento di progetto come un vero e proprio project financing - che tali garanzie non siano di entità tali da snaturare l'operazione rendendola un'operazione tradizionale di finanziamento di progetto.

La composizione organica dei rischi, dei rendimenti e degli interessi dei vari soggetti costituisce l'elemento chiave su cui costruire operazioni di *project financing* di successo. Da ciò, in un'accezione più ampia e completa, si può definire il project financing come quella «*tecnica finanziaria costituita da un pacchetto di prodotti e servizi bancari e finanziari avente lo scopo di realizzare una nuova attività produttiva, in forma di impresa autonoma, attraverso opportune allocazioni dei rischi e dei corrispondenti rendimenti tra i soggetti a vario titolo coinvolti nell'operazione*»²⁸¹.

Ciò che qualifica le operazioni di project financing rispetto a operazioni di finanziamento tradizionali è, quindi, la logica e l'innovatività con cui gli elementi di cui esse si compongono vengono scelti e assemblati (flussi di finanziamento e di ripagamento, rischi e interessi, soggetti e prestazioni, responsabilità e remunere-

²⁸¹ C. SALVATO, *Le operazioni di project financing: struttura, soggetti, ruoli, tratti operativi*, cit., pag. 4.

razioni). Nella pratica, lo sviluppo del project financing a livello internazionale ha evidenziato una prevalenza di modelli con il minimo impegno finanziario da parte degli *sponsor*, un uso pronunciato della tecnica finanziaria e un crescente ricorso a garanzie indirette prestate da terzi (ad esempio, banche o enti pubblici).

Dietro alle definizioni di *project financing* che sono state riportate fin qui si celano, dunque, molti e complessi rapporti ed attività che, al fine di garantire successo all'operazione, devono essere opportunamente regolate anche dal punto di vista giuridico, oltre che finanziario.

Sotto il profilo giuridico, che è quello che costituisce l'oggetto principale del nostro studio, il *project financing* è una tecnica di finanziamento non riassumibile in una categoria contrattuale tipica.

Esso è piuttosto «una sommatoria di singoli contratti (*contratto di fornitura, di appalto, di finanziamento, di garanzia, di società, di costruzione, di concessione di costruzione e gestione di opera pubblica, di gestione/di management*) che ne costituiscono la struttura»²⁸². È per questo motivo che la possibilità di realizzare operazioni di *project financing*, da un punto di vista giuridico, non presuppone necessariamente innovazioni legislative *ad hoc*, ma la valorizzazione di istituti già previsti dalla normativa, opportunamente interpretati ed applicati nella direzione ritenuta più opportuna.

Dalle definizioni citate emergono i tratti distintivi delle operazioni di *project financing* e si possono individuare le caratteristiche delle operazioni di finanziamento di progetto che, invece, non possono essere definite veri e propri *project financing*.

Una prima rilevante caratteristica risulta essere data dal fatto che il progetto è in grado di generare flussi di cassa di segno positivo sufficienti a ripagare i prestiti ottenuti per il finanziamento del progetto stesso e a garantire un'adeguata remunerazione del capitale investito; altra peculiarità è la netta separazione del fabbisogno finanziario del progetto dal fabbisogno finanziario e, quindi dal bilancio, dei promotori; terza caratteristica è la costituzione di un'unità economica *ad hoc*, quasi sempre sotto forma di una società avente personalità giuridica autonoma, alla quale vengono destinati i finanziamenti ottenuti (i cosiddetti mutui di scopo); inol-

²⁸² M. MISCALI, *Aspetti fiscali del project financing*, LIUC Papers, pubblicazione periodica dell'Università Carlo Cattaneo (Castellanza), 6, febbraio 1994, pag. 2.

tre vi è da sottolineare che ad un'operazione di *project financing* partecipano più soggetti in vesti diverse (sponsor, finanziatori, conferenti capitale di rischio, realizzatori dell'opera, terzi garanti, utenti, ecc.) e talvolta coincidenti (gli sponsor, i finanziatori e i realizzatori sono, a volte, anche conferenti capitali di rischio): tali soggetti sono portatori di interessi differenziati il cui soddisfacimento dipende in misura preponderante dal modo in cui l'opera verrà realizzata e gestita. Nel *project financing* c'è dunque una convergenza di interessi nei confronti delle modalità di realizzazione e gestione del progetto che ne garantisce uno svolgimento più efficiente rispetto agli strumenti tradizionali di finanziamento. L'ultimo requisito è costituito dal fatto che la partecipazione di più soggetti garantisce un'allocatione dei rischi del progetto attuata attraverso una complessa procedura di contrattazione degli impegni, delle responsabilità, delle garanzie. Molto spesso i progetti finanziati con tecniche di *project financing* presentano rischi di tipologia e di ampiezza tali che, senza una loro valida allocatione - garantita dal *project financing* - tali progetti non sarebbero realizzabili affatto.

Dalle caratteristiche or ora citate, deriva come l'attitudine di un'opera ad autofinanziarsi costituisce una caratteristica relevantissima ai fini dell'applicazione di tale strumento al finanziamento di opere pubbliche.

Le gravi difficoltà finanziarie dello Stato italiano e la contrapposta pressante esigenza di adeguare il sistema infrastrutturale del nostro paese in tempi brevi, rendono insostituibile il ricorso a strumenti di finanziamento delle opere di interesse pubblico che garantiscano da una parte l'autofinanziamento dell'opera, nella misura più ampia possibile e, dall'altra, il concorso di capitali, in misura prevalente privati, prestati da soggetti aventi caratteristiche e interessi differenti, al fine di garantire che il successo dell'operazione dall'impegno e dalle energie di una sola categoria di soggetti.

Il *project financing* dovrebbe favorire, se correttamente impiegato, il perseguimento di tali obiettivi, a condizione che venga applicato a tipologie di opere pubbliche idonee a garantire lo sfruttamento delle potenzialità dello strumento e che le operazioni di *project financing* vengano correttamente strutturate.

Le operazioni che, invece, non possono in alcun modo essere definite operazioni di *project financing* sono *in primis* i finanziamenti generici contratti o atti-

vati per realizzare un progetto (per esempio, obbligazioni emesse dallo sponsor per finanziare un suo progetto, mutui concessi da istituti di credito, ecc.), laddove, in particolare, il ripagamento o la remunerazione della fonte di finanziamento dipende dal complessivo bilancio dello sponsor e non dallo specifico progetto finanziato; in secondo luogo, non possono essere considerate operazioni di *project financing* il semplice autofinanziamento dell'opera, senza un legame diretto ed esclusivo tra progetto e finanziamento, senza il concorso di più soggetti che si ripartiscono i rischi nell'ambito di un processo negoziato di gestione degli stessi; infine, neppure il finanziamento legato al progetto, ma affiancato da garanzie dello sponsor in misura tale da fargli assumere in prima persona l'intero rischio che l'opera non sia in grado di rimborsare i debiti contratti per la sua stessa realizzazione.

3.3. I soggetti

La realizzazione di progetti complessi e di importo elevato dipende, innanzitutto, dalla possibilità di coagulare diversi interessi e forze sull'iniziativa e di legarle stabilmente a essa attraverso vincoli contrattuali ed economici.

Proprio la costruzione di una "coalizione" di interessi, fra i diversi soggetti che partecipano all'investimento, rappresenta la base decisiva per la realizzazione di un'operazione di *project financing*. A tale operazione sono interessati numerosi attori, aventi compiti diversi²⁸³, dei quali di seguito si propone un'analisi.

Nel descrivere i soggetti coinvolti in un'operazione di *project financing* è necessario tenere presente che le figure che verranno di seguito elencate spesso si sovrappongono, confondendosi: il soggetto promotore, per esempio, può essere l'amministrazione pubblica stessa, la quale spesso riveste anche, almeno in parte, il ruolo di finanziatore ed il ruolo di progettista; i promotori sono spesso anche finanziatori e i finanziatori esterni sottoscrivono talvolta anche quote di capitale di rischio.

²⁸³ Cfr. R. COHEN, V. COMITO, L. DAL PRATO, *La gestione finanziaria dei progetti. Dal contract financing al project financing*, Milano, 1995, pp. 196- 197.

Tali possibilità di intreccio dei ruoli verranno comunque evidenziate in modo più puntuale nel corso della trattazione che segue, dove si è scelto, per ragioni di chiarezza espositiva, di enucleare tutti i possibili ruoli di un'operazione di project financing.

3.3.1. I promotori (o sponsor)

Si tratta del soggetto o, più spesso, del gruppo di soggetti, che assume l'iniziativa di promuovere l'operazione di *project financing* identificando l'opera da realizzare, valutando l'opportunità di finanziarla tramite un project financing e, di solito, identificando anche un'ipotesi tecnica corredata anche da un progetto di copertura finanziaria e un regime giuridico²⁸⁴.

I promotori di un *project financing* si identificano quasi sempre con una delle altre figure che saranno descritte in seguito; solitamente questo importante ruolo può essere ricoperto dalla *pubblica amministrazione* titolare delle opere da attuare, che desidera farle finanziare e realizzare da altri soggetti garantendo loro una concessione e volendo specificamente applicare le tecniche della finanza di progetto, oppure dai cosiddetti *investitori* che conferiscono la porzione principale del capitale di rischio all'iniziativa²⁸⁵.

Altri soggetti che possono, sia pure meno frequentemente, ricoprire il ruolo di promotori sono i potenziali costruttori dell'opera da realizzare, le società di progettazione e consulenza, coloro che forniscono gli utenti del servizio offerto dall'opera di project financing, i prestatori di mezzi di terzi²⁸⁶.

²⁸⁴ Cfr. C. SALVATO, *Le operazioni di project financing: struttura, soggetti, ruoli, tratti operativi*, cit., pag. 7.

²⁸⁵ È stato precisato da G. IMPERATORI, *La finanza di progetto. Una tecnica, una cultura, una politica*, Milano, 2003, pag. 85, che in sede amministrativa "promotore" è che può rendere esecutiva l'idea e tale sarebbe solo la pubblica amministrazione. Tuttavia, l'art. 153 del d.lgs. 163/06, rubricato "Promotore", individua tale figura in coloro che «possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità».

Recentemente, per un contributo avente ad oggetto il promotore nell'ambito della finanza di progetto nel comparto amministrativo, si legga P. ALBERTI, *Ruolo del promotore e procedimento per la scelta del concessionario*, in *Economia e diritto del terziario*, 2005, pag. 205 e ss.

²⁸⁶ Cfr. A. M. BALESTRIERI, *Il soggetto promotore*, in *Contratto e impresa*, 1996, pag. 253.

Spesso, infine, due o più delle categorie di soggetti descritte si riuniscono al fine di rendere più efficace l'azione di promozione del progetto²⁸⁷.

Il ricorso al project financing da parte dei promotori avviene solitamente o per mancanza di alternative o al fine di evitare che la realizzazione del progetto possa influire negativamente sulla loro capacità di credito o sul loro bilancio²⁸⁸.

Quest'ultima necessità può insorgere per due ragioni spesso presenti congiuntamente, soprattutto con riferimento alla realizzazione di grandi infrastrutture da parte di soggetti pubblici: da una parte, il progetto può essere di dimensioni tali che qualsiasi struttura di bilancio risulterebbe del tutto incapiente a sopportare i valori legati al progetto stesso (è il caso delle grandi infrastrutture pubbliche, che richiedono, la maggior parte delle volte, investimenti dell'ordine di migliaia di milioni di euro)²⁸⁹; dall'altra, il soggetto promotore può non disporre delle risorse finanziarie, anche se limitate, necessarie all'attuazione del progetto (è il caso, come si è già sottolineato, della pubblica amministrazione)²⁹⁰.

3.3.2. *L'ente pubblico concedente*

L'ente pubblico è un soggetto fondamentale nelle operazioni di *project financing* applicate alla realizzazione e gestione di opere pubbliche.

Si tratta, infatti, dell'amministrazione pubblica o della società o dell'ente di diritto pubblico che ha competenze esclusive, primarie o prevalenti in merito alla realizzazione e gestione dell'opera da realizzare e che ha, dunque, il potere di cedere tali competenze ad altri soggetti, affinché progettino, finanzino, realizzino e gestiscano un'opera pubblica.

Queste ultime, infatti, sono le attività in cui si esplicano le competenze dei soggetti pubblici in parola.

²⁸⁷ Cfr. A. M. ALBERTI, *La struttura del project financing*, in *Nuova rassegna di legislazione e dottrina giuridica*, 1997, pag. 1974, sottolinea come nel project financing i diversi ruoli e figure possono essere attribuiti contemporaneamente dallo stesso soggetto che ne svolge più di uno, creando sovrapposizioni senza che, tuttavia, vengano confusi i corrispondenti ruoli formali. Assume, pertanto, importanza decisiva un'attenta attività di negoziazione dell'assetto contrattuale del progetto dove verranno definiti ruoli formali di ogni soggetto.

²⁸⁸ Cfr. A. M. ALBERTI, *Il coinvolgimento dei privati negli investimenti pubblici attraverso il project financing*, in *Nuova rassegna di legislazione e dottrina giuridica*, 1997, 13-14, pag. 1385 e ss.

²⁸⁹ Cfr. C. F. FAVA, *Project financing*, Milano, 2004, pag. 13.

²⁹⁰ Cfr. F. FERRARA, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2002, pag. 121.

Tali enti possono essere amministrazioni pubbliche, enti pubblici, imprese pubbliche o imprese private che operano in virtù di diritti esclusivi conferiti loro mediante provvedimenti legislativi, amministrativi o regolamentari.

Questi soggetti possono svolgere codeste attività sia direttamente che indirettamente, ossia tramite aziende speciali, società miste o enti operanti sulla base di regimi di concessione. Come si vedrà meglio successivamente, a seconda del modo in cui viene svolta l'attività prescelta, si configurano diversi tipi di e diverse forme di project financing.

Siamo, quindi, in presenza degli unici soggetti con il potere di trasferire alla società cardine del project financing le funzioni o i diritti necessari a realizzare e gestire l'opera, di solito sotto forma di concessione di costruzione e gestione (in tal caso prendono il nome di amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori), la quale prevede che l'opera verrà restituita all'ente pubblico concedente al termine del periodo di concessione.

Capita molto frequentemente che l'ente pubblico concedente svolga anche contestualmente l'attività di *promotore* dell'opera, nonché di *finanziatore* almeno parziale (o comunque almeno indiretto), fornendo capitale di rischio o contributi a fondo perduto. Un ulteriore ruolo che viene spesso svolto dai soggetti pubblici è quello dei *terzi garanti*, cioè di soggetti che forniscono garanzie pubbliche alle obbligazioni contratte dalla società di project financing o dagli sponsor.

Istituzionalmente, però, l'area pubblica è investita di una funzione che è quella di programmazione²⁹¹ nell'ambito dello sviluppo e dell'assetto del territorio ed è per questo che non può trascurare le iniziative economiche ce si pongono in contatto con la collettività. Naturalmente ciò vale sia che si tratti di un'opera diretta-

²⁹¹ C. GARBIN, *Project financing*, in *Nuova Rassegna di legislazione e dottrina giuridica*, 2002, pag. 2127, attribuisce fondamentale importanza alla fase della programmazione da parte dell'ente pubblico, siccome in tale sede si gettano le basi per l'individuazione delle giuste opere da realizzare e, di conseguenza, per il loro successo.

L. CAMARDA, *Project financing*, Trento, 2002, pag. 2115, illustra l'obiettivo della programmazione come «*momento di raccordo tra la fase decisionale, deputata alla sfera politica, e la fase gestionale, deputata alla sfera burocratica*» anche se attuata da soggetti esterni alla pubblica amministrazione, che «*rimarebbe comunque responsabile in ordine all'istruttoria della programmazione e del controllo e alla gestione del raccordo con l'Ente gestore del servizio erogato*».

M. G. LANERO E G. VELLUTO, *Gli aspetti legali del project financing*, in S. GATTI, *Manuale di Project financing*, 2006, pag. 460, sottolineando come la fase di programmazione sia spesso sottovalutata, evidenziano la centralità della programmazione triennale volta ad «*individuare i bisogni che possono essere soddisfatti anche con il ricorso a capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica*».

mente fruibile dall'utenza (ad esempio, un parcheggio, un centro sportivo, un cimitero, un museo, ecc.²⁹²), sia nel caso di impianti che solo per via indiretta arrecheranno vantaggio alla collettività (ad esempio, una centrale di produzione di energia elettrica, un inceneritore per i rifiuti solidi urbani, ecc.).

Più nello specifico la P.A. individua le priorità «*di sviluppo all'interno della pianificazione economica a livello nazionale e, tramite gli enti territoriali, a livello locale*»²⁹³.

La P.A., a seguito di un bando di gara volto a selezionare la migliore proposta dei promotori (secondo la specifica disciplina ex artt. 153 e ss. del d.lgs 163/2006 cd. Codice degli appalti pubblici), concede ai partecipanti che abbiano presentato e negoziato il progetto più adatto a realizzare e soddisfare l'interesse della collettività, il diritto di costituire un'apposita società di progetto che sarà il soggetto giuridico deputato a realizzare l'opera in virtù di una concessione di costruzione e gestione. Sia prima che dopo la gara, è l'ente pubblico concedente il promotore: essa provvede, infatti, a inserire le opere reputate utili nella programmazione triennale. Nell'ambito di queste opere, i privati possono presentare le loro proposte di realizzazione, dopodiché la P.A. ne può dichiarare la pubblica utilità discriminando ciò che può essere realizzato con la tecnica della finanza di progetto da ciò che non lo è. Di conseguenza, l'ente bandisce la gara ponendo a base la proposta del promotore e fissando i requisiti che dovrà avere il progetto e stabilendo i parametri per la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa²⁹⁴.

Infine, nella procedura negoziata tra i primi due vincitori della gara ed il promotore, è permesso all'ente banditore di presiedere e regolare le controproposte tra i partecipanti²⁹⁵.

²⁹² Cfr. D. BOGGIAN, *Il project financing per la realizzazione di impianti sportivi*, in *Econ. Dir. terz.*, 2005, pag. 149 e ss.; F. PERRINI, E. TETI, *Le prospettive nell'utilizzo del Project financing per i progetti culturali e artistici*, in *Econ. Dir. terz.*, 2005, pag. 159 e ss.

²⁹³ F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, Napoli, 2009, pag. 60.

²⁹⁴ Ogni parametro prevede un punteggio massimo: l'offerta vincente sarà quella che conseguirà, nella somma dei punteggi di tutti i parametri, il valore più alto.

²⁹⁵ In riferimento alla compatibilità tra la previsione di procedura negoziata e la disciplina comunitaria di cui alla Direttiva 37/93/CEE in tema di appalti di lavori pubblici, ci legga P. PIVA, *Disciplina comunitaria e negoziazione con i privati nel project financing*, intervento alla conferenza svoltasi a Tienne il 1° marzo 2002 ed intitolata *Il project financing e il suo rapporto con la programmazione dei lavori pubblici anche alla luce dei principi della legge obiettivo per la realizzazione di opere strategiche*, che riporta la conclusione di ammissibilità della procedura negoziata

In presenza di operazioni internazionali di P.F. la figura dell'appalto pubblico assume grande importanza nell'ambito di appropriazioni coattive dell'opera o dell'impianto mediante espropriazioni, requisizioni, confische, ecc.

In tal caso, il nostro apparato amministrativo prevede l'Unità Tecnica di Finanza di Progetto²⁹⁶ con funzioni non vincolanti, ma di ausilio, e il CIPE (Comitato interministeriale programmazione economica) che ha un ruolo consistente nell'ambito della legge obiettivo (L. 443/2001), in quanto deputato al compimento di tutte quelle attività di competenza dell'ente banditore della gara (valutazione proposte dei promotori, controllo esecutivo, rilascio autorizzazioni, ecc.).

In conclusione si è dato vita ad una riqualificazione del ruolo del settore pubblico: da erogatore a regolatore dei servizi pubblici prodotti dai privati. In questo contesto il settore pubblico si limita a quelle che potranno essere le opere da realizzare per supportare i bisogni della collettività e a collaborare con i soggetti privati cui sta il compito di realizzarle in concreto e, successivamente, gestirle secondo le logiche di mercato.

3.3.3. *La società di progetto*

Si tratta del soggetto centrale di un'operazione di *project financig* e viene anche denominata società di progetto, società concessionaria, *concessionary company*, special pur pose *vehicle* (SPV).

« la società - di solito costituita appositamente - cui fanno capo le principali prerogative nell'ambito dell'operazione »²⁹⁷. A essa, infatti, viene conferito il *capitale di rischio* da parte degli investitori, tanto che si può concludere che la società di progetto è quella che più direttamente, tra i vari soggetti coinvolti nell'operazione, assume su di sé la responsabilità imprenditoriale dell'impresa.

sul presupposto della mancanza del corrispettivo, a carico dell'ente concedente, con corrispondente trasferimento del rischio di gestione dell'opera pubblica a carico del privato concessionario.

²⁹⁶ L'UFP è stata istituita con la legge 144/1999 presso il Ministero delle Finanze con funzioni promozionali e consultive per la Pubblica Amministrazione.

²⁹⁷ F. GIORDANO (a cura di Esosfera e dell'Associazione nazionale cooperative di produzione e lavoro), *Il project financing per le opere pubbliche in Italia. Settori di intervento, innovazioni normative, modelli sperimentali*, Roma, 1993, pag. 113.

Inoltre, la *special purpose vehicle* acquisisce il *capitale di prestito* proveniente dai terzi finanziatori o i *contributi pubblici* e provvede ad effettuare il servizio del debito contratto. Infine, provvede a svolgere le *funzioni organizzative e manageriali* dell'attività economica oggetto del progetto, solitamente in qualità di *concessionaria* dell'opera, quindi, si può dire che ad essa fanno capo anche i flussi di componenti positivi e negativi di reddito, oltre ai flussi finanziari già richiamati.

In alcuni casi la società di *project financing* non gestisce direttamente l'opera, ma si avvale di un operatore dotato di una specifica esperienza in tale campo. La dottrina ha ritenuto preferibile l'adozione di un "*veicolo societario ad hoc*" al fine di realizzare più efficacemente una sorta di isolamento giuridico da variabili esterne ed estranee all'operazione di P.F. e in modo da fare sì che tale veicolo societario sia il centro di imputazione giuridica di tutta l'operazione²⁹⁸.

A seconda della composizione societaria della società di progetto, il *project financing* può essere di tre tipi: pubblico, pubblico-privato detto anche misto, e privato²⁹⁹. Il primo è caratterizzato da un capitale sottoscritto interamente o prevalentemente da un ente pubblico, in genere un ente locale o una società pubblica concessionaria di un servizio pubblico; il secondo si ha quando la società di *project financing* è una società mista, ossia non prevalentemente pubblica, né privata; infine, il terzo vede il capitale della società di progetto integralmente da soggetti privati³⁰⁰.

Analogamente, la SPV può assumere diverse forme giuridiche, amministrative o organizzative³⁰¹. La prima forma è rappresentata da un *singolo soggetto pubblico* che, a sua volta, può essere costituito da una pubblica amministrazione avente la titolarità di opere e servizi, che decide di realizzarli e gestirli in proprio, enti

²⁹⁸ Cfr. A. BAGNATO, *Le banche italiane e il project financing*, in W. TERNAU, *Project financing*, Milano, 1996, pag. 168. L'adozione di una SPV è auspicata anche per una maggiore funzionalità in sede di eventuale e futura fuoriuscita e sostituzione di sponsor (mediante circolazione delle partecipazioni sociali), per un efficiente controllo da parte dei finanziatori (mediante pegno delle azioni che attribuiscono loro il diritto di voto in assemblea) ed allo scopo di permettere la conduzione del progetto per i singoli sponsor.

²⁹⁹ Vfr. S. NICOLETTI, *Il ruolo della società di progetto nel project financing*, in *Nuova rassegna di legislazione e dottrina giuridica*, 2002, pag. 2142.

³⁰⁰ Cfr. A. PONTI, *Il project financing. Non solo strumento di realizzazione delle opere pubbliche ma anche strumento di gestione*, in *Nuova rassegna di legislazione e dottrina giuridica*, 2001, 9, pag. 1058.

³⁰¹ Cfr. E. M. PICCIRILLI, *Il project financing nello scenario giuridico italiano*, in *Impr. Comm. Ind.*, 2002, 10, pag. 1571.

economici, ossia enti pubblici economici, imprese pubbliche o altri soggetti che operano in esclusiva in determinati settori di servizi pubblici, in virtù di diritti speciali loro di enti conferiti in forza di provvedimenti legislativi, amministrativi o regolamentari, o un'amministrazione pubblica che riceve in concessione dall'amministrazione titolare l'opera o il servizio da realizzare³⁰².

La seconda forma può essere costituita da un consorzio di enti locali: si tratta di amministrazioni pubbliche che decidono di realizzare o gestire opere o servizi in forma associata, mediante le convenzioni di cui all'art. 24 della legge 142/1990, o mediante i consorzi stabiliti di cui all'articolo 25 della medesima legge³⁰³.

La terza forma è rappresentata dalle aziende speciali che sono enti strumentali appositamente costituiti e disciplinati dall'art. 22, 3, lett. C) della legge 142/1990 e all'art. 23 della medesima legge³⁰⁴. Il ricorso a una di queste prime tre forme organizzative dà luogo, come si è già detto sopra, a un project financing pubblico³⁰⁵. Il project financing misto, invece, si ha quando la SPV assume la forma di una società mista, così come è disciplinata ex art. 2458 c.c.³⁰⁶.

Tale tipo di società e, conseguentemente, di project financing ha avuto un ruolo molto rilevante in Francia, dove *le società di economia mista con capitale prevalentemente pubblico* (SEM) sono un attore importante nel tessuto economico-sociale del paese. In particolare, 250 società di questo genere sono attualmente attive nel riassetto territoriale (SELMA) e hanno realizzato oltre l'80 per cento degli interventi di trasformazione urbana attuati negli ultimi anni in Francia.

³⁰² Cfr. M. RICCHI, *Project financing e Floating Gharge: garanzie per i finanziatori, pignoramento di beni a consistenza variabile e spossessamento cooperativo*, in *Econ. Dir. terz.*, 2005, I, pag. 302. L'Autore ribadisce che «*se non ci fosse la SPV, non ci sarebbe il project financing*»

³⁰³ Cfr. G. CAPPELLETTI, S. FERRARSI, S. GATTI, M. NOVO, *Le fasi preliminari*, in S. GATTI, *Il Manuale del project finance*, Roma, 1999, pag. 82.

³⁰⁴ Cfr. F. PITTORE, *Le export credit agencies e il project financing*, in W. TERNAU, *Project financing. Aspetti economici, giuridici, finanziari, fiscali e contrattuali*, Milano, 1996, pag. 257.

³⁰⁵ Cfr. M. ROBLES, *Project financing "pubblico" e formazione del consenso negoziale*, in *Rivista di diritto privato*, 2005, pag. 785 e ss.; dello stesso Autore si legga anche: *Partecipazione bancaria e project financing "pubblico"*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, 4, pag. 1026.

³⁰⁶ Cfr. A. TOFFOLETTO, *Project financing e profili di diritto societario: alcune riflessioni alla luce della riforma delle società di capitali*, in G. F. FERRARI, F. FRACCHIA, *Project financing e opere pubbliche*, Milano, 2004, pag. 71. L'Autore sviluppa il proprio assunto sulla posizione centrale rivestita dalla SPV nell'ambito del fenomeno del PF evidenziando che essa «*in tutte le strutture di project financing, appare come il cuore del sistema di realizzazione dell'opera e della sua gestione*».

Il Project financing privato si ha in due casi: quando un *singolo soggetto privato*, nella fattispecie un imprenditore, che in forza di un contratto di appalto o di concessione, assume interamente ed in esclusiva il ruolo di operatore, organizzando e realizzando l'opera e, successivamente, gestendola. Si tratta di una modalità molto rara di organizzazione della società di project financing, soprattutto nei progetti di una certa dimensione. Il soggetto privato può essere anche organizzato in forma associata, ossia le imprese private si costituiscono in forma associata al fine di realizzare quella suddivisione dei rischi che costituisce una delle più rilevanti caratteristiche del project financing³⁰⁷.

Le modalità associative più frequenti sono le seguenti: società per azioni, *joint venture* spesso costituita in forma di società per azioni, consorzio di imprese, consorzio di cooperative di produzione e lavoro, società consortile e associazione temporanea di imprese³⁰⁸.

3.3.4. *Gli investitori ed i finanziatori*

Gli investitori sono i soggetti che forniscono il capitale di rischio al progetto, ossia alla società di progetto. Si tratta solitamente dei promotori, ma quote di capitale di rischio possono essere sottoscritte anche dai soggetti pubblici interessati o, come vedremo successivamente nel proseguo del nostro studio, da finanziatori esterni. Talvolta anche i costruttori, i fornitori o gli utenti dell'opera possono essere chiamati a sottoscrivere quote di capitale di rischio.

I finanziatori, invece, sono i prestatori di mezzi, coloro cioè che forniscono fondi per la realizzazione del progetto. Essi si uniscono spesso, data la rilevanza dell'impegno finanziario richiesto dalle grandi opere infrastrutturali di interesse pubblico, in un pool di istituti finanziari composto da istituzioni creditizie con caratteristiche e *standing* spesso differenti (banche centrali dei paesi in cui sono localizzati i progetti, istituzioni sopranazionali di aiuto allo sviluppo, banche pri-

³⁰⁷ Cfr. R. LENZI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in D. CERRI, *La riforma del diritto societario*, Pisa, 2003, pag. 225 e ss.

³⁰⁸ Cfr. M. LOBUONO, *Project financing: garanzie indirette e tutela del finanziatore*, in *Quadrimestre*, 1988, pag. 102; G. LOMBARDI GALLI DELLA LOGGIA, *Strumenti di finanziamento e ruolo della banca nel project financing*, in W. TERNAU, *Project financing*, cit., pag. 167.

vate)³⁰⁹. Le istituzioni finanziarie che prendono parte a operazioni di *project financing* sono generalmente guidate da una grande banca commerciale internazionale, che coordina l'opera di tutti i prestatori nelle varie fasi di avanzamento e conclusione delle trattative, provvede a rappresentarli nei confronti di terzi esterni e propone agli altri *partner* le condizioni generali di prestito³¹⁰.

Talvolta tali istituzioni finanziarie possono anche rivestire il ruolo di promotori del progetto e possono sottoscrivere quote del capitale di rischio della società di *project financing*, divenendo in questo caso anche investitori diretti e assumendo, quindi, una parte del rischio imprenditoriale del progetto³¹¹.

Volendo enumerare le principali categorie di investitori e finanziatori in un'operazione di *project financing* occorre citare i promotori dell'iniziativa (che solitamente sono i principali sottoscrittori del capitale di rischio), i realizzatori dell'opera, l'ente pubblico o l'istituzione governativa concedente, i potenziali acquirenti/utilizzatori del prodotto/servizio ottenuto grazie all'iniziativa, i fornitori, le agenzie di export credit (SACE; ECGD; Coface, Hermes), banche e agenzie di sviluppo sopranazionali (World Bank, IFQ, BERS, BEI, BAD), istituzioni comunitarie (UE, FES ecc.), istituzioni di cooperative bilaterali, istituzioni finanziarie pubbliche, sottoscrittori di emissioni obbligazionarie, banche commerciali, società di leasing e/o investitori istituzionali³¹².

Comun denominatore dei finanziatori è la qualità di creditori nei confronti della SPV, tanto che il più delle volte la figura del finanziatore del progetto viene ricoperta da istituti di credito. La loro presenza, infatti, è di solito la più significativa nella categoria dei finanziatori. È stato sottolineato come le banche possono prendere parte ad un'operazione di P.F. in una triplice veste: *advisor*, *arranger* o semplicemente *lender* (ossia finanziatori). La prima figura ha il carattere di consulenza del progetto onde verificarne la fattibilità e la finanziabilità tramite un'approfondita analisi. È di palese evidenza che tale funzione non può essere svol-

³⁰⁹ Cfr. M. PAGANI, *Il ruolo delle banche: dall'asseverazione al lending*, relazione al Convegno *Il project financing per lo sviluppo dei sistemi di trasporto*, tenutosi a Castellana il 7 marzo 2002.

³¹⁰ Cfr. C. RABITTI BEDOGNI, *Trust e operazioni di finanziamento*, in ABI, *Il Trust nell'operatività delle banche italiane*, Roma, 1997, pag. 57.

³¹¹ Cfr. R. RISMONDO, *Operazioni di project financing*, dal Corso specialistico in "Esperto di project financing", anno 2004, presso il MIB School of Management di Trieste.

³¹² Cfr. M. SEPE, *Finanziamenti alle imprese: costituzione di privilegi*, in *La nuova legge bancaria*, in P. FERRO LUZZI, G. CASTALDI, *Commentario*, Milano, 1996, pag. 543.

ta da qualsiasi banca, ma solamente da quelle che possano vantare un'ideale struttura dal momento che si dovranno essere passati in rassegna tutti gli aspetti legali, economici, tecnici e finanziari in vista della struttura finanziaria che si vorrà dare al progetto³¹³.

La funzione di banca *arranger*, invece, attiene ad una fase successiva nella quale più banche si uniscono per effettuare il prestito in favore della SPV. Il ruolo dell'*arranger* è certamente di grande rilevanza poiché tale banca potrà avere la responsabilità della totale erogazione del finanziamento, essendo suo onere quello di «reclutare gli altri istituti di credito e, in mancanza, ad erogare l'intero prestito alla società di progetto»³¹⁴. Ecco perché essa dovrà essere una banca commerciale di dimensioni tali da poter sostenere l'intero peso quantitativo e qualitativo del finanziamento³¹⁵.

3.3.5. I realizzatori

Sono le imprese che si aggiudicano, in genere in seguito a gare d'appalto internazionali, i contratti di esecuzione dei lavori e di fornitura dei beni e servizi³¹⁶.

Si tratta, dunque, dei soggetti che realizzano le opere con cui verrà organizzata l'attività di economia di gestione, nel corso della quale svolgono spesso l'attività di manutenzione.

I soggetti realizzatori assumono spesso anche il ruolo di promotori dell'iniziativa e di investitori, sottoscrivendo quote di capitale di rischio, e possono coincidere con la società di *project financing*, in caso di concessioni di realizzazione e di gestione³¹⁷.

³¹³ Cfr. E. TORTORELLI, *Project financing e enti finanziari multilaterali: criteri di valutazione ed analisi dei rischi*, in W. TERNAU, *Project financing. Aspetti economici, giuridici, finanziari, fiscali e contrattuali*, cit., pag. 321.

³¹⁴ F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti dottrinali e profili applicativi*, Napoli, 2009, pag. 86.

³¹⁵ Cfr. F. TOTARO, *Il project financing*, in V. CUFFARO, *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Bologna, 2005, pag. 333; A. BIANCONI, *Il finanziamento delle grandi opere*, in *I Contratti*, 1995, pag. 335.

³¹⁶ Cfr. F. GIORDANO, *Il project financing per le opere pubbliche in Italia*, cit., pag. 321.

³¹⁷ Cfr. E. GRANATA, *Il project financing: applicazione in Italia e scenari normativi*, in *Iter Legis*, 1997, pag. 91 e ss.

I subappaltatori sono coloro che ottengono dai contractors incarichi per la realizzazione di porzioni, talvolta anche consistenti, dell'opera o per l'effettuazione di specifiche forniture di beni e servizi richiesti dal progetto³¹⁸.

La figura di un soggetto che sia al contempo realizzatore e promotore diventa importante per le opere per le quali non si prevede la possibilità di realizzare flussi di reddito dalla gestione. Il partner privato potrebbe avere interesse a partecipare al capitale della società al fine di ottenere appalti a titolo personale.

Ancora una volta può essere utile fare riferimento alle SEM francesi³¹⁹ per quanto riguarda la possibile configurazione. In tali società, infatti, i soci privati - che sono sempre titolari di una quota di minoranza - solitamente non hanno interesse a partecipare per gli utili che la società potrà dare, ma per i benefici indiretti che possono ottenere in termini di incarichi e appalti ottenuti³²⁰.

La SEM svolge il ruolo di *aménageur*³²¹, tipicamente gestionale, occupandosi dello studio e della programmazione esecutiva del progetto, concedendo, tramite la convenzione di gestione, mandati generali a terzi, soprattutto azionisti di minoranza.

Questo meccanismo dovrebbe, tuttavia, essere sottoposto a rigide forme di controllo, dal momento che il fatto che l'ottenimento dell'appalto sia legato alla partecipazione del privato al capitale della società implica che possano essere scelti per la realizzazione dell'opera non i costruttori più all'incarico di realizzare efficienti, ma quelli che sono in rado di immobilizzare ingenti capitali.

Per quanto attiene, invece, la situazione italiana la realtà è molto più complessa³²²: la normativa che disciplina la costituzione di società miste è infatti lacunosa e imprecisa. Le problematiche di formazione e costituzione di una società mista e di affidamento ad essa dell'incarico di realizzare e gestire un'opera pubblica sono, quindi, tutt'altro che risolte o risolvibili con semplicità.

³¹⁸ Cfr. R. MAINO, *Il project financing nella realizzazione di opere e interventi pubblici*, in *Economia pubblica*, 9/10, 1993, pag. 427 e ss.

³¹⁹ Cfr. U. DRAETTA, *Il project financing nella prassi del governo internazionale*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ, *Il project financing. Caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997, pag. 324.

³²⁰ Cfr. A. GRENON, *Project financing: Concepts Fondamentaux et aspects juridiques*, in *Dr. Prat. Comm. Int.*, 1980, pag. 180 e ss.

³²¹ Cfr. AA.VV., *L'integrazione tra le imprese nell'attività internazionale*, Torino, 1995, pag. 243.

³²² Cfr. S. GATTI, *Il mercato del project financing in Italia*, in (a cura di) S. GATTI, *Il manuale del project financing*, Roma, 2006, pag. 45 e ss.

3.3.6. I gestori

Se la fase di realizzazione del progetto vede come protagonista assoluto il costruttore, quella operativa è di competenza del gestore. Il gestore, in pratica, è quel soggetto che gestisce e si occupa dell'opera o dell'impianto una volta che è stato realizzato. L'espressione "gestione" va intesa in senso ampio, potendo comprendere, a seconda dei casi, sia lo sfruttamento economico che le fasi più tecniche attinenti alla manutenzione dell'opera. Naturalmente ciò dipende dal tipo di progetto: ad esempio, nel settore dell'energia, più specificamente nel caso di impianti di produzione energetica, sarà richiesta una specializzazione dovendo la prestazione essere fornita da aziende qualificate³²³.

3.3.7. I fornitori

Nella fase operativa del progetto assumono rilievo i fornitori di materie prime e servizi indispensabili al funzionamento dell'opera. In base alla programmazione dei tempi, è logico che nelle operazioni di P.F., in vista della scadenza per la restituzione del prestito, le forniture di tutto ciò che serve per la produzione dell'output devono essere rispettate al meglio³²⁴.

È quindi opportuno stipulare contratti di fornitura che prevedano una somministrazione costante e a prezzi conformi a quanto previsto nel piano economico-finanziario. In tal modo si eviteranno aumenti dei costi o ritardi di produzione³²⁵.

Naturalmente anche i fornitori possono ricoprire il ruolo di sponsor. Questa eventualità si verifica maggiormente nel caso in cui la fornitura delle materie prime si riveli di primaria importanza, come nel settore del *waste to energy*, laddove l'energia prodotta deriva dalla lavorazione di prodotti, quali i rifiuti o gli scarti

³²³ Cfr. F. MACARIO, *Mutamenti del mercato internazionale delle fonti di energia e disciplina dei rapporti contrattuali*, in *Diritto dell'energia e mercato comune*, in *Quaderni della Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, Milano, 1990, pag. 119.

³²⁴ Cfr. A. VERONELLI, *I finanziamenti di progetto. Aspetti societari e contrattuali*, Milano, 1996, pag. 121.

³²⁵ Cfr. V. UCKMAR, *Aspetti giuridici e fiscali del project financing*, in *Dir. prat. Trib.*, 2002, I, pag. 749.

della raffinazione del petrolio, o comunque nei casi in cui la centrale di produzione sia alimentata da gas, metano e combustibili in generale³²⁶.

Spesso l'operazione di *project financing* viene costruita proprio intorno all'interesse dei fornitori di sviluppare un business ulteriore in stretta dipendenza da quello che risulta essere quello cui è finalizzato il P.F. In questi casi, oltre alla fornitura del prodotto³²⁷, il distributore diviene anche socio della SPV, ricavandone degli utili. La doppia veste di socio e fornitore assicura alla società di progetto un comportamento contrattuale da parte del fornitore improntato sulla migliore efficienza in quanto quest'ultimo risulta essere direttamente interessato al successo del progetto³²⁸.

3.3.8. I garanti

Il concetto di garanzia nel *project financing*, come ribadito, assume una funzione molto diversa da quella che riguarda il credito inteso in senso tradizionale.

Conseguentemente anche le figure dei garanti sono concepite secondo una logica coerente a tale precipua concezione. La dottrina³²⁹ ha, proprio per questo messo in evidenza come le categorie di garanti possa essere tre: compagnie di assicurazione, enti pubblici e promotori.

Nel primo caso la garanzia prestata da assicurazioni serve a attenuare qualche rischio che non sarebbe in altro modo allocabile³³⁰.

Nel secondo caso, ossia quando a fungere da garante è la P.A., si possono avere svariate ipotesi: è possibile, ad esempio, che un ente pubblico presti una garanzia per il successo del progetto, come nel caso dell'integrazione di una doman-

³²⁶ Cfr. I. SPINA, L. RIVECCIO, *Project financing. Metodi ed organizzazione dei progetti di finanza innovativa*, Napoli, 2006, pag. 432.

³²⁷ Cfr. E. GRIPPO, F. MANCA, *Manuale breve di diritto dell'energia*, Padova, 2008, pag. 187.

³²⁸ Cfr. F. MURATORI, *Riflessioni su taluni aspetti giuridici significativi del project finance*, in *Resp. Comunic. Impr.*, 1996, pag. 509.

³²⁹ Cfr. C. SALVATO, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ, *Il project financing. Caratteristiche e modelli contrattuali*, cit., pag. 16.

³³⁰ Ipotesi ormai standard è quella della performance bond prestata da compagnie assicurative alla SPV ed avente ad oggetto l'obbligazione dell'appaltatore di realizzare, nei tempi convenuti, l'opera. In caso di abbandono, o comunque di inadempimento da parte dell'appaltatore la SPV o i finanziatori in surrogazione, potranno farsi indennizzare dal garante.

da che si attesti a livelli inferiori rispetto a quelli precedentemente stimati; può anche capitare che l'ente pubblico garantisca l'equilibrio economico finanziario con l'obbligazione di attribuire titoli di stato nel caso in cui tale equilibrio non venga raggiunto in un certo tempo³³¹.

Nell'ambito delle garanzie prestate da enti pubblici, un importante ruolo può essere rivestito da istituzioni multilaterali con carattere internazionale e nella possibilità di garantire altri enti pubblici o privati per obblighi di soggetti partecipanti all'operazione³³².

3.3.9. *Gli acquirenti*

Quest'ultima categoria di soggetti è costituita da coloro che acquisteranno il prodotto o servizio del progetto e quindi da coloro che determineranno la fonte di ricavi che costituirà i flussi di cassa. Detto in altri termini, si tratta dei clienti della SPV dai quali ci si aspetta quel livello di domanda previsto dal piano economico-finanziario³³³.

La tipologia di acquirenti può variare a seconda di ciò che viene prodotto dalla società di progetto. Volendo fare una prima distinzione, la clientela può essere di due tipologie: clientela diffusa e clientela rappresentata da uno o pochi grandi operatori³³⁴.

Il primo tipo di clientela è quella che si ha nel caso di servizi offerti al dettaglio, come le infrastrutture autostradali dove il servizio è remunerato dal pedaggio dell'autostrada, ovvero in tutti quei casi in cui vi sarà una tariffa per usufruire del servizio stesso³³⁵.

Il secondo tipo di clientela, invece, ricorre quando l'output del progetto sia comprato da uno o più operatori, come accade per le centrali che producono elet-

³³¹ Cfr. M. LOBUONO, *Le garanzie nel project financing*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, II, pag. 127 e ss. Dello stesso Autore, si legga anche: *Project financing, garanzie indirette e tutela del finanziatore*, cit., pag. 102.

³³² Cfr. F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, cit., pag. 90; F. ANNUNZIATA, *Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, pag. 177.

³³³ In questi casi è importante uno studio preventivo sulla potenziale domanda e, conseguentemente, impostare un accurato piano di marketing.

³³⁴ Cfr. C. FAVA, *Project financing*, cit., pag. 34.

³³⁵ Cfr. F. GIORDANO, *Il project financing per le opere pubbliche in Italia*, cit., pag. 54.

tricità, dove l'energia è venduta ad un acquirente di tipo industriale che stipulerà un contratto di trasporto con il gestore della rete e a somministrarla, successivamente ai consumatori.

3.4. I possibili schemi di P.F.

Dopo aver messo in evidenza i soggetti coinvolti in una operazione di *project financing*, il livello successivo in cui si articola un'operazione di *project financing* è costituito dallo studio di fattibilità tecnica, che attraverso l'analisi delle tecniche applicabili, consente di scegliere la più idonea affinché l'opera e il servizio fornito corrispondano agli obiettivi prefissati.

L'evidenza empirica consente di mettere in rilievo alcune delle tecniche comunemente utilizzate nell'applicazione della finanza di progetto. Ci riferiamo agli schemi che sono più diffusi in Italia, ossia ai ruoli e ai rapporti di vario tipo che vengono ad instaurarsi tra i soggetti protagonisti dell'operazione di *project financing* affinché quest'ultima vada a buon fine.

La tecnica più diffusa usata per progetti di tipo infrastrutturale e industriale come centrali idroelettriche, porti, autostrade, parcheggi, ecc, è denominata *Build-operate-transfer* (BOT)³³⁶.

Lo schema prevede che il soggetto pubblico rilasci ad una società di progetto appositamente costituita il compito di realizzare l'opera di pubblica utilità e la gestione nel corso del periodo di concessione. Solo alla scadenza di tale periodo di tempo, l'opera viene trasferita al soggetto pubblico³³⁷. L'intento principale è di

³³⁶ Cfr. R. COHEN, V. COMITO, L. DAL PRATO, *La gestione finanziaria dei progetti. Dal contract financing al project financing*, cit., pag. 240. Osserva A. BIANCONI, *Il finanziamento privato delle grandi opere*, cit., pag. 336, come tale strumento sia da considerarsi valido per i paesi in via di sviluppo affinché possano usufruire di opere nonostante le ristrette risorse pubbliche a disposizione dei governi. L'Autore aggiunge poi che lo schema BOT costituisce lo strumento di realizzazione di opere di grandi dimensioni, riportando l'esempio della centrale energetica (Hab River) del valore di 1,8 miliardi di dollari, realizzata in Pakistan con il finanziamento di 686 milioni di dollari da parte di 42 banche sindacate.

³³⁷ Cfr. P. TERRIBILE, *L'azione dell'UNCITRAL in materia di Build-Operate-Transfer project financing*, in *Diritto commerciale internazionale*, 1995, pag. 361 e ss. Di recente R. COHEN, *Concessioni in BOT e strutture disaggregate (unbundled) nel Project Financing per infrastrutture*, in *Econ. Dir. terz.*, 2005, pag. 232, analizza un sistema destrutturata (unbundled) che si fonda, rispetto al BOT, su più soggetti che ruotano attorno ad un veicolo finanziario (SPV O Trust). In particolare, a fronte delle defezioni di un sistema BOT concepito su di un solo attore (costruttore o

coinvolgere il maggior numero possibile di investitori e, in particolare, i costruttori nella totale copertura finanziaria del progetto offrendo in contropartita un contratto di concessione per lo sfruttamento economico dell'iniziativa stessa e la vendita del servizio per un periodo mediamente compreso tra venti e trenta anni. Inoltre, il settore pubblico beneficia del fatto di non dover sostenere costi, né di dover fornire alcuna garanzia³³⁸.

Un'altra tecnica che consiste e rappresenta un'ulteriore forma di realizzazione di project financing è nota col nome di *Build-own- operate-trasfer* (BOOT).

A differenza del BOT, l'impiego di questa tecnica comporta una privatizzazione e uno sfruttamento parziale dell'opera da realizzare, almeno finché non avviene il trasferimento all'ente pubblico concedente. Anche in questo caso, come nel precedente, il periodo di concessione per la gestione dell'opera realizzata si aggira intorno ai trenta anni.

Altra forma di realizzazione di project financing è il *Build-own-operate* (BOO). Si tratta di una tipologia molto simile al BOOT, con la sola differenza che il periodo di concessione fornito alla società di progetto, da parte dell'amministrazione pubblica, può essere prorogato, attraverso la rinegoziazione degli accordi, fino a coprire anche l'intera vita economica dell'opera³³⁹. Tale situazione si verifica quando i flussi di reddito prodotti dal bene, nel corso del periodo di concessione stabilito, non sono sufficienti a rimborsare il debito.

Il *Build-lease-transfer* (BLT) è una forma di project financing incentrata sul contratto di leasing. In questo schema la società di leasing (locatore), in cambio di

gestore), viene proposto un sistema in cui un'agenzia (in genere pubblica) mette in gara separatamente la progettazione, la costruzione, la gestione ed il finanziamento dell'opera, tenendo separata la matrice finanziaria dalle altre che caratterizzano il progetto. La componente finanziaria sarà deputata alla SPV che sarà destinataria dei fondi e che cederà tutti i diritti finanziari del progetto ai finanziatori stessi; i fondi per la realizzazione dell'opera saranno poi versati al contraente deputato, in base ad un contratto a prezzo fisso, a eseguire l'opera. L'Autore mette a confronto il BOT e il sistema unbundled: il primo, in cui al costruttore è imputata anche la parte finanziaria dell'operazione, a causa dei maggiori costi e della maggiore concentrazione dei rischi in capo all'unico contraente, sarebbe causa delle maggiori potenzialità di insuccesso e di maggiore tariffazione a carico dell'utenza, laddove il secondo, grazie ad una frammentazione dei ruoli in capo a svariati soggetti, presenterebbe notevoli e numerosi benefici, come la maggiore trasparenza dei sussidi pubblici erogati per l'opera, minor concentrazione di rischi e, conseguentemente, minori costi dell'investimento.

³³⁸ Cfr. M. MISCALI, *La struttura delle operazioni di project financing: aspetti giuridici e fiscali*, cit., pag. 88.

³³⁹ Cfr. C. SALVATO, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, cit., pag. 18.

un canone periodico, concede al gestore (locatario) la disponibilità di un bene, acquistato o realizzato dalla società di leasing locatrice su indicazione o scelta del gestore-locatario³⁴⁰. Al termine della durata del contratto il locatario può diventare proprietario del bene, previo pagamento al locatore del prezzo di riscatto contemplato nel contratto³⁴¹.

Il BOOST (*Build-own-operate-subsidize-transfer*), invece, è uno schema di finanziamento in cui, durante la fase di costruzione e di gestione dell'opera, si rende necessario un contributo di capitale pubblico (circa il 30-40 per cento del costo dell'opera), a causa del fatto che la natura dell'opera stessa non consente di generare un flusso di cassa tale da permettere alla società di progetto di effettuare il servizio del debito e di ottenere un'adeguata remunerazione del capitale investito³⁴².

Veniamo, infine, all'ultimo schema che può essere utilizzato in un'operazione di project financing: il *Rehabilitate-operate-leaseback* (ROL): questa forma è finalizzata al finanziamento della ristrutturazione di un impianto o di un'infrastruttura (si pensi al empowering di una vecchia centrale idroelettrica o all'ammmodernamento di un aeroporto). Il compito dei promotori è quello di riattivare l'impianto o l'infrastruttura, gestirla per un certo periodo predefinito e restituirla con un'operazione di *leaseback* all'amministrazione pubblica³⁴³.

Anche dall'analisi delle più diffuse tecniche utilizzate nelle operazioni di *project financing* è possibile evidenziare alcuni suoi elementi di particolare rilievo. Da una parte, il project financing si caratterizza per una complessità che in certi casi può risultare addirittura eccessiva: la necessità di una struttura contrattuale assai costosa e contrassegnata dal coordinamento di un vasto numero di soggetti, spesso in contrasto tra loro, può ostacolare la realizzazione del progetto stesso. Inoltre, il project financing presenta orizzonti temporali anche molto lunghi, che rendono l'esito più aleatorio, determinando una lievitazione dei costi e accentuando, di conseguenza, la rischiosità dell'operazione, elevata anche a causa della

³⁴⁰ *Ivi*, pag. 19.

³⁴¹ Cfr. C. TAMAROWSKI, *Project financing e opere pubbliche in Italia. Il settore delle costruzioni*, cit., pag. 21.

³⁴² Cfr. P. K. NEVITT, F. FABOZZI, *Project financing*, in *Rivista Milanese di Economia*, serie Quaderni, n. 26, Bari, 1998, pag. 74.

³⁴³ Cfr. P. K. NEVITT, F. FABOZZI, *Project financing*, cit., pag. 77.

mancanza di garanzie reali. Dall'altro, nonostante la difficoltà nella sua realizzazione, i benefici ricavabili sono innegabili: un'estesa applicazione di questo strumento può, infatti, incentivare in Italia gli investimenti in opere pubbliche bloccati a causa della riduzione della spesa statale. D'altra parte, è anche vero, che solo lo sviluppo di competenze specifiche può promuovere il *project financing* e nel nostro paese in tal senso è ancora necessario coltivare una vera cultura "di progetto", senza la quale qualsiasi sforzo di implementazione sarebbe inutile.

3.5. *L'ambito di applicazione oggettivo del P.F.*

Esaminata la compagine soggettiva del *project financing*, occorre soffermarsi sull'ambito oggettivo di applicazione dello stesso.

L'art. 153 fa riferimento alla «*realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale 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*». È di palmare evidenza lo stretto vincolo alla programmazione pubblica.

In proposito, il TAR Toscana³⁴⁴ ha rimarcato che «*la ratio che lega l'avvio della proposta progettuale in finanza di progetto al vincolo della programmazione è da individuare nell'esigenza di evitare che vengano realizzate opere inutili o al di fuori delle opere programmatiche assunte per la soddisfazione dei bisogni della collettività. Il vincolo della programmazione triennale o degli altri strumenti programmatici rappresenta pertanto una garanzia delle esigenze sociali e degli interessi pubblici che le amministrazioni pubbliche devono soddisfare*».

Inoltre, l'art. 156 nel prevedere la facoltà di costituire apposita società di progetto, si riferisce all'«*affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità*».

Si evidenzia l'astensione della possibilità di ricorrere al *project financing* anche alla «*concessione di servizi*», mentre in precedenza era limitata soltanto alla

³⁴⁴ Cfr. TAR Toscana, sez. II, 4 maggio 2005, n. 2051.

concessione di lavori, con conseguente superamento di quel filone giurisprudenziale che ne aveva negato la legittimità³⁴⁵.

La previsione del “*nuovo servizio di pubblica utilità*” sembra poi debba intendersi nel senso di riferire il carattere di “novità” all’opera da realizzare e che riveste carattere strumentale alla gestione e non tanto alle attività connesse al servizio in senso stretto. Sotto altro profilo più squisitamente finanziario, si distinguono “opere calde” e “opere fredde”.

Si definiscono “*opere fredde*” quelle in cui la funzione sociale è talmente preminente da non consentire l’applicazione di tariffe o, tutt’al più, da consentire tariffe talmente basse da non essere idonee a dar vita a quei flussi di cassa destinati alla remunerazione dei capitali impiegati nell’operazione. Beneficiario principale di tali operazioni è lo Stato, in quanto trattasi essenzialmente di interventi strutturali aventi una portata generale³⁴⁶.

Diversamente, per “*opere calde*” si intendono quelle self-liquidating, ossia quelle per cui la controprestazione del servizio è tale da rendere configurabile un’attività imprenditoriale vera e propria, con relativi costi e ricavi; in breve, si tratta di opere suscettibili di “gestione economica” tramite finanza di progetto³⁴⁷.

Altra parte della dottrina³⁴⁸ definisce “opere calde” quegli interventi pubblici capaci di generare flussi di cassa, basandosi sullo svolgimento da parte del privato finanziatore di un’attività soggetta alle logiche imprenditoriali come, ad esempio, oleodotti, parcheggi, autostrade, ecc; le “opere fredde”, invece, assolvono una funzione sociale che non consente, come già evidenziato, l’applicazione di tariffe, al punto da richiedere l’apporto contributivo pubblico, in mancanza del quale l’operazione rischia di non rivestire interesse per il promotore.

³⁴⁵ Cfr. TAR Molise, n. 742/2002, in www.servizipubblicilocali.it.

³⁴⁶ Cfr. M. BALDI, G. DE MARZO, *Il Project Financing nei lavori pubblici*, Milano, 2004, pag. 125.

³⁴⁷ Cfr. G. TAMBURI, *Come applicare il project financing alle opere “calde” e alle opere “fredde”*, in AA. VV. (a cura di U. DRAETTA E C. VACCÀ), *Il project financing. Soggetti, disciplina, contratti*, Milano, 2002, pag. 78.

³⁴⁸ Cfr. G. GUZZO, *Alcune riflessioni sul project financing alla luce delle recenti pronunce del Consiglio di Stato, V sezione, n. 6287, del 10 novembre 2005, del CGA della Regione Sicilia, n. 974, del 22 dicembre 2005 e della legge n. 266, del 23 dicembre 2005 (finanziaria 2006)*, in www.lexitalia.it.

Le “*opere tiepide*”, infine, sono quelle finanziate dalla stazione appaltante mediante l'erogazione di somme al promotore³⁴⁹. Come correttamente evidenziato in dottrina, in questo tipo di opere «il rischio di impresa del privato viene coperto attraverso la sostituzione di quest'ultimo alla pubblica amministrazione nell'erogazione di servizi, a condizione, però, che l'ente sostitutivo versi al privato erogatore un adeguato corrispettivo sulla base di logiche eminentemente commerciali. In questo modo è stato possibile realizzare scuole ed ospedali interamente finanziati con l'apporto di capitali privati»³⁵⁰.

È interessante segnalare che le primissime operazioni di project financing sono state realizzate, come già evidenziato precedentemente, negli Stati Uniti nel settore della produzione di energia elettrica, quindi in un ambito strettamente privatistico, mentre l'applicazione dell'istituto alle infrastrutture di pubblica utilità rappresenta un'evoluzione recente, collocabile in un contesto incline a favorire la privatizzazioni³⁵¹. Nel caso delle “opere fredde”, alle quali non è applicabile lo schema del project financing puro che prevede di finanziare i progetti esclusivamente attraverso gli introiti della fase di gestione, senza cioè un intervento da parte dello Stato, l'intervento pubblico affiancato a quello privato è dunque necessario se si desidera che - oltre ai benefici derivanti da una gestione privata del progetto - le tariffe del servizio connesso all'opera (qualora sia possibile l'applicazione di tariffe) vengano mantenuta ad un livello socialmente accettabile, o comunque se si desidera in ogni caso realizzare l'opera, qualora ad essa non siano applicabili tariffe³⁵².

Per poter realizzare questa categoria di opere evitando di lasciare insoddisfatto l'interesse pubblico, spesso prevalente rispetto ad altre considerazioni, è dunque necessario un intervento pubblico, in forme e modi differenti a seconda della natura del problema (vale a dire sotto forma di contributi a fondo perduto, finan-

³⁴⁹ Cfr. G. TAMBURI, *Come applicare il project financing alle opere “calde” e alle opere “fredde”*, cit., pag. 85.

³⁵⁰ P. CARRIÈRE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999, pag. 343.

³⁵¹ Cfr. D. G. EPSTEIN, J. A. MARTIN, W. H. HENNING, H. STEVE, *Basic Uniform Commercial code*, West/Thomson/Foundation Press, 1988, pag. 345.

³⁵² Cfr. T. V. RUSSO, *Il project financing. Interessi e controlli nella finanza di progetto*, in *Rassegna di diritto civile*, I, 2004, Saggi, pag. 169.

ziamenti agevolati, garanzie ai debiti contratti dalla società privata di *project financing*, oppure tramite forme innovative di intervento pubblico)³⁵³.

La presenza di un intervento pubblico però non pregiudica la possibilità di trasferire al settore privato gran parte dei costi e dei rischi dei progetti relativi a queste opere. In altri termini la presenza di un intervento pubblico anche consistente nel finanziamento delle opere fredde non snatura assolutamente lo strumento del *project financing*, bensì lo rende applicabile ad opere il cui onere ricadrebbe altrimenti interamente sullo Stato³⁵⁴.

Vi sono poi opere che, pur essendo di assoluta rilevanza imprenditoriale, necessitano di un intervento pubblico sia a garanzia del reale impegno delle amministrazioni pubbliche nei confronti dell'opera da realizzare e quindi dell'impegno implicito a non ostacolarla e a portarla avanti fino in fondo, sia come contributo tangibile all'operazione. Normalmente si tratta di opere infrastrutturali di grandi dimensioni e di rilevanza nazionale, opere caratterizzate da un elevato grado di incertezza e, di conseguenza, di rischio per i finanziatori³⁵⁵.

Anche in quest'ultimo caso non si può certo affermare che la presenza di un intervento pubblico snaturi le caratteristiche del *project financing*³⁵⁶.

Vi sono, infine, opere che - pur avendo una rilevante importanza imprenditoriale - non sono finanziabili senza un rilevante intervento pubblico solo perché la normativa vigente o, più semplicemente, la mentalità dominante presso gli amministratori pubblici o gli utenti non consente di adeguare le tariffe a livelli che rendano la realizzazione dell'opera attraente per gli operatori privati. Si tratta, in altre parole, di opere per le quali il livello socialmente accettabile delle tariffe sarebbe ben più elevato di quello praticato (data la natura stessa dei servizi erogati), ma che, a causa di vincoli normativi e spesso anche culturali, non possono avere prezzi a livelli che consentano l'applicazione del *project financing*.

³⁵³ Cfr. F. SEGANTI, *Il PIM-Preliminary Information Memorandum*, dispensa per il corso specialistico in "Esperto in *project financing*", anno 2004, presso il MIB School of Management di Trieste.

³⁵⁴ Cfr. T. V. RUSSO, *Project financing*, Napoli, 2007.

³⁵⁵ Cfr. S. M. SAMBRI, *Project financing. La finanza di progetto per la realizzazione delle opere pubbliche*, in *Trattato di diritto dell'economia diretto da E. Piccozza e E. Gabrielli*, Padova, 2006, pag. 342.

³⁵⁶ Cfr. M. E. KLECKNER, *Il project financing e il diritto italiano*, in W. TERNAU, *Project financing. Aspetti economici, giuridici, finanziari, fiscali e contrattuali*, cit., pag. 68 e ss.

L'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, recante «*Interventi urgenti in maniera di finanza pubblica*», è stato certamente elaborato con l'intento di modificare questa mentalità, introducendo il principio che la tariffa è il corrispettivo che l'utente deve pagare per poter usufruire del servizio prestatogli e che la tariffa debba essere stabilita a un livello che consenta al soggetto che gestisce il servizio di raggiungere un'adeguata remunerazione del capitale investito³⁵⁷.

È solo con riferimento a quest'ultima categoria di opere che si può parlare di “snaturamento” del project financing, quando ad esse vengono concessi contributi pubblici molto alti. Solo in questi casi, cioè, il contributo si configura come un impiego inefficiente di risorse pubbliche³⁵⁸.

L'intervento pubblico a supporto delle “opere fredde” (e delle opere per le quali l'intervento è necessario a ridurre il grado di rischio per i finanziatori rendendo evidente l'impegno pubblico a non ostacolare l'opera) è, in sintesi, l'unico accettabile nel project financing³⁵⁹.

Quanto detto si riferisce soprattutto all'introduzione del project financing, poiché quest'ultima nel nostro paese ha richiesto un rilevante impegno anche da parte dei soggetti pubblici³⁶⁰.

Oltre a ciò, è rilevante sottolineare come la necessità di un intervento pubblico non pregiudichi la possibilità di trasferire comunque gran parte dei costi e dei rischi di un progetto al settore privato, soprattutto se tale intervento avviene con modalità innovative rispetto al passato³⁶¹.

3.6. Lo studio di fattibilità economico-finanziaria

Da ultimo analizziamo la fase che ha ad oggetto la valutazione della fattibilità economica e finanziaria del *project financing*.

³⁵⁷ Cfr. F. LAZZARETTI, *Presentazione della Conferenza svoltasi a Tieni il 1° marzo 2002 dal titolo “Il project financing e il suo rapporto con la programmazione dei lavori pubblici anche alla luce dei principi della legge obiettivo per la realizzazione delle opere strategiche”*, in *Nuova rassegna di legislazione e dottrina giuridica*, 2002, pag. 2109.

³⁵⁸ Cfr. A. PONTI, *Il project financing. Non solo strumento di realizzazione delle opere pubbliche ma anche strumento di gestione*, cit., 1000.

³⁵⁹ *Ivi*, pag. 1023.

³⁶⁰ E. M. PICCIRILLI, *Il project financing nello scenario giuridico italiano*, cit., pag. 1321.

³⁶¹ *Idem*.

Come si è già messo in evidenza, le operazioni di *project financing* sono caratterizzate da alcuni aspetti peculiari tra cui, in particolare, la valutazione dei flussi di cassa dell'iniziativa come elemento principale su cui fondare le aspettative di rimborso del debito e di remunerazione del capitale di rischio. Infatti, le prospettive rilevanti ai fini della valutazione della capacità di rimborso del debito e della possibilità di fornire un'adeguata remunerazione del capitale investito sono principalmente basate sulle previsioni di reddito dell'iniziativa finanziata e non sull'affidabilità economico-patrimoniale dei promotori. Per questo motivo, la redazione di un quadro previsionale - lo studio di fattibilità economico-finanziaria - dell'opera che si intende realizzare è fondamentale, poiché permette di valutare *ex ante* la capacità di creare valore.

In questo senso partendo da una serie di ipotesi e di assunti iniziali, lo studio di fattibilità economico-finanziaria si propone come obiettivo, da una parte, di stimare i ritorni economici dell'iniziativa, i fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione degli investimenti, le modalità di copertura di tali fabbisogni e la capacità del progetto di rimborsare il debito e remunerare il capitale di rischio; dall'altra, di servire ai soggetti³⁶² partecipanti per decidere dell'opportunità di realizzare l'iniziativa. Tale analisi, che viene svolta su iniziativa dei promotori con il supporto dei consulenti³⁶³ è una previsione e, per questo, non fornisce alcuna garanzia del raggiungimento del risultato previsto.

Il modello economico-finanziario è, a sua volta, scomponibile in vari punti di cui segnaliamo:

- ◆ l'analisi economica che, tramite la determinazione analitica dei *cash flow* revisionali e il calcolo di indici economici, è in grado di fornire una valutazione relativa all'attitudine del progetto di creare valore;
- ◆ l'analisi finanziaria che, tramite il computo di indici finanziari, permette, invece, di elaborare una struttura finanziaria "obiettivo" coerente con le caratteristiche economiche dell'iniziativa.

³⁶² In particolare, è utile, per esempio, ai finanziatori per verificare l'opportunità di finanziare l'iniziativa, agli investitori per esaminare la convenienza economica di fornire il capitale di rischio e alla pubblica amministrazione per valutarne la priorità rispetto ad altri progetti.

³⁶³ In questo caso, più propriamente, si tratta di intermediari finanziari che mettono a disposizione i loro team dedicati.

Lo studio di fattibilità economico-finanziaria è costituito da un documento informativo³⁶⁴ che descrive minuziosamente tutte le ipotesi (sia economiche che finanziarie) del progetto, e da tavole (come il bilancio) dalle quali è possibile risalire ai possibili flussi di cassa.

È fondamentale effettuare delle ipotesi e delle stime poiché un approccio alla valutazione deve essere «*prudenziale, coerente e approfondito*»³⁶⁵.

La *prudenzialità* comporta una sottostima degli elementi positivi e una sovrastima di quelli positivi. La molteplicità delle stime e delle ipotesi da adottare implica l'introduzione di un'elevata soggettività nella costruzione del modello economico-finanziario: pertanto è importante che tutte le ipotesi e le stime siano *coerenti* tra di loro e rispondano ad un'unica e precisa rappresentazione della realtà economica sottostante³⁶⁶. Di conseguenza, questa realtà deve essere conosciuta in modo *approfondito*. In sintesi, un tale orientamento prevede dapprima la redazione, da parte della società di progetto, di un bilancio revisionale, che consenta la determinazione dei flussi di cassa del progetto e il calcolo, infine, degli indici economici e finanziari³⁶⁷.

Il primo passo, dunque, da compiere nella valutazione di un'operazione di *project financing* è rappresentato dalla redazione, a valori correnti, del bilancio previsionale le cui voci scontano l'inflazione attesa. Alla base dello stato patrimoniale e del conto economico previsionali si trovano alcune ipotesi, di fondamentale importanza anche per la successiva redazione del piano economico-finanziario, tra cui è opportuno segnalare quelle relative al paese di ubicazione del progetto, alla tipologia dell'iniziativa da realizzare, al suo impatto ambientale e alle sue ripercussioni economiche e sociali³⁶⁸.

Solo successivamente è possibile passare al calcolo dei flussi di cassa del progetto, i quali devono presentare le seguenti caratteristiche e cioè essere: mone-

³⁶⁴ Tale documento di carattere eminentemente descrittivo è chiamato *information memorandum*.

³⁶⁵ Cfr. C. TAMAROWSKI, *Project financing e opere pubbliche in Italia. Il settore delle costruzioni*, cit., pag. 23.

³⁶⁶ Cfr. M. DALLOCCHIO, *Finanza d'Azienda. Analisi e valutazioni per le decisioni d'impresa*, Milano, 1995, pp. 342-345.

³⁶⁷ Cfr. S. ROSS, R.W. WESTERFIELD, J. F. JAFFE, *Finanza Aziendale*, Bologna, 1996, pp. 261-264.

³⁶⁸ Cfr. M. MASSARI, *Finanza aziendale. Valutazione*, Milano, 1998, pag. 26.

tari, incrementabili o differenziali, al lordo degli oneri finanziari, al netto delle imposte³⁶⁹.

3.7. I rischi di progetto

Tutte le operazioni di *project financing* si caratterizzano per un'elevata riprocesso di rischiosità e, per questo motivo, l'individuazione di tutti i rischi che la costruzione e la gestione di opere complesse comportano e la possibilità di procedere, attraverso un complesso processo di negoziazione, alla suddivisione di tali rischi tra i vari soggetti partecipanti all'operazione costituisce un aspetto di estrema importanza nella finanza di progetto: infatti, solo la ripartizione di tali rischi tra gli attori permette di realizzare iniziative che, altrimenti, non potrebbero essere attuate se tutto il loro peso gravasse su di un unico soggetto³⁷⁰.

La possibilità di realizzare questo obiettivo dipende dal modo in cui vengono svolte due analisi fondamentali: l'individuazione e la valutazione di tutte le possibili categorie di rischio e l'equilibrata allocazione delle categorie di rischio individuate tra i differenti soggetti³⁷¹. Il processo di copertura e di ripartizione economica dei rischi di un progetto crea stabilità e rende realizzabili progetti che, in via preliminare, non sono percorribili anche se interessanti da un punto di vista economico³⁷². Un'operazione di *project financing* può essere suddivisa in tre fasi successive, a ognuna delle quali possono essere associati diversi livelli complessivi di

³⁶⁹ Cfr. A. DAMODARAN, *Manuale di valutazione finanziaria*, Milano, 1996, pag. 62-63.

³⁷⁰ Cfr. E. TORTORELLI, *Project financing ed enti finanziari multilaterali: criteri di valutazione ed analisi dei rischi*, cit., pag. 245.

³⁷¹ L'allocazione dei rischi si concretizza nella costruzione del cd. *Security package* (pacchetto di garanzie) consistente nel complesso di accordi, contratti, impegni e garanzie che realizzano quella mitigazione e ripartizione dei rischi del progetto propria di ogni operazione di *project financing*. G. IMPERATORI, *La finanza di progetto. Una tecnica, una cultura, una politica*, cit., pag. 328, attribuisce grande importanza alla costruzione del *security package* sostenendo che «è proprio questa operazione di individuazione, copertura e ripartizione dei rischi che dà effettivamente concretezza alle previsioni economiche associate ad un progetto, le quali, per quanto prudenti e fondate possano essere, senza un lavoro di questo tipo resterebbero pur sempre un mero esercizio di carattere matematico».

³⁷² Cfr. E. TORTORELLI, *Project financing ed enti finanziari multilaterali*, cit., pag. 246, focalizza il *security package* come «uno strumento complesso per bilanciare il profilo rischi/benefici tra finanziatore ed investitore», non mancando di aggiungere come il s.p. non sia mai un'operazione neutra tra le parti coinvolte, dal momento che i benefici dell'una si traducono in sacrifici per l'altra.

rischio: una fase di pianificazione, una fase di organizzazione e, infine, una fase di gestione³⁷³.

In generale, durante la prima fase si assiste ad un incremento del livello del rischio: in questo periodo viene svolta l'analisi di fattibilità economico-finanziaria del progetto per valutarne la convenienza e vengono realizzati i primi investimenti. Nella fase di organizzazione, il rischio raggiunge il suo massimo livello determinato, prevalentemente, dall'incertezza nei tempi e nei costi di costruzione dell'opera. Infine, nella fase di gestione si iniziano a produrre i primi flussi di cassa positivi che consentono il ripagamento del debito: il rischio del progetto si riduce complessivamente e diminuisce tanto più velocemente quanto più rapidamente viene rimborsato il debito³⁷⁴.

Nella fase di pianificazione i rischi sono principalmente di natura tecnica. Infatti, data la necessità di anticipare i fondi per l'acquisto di materiali, di equipaggiamenti e per il pagamento della manodopera impiegata nella successiva fase di organizzazione in cui si inizia a costruire l'opera, l'entità del rischio aumenta rapidamente e comincia ad accumularsi il carico di interessi passivi derivanti dai prestiti accesi. Il problema fondamentale consiste nella gestione dell'interazione tra tempi e costi, che può condurre a disastrose lievitazioni dei fondi necessari per la copertura del fabbisogno finanziario del progetto.

L'elevata incertezza relativa alle previsioni effettuate rende i numerosi tipi di rischio presenti particolarmente elevati. In questa fase si possono enumerare quattro tipologie differenti di rischio: il rischio di mancato sviluppo dell'iniziativa³⁷⁵, il rischio di approvvigionamento e fornitura³⁷⁶, il rischio tecnologico³⁷⁷, ecc.

³⁷³ Cfr. M. RICCHI, *Project financing e Floating Charge: garanzie per i finanziatori, pignoramento di beni a consistenza variabile e spossamento cooperativo*, cit., pag. 276. L'Autore osserva come un'accurata messa a punto del *security package* crea ulteriore garanzia e stabilità che non è la somma risultante dalle singole garanzie autonomamente considerate, ma costituisce e si pone come un valore aggiunto identificabile in un rating di progetto e non di impresa.

³⁷⁴ I maggiori rischi associati a un progetto sono riconducibili all'effettivo rispetto dei flussi di cassa revisionali.

³⁷⁵ Tale rischio attiene a possibili errori e/o inconvenienti nell'ambito della programmazione di tutte le attività che, concatenandosi tra di loro, daranno vita all'evoluzione del progetto. Si deve, però, sottolineare che ogni operazione di project financing è composta da tutta una gamma di attività che devono integrarsi nei tempi e negli effetti, evitando di produrre tempi morti che si tradurrebbero in costi aggiuntivi e in ritardi nella produzione dei flussi da cassa.

³⁷⁶ Questo tipo di rischio si ha quando la SPV ha preventivamente stipulato un contratto di approvvigionamento (suppli contract) per il futuro impianto: nel caso in cui questo registri un'inefficienza, se la SPV si è vincolata ad un livello minimo di acquisto, sarà tenuta a relativo adempi-

Il rischio di mancato sviluppo dell'iniziativa si sostanzia nella possibilità che il contractor, che deve procedere alla costruzione dell'opera, rifiuti di mantenere l'offerta fatta perché, ad esempio, non la ritiene più remunerativa o perché non è più in grado di eseguire l'opera: il rischio in oggetto è a carico della società di progetto. In questi casi la realizzazione dell'opera non viene neanche avviata. Tale rischio viene solitamente coperto attraverso i bid-bond³⁷⁸: si tratta di garanzie richieste ai soggetti partecipanti alla gara per l'assegnazione dell'appalto di costruzione, volte ad assicurare che ogni partecipante sia realmente intenzionato a rispettare i contratti e, quindi, a realizzare l'opera.

Il rischio di approvvigionamento e fornitura consiste, da un lato, nell'eventualità che venga a mancare la piena disponibilità delle materie prime e dei semilavorati necessari al processo produttivo e, dall'altro, che i costi previsti originariamente risultino, in seguito, più elevati. Questa situazione si aggrava se i prezzi negoziati superano quelli delle tariffe applicabili ai clienti/utenti finali. Questo rischio può essere coperto attraverso contratti denominati *put-or-pay*: in questo tipo di contratti il fornitore è obbligato a procurare il prodotto ai prezzi determinati, in caso contrario egli si assume interamente i costi della mancata fornitura.

Infine, il rischio di cambio si verifica nel caso in cui i flussi di cassa in uscita e in entrata non siano espressi nella stessa valuta. È un rischio, pertanto, che deve essere considerato nella pianificazione del progetto e deve essere coperto attraverso idonei strumenti di *hedging*: i più utilizzati sono rappresentati dagli *swap*, dalle opzioni valutarie e dai *future* in valuta³⁷⁹.

La seconda fase, quella di *organizzazione*, inizia una volta portata a compimento la progettazione dell'iniziativa e attiene strettamente al periodo di costruzione dell'opera³⁸⁰. Il successo di un'operazione di *project financing* si intuisce in

mento e non potrà chiedere al fornitore una equivalente riduzione della quantità di fornitura preventivamente pattuita.

³⁷⁷ Il rischio tecnologico si sostanzia nella scelta della tecnologia che costituisce principio attivo dell'opera: i promotori potrebbero preferire una tecnologia nuova e quindi non sufficientemente sperimentata oppure una tecnologia più consolidata che però potrebbe divenire obsoleta e quindi ad efficienza concorrenziale ridotta nel momento dell'operatività del progetto. Generalmente si propende per questa seconda soluzione che permette lo stesso una pianificazione, elemento essenziale in una operazione di *project financing*.

³⁷⁸ Con tale termine si fa riferimento alle garanzie di partecipazione all'appalto di costruzione.

³⁷⁹ Cfr. J. D. FINNERTY, *Project financing. Asset-Based Financial Engineering*, cit., pag. 68.

³⁸⁰ Cfr. G. B. NUZZI, *Il project financing in Italia: esperienze e prospettive*, in *Diritto commerciale internazionale*, 1998, pag. 681.

questa fase e i rischi si distinguono in tre tipi di rischio: rischio di completamento, rischio di mercato e rischio di tasso di interesse.

Il rischio di completamento si può, a sua volta, in due differenti categorie: il rischio di sforamento dei costi previsti e il rischio di ritardi nella realizzazione del progetto. Nel primo caso la causa può essere riconducibile ad alcuni fattori: tra i più comuni si ricordano gli imprevisti tecnici, gli aumenti delle spese generali e le inefficienze attribuibili ai contractor. Nel secondo caso si fa riferimento alla possibilità che l'opera non sia completa nei tempi previsti e ciò è adducibile a molteplici cause³⁸¹, tra cui si segnalano i ritardi nella fornitura di macchinari o i ritardi nell'ottenimento di eventuali permessi o licenze. Tali rischi possono essere coperti tramite la stipulazione di contratti *turn key*, che prevedono il trasferimento del rischio sul contractor: dietro il pagamento di un prezzo prefissato il costruttore garantisce, infatti, alla società di progetto il rispetto dei tempi di completamento e del costo dell'opera³⁸².

Il rischio di mercato, invece, è legato alla commercializzazione del prodotto finale: alla possibilità che la domanda si riveli inferiore alle previsioni iniziali ovvero che le tariffe ipotizzate non siano applicabili e si renda necessario fissare un livello più basso. A questo riguardo si possono prevedere contratti che garantiscano da parte dei clienti finali l'impegno ad acquistare il bene/servizio.

Il rischio di tasso di interesse, infine, deriva dalla possibilità di una variazione dei tassi che, nel caso di aumento, rendono molto oneroso il ripagamento del debito. In questo caso è possibile coprirsi attraverso strumenti finanziari quali, *swap*, opzioni e *future* sui tassi di interesse.

³⁸¹ A questo riguardo si consideri l'esempio dell'Eurotunnel. Il progetto rappresentava una delle opere infrastrutturali più imponenti realizzate negli ultimi anni e prevedeva, a completamento avvenuto, la costruzione di due gallerie gemelle per il transito dei treni, una galleria di servizio e una galleria autostradale (quest'ultima da realizzarsi entro il 2000) per collegare Francia e Inghilterra. L'accordo tra i due paesi per la realizzazione dell'opera escludeva il ricorso a fondi pubblici per il finanziamento del progetto, stabilendo la creazione di un consorzio di partecipazioni private (Consorzio Eurotunnel) che doveva provvedere al 21% del fabbisogno complessivo dell'investimento richiesto. Il restante 79% era coperto mediante ricorso ai mercati finanziari (emissione di euro-bonds e concessione di linee stand-by). In realtà, la valutazione iniziale non si era dimostrata affidabile, in quanto i costi erano lievitati in modo rilevanti fin dall'inizio dei lavori a causa di alcuni imprevisti (come la difficoltà nelle perforazioni) che non erano stati considerati. Sul punto si legga J. D. FINNERTY, *Project Financing. Asset-Based Financial Engineering*, cit., pag. 294.

³⁸² Cfr. A. FELICIANI, *Turn-Key contract for heavy plants*, in *Diritto commerciale internazionale*, 1989, pag. 298.

Nella terza ed ultima fase, fase di gestione, l'opera inizia a funzionare e a produrre i primi flussi di cassa positivi, permettendo il rimborso del debito e la remunerazione dei finanziatori e degli investitori³⁸³.

I rischi connessi a questa fase sono rappresentati, in primo luogo, dal rischio di capacità operativa che si sostanzia nell'eventualità che la capacità operativa finale sia inferiore a quella prevista inizialmente. In questo caso, i flussi di reddito finali del progetto risulterebbero più bassi di quelli ipotizzati e potrebbero compromettere il rimborso del debito. Anche in questo caso, la stipula di un contratto *turn key*, da parte del *contractor* garantisce la performance dell'opera³⁸⁴. In secondo luogo, vi è anche il rischio di gestione relativo alle possibilità di un incremento dei costi, imputabili alla gestione e alla manutenzione dell'opera realizzata.

Questo particolare tipo di rischio può essere coperto attraverso i maintenance bond, ossia tramite garanzie, fornite dalla società di progetto ai finanziatori, volte ad assicurare a questi ultimi il buon fine del debito.

Comuni, invece, a tutte e tre le fasi di un progetto di *project financing* sono: i rischi connessi alla realizzazione dell'opera, rischi connessi alla restituzione dei finanziamenti prestati e i rischi di forza maggiore.

Appartengono alla prima categoria i rischi politici e sociali derivanti dalla scelta del luogo in cui si realizza l'opera³⁸⁵. Nel primo caso tali rischi possono riguardare eventuali mutamenti legislativi o fiscali, ma anche espropriazioni da parte dello Stato conseguenti alla modifica degli accordi iniziali; nel secondo caso, invece, si fa riferimento a quei rischi legati alla localizzazione della struttura in ambienti caratterizzati da condizioni geografiche e naturali incerte. La principale garanzia a copertura di tali rischi proviene dalla realizzazione di studi di impatto ambientale, volti a individuare e a valutare tutti gli aspetti relativi, appunto, all'impatto dell'opera sull'ambiente circostante³⁸⁶.

³⁸³ Cfr. J. D. FINNERTY, *Project Financing. Asset-Based Financial Engineering*, cit., pag. 70.

³⁸⁴ Cfr. L. FIORILLO, *I contratti internazionali di costruzione e consegna di impianti industriali*, in *Diritto commerciale internazionale*, 1993, pag. 362.

³⁸⁵ Cfr. P. G. NAGY, *Country risk. How to assess. Quantify and Monitor It*, Londra, 1979. Per "rischio Paese" si intende «l'insieme delle probabilità di perdita di un credito internazionale derivante da eventi legati alla scelta del governo del Paese nei confronti del quale la banca è esposta, ma che comunque non sono controllabili dai singoli operatori».

³⁸⁶ *Ivi*, pag. 398.

I rischi connessi alla restituzione dei finanziamenti prestati sono quei rischi cui vanno incontro i soggetti finanziatori dell'opera. Nel caso di operazioni internazionali si parla di rischio-paese. In tal caso è possibile tutelarsi e garantirsi stipulando assicurazioni con agenzie governative o con società assicurative specializzate.

I rischi di forza maggiore sono poi relativi a tutti quegli eventi che non è possibile prevedere e che, per questo, non possono essere controllati come, per esempio, gli incendi, le inondazioni, i terremoti, ecc. Il realizzarsi di tali eventi può avere diverse conseguenze, come rendere impossibile il compimento dell'opera o più onerosa la sua esecuzione e ritardarne la sua utilizzazione. Anche tali rischi possono essere coperti attraverso la stipulazione di specifiche polizze assicurative.

3.8. La legislazione regionale in materia di finanza di progetto

A seguito della riforma del titolo V della nostra Costituzione, attuata con la legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3, ce ha comportato una rivisitazione della distribuzione delle competenze legislative tra Stato e Regioni, molte Regioni hanno legiferato anche con riferimento alla finanza di progetto, nell'ambito di più ampi provvedimenti in materia di lavori pubblici.

È opportuno premettere che nella nuova impostazione vengano elencate le materie di competenza esclusiva dello Stato (art. 117, 2 Cost.), quelle di competenza concorrente Stato/Regioni (art. 117, 3 Cost.) e viene riservata alle Regioni la competenza residuale su ogni altra materia che non rientra nelle prime due categorie (art. 117, 4 Cost.).

Per ciò che riguarda il project financing, si è ritenuto di poterlo inglobare nell'ambito dei "lavori pubblici" che, non essendo espressamente previsti nel nuovo testo, potrebbero essere in parte ricondotti alla materia "grandi reti di trasporto e di navigazione" (rientrante nella competenza concorrente), in parte nella competenza residuale delle Regioni.

In proposito la giurisprudenza, più precisamente il Giudice delle Leggi³⁸⁷ ha chiarito che: *«la mancata inclusione dei lavori pubblici nella elencazione dell'art. 117 Cost. [...] non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti [...]»*.

Va d'altra parte considerato che la “tutela della concorrenza” è attribuita in esclusiva allo Stato (art. 117, 2 lett. e), ritenendosi più che una “materia” in senso proprio, una finalità perseguibile in maniera trasversale nei più vari settori, anche in quelli riservati formalmente alla competenza regionale.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, si deve trarre la conclusione che rientrano nella competenza esclusiva dello Stato tutti gli aspetti della finanza di progetto attinenti ai meccanismi concorrenziali, in primo luogo le modalità di scelta del concessionario e le problematiche ineranti alle posizioni del promotore.

Mentre residuerebbe alle Regioni la competenza per quanto riguarda i profili non attinenti alle materie di competenza concorrente, né coinvolgenti profili concorrenziali. Premesso tutto ciò, si enumerano una serie di interventi in materia di finanza di progetto, che possono facilmente essere inquadrati nella cornice normativa regionale.

In particolare, il Friuli Venezia Giulia ha adottato la legge regionale n. 20/1999 - *«Nuovi strumenti per il finanziamento di opere pubbliche, per il sostegno dell'impresa e dell'occupazione, nonché per la raccolta e l'impiego di risorse collettive a favore dei settori produttivi»*, cui è seguita la legge regionale n. 14/2002 *“Disciplina organica dei lavori pubblici”*.

Dalla normativa succitata, per quanto riguarda il *project financing*, emerge uno strumento che richiama il meccanismo previsto dalla legge quadro e successive modifiche, in cui viene evidenziato lo “studio di fattibilità” come perno dell'operazione finanziaria; inoltre è attuata una semplificazione dei requisiti tecnici, finanziari ed organizzativi richiesti ai partecipanti alla gara per l'affidamento di concessione dei lavori pubblici.

³⁸⁷ Corte Costituzionale, sent. n. 303/2003.

Peculiare è la previsione della possibilità concessa al concedente di obbligare il concessionario al versamento di una parte dei profitti qualora gli introiti siano elevati per la presenza di un'utenza molto ampia.

Sotto il profilo più strettamente finanziario, è consentito alla Regione di finanziare le opere pubbliche attraverso il ricorso a prestiti obbligazionari, mediante l'emissione di Buoni Ordinari Regionali.

La Regione Puglia ha dettato con la legge regionale n. 13/2001 le «*Norme regionali in materia di opere e lavori pubblici*», sottolineando espressamente l'opportunità di un coinvolgimento dei privati nella fase dell'iniziativa delle opere di interesse pubblico, appositamente individuate dalle Amministrazioni competenti ed inserire negli strumenti di programmazione, anche a seguito di richiesta dei privati stessi.

La Regione Sicilia, con la legge regionale n. 7/2002 «*Disciplina degli appalti di lavori pubblici, di fornitura, di servizi e nei settori esclusi*», non ha mancato di prevedere «*l'inserimento di articoli in materia di finanza di progetto*» (art. 29), consentendo la realizzazione dei lavori pubblici e di pubblica utilità mediante la finanza di progetto, nel rispetto dei principi della concorrenza e delle previsioni della stessa legge.

È poi stato istituito un «*Nucleo tecnico per la finanza di progetto*» presso la Presidenza della Regione, che svolge anche attività di coordinamento dei progetti con le risorse del POR e gli accordi di programma quadro³⁸⁸.

La Regione Veneto, nel disciplinare la materia dei lavori pubblici con la legge regionale n. 27/2003 «*Disposizioni generali in materia di lavori pubblici di interesse generale e per le costruzioni in zone classificate sismiche*», dedica all'istituto in questione tutto il Capo IV.

In particolare, l'art. 44 si occupa delle «*procedure di realizzazione*», mentre il successivo art. 45 disciplina il «*Nucleo regionale di valutazione e verifica degli investimenti pubblici*» evidenziandone il ruolo di supporto alla giunta Regionale per la valutazione di fattibilità delle proposte di finanza di progetto.

³⁸⁸ Cfr. Legge regionale n. 32/2000 «Disposizioni per l'attuazione del POR 2000-2006 e di riordino dei regimi di aiuto alle imprese».

Se si tratta di interventi di pubblica utilità rientranti nella competenza regionale, la Giunta può individuare i promotori avvalendosi delle procedure di evidenza pubblica di cui si avvale per la scelta del contraente.

Si sottolinea, inoltre, la realizzazione delle opere interessate dagli interventi in questione mediante il ricorso a contratti di concessione di lavori pubblici, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori, secondo il “*criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa*”.

Infine si rinvia al regolamento per la disciplina, tra l’altro, del rapporto con il promotore, nonché dello svolgimento della concessione, delle tariffe da applicare.

Altre Regioni, pur non disciplinando espressamente l’istituto del project financing, ne hanno previsto l’applicazione nel disciplinare appositi interventi settoriali riguardanti la realizzazione di opere di interesse pubblico.

Dall’esame dei primi interventi normativi regionali in materia di finanza di progetto emerge una disciplina alquanto uniforme che riproduce sostanzialmente quanto previsto a livello nazionale, salvo qualche aspetto di dettaglio, comunque in linea con la complessa impalcatura dell’operazione in precedenza esaminata.

3.9. La disciplina del P.F. nel nostro ordinamento

L’introduzione del *project financing* nel nostro ordinamento risale alla legge 18 novembre 1998 n. 415 (cd. Merloni ter³⁸⁹), la quale ha introdotto nella legge n. 109/1994 (Legge Merloni, ovvero Legge quadro in materia di lavori pubblici³⁹⁰) gli articoli da 37 bis a 37 nonies³⁹¹.

³⁸⁹ Cfr. S. AMOROSINO SCIUTO, *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (l. 415/1998): la concessione di costruzione e gestione e il promotore*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, marzo-aprile, 1999, pag. 62; AA.VV., *Appalti di lavori pubblici. Le ultime novità legislative ed il collegamento con la finanziaria ’99*, Atti del convegno, Milano, 24-25 novembre 1998, Paradigma; AA.VV., *Il project financing e il nuovo sistema delle garanzie assicurative nella Merloni-ter*, Milano, 1998, pag. 320; A. GHIAINI, M. MERCATI, *Le novità sugli appalti alla luce della Merloni-ter*, in *I Contratti*, 1999, pag. 270; S. SCOTTI CAMUZZI, *Il project financing nel settore pubblico e la legge Merloni-ter*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 2002, pag. 10.

³⁹⁰ Cfr. A. DE ROBERTO, *Commento al regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di L. GIAMPAOLINO, M. A. SANDULLI, G. STANCANELLI, Milano, 2001, pag. 401; F. CARINGELLA, *La nuova legge quadro sui lavori pubblici: commentario*, Milano, 1999.

³⁹¹ Cfr. L. FURLANETTO, *Il Project financing negli appalti pubblici*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ, *Il Project financing. Soggetti Disciplina Contratti*, cit., pag. 159.

Il tentativo era quello di delineare un sistema di affidamento della realizzazione di opere pubbliche alternativo a quelli tradizionali, che consentisse il coinvolgimento di capitali privati onde supplire alla strutturale carenza di risorse pubbliche ed alla correlata esigenza di evitare inasprimenti del debito nazionale.

Il modello adottato è quello del BOT, in quanto l'opera è realizzata attraverso lo strumento della concessione con iniziativa ed oneri ricadenti in capo a soggetti estranei all'apparato pubblico, i quali sfruttano la redditività dell'opera pubblica per un dato arco temporale, lasciandola poi nella titolarità dell'Ente pubblico.

L'originaria disciplina ha subito, nel tempo, diverse modifiche; tuttavia, nonostante i vari adeguamenti via via intervenuti nel corso degli anni, fino alla novella del 2008, l'ossatura portante della disciplina non è mai stata intaccata ed è stata mantenuta sostanzialmente inalterata la procedura inizialmente concepita.

Vale in particolar modo la pena evidenziare che, rispetto all'originario quadro delineato dal legislatore nel 1998, un primo rilevante intervento riformatore dell'istituto è stato operato con la legge 1° agosto 2002 n. 166 (Merloni-quater³⁹²), che ha cercato di rendere maggiormente flessibile l'istituto, allo scopo di favorire al massimo la sua diffusione, anche in relazione ad opere di medie e piccole dimensioni³⁹³. In tal senso è stato introdotto il diritto di prelazione, ossia la possibilità, riservata al promotore, di adeguare la propria offerta a quella risultata più conveniente dall'Amministrazione all'esito dell'intero e complesso procedimento tramite il quale si articolava il *project financing*³⁹⁴.

Il diritto di prelazione del promotore ha formato oggetto di rilievi da parte della Commissione Europea, la quale lo ha ritenuto potenzialmente idoneo a inficiare la par condicio dei concorrenti e, in tal senso, ha aperto nei confronti dello Stato italiano una procedura di infrazione di cui alla causa C-412/04³⁹⁵.

³⁹² La legge n. 166/2002 secondo l'Autorità per la vigilanza sui Lavori pubblici, ha inteso rimuovere quegli elementi di criticità che nel primo periodo di applicazione dell'istituto hanno costituito una remora al suo sviluppo: in questo senso si veda la determinazione n. 27 del 16 ottobre 2002.

³⁹³ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Novità in materia di lavori pubblici (L. 166/2002 e L. 190/2002)*, in www.giustiziaamministrativa.it; A. TABARRINI, L. TABARRINI, *Merloni-quater. Le nuove norme in materia di lavori pubblici. Commento articolo per articolo*, Rimini, 2003, pag. 206.

³⁹⁴ Cfr. A. CANCRINI, F. PETULLÀ, *La Merloni-quater: tutte le modifiche alla legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 2002, pag. 124; L. OLIVIERI, *La nuova legge quadro sui lavori pubblici (Commento alla legge 109/1994 nelle parti interessate dalle modifiche apportate dalla L. 166/2002)*, Milano, 2002, pag. 126.

³⁹⁵ La Corte di Giustizia, con sentenza della Sezione II del 21 febbraio 2008, si è pronunciata nella richiamata causa non ritenendo di scendere nell'esame del merito della medesima, attesa

Nel passaggio dalla legge 109/1994 al Codice dei contratti³⁹⁶, la disciplina del *project financing* è rimasta immutata, fatta eccezione per la introdotta la possibilità di applicare le disposizioni in materia di finanza di progetto anche ai servizi, con le modalità da stabilirsi nel regolamento.

A grandi linee i passaggi fondamentali della precedente disciplina - contenuta negli art. 152-160 del Codice - possono essere così riassunti:

- il meccanismo del project financing prende avvio con la proposta presentata dai soggetti di cui all'art. 153, 2 denominati promotori, ed avente ad oggetto la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi;
- ai sensi dell'art. 153, 1 la proposta deve contenere i seguenti documenti: studio di inquadramento territoriale e ambientale, studio di fattibilità, progetto preliminare, bozza di convenzione, piano economico-finanziario asseverato, specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché elementi di cui all'art. 83 e garanzie;
- il ruolo centrale affidato all'iniziativa del promotore è bilanciato dalla necessità che le opere proposte rientrino nel programma triennale dei lavori pubblici di cui all'art. 128; è comunque prevista la possibilità di formulare proposte in fase di programmazione da parte dei privati; l'art. 153, 3 stabilisce che le Amministrazioni devono rendere pubblici, attraverso apposito "avviso indicativo", gli interventi

l'esistenza di una rilevata carenza di stampo processuale; in particolare, secondo la Corte, la Commissione non avrebbe puntualizzato quali direttive o disposizioni del Trattato sarebbero state violate dalla disciplina italiana. Ciò nonostante, la medesima sentenza, al punto 106 della motivazione, precisa che: «per quanto riguarda gli articoli 43 CE e 49 CE, questi non prescrivono un obbligo generale di parità di trattamento ma contengono...un divieto di discriminazione in base alla cittadinanza» e «la Commissione non fornisce alcuna indicazione relativa all'eventuale esistenza di una tale discriminazione nell'ambito della presente censura». Tali affermazioni sembrerebbero lasciare intendere che, anche prescindendo dalle evidenziate questioni pregiudiziali, le lamentele della Commissione Europea circa la sussistenza di un contrasto tra le previsioni interne in tema di project financing e i principi comunitari non erano di immediata con divisibilità da parte della Corte. Va comunque rilevato che, al momento della pronuncia della Corte, il diritto di prelazione era stato soppresso dal legislatore italiano attraverso il secondo decreto correttivo.

³⁹⁶ Cfr. G. GIRELLI, M. MILANI, *Prontuario per la legge 109/1994*, Roma, 2003, pag. 106; A. CARULLO, A. CLARIZIA, *La legge "quadro" in materia di lavori pubblici*, Padova, 2004; P. ORETO, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Palermo, 2007, pag. 27.

contenuti nella programmazione che siano realizzabili con capitali privati, così da rendere possibile agli interessati la presentazione delle proposte di cui al punto precedente;

- il tortuoso procedimento, che dalla proposta porta all'aggiudicazione della concessione di costruzione e gestione dell'opera, si snoda attraverso tre fondamentali momenti:
 1. la dichiarazione di pubblico interesse della proposta;
 2. la gara per la scelta delle due migliori offerte;
 3. la procedura negoziata.
- Il soggetto che, a seguito dell'avviso indicativo, ha presentato la proposta di pubblico interesse ha diritto di adeguare la propria proposta a quella giudicata più conveniente dall'Amministrazione in esito alla procedura negoziata, aggiudicandosi così la concessione; il promotore che non risulti aggiudicatario ha, comunque, diritto ad un rimborso degli oneri sostenuti nella predisposizione della proposta.

Il secondo decreto correttivo del Codice dei contratti (D.lgs 31 Luglio 2007 n. 113), ha invece soppresso il diritto di "prelazione"³⁹⁷ e modificato i termini di pubblicazione dell'avviso indicativo e di presentazione delle proposte³⁹⁸.

Sempre con il secondo decreto correttivo è stato modificato l'art. 134, 7 di interesse generale per le concessioni, introducendo la possibilità di indicare nel piano economico-finanziario, oltre che l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione, anche la previsione di un corrispettivo per tale residuo. Fine ultimo di tale modifica è quello di rendere appetibi-

³⁹⁷ La soppressione del diritto di prelazione ha sollevato una problematica di diritto intertemporale con riferimento alle procedure di finanza di progetto già avviate al momento dell'entrata in vigore del secondo correttivo. Ciò in quanto tale provvedimento normativo tace completamente al riguardo. L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha affrontato la questione con la determinazione 11 Ottobre 2007 n. 8, nella quale ha affermato che il discrimine temporale è dato dalla pubblicazione degli avvisi di cui all'art. 153: per le procedure i cui avvisi indicativi siano stati pubblicati anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs 113/2007, contenenti espressamente la previsione del diritto di prelazione in favore del promotore, continua ad applicarsi il precedente assetto normativo contemplante tale diritto, mentre per le procedure i cui avvisi indicativi siano pubblicati successivamente al predetto decreto legislativo, trova applicazione la nuova disciplina con conseguente esclusione del diritto di prelazione in favore del promotore stesso.

³⁹⁸ Anche a seguito del secondo decreto correttivo permaneva, invece, il diritto di prelazione in riferimento alla procedura "speciale" di project financing relativa alla realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomuto di cui all'art. 32 del Codice.

le il project anche per quelle “opere fredde”, le quali sono sostanzialmente inadatte a generare un reddito tale da rendere autofinanziabile l’opera pubblica³⁹⁹.

Ulteriore modifica apportata dal D.Lgs 113/2007 è la precisazione all’art. 155, 1 lett. a) in ordine all’utilizzo della procedura di appalto concorso come mera eventualità⁴⁰⁰.

In relazione al contenuto del Codice dei contratti⁴⁰¹, la Commissione europea ha aperto la procedura di infrazione n. 2007/2309, a mezzo della quale sono state contestate una serie di disposizioni codicistiche ritenute incompatibile con le direttive comunitarie nonché segnalata l’esistenza di talune norme incomplete rispetto alle corrispondenti regole comunitarie e di alcune disposizioni delle direttive non recepite nel Codice⁴⁰².

Per ciò che concerne il project financing, giova sottolineare che la Commissione Europea⁴⁰³, pur prendendo atto della eliminazione ad opera del secondo decreto correttivo del diritto di prelazione del promotore, ha comunque manifestato la propria insoddisfazione per la disciplina codicistica riservata alla finanza di progetto.

I punti di specifica doglianza mossi dalla Commissione sono i seguenti⁴⁰⁴: da un lato, l’avviso indicativo delle opere contenute nel programma triennale sono suscettibili di realizzazione mediante finanza di progetto, non era soggetto a pubblicità in ambito comunitario. Il riferimento è al disposto di cui all’art. 153, 3 in tema di pubblicità dell’avviso indicativo, il quale prevede come obbligatoria l’affissione dell’avviso presso la sede dell’Amministrazione e la sua pubblicazione a livello nazionale; una pubblicità a livello comunitario è, invece, solo facoltativa. Diversamente, ai sensi dell’art. 175, è prevista una pubblicità a livello euro-

³⁹⁹ Cfr. F. CALARCO, *Manuale operativo sugli appalti di lavori pubblici. Analisi della legislazione nazionale e comunitaria con riferimenti giurisprudenziali e commento degli articoli del Codice dopo la legge 113/2007*, Milano, pag. 320; AA. VV., *Come cambiano gli appalti pubblici dopo il secondo decreto correttivo (L. 113/2007)*, Napoli, 2008, pag. 157.

⁴⁰⁰ Cfr. A. BOTTO, *Il secondo decreto correttivo (L. 113/2007) con particolare riferimento alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria*, intervento al Convegno organizzato dall’IGI, Roma 18 settembre 2007.

⁴⁰¹ Cfr. G. ALPA, *Aspetti civilistici del Codice dei contratti pubblici. Prime note*, in *Economia e diritto del terziario*, 3, 2007, pag. 121.

⁴⁰² Cfr. G. F. CARTEI, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati: profili critici, in Responsabilità e concorrenza nel codice dei Contratti*, a cura di G. F. CARTEI, Napoli, 2008.

⁴⁰³ Cfr. M. M. FRANCAZANI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: fra concorrenza e turbata libertà degli incanti*, Relazione al Convegno Università di Padova 29 settembre 2008.

⁴⁰⁴ *Idem*.

peo in tema di finanza di progetto applicabile alle infrastrutture strategiche ed agli insediamenti produttivi.

Dall'altra parte, invece, il promotore conservava un'ingiustificata posizione di vantaggio, dovendo competere solo con due offerte. In tal senso, la Commissione europea colpisce al cuore il modello di project financing così come configurato dalla normativa italiana, ritenendo illegittimo comunitariamente il nesso tra lo sforzo ideativo e progettuale che è richiesto al promotore e la sua partecipazione di diritto alla procedura negoziale volta all'aggiudicazione della concessione, quale momento finale della gara avente a base la proposta di opera pubblica predisposta dal promotore medesimo⁴⁰⁵.

Le osservazioni della Commissione appaiono comunque eccessivamente severe se poste a raffronto con l'impostazione ricavabile dalla sentenza della Corte di Giustizia del 21 Febbraio 2008 - e dunque successiva alla messa in mora della Corte - richiamata sopra, la quale, sia pure a livello di obiter dictum, sembra negare l'esistenza di profili anticomunitari persino nel soppresso diritto di prelazione.

Con il D.Lgs 11 Settembre 2008 n. 152 (meglio noto come terzo decreto correttivo del Codice dei Contratti), la disciplina della finanza di progetto è stata integralmente ridisegnata⁴⁰⁶.

Al riguardo occorre evidenziare che lo strumento del "decreto correttivo" è stato utilizzato in attuazione di quanto disposto dall'art. 25, 3 della legge 18 aprile 2005, n. 62, che consentiva al Governo l'emanazione di disposizioni correttive ed integrative del Codice dei contratti pubblici.

Invero, a mente della richiamata previsione normativa, la delega al Governo per apportare le correzioni al Codice tramite decreto legislativo scadeva decorsi due anni dall'entrata in vigore del Codice stesso (ossia il 30 giugno 2007).

⁴⁰⁵ Cfr. R. GIANI, *I contratti pubblici dopo il secondo decreto correttivo*, Roma, 2008, pag. 37 e ss.

⁴⁰⁶ La riscrittura della disciplina della finanza di progetto ad opera del terzo decreto correttivo ha avuto un iter piuttosto travagliato. Si evidenzia, infatti, che nel testo approvato con la deliberazione preliminare del Consiglio dei Ministri del 27 giugno 2008 - in relazione al quale il Consiglio di Stato si era espresso a mezzo del parere reso dalla sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza del 14 luglio 2008 - le modifiche assumevano una consistenza sensibilmente diversa rispetto a quelle contenute nella versione definitiva del decreto. In particolare, la disciplina inizialmente proposta nello schema di decreto correttivo prevedeva un'unica gara cui partecipavano in posizione paritaria tutti i soggetti proponenti ed al cui esito veniva individuato il concessionario aggiudicatario del contratto.

In tal senso, il terzo correttivo sarebbe fuori tempo massimo (è stato emanato l'11 ottobre 2008 e pubblicato in GURI il 2 ottobre 2008); ciò nonostante, con una “forzatura giuridica”, il legislatore lo ha considerato rientrante nei termini, prendendo a riferimento quale *dies a quem* il giorno di emanazione della delibera del Consiglio dei Ministri con la quale è stato approvato lo schema di decreto (27 giugno 2008). Non può dunque escludersi che, in un'ipotetica sede giudiziale, possano essere sollevate questioni di legittimità del richiamato decreto per eccesso di delega. In ogni caso, con il terzo correttivo deve certamente ritenersi conclusa la stagione dei decreti delegati.

Il D.Lgs 152/2008 - come si legge nella relazione di accompagnamento - tiene conto, tra le altre numerose conseguenze, delle osservazioni mosse dalla Commissione Europea nei confronti della Repubblica Italiana in ordine alla trasposizione delle direttive in materia di contratti pubblici nel Codice dei contratti - lettera di messa in mora n. 2007/2329 - nonché dalla Corte dei Conti⁴⁰⁷ e dal Consiglio di Stato sullo schema del regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice⁴⁰⁸.

Le novità arretrate dal terzo decreto correttivo sono tutte concentrate nella fase di selezione del promotore ovvero di scelta del concessionario, nell'ambito della quale viene, per talune ipotesi, ripristinato anche l'istituto della prelazione⁴⁰⁹.

Dei nove articoli che costituivano la regolamentazione codicistica dell'istituto (articoli 152-160) uno è interamente riformulato (l'art. 153), due sono abrogati (154 e 155), due sono modificati (gli art. 159 e 160) e gli altri rimangono sostanzialmente invariati. Ma se si tiene conto dei profili contenutistici, scopriamo che il congegno procedimentale proprio della finanza di progetto era tutto contenuto proprio negli articoli 153-155, così che l'intero meccanismo originario è rivisto e sostituito.

⁴⁰⁷ Parere n. 51/I del 26 maggio 2008.

⁴⁰⁸ Parere n. 3262, Adunanza del 17 settembre 2007.

⁴⁰⁹ Per i commenti al terzo correttivo si leggano: R. DE NICTOLIS, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del Codice dei contratti*, in *Urbanistica ed Appalti*, 11, 2008, pag. 1225; A. COLLETTA, *Finanza di progetto e terzo decreto correttivo del Codice dei contratti*, in www.giustamm.it, 2008; M. COLLEVECCHIO, *Prime riflessioni sulle modifiche della finanza di progetto inserite nel “correttivo 3”*, Convegno IGI 30 settembre 2008; R. GRECO, *La natura giuridica delle procedure di project financing dopo il terzo decreto correttivo al Codice degli appalti*, in www.giustiziaamministrativa.it; M. RICCHI, *La nuova finanza di progetto nel codice dei contratti*, in www.UTFP.it; C. RANGONE, *Art. 3, 15-ter. Decreto correttivo al Codice degli appalti pubblici*, Convegno IGI 14 ottobre 2008.

Da un punto di vista di inquadramento sistematico la finanza di progetto è inserita nell'ambito dei "contratti di partenariato pubblico-privato" di cui al nuovo comma 15 ter dell'art. 3 del Codice.

Nel dettaglio le modifiche possono essere così sintetizzate:

- ◆ resta inalterato l'art. 152 che raccorda la disciplina della finanza di progetto con l'impianto normativo del Codice e al comma 3 rinvia al regolamento ex art. 5 la fissazione delle modalità di estensione del *project financing* anche ai servizi;
- ◆ analogo discorso per gli articoli 156 e 157 in tema di società di progetto e, quindi, concernenti una fase successiva all'aggiudicazione; unico intervento è di tipo formale con sostituzione del rinvio contenuto nel comma 1 dell'art. 156, originariamente riferito all'art. 155 e adesso all'art. 153; invariato resta, invece, il contenuto dell'art. 158;
- ◆ è modificato l'art. 159: si tratta della norma che prevede, in caso di risoluzione del rapporto concessorio per colpa del concessionario, la possibilità per gli Enti finanziatori del progetto di evitare la risoluzione designando un soggetto subentrante; le innovazioni apportate riguardano il termine entro cui è possibile il subentro che non è più stabilito in misura fissa (nuovo comma 1 bis) nonché l'estensione della disciplina di cui all'art. 159 a tutte le società di progetto costituite per contratti di partenariata di cui al novello comma 15 ter dell'art. 3 (nuovo comma 2 bis); lo stesso correttivo aggiunge all'art. 253 del Codice il comma 26 bis relativo al regime transitorio;
- ◆ innovazione subisce anche l'art. 160 in punto di privilegio sui crediti, con estensione dell'ambito oggettivo del citato privilegio.

Il radicale stravolgimento del meccanismo procedimentale che porta all'aggiudicazione avviene attraverso la concentrazione dell'intera disciplina in un unico articolo, il nuovo art. 153 composto da ben 21 commi, che copre l'intera materia prima regolata da tre norme (articoli 153-155)⁴¹⁰.

⁴¹⁰ Cfr. C. PLUCHINO, *Project financing e general contractor alla luce delle modifiche apportate dal terzo decreto correttivo n. 152/2008*, Roma, 2009, pag. 96; M. GENTILE, *Project financing: la nuova disciplina*, Roma, 2009, pag. 16; D. CROCCO, E. MANDRACCHIA, *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: le modifiche apportate dal terzo correttivo n. 152/2008*, Roma, 2009; A. CACCIARI, C. DE ROSA, *Il nuovo Codice degli appalti pubblici*, Napoli, 2009, pag. 500 e ss.; D. BEZZI, *Guida al terzo decreto correttivo. Le nuove disposizioni per la disciplina dei lavori pubblici (D.lgs. n. 152/2008)*, Pordenone, 2009, pag. 21.

Viene, inoltre, riformulato e in via consequenziale, l'art. 175 in tema di finanza di progetto per le infrastrutture strategiche, al fine soprattutto di adeguare i riferimenti normativi della nuova formulazione dell'art. 153.

In sostanza, la canonica ed unica via di attivazione della finanza di progetto prevista nella precedente disciplina è sostituita da una rosa di opzioni procedurali: due a iniziativa pubblica (art. 153, commi da 1 a 15 del Codice) e una iniziativa privata (art. 153, commi da 16 a 18 del Codice).

L'elemento distintivo portante delle due tipologie di procedure è la presentazione di una proposta del privato; in caso di finanza di progetto ad iniziativa pubblica, la procedura prende l'avvio senza necessità di un'azione del privato. In tal caso non appare sbagliato considerare la procedura ad iniziativa pubblica molto più vicina a quella di affidamento di una concessione che al project financing inteso in senso tradizionale. Permane, inoltre, la possibilità per il privato di presentare proposte nell'ambito della fase di programmazione (art. 153, 19 e 20).

I diversi procedimenti ipotizzati dal legislatore non sembrano, in realtà, soddisfare a pieno l'istanza di semplificazione da più parti auspicata. Inoltre, potrebbe risultare non agevole per l'Amministrazione motivare adeguatamente le varie scelte che, sulla scorta della disciplina normativa, è chiamata a compiere.

Tali circostanze potrebbero indurre le Amministrazioni a snobbare la finanza di progetto invertendo la tendenza degli ultimi anni in cui tale istituto ha assorbito una rilevante fetta del mercato delle opere pubbliche sia in termini economici che in termini tecnici⁴¹¹.

È evidente da un confronto tra le due versioni della disciplina in commento emerge innanzitutto una semplificazione della procedura resa unitaria e quindi più snella, sebbene il legislatore non abbia dettato un solo modulo procedimentale, ma ha offerto all'Amministrazione committente ed agli operatori economici quattro diverse opzioni, sia pure al verificarsi di determinate condizioni.

Una prima ipotesi che si può definire "procedura ordinaria", disciplinata dai commi 1-14 dell'art. 153, prevede una forte semplificazione della procedura, es-

⁴¹¹ Il Sole 24 Ore del 10 Agosto 2008 segnalava che a Luglio 2008 ben 2,5 miliardi di Euro (pari al 23% del mercato) erano stati affidati mediante la finanza di progetto, la quale è applicata oltre che ai settori tradizionali quali quello stradale e energetico, anche ad ulteriori settori, quali impianti sportivi, parcheggi, cimiteri, ecc.

sendo i tre segmenti della stessa stati unificati in un'unica gara, come nella concessione ordinaria. Ed infatti, viene prevista, in alternativa all'affidamento mediante "concessione" ai sensi dell'art. 143, la possibilità di affidamento mediante la pubblicazione di apposito bando di gara imperniato sullo "studio di fattibilità" predisposto dall'Amministrazione stessa o adottato ai sensi dell'art. 19.

Viene dunque contratta e semplificata l'impostazione originaria che si snodava nelle seguenti fasi: la selezione della migliore proposta fra quelle avanzate dai promotori, la scelta delle due migliori offerte destinate a concorrere con la prima, la comparazione tra le tre proposte⁴¹².

In sintesi la promozione, la valutazione delle proposte e l'indizione della gara vengono compattate in un'unica operazione che ne assimila ed assorbe gli aspetti salienti. L'Amministrazione, quindi, pubblica un bando di gara ponendo a base di gara uno studio di fattibilità dalla stessa predisposto.

Gli aspiranti promotori presentano le offerte che devono contenere, tra l'altro, un progetto preliminare, una bozza di convenzione ed un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito: elementi già richiesti anche nella precedente impostazione.

L'Amministrazione aggiudicatrice stila una graduatoria e nomina promotore il primo che vi risulta classificato, ossia colui che ha presentato l'offerta migliore; approva il progetto preliminare presentato dal promotore - se completo ed esaustivo - e procede, in tal caso, direttamente alla stipula della concessione con lo stesso promotore. Se ritiene che sia necessario apportare delle modifiche all'impianto progettuale: o il promotore procede in tal senso o - ed è questa una novità - l'Amministrazione aggiudicatrice ha facoltà di rivolgersi ai concorrenti successivi (secondo la graduatoria previamente redatta) per verificare l'accettazione delle modifiche al progetto presentato dal promotore prescelto. Emerge dunque l'attribuzione della concessione al promotore ovvero, in via subordinata, ai concorrenti successivi in graduatoria.

Il fulcro dell'operazione diviene il bando di gara predisposto dall'Amministrazione e nell'ambito della gara unica i concorrenti sono posti sullo stesso piano,

⁴¹² Cfr. AA.VV., *Commentario al Codice dei contratti ed al regolamento*, Roma, 2009; M. BALDI, R. TOMEI, *Disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice dei contratti pubblici (aggiornato al terzo correttivo n. 152/2008)*, Piacenza, 2009, pag. 1230.

conformemente al principio comunitario della par condicio e della tutela della concorrenza. Si evidenzia l'assunzione da parte dell'Amministrazione di un pregnante ruolo orientativo che ribalta la precedente impostazione.

È stato correttamente sottolineato⁴¹³ che i commi 3 e 10 non chiariscono tuttavia - a differenza del comma 15 per la procedura a doppio bando - quale sia il termine entro il quale il promotore prescelto e i soggetti successivamente interpellati debbano accettare o rifiutare la "controproposta" dell'amministrazione in ordine alle eventuali modifiche da apportare al progetto, né si chiarisce se tale termine debba essere indicato nel bando. Pur non potendosi escludere che l'Amministrazione possa autovincolarsi in tal senso, appare opportuno non stabilire preventivamente alcun termine, non potendosi prevedere ex ante quale sia la consistenza ed il numero delle modifiche progettuali necessarie, il cui esame, anche ai fini della loro onerosità o della loro incidenza sulla futura redditività dell'intervento potrebbe richiedere qualche tempo. Piuttosto è opportuno che il termine sia determinato, caso per caso, in maniera congrua, ovvero commisurandolo ragionevolmente alla quantità e alla qualità delle sopravvenienze emerse nel corso dell'approvazione del progetto ed altresì in relazione al numero dei soggetti collocati in graduatoria, onde non diluire eccessivamente i tempi della procedura qualora si dovesse far ricorso allo scorrimento.

Tali osservazioni appaiono pienamente condivisibili, in quanto in linea con l'attuale imprinting della complessa operazione della finanza di progetto, che presenta e non può presentare dei margini non definiti, al fine di adeguarla alle esigenze del caso concreto.

Per quanto riguarda la progettazione, la predisposizione del progetto preliminare rimane prerogativa del promotore, costituendo una particolarità del project financing. Al contrario, nelle procedure di appalto dei lavori pubblici e di concessione di costruzione e gestione è sempre l'Amministrazione a realizzare il progetto che vincolerà i partecipanti.

In ordine poi alle componenti dell'offerta presentata, la giurisprudenza - con riferimento alla precedente formulazione di cui all'art. 37-bis della legge n. 109/94 - ne aveva evidenziato il carattere indefettibile, specificando che «*In rela-*

⁴¹³ Cfr. *Novità del terzo decreto correttivo al Codice dei Contratti pubblici*, D.Lgs. N. 152/2008, Relazione del Cons. Gabriele Carlotti, in www.giustamm.it.

zione ad essi non è concepibile alcuna integrazione postuma, che si risolverebbe, a ben vedere, in una nuova proposta, vieppiù formulata dopo lo spirare dei termini di presentazione; pertanto, l'assenza di detti elementi nella proposta presentata non è sanabile attraverso la richiesta di integrazione dei documenti prevista dall'art. 37-bis, comma 2-ter. lett. b), il quale riferisce la verifica di completezza ai soli documenti, e dunque si limita a contemplare un'ampia possibilità di integrazione, sotto il profilo formale, della documentazione già tempestivamente prodotta»⁴¹⁴. Tali considerazioni a fortiori possono ritenersi valide nella nuova impostazione che richiede la presentazione delle proposte all'interno di una formale procedura di gara, regolamentata da apposito bando di gara che ne puntualizza nel dettaglio i singoli aspetti. Merita attenzione anche la richiesta di specifico "piano economico-finanziario asseverato da una banca".

Si evidenzia che tale asseverazione è nella nuova disciplina consentita soltanto agli istituti bancari, mentre nella precedente anche alle società di servizi iscritte nell'apposito elenco generale degli intermediari finanziari ed alle società di revisione. Tale ulteriore documento era richiesto anche nella precedente versione della disciplina normativa in commento, rivestendo un ruolo di primaria importanza nell'equilibrio dell'operazione finanziaria. L'asseverazione del piano economico-finanziario ha infatti lo scopo di obliterare la realizzabilità dell'opera programmata, o meglio l'idoneità del progetto a garantire il rimborso dei capitali da investire.

L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con l'Atto di regolazione del 5 luglio 2005, n. 14 ha osservato al riguardo che, sotto il profilo giuridico, la posizione del soggetto asseverante è «una posizione giuridica di diritto privato afferente ad un rapporto giuridico tra privati, cioè tra l'istituto di credito ed il soggetto promotore», non determinando l'asseverazione un rapporto diretto tra Pubblica Amministrazione e sistema bancario; ha poi puntualizzato che non se ne può comunque disconoscere il rilievo, per così dire, "pubblicistico", derivante dal fatto che l'Amministrazione aggiudicatrice, nell'ambito della sua autonomia valutativa, utilizza le risultanze di un'attività di diritto privato per saggiare la bontà del progetto proposto.

⁴¹⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 Aprile 2005, n. 1802.

Infine, con riferimento alla “proposta” nel complesso considerata, se è vero che L’Amministrazione può richiedere al “promotore” di apportare delle modifiche progettuali che ritiene necessarie, è altrettanto vero che tali correttivi non possono comunque stravolgere il quadro economico-finanziario prospettato.

Andando ad esaminare l’ulteriore passaggio operativo, ossia la “valutazione delle proposte”, si è già rilevato, che secondo il modulo precedente, l’Amministrazione procedeva alla selezione della migliore proposta tra quelle avanzate dai promotori; alla scelta delle due migliori offerte destinate a concorrere con la prima e infine alla comparazione delle tre proposte.

Ormai la valutazione delle offerte avviene direttamente in sede di gara, nei termini ed alle condizioni fissate dal relativo bando.

È comunque il legislatore a disporre espressamente, all’art. 153 del D.Lgs. N. 163/2006 come da ultimo modificato, i criteri di valutazione delle offerte, richiamando il “criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa di cui all’art. 83” ed aggiungendo che «l’esame delle proposte è esteso agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione»⁴¹⁵.

Inoltre è rimessa al bando l’indicazione dei «criteri, secondo l’ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte». Per completezza si evidenzia che l’art. 154 - *Valutazione della proposta* è stato soppresso dal terzo decreto correttivo, a seguito dell’unificazione della procedura di gara e della conseguente unitaria disciplina contenuta nel succitato art. 153.

L’art. 154 enucleava due fasi distinte di valutazione: quella relativa alla fattibilità tecnico-economica di ciascuna proposta («sotto il profilo costruttivo, urbanistico e ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell’opera, dell’accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle spese, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione», verificando «l’assenza di elementi ostativi alla

⁴¹⁵ Cfr. AA.VV., *Come cambiano gli appalti pubblici dopo il terzo correttivo*, Napoli, 2007, pag. 230.

loro realizzazione») e, quella successiva - condizionata all'esito positivo della prima verifica - di valutazione della rispondenza all'interesse pubblico («esamina le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta»).

Da un raffronto tra la precedente e l'attuale disciplina emerge che nell'ultima è la Pubblica Amministrazione stessa a porre a base della gara lo studio di fattibilità da essa predisposto; inoltre è previsto *expressis verbis*, al comma 7 dell'attuale art. 153, che «...Il disciplinare di gara, richiamato espressamente nel bando, indica, in particolare, l'ubicazione e la descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire, in modo da consentire che le proposte siano presentate secondo presupposti omogenei», così ponendo un vincolo preventivo agli aspiranti promotori e accelerando la procedura.

È stato autorevolmente osservato⁴¹⁶, in uno dei primi commenti al terzo decreto correttivo, che la semplificazione apportata con riferimento a quella che possiamo definire la procedura ordinaria «è quindi assoluta, ma forse per questo anche eccessiva. L'unicità di gara assicura la linearità della procedura nonché l'assoluto rispetto della *par condicio* tra i partecipanti e riconduce quindi alla piena concorsualità la scelta del promotore-aspirante concessionario, evitando i dubbi che erano stati suscitati dalla procedura di sola scelta del promotore. Tuttavia nel contempo la nuova disciplina finisce per sacrificare la possibile emersione, partendo dalla proposta originaria del promotore, di soluzioni migliorative, con rimodulazione, ad esempio del piano economico-finanziario o rilanci migliorativi di elementi qualificativi dell'offerta, con il risultato che la maggiore garanzia rischia di essere pagata in termini di minore efficacia del risultato»⁴¹⁷.

L'Autore ha anche aggiunto, con riferimento all'assenza - in tale congegno normativo - del diritto di prelazione in capo al promotore, che «*Le censure della Commissione europea circa una posizione di privilegio accordata al promotore viene, in questo modulo procedimentale, superata in modo radicale. Tuttavia si ottiene in tal modo un risultato che rischia di essere peggiore della c.d. "sindro-*

⁴¹⁶ Cfr. R. GIANI, *I contratti pubblici dopo il terzo correttivo. Commento al decreto legislativo n. 152/2008*, Roma, 2008.

⁴¹⁷ *Ivi*, pag. 123.

me di cherry picking”: più che paura del concorrente virtuoso di avanzare soluzioni innovative che possono essere fatte proprie dal promotore attraverso la prelazione, senza vantaggio alcuno per chi ha avuto l’idea, qui si ha l’azzeramento di ogni possibile percorso migliorativo rispetto al progetto preliminare del promotore, senza approfittatori, ma anche senza ascese verso soluzioni sempre migliori per il soddisfacimento dell’interesse pubblico»⁴¹⁸.

Ma altre novità apportate dal terzo decreto correttivo meritano particolare attenzione: il legislatore, infatti, non solo ha semplificato nei termini su indicati la procedura di gara del project financing, ma si è spinto oltre prevedendo la possibilità di una “doppia gara con diritto di prelazione”, nonché procedure ad iniziativa dei privati qualora l’Amministrazione resti inerte, con comprensibili risparmi di tempo e di costo. E invero, in alternativa alla esaminata procedura per così dire “ordinaria” che prevede:

- a. la possibilità (indicata espressamente nel bando) di richiedere al promotore modifiche al progetto preliminare, alla cui accettazione è subordinata l’aggiudicazione della concessione;
- b. in caso contrario, interpello dei concorrenti successivi in graduatoria in ordine all’accettazione delle medesime modifiche da apportare al progetto preliminare presentato dal promotore; il terzo correttivo ha introdotto un’ulteriore procedura ben più complessa (che possiamo qualificare come seconda opzione, ovvero alternativa alla prima) disciplinata dal comma 15 dell’art. 153 ed articolata come segue:
 - pubblicazione del bando con espressa previsione in capo al promotore non di un diritto all’aggiudicazione de plano, ma di un diritto di prelazione sui generis, ossia di essere preferito al migliore offerente - individuato all’esito della procedura di cui al punto che segue -, ove intenda adeguare la propria offerta a quella risultata più vantaggiosa;
 - svolgimento di apposita procedura selettiva, con a base il progetto preliminare approvato e le condizioni proposte dal pro-

⁴¹⁸ *Idem.*

motore, improntata al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In questa seconda ipotesi, quindi, il congegno procedimentale è più complesso, in quanto il concessionario viene scelto attraverso l'espletamento di due gare: con la prima si individua il promotore⁴¹⁹, il cui progetto preliminare viene posto a base della seconda gara, con riferimento alla quale gli viene riconosciuto un diritto di prelazione. All'esito della seconda gara viene individuato il concessionario, al quale però ha diritto di essere preferito il promotore, purché adegui la propria offerta a quella risultata economicamente più vantaggiosa.

Si evidenzia che la selezione del promotore si basa attualmente su un bando vero e proprio, ben più "pregnante" rispetto all'"avviso indicativo" di cui alla disciplina precedente.

È poi disposto, al fine di incentivare il ricorso a tale strumento finanziario, o meglio di non disincentivarlo sotto il profilo del rischio di perdite economiche, che l'Amministrazione aggiudicatrice rimborsi le spese sostenute per la partecipazione alla gara, a seconda dei casi, al migliore offerente (se il promotore risulta aggiudicatario, adeguandosi secondo quanto sopra indicato) o al promotore (se decide di non adeguarsi nel termine previsto di 45 giorni dalla comunicazione, con conseguente aggiudicazione al miglior offerente).

Il rimborso non copre però l'intero ammontare delle spese sostenute ma sconta un limite, non potendo "superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base della gara".

La stessa misura del rimborso vale nel caso in cui si segua il modulo procedimentale esaminato per primo. In entrambi i casi l'Amministrazione ha comunque azione di rivalsa per il recupero del suddetto importo nei confronti dell'aggiudicatario del contratto. D'altra parte, seguendo il secondo modulo, introdotto in alternativa a quello definitivo "ordinario", non si potrà procedere alla stipula della concessione sic et simpliciter con il promotore, nel caso in cui il progetto non richieda modifiche, né, in subordine, chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria le eventuali modifiche che il promotore non intenda appor-

⁴¹⁹ Cfr. A.M. BALESTRIERI, *Il soggetto promotore*, cit., pag. 253; P. ALBERTI, *Ruolo del promotore e procedimento per la scelta del concessionario*, cit., pag. 233 e ss.

tare. La differenza eclatante è infatti che alla stipula del contratto si addiène soltanto all'esito della procedura selettiva e dell'esercizio (o meno) del diritto di prelazione.

Da un altro versante, occorre sottolineare che già il secondo decreto correttivo (D.Lgs. N. 113/2007)⁴²⁰, in ossequio ai dettami comunitari, aveva espunto il diritto di prelazione riconosciuto al promotore e, in un certo senso, "compensato" tale modifica con l'introduzione⁴²¹ di una sorta di "copertura assicurativa" per il promotore aggiudicatario, qualora alla scadenza del contratto non avesse integralmente ammortizzato i costi.

Andando adesso ad esaminare più approfonditamente il cd. "diritto di prelazione" inizialmente riconosciuto al promotore, occorre segnalarne l'introduzione, con l'art. 7, comma 1, lett. b) della legge n. 166/2002, che ha modificato l'art. 37-ter della legge n. 109/1994⁴²².

Tale norma è stata formalmente abrogata dall'art. 256 del D.Lgs n. 163/2006, ma l'art. 154 dello stesso decreto ne ha riprodotto integralmente il contenuto, finché il secondo decreto correttivo n. 113/2007 non ha abrogato l'ultima parte che disponeva in questo senso: *«Nella procedura negoziata di cui all'art. 155 il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione»*.

⁴²⁰ Cfr. AA.VV., *Come cambiano gli appalti pubblici dopo il II correttivo*, Napoli, 2007, pag. 340; F. CALARCO, *Manuale operativo sugli appalti di lavori pubblici. Analisi della legislazione nazionale e comunitaria con riferimenti giurisprudenziali e commento degli articoli del codice dopo la legge 113/2007*, cit., pag. 345.

⁴²¹ Cfr. art. 143, 7 del D.Lgs. N. 163/2006.

⁴²² L'art. 7,1 ha modificato l'art. 37 ter nel senso che segue:

«1. Le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori di concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse. La pronuncia delle amministrazioni aggiudicatrici deve intervenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta del promotore. Ove necessario, il responsabile del procedimento concorda per iscritto con il promotore un più lungo programma di esame e di valutazione. Nella procedura negoziata di cui all'art. 37-quater il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione».

L'eliminazione del diritto di prelazione è stata indotta dalla necessità di adeguarsi ai rilievi mossi a livello comunitario e sfociati nella procedura di infrazione di cui alla causa C-412/04.

La Corte di Giustizia CE, 21 Febbraio 2008, causa C-412/04, vagliando la compatibilità comunitaria della disciplina italiana vigente in tema di *project financing*, ha denunciato il doppio vantaggio riconosciuto al promotore rispetto agli altri operatori economici, in quanto, da una parte «*automaticamente chiamato a partecipare alla procedura negoziata al fine dell'attribuzione della concessione, indipendentemente da qualsiasi confronto tra la sua proposta e le offerte presentate dai partecipanti alla gara e, dall'altra, potendo, a seguito del riconosciuto diritto di prelazione, modificare la sua proposta nel corso della procedura negoziata, al fine di adeguarla a quella ritenuta dalla Pubblica Amministrazione più conveniente, prevalendo su di essa*».

Infine il terzo decreto correttivo ha reintrodotta il diritto di prelazione che ha però subito delle modifiche nel senso sopra evidenziato, mantenendo in vita anche quella sorta di “compensazione” a favore del promotore cui si è fatto cenno.

E infatti l'art. 143 sopra richiamato, come modificato dal suddetto decreto, ed attualmente in vigore, dispone al comma 7 che: «*L'offerta ed il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione, anche prevedendo un corrispettivo per tale valore residuo*».

Si premette che il “paracadute economico-finanziario” introdotto con riferimento alle concessioni di lavori pubblici, trova applicazione anche per le concessioni stipulate all'esito della procedura di cui all'artt. 153 e ss. del Codice dei contratti pubblici.

Si è messo in evidenza il contrasto della norma da ultimo citata con i principi comunitari; e al riguardo il Consiglio di Stato (con il parere n. 1750 dell'Adunanza Generale del 6 Giugno 2007) non ha mancato di richiamare l'attenzione anche sulle ricadute sui conti pubblici del trasferimento in capo all'Amministrazione del cd. “rischio economico”.

A ciò occorre aggiungere che la modifica normativa di cui si discute ha violato o, comunque, eluso la Decisione Eurostat dell'11 febbraio 2007, secondo cui perché un'operazione di partenariato pubblico-privato possa essere considerata *off-balance* per l'amministrazione concedente è indispensabile per l'amministrazione concedente che il soggetto privato:

1. assuma il rischio di costruzione;
2. si accoli il rischio di domanda oppure quello di disponibilità dell'opera.

«Per quanto concerne il primo, esso può essere riassunto in via esemplificativa in alcune variabili quali il ritardo nei tempi di consegna dell'asset, l'aumento dei costi, la mancata ultimazione dei lavori; il secondo, invece, appare intimamente collegato alla capacità del concessionario di erogare le prestazioni concordate sia in termini di volume che in termini di qualità»⁴²³.

Per quanto concerne la reintroduzione del “diritto di prelazione”, il Consiglio di Stato in sede consultiva, all'esito dell'esame dello schema del terzo decreto correttivo, ha sottolineato che la mancata previsione di un tale diritto di preferenza in capo al promotore avrebbe reso il project financing un inutile doppione dell'istituto della concessione. Il Supremo Consesso amministrativo ha osservato che *«Le uniche differenze che rimangono attengono all'oggetto dell'offerta - che nella concessione comprende il progetto definitivo e il preliminare - e alla possibilità del promotore di chiedere l'inserimento di un nuovo intervento nel programma. Entrambi sono discutibili e, in particolare, la seconda comporta pericolose interferenze con quella attività di programmazione che è bene rimanga prerogativa della P.A. Considerato, infine, che l'istituto non è previsto nelle direttive comunitarie, la Sezione invita l'amministrazione a prendere seriamente in considerazione la possibilità di sopprimerlo [...]»*.

Non ci si può esimere dal rilevare, infine, che la “reviviscenza” del diritto di prelazione⁴²⁴ non ha comportato una reintroduzione di tale prerogativa con portata

⁴²³ Per un approfondimento sul punto si legga G. GUZZO, *Project financing: sistema di finanziamento a geometria variabile (tra dubbi di legittimità costituzionale, eclissi del promotore ed incertezze legislative)*, in www.lexitalia.it.

⁴²⁴ La soppressione del diritto di prelazione ad opera del secondo correttivo ha sollevato, prima che venire reinserito ad opera del secondo correttivo, una problematica di diritto intertemporale con

generale, come era nella disciplina previgente, ma l'ha limitata alle ipotesi in cui si adotti il modulo procedimentale di cui al comma 15 dell'art. 153, escludendola per i casi in cui si faccia ricorso alla procedura per così dire "ordinaria", di cui ai commi 1-14.

Ne consegue che il riconoscimento di tale diritto di preferenza è rimesso in definitiva alla discrezionalità dell'amministrazione, dipendendo da quest'ultima il ricorso all'uno o all'altro modello procedurale.

Si è correttamente osservato⁴²⁵ che le Amministrazioni saranno prevedibilmente portate a preferire, nella grande maggioranza dei casi, la nuova procedura bifasica, con diritto di prelazione, di cui al comma 15 e ciò per due stringenti motivi: da un lato, perché la fattispecie che contempla il diritto di prelazione è quella maggiormente incentivante l'iniziativa privata e quella che attrae di più gli operatori in ragione della garanzia della remunerazione dell'impegno profuso; dall'altro lato perché la soluzione della gara unica si preannuncia maggiormente costosa per le amministrazioni, in quanto postula la predisposizione, a loro spese, di un completo studio di fattibilità che, invece del precedente regime, almeno ai fini della presentazione delle proposte di cui al "vecchio" art. 153, era a carico dei privati; orbene, è noto che tali studi richiedono, soprattutto per le realizzazioni più complesse (e che sono, in genere, anche quelle che garantiscono il ritorno di un migliore *cash-flow*), il ricorso a plurime professionalità esterne, specialmente nel caso di amministrazioni dal ridotto spessore organizzativo. Gli *advisor* sono però costosi e poco compatibili con i vincoli di bilancio che attanagliano quasi tutte le amministrazioni.

È quindi prevedibile che si preferirà ricorrere alla procedura di cui al comma 15 o allo strumento del comma 19 per evitare forti esborsi per la redazione di stu-

riferimento alle procedure di finanza di progetto già avviate al momento dell'entrata in vigore del secondo correttivo, dal momento che tale provvedimento tace completamente al riguardo.

L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha affrontato la questione con la determinazione 11 ottobre 2007 n. 8, nella quale ha affermato che il discrimine temporale è dato dalla pubblicazione degli avvisi di cui all'art. 153: per le procedure i cui avvisi indicativi siano stati pubblicati anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. 113/2007, contenenti espressamente la previsione del diritto di prelazione in favore del promotore, continua ad applicarsi il precedente assetto normativo contemplante tale diritto, mentre per le procedure i cui avvisi indicativi siano pubblicati successivamente al predetto decreto legislativo, trova applicazione la nuova disciplina con conseguente esclusione del diritto di prelazione in favore del promotore stesso.

⁴²⁵ *Novità del terzo decreto correttivo al Codice dei Contratti pubblici, D.Lgs. n. 163/2006* - Relazione del Consigliere Gabriele Carlotti, in www.giustamm.it.

di di fattibilità che potrebbero non risultare, alla prova dei fatti, interessanti ai fini di una loro realizzazione in PF.

Se, quindi, i favori delle stazioni appaltanti dovessero orientarsi in prevalenza verso la procedura bifasica, allora tutta la semplificazione si ridurrebbe in pratica all'eliminazione della gara in precedenza prevista dall'art. 155, 1 lett. b), del Codice, ossia verrebbe a mancare, riducendo l'intero discorso ai minimi termini, soltanto la procedura negoziata e, quindi, in pratica, il promotore finirà per godere di un doppio beneficio rispetto alla situazione determinatasi all'indomani del II correttivo, in quanto si avvantaggerà della reintroduzione della prelazione e pure dell'eliminazione della necessità di partecipare alla procedura negoziata.

Occorre adesso evidenziare la previsione di un ruolo "attivo" riconosciuto al privato nella complessa struttura del project financing, in linea con quanto emerso nel corso delle audizioni parlamentari e trasfuso nei pareri resi dalle Camere. In particolare, nel parere dell' VIII Commissione permanente del Senato del 29 Luglio 2008, si osserva che *«occorre individuare modalità con cui il privato interessato abbia la possibilità di attivare il meccanismo anche in assenza dell'iniziativa dell'amministrazione, ove questa non intervenga in un tempo definito, fermo restando il potere di quest'ultima di valutare la sussistenza di un interesse pubblico alla proposta»*.

E, infatti, un più ampio margine di iniziativa al privato è riconosciuto dal comma 16 dello stesso art. 153, laddove è prevista la possibilità di presentare proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità, a determinate e tassative condizioni, come l'inerzia della Pubblica Amministrazione, ossia la mancata pubblicazione dei bandi relativi ai lavori inseriti nell'apposito elenco annuale entro sei mesi dalla sua pubblicazione, il possesso in capo al privato dei requisiti previsti per il concessionario dal regolamento e, infine, la presentazione entro il termine perentorio di quattro mesi di una proposta avente il contenuto dell'offerta di cui al comma 9 dello stesso art. 153.

È questa la terza opzione introdotta dal terzo correttivo e disciplinata dai commi 16-18 dell'art. 153, che si caratterizza per l'iniziativa rimessa al privato⁴²⁶.

⁴²⁶ Cfr. O. FORLENZA, *Project financing: un sistema più complesso*, in *Guida al Diritto* dossier mensile, 9, 2008, pag. 111; M. RICCHI, *La finanza di progetto nel Codice dei contratti dopo il ter-*

L'Amministrazione aggiudicatrice, ricorrendo tali presupposti, anche nel caso in cui sia pervenuta una sola proposta, è obbligata (nel termine di 60 giorni) a pubblicare apposito avviso che espliciti i criteri in base ai quali verranno valutate le proposte.

Non sussiste per il privato che ha assunto l'iniziativa in questione un vincolo alla sua proposta inizialmente avanzata, potendo (o meglio dovendo, se vuole avere chances di successo) rielaborare la stessa, alla luce dei suddetti criteri indicati dalla stazione appaltante, e ripresentarla.

A questo punto, all'esito di apposito esame, viene individuata la proposta ritenuta di "pubblico interesse"⁴²⁷; successivamente seguono gli ulteriori passaggi procedurali che il legislatore non ha mancato di elaborare con particolare cura. In via alternativa, ma vincolata a determinate condizioni, l'Amministrazione, se il progetto preliminare richiede modifiche, indice un "dialogo competitivo"⁴²⁸, con a base di gara il progetto stesso e la proposta; se il progetto non necessita di modifica lo approva e lo pone a base di una gara, a cui invita lo stesso promotore, e procede o con la concessione ai sensi dell'art. 143 o secondo le modalità di cui al comma 15, lettere c), d), e), f) già esaminate, *i.e.* nuova procedura selettiva con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e diritto di prelazione per il promotore.

Giova evidenziare che anche in tali ipotesi le offerte devono essere corredate da apposita garanzia prevista dall'art. 75 e da un'ulteriore cauzione nella misura del 2.5 per cento del valore dell'investimento (stessa misura prevista per le spese da rimborsare al partecipante non aggiudicatario). La suddetta garanzia viene incamerata dall'Amministrazione se il soggetto che ha presentato la proposta pre-

zo correttivo, in *Urbanistica e Appalti*, 12, 2008, pag. 1375; G. GRASSO, *Commento all'art. 153*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici e nuovo regolamento*, Milano, 2009.

⁴²⁷ Cfr. R. CAPONIGRO, *La motivazione nella scelta del contraente negli appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in [www. Giustiziaamministrativa.it](http://www.Giustiziaamministrativa.it), 2008; M. GIOVANNELLI, *Discrezionalità tecnica e amministrativa nella scelta della proposta del promotore*, in *Urbanistica e Appalti*, 9, 2008; P. MORI, *Il metodo aggregativo-compensatore come criterio di aggiudicazione nelle aste*, Dipartimento di Scienze economiche Università di Firenze, Working Paper, 12/8, 2008.

⁴²⁸ S. SAMBRI, *Il dialogo competitivo: ambito di applicazione e portata innovativa nel sistema innovativo degli appalti pubblici*, Convegno IGI 13 luglio 2004.

M. RICCHI, *Negoaction, discrezionalità e dialogo competitivo*, in *Studi e Contributi*, 2008, nonché in www.giustiziaamministrativa.it, 2008; F. FRACCHIA, L. CARROZZA, *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18*, www.giustamm.it 2004.

scelta, ai sensi del comma 16, poi non partecipa alla gara prevista, con ciò mirando ad assicurare la serietà della proposta e della conseguente partecipazione alla complessa procedura in esame.

Altra previsione merita interesse, sotto il profilo dell'iniziativa rimessa ai privati, ed integra la quarta opzione introdotta dal decreto correttivo di recente emanazione e disciplinata nei commi 19-20 dell'art. 153.

I privati, infatti, qualora in possesso dei prescritti requisiti, possono avanzare alle Amministrazioni interessate, tramite studi di fattibilità, proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità non compresi nella programmazione triennale ex art. 128 o negli altri strumenti di programmazione già approvati. In tali casi la proposta ha ad oggetto proprio lo studio di fattibilità dell'intervento e comporta in capo all'Amministrazione un obbligo di valutazione e non di adozione dello studio stesso; e nell'ipotesi di determinazione positiva, ciò non determina alcun onere compensativo per le prestazioni ricevute, né fa sorgere per il proponente alcun diritto alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei relativi servizi.

In base alle considerazioni di cui sopra può trarsi la conclusione che le modifiche appena esaminate, nel loro complesso, hanno reso nuovamente appetibile il ricorso alla finanza di progetto, già disincentivato dall'espunzione del diritto di prelazione.

Occorre prendere in esame la "fase di esecuzione", in particolare la possibilità (o se previsto espressamente nel bando di gara, l'obbligo) per l'aggiudicatario di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, ai sensi dell'art. 156 del D.Lgs. n. 163/2006, non ritoccato dal terzo decreto correttivo. Come già sottolineato, si evidenzia comunque che nelle fattispecie concrete i soggetti a vario titolo coinvolti possono addivenire alla scelta di non costituire tali distinta società. In caso contrario la società di progetto diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione. Tale subentro non costituisce cessione di contratto.

Tale soggetto diverso e distinto è previsto, in generale, dal «*bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una in-*

infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità» e la previsione si estende anche alla gara di cui all'art. 153, incidendo in maniera pregnante sulla impalcatura del project financing.

Preliminarmente si rileva che non si tratta di “sub-concessione”, assimilabile al subappalto (ed infatti la norma dispone che non è necessaria l'autorizzazione), quanto di subentro nell'originario rapporto contrattuale di concessione.

Il subentro avviene automaticamente, non essendo necessaria l'approvazione da parte dell'altro contraente (l'Amministrazione), prevista, invece, per la “cessione del contratto”, ai sensi dell'art. 1406 c.c. Inoltre è l'art. 157 del D.Lgs. n. 163/2006 a prevedere l'emissione di obbligazioni da parte delle società di progetto. Tale facoltà è consentita, in deroga al Codice civile, anche alle società di progetto costituite in forma di società a responsabilità limitata (e non di società per azioni) in quanto l'Amministrazione può imporre un capitale minimo in grado di garantire gli obbligazionisti. La ratio della deroga è individuabile nella particolare struttura di tale tipo di società, caratterizzata dalla rilevanza del rapporto tra investimento e capacità remunerativa della gestione economica, preminente rispetto al rapporto tra capitale di rischio e capitale di debito. Infine, un accenno alla disciplina di diritto transitorio.

Il comma 2 dell'art. 1 del terzo decreto correttivo prevede che la relativa disciplina si applichi solo alle procedure i cui bandi siano stati pubblicati dopo l'entrata in vigore del decreto e, dunque, resteranno immuni alle innovazioni le procedure già avviate, che continueranno ad essere disciplinate dalla precedente normativa.

Le norme di chiusura riguardanti la speciale procedura di *project financing* disciplinano i casi di risoluzione del rapporto concessorio per inadempimento del concedente e di revoca (art. 158 del D.Lgs. n. 163/2006); la possibilità riconosciuta agli enti finanziatori del progetto di impedire la risoluzione con il subentro nel rapporto di un'altra società (art. 159 del D.Lgs. n. 163/2006) ed i privilegi che assistono i crediti dei soggetti che finanziano la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi (art. 160 del D.Lgs. n. 163/2006).

Appare opportuno evidenziare gli aspetti salienti e più problematici emergenti dalle disposizioni da ultimo citate. Preliminarmente si evince la particolare tutela riservata ai “finanziatori”, in ossequio al ruolo preponderante dagli stessi rivestito nella complessa operazione di project financing.

E invero, la fase di realizzazione e, ancor più quella gestionale, si possono ritenere la “cartina di tornasole” della bontà dell’investimento per coloro che hanno erogato ingenti somme, finanziando la realizzazione di opere pubbliche sulla base del progetto e del relativo piano economico-finanziario.

In quest’ottica ben si comprende, nella fisiologia dell’operazione, la previsione della “società di progetto” che riceve il finanziamento, con vincolo di destinazione alla realizzazione delle opere pubbliche, e rimborsa l’Istituto finanziatore attraverso gli utili di gestione. Anche nella fase strettamente “patologica” di risoluzione del rapporto l’Istituto finanziatore incide notevolmente, essendo espressamente previsto che, nelle ipotesi di risoluzione per inadempimento del concedente o di revoca della concessione per motivi di pubblico interesse, le somme rimborsate al concessionario sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei suoi finanziatori e sono indisponibili da parte dello stesso concessionario fino al completo soddisfacimento di detti crediti.

Ma vi è di più. Nel caso inverso di risoluzione del contratto per cause imputabili al concessionario, il concedente non può determinarsi in tal senso senza averne prima dato comunicazione all’Istituto finanziatore, che ha la facoltà di impedire la risoluzione sostituendo (entro 90 giorni dalla suddetta comunicazione) il concessionario inadempiente con altra società avente caratteristiche tecniche e finanziarie sostanzialmente equivalenti a quelle possedute dal concessionario all’epoca dell’affidamento della concessione.

Ben si comprende come l’Amministrazione aggiudicatrice si trovi a dover subire il mutamento del concessionario, per una o due volte nel corso del rapporto, ossia con il subentro al promotore della società di progetto ed eventualmente con la sostituzione di quest’ultima, in caso di inadempienza, con altra società.

Infine, sempre nell'ottica di incentivare e di incoraggiare gli investimenti verso le operazioni di project financing, i relativi crediti sono assistiti da privilegio generale⁴²⁹, ai sensi degli articoli 2745 e ss. del Codice civile.

Tale garanzia si aggiunge a quella principale rappresentata dai flussi di cassa del progetto, che viene valutato dai finanziatori proprio in considerazione della sua capacità di generare redditi e così consentire la remunerazione dei capitali di rischio.

A tale proposito si definisce security package la complessiva gestione dei rischi del progetto e degli accordi contrattuali; elemento questo che guida le scelte degli Istituti finanziatori in ordine alla sostenibilità economica-finanziaria di un progetto, ossia alla "bancabilità" della complessa operazione.

⁴²⁹ Cfr., G. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, I, Torino, 1987, pag. 560; L. BARBIERA, *Garanzie del credito e autonomia privata*, Napoli, 1981, pag. 121; E. GABRIELLI, *I negozi costitutivi delle garanzie reali*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1996, I, pag. 167.

Le due forme di garanzia reale sui beni immobili più consuete nel project financing sono il pegno, che può essere sui crediti, presenti e futuri, sul conto corrente, sulle partecipazioni sociali della società di progetto, ed il privilegio. Anche i beni strumentali di cui è proprietaria la società di progetto sono, in generale, oggetto di diritti reali di garanzia o di varie ipotesi di alienazione a scopo di garanzia. Sull'argomento, prettamente civilistico, si legga: F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, Napoli, 2009, capitolo IV; G. B. BARILLÀ, *Pegno rotativo e disciplina anomala di pegno*, in *Studium iuris*, 2002, pag. 371; L. BULLO, C. SANDEI, *Pegno di azioni e quote sociali*, in *Il pegno nei rapporti commerciali*, Milano, 2005; G. CANALE, *Pegno "omnibus" e pegno di titoli di stato: qualche breve riflessione*, in *Il Diritto fallimentare*, 1992, 3-4, pag. 806; F. CAVONE, *Il pegno omnibus e la tutela dei creditori concorrenti*, in *Corr. Giur.*, 2001, 11, pag. 1501; L. DE RITA, *Pegno omnibus, oggetto del contratto ed effetto di garanzia*, in *Giur. merito*, 1992, 3, pag. 620.

CAPITOLO QUARTO

LA NATURA GIURIDICA DEL P.F.

Sommario: 4.1. Premessa - 4.2. La causa nel P.F. - 4.3. Il tentativo di inquadramento dottrinale - 4.4. Il contratto misto - 4.5. Il collegamento negoziale - 4.6. (Segue).

4.1. Premessa

L'esistenza, sul piano economico sociale, di un fenomeno complesso come la finanza di progetto, impone al giurista di individuare gli strumenti finalizzati a "traghetare" il tema dall'ambito economico-sociale a quello giuridico, onde consentire la "lettura" della realtà dall'ottica del diritto⁴³⁰ e di individuare, a livello pratico la disciplina applicabile alla fattispecie alla fattispecie sia in caso di vuoti regolamentari sia di fenomenologia patologica⁴³¹.

In tal senso va incentivato lo sforzo teso ad una qualificazione della fattispecie la quale, constatata l'irrintracciabilità di un istituto tipico unitario legalmente previsto a cui ricondurre direttamente il project financing⁴³², non preclude la possibilità di indagare e riportarne l'atteggiarsi in una categoria derivante dall'elaborazione dottrinale⁴³³.

⁴³⁰ Per tale impostazione, si legga G. P. CIRILLO, *Gruppo societario e personalità giuridica*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1986, I, pag. 154; tale impostazione è condivisa anche da A. TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003, pag. 50.

⁴³¹ C. PAGLIETTI, *Profili civilistici del project financing*, in *Nuova giur. civile e commerciale*, 2003, II, pag. 291, avverte l'esigenza di individuare il "trattamento da accordare alla fattispecie" quale passo essenziale da compiere se si intende utilizzare in Italia la tecnica finanziaria in esame, poiché risulterebbe impraticabile una mera importazione delle tecniche contrattuali ed operative dei sistemi di common law. Dello stesso avviso è G. L. RABITTI, *Project Financing e collegamento contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1996, pag. 234 e ss.

⁴³² Tale circostanza genera, nei soggetti coinvolti, l'attesa di ritrovare, anche in un diverso sistema giuridico, i tratti caratterizzanti nel sistema di provenienza. Ciò, infatti, semplifica l'analisi, diminuisce i costi dell'operazione e ne facilita l'utilizzo. Per un primo bilancio sui problemi sollevati dal dialogo-confronto tra civil law-common law, in relazione all'attuazione standardizzata degli schemi giuridici utilizzati nel project financing, si vedano i commenti riguardanti la creazione dell'Eurotunnel in F. W. NEATE, *Civil law and Common Law: Rendezvous in Eurotunnel*, in *International Business Lawyer*, vol. 24, n. 1, Jan. 1996, pag. 3 e ss.; i contributi di J. NASLIN, *A Completely New Legal Experience*, ibidem, pag. 7 e ss. e di P. NOUEL, "Cartesian pragmatism": *Looking for Common Principles in French and English law*, ibidem, pag. 22 e ss.

⁴³³ T. V. RUSSO, *Il project financing*, cit., pag. 268, ritiene inopportuna l'attività qualificatoria, mediante l'applicazione del metodo della sussunzione, sia nella globalità che nell'ambito dei singoli

Assodato che il fenomeno del *project financing* non risulta sussumibile in alcuna fattispecie contrattuale unitaria astratta⁴³⁴, si è pervenuti a risultati non sempre univoci.

Tenendo presente i contributi dottrinali e gli orientamenti giurisprudenziali di preminente rilevanza in proposito, il fine del presente capitolo è quello di fornire un quadro, il più dettagliato possibile, sulla natura del *project financing*, in modo tale da dedurne osservazioni di concreta utilità.

Partendo dal fatto che l'essenza causale di un negozio, quale esso sia, contribuisce all'individuazione della disciplina normativa di riferimento, è opportuno chiedersi: qual è la causa del *project financing*? O sarebbe più consono interrogarsi sulle *cause* dei singoli negozi che lo compongono, ovvero ancora dell'ulteriore causa della unitaria operazione economica che i singoli negozi, combinati tra loro, sono diretti a realizzare? Forse non è sbagliato prendere in considerazione ciascuna delle tre distinte, ma sempre connesse, prospettive. A ciò si rifà direttamente anche la problematica più specificamente relativa all'inquadramento giuridico del *project financing*, alla sua configurazione in termini di contratto misto, collegamento negoziale ovvero di operazione economica, oggetto di analisi nei seguenti paragrafi⁴³⁵.

Prese in considerazione le diverse esigenze provenienti dai vari soggetti coinvolti nel singolo caso e risolte le problematiche di raccordo con il sistema positivo interno, si utilizza il substrato argomentativi idoneo ad affrontare la disamina della causa e della natura giuridica del *project financing*.

rapporti, della contrattualistica afferente il *project financing*. Per l'Autore è «*inopportuno, se non meramente sul piano della semplificazione didattica, tracciare una definizione del project financing che rispetti al contempo le inconciliabili qualità della definizione esaustiva del fenomeno e della sintesi dello stesso*».

⁴³⁴ Così sembrerebbe affermare, ad un primo approccio, L. CAMARDA, *Project Financing*, Trento, 2002, pag. 36, nota 12, il quale, in riferimento al *project financing* pubblico, si esprime in termini di «*fenomeno contrattuale globale, ovvero una costellazione di accordi (contrattuali e non) che regola i molteplici rapporti giuridici ed economici che si instaurano tra gli operatori pubblici e privati partecipanti all'operazione*».

⁴³⁵ Questa esigenza non sembra, in prima battuta, avvertita da M. ROBLES, *Project financing "pubblico" e formazione del consenso negoziale*, in *Rivista di diritto privato*, 2005, pag. 787, il quale afferma che «*non sussiste alcun reale problema di qualificazione giuridica*» salvo, successivamente, sottolineare come si tratta di una figura nuova, dotata di un alto contenuto di atipicità, disciplinato solo in parte e limitatamente dal nostro ordinamento, ravvisando, in ultima analisi, l'utilità di una indagine causale.

Se l'origine della suddetta analisi è la definizione giuridica, abbiamo già visto come, nonostante la dottrina si sia ingegnata in tal senso tramite vari tentativi, alla fine, essa si sia dovuta arrendere all'inevitabile dato fattuale, cedendo così il posto alla definizione economico-finanziaria, divenuta tradizionale⁴³⁶.

Essa per quanto inevitabilmente approssimativa, come accade per qualsiasi tentativo di semplificazione dei fenomeni complessi, ha il pregio di sottolineare come elemento qualificante il P.F., quello di essere un'operazione di finanziamento rivolta ad un "progetto" e non ad un soggetto, dando centrale importanza al fatto che i finanziatori facciano precipuo affidamento sulla bontà del progetto stesso e, in particolare, sulle sue capacità di generare futuri flussi di reddito sufficienti al rimborso dei capitali prestati ed alla loro congrua remunerazione⁴³⁷. Da ciò, come già rilevato, la natura autoliquidante di simili operazioni, ma anche da tale prospettiva di analisi non si sono raggiunti, in termini di significativa utilità in un'ottica giuridica, risultati appaganti.

Si tratta, quindi, di prendere atto dei tratti caratteristici del fenomeno, dei singoli elementi essenziali che lo contraddistinguono, l'assenza di ciascuno dei quali determinerebbe il venire meno della configurabilità di un autentico caso di project financing. Si perviene, in tal modo, ad una individuazione in negativo - per così dire, residuale, della "categoria"; partendo, in pratica, dalla constatazione di ciò che sicuramente non può qualificarsi come project financing, sul presupposto che, come rilevato tanto dai giuristi quanto dai filosofi⁴³⁸, il confine include e esclude, separa il dentro da fuori.

Fondamentalmente, non si può pretendere di elaborare una definizione unitaria che risulti esaustiva, onnicomprensiva di tutte le varie tipologie e configurazioni ipotizzabili: si parlerebbe in tal caso di "categoria aperta" in quanto plurime ed eterogenee sono le possibili manifestazioni e strutturazioni del P.F., ciascuna

⁴³⁶ Si veda all' capitolo 4, paragrafo 1, la definizione di P.K. NEVITT, *Project financing*, a cura di P. DE SURY, Bari, 1988, in termini di «operazione di finanziamento di una particolare unità economica nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stato iniziale, il flusso di cassa e gli 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».

⁴³⁷ Cfr. P. CARRIÈRE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, cit., pag. 28.

⁴³⁸ In tal senso si vedano le acute riflessioni svolte, in riferimento a tematiche del tutto diverse, da N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, pag. 626.

delle quali, eventualmente, riconducibile a diversi interessi e riagganciabile a diverse figure giuridiche in conformità - anche - del tipo di progetto finanziato⁴³⁹.

4.2. *La causa del project financing*

Liberato il campo da qualsiasi valutazione in termini di liceità e di meritevolezza del *project financing*, da ritenersi entrambe assodate anche sulla scorta di quanto appurato nei precedenti capitoli, la dottrina prevalente⁴⁴⁰ conviene sul fatto che il controllo di liceità può essere positivamente superato dal momento che la realizzazione di un *project financing*, nel suo complesso, non implica la violazione di norme imperative dell'ordinamento, né risulta essere contraria all'ordine pubblico o al buon costume in base al disposto di cui all'art. 1343 c.c.

Anche sotto il profilo della meritevolezza, che in astratto impone la valutazione alla stregua degli interessi perseguiti secondo quanto disposto dall'art. 1322, 2 c.c., la dottrina specialistica è convenuta pressoché unanimemente, per quanto battendo percorsi diversi, alla soluzione affermativa⁴⁴¹.

⁴³⁹ Non sarebbe tuttavia da condividere la tendenza a qualificare diversamente il *project financing* pubblico da quello privato. In tal senso, tra gli altri, C. PEZZI, *I profili civilistici del project financing*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2002, pag. 39 e ss.; A. TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003; M. ROBLES, *Project financing pubblico e formazione del consenso negoziale*, cit., pag. 787, espone la sua prospettiva di analisi riferendosi ad un *project* pubblico, distinto da uno "privato", basato sulla presenza di una "convenzione di riferimento" stipulata dal promotore (art. 37-bis, l. 109/94 ora art. 153 d.dgls. 163/2006) con l'ente concedente e avente ad oggetto la predeterminazione dell'"assetto complessivo dei futuri rapporti" tra le parti; e pertanto qualificabile in termini di contratto normativo (o, più specificamente "negozio di configurazione") in un contesto associativo di collaborazione tra imprese (di diversa natura) che andrebbero a confluire in un "promotore plurisoggettivo" (M. ROBLES, *Partecipazione bancaria e project financing "pubblico"*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, pag. 1026 e ss.).

Invero, non sembra potersi effettuare una tale distinzione, poiché il fenomeno del P.F. va guardato nella sua essenza prescindente dalla destinazione "pubblica" o "privata" del progetto: in sostanza, le posizioni dei lenders ovvero del costruttore non vengono a mutare a seconda del presunto carattere, pubblico o privato del progetto. L'interferenza data dall'applicazione della disciplina contenuta nella Legge Merloni non vale, infatti, a variare l'essenza del fenomeno che, a prescindere dal perseguimento di interessi pubblici con la tecnica finanziaria in questione, presenta il medesimo principio di affidamento del progetto. L'interferenza operativa della disciplina di settore (legge Merloni oggi confluita nel c.d Codice degli Appalti) può comportare un arricchimento alla struttura negoziale dell'intervento, in considerazione della presenza del contratto di concessione per la costruzione e gestione dell'opera.

⁴⁴⁰ Cfr. F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, Napoli, 2009, pag. 328.

⁴⁴¹ Il controllo di meritevolezza non pretende che il singolo contratto sia animato da finalità pubbliche: l'autonomia privata non è, infatti, funzionalizzata all'esclusivo perseguimento di interessi superindividuali. Le parti sono libere di gestire la regolamentazione dei propri interessi avvalendo-

Focalizzando l'attenzione sulla causa del *project financing*, la dottrina che più si è occupata dell'argomento giunge ad affermare che la specifica causa "sociale"⁴⁴² è rintracciabile, primariamente, nell'articolazione del sistema di gestione e distribuzione delle diverse tipologie di rischio (economico, commerciale, giuridico, tecnologico, finanziario, ecc.), poiché, solo attraverso tale ripartizione risulta fattibile la realizzazione di opere di grande portata, in termini di complessità ed impegno, come quelle che sottendono il *project financing*⁴⁴³.

Come più volte si è avuto modo di ricordare, connotato precipuo del *project financing* è, infatti, la propensione ad un allargamento dei soggetti coinvolti, disposti ad assumere ciascuno una parte di rischio, in previsione del successo dell'intera operazione e del conseguimento di *cash flows* utili a remunerare adeguatamente il capitale investito.

Quanto detto finora riguarda il profilo funzionale del fenomeno del *project financing* considerato nel suo atteggiarsi in generale, in una prospettiva che si può

si di schemi contrattuali atipici, ai quali l'ordinamento riconosce cittadinanza non solo per il fatto di essere espressione di un interesse pubblico, ma, soprattutto in quanto essi assurgono al ruolo di strumenti utili a disciplinare fattispecie concrete, non altrimenti contemplate dal legislatore, in modo da consentire un incessante adeguamento del diritto ad una realtà giuridico-economica in continua evoluzione. L'unica condizione richiesta affinché quel determinato regolamento contrattuale superi il vaglio di meritevolezza è che esso non sia palesemente futile, privo di rilievo e che sia, piuttosto, idoneo a realizzare finalità apprezzabili dall'ordinamento giuridico (in tal senso, A. CATAUDELLA, *I contratti*, parte generale, Torino, 2000, pag. 186).

⁴⁴² L'accezione "causa sociale" non va perfettamente sovrapposta a quella di "tipicità sociale" di cui abbiamo parlato nel I capitolo poiché tale seconda espressione non può essere intesa quale minuziosa riproduzione dei contenuti delle singole operazioni che, nella realtà, trovano attuazione. È quindi condivisibile l'affermazione di D. SCANO, *Il project financing*, Milano, 2006, pag. 27, nota 66, quando avverte della «pratica impossibilità di clonare un'operazione per ripeterla identica: l'operazione è, infatti, plasmata in funzione di molteplici variabili che è difficile rinvenire identiche in operazioni e momenti storici differenti. Ed allora con "tipicità sociale" ci si può solo riferire ai principi generali che regolano l'operazione senza illudersi di poter forzatamente costringere questo fluido fenomeno all'interno di una rigida categoria».

⁴⁴³ Sull'idea relativa al fatto che la causa del *project financing* si concentri nell'allocatione dei rischi, si confronti: P. CARRIÈRE, *op. cit.*, pag. 42; C. L. APPIO, V. DONATIVI, *Project financing*, in AA.VV., *L'integrazione tra imprese nell'attività internazionale*, Torino, 1995, pag. 213; G. L. RABBITTI, *op. cit.*; L. COSTANTINO, *Profili privatistici del project financing e gruppi di contratti*, in *Contratto e Impresa*, 2003, pag. 408; A. MIGLIORINI, *Project financing*, in *I nuovi contratti nella prassi del commercio internazionale*, II, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. CENDON, Torino, 2004, pag. 11; G. IMPERATORI, *op. cit.*; G. IUDICA, *Finanza di progetto: la prospettiva di diritto civile*, in *Project financing e opere pubbliche*, a cura di G. F. FERRARI E F. FRACCHIA, Milano, 2004, pag. 4. Per un'analisi del fondamento teorico del *project financing* in un'ottica di economia del diritto, si rinvia a S. E. RAUNER, *Project financing: a risk spreading approach to the commercial financing of economic development*, in *Harvard International Law Journal*, 1983, pag. 145.

definire “astratta”. Tale approccio va integrato con l’ulteriore profilo di analisi at-
tinenti alla c.d. “causa concreta”⁴⁴⁴.

Autorevole dottrina⁴⁴⁵ ha sottolineato come la nozione astratta di causa “tipi-
ca”⁴⁴⁶ si palesi insoddisfacente se riferita alla nozione di causa quale funzione e-
conomico-sociale, identificata, appunto, con il tipo contrattuale contemplato dal
legislatore, il quale è da ritenersi non in grado di focalizzare tutti gli aspetti rile-
vanti e gli effettivi interessi coinvolti nella fattispecie concreta, ossia gli interessi
reali che, di volta in volta, il contratto è diretto a realizzare al di là del modello uti-
lizzato. Occorre pertanto, riconoscere nella causa la “ragione concreta del contrat-
to”⁴⁴⁷. La funzione astratta del negozio viene completata dalla funzione pratica, la
quale non può prescindere dagli interessi concretamente perseguiti dalle parti, che
tale negozio è diretto ad attuare. Non basta, allora, verificare se lo schema nego-
ziale utilizzato dalle parti sia compatibile con uno dei modelli contrattuali (norma-
tivamente o “socialmente” tipizzati), ovvero, in generale, con i principi dell’ordi-
namento; occorre, altresì, ricercare il significato pratico dell’operazione con ri-
guardo a tutte le finalità che - sia pure tacitamente - sono entrate nel contratto⁴⁴⁸.

In questa diversa prospettiva occorre, tuttavia, andando controcorrente, di
centrare il connotato causale del project financing ad un punto di arrivo ulteriore
rispetto al fattore di allocazione dei rischi che la dottrina maggioritaria ha indivi-
duato in materia. Ponendo, infatti, l’attenzione a quello che solitamente è lo scopo
pratico dell’operazione, l’ampia negoziazione e l’obiettivo della ripartizione dei

⁴⁴⁴ Per una completa ed approfondita trattazione del tema della causa concreta, si rinvia a C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il Contratto*, Milano, 2000, pag. 452 e ss. Per un *excursus* riassuntivo dei conflitti dottrinali in proposito nonché delle ripercussioni degli stessi sui relativi orientamenti della giurisprudenza, invece, si legga C. PAGLIETTI, *Profili civilistici del project financing*, in *Nuova giur. civile e commerciale*, 2003, II, pag. 303 e ss.

⁴⁴⁵ Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, cit., pag. 450 e ss.

⁴⁴⁶ Da intendersi nel senso di caratterizzante, caratteristica della fattispecie, ricorrente, non mutevole e costante, oltre che nel senso tecnico di normativamente disciplinata.

⁴⁴⁷ C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, cit., pag. 452.

⁴⁴⁸ C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, cit., pag. 454, evidenzia poi come il riferimento alla causa concreta abbia trovato riscontro anche in giurisprudenza, facendo riferimento a: Cass. Civ. 11 gennaio 1973, n. 63 in *Foro it.*, 1973, I, pag. 1085, e 1974, I, pag. 227, con nota di Di Paolo, nonché in *Foro Pad.*, 1974, I, pag. 115 con nota di Balestrino, il quale afferma che «*pur non ripudiandosi il concetto astratto ed obiettivo di causa come funzione economico-sociale del negozio, ..., deve essere però ammettere che tale funzione non deve rimanere nel limite dell’astrattezza, ma deve essere presente anche nel contratto, pur tipico, concretamente posto in essere: quest’ultimo cioè deve avere una funzione concreta, obiettiva, che corrisponda ad una delle funzioni tipicamente ed astrattamente determinate, come nell’ipotesi del contratto atipico la causa creata dalle parti deve rientrare in una delle funzioni tipiche di tutela*».

rischi non può costituire il punto finale dell'operazione di *project financing*, bensì, per quanto caratteristica, la sua modalità. L'allocazione dei rischi, in sostanza, si colloca in un rapporto di mezzo a fine rispetto alla realizzazione dell'intero intervento, e per questo non può essere rappresentativo del suo scopo pratico (finale).

A ben guardare il fenomeno, non ci si sente di condividere l'ottica allocativa dei rischi se si considera che l'intervento dei diversi attori che prendono parte all'affare non è giustificata dalla ripartizione dei rischi, bensì dalla necessità, opportunità od utilità degli stessi in relazione alla prestazione che saranno chiamati ad eseguire per permettere la realizzazione del progetto⁴⁴⁹. In questa diversa prospettiva, quindi, se la ripartizione dei rischi assume come detto, una valenza strumentale, il risultato finale è diverso e consiste nella potenzialità che il progetto sia possibile, necessitando o anche soltanto richiedendo anche la prestazione del soggetto che prende parte all'operazione.⁴⁵⁰ Lo scopo pratico, e quindi la causa concreta del fenomeno negoziale del *project financing*, si integra e si realizza in via definita allorquando si possa contare su tutte le prestazioni (e quindi sui contratti) reputate necessarie o utili per permettere la nascita e lo sviluppo del progetto, e non solo quando, in via propedeutica a tal fine, ci si limiti ad allocare i rischi previsti nel singolo intervento in finanza di progetto. In definitiva, deve quindi delimitarsi la funzione del *project financing* nell'interesse (meritevole di tutela) consistente nel realizzare un progetto e gestirlo mediante un finanziamento che si fonda sulle aspettative di reddito della gestione.

In questa direzione viene svilita anche la assunta natura associativa⁴⁵¹, se intesa se intesa quale condivisione dei rischi tra i vari partecipanti all'operazione di *project financing*. Infatti l'assunzione del rischio non equivale a costituzione di un

⁴⁴⁹ Cfr. F. MONTANI, *Project Financing: inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, cit., pag. 332.

⁴⁵⁰ C. SALVATO, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, in *Il Project financing. Caratteristiche e modelli contrattuali*, a cura di U. DRAETTA E C. VACCÀ, cit., pag. 4, nel definire il P.F. come «quella tecnica finanziaria costituita da un pacchetto di prodotti e servizi bancari e finanziari avente lo scopo di realizzare una nuova attività produttiva, in forma di impresa autonoma, attraverso opportuna allocazioni dei rischi e dei corrispondenti rendimenti tra i soggetti a vario titolo coinvolti nell'operazione» evidenzia quel rapporto di mezzo a fine tra la ripartizione dei rischi (il mezzo) e la realizzazione di una nuova attività produttiva (il fine).

⁴⁵¹ A tale conclusione perviene P. CARRIÈRE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, cit., pag. 47, il quale sembra spiegare il fenomeno in termini di «peculiare natura mista contrattuale-associativa». A. MIGLIORINI, *Project financing*, cit., pag. 11, si esprime in termini di concorso di contratti di scambio e contratti associativi.

rapporto sociale. In realtà, come si vedrà in seguito, l'intervento dei singoli soggetti non è giustificato dallo scopo di suddividere i risultati del progetto⁴⁵², né da una ripartizione dei rischi fine a sé stessa, bensì, ognuno singolarmente, dall'ottenimento del risultato immediato derivente dal contratto al quale prende parte. Così, ad esempio, il realizzatore dell'impianto, legato da un *turn key contract*, sarà portatore dell'obbligo di costruire, nel termine convenuto l'impianto secondo le caratteristiche convenute e creditore per la controprestazione del corrispettivo. Il fatto che vi sia la determinazione di un prezzo fisso ed una data di consegna, implica una ripartizione dei rischi (secondo la quale i costi ed i rischi sopravvenuti sono a carico del costruttore) caratteristica di tali manifestazioni contrattuali e non denota uno spirito associativo volto a negoziare il contratto di costruzione (che rimane di scambio) quale giustificazione della partecipazione del costruttore all'operazione di *project financing*. In sostanza, il costruttore prende parte all'iniziativa per lucrare sulla realizzazione dell'impianto secondo la natura imprenditoriale tipica della propria attività, non per ripartire i rischi ipotizzati nell'ambito dell'affare complessivo; la ripartizione dei rischi, tuttavia, avuto riguardo alle esigenze emergenti dalla logica del *project financing*, assumeranno in ogni caso un valore peculiare (ma non finale) che si tradurrà nelle pattuizioni relative al prezzo fisso ed alla data di consegna.

4.3. Il tentativo di inquadramento giuridico

La ricostruzione del fenomeno, ai fini della qualificazione giuridica, deve tener conto della relativa dimensione fattuale e strutturale. Sarebbe limitativo e potrebbe rivelarsi controproducente il voler forzatamente ricondurre il fenomeno in

⁴⁵² A. TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, cit., pag. 246, condiviso da T. V. RUSSO, *Il Project financing*, cit., pag. 36, centra la questione considerando come non sussista tra i vari soggetti una comunione di scopo nell'ambito della singola operazione di project financing. C. PEZZI, *I profili civilistici del project financing*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2002, pag. 50, nel range che oscilla tra la natura associativa e quella dei contratti di scambio, osserva come la prima matrice, per quanto conforme alla logica del *ring fence*, risulta tuttavia insufficiente "ad abbracciare l'intero fenomeno". Diversamente, facendo riferimento al modello contrattuale, ci si troverebbe nella migliore possibilità "di ricostruire tutti i rapporti giuridici che sono funzionali alla realizzazione e gestione dell'opera e che hanno centro di imputazione la società di progetto".

esame ad una fattispecie negoziale unitaria, contrattuale o negoziale che sia⁴⁵³: si rischierebbe così di snaturare l'essenza del project financing, costringendolo in maglie troppo strette, ossia in schemi non del tutto ad esso confacenti.

In effetti, la realtà così multiforme del *project financing* non sembra permettergli la riconduzione ad alcuno degli schemi e delle categorie rintracciabili nel nostro ordinamento. L'operazione di qualificazione⁴⁵⁴ attuata mediante comparazione tra la fattispecie astratta e quella concreta, renderebbe, infatti, arduo il meccanismo di raffronto sia in considerazione dei limiti attinenti alla tecnica di sussunzione⁴⁵⁵, sia per l'evidente difficoltà di rapportare ed includere la fattispecie concreta evincibile nel singolo project financing ad una fattispecie contrattuale "unitaria", essendo la prima strutturata, in modo sempre differente, su una plurali-

⁴⁵³ Cfr. M. NOVO, *Gli aspetti legali del project financing*, in S. GATTI, *Manuale del project finance*, 2006, pag. 361, che affrontare, anche solo da un punto di vista descrittivo, un aspetto del *project financing*, significa affrontarli tutti, in quanto non si può isolare alcuna delle parti di un meccanismo complesso quale esso è; l'Autore, volendo esortare ad una visione globale del fenomeno, prosegue concentrando le problematiche legali relative al project financing a due aspetti fondamentali: la SPV (o meglio, la sua dimensione economico-giuridica) ed il collegamento tra tutti i contratti attraverso i quali il progetto trova la sua articolazione.

⁴⁵⁴ Sulla "qualificazione", molto efficaci sono le parole di F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. 2, tomo I, Padova, 1993, pag. 402: «La qualificazione è l'operazione mirante ad identificare l'astratto tipo legale cui sussumere il contratto concreto, in vista dell'assoggettamento del secondo alla disciplina particolare del primo». Sulla qualificazione giuridica e sul processo di tipizzazione si vedano, altresì, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., pag. 410 e pag. 472, nonché F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIII, Napoli, 2007, pag. 808 e ss. Dal punto di vista della qualificazione giuridica *strictu sensu* - ossia operata nei termini del classico procedimento di "tipizzazione", di riconduzione della fattispecie nell'alveo delle situazioni tipiche già considerate dall'ordinamento, attraverso il procedimento di "sussunzione" - non è, pertanto, possibile pervenire ad alcun determinato risultato, incontrovertibile, nonché soddisfacente.

⁴⁵⁵ In dottrina sono state riscontrate incongruenze nella tecnica della sussunzione da C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., pag. 472; in particolare, si confronti G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, pag. 126, ritiene che per ovviare alla rigidità ed all'incapacità di riconoscere la specificità del fenomeno atipico, proprie del metodo della sussunzione, si debba riconoscere l'alternativa costituita dal metodo della "ricostruzione tipologica", capace di apprezzare e di dare rilievo (anche giuridico) a tale specificità, consentendo poi la ricostruzione di un quadro di disciplina che possa attingere da varie fattispecie tipiche. Anche F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., pag. 404 e ss., non si esime dal fare riconoscere i limiti applicativi del metodo classico, criticando la strada imboccata da quella giurisprudenza che ne fa drastica applicazione in combinazione con il criterio della prevalenza (degli elementi distintivi di una data fattispecie senza tener conto, quindi, della/e altra/e fattispecie coinvolta/e) onde perviene a risultati non condivisibili. Il criterio suggerito dall'illustre Autore, come rispettoso dell'autonomia contrattuale, è quello della *integrazione* delle discipline delle diverse cause che si combinano entro il contratto misto. Nella giurisprudenza più recente, infatti, il criterio dell'interpretazione è applicato al contratto di *leasing*. Infine, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., pag. 820, mette in guardia dall'evitare di dar vita, attraverso il criterio della combinazione, ad una sorta di "mosaico" privo di coerenza e logica, ritenendo opportuno, invece, porre in essere un criterio di compatibilità mediante l'applicazione delle diverse discipline concernenti i frammenti negoziali coinvolti, "andando però alla ricerca dei criteri con i quali risolvere i possibili conflitti tra le norme".

tà di “relazioni giuridiche della più varia natura contrattuale, societaria, amministrativa e normativa”⁴⁵⁶.

In sostanza, a fronte dell'unicità del fenomeno “finanza di progetto”, si registra, sul piano giuridico, una pluralità di segmenti negoziali che, in una visione atomistica del fenomeno, mantengono una propria distinta autonomia, impedendone la considerazione - quanto meno di primo acchito - alla stregua di un'unica, complessa, fattispecie negoziale. Il frazionamento, sul piano giuridico, dell'unitaria operazione economica in una molteplicità di schemi contrattuali costituisce, infatti, in via speculare del piano fattuale, il passo obbligato teso ad intravedere i rischi connessi all'iniziativa e, di conseguenza, di allocarli tra i soggetti mediante opportune clausole contenute in distinti rapporti negoziali. «Anche in tale prospettiva di analisi è pertanto ulteriormente confermato che non è possibile applicare una logica qualificatoria classica al project financing globalmente considerato»⁴⁵⁷. Ciò, però, non significa che il giurista si debba arrendere a constatare la discrasia esistente tra la nozione economica (unitaria) di project financing e la configurazione giuridica (caratterizzata, invece, da una pluralità di negozi); tanto più se si tiene presente che il nostro legislatore ha voluto costruire un sistema del diritto dell'impresa e dei contratti basato sul metodo dell'economia, tendendo a realizzare la corrispondenza delle categorie giuridiche a quelle economiche⁴⁵⁸.

In tale situazione la società di progetto (SPV) diventa la controparte di una serie di rapporti contrattuali, tali da assomigliare - se rappresentati graficamente - a complicati sistemi molecolari o a circuiti integrati⁴⁵⁹.

In altri termini, passando dall'analisi giuridica a quella economica, è da rilevarsi, innanzitutto, come la finanza di progetto realizzi la sua “filosofia” di finanzia-

⁴⁵⁶ P. CARRIÈRE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, cit., pag. 39; della stessa opinione anche: C. L. APPIO, V. DONATIVI, *Project financing*, cit., pag. 203; G. L. RABITTI, *Project financing e collegamento contrattuale*, cit., pag. 243.

⁴⁵⁷ F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, cit., pag. 336.

⁴⁵⁸ Sul punto e per ulteriori precisazioni, si legga A. TULLIO, *Il gruppo di società: riflessioni in tema di tutela dei soci di minoranza e dei creditori delle società controllate*, in *Giustizia civile*, 1992, I, pag. 2515. L'intento di avvicinare il mondo giuridico a quello economico, al fine di dotare l'operatore di strumenti giuridici adeguati al perseguimento degli interessi emergenti dall'universo economico, risulta, ad oggi ancor più evidente alla luce della riforma del diritto societario (D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6).

⁴⁵⁹ Non a caso alcuni autori, come ad esempio, G. IUDICA, *Finanza di progetto: la prospettiva di diritto civile*, in *Project financing e opere pubbliche*, a cura di G. F. FERRARI e F. FRACCHIA, cit., pag. 4, riferendosi al P.F. parlano di “ingegneria contrattuale”.

mento concretandosi in un sistema equilibrato ed integrato di rapporti contrattuali fra tutti coloro i quali, a vario titolo, partecipano al progetto. Sul piano giuridico il *project financing* risulta essere, pertanto, una tecnica di finanziamento non riassumibile in una categoria contrattuale tipica, presentandosi piuttosto come «una sommatoria di singoli contratti (di fornitura, di appalto, di finanziamento, di garanzia, di società, di concessione di costruzione e gestione di opera pubblica... di gestione, di management) che ne costruiscono la struttura»⁴⁶⁰.

La disamina economico-giuridica del fenomeno ha portato alla ribalta gli elementi caratterizzanti della configurazione del *project financing*, giuridicamente cristallizzati nel variegato assetto contrattuale strutturato sui diversi schemi interessati, commutativi e corrispettivi (di società, concessione, gestione, appalto, somministrazione, vendita, garanzia, ecc.), al cui centro viene collocato, ancorché non del tutto esclusivamente, il contratto di finanziamento (*credit agreement*)⁴⁶¹.

Le opzioni qualificatorie che in questa prospettiva si offrono, al fine di individuare il rapporto intercorrente tra tale pluralità di contratti assemblati in un'unitaria struttura morfologica⁴⁶², possono collocarsi nel triangolo contratto misto, collegamento negoziale e operazione economica⁴⁶³.

E qui, nel tentativo di dare una soluzione a tale interrogativo, ci si imbatte in un'altra *vexata quaestio* della teoria generale del contratto affrontata dalla teoria generale del contratto affrontata dalla dottrina civilistica tradizionale: quella relativa al c.d. contratto misto (ovvero una causa mista) ed i c.d. contratti collegati⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ M. MISCALI, *Aspetti fiscali del project financing*, LIUC Papers, Pubblicazione periodica dell'Università Carlo Cattaneo (Castellanza), n. 6, febbraio 1994, pag. 2. Tale impostazione è pedissequamente ripresa da F. AMATUCCI, *Il project finance nelle aziende pubbliche. Strumenti di finanziamento per enti locali e per aziende sanitarie. Le novità della legge 166/2002*, Milano, 2002, pag. 110, il quale ritiene, conseguentemente, che realizzare operazioni di project financing non significa apportare necessariamente innovazioni legislative *ad hoc*, ma semplicemente la valorizzazione di istituti già presenti nella normativa e nell'ordinamento giuridico, opportunamente interpretati ed applicati nella direzione considerata più opportuna.

⁴⁶¹ Cfr. D. SCANO, *Il Project financing*, cit., pag. 27; anche G. L. RABITTI, *Project financing e collegamento contrattuale*, cit., pag. 229, ritiene che su tutti i contratti "regnerà" il contratto di finanziamento.

⁴⁶² Unitaria struttura morfologica che, però, vale la pena di ribadirlo, non corrisponde ad un'unica fattispecie contrattuale.

⁴⁶³ Non pare vi siano dubbi sulla possibilità di rapportare l'attività qualificatoria all'individuazione di schemi non predisposti dall'ordinamento giuridico in una norma unitaria nozionistica, bensì delineati dalla ricerca dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale.

⁴⁶⁴ La bibliografia sul contratto misto e sul collegamento negoziale è vastissima: C. PAGLIETTI, *Profili civilistici del project financing*, cit., pag. 293, nota 34; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., pag. 478 e ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., pag. 188 e ss.; F. GAZZONI, *Manua-*

Non essendo questa la sede più opportuna per una trattazione esaustiva delle varie e numerose posizioni dottrinali e giurisprudenziali, ci si limita a dare atto del fatto che, in pratica, si tratta di una disputa non ancora sopita e tendente a ricercare se e a quali di esse il fenomeno del project financing possa essere ricondotto o quanto meno avvicinato.

In tale prospettiva, è opportuno anticipare quelli che saranno i canoni da tener presente nell'individuare le opzioni di fondo che governano il fenomeno: la coesione e la stabilità⁴⁶⁵. La prima esprime il concetto di collegamento e connessione di ogni "lemma" contrattuale che compone la singola operazione di project financing, in modo tale che non si possano interpretare in via autonoma e separata, bensì procedendo ad una lettura armonizzata. La stabilità costituisce, invece, il criterio per il quale le scelte operate dai diversi attori dell'operazione di project financing debbono rimanere costanti anche al mutare delle circostanze che ne formano il substrato concreto nel corso della sua durata. È in tale opzione che assume valore l'allocatione dei rischi quale processo che mira a pianificare l'assunzione dei rischi in modo tale che permengano nell'area di quel soggetto sul quale se ne è negoziata l'assunzione. Il principio di stabilità tende, quindi, ad individuare quegli interessi che inducono (oggettivamente) i diversi soggetti (essenziali) a prendere parte all'operazione e, in via strumentale, a mantenere ferme tali condizioni di partenza anche al variare delle circostanze di fatto che intervengano successivamente alterando il corso del progetto⁴⁶⁶.

le di diritto privato, cit., pag. 818 e ss.; S. O. CASCIO, C. ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegari*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IX, pag. 543. In particolare, tra gli Autori che si sono dedicati all'argomento del collegamento contrattuale, si leggano: A. IZZO, *Il collegamento contrattuale. Note in materia civile, arbitrale internazionale e di conflitti di legge*, in *Nuova giur. civile e commerciale*, 1998, II, parte seconda, pag. 69 e ss.; G. FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civile e commerciale*, 1997, II, pag. 233.

⁴⁶⁵ L'elaborazione di tali concetti deriva da P. CARRIÈRE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, cit., pag. 67 e 68. Occorre precisare che l'Autore intenda come principio di coesione quello della qualificazione di contratto misto avente natura essenzialmente associativa. Benché l'opzione di coesione venga introdotta quale «collegamento, coordinamento, connessione in un tutt'uno, in cui ogni lemma contrattuale deve riflettersi...perdendo...la sua natura di autonomo e relativo rapporto contrattuale, per fondersi in una più ampia realtà organica, in un rapporto di natura essenzialmente associativa», può costituire in ogni modo un condivisibile criterio interpretativo anche nel contesto del collegamento contrattuale di cui si parlerà in seguito.

⁴⁶⁶ Alla luce degli spunti emersi, tuttavia, sarà da valutarsi - da parte dell'interprete - caso er caso (avuto riguardo alla concreta strutturazione di ciascun project financing e, quindi, in base alla combinazione dei singoli negozi adottati e alle clausole contrattuali prescelte) se, effettivamente, le parti perseguano un assetto di interessi meritevoli di tutela. Si esprime, in tal senso, C. PAGLIETTI,

4.4. Il contratto misto

Sul piano ricostruttivo il contratto misto è configurato come la sintesi dalla combinazione di una pluralità di frammenti di schemi tipici che si fondono e si combinano a vicenda nello stesso negozio⁴⁶⁷. Tali schemi non sono suscettibili di autonoma e di separata considerazione, in quanto perdono la loro individualità⁴⁶⁸.

La fusione o commistione dei singoli elementi causali sta a significare che ciascuno di questi elementi si compenetra con l'altro concorrendo a realizzare un interesse unitario sul piano pratico-economico.

Profili civilistici del project financing, cit., pag. 308, il quale precisa ulteriormente come si possa sostenere che il giudizio alla qualificazione giuridica ed alla liceità del project financing deve essere effettuato valutando appieno un equo bilanciamento degli interessi. Non si tratta, dunque, di procedere ad una qualificazione in astratto, ma di sottoporre a controllo l'assetto concreto degli interessi oltre che la loro meritevolezza, così come si esprimono nel complesso regolamento contrattuale.

⁴⁶⁷ La considerazione del contratto misto quale contratto unico è stata sostenuta da G. OPPO, *I contratti parasociali*, Milano, 1942, pag. 32 e ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti*, parte generale, Torino, 2000, pag. 98. Più scettico sulla distinzione tra unicità e pluralità negoziale si è dimostrato F. SANGERMANO, *La dicotomia contratti misti-contratti collegati: tra elasticità del tipo ed atipicità del contratto*, nota a App. Roma, 12 luglio 1995, in *Rivista di diritto commerciale*, 1996, II, pag. 557, il quale ritiene che la diversificazione in questione sia un indizio piuttosto che un criterio discrezionale, dovendo, invece, fare ricorso ad un'analisi del singolo caso, mentre A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, pag. 173 e ss. sostiene l'impossibilità della contrapposizione, asserendo che qualsiasi contenuto complesso, offrendo sia una pluralità di componenti sia l'unicità del nesso connettivo, si presterebbe ad essere annoverato in entrambe le categorie. Per una terza categoria discrezionale tra unicità e pluralità, finalizzata a disconoscere un criterio unico valevole universalmente, C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, pag. 148, il quale, dopo aver esaminato i vari criteri - della causa, del tipo, dell'interesse e della volontà - di approccio interpretativo sulla base dei quali distinguere unitarietà o pluralità negoziale, conclude ritenendo che la prospettiva del raffronto fattispecie astratta-fattispecie concreta non fornisce indicazioni precise riguardo il criterio discrezionale fra unicità e pluralità, occorrendo piuttosto rintracciare tale criterio non "a valle", vale a dire indagando tra le diverse funzioni perseguibili dai privati mediante lo strumento del contratto, bensì "a monte", partendo cioè dalla nozione di contratto e valutando se la fattispecie concreta contenga, alla luce del combinato disposto dagli artt. 1321 e 1325 c.c., un'unica o più fattispecie che abbiano in sé gli elementi definiti da tali norme quali componenti della stessa.

⁴⁶⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., pag. 819, si rifà all'indirizzo giurisprudenziale preminente consacrato a partire dalla sentenza Cass. Civ. 21 dicembre 1971, n. 3701, in *Foro italiano*, 1971, voce: *contratto in genere*, n. 61, la quale espressamente sancì che «nel contratto misto, il quale risulta dalla combinazione di distinti schemi negoziali fusi insieme dalla unicità della causa, dando luogo ad una convenzione unitaria per autonoma individualità, le varie prestazioni sono interamente e organicamente commiste e reciprocamente condizionate nella loro essenza per il raggiungimento di un medesimo intento negoziale in senso oggettivo, e non sono suscettibili, quindi, di un'autonoma considerazione che le rapporti distintamente alle singole cause di cui è stata operata la sintesi».

Figura parentale del contratto misto è il contratto complesso⁴⁶⁹, inteso quale contratto unico il cui contenuto è dato dalla combinazione di diversi schemi negoziali presi nella loro interezza, ma giustificati da una causa unica⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ Le due diverse terminologie di contratto misto e contratto complesso sono state spesso utilizzate in modo promiscuo (M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1937, pag. 47, riconduce il secondo alla categoria del primo, mentre considerano fragile la differenziazione sia E. DELL'AQUILA, *Osservazione sui contratti complessi e misti*, in *Rivista giuridica sarda*, 1990, pag. 606, e F. SANGERMANO, *La dicotomia contratti misti-contratti collegati: tra elasticità del tipo e atipicità del contratto*, cit., pag. 559). Sulla distinzione, alquanto evanescente, tra contratto misto e contratto complesso: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., pag. 820, sintetizza i contorni delle due diverse fattispecie rilevando che il contratto misto è la risultante della fusione di frammenti di schemi tipici diversi, mentre il contratto complesso è il prodotto della fusione di più tipi contrattuali presi nella loro interezza; nonché C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit. pag. 479, il quale, sostanzialmente, considera il contratto misto una sottocategoria del contratto del contratto complesso, specificando che il «*contratto complesso viene indicato come contratto misto se la sua causa risulta dalla fusione di elementi tipici*». Il rapporto di commistione, cioè, che dà luogo ad una causa “composita”, nella specie “mista”, si pone in termini di fusione delle singole cause, laddove quello che caratterizza il contratto complesso può atteggiarsi (anche) in termini di concorrenza delle singole cause, che si “sommano” in quella unica “composita”, senza perdere ciascuna la propria portata. In tal senso sembra orientarsi la giurisprudenza di merito («*Nel contratto complesso, soggetto alla disciplina giuridica corrispondente all'elemento causale che caratterizza l'intero rapporto, e nel contratto misto, soggetto alla regola della prevalenza, ...*») (App. Roma, 12 luglio 1995). Nell'ambito giurisprudenziale è dominante l'opinione di considerare il contratto misto e complesso quali sinonimi; tra le altre pronunce: Cass. civ. 17 giugno 1961, n. 1423, in *Giur. italiana*, 1962, I, 1, c. 168; Cass. civ., 30 giugno 1969, n. 2380, in *Giustizia civile*, 1970, I, pag. 1279; Cass. Civ. 18 febbraio 1977, n. 751, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, c. 599; Cass. Civ. 17 marzo 1978, n. 1346, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, c. 2171. Ad oggi, la giurisprudenza sembrerebbe ricostruire le due figure nei seguenti termini: «*Nel contratto complesso, soggetto alla disciplina giuridica corrispondente all'elemento causale che caratterizza l'intero rapporto, e nel contratto misto, soggetto alla regola della prevalenza, non essendo sufficiente che i diversi rapporti della combinazione negoziale siano finalizzati al perseguimento di uno scopo pratico unitario, posto che altrimenti si verrebbe nella più semplice categoria del collegamento contrattuale, è necessario che le diverse figure contrattuali perdano l'individualità propria di ciascun tipo negoziale fino a fondersi in un unico negozio con causa unica e siano, quindi, per volontà delle parti, così intimamente connesse da costituire un atto inscindibile, tale da condizionare la nascita del rapporto stesso, nel senso che quest'ultimo, senza l'una o l'altra delle suddette diverse figure negoziali, non verrebbe ad esistere*» (così App. Roma, 12 luglio 1995, n. 123, nonché nello stesso senso, Trib. Torino, 3 febbraio 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, pag. 581, con nota di Martina; Cass. Civ. 15 febbraio 1980, n. 1126, in *Mass. Giust. Civ.*, 1980, fasc. 2; Cass. Civ. 2 luglio 1981, n. 4291, in *Foro it.*, 1982, I, pag. 46, la quale, nel tracciare le differenze con il collegamento negoziale, sottolinea che «*nel caso di più dichiarazioni contestuali aventi, se se considerate l'una indipendentemente dalle altre, individualità ed efficacia proprie, occorre distinguere l'ipotesi in cui ciascuna dichiarazione viene in considerazione come un distinto negozio giuridico, per cui alla pluralità di dichiarazioni corrisponde una molteplicità di negozi, da quella in cui le varie dichiarazioni risultino combinate fra loro sì da dar vita ad un negozio unitario. Mentre in quest'ultima ipotesi si ha un solo negozio, complesso o misto caratterizzato dall'unificazione dell'elemento causale, nella prima ipotesi si ha invece un insieme di negozi che possono essere collegati funzionalmente o anche solo occasionalmente. In particolare, ove si tratti di una pluralità di negozi collegati, il collegamento deve ritenersi meramente occasionale quando le singole dichiarazioni, strutturalmente e funzionalmente autonome, sono solo casualmente riunite, mantenendo l'individualità propria di ciascun tipo negoziale in cui esse si inquadrano, sì che la loro unione non influenza, di regola, la disciplina dei singoli negozi in cui si sostanziano; il collegamento è, invece, funzionale quando i diversi e distinti negozi, cui le parti diano vita nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale, vengano tuttavia concepiti e voluti come avvinti teleologicamen-*

Al primo ordine di ipotesi (contratto misto) sembra ricondurre anche il project financing chi, espressamente osserva come «*nel p.f., di per sé, non siano individuabili peculiari fattispecie contrattuali atipiche oltre a quelle già ben note alla prassi degli affari e che qui, variamente combinate con altre fattispecie tipiche, vengono a costituire il complesso tessuto contrattuale dell'operazione. Anche gli elementi contrattuali peculiari del p.f., [...], non consistono tanto in autonome fattispecie contrattuali, quanto, piuttosto in singole clausole contrattuali che applicate a contratti tipici, [...], vengono ad alterarne, anche radicalmente, la causa tipica*»⁴⁷¹. Deve, tuttavia, precisarsi, fin da ora, come non sia questo l'inquadramento che meglio sembra attagliarsi al P.F., convenendo in armonia con la dottrina maggioritaria, di ricondurlo nell'alveo della categoria del collegamento negoziale. Il contratto misto, infatti, è pur sempre inteso come un contratto unico, essendo unica la causa (anche in corrispondenza di tipi incompatibili).

Va *in primis* osservato, infatti, come la pluralità dei soggetti che possono essere coinvolti nella singola operazione di project financing limita fortemente la possibilità di riconduzione ad un unico contratto⁴⁷². Diversamente, di dovrebbe pervenire all'ammissione di un contratto plurilaterale del quale, però, difetterebbe il requisito dell'unidirezionalità delle prestazioni delle parti verso un solo interesse comune e condiviso da tutti i diversi attori che prendono parte all'iniziativa⁴⁷³.

te da un nesso di reciproca interdipendenza, sicchè le vicende dell'uno debbano ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia». In realtà, a ben vedere, si dovrebbe pretendere per quella opinione che ritiene assai sterile e priva di conseguenze pratiche di rilievo la distinzione tra contratto misto e contratto complesso dal momento che alla fattispecie, a prescindere dalla qualificazione in un senso o nell'altro, andrebbe applicato, in ogni caso, il criterio della prevalenza (R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, pag. 788); opinione accolta dalla recente giurisprudenza la quale ha ritenuto che il contratto misto sia disciplinato dalla normativa dello schema prevalente al suo interno, senza tuttavia rinunciare, in corrispondenza agli altri schemi non prevalenti, all'applicazione delle relative discipline ove compatibili (Cass. Civ., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Mass. Giur. it.*, 2008, che ribadisce Cass. Civ., sez. III, 8 febbraio 2006, n. 2642, in *Mass. Giur. it.*, 2006, e Cass. Civ., sez. III, 22 giugno 2005, n. 13399, in *I Contratti*, 2006, 4, pag. 329 con nota di Traversa).

⁴⁷⁰ Sulla questione dell'unità o pluralità dei negozi, si consulti A. IZZO, *Il collegamento contrattuale. Note in materia civile, arbitrale internazionale e di conflitti di legge*, cit., pag. 71 e ss., in cui si rinvia un ampio panorama di come essa sia stata affrontata sia in dottrina che in giurisprudenza.

⁴⁷¹ P. CARRIÈRE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, cit., pag. 40, nota 42.

⁴⁷² In riferimento alla presenza di una pluralità di soggetti, il project financing presenta una migliore compatibilità con il collegamento negoziale, espressione contrattuale, quest'ultima, duttile anche nell'intervento di più parti.

⁴⁷³ Sarebbe questa l'opinione di P. CARRIÈRE, *op. cit.*, pag. 87 e ss., il quale ricostruisce la fattispecie come contratto autonomo di natura complessa generato da un collegamento negoziale ed evoluto ad una "peculiare natura mista contrattuale-associativa" in cui la seconda componente sarebbe

E ciò assume valore se si considerasse i vari contratti che possono costituire la struttura dell'operazione enucleano - ognuno - interessi propri, benché preordinati ad uno scopo pratico unitario se collocati nella mappatura complessiva del caso concreto. Volendo fare un esempio, pensiamo ai *take or pay contracts*: come già riferito, tali contratti rappresentano, da una parte l'interesse dei lenders al conseguimento dei *cash flows* destinati al servizio del debito, ma dal lato dell'*offtaker* quello industriale all'approvvigionamento del prodotto (che ne è oggetto) e che risulterebbe estraneo ad un (ipotetico) interesse comune di tutti i soggetti dell'operazione al finanziamento dell'opera o dell'impianto in previsione dei *cash flows*.

Quest'ultimo (interesse comune), mentre può raccordarsi allo scopo pratico unitario dell'iniziativa, e quindi esprimersi in termini di collegamento negoziale, non può comunque sintetizzare in sé tutti gli interessi dei vari soggetti che in essa assumono un ruolo⁴⁷⁴. Se, infatti, si intende ricostruire l'operazione di *project financing* in termini di contratto misto, del pari si dovrà riuscire a fare confluire tut-

quella prevalente in considerazione di un "predefinito condiviso scenario di interessi". Tuttavia va rilevato come tale ricostruzione possa risultare incoerente in relazione alla disciplina da applicare, entrando, conseguentemente, in contraddizione. Sotto questo secondo profilo l'Autore, si rifa, infatti, alla figura del collegamento negoziale nell'interpretazione unitaria dei singoli contratti tra di loro coesi ritenendoli "formalmente indipendenti" e collegati funzionalmente e teleologicamente. In tal modo l'incoerenza, a seguito del riconoscimento della natura di contratto misto, andrebbe ravvisata nella mancata applicazione dei regimi disciplinari di combinazione e/o prevalenza che sono propri a tale figura. Propenderebbe per la natura associativa del fenomeno anche M. ROBLES, *Project financing "pubblico" e formazione del consenso negoziale*, cit., pag. 830 e ss., che lo ricostruisce in termini di contratto aperto (art. 1322 c.c.) formatosi in una procedimentalizzazione dei rapporti che legano i vari attori dell'operazione, in base ai singoli contratti, alla SPV; il tutto fondato su una visione condivisa (e quindi associativa) dell'operazione quale risulta da un negozio di configurazione stipulato tra i promotori e l'ente pubblico avente ad oggetto la predeterminazione dei futuri rapporti nella condivisione (collettiva) del piano economico finalizzato al costante mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario risultante dalla asseverazione bancaria, prevista dall'art. 37-bis, l. 11 febbraio 1994, n. 109 (ora art. 153, 9 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), quale elemento di «*identificazione tipologia dell'operazione complessa alla stregua della sua prestazione caratteristica coincidente con la gestione in funzione remunerativa della pubblica infrastruttura per la cui realizzazione il medesimo promotore intende concorrere*» (M. ROBLES, *Partecipazione bancaria e project financing "pubblico"*, cit., pag. 1052). Al contrario, viene da chiedersi se, in presenza di progetti che esulino dal ricorso alla gara di cui a detta legge (come, ad esempio, quelli energetici), mancando quindi l'occasione per l'asseverazione bancaria (asserito elemento di identificazione tipologica), quale sia la sorte qualificatoria del project financing. Ricadendo, in tali casi, nella categoria del collegamento negoziale, viene ulteriormente da interrogarsi se sia coerente qualificare il project financing in modo diverso a seconda dell'applicazione o meno degli artt. 37-bis e ss., l. 11 febbraio 1994, n. 109 (ora artt. 153-160 del d.lgs. 163/06).

⁴⁷⁴ «Il criterio distintivo tra contratto unico e contratto collegato, pertanto, non è dato da elementi formali, quali l'unità o la pluralità dei documenti contrattuali (un contratto può essere unico anche se ricavabile da più testi; un unico testo può riunire più contratti) o la mera contestualità delle stipulazioni, ma da quello sostanziale dell'unicità o pluralità degli interessi perseguiti» (Cass. civ. sez. II, 28 giugno 2001, n. 8844, in *Giust. Civ.*, 2002, I, pag. 113).

ti gli interessi e le relative cause dei tipi negoziali coinvolti nell'unicità della causa risultante dalla loro fusione. Obiettivo che da questa parte si valuta, a propri, arduo con riguardo a quella fattispecie che manifestino al loro interno interessi facenti capo a soggetti coinvolti in un singolo contratto dell'operazione e che non si allineano, fondendosi, nella causa complessiva di un contratto unico.

Tali potrebbero essere, per esempio, il fornitore di una determinata materia prima ovvero una società di intermediazione lavorativa che fornisca personale, entrambe portatori di interessi legati al singolo contratto che li vincola alla SPV (in posizione contrapposta). In tali casi ci si trova, infatti, in presenza di contratti che contribuiscono, in modo più o meno rilevante, al perseguimento dello scopo pratico unitario dell'operazione di project financing, ma, in ogni caso, strutturalmente autonomi: ciò non può che comportarne un'ascrivibilità al contesto del collegamento contrattuale⁴⁷⁵.

Se questa è la linea di principio, non vanno, tuttavia, sottovalutate le qualità soggettive degli attori che possono prendere parte all'operazione. In un'ottica di causa concreta ciò potrebbe colorare la fattispecie in modo tale da renderne più difficile la distinguibilità. Ci si riferisce, in particolare, alle ipotesi in cui le controparti commerciali della SPV siano gli stessi sponsor, come nel caso in cui l'operazione di project financing sia realizzata, ad esempio, tra il costruttore dell'impianto di trasformazione (termovalorizzatori, produzione di bioetanolo, ecc.) di materiali particolari (residui di raffinazione del petrolio, gas naturale, rifiuti, barbabietole, ecc.) in energia dal fornitore dall'input stesso e dal distributore dell'output. In tali casi, infatti, si potrebbe anche ravvisare una preordinazione dei diversi interessi di tali attori verso uno scopo comune ed unico (nel senso di contratto plurilaterale misto). In realtà, anche nella dimensione di coincidenza soggettiva, i vari contratti possono essere ricondotti nell'ambito del collegamento, poi-

⁴⁷⁵ Partendo da un presupposto di indagine sulla presenza o meno di una causa unica caratterizzante l'unitarietà della fattispecie, nella quale si rinverrebbe la concorrenza di contratti associativi e di scambio, A. MIGLIORINI, *Project financing*, cit., pag. 11 e ss., perviene alla qualificazione in termini di collegamento negoziale rilevando "un legame giuridico forte tra contratti tra loro autonomi" con proprie cause. Si legga anche quanto riferito da L. CAMARDA, *Il project financing nella legge quadro ed in prospettiva della legge obiettivo*, Relazione al Convegno "Il project financing e il suo rapporto con la programmazione dei lavori pubblici anche alla luce dei principi della legge obiettivo per la realizzazione di opere strategiche", in *Nuova rass. leg. dott. Giur.*, 2002, pag. 2113; sempre dello stesso autore, si legga anche *Project financing*, Trento, 2002, pag. 36, nota 12.

ché, come si vedrà⁴⁷⁶, solo la ricorrenza di un legame oggettivo tra i diversi contratti permette la ricostruzione della fattispecie in termini di collegamento, il quale dovrà essere supportato, per renderlo operativo a livello disciplinare, dal criterio della volontà. Disciplina che sinteticamente può essere sintetizzata con il brocardo *simul stabunt, simul cadent*. L'individuazione di una natura mista a connotato prevalentemente associativo suggerirebbe, invece, l'applicazione di una disciplina unitaria, secondo i modelli della prevalenza o della combinazione, risultando in entrambi i casi, una soluzione non consona al governo dell'operazione di *project financing*.

4.5. Il collegamento negoziale

L'alternativa al contratto misto è, appunto, quella dei contratti funzionalmente collegati⁴⁷⁷. L'orientamento prevalente - sia in dottrina che in giurisprudenza - concorda nell'affermare che la distinzione tra contratti collegati, da un lato, e contratto misto o complesso dall'altro, da considerarsi questi ultimi, entrambi, ipotesi di contratto unico, deve procedere con riferimento alla causa. In un caso e nell'altro vi è una pluralità di prestazioni, ma nel contratto misto o complesso tali

⁴⁷⁶ Vedi paragrafo 5.

⁴⁷⁷ G. L. RABITTI, *Project financing e collegamento contrattuale*, cit., pag. 228, nel paragone qualificatorio del p.f. con gli ordinamenti giuridici di *common law*, che nell'ordinamento italiano l'operazione sia frazionata in una serie di atti distinti, intesi quali contratti diversi, coagulati dall'unitaria essenza economica al quale sono preordinati. Si dimostrano favorevoli all'inquadramento del project financing in termini di collegamento negoziale: C. L. APPIO - V. DONATIVI, *Project financing*, cit., pag. 213 e ss.; U. DRAETTA, *Il project financing nella prassi del commercio internazionale*, in *Il project financing*, a cura di C. VACCÀ, cit., pag. 275 e ss.; L. CAMARDA, *Il project financing nella legge quadro...*, cit., pag. 36; G. IUDICA, *Finanza di progetto: la prospettiva di diritto civile*, cit., pag. 7; A. BIANCONI, *Il finanziamento privato delle grandi opere*, in *I contratti*, 1995, pag. 339; C. PEZZI, *I profili civilistici del project financing*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2002, pag. 51 e ss.; C. PAGLIETTI, *Profili civilistici del project financing*, cit., pag. 312 e ss.; A. TULLIO, *La finanza di progetto*, cit., pag. 316 e ss.; R. MAINO, *Il project financing nella realizzazione di opere e di interventi pubblici*, in *Econ. Pubbl.*, n. 9/10, 1993, pag. 431; S. M. SAMBRI, *Project financing. La finanza di progetto per la realizzazione delle opere pubbliche*, in *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da E. PICCOZZA e E. GABRIELLI, Padova, 2006, pag. 10, il quale ritiene si tratti di «un complesso di contratti aventi cause e oggetti diversi ma facenti parte, tutti, di un unitario schema progettuale e legati gli uni agli altri» (benché, subito dopo, nel riportare le differenze tra la categoria del collegamento negoziale con quella del contratto misto e complesso, sembra abbracciare - manon in modo esplicito - queste figure).

prestazioni sono riconducibili ad un unico rapporto, caratterizzato da un'unica causa⁴⁷⁸.

Nel collegamento negoziale, invece, le singole prestazioni sono autonomamente inquadrabili in distinti schemi causali, ciascuno dei quali mantiene la propria autonoma individualità, ma contemporaneamente si coordinano reciprocamente in vista del perseguimento di un unico risultato⁴⁷⁹. Il collegamento negoziale presuppone, in sostanza, la pluralità di contratti, dovendosi altrimenti parlare, appunto, di contratto misto o complesso. È, infatti, punto fermo, assodato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che più contratti si dicono collegati quando tra essi sussiste un nesso di interdipendenza⁴⁸⁰.

In definitiva, il collegamento negoziale e il criterio distintivo tra contratto "unico" e contratto collegato sono fissati in chiari termini dalla stessa Suprema Corte nella seguente massima: *«il collegamento negoziale non dà luogo ad un nuovo ed autonomo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro autonoma causa, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi. Pertanto, il criterio distintivo tra contratto unico e contratto collegato, non è dato da elementi formali, quali l'unità o la pluralità dei documenti contrattuali, o dalla con testualità delle stipulazioni, bensì dall'elemento sostanziale dell'unità o pluralità degli interessi perseguiti»*⁴⁸¹. Al riguardo occorre osservare come il collegamento funzionale comporta l'unitarietà dello scopo pratico che, in definitiva, si tende ad attuare, ma ciò non

⁴⁷⁸ In dottrina per tutti, C. M. BIANCA, *op.cit.*, pag. 483; F. GALGANO, *op. cit.*, pag. 188 e ss. Anche in giurisprudenza il riferimento alla causa è ormai costante indefettibile: cfr. l'emblematica Cass. Civ. 18 febbraio 1977, n. 751, la quale sancisce espressamente che *«la distinzione tra negozio complesso - caratterizzato dalla fusione nel contenuto di un unico negozio di più elementi ciascuno dei quali, isolatamente considerato, formerebbe il contenuto di un distinto negozio nominato o innominato - negozi collegati e negozi indipendenti, deve essere ricercata nell'elemento causale, ..., nel senso che nel negozio complesso ricorre un'unica causa, nel caso di negozi collegati ricorre una pluralità di cause distinte, ma fra loro funzionalmente connesse»*. Più di recente, nello stesso senso, rimandiamo a: Cass. Civ. 27 aprile 1995, n. 4645, in *Giust. Civ.*, 1996, I, pag. 1093 con nota di Chinè; Cass. Civ., sez. III, 18 luglio 2003, n. 11240, in *Giur. it.*, 2004, pag. 738 con nota di Redi.

⁴⁷⁹ Cfr. G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, pag. 3.

⁴⁸⁰ Cfr. C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, pag. 123; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, pag. 46.

⁴⁸¹ Cass. Civ. sez. III, 18 luglio 2003, n. 11240.

esclude che tale interesse sia realizzato attraverso contratti diversi, caratterizzati da un interesse immediato, autonomamente identificabile, “strumentale” o “parziale” rispetto all’interesse unitario perseguito attraverso l’insieme dei contratti.

Torna quindi di grande attualità la domanda che ci si era posti inizialmente (in relazione all’unità o pluralità delle cause del P.F.), alla quale risulta ormai evidente che si possa rispondere in termini di pluralità di cause rinvenibili nel fenomeno del *project financing*, cause che si atteggiano secondo il modello del collegamento negoziale - quanto meno tendenzialmente - ossia in base *all’id quod plerumque accidit*. Più precisamente, nel *project financing*, si ravvisa il fenomeno della “causa doppia”⁴⁸²: «*l’una, quella relativa a ciascun singolo negozio, l’altra, quella che presiede all’intera operazione economica e con funzione unificante dei tasselli della fattispecie nello scopo che i contraenti, in concreto realizzano*»⁴⁸³.

L’unitarietà dell’interesse globale che assiste l’intera operazione economica, non dissolve, però, l’interesse immediato relativo a ciascun negozio, che permane singolarmente identificabile ed autonomo. Che tale principio trovi precisa corrispondenza nella morfologia del *project financing* è dimostrato dal fatto che i vari contratti (di fornitura, di appalto, di finanziamento, di garanzia, di gestione, ecc.) che ne formano la struttura, per un verso, globalmente considerati nella fitta rete cui danno luogo, sono tutti volti alla realizzazione del progetto contribuendo, inoltre, ad allocare e ripartire i rischi del progetto ponendoli a carico della parte che possa prevenirli e neutralizzarli con il minor costo e la maggior efficacia possibile; per altro verso, isolatamente considerati, rappresentano l’interesse immediato delle parti singolarmente coinvolte nell’intera operazione.

Anche sotto l’aspetto soggettivo, il fenomeno del *project financing* ben si adegua ad esser ricondotto alla categoria del collegamento negoziale anziché a quello unitario. Si è già toccato l’aspetto soggettivo nell’ambito della ricostruzione della fattispecie in termini di contratto misto o complesso, evidenziando come la pluralità di soggetti potenzialmente coinvolti nell’operazione sia di ostacolo alla riconduzione del *project financing* in termini di unitarietà, mentre, al contrario, è

⁴⁸² Cfr. A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998, pag. 13.

⁴⁸³ *Idem*.

dato ormai incontrovertibile che il collegamento contrattuale non esige l'identità dei soggetti-parti dei diversi contratti.⁴⁸⁴

Infatti, quando più di due parti intervengono in un'operazione complessa quale è quella di project financing, strutturata con una varietà di contratti, in cui non per forza vi sia una coincidenza dei soggetti, il ricorso al collegamento negoziale, nella sua funzione di raccordo, costituisce uno strumento principe in grado di imprimere alla pluralità di contratti una destinazione unica ed unitaria.

Se la sussistenza di un'operazione complessa, funzionalmente unitaria, rappresenta la condicio sine qua non per qualificare la fattispecie in termini di collegamento, non si può prescindere da un'indagine sulla volontà delle parti: in altri termini, la volontà partecipativa deve ricorrere in tutti coloro che stipulano i singoli contratti dell'operazione. «*La mancata consapevolezza di prendere parte, attraverso il contratto stipulato, ad una più ampia operazione finalizzata ad uno scopo pratico unitario, determinerebbe, così, la parziale in operatività del collegamento negoziale*»⁴⁸⁵.

I soggetti, proprio per questo motivo, devono essere coscienti che il loro singolo frammento negoziale, inserito nell'intero contesto del collegamento con gli altri contratti facenti capo alla complessa operazione economica, contribuisce a determinare uno scopo unitario, superiore rispetto a quello espresso dal singolo contratto di cui fa parte. E questa consapevolezza di realizzare un tassello del più ampio mosaico negoziale, comune a tutte le parti, assume gradi di formalizzazione e di intensità differente nei vari rapporti negoziali, modulati a seconda dei diversi interessi (e dei diversi rapporti di forza) dei soggetti coinvolti in quel singolo rapporto contrattuale⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ In dottrina, per tutti: C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., pag. 483 e ss.; A. TULLIO, *La finanza di progetto: aspetti civilistici*, cit., pag. 242 e ss. In giurisprudenza, *ex multis*: Cass. 12 dicembre 1995, n. 12733, in *Giust. Civ.*, 1996, I, pag. 2649, la quale espressamente precisa che «*l'unitarietà dei negozi collegati non viene meno anche in assenza di una coincidenza soggettiva di tutte le parti*»; Cass. Civ., sez. II, 16 settembre 2004, n. 18655, in *Giust. civ.*, 2005, 5, I, pag. 1251: «*la fattispecie del collegamento negoziale è configurabile anche quando i singoli atti siano stipulati tra soggetti diversi, purchè essi risultino concepiti e voluti come funzionalmente connessi e tra loro indipendenti, onde consentire il raggiungimento dello scopo divisato tra le parti*».

⁴⁸⁵ F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, cit., pag. 349.

⁴⁸⁶ Sia G. IUDICA, *Finanza di progetto: la prospettiva di diritto civile*, cit., pag. 7, che T. V. RUSSO, *Il project financing*, cit., pag. 273, ritengono il collegamento negoziale lo strumento migliore per sdoganare quelle clausole, frequenti nel project financing, per le quali si presenta un problema di ammissibilità da parte del nostro ordinamento giuridico. Passando, infatti, dalla prospettiva analitica del solo contratto a quella più generale del collegamento negoziale tra più contratti, sempre auto-

L'interdipendenza è normalmente reciproca, nel senso che la sorte di ciascun contratto è legata alla sorte dell'altro, ma può essere anche unilaterale, nel senso che la sorte di un rapporto si ripercuote sull'altro e non viceversa.

A tal proposito, parte della dottrina ha voluto considerare il P.F. quale ipotesi di collegamento unilaterale⁴⁸⁷, vista la centralità del contratto di finanziamento, dal quale, appunto, dipenderebbero tutti gli altri contratti che gravitano attorno ad esso in funzione satellitare. Ciò per quanto pienamente condivisibile, fornisce una chiave di lettura solo parziale del complesso fenomeno del project financing, ossia ne coglie solo un aspetto.

In realtà, appare meglio aderire alla struttura del *project financing*, la configurazione del collegamento reciproco⁴⁸⁸. A tale assunto si può giungere anche applicando la tradizionale tecnica esegetica corrispondente al “*procedimento di eliminazione mentale*”⁴⁸⁹: l'intera struttura del *project financing* verrebbe meno non solo se si eliminasse il contratto di finanziamento, ma anche se si eliminasse qualche altro negozio incardinato nella struttura (per esempio, il contratto di gestione, ma anche quello di fornitura, ecc.). Quindi, occorre tener conto dell'essenzialità e del ruolo di primo piano che svolgono anche gli altri segmenti negoziali ai fini della sopravvivenza dell'intera operazione.

Al di là delle specifiche problematiche, è opportuno osservare come esista una frastagliata situazione dottrinarie. «*In particolare, si evidenziano dubbi e incertezze sulla possibilità di rinvenire una (autentica) fattispecie di collegamento allorché discenda da una norma di legge (collegamento c.d. legale o necessa-*

nomi da un punto di vista causale, si avrebbe quel “salto” dalla logica della causa del singolo negozio (da considerarsi pur sempre autonoma) a quella dell'intera operazione economica che fornirebbe una chiave di lettura unitaria. In tal senso una visione dell'insieme sarebbe un lasciar passare di legittimità e meritevolezza di quelle clausole che, calate nella funzione dell'intera operazione economica, perderebbero quel giudizio di disvalore loro proprio nella valutazione dello scopo del singolo contratto.

⁴⁸⁷ Cfr. L. RABITTI, *Project financing e collegamento contrattuale*, cit., pag. 241.

⁴⁸⁸ Cfr. L. COSTANTINO, *Profili privatistici del project financing e gruppi di contratti*, cit., pag. 427, nota 98, che coglie il concetto di reciproca interdipendenza, riscontrandola, tuttavia, in modo rigido tra il contratto di concessione e quelli ad esso strumentali. A. TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, cit., pag. 239, invece, sottolinea un collegamento reciproco bilaterale tra il contratto di finanziamento e quello di concessione per la costruzione e gestione, intorno al quale ruoterebbero tutti gli altri (appalto, fornitura, assicurazione, ecc.), legati unilateralmente all'uno, all'altro o ad entrambi, secondo i casi. In realtà, quest'ultima concezione di collegamento, non prende in debita considerazione altri contratti collegati (come i *take or pay contracts*), che a loro volta, influenzano l'esistenza e la permanenza del contratto di concessione.

⁴⁸⁹ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, pag. 440.

rio)⁴⁹⁰ ovvero da un'apposita clausola dei contratti cui è affidata la regolamentazione della "interazione" di un contratto sull'altro»⁴⁹¹. La maggior parte della dottrina che si è occupata del tema del collegamento negoziale ha svalutato la rilevanza, in tale indagine, del collegamento necessario, essendo il problema degli effetti di tale nesso direttamente risolto dalla legge o da quella convenzionale che lo pone⁴⁹².

Anche per queste ragioni non è mancato chi abbia negato la rilevanza del collegamento negoziale il riferimento alla fisiologia del P.F., laddove, da una parte esso è stato analizzato separatamente dalla funzione di scambio, e dall'altra è stato sottolineato come i meccanismi condizionali disciplinati in maniera espressa dalle parti leghino direttamente ed unilateralmente il singolo rapporto contrattuale satellite alle sorti del contratto di finanziamento (superando in tal modo il problema della relatività degli effetti)⁴⁹³. Ma tale approccio non può essere del tutto condiviso; infatti, prendere atto che si tratti o meno di un'ipotesi di collegamento negoziale, risulta utile e necessario proprio per valutare se inserire o meno determinate clausole, al fine di predire gli effetti giuridici prodotti dalla fattispecie.

«Procedere verso il raggiungimento di punti fermi, ai quali ancorare, tra l'altro, soluzioni disciplinari fornite dall'ordinamento, significa procedere verso quell'auspicata marginalizzazione delle incertezze che, all'opposto, potrebbero insidiare con maggiore probabilità l'operazione di project financing qualora si trascurasse di ricondurre le fattispecie concrete alle tipologie offerte dall'ordinamento medesimo».⁴⁹⁴

⁴⁹⁰ È il caso, ad esempio, dell'art. 159 del Codice degli appalti che disciplina l'ipotesi di subentro del finanziatore nel rapporto di concessione.

⁴⁹¹ F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, cit., pag. 353.

⁴⁹² Cfr. G. FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, cit., pag. 234; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., pag. 433; allo stesso modo, nega che di collegamento in senso tecnico sia utile discorrere, nel momento in cui ci si trovi in presenza di negozi condizionati, F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Rivista di diritto civile*, 1959, I, pag. 428 e ss., dal momento che in tali casi sarà solo questione di interpretazione della clausolache dà vita al collegamento.

⁴⁹³ È questa la conclusione cui giunge A. TULLIO, *op. cit.*, pp. 250-257, che esemplifica il collegamento negoziale tra il contratto di concessione per la costruzione e gestione dell'opera e gli altri contratti del progetto, come nesso posto direttamente dalla legge (artt. 158 e 159 del D.Lsg. 12 aprile 2006, n. 163). In verità, tale conclusione sembra essere impropria se si considera come l'esistenza del collegamento contrattuale prodotto non trova un totale riconoscimento nelle succitate norme, ma costituisce l'output di una prassi negoziale che discende direttamente dai sistemi di *common law* e prescinde dal Codice degli appalti.

⁴⁹⁴ F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, cit., pag. 354.

4.6. (Segue)

La soluzione riguardo al problema della natura giuridica del *project financing* è di basilare importanza, non tanto a livello speculativo, quanto a livello pratico in quanto l'operatore del diritto si troverà a dover risolvere eventuali situazioni controverse.

È infatti innegabile che l'attività dei consulenti legali sia di primaria rilevanza, poiché sposato un determinato inquadramento, esso sarà indirizzato verso una corrispondente redazione. Pertanto, nel caso in cui si accogliesse la ricostruzione del collegamento negoziale, l'operazione sarà impostata su contratti strutturalmente autonomi, avendo cura di far emergere la volontà, oppure tramite determinate clausole, in maniera tale da rendere evidente il nesso relazionale tra i negozi⁴⁹⁵.

Inquadrare la natura giuridica del P.F. permette di disporre sia la disciplina giuridica applicabile per risolvere eventuali conflitti, sia di individuare gli effetti giuridici derivanti dalla configurazione di un *project financing* nei confronti dei molti e diversi soggetti coinvolti. Ciò risulta estremamente rilevante «*in quanto consente di monitorare e supervisionare le conseguenze giuridiche dell'operazione di project financing, così come globalmente strutturata*»⁴⁹⁶.

Dalle tesi qui esposte risulta opportuno concludere che, in generale, non si debba ingabbiare il fenomeno del *project financing* aprioristicamente all'interno di un singolo schema predefinito. Infatti, per quanto vi si possa riconoscere un'ipotesi di collegamento negoziale, in pratica la natura di ciascuna operazione di *project financing* è data dalla volontà delle parti: in base all'assetto contrattuale messo a punto si può refluire, principalmente, nella categoria dei contratti collegati. Se il fenomeno del P.F. valutato in chiave civilistica può essere inserito nella categoria del collegamento contrattuale, parimenti non si possono tracciare, sempre a priori, dei legami fissi validi indistintamente per tutte le operazioni che possono essere caratterizzate diversamente in base agli interessi delle parti. Ad esempio, nel caso di un *project financing* che rientri nell'ambito concessorio della Legge Merloni (oggi Codice degli appalti), sarà importante, anzi essenziale, il contratto di concessione per la costruzione di opera pubblica, mentre in altre ipotesi,

⁴⁹⁵ Cfr. T. V. RUSSO, *Project financing*, cit., pag. 286.

⁴⁹⁶ F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, cit., pag. 377.

l'individuazione dei contratti essenziali nell'ambito del collegamento sarà orientata diversamente.

Volendo, tuttavia, tentare di dar vita ad una sorta di “regola”, che nella quasi totalità dei casi, vi sia un legame di essenzialità reciproca tra il contratto di costruzione e quello di finanziamento, ai quali aggiungere, nel singolo caso concreto, gli altri contratti qualificabili come essenziali⁴⁹⁷.

⁴⁹⁷ C.E. Gallo, *La finanza di progetto*, in R. Villa, *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001, pag. 927, (forse) individua un nucleo contrattuale imprescindibile, riconducibile al “fascio di rapporti tra finanziatore e realizzatore dell'intervento”, quali “soggetti coinvolti direttamente nell'operazione”.

CAPITOLO QUINTO

IL P.F. E LA GIURISPRUDENZA

Sommario: 5.1. Spunti dottrinari - 5.2. Il P.F. nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea - 5.3. L'autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - 5.4. L'intervento della Corte Costituzionale - 5.5. Il P.F. nella giurisprudenza Amm.va: le pronunce più rilevanti del Consiglio di Stato e dei Tar.

5.1. Spunti dottrinari

L'istituto del *project financing* ha suscitato e continua a suscitare, ora più che mai, particolare interesse e curiosità soprattutto per quanto attiene al suo progressivo sviluppo anche nel nostro Paese.

Si è già rilevato come un rilevante momento di svolta sia stato rappresentato dalla legge n. 415/1998, che ha introdotto un nuovo meccanismo finanziario coinvolgente l'impiego di risorse private, accanto a quello tradizionale costituito dalla concessione di costruzione e gestione.

Da tecnica di finanziamento fondata sul rimborso del flusso di cassa (*cash flow*) derivante dal progetto, il *project financing* diventa uno strumento che accentua il coinvolgimento del privato nelle diverse fasi di realizzazione dei lavori pubblici, il dialogo competitivo, la tutela della concorrenza.

In dottrina⁴⁹⁸ ha costituito oggetto di interessante analisi il rapporto tra l'istituto del dialogo competitivo e la finanza di progetto.

Occorre premettere che per "dialogo competitivo" o "colloquio multilaterale" si intende una delle procedure, in ordine ai metodi di scelta del contraente, alle quali le Pubbliche Amministrazioni possono ricorrere; procedura introdotta dalla Direttiva 2004/18 CE, poi confluita nel Codice dei contratti pubblici (art. 58).

L'art. 29 della succitata Direttiva ha sottolineato tale procedura con una struttura bifasica «*nella quale ad una fase dialettica tecnica e assai ricca e aperta, caratterizzata dalla raccolta ad ampio raggio di idee e suggerimenti circa i bisogni*

⁴⁹⁸ Cfr. E. GASPARI, *Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e la sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto*, in www.giustamm.it.

dell'appaltante e le misure pe soddisfarli [...] segue una seconda - maggiormente accostabile alle tradizionali procedure - culminante nell'aggiudicazione dell'appalto»⁴⁹⁹.

I caratteri del dialogo competitivo sono evincibili facilmente dal “Considerando” n. 31 della Direttiva in commento, laddove si legge che «*Le Amministrazioni aggiudicatrici che realizzano progetti particolarmente complessi possono trovarsi nell'impossibilità oggettiva, non per carenze loro imputabili, di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridico/finanziarie. Tale situazione può in particolare verificarsi per l'esecuzione di importanti progetti di infrastrutture di trasporti integrati, di grandi reti informatiche, di progetti che comportano un finanziamento complesso e strutturato, di cui non è possibile stabilire in anticipo l'impostazione finanziaria e giuridica. Nella misura in cui il ricorso a procedure aperte o ristrette non consenta di aggiudicare datti appalti, occorre prevedere una procedura flessibile che salvaguardi sia la concorrenza tra operatori economici sia la necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell'appalto. Tuttavia tale procedura non deve essere utilizzata in modo che limiti o distorca la concorrenza, in particolare mediante modifiche di elementi sostanziali delle offerte o imponendo elementi nuovi sostanziali all'offerente scelto ovvero coinvolgendo qualsiasi altro offerente che non sia quello che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa*».

L'art. 58,2 del Codice dei contratti pubblici riproduce la definizione contenuta nell'art. 1, paragrafo 11, lett. c) della direttiva, aggiungendo però un ultimo periodo che dispone: «*Possano, secondo le circostanze concrete, essere considerati particolarmente complessi gli appalti per i quali la stazione appaltante non dispone, a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili, di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o all'individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, alle caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e all'analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, socio-economiche, amministrative e te-*

⁴⁹⁹ Cfr. R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2006, pag. 456.

niche». Si noti come la complessità degli appalti è ricondotta dalla norma appena citata alla oggettiva difficoltà di identificare nel dettaglio le singole componenti, sotto le più svariate angolazioni.

Andando ad esaminare la compatibilità e le divergenze tra dialogo competitivo e finanza di progetto, si è correttamente osservato che dalla versione definitiva dell'art. 58 del Codice dei contratti pubblici emerge innanzitutto un più ridotto ambito di applicazione del primo rispetto alla procedura di cui all'art. 153. Ed invero il ricorso al dialogo competitivo è previsto esclusivamente per gli appalti e non anche per le concessioni⁵⁰⁰.

Sebbene dal confronto tra le due diverse procedure si evinca la comunanza della “soddisfazione dell'interesse pubblico”, a cui l'Amministrazione è per definizione deputata, la principale differenza registrata (con riferimento alla precedente versione dell'art. 153) è che, mentre nella procedura di *project financing* l'Amministrazione sceglie il progetto presentato dal promotore, previa valutazione della fattibilità della proposta, nel dialogo competitivo l'Amministrazione non effettua alcuna valutazione, ma si limita a pubblicare un bando di gara in cui si rendono note necessità ed obiettivi, al fine di individuare i mezzi più idonei per soddisfarli. Il dialogo proseguirà finché l'Amministrazione non sarà in grado di individuare, dopo averle confrontate, le soluzioni che possano soddisfare le sue necessità. È chiaro che con la recente modifica dell'art. 153 le distanze fra i due istituti si accorciano, quanto meno sotto il profilo del *modus procedendi*.

Rimane quale elemento discriminatore la circostanza che nel dialogo competitivo non vi è una vera e propria “proposta” dei privati, ma un “contributo” finalizzato all'individuazione “dei mezzi più idonei” al soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Sulla base dei contributi dei soggetti selezionati sarà l'Amministrazione a definire un progetto ideale da porre alla base della successiva gara, a cui i partecipanti saranno invitati a presentare le loro offerte finali in base alla o alle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo.

⁵⁰⁰ Cfr. A. MASSARI, M. GRECO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Rimini, 2007, pp. 110-111.

Quindi può concludersi che nel dialogo competitivo non vi è una proposta completa, perfetta, ma si forma progressivamente attraverso la combinazione dei vari profili delineati dalle diverse proposte presentate.

Ne consegue che tra i due istituti in esame vi è un rapporto di reciproca esclusione, che comporta il ricorso al dialogo competitivo quale ipotesi marginale ed eccezionale, come sembra evincersi anche dal comma 18 dell'art. 58 del Codice dei contratti pubblici, che implica però una valutazione non in astratto, ma in concreto, laddove stabilisce che «*le stazioni appaltanti non possono ricorrere al dialogo competitivo in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza*».

È stato correttamente affermato in dottrina⁵⁰¹ che «*l'assunto secondo cui all'istituto in argomento debba essere riconosciuto carattere eccezionale sembra trovare fondamento, dunque, oltre in considerazioni di carattere logico soprattutto nella disciplina positiva che regola le due diverse procedure. Infatti, il promotore che concepisce, predispose e propone un'offerta ex artt. 153 ss. avrà diritto ad esercitare la prelazione, laddove, invece, per i partecipanti alla procedura di cui all'art. 29 Dir. 2004/18 cit., è prevista l'elargizione di premi o di pagamenti (art. 29,8), quasi come a voler, il legislatore comunitario, prevedere un "corrispettivo" o "compenso" per l'opera di consulenza prestata dai partecipanti*».

Altra questione dibattuta in dottrina è l'applicabilità della disciplina del *trust* nell'ambito delle operazioni di *project financing*.

È opportuno premettere che per *trust* si intende un insieme di rapporti giuridici caratterizzato dal fatto che un soggetto (disponente) trasferisce beni o diritti ad un altro soggetto (*trustee*), il quale si impegna ad impiegare quanto ricevuto per il soddisfacimento dell'interesse di un diverso soggetto (beneficiario) o per il perseguimento di un fine predeterminato⁵⁰².

⁵⁰¹ Cfr. F. GASPARI, *Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e la sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto*, in www.giustamm.it.

⁵⁰² La disciplina del *trust* è racchiusa essenzialmente nella Convenzione dell'Aja del 1° Luglio 1985, ratificata anche dall'Italia, con legge 16 Ottobre 1989 n. 364. Sull'istituto del *Trust* la letteratura è copiosa; come punti di riferimento si consulti: A. GAMBARO, *Trust*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1999, XIX, pag. 467; M. LUPOI, *Trust*, Milano, 1997; R. SICLARI, *Il trust nella Convenzione dell'Aja: un nuovo modello negoziale*, in *Rassegna di diritto civile*, 2000, pag. 87; L. SALVATORE, *Il trend favorevole all'operatività del trust in Italia: esame ragionato di alcuni trust compatibili in un'ottica notarile*, in *Contratto e impresa*, 2000, pag. 624; A. SANI, *Atti di destinazione e trust interno: possibili ambiti applicativi*, in *Dir. prat. Soci.*, 2006, 16, pag. 27; L. SANTO-

Si è correttamente sottolineato⁵⁰³ che in dottrina si sono individuati due tipi di *trust* che potrebbero essere utilmente impiegati in un'operazione di project financing: il *trust borrowing vehicle* e il *security trust*.

Il *trust borrowing vehicle* vede i promotori assumere la veste di disponenti e istituire mediante un negozio unilaterale recettizio, un trustee al quale viene conferito l'incarico di incassare i ricavi che deriveranno dalla vendita dei prodotti e/o servizi conseguiti con la gestione dell'opera pubblica (ad esempio, i pedaggi dell'autostrada). Il negozio dispositivo, che permette di mettere in atto il fine programmato, è costituito dalla cessione di tutti i contratti concernenti i predetti prodotti e/o servizi (cd. "*offtake agreements*").

La finalità perseguita è quella di conseguire la certezza di poter contare su di un flusso pressoché costante di denaro in cambio dei prodotti e/o servizi forniti almeno fino a quando non sarà stato rimborsato il finanziamento ottenuto e remunerata, in una certa misura, l'attività espletata dagli *sponsor*.

Il principale compito del *trustee* sarà quello di dar vita ad un piano di riparto dei proventi che riversi le risorse disponibili prioritariamente a favore dei medesimi promotori al fine di coprire i costi di esercizio della gestione e trasferisca ogni altra risorsa agli enti finanziatori fino al momento in cui verrà completato il rimborso del debito. Solamente gli incassi rimasti al termine della ripartizione così attuata potranno essere riversati ai promotori per la remunerazione dell'attività espletata. Infine, i beneficiari del *trust* si identificano nei destinatari ultimi dei flussi di cassa distribuiti dal *trustee* secondo le priorità predette e, pertanto, negli enti finanziatori e nei promotori.

I vantaggi che derivano da un'impostazione di tal genere sono essenzialmente i seguenti: il cd. "effetto segregativo", ossia l'impossibilità di aggressione dei flussi da cassa, con conseguente riduzione dei rischi operativi; la concentrazione in un unico soggetto dei compiti relativi al rimborso del debito; la maggiore rapi-

RO, *Il trust in Italia*, Milano, 2004; F. SCAGLIONE, *Compatibilità del trust con il sistema del diritto italiano*, in *Trust ed attività fiduciarie*, 2005, pag. 546; C. RABITTI BEDOGNI, *Trust e operazioni di finanziamento*, in ABI, *Il trust nell'operatività delle banche italiane*, Roma, 1997, pag. 57. Sui rapporti dell'istituto con il P.F., si legga: V. LOPILATO, *Il trust e la finanza di progetto*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, pag. 88 e ss.

⁵⁰³ Cfr. F. DABIZZI, *Il trust e il project financing*, in *Giur. Comm.*, 2001, vol. 6, pag. 733.

dità delle decisioni; più penetranti forme di controllo da parte dei finanziatori; l'economicità nei costi di gestione.

Per quanto riguarda la seconda forma di *trust*, ossia il *security trust*, «*i disponenti sono ancora i promotori i quali, viceversa, in questa occasione nominano il trustee nella fase di ideazione del progetto al fine di permettere agli istituti di credito di stanziare direttamente i fondi a favore del trustee medesimo. Le risorse economiche affidate sono vincolate al perseguimento di una duplice ma omogenea finalità: la predisposizione della fase progettuale e la successiva realizzazione dell'opera*»⁵⁰⁴.

Come per il *trust borrowing vehicle*, anche col *security trust* si produce l'effetto tipico della segregazione. Nei confronti del *trust borrowing vehicle* l'operatività del *trust* prima dell'erogazione del finanziamento rappresenta un'ulteriore garanzia per gli istituti di credito. Difatti, questi ultimi possono fare affidamento sul fatto che durante il periodo della raccolta delle risorse finanziarie, le somme versate non vengano distolte dalle finalità programmate per essere impiegate per soddisfare esigenze più pressanti dell'impresa. In questo modo si eviterà persino che le predette somme possano venire intercettate tra il momento della loro erogazione ai promotori e quello dell'effettivo impiego nella realizzazione del programma. Quindi il *trust* è utile per mettere al riparo da tutte queste insidie essendo maggiormente incisivo sul piano economico della ripartizione dei rischi.

È bene sottolineare che l'applicazione del *trust* al *project financing* è ampiamente diffusa nei Paesi anglosassoni.

Per quanto riguarda l'Italia, l'utilità di tale connubio era stata avvertita, tanto è vero che, nell'ambito del dibattito che ha preceduto l'emanazione della Legge n. 415 del 1998, è stato presentato dal CNEL alla Commissione Lavori pubblici un disegno di legge che proponeva, tra l'altro, l'introduzione del *trust* con riferimento alla gestione dei beni, diritti, crediti e garanzie reali e personali, per conto e nell'interesse del concessionario. La mancata recezione della proposta non impedisce comunque che l'istituto del *trust* possa essere proficuamente utilizzato in operazione di finanza di progetto.

⁵⁰⁴ F. DABIZZI, *Il trust e il project financing*, cit., pag. 743.

In dottrina⁵⁰⁵ non è mancato chi ha sottolineato che «*la suddetta Convenzione potrebbe anche rappresentare la base normativa per l'esercizio da parte della pubblica amministrazione del potere discrezionale di inserire nel bando di gara la facoltà per i promotori e gli altri partecipanti alla gara di istituire un trust per la gestione della fase realizzativi dell'opera*».

È su tale opinione che non può che convenirsi, sebbene sarebbe opportuna una disciplina specifica della materia che regolamenti i diversi aspetti della complessa operazione, sotto il profilo sia finanziario che giuridico.

5.2. Il project financing nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea

In ambito comunitario si rilevano alcune pronunce che rivestono particolare importanza con riferimento al *project financing*.

Innanzitutto nella famosa sentenza Teleaustria del 7 dicembre 2000, la Corte di Giustizia ha statuito che «*La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici, ed 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 concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi*».

Tale pronuncia è di particolare interesse in quanto la finanza di progetto è applicabile, come già evidenziato, anche alle concessioni.

Giova, inoltre, richiamare le conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte di Giustizia nella causa C-412/04, promossa dalla Commissione europea innanzi ai Giudici comunitari contro lo Stato italiano, per sospetta incompatibilità con il diritto comunitario della legge n. 166/02 (Merloni-quater). In particolare, il diritto di prelazione riconosciuto al promotore, così come originariamente formulato dall'art. 37-bis, cioè prima della modifica apportata dalla legge n. 62/05, è stato considerato dall'Avvocato generale poco aderente al diritto comunitario. Al riguardo la Commissione ha ritenuto che la norma così strutturata integri una evi-

⁵⁰⁵ V. LOPILATO, *Trust e project financing*, in www.giustamm.it.

dente violazione dei principi di trasparenza e di parità di trattamento dal momento che i partecipanti non sarebbero messi a conoscenza, già a partire dalla pubblicazione del bando, del diritto di prelazione accordato dal legislatore al promotore.

Si è già detto delle successive modifiche legislative apportate dalla disciplina relativa al diritto di prelazione e richiamate da ultimo dal Consiglio di Stato in sede di esame del terzo decreto correttivo; si vuole, invece, in questa sede, evidenziare la portata delle contestazioni mosse dalla Commissione Europea, nella nota di messa in mora del 30 gennaio 2008.

In prima battuta è stata denunciata *«l'assenza di pubblicità a livello comunitario degli avvisi diretti a scegliere il promotore»*. Il riferimento è all'art. 153, 3 del Codice; mentre, al contrario una pubblicità a livello europeo è prevista dall'art. 175 per le operazioni di project financing coinvolgenti infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi.

In seconda battuta, gli strali della Commissione si sono appuntati sulla *«posizione di vantaggio di cui il promotore continua a beneficiare, anche dopo la soppressione del diritto di prelazione»*, evidenziando *«il vantaggio di partecipare ad una procedura negoziata nella quale deve confrontarsi unicamente con i soggetti che hanno presentato le due migliori offerte nella gara precedente, indetta sulla base della sua proposta»*.

5.3. *L'autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*

Un ruolo chiarificatore e di controllo, anche per ciò che concerne l'applicazione della complessa disciplina della finanza di progetto, è svolto dall'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

È utile riportare alcune determinazioni di particolare importanza ed interesse in materia. Con la determinazione n. 8 dell'11 Ottobre 2007 l'Autorità di vigilanza si è occupata del "Diritto di prelazione nelle procedure di Project financing e disciplina transitoria applicabile a seguito del D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113".

Affrontando la questione, l'Autorità ha svolto alcune considerazioni di ordine generali che si vanno qui a sintetizzare.

Con riferimento alla finanza di progetto, ne è stata sottolineata l'importanza sia in campo economico che come strumento di realizzazione di opere pubbliche.

Più volte l'Autorità si è occupata di project financing, accompagnando, con sue deliberazioni e determinazioni⁵⁰⁶, sin dalla sua introduzione, le varie modifiche e adattamenti che l'ordinamento, di volta in volta, ha apportato ad esso.

Dal punto di vista economico, l'importanza dell'istituto è evidenziata dai dati che l'Autorità ha avuto modo di acquisire, e che permettono di affermare che, nel momento attuale il numero dei procedimenti potenzialmente interessati dalla valutazione dell'impatto della nuova disciplina è compreso tra 482 e i 596, per un importo complessivo tra i 5 e i 9,4 Mld di euro circa. Dal punto di vista normativo, poi, non appare fuor di luogo ricordare che la complessiva disciplina dell'istituto è il frutto di interventi successivi del legislatore.

Occorre ricordare, infatti, che inizialmente la legge n. 109/94, come modificata dalla legge 415/1998, prevedeva che il promotore potesse presentare la propria proposta, una volta approvato il piano triennale, entro il 30 giugno di ogni anno. La proposta era dunque condizionata esclusivamente al varo del programma stesso.

Successivamente, l'art. 7, 1 lett b) della legge 1 Agosto 2002, n. 166 ha introdotto notevoli variazioni alla procedura; anzitutto è stata inserita la pubblicità, stabilendo che, entro 20 giorni dall'approvazione del programma, le Amministrazioni dovevano rendere nota la presenza, nel programma, delle opere finanziabili con capitali privati mediante avviso indicativo da pubblicarsi con le stesse modalità di cui all'articolo 80 del DPR n. 554/99 e sul sito dell'Osservatorio dei lavori pubblici.

Con la stessa disposizione è stato introdotto il diritto di prelazione in favore del soggetto promotore, consistente nella facoltà di quest'ultimo di adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'Amministrazione più conveniente e rendersi pertanto affidatario della concessione. Tale facoltà può essere esercitata dal

⁵⁰⁶ Cfr. Atto di regolazione n. 34 del 18/7/2000; Atto di regolazione n. 51 del 26/10/2000; Atto di regolazione n. 14 del 5/7/2001; Determinazione n. 20 del 4/10/2001; Deliberazione n. 79 del 21/3/2001; Determinazione n. 4 del 6/3/2002; Determinazione n. 27 del 16/10/2002; Deliberazione n. 342 del 5/12/2002; Determinazione n. 1 del 22/1/2003; Deliberazione n. 4 del 17/1/2007.

promotore solo al termine della procedura negoziata, quando cioè la commissione ha aggiudicato provvisoriamente la gara ad un altro concorrente.

A seguito dell'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione Europea, la legge n. 62/2005 ha profondamente modificato l'assetto normativo, stabilendo che *«l'avviso indicativo deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'art. 37-ter... L'avviso deve altresì indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'art. 37- quater, 1 lett. b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti»*. Dunque, in conclusione, l'avviso doveva rendere nota la titolarità del diritto di prelazione in capo al promotore.

Il Codice (decreto legislativo 12 Aprile 2006, n. 163) ha riproposto le disposizioni contenute nella legge n. 109/94, come modificata, da ultimo, dalla legge n. 62/2005. Ora il Decreto legislativo n. 113/2007 al comma 1, lettere r) e s) ha, anzitutto, stabilito che l'avviso indicativo deve essere pubblicato entro 90 giorni dall'avvenuta pubblicazione dei programmi (art. 153, 3) e che le proposte sono presentate entro 180 giorni dalla pubblicazione del suddetto avviso (art. 153, 1).

Inoltre, come già visto, ha soppresso il diritto di prelazione del promotore.

Tale scelta del legislatore è stata adottata anche in recepimento delle osservazioni del Consiglio di Stato⁵⁰⁷ rese sullo schema del decreto correttivo in parola, il quale aveva evidenziato sull'argomento che *«pendono nei confronti dell'Italia alcune questioni di legittimità comunitaria del diritto italiano dei pubblici appalti, in ordine alle quali è prevedibile un esito di condanna dell'Italia. [...] Pertanto valuti l'Amministrazione se sia il caso di emendare i corrispondenti articoli del Codice [art. 37-ter e 37-quater] ove non tengano conto dei rilievi fatti in sede comunitaria, al fine di arrestare la procedura di infrazione. Ciò vale in particolare per la prelazione in favore del promotore, nel project financing confermata nell'articolo 154 del Codice (che è comunque una sede impropria), prelazione che anche sul piano sostanziale è inopportuna perché rende poco appetibile la partecipazione alla gara e rischia così di sottrarre di fatto alla concorrenza questo importante istituto»*.

⁵⁰⁷ Cfr. Parere del 7 Giugno 2007.

Tuttavia, il D.Lgs n. 113/2007, unitamente alle modifiche della disciplina del project financing sopra illustrate, non contiene una disciplina transitoria per le procedure iniziate prima dell'entrata in vigore dello stesso e contemplanti il diritto di prelazione in parola nell'avviso indicativo di cui al citato articolo 153.

Occorre pertanto individuare l'incidenza della normativa sopravvenuta nella dinamica del procedimento amministrativo. A tal fine sembra opportuno, in primo luogo, rammentare che l'istituto in questione, finalizzato all'affidamento di una concessione di cui all'art. 143 del Codice, pur essendo una procedura unitaria, si articola in più fasi, prima fra queste la pubblicazione di un avviso da parte dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 153, contenente l'indicazione degli interventi, tra quelli inclusi nella programmazione triennale, realizzabili con capitali privati e con indicazione dei criteri sulla base dei quali verranno comparate le proposte ricevute. Successivamente, prende avvio la fase della presentazione da parte dei promotori interessati a proposte relative alla realizzazione dei predetti interventi, seguita da quella di valutazione di queste ultime e, quindi dall'indizione delle procedure ex art. 155, 1 lett. a) e b), finalizzate all'aggiudicazione della concessione di cui al predetto art. 143.

Prima dell'entrata in vigore del D.Lgs n. 113/2007 l'avviso doveva contenere anche l'indicazione del diritto di prelazione del promotore.

In realtà, la questione del diritto intertemporale si era già posta all'indomani della introduzione del diritto di prelazione con la legge n. 166/2002, ancorché in quella situazione si trattava dell'inserimento nell'ordinamento di un nuovo diritto in capo ad un operatore economico.

Ed allora, l'Autorità, nella determinazione n. 27/2002, ha richiamato il criterio intertemporale comunemente indicato dalla giurisprudenza⁵⁰⁸ della vincolatività della *lex specialis* fissata con gli atti di gara, ancorché non coerente con lo *ius superveniens* eventualmente intervenuto dopo la loro emanazione e «*di quello seguito in via interpretativa in occasione dell'entrata in vigore della cosiddetta Merloni-ter (legge 18 novembre 1998, n. 415 e circolare del Ministero dei LL.PP, 22 dicembre 1999, n. 2100/UL), secondo cui, ed analogamente, le innovazioni normative intervenute si è inteso davvero applicarsi esclusivamente ai bandi di*

⁵⁰⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 1998, n. 226; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2000, n. 2237; Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2001, n. 4989.

gara pubblicati a partire dalla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni, mentre le procedure di gara in corso erano da assoggettare alle previgenti regole, anche se il relativo iter si fosse protratto successivamente all'entrata in vigore della nuova legge».

Criterio intertemporale che trova conferma nel regolamento di cui al DPR 21 dicembre 1999, n. 554, il cui articolo 232, 3 espressamente prevede l'applicabilità delle proprie norme sulle modalità di svolgimento delle procedure di gara relativamente alle procedure indette con bandi pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore.

Nella sopra citata determinazione n. 27/2002 l'Autorità, al fine di individuare la fase della peculiare procedura di project financing, in relazione alla quale può individuarsi il criterio temporale che consente il discrimine tra l'applicazione della vecchia e della nuova normativa [contemplante quest'ultima (L. n. 166/2002) l'introduzione del diritto di prelazione], ha precisato, peraltro, che tale non può ritenersi l'inserimento dell'intervento nella programmazione triennale dei lavori pubblici dell'amministrazione, la quale vale solo a rendere pubblica l'intenzione di riserva al finanziamento privato determinati interventi, mentre è più corretto ritenere "bando" quello pubblicato per la scelta di colui o coloro che competeranno con il promotore, quale atto che introduce una vera e propria procedura di gara.

È stato precisato che il carattere unitario della procedura di affidamento della concessione de qua, sebbene articolata in più fasi, comporta l'immodificabilità delle regole inizialmente poste fino al provvedimento conclusivo dell'aggiudicazione. Diversamente, infatti, verrebbero a mutare tutte quelle condizioni che hanno indotto alcuni soggetti giuridici alla partecipazione o meno alla gara e verrebbero, quindi, alterate le garanzie della trasparenza e della par condicio.

L'interpretazione dell'Autorità è stata anche confermata dalla giurisprudenza⁵⁰⁹ che ha affermato che la norma sopravvenuta non incide solo su profili formali e procedurali, ma al contrario, altera i termini sostanziali della gara, quei termini in base a cui è stata formulata l'offerta. Di conseguenza, lo spostamento in itinere da parte dell'Amministrazione dell'angolazione valutativa dei propri interessi si

⁵⁰⁹ Consiglio di Stato, sentenza n. 5316/2005.

tradurrebbe per il concorrente nella delusione delle aspettative giuridiche a lui ingenerate dalla normativa del bando.

Il legislatore ha poi sancito tale principio per l'applicazione della disciplina contemplata dal Codice nell'art. 253, 1 ai sensi del quale «*le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore [...]»*.

Alla luce di quanto sopra, può concludersi affermando che alla pubblicazione dell'avviso di cui all'art. 153 del D.Lgs. n. 163/2006, con le caratteristiche sopra illustrate e quale atto che segna l'avvio della procedura di *project financing*, deve riconoscersi il momento di discriminare temporale tra l'applicazione della vecchia e della nuova disciplina contenuta del D.Lgs. n. 113/2007, con particolare riferimento al diritto di prelazione a favore del promotore.

Conseguentemente, per le procedure i cui avvisi ex art. 153 siano stati pubblicati anteriormente all'entrata in vigore del suindicato decreto legislativo e contenenti espressamente la previsione del diritto di prelazione a favore del promotore, continuerà ad applicarsi il precedente assetto normativo contemplante tale diritto; al contrario per le procedure i cui avvisi indicativi siano pubblicati successivamente al medesimo decreto, deve trovare applicazione la nuova disciplina, con esclusione del diritto di prelazione in favore del promotore stesso.

In conclusione, quindi, in materia di *project financing*, l'avviso di cui all'art. 153 del D.Lgs. n. 163/2006 è l'atto con il quale l'amministrazione avvia una procedura concorsuale ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario. Per le procedure i cui avvisi indicativi siano stati pubblicati anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 113/2007, contenenti espressamente la previsione del diritto di prelazione a favore del promotore, continua ad applicarsi il previgente assetto normativo contemplante tale diritto. Infine, per le procedure i cui avvisi indicativi siano pubblicati successivamente al predetto decreto legislativo, trova applicazione la nuova disciplina con conseguente esclusione del diritto di prelazione a favore del promotore stesso.

5.4. *L'intervento della Corte Costituzionale*

Per contemplare giova sottolineare che la Corte Costituzionale è stata adita di recente per sottoporre al suo vaglio alcune norme del Decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, tra cui l'art. 153 «*che regola la fase di raccolta e selezione delle proposte con riferimento all'istituto del project financing, per contrasto con l'art. 117, 2 lett. 6), Cost.*».

La consulta premesso che «*In particolare, la norma censurata disciplina la figura del promotore nell'ambito dell'istituto della finanza di progetto. Tale norma ha anch'essa un contenuto complesso, disciplinando la fase relativa alla presentazione di proposte riguardanti la realizzazione di lavori pubblici da inserire nella programmazione triennale (comma 1), i soggetti legittimati a presentare le suddette proposte (comma 2), nonché l'approvazione dei programmi e la loro pubblicazione (comma 3)*», ha concluso nel senso che segue: «*La questione è inammissibile per genericità della censura proposta, in quanto la ricorrente - a fronte, tra l'altro, della complessità contenutistica della norma in esame - non ha dedotto alcun elemento atto a giustificarne l'impugnazione*».

5.5. *Il P.F. nella giurisprudenza amministrativa: le pronunce più rilevanti del Consiglio di Stato e dei T.A.R.*

Anche gli organi di giustizia amministrativa hanno contribuito con le loro pronunce a definire i connotati dell'istituto del *project financing*, non senza risolvere alcune delle questioni emerse nel darvi concreta applicazione, cui di seguito si fa cenno.

Il Consiglio di Stato, sez. V, nella sentenza 10 novembre 2005 n. 6287, nel riformare la decisione del TAR Toscana 2 agosto 2004 n. 2860, ha riaffermato l'orientamento maggioritario secondo cui la scelta di una determinata proposta, nel caso di più aspiranti promotori per un medesimo intervento, è esercizio di un potere discrezionale della Pubblica Amministrazione.

Tale orientamento sembrava ormai superato anche alla luce dell'intervento operato dalla legge comunitaria 2004, che ha riformulato il comma 2-bis dell'art.

37-bis stabilendo che «L'avviso deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati nell'art. 37-ter, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte».

La pronuncia, quindi, costituisce un ritorno al passato e se ne riportano alcuni passaggi essenziali. «L'istituto del project financing è, del resto, circondato, con ogni evenienza, dalla legislazione nazionale, in conformità alle direttive comunitarie, di particolari cautele, risolvendosi in uno strumento indubbiamente utile per l'Amministrazione, perché, da un lato, consente di perseguire il fine pubblico senza doverne sopportare l'onere finanziario, dall'altro, costituisce, per l'operatore economico che assume la veste di promotore, un'indubbia fonte di lucro, essendo essenziale, alla praticabilità dell'istituto, che l'attività economica finanziata sia di per sé idonea ad assicurare utili in grado di consentire la copertura dei costi e, nel contempo, la gestione proficua dell'attività stessa, secondo le regole proprie dell'imprenditoria privata [...]».

Il compito dell'amministrazione sarà appunto quello di valutare se il progetto proposto abbia o meno i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico in funzione del quale il programma è stato concepito.

Ed è a ciò «il gestore del programma perverrà, secondo le cadenze previste dai più volte citati artt. 37-bis e 37-ter, secondo scanzioni successive, dapprima valutando la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione e verificando l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, solo successivamente, esaminando la proposta sotto il profilo del pubblico interesse, eventualmente (nel caso di pluralità di proposte), comparandole fra di loro, secondo i criteri indicati nell'avviso “nell'ambito di quelli indicati dall'art. 37-ter” (art. 37-bis, comma 2-bis), in tale fase “sentiti i promotori che ne facciano richiesta”, ovvero avvalendosi anche dell'apporto collaborativo degli stessi promotori».

L'orientamento espresso nella sentenza da ultimo esaminata non può che essere oggetto di rivisitazione, a seguito dell'attuale formulazione dell'art. 153 nei termini già esaminati.

Successivamente, il Supremo Consesso amministrativo⁵¹⁰ ha chiarito che *«Nella procedura di project financing, la valutazione comparativa fra più proposte per individuare quella più consona al pubblico interesse deve essere subordinata alla preliminare verifica di ciascuna di esse. Infatti, è compito dell'Amministrazione valutare preliminarmente se il singolo progetto proposto abbia i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico.[...] Nell'esame delle proposte nella procedura di project financing, è sufficiente la valutazione negativa su uno solo dei parametri indicati dallo art. 37-ter, co. 1, della legge n. 109/1994 per legittimare l'esclusione di una proposta. Infatti, l'amministrazione non è tenuta ad effettuare obbligatoriamente una stima d'insieme della singola proposta, valutandola in relazione a tutti i parametri elencati nella norma citata [...]»*.

Anche tale pronuncia va valutata tenendo conto della circostanza che è stata adottata anteriormente alle modifiche apportate dal terzo decreto correttivo. Sotto altro profilo, il Consiglio di Stato⁵¹¹ ha statuito che *«nell'ipotesi in cui il promotore sia rimasto indifferente o inerte rispetto ad una serie di atti adottati dall'Amministrazione volti a ritirare gli atti della procedura di project financing e di realizzare l'intervento attraverso la costituzione di società mista, l'adequazione della motivazione su detta costituzione deve essere valutata non in astratto, ma in relazione a parametri che tengono in debito conto dell'affidamento del promotore nella positiva conclusione della procedura di project financing [...]. Una volta sancita la legittimità della revoca della procedura di project financing, il promotore è portatore di un interesse di mero fatto rispetto a tutti gli atti successivi a detta revoca che l'Amministrazione abbia emanato per realizzare la scelta di attuare e gestire il medesimo intervento attraverso la costituzione di una società mista [...]»*.

Mentre, nella sentenza 5 luglio 2007 n. 3814, ha affermato che *«nell'ambito della procedura di project financing, di cui agli artt. 37-bis e segg. L. 109/94 - nella specie trattasi di una procedura per l'affidamento della concessione per la*

⁵¹⁰ Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 20 maggio 2008, n. 2355.

⁵¹¹ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 10 maggio 2007, n. 2246.

progettazione definitiva ed esecutiva nonché per la costruzione e gestione di un'autostrada regionale -, l'interesse ad impugnare l'ammissione alla gara dell'altro concorrente sorge solo nel momento in cui si conclude l'intero procedimento, del quale la licitazione privata rappresenta solo la fase interna di selezione dei progetti da negoziare, successivamente, con quello del promotore. Pertanto, ciascun partecipante indipendente sia dalla particolare posizione rivestita di promotore o di offerente, sia dalla fase in cui entri in gara, può censurare l'ammissione di altri concorrenti non già al termine della fase di prequalifica ma solo in occasione dell'esito della procedura, trattandosi a ben vedere di un procedimento unitario finalizzato all'individuazione del concessionario [...]. Con riguardo ad una procedura di project financing, deve ritenersi pienamente legittimo il confronto a coppie anche in presenza di due soli concorrenti, tenuto conto che lo stesso esprime non già una valutazione assoluta quanto relativa delle offerte, onde individuare quella che, in raffronto alle altre, appare migliore, non potendo applicarsi un giudizio di tipo transitivo».

Sotto il profilo processuale è stato poi evidenziato⁵¹² che «la dimidiazione dei termini processuali prevista dall'art. 23-bis L. 6 dicembre 1971 n. 1034 si applica alla procedura indetta da una Pubblica amministrazione per la scelta del promotore finanziario ai sensi dell'art. 37-bis L. 11 febbraio 1994 n. 109 per la realizzazione di un'opera pubblica in finanza di progetto, in quanto, pur essendo la detta procedura attinente ad una fase precedente ed esterna rispetto a quella relativa alla indizione della gara per l'aggiudicazione, l'affidamento e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, risulta ad essa connessa poiché diretta ad acquisire proposte a contenuto progettuale-finanziario finalizzate alla detta aggiudicazione».

Il TAR Brescia⁵¹³ ha chiarito che «In sede di project financing nella Regione Lombardia, ai sensi della L.reg. 4 maggio 2001 n. 9 e del relativo regolamento di attuazione 8 luglio 2002 n. 4, la posizione giuridica che spetta al promotore muta da un momento all'altro della procedura e, in particolare, dalla fase della prequalifica, a quella della procedura di aggiudicazione, a quello, ancora, della procedura negoziata, sì da doversi ritenere che i momenti in questione vadano quali-

⁵¹² Consiglio di Stato, sentenza 4 ottobre 2007, n. 5130.

⁵¹³ TAR Brescia, sentenza 18 gennaio 2007, n. 87.

ficati proprio come fasi procedurali [...] Rispetto al promotore, l'adozione dell'invito alla procedura negoziata ha una immediata attitudine lesiva, essendo idonea a far venire meno la posizione di vantaggio a lui riconosciuta fino alle fasi immediatamente precedenti del procedimento con la conseguenza che tutti i vizi relativi alla ammissione alla gara delle imprese concorrenti devono farsi valere nella fase precedente [...] Il piano economico-finanziario allegato al project financing, secondo quanto richiesto dall'art. 37-bis della L. 11 febbraio 1994 n. 109, introdotto dall'art. 11 della L. 18 novembre 1998 n. 415 e modificato dall'art. 7,1 della L. 1 agosto 2002 n. 166, costituisce il PEF, configurandosi come elemento essenziale dell'offerta (e non come semplice requisito dell'offerta) che la committenza deve valutare nell'ambito di qualsiasi operazione di finanza di progetto; infatti esso spiega, in buona sostanza, per quali ragioni e in qual modo l'opera proposta dovrebbe riuscire a ripagarsi nei tempi previsti, ovvero a consentire il pagamento dei debiti contratta per realizzarla e, ad un tempo, ad assicurare al gestore un congruo margine di profitto [...] Il sistema del confronto a coppie, introdotto nelle gare per l'appalto di lavori pubblici, consiste in una sorta di "torneo all'italiana", analogo a quello esistente nelle discipline sportive in cui si affrontano due squadre o giocatori ad ogni incontro, ponendosi ciascuna delle offerte presentate a confronto di volta in volta con tutte le altre, con la conseguenza che, secondo l'esito di ogni comparazione, si produce una classifica finale in cui viene assegnato con la precisazione che in tale contesto l'attribuzione di tale punteggio è di per sè motivazione esauriente per spiegare l'esito della gara, senza che si debbano altrimenti esplicitare le ragioni della preferenza attribuita».

Sotto altro profilo, il TAR Campania - Napoli⁵¹⁴ ha statuito che «L'art. 37-bis, comma 2-ter della legge 109 del 1994 (come modificato dalla legge 166 del 2002) che impone alle amministrazioni di procedere entro quindici giorni dalla ricezione della proposta del promotore alla verifica della completezza dei documenti presentati ed alla eventuale richiesta di integrazione, configura un momento procedimentale di natura collaborativi fra soggetto imprenditoriale e amministrazione che esclude ogni rigore formale. Di talchè è ammissibile tale integrazione documentale nell'ipotesi in cui sia pervenuta una sola proposta (ovvero si

⁵¹⁴ TAR Campania, sentenza 29 gennaio 2004, n. 914.

sia in presenza di un solo soggetto aspirante promotore) non violandosi in tal modo il principio di terzietà che deve informare l'azione amministrativa. Diverso è il caso in cui vi sia una proposta che risulti priva dei contenuti minimi (ad esempio il piano economico-finanziario) e si sia in presenza di più soggetti aspiranti promotori: in tale evenienza infatti una richiesta integrativa da parte della P.A. si tradurrebbe non in una mera integrazione documentale, sempre ammessa, ma in una integrazione della proposta stessa nei suoi elementi essenziali e costitutivi, tra l'altro dopo l'intervenuta conoscenza delle proposte formulate dagli altri aspiranti promotori, con un'evidente violazione del principio di terzietà [...]».

Il TAR Emilia Romagna - Bologna⁵¹⁵ ha evidenziato che «In tema di project financing, il soggetto che abbia presentato una proposta tesa all'ottenimento del ruolo di promotore, prima ancora che l'individuazione di tale figura da parte dell'Amministrazione, riveste una posizione giuridica soggettiva qualificata in ordine all'accoglimento della propria proposta in luogo di quelle presentate da altri in quanto l'interesse ad essere promotore di un progetto non è separabile dall'interesse all'aggiudicazione e la contestazione della scelta del progetto di interesse pubblico significa, nella sostanza, tutela dell'interesse all'aggiudicazione della concessione. Pertanto il proponente può censurare la procedura di scelta, in considerazione delle innegabili refluenze, che la stessa ha sulla propria posizione giuridica [...] La procedura di scelta del promotore è caratterizzata da ampiezza di discrezionalità e da incisive e sostanziali valutazioni di fattibilità, da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici, strettamente connesse a scelte interne dell'Amministrazione, la quale soltanto può valutare i vari aspetti economici e tecnici della proposta presentata. Siffatta, peculiare valutazione compiuta dall'amministrazione è sindacabile dal giudice amministrativo nei soli casi di manifesta illogicità e contraddittorietà o di macroscopico errore di fatto all'esito di una valutazione limitata al c.d. sindacato ab estrinseco [...]».

Sotto il profilo della giurisdizione e del diritto di prelazione, il TAR Friuli Venezia Giulia - Trieste⁵¹⁶ ha poi statuito che «Il diritto di prelazione previsto in ambito di project financing è un caso tipico di prelazione legale, con la conseguenza che in caso di contestazione dell'esistenza di tale diritto la giurisdizione

⁵¹⁵ TAR Emilia Romagna - Bologna, sezione I, sentenza 23 aprile 2008, n. 1552.

⁵¹⁶ TAR Friuli Venezia Giulia - Trieste, sentenza 8 febbraio 2008, n. 112.

spetta al giudice ordinario; la giurisdizione appartiene, invece, al Giudice Amministrativo laddove l'oggetto del contendere non è propriamente il diritto di prelazione, bensì il procedimento che ha portato al riconoscimento dello stesso, il ricorrente lamentando l'omissione, da parte dell'Amministrazione, di una intera fase del procedimento, cioè quella relativa alla informazione - che doveva essere data a tutti gli operatori del mercato - che l'Amministrazione intendeva precedere alla realizzazione e gestione in project financing dell'opera, cui si accompagna il diritto di prelazione del promotore [...] La generica sottoscrizione, per accettazione, delle clausole del capitolato non può ritenersi preclusiva dell'impugnativa di una di esse, qualora la stessa possa ritenersi, in ragione del suo contenuto, vessatoria, dovendo, come tale, essere espressamente individuata e singolarmente sottoscritta (resa in fattispecie relativa a diritto di prelazione in ambito di project financing) [...]», aggiungendo che «[...] L'illegittimità della procedura di scelta del promotore non proceduta da un'adeguata fase di pubblicità dell'intenzione dell'Amministrazione di dar esecuzione all'opera tramite project financing, con correlato diritto di prelazione a favore del promotore, non determina la mera caducazione del diritto di prelazione bensì dell'intera gara, posto che la procedura di project financing è unitaria, pur se articolata in fasi distinte, cosicché l'illegittimità compiuta nella fase di scelta del promotore è idonea a travolgere tutte le successive operazioni compiute, sino alla scelta del concessionario».

Il TAR Lazio - Roma⁵¹⁷ poi ha affermato che «è illegittimo un avviso pubblico indicativo di finanza di progetto che palesi l'incertezza delle disponibilità finanziarie pubbliche, in guisa da condizionare il cuore del piano economico-finanziario da presentare alle Amministrazioni interessate (fattispecie in cui l'avviso, dopo aver dichiarato che per l'opera da realizzare sono stati ottenuti finanziamenti statali che verranno messi a disposizione, afferma che "l'Amministrazione non assume alcun impegno né fornisce alcuna assicurazione circa la effettiva e definitiva disponibilità, anche parziale, di detti finanziamenti ministeriali e per tutta la durata della procedura di cui al presente avviso") [...]».

⁵¹⁷ TAR Lazio - Roma, sezione II bis, sentenza 13 febbraio 2007, n. 1321.

In altra occasione⁵¹⁸ ha poi chiarito che «Nelle procedure di affidamento di lavori pubblici bandite ai sensi degli artt. 37-bis e ss. della l. 109/1994 (cd. *Project financing*), in caso di aggiudicazione definitiva al raggruppamento “promotore” che abbia adeguato la propria offerta a quella individuata come economicamente più vantaggiosa, l’insorgenza dell’interesse in capo al soggetto “competitore” ad impugnare l’esito della procedura negoziata coincide con la sua utile partecipazione alla stessa e con il successivo esercizio della prelazione da parte del promotore; ne consegue che la successiva impugnazione è tempestivamente proposta nel termine decadenziale decorrente dall’esercizio del diritto di impugnazione, anche qualora l’oggetto delle censure involga in radice la legittimità della partecipazione della controinteressata in qualità di soggetto promotore [...] Il divieto per le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali, di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati (né in affidamento diretto né con gara) e la correlata sanzione di nullità dei contratti eventualmente stipulati, previste dall’art. 13, 4 del D.L. 223/2006 (cd. *Decreto Bersani*), come novellato dall’art. 1, 720°, l. 296/2006 (*Legge finanziaria per il 2007*), non sono applicabili alle procedure di affidamento di lavori pubblici ai sensi dell’art. 37-bis della legge 109/1994 (cd. *Project financing*), per le quali la fase della licitazione tra concorrenti e promoter sia stata bandita dopo l’entrata in vigore del D.L. 223/2006 nella sua originaria formulazione. Infatti il carattere sostanzialmente unitario del procedimento di *project financing*, insieme al dato testuale del novellato art. 13 e alla tendenziale inapplicabilità della *lex superveniens* alle procedure *latu sensu* concorsuali, escludono l’applicazione della suddetta disciplina alle procedure di gara bandite prima dell’entrata in vigore del D.L. 223/2006...».

Concludiamo con una pronuncia del TAR Puglia - Lecce⁵¹⁹ in cui è stabilito che «in tema di affidamento di un appalto di lavori pubblici, non sussistono ostacoli di principio ad ammettere la partecipazione ad una procedura di *project financing* di una società partecipata da un ente locale, non potendosi configurare come ostacolo l’art. 194, 1 lett. c), D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, che, limitandosi a prevedere la possibilità di riconoscere bediti fuori bilancio nascenti dalla ne-

⁵¹⁸ TAR Lazio - Roma, sentenza 3 maggio 2007 n. 3893.

⁵¹⁹ TAR Puglia - Lecce, sezione I, sentenza 21 febbraio 2008 n. 563.

cessità di ricapitalizzare società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali, è assolutamente estraneo alla fattispecie in questione [...] Nel caso in cui, in riferimento ad una procedura di project financing relativa alla realizzazione di un parcheggio pubblico, l'avviso pubblico di sollecitazione preveda l'ammissione alla procedura solo di progetti rispettosi del parametro rappresentato dal finanziamento a costo zero a carico del Comune appaltante, il principio della non onerosità per il Comune dell'intervento deve essere riferito, non alla concessione dell'area, anche mediante costituzione del diritto di superficie, ma all'imputazione all'Amministrazione di veri e propri oneri finanziari prevedenti esborsi diretti e non solamente indiretti (come nel caso della concessione dell'area)».

Conclusioni

L'istituto del *project financing* ha suscitato e suscita, ora più che mai, particolare interesse e curiosità scommettendosi da più parti e per diverse ragioni differenti sul suo progressivo sviluppo anche nel nostro Paese.

Si è in più occasioni evidenziata l'appetibilità di un modulo che consente all'Amministrazione di ottimizzare i costi, riducendo in misura notevole il proprio impegno finanziario, attraverso il coinvolgimento su più fronti dei privati, con riduzione o meglio trasferimento del rischio dell'iniziativa a questi ultimi.

D'altra parte, la partecipazione alla fase di progettazione, realizzazione e gestione dell'opera trasforma i privati da meri spettatori in attori protagonisti della complessa operazione finanziaria, con una conseguente maggiore responsabilizzazione degli stessi, non senza una particolare attenzione rivolta alla tutela della concorrenza.

Ed invero la figura del *project financing*, come abbiamo più volte sottolineato e messo in evidenza, consente alla stazione appaltante una migliore qualità dell'opera, con un contemporaneo risparmio di risorse e una contrazione significativa dei tempi di realizzazione.

È ovvio che ciò richiede particolari competenze, capacità organizzative affiancate ad una cultura multidisciplinare che consenta una gestione ottimale dell'opera e ne garantisca la realizzazione "a regola d'arte".

La poliedricità e la complessità incarnate dall'istituto del *project financing* si possono ravvisare nella pluralità dei soggetti che partecipano all'iniziativa rivestendo molteplici ruoli che, però, in alcuni casi, possono essere concentrate anche in un unico soggetto che riveste, contemporaneamente, i ruoli di progettista, costruttore e, in parte, finanziatore del progetto stesso.

È opportuno mettere in evidenza come nell'ambito di operazioni di *project financing* il ruolo della Pubblica Amministrazione non sia in nessun modo sminuito o indebolito in quanto sono stati rafforzati in capo ad essa i poteri di vigilanza e controllo, sia nella fase di progettazione che in quella di realizzazione dei lavori, con, in aggiunta, un adeguato e funzionante sistema di garanzie che assicurino il raggiungimento del risultato programmato.

L'analisi affrontata in questa dissertazione porta a concludere che le possibilità di diffusione degli strumenti finanziari oggetto di questo studio sono inevitabilmente connesse, oltre ad una evoluzione legislativa in linea con quella degli altri paesi più sviluppati, ad un'opera di continuo adattamento, di metamorfosi dei singoli istituti che tenga in debito conto le caratteristiche peculiari intrinseche al singolo intervento.

Soltanto una visione ed una concezione multidisciplinari, una sorta di “gioco di squadra”, potranno consentire di sfruttare al meglio le potenzialità di strumenti operativi che si presentano ad un largo impiego coinvolgendo tutte le principali categorie di soggetti (pubbliche amministrazioni, soggetti privati, istituti bancari, istituti assicurativi, analisti finanziari, ecc.) che operano a vario titolo nella nostra realtà economica.

Bibliografia

AA.VV.,

- 1995 *L'integrazione tra le imprese nell'attività internazionale*, Torino.
- 1998 *Appalti di lavori pubblici. Le ultime novità legislative e il collegamento con la finanziaria '99*, Atti del Convegno Milano 24-25 novembre 1998.
- Il project financing e il nuovo sistema delle garanzie assicurative nella Merloni-ter*, Milano.
- 2007 *Come cambiano gli appalti pubblici dopo il terzo correttivo*, Napoli.
- 2008 *Come cambiano gli appalti pubblici dopo il secondo decreto correttivo (L. 113/2007)*, Napoli.
- 2009 *Commentario al Codice dei contratti*, Roma.

AA.VV. (a cura di TOMEI R.),

- 2007 *Codice dei contratti pubblici*, Milano.

ACQUARONE A.,

- 1960 *Enti locali sostituiti nell'esecuzione di opere pubbliche*, in *Rass. dir. pubbl.*

AIELLI P.,

- 1994 *Ristrutturazione delle imprese e promozione di nuove attività imprenditoriali*, in *Enc. Pubbl.*

AINIS M., FIORILLO M.,

- 2003 *Beni culturali e ambientali*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, vol. II, Milano.

ALBERTI A. M.,

1997 *Le strutture del project financing*, in *Nuova rassegna di legislazione e dottrina giuridica*.

Il coinvolgimento dei privati negli investimenti pubblici attraverso il Project financing, in *Nuova rassegna di legislazione e dottrina giuridica*.

ALBERTI C.,

2001 *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazioni*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*

ALBERTI P.,

2005 *Ruolo del promotore e procedimento per la scelta del concessionario*, in *Economia e diritto del terziario*.

ALESSI R.,

1947 *Sull'ammissibilità di donazioni da parte di enti pubblici*, in *Giur. Cass. Civ.*, vol. II.

1948 *In tema di concessioni di esercizio di pubblici servizi*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 2°.

ALLEGRETTI U.,

1965 *L'imparzialità amministrativa*, Padova.

ALPA G.,

2007 *Aspetti civilistici del Codice dei contratti pubblici. Prime note*, in *Economia e diritto del terziario*, 3.

AMATUCCI F.,

2002 *Il project finance nelle aziende pubbliche. Strumenti di finanziamento per enti locali e aziende sanitarie*, Milano.

AMOROSINO SCIUTO S.,

- 1999 *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (L. 415/98): la concessione di costruzione e gestione e il promotore*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, marzo-aprile.

AMORTH A.,

- 1938 *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*

ANSELMINI L.,

- 1995 *Il processo di trasformazione dell'amministrazione pubblica: il processo aziendale*, Torino.

ANNUNCIATA F.,

- 2003 *Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*.

APPIO C. L., DONATIVI V.,

- 1995 *Project financing*, in AA.VV., *L'integrazione tra imprese nell'attività internazionale*, Torino.

ARALDI R.,

- 1984 *A proposito delle correlazioni tra singoli investimenti e singoli finanziamenti: il caso del project financing*, in *Problemi di gestione dell'impresa*, 2.

ARDIZZONE G.,

- 1951 *Concessioni di pubblico servizio ed eccessiva onerosità*, in *Giur. comp. Cass. Civ.*, III.

ASCANI F. B.,

1981 *Le forme contrattuali dell'intervento dell'industria dello sport*, Relazione Al convegno organizzato dall'IPSOA, Sanremo 3-4 Luglio 1981.

1984 *Sport & Sponsor*, Milano.

ASCANI F. B., MASERA C.,

1985 *Il nuovissimo codice delle società sportive*, Milano.

ATTI DEL CONVEGNO NAZIONALE DI GRADO

1980 *"Pubblicità, sport, industria e istituzioni"*, Pordenone 11-12 Aprile 1980.

ATTI DEL CONVEGNO ORGANIZZATO DALLA POPAI ITALIA

1981 *"Comunicazione aziendale attraverso la sponsorizzazione"*, Verona 27-28 Marzo 1981.

BAGNATO A.,

1996 *Le banche italiane e il project financing*, in W. TERNAU, *Project financing*, Milano.

BALDI M., DE MARZO G.,

2004 *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano.

BALDI M., TOMEI R. (a cura di),

2007 *La disciplina dei contratti pubblici*, Milano.

2009 *Disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice dei contratti pubblici* (aggiornato al III correttivo, n. 152/2008), Piacenza.

BALESTRIERI A. M.,

1996 *Il soggetto promotore*, in *Contratto e Impresa*.

- BARBIERA L.,
1981 *Garanzie del credito e autonomia privata*, Napoli.
- BARBIERO A.,
Sponsorizzazioni: uno strumento per acquisire risorse, in *Azienditalia*,
n. 5, inserto.
- BARETTONI ARLERI,
1985 *Profili amministrativo-contabili nel leasing finanziario della pubblica
amministrazione utilizzatrice*, in *Rivista italiana del leasing*.
- BARZELAY M.,
2001 *The new public management, improving research and policy dialogue*,
California.
- Bassi N.,
2001 *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano.
- Batbie A.,
1868 *Traité de droit public et administratif*, Parigi, vol. II.
- BENNET R. J.,
1993 *Local government in Europe: common direction of change*, London.
- BENVENUTI F.,
1952 *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir.
pubbl.*
1958 *La concessione di opere pubbliche*, in *Acque, bonif. e costr.*
1996 *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*,
Padova.

- BERTI G.,
1968 *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova.
- BETTI E.,
1960 *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. VASSALLI (a cura di),
Trattato di diritto civile, Torino.
- BEZZI D.,
2009 *Guida al terzo decreto correttivo. Le nuove disposizioni per la disciplina dei lavori pubblici (D. Lgs. N. 152/2008)*, Pordenone.
- BEZZI D., SANVITI G.,
1998 *Accordi di collaborazione e contratti di sponsorizzazione*, Milano.
- BIANCA C. M.,
1988 *Sponsorizzazione*, in Dig. disc. priv., vol. XV, Torino.
1992 *Sponsorizzazione tecnica e inadempimento contrattuale*, in Rivista dell'arbitrato.
2000 *Diritto civile, III, Il Contratto*, Milano.
- BIANCONI A.,
1995 *Il finanziamento delle grandi opere*, in *I Contratti*.
- BIONDI B.,
1960 *Le donazioni degli enti pubblici. Limiti e forma*, in *Giur. it.*, I, 2.
- BOBBIO N.,
1976 *Legalità*, in *Dizionario di Politica* (diretto da N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO), Torino.

BOGGIAN D.,

2005 *Il project financing per la realizzazione di impianti sportivi*, in *Econ. Dir. terz.*, 2005.

BORGONOV E.,

1996 *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Milano.

BOTTO A.,

2007 *Il secondo decreto correttivo (L. 113/2007) con particolare riferimento alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria*, intervento al Convegno organizzato dall'IGI, Roma 18 settembre 2007.

BOX S., GATTI S., NOVO M.,

1999 *L'intervento dei consulenti nelle operazioni di project financing*, in S. GATTI (a cura di), *Manuale di project financing*, Roma.

BULJEVICH E. C., PARK Y. S.,

1999 *Project financing and the international financial markets*, Washington.

CACCIARI A., DE ROSA C.,

2009 *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Napoli.

CALANDRA P.,

1957 *Brevi spunti in tema di concessioni*, in *Acque, bonif., costr.*

CALARCO F.,

1997 *Appunti pubblici di lavori: commento del Decreto legislativo n. 406/1991 e della legge quadro Merloni, n. 109/94, coordinato con la legge 2 giugno 1995, n. 216, analisi e problematiche della normativa comunitaria e italiana*, Milano.

CALARCO F.,

- 2008 *Manuale operativo sugli appalti di lavori pubblici. Analisi della legislazione nazionale e comunitaria con riferimento giurisprudenziale e commento degli articoli del Codice dopo la legge n. 113/2007*, Milano.

CAMARDA L.,

- 2002 *Project financing*, Trento, 2002.

Il project financing nella legge quadro e in prospettiva della legge obiettivo, Relazione al Convegno “*Il project financing e il suo rapporto con la programmazione di lavori pubblici, anche alla luce dei principi della legge obiettivo per la realizzazione di opere strategiche*”, in *Nuova rass. leg. dott. Giur.*

CAMMELLI C.,

- 1954 *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze.

CAMMELLI M.,

- 2001 *Decentramento e outsourcing nel settore della cultura: il doppio impasse*, in *Dir. pubbl.*, 1.

CAMMEO C.,

- 1900 *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (contratti di diritto pubblico)*, in *Giur. it.*, IV.

CAMMEO F.,

- 1954 *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze.
1992 *Corso di diritto amministrativo*, Padova, pag. 120.

CANCRINI A., PETULLÀ F.,

- 2002 *La Merloni-Quater*, Roma.

- CANCRINI A., PETULLÀ F.,
2002 *La Merloni-Quater: tutte le modifiche alla legge quadro sui lavori pubblici*, Milano.
- CANCRINI A., PISELLI P., CAPUZZA V.,
2007 *La nuova legge degli appalti pubblici*, Roma.
- CANNADA BARTOLI,
1950 *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano.
- CANTUCCI C.,
1942 *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova.
- CAPERCHIONE E., PEZZANI F.,
2000 *Responsabilità e trasparenza nella gestione dell'ente locale*, Milano.
- CAPONI GROR P.,
2008 *La motivazione nella scelta del contraente negli appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in www.giustiziaamministrativa.it.
- CAPPELLETTI G., FERRARI S., GATTI S., NOVO M.,
1999 *Le fasi preliminari*, in S. Gatti, *Manuale del project finance*, Roma.
- CARDI E.,
1983 *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini, vol. I.
- CARINGELLA F.,
1999 *La nuova legge quadro sui lavori pubblici: commentario*, Milano.
2006 *Manuale di diritto amministrativo*, Milano.

CARINGELLA F., DE MARZO G.,

2003 *La nuova disciplina dei lavori pubblici. Dalla legge quadro alla Merloni-quater*, Milano.

CARLASSARE L.,

1990 *Principio di legalità*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma.

CARLOTTI G.,

2008 *Novità del terzo decreto correttivo al Codice dei Contratti pubblici, D.Lgs. n. 152/2008*, in www.giustamm.it.

CARRE DE MALBERG R.,

1984 *La loi expression de la volonté générale*, Parigi.

CARRIÈRE P.,

1999 *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova.

CARTEI G. F.,

2008 *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati*, in G.F. CARTEI, *Responsabilità e concorrenza nel Codice dei contratti*, Napoli.

CARUGNO G.,

1950 *È ammissibile il recesso nelle concessioni amministrative di pubblico servizio?*, in *Acque, bonif. costr.*

CARULLO A., CLARIZIA A.,

2004 *La legge "quadro" in materia di lavori pubblici*, Padova.

CASCIO S. O., ARGINOFFI C.,

Contratti misti e contratti collegati, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XI.

CASSETTA E.,

2003 *Manuale di diritto amministrativo*, Milano.

CASSESE S.,

1937 *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano.

1974 *Concessione di opere pubbliche e partecipazioni statali*, in *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano.

1993 *Le persone giuridiche e lo Stato*, in *Contratto e impresa*.

1995 *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista di diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*

1996 *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Rivista Dir. pubbl. comunit.*

CASTIGNONE S.,

1977 *Legalità, legittimità, legittimazione*, in *Sociologia dir.*

CATAUDELLA A.,

2000 *I contratti*, parte generale, Torino.

CAVALLO D.,

2006 *I principi di pubblicità e trasparenza nel Codice Unico degli Appalti: rassegna degli adempimenti a carico delle amministrazioni aggiudicatrici*, Interventi al Seminario di studi sul Codice dei Contratti Pubblici organizzato dall'Acep, presso il Presidio Ospedaliero di Solfora 15 settembre 2006.

CAVALLO Perin,

- 2000 *I principi come disciplina guida del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento comunitario.*

CERULLI IRELLI V.,

- 2001 *Corso di diritto amministrativo*, Torino.
2003 *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Diritto amministrativo*.

CESARO E.,

- 1959 *Appunti sulla concessione di pubblico servizio. Natura e decadenza*, in *Temi Napoli*, I.

CHEVALLIER J.,

- 1922 *L'Etat de droit*, Parigi.
1988 *L'Etat de droit*, in *Revue de droit public*.

CHIRONI G.,

- 1987 *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, I, Torino.

CHITI M. P.,

- 2007 *Partenariato pubblico privato*, in *Enciclopedia Giuridica*, Il Sole 24 Ore, Milano.

CIANFLONE G.,

- 1988 *L'appalto di opere pubbliche*, Milano.

CICCONI I.,

- 2004 *Project financing nei lavori pubblici*, Roma.

CIMBALI G.,

1914 *Le strade private*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, (a cura di) V. E. ORLANDO, vol. VII, parte I, Milano.

CIRILLO G. P.,

1986 *Gruppo societario e personalità giuridica*, in *Rivista di diritto commerciale*, I.

CLARICH M.,

1995 *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XI, Torino.

COHEN R.,

2005 *Concessioni in BOT e strutture disaggregate nel project financing per infrastrutture*, in *Econ. Dir. terz.*

COHEN R., COMITO V., DAL PRATO L.,

1995 *La gestione finanziaria dei progetti. Dal contract financing al project financing*, Milano.

COLETTA A.,

2008 *Finanza di progetto e terzo correttivo del Codice dei contratti*, in www.giustamm.it.

COLLEVECCHIO M.,

2008 *Prime riflessioni sulle modifiche della finanza di progetto inserite nel "correttivo 3"*, Convegno IGI 30 settembre 2008.

COLLINA P.,

1964 *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, Milano.

- COLOMBO C.,
1999 *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova.
- COSTANTINO L.,
2003 *Profili privatistici del project financing e gruppi di contratti*, in *Contratto e impresa*.
- COSTANZA L.,
1981 *Il contratto atipico*, Milano.
- CRISAFULLI A.,
1999 *Il nuovo sistema di qualificazione dopo la Merloni-ter*, in *Urbanistica e Appalti*, 4.
- CRISAFULLI V.,
1962 *Principio di legalità e “giusto procedimento”*, in *Giur. Cost.*
1971 *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Padova.
- CROCCO D, MANDRACCHIA E.,
2009 *Il Codice dei Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: le modifiche apportate dal terzo decreto correttivo n. 152/2008*, Roma.
- D'ALBERTI M.,
1981 *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli.
- D'ALESSIO F.,
1917 *La concessione a privati della gestione di servizi pubblici*, in *Giur. ital.*, I, 2.

D'ANTONIO A.,

1985 *La promozione culturale: l'intervento dei privati ai fini dell'utilità generale*, Relazione al Convegno organizzato dall'ISLE, Roma 6 giugno 1985.

D'ARPE E.,

2006 *Brevi considerazioni di commento al Codice degli appalti pubblici*, in *Giurisdizione amministrativa*, 7-8.

DABIZZI F.,

2002 *Il trust e il project financing*, in *Giur. Comm.*, vol. 6.

DAL LAGO V.,

1983 *Aspetti giuridici nella sponsorizzazione dello sport.*, in RDS.

DALL'OCCHIO M.,

1995 *Finanza d'azienda. Analisi e valutazioni per le decisioni d'impresa*, Milano.

DAMODARAN A.,

1996 *Manuale di valutazione finanziaria*, Milano.

DAMONTE R.,

1999 *Partecipazione alla gare d'appalto di imprese controllate o collegate: le novità dopo la Merloni-ter*, in *Urbanistica e Appalti*, 4.

DE BENEDETTI C.,

2006 *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Il riparto di potestà legislative tra Stato e Regioni*, in *Giustizia amministrativa, Rivista elettronica di diritto pubblico*, www.giustamm.it, 12.

DE GIORGI V.,

1988 *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Padova.

DELL'AQUILA E.,

1900 *Osservazioni sui contratti complessi e misti*, in *Rivista giuridica sarda*.

DE LISE P.,

2006 *Presentazione al nuovo Codice degli appalti*, in www.giustamm.it, *Rivista Elettronica di diritto pubblico*, 3.

2007 *Premessa*, in AA.VV., *Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Torino.

DE NICTOLIS R.,

2006 *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Roma.

2008 *Novità in materia di lavori pubblici (L. 166/2002 e L.190/2002)*, in www.giustiziaamministrativa.it.

Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del Codice dei Contratti, in *Urbanistica e Appalti*, 11.

DE NOVA G.,

1974 *Il tipo contrattuale*, Padova.

DE PRETIS D.,

L'attività contrattuale della pubblica amministrazione e l'art. 1-bis della legge n. 241/'90: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità, in www.Giust.amm.it.

DE ROSE C.,

1995 *La Merloni-bis sulle opere pubbliche (Legge 2 giugno 1995, n. 216): principali aspetti innovativi e loro compatibilità comunitaria*, in *Consiglio di Stato*, 7-5.

DE SILVESTRI P.,

1983 *Le operazioni di sponsorizzazione e il merchandising delle società calcistiche*, in *Riv. dir. sport*.

DE VALLES A.,

Concessioni, in *Nuovo Digesto italiano*, vol. II.

DICEY A.,

1959 *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, Londra.

Dipace R.,

2006 *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano.

2008 *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, Relazione al Convegno del Consiglio Nazionale forense intitolato "L'appalto Tra diritto pubblico e diritto privato", Roma 10 ottobre 2008.

DI SABATO F.,

1959 *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Rivista di diritto civile*, I.

DRAETTA U.,

1997 *Il project financing nella prassi di governo internazionale*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ, *IL project financing. Caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano.

DUGATO M.,

1996 *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per controlli*, Milano.

ELESTICI S.,

1994 *I contratti di pubblicità*, Milano.

EISENMANN C.,

1957 *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Conseil d'Etat. Etudes et documents*, Parigi.

EPSTEIN D. G., MARTIN J. A., HENNING W. H., STEVE H.,

1988 *Basic Uniform Commercial code*, West/Thomson/Foundation Press.

ESPOSITO C.,

1954 *Commento all'art. I della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova.

FALCON A.,

1993 *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova.

FALCON G.,

1986 *Le concessioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano.

FAVA C. F.,

2004 *Project financing*, Milano.

FAVARA F.,

1974 *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di concessioni e la concessione contratto*, in *Rass. Avv. Stato*, III, parte I.

FELICETTI C.,

2007 *PPP e Project Finance. Il trasferimento dei rischi e il payment mechanism nei contratti di PPP*, Roma.

FELICIANI A.,

1989 *Turn-Key contract for heavy plants*, in *Diritto commerciale internazionale*.

FERRANDO G.,

1997 *Recenti orientamenti in tema di collegamento contrattuale*, in *Nuova giur. civile e commerciale*, II.

FERRARA F., CORSI F.,

2002 *Gli imprenditori e le società*, Milano.

FERRARI M., JURG G.,

2009 *New Public Trajectories of Administrative Change in Italy, France, Greece, Portugal and Spain*, Londra.

FERRI G. B.,

1989 *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini.

1996 *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano.

FERRO A.,

1994 *Gli appalti pubblici nel mercato pubblico europeo ed il processo di adeguamento delle legislazioni nazionali alle direttive europee*, Milano.

FINNERTY J. D.,

2007 *Project financing. Asset-Based Financial Engineering*, New York.

FIORAVANTI M.,

1994 *Principio di legalità e Stato di diritto*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 5, Torino.

FIorentino L.,

2006 *Il Codice degli appalti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11.

- FIORILLO M.,
1993 *I contratti internazionali di costruzione e consegna di impianti industriali*, in *Diritto commerciale internazionale*.
- FLEINER O.,
1928 *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tubinga.
- FOIS S.,
1973 *Principio di legalità*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano.
- FORLENZA O.,
2008 *Project financing: un sistema più complesso*, in *Guida al Diritto*, 9.
- FORTI U.,
1900 *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, IV.
1937 *Studi di diritto pubblico*, vol. I, Roma.
1947 *Diritto amministrativo*, vol. II, Roma.
- FRACCHIA F., CARROZZA L.,
2004 *Il difficile equilibrio tra fra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18*, in www.giustamm.it.
- FRAGOLA G.,
1964 *Gli atti amministrativi*, Napoli.
- FRANCANZANI M. M.,
2008 *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: fra concorrenza e turbata libertà degli incanti*, Relazione al Convegno Università di Padova, 29 settembre 2008.

FRANCHINI C.,

- 1994 *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle "interferenze" tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm.*
- 1997 *La disciplina dell'alta velocità tra esigenze di garanzia e incertezze normative*, in *Dir. Amm.*, 3.
- 2007 *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino.

FRIGNANI A., DESSI A., INTROVIGNE M.,

- 1993 *Sponsorizzazione, merchandising, pubblicità*, Torino.

FURLANETTO L.,

- 2002 *Il Project financing negli appalti pubblici*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di) *Il Project financing. Soggetti Disciplina Contratti*, Milano.

FUSI V.,

- 1968 *I contratti di pubblicità*, Milano.
- 1993 *I contratti di pubblicità*, IN C. VACCÀ (a cura di), *La pubblicità. Figure contrattuali, tutela del consumatore, salvaguardia della concorrenza*, Milano.

GABRIELLI E.,

- 1996 *I negozi costitutivi delle garanzie reali*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 7.

GALATERIA L.,

- 1943 *Il negozio di concessione amministrativa*, Milano.

GALGANO F.,

- 1933 *Diritto civile e commerciale*, vol. II, Tomo I, Padova.

GALLO C. E.,

- 1957 *Contratto di diritto pubblico*, in *Noviss. Dig. Ital.*

- GALLO C. E.,
2001 *La finanza di progetto*, in R. VILLA, *L'appalto di opere pubbliche*, Padova.
- GAMBARO A.,
1999 *Trust*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, XIX.
- GARBIN C.,
2002 *Project financing*, in *Nuova rassegna di legislazione e dottrina giuridica*.
- GAROFOLI F., SANDULLI M. A.,
2005 *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18 e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano.
- GAROFOLI G., FERRARI G.,
2009 *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, Milano.
- GAROFOLI R.,
2005 *Il nuovo testo unico europeo degli appalti pubblici (Direttiva 2004/18/CE). Le principali novità e le persistenti lacune regolamentari*, in *Servizi pubblici e appalti*.
- GASPARI E.,
Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e la sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto, in www.giustamm.it
- GATTI S.,
1990 *Sponsorizzazione*, in *Enc. del diritto*, vol. XLII, Milano.
1999 *Manuale del project finance*, Roma.
Il mercato del project financing in Italia, in S. GATTI, *Manuale del project finance*, Roma.

- GAZZONI F.,
1996 *Manuale di diritto privato*, Napoli.
- GENTILE M.,
2009 *Project financing: la nuova disciplina*, Roma.
- GENTILE M., VARLARO SINISI A.,
2007 *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Santarcangelo di Romagna.
- GENTILI A.,
1990 *La risoluzione parziale*, Napoli.
- GHIAINI A., MERCATI M.,
1999 *Le novità sugli appalti alla luce della Merloni-ter*, in *I Contratti*.
- GIACCHETTI S.,
1976 *Profili funzionali della concessione di costruzione di opere pubbliche*,
in *Arch. giur. oo. pp.*, II, 1.
- GIACOBBE E.,
1991 *Atipicità del contratto di sponsorizzazione*, in *RCD*, vol. II.
- GIAMPAOLINO L.,
2006 *Il nuovo Codice degli appalti: rischi ed opportunità*, Intervento al
Master in e-procurement organizzato dalla Facoltà di Economia, Giurisprudenza e Ingegneria dell'Università di Tor Vergata, 31 marzo 2006,
in www.amministrazioneincammino.it.
- GIAMPAOLINO L., SANDULLI M. A., STANCANELLI G.,
2001 *Commento al regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, Milano.

GIANI R.,

2008 *I contratti pubblici dopo il secondo correttivo*, Roma.

2009 *I contratti pubblici dopo il terzo correttivo*, Roma.

GIANNINI M. S.,

1939 *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano.

1993 *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano.

GIANZANA S.,

1879 *Le acque nel diritto civile italiano*, Torino.

GIOIA G.,

1999 *Outsourcing: nuove tecniche di gestione aziendale e rapporti contrattuali*, in *Corr. Giust.*

GIORDANO F.,

1993 *Il Project financing per le opere pubbliche in Italia. Settori di intervento, innovazioni, normative, modelli sperimentali*, Roma.

GIORGI G.,

1981 *Le dottrine delle persone giuridiche e dei corpi morali*, Firenze.

GIORGIANNI M.,

1937 *Negozi giuridici collegati*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*.

2008 *Discrezionalità tecnica e amministrativa nella scelta della proposta del promotore*, in *Urbanistica e Appalti*, 9.

GIRELLI G., MILANI M.,

2003 *Prontuario per la legge 109/1994*, Roma.

GIURDANELLA C.,

2007 *Commento al Codice dei contratti pubblici. Come cambiano gli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi dopo il D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163*, Napoli.

GRANATA E.,

1997 *Il project financing: applicazioni in Italia e scenari normativi*, in *Iter legis*.

GRASSO G.,

2009 *Commento all'art. 153*, in GAROFOLI R., FERRARI G., *Codice degli appalti pubblici e nuovo regolamento*, Milano.

GRECO G.,

1986 *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: i contratti ad evidenza pubblica*, Milano.

2003 *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino.

GRECO M., MASSARI A.,

2006 *Le nuove direttive comunitarie sugli appalti pubblici. Guida pratica all'applicazione delle direttive 2004/18 e 2004/17*, Santarcangelo di Romagna.

GRECO R.,

La natura giuridica delle procedure di project financing dopo il terzo decreto correttivo al Codice degli Appalti pubblici, in www.giustiziaamministrativa.it.

GRENON A.,

1980 *Project financing: concepts fondamentaux et aspects juridiques*, in *Dr. Prat. Comm. Int.*

GRIPPO E., MANCA F.,

2008 *Manuale breve di diritto dell'energia*, Padova.

GUASTINI R.,

1994 *Principio di legalità*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino.

GUARINO G.,

1962 *Partecipazione dello Stato al capitale degli enti pubblici e controllo della Corte dei Conti*, ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano.

1992 *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*

GUCCIONE C., PASQUINI G., GALLI D., COSTANTINI A., DE MASI C., MASSI A.,

1999 *Le innovazioni introdotte dalla Merloni-Ter alla legge-quadro in materia di lavori pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4.

GULLO F.,

1965 *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova.

GUZZO G.,

Alcune riflessioni sul project financing alla luce delle recenti pronunce del Consiglio di Stato, V sezione, n. 6287 del 10 novembre 2005, del CGA della Regione Sicilia, n. 974, del 22 dicembre 2005 e della legge n. 266 del 23 dicembre 2005, in www.lexitalia.it

Project financing: sistema di finanziamento a geometria variabile (tra dubbi di legittimità costituzionale, eclissi del promotore e incertezze legislative), in www.lexitalia.it

HAURIOU M.,

1893 *Précis de droit administratif et de droit public*, II, Parigi.

- IACOVINO C., TAVASSI V., TASSANDRO T.,
1996 *La donazione*, in A. CATAUDELLA, *La donazione*, Milano.
- IMPERATORI G.,
2003 *La finanza di progetto. Una tecnica, una cultura, una politica*, Milano.
- INVERNIZZI R.,
2006 *Il dialogo competitivo e tecnico*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano.
- IPSEN L.,
1956 *Öffentliche Subventionierung Privater*, Berlino.
- Irti N.,
2002 *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Rivista di diritto civile*.
- IUDICA G.,
2004 *Finanza di progetto: la prospettiva del diritto civile*, in F. FRACCHIA, F. FERRARI (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, Milano.
- IZZO A.,
1998 *Il collegamento contrattuale. Note in materia civile, arbitrale, internazionale e di conflitti di legge*, in *Nuova giur. civile e commerciale*, II.
- JELLINEK G.,
1892 *System der subiekt oeff Rechte*, Friburgo.
- JONES L. R., SCHENDEL K., WADE S. W.,
1998 *International Perspective on the New Public Management*, Londra.

KLECKNER M. E.,

1996 *Il project financing e il diritto italiano*, in W. TERNAU, *Project financing*, Milano.

KLEIMER S., MEGGISTON W.,

1999 *An empirical analysis of limited recourse project finance*, University of Oklahoma.

LABAND P.,

1878 *Staatsrecht des Deutsches Reichs*, Tubinga.

1925 *Il diritto pubblico dell'impero germanico*, Torino.

LANE J. E.,

2000 *New Public Management*, Londra.

LANERO M. G., VELLUTO G.,

2006 *Gli aspetti legali del project financing*, in S. GATTI, *Manuale di Project financing*, Milano.

LAZZARETTI F.,

2002 *Presentazione della Conferenza svoltasi a Tieni il 1° marzo 2002 dal titolo "Il project financing e il suo rapporto con la programmazione dei lavori pubblici anche alla luce dei principi della legge obiettivo per la realizzazione delle opere pubbliche"*, in *Nuova rassegna di legislazione e dottrina giuridica*.

LENER G.,

1999 *Profili del collegamento negoziale*, Milano.

LENZI R.,

2003 *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in D. CERRI, *La riforma del diritto societario*, Pisa.

LEONE G.,

1982 *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, Milano.

LEVI F.,

1967 *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino.

LO BUONO M.,

1988 *Project financing: garanzie indirette e tutela del finanziatore*, in *Quadrimestre*.

2005 *Le garanzie nel project financing*, in *Rivista di diritto civile*, II.

LOMBARDI G.,

1963 *Legittimità e legittimità*, in *Nss D. I.*, IX, Torino.

LOMBARDI GALLI DELLA LOGGIA G.,

1996 *Strumenti di finanziamento e ruolo della banca nel project financing*, in W. TERNAU, *Project Financing*, Milano.

LO PILATO V.,

2003 *Il trust e la finanza di progetto*, in *Giur. Comm.*, I.

LUPOI M.,

1997 *Trust*, Milano.

MACARIO F.,

1990 *Mutamenti del mercato internazionale delle fonti di energia e disciplina dei rapporti contrattuali*, in *Diritto dell'energia e mercato comune*, in *Quadernio della Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, Milano.

MACELLA P.,

1987 *I problemi di legittimità e di disciplina nei negozi atipici*, in *RDC*, I.

MAINO R.,

1993 *Il project financing nella realizzazione di opere e interventi pubblici*, in *Economia pubblica*, 9/10.

MANTELLINI G.,

1885 *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, vol.II.

MARCHIANÒ G.,

2004 *Prime osservazioni in merito alla direttiva di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive n. 17 e 18/2004*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 3.

MARZUOLI C.,

1982 *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano.

MASCOLINI A.,

1998 *Guida alla riforma degli appalti: la nuova legge quadro sui lavori pubblici-la cosiddetta Merloni-Ter*, in *Italia Oggi*, Documenti del 14 novembre 1998.

La direttiva degli appalti pubblici 2004/18, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, anno XII, 2.

MASSARI A., GRECO M.,

2007 *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Rimini.

MASSARI M.,

1998 *Finanza aziendale. Valutazione*, Milano.

MASTROPASQUA S.,

1993 *Le sponsorizzazioni culturali nel diritto pubblico*, in *Riv. giur.*

MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F. A., SCOCA F. G. (a cura di),
2002 *Diritto Amministrativo*, vol. II, Bologna.

Mazzone M.,
1978 *I sistemi di esecuzione delle opere pubbliche e la Cassa per il Mezzogiorno*, Roma.

MELONCELLI A.,
1976 *L'iniziativa amministrativa*, Milano.

MENEGUZZO M.,
2001 *Managerialità, innovazione e governance*, Roma.

MENSI M.,
2006 *Il "nuovo" codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni e spunti critici*, in *Iter legis*, 1-2.

MERUSI F.,
1965 *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano.

MERZ S.,
1976 *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*

MIELE G.,
1931 *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*,
Roma.

MIGLIORINI A.,
2004 *Project financing*, in P. CENDON, *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino.

MISCALI M.,

- 1994 *Aspetti fiscali del project financing*, LIUC Papers, Pubblicazione periodica dell'Università Carlo Cattaneo, 6.
- 1997 *La struttura delle operazioni di project financing: aspetti giuridici e fiscali*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ, *Il project financing. Caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano.

MONTANI F.,

- 2009 *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, Napoli.

MONTEDORO G., DIPACE R.,

- 2003 *Gli appalti di opere*, Milano.

MONTEFERRANTE L.,

- 2005 *La disciplina privatistica nell'adozione degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione*, in www.amministrazioneincammino.it, 6.

MOR G.,

- 1974 *Profili dell'amministrazione regionale*, Milano.

MORBIDELLI G., ZOPPOLATO M.,

- 2003 *Appalti pubblici*, in CHITI M. P., GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte speciale, tomo I, Milano.

MORI P.,

- 1991 *Concessioni e contratto nelle comunicazioni*, in *Riv. dir. pubbl.*
- 2008 *Il metodo aggregativo-compensatore come criterio di aggiudicazione nelle aste*, Dipartimento di Scienze economiche Università di Firenze, Working Paper, 12/8.

MORTATI C.,

1935 *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma.

1975 *Art. I Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma.

MURATORI F.,

1996 *Riflessioni su taluni aspetti giuridici significativi del project finance*, in *Resp. Comunic. Impr.*

NAGY P. G.,

1979 *Country risk. How to access. Quantify and Monitor It.*, Londra.

NAPOLITANO G.,

2003 *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano.

2005 *L'attività amministrativa ed il diritto privato*, in G.d.a.

NASLIN J.,

1996 *A Completely New Legal Experience*, in *International Business Lawyer*, vol. 24, n. 1.

NEATE F. W.,

1996 *Civil law and common law: rendez-vous in Eurotunnel*, in *International Business Lawyer*, vol. 24, n. 1.

NEGRI A.,

1970 *Legittimità*, in *Enc. Feltrinelli-Fischer*, Scienze politiche, Milano.

NEVITT P. K., FABOZZI F. J.,

1998 *Project financing*, in *Rivista milanese di economia*, Bari.

2000 *Project financing*, San Francisco.

NICOLETTI S.,

2002 *Il ruolo delle società di progetto nel project financing*, in *Nuova rassegna di legislazione e dottrina giuridica*.

NICOLINI U.,

1955 *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*, Padova.

NIGRO M.,

1984 *Lineamenti generali*, in AMATO G., BARBERA A., *Manuale di diritto pubblico*, Bologna.

2002 *Giustizia amministrativa*, Bologna.

NOUEL P.,

1996 “*Cartesian pragmatism*”: *Looking for Common principles in French and English law*, in *International Business Lawyer*, vol. 24, n. 1.

NOVO M.,

2006 *Gli aspetti legali del project financing*, in S. GATTI, *Manuale del project finance*, Roma.

NUZZI G. B.,

1998 *Il project financing in Italia: esperienze e prospettive*, in *Diritto commerciale internazionale*.

OLIVIERI L.,

2002 *La nuova legge quadro sui lavori pubblici (Commento alla legge n. 109/1994 nelle parti interessate dalle modifiche apportate dalla L. 166/2002)*, Milano.

OPPO G.,

1982 *Sulle erogazioni “gratuite” delle aziende di credito*, in *Banca Borsa*.

1992 *Scritti giuridici*, vol. IV, Padova.

- OPPO G.,
1942 *I contratti parasociali*, Milano.
- ORETO P.,
2007 *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Palermo.
- PAGANI M.,
2002 *Il ruolo delle banche: dall'asseverazione al lending*, Relazione al Convegno "Il project financing per lo sviluppo dei sistemi di trasporto" tenutosi a Castellana il 7 marzo 2002.
- PAGLIETTI C.,
2003 *Profili civilistici del project financing*, in *Nuova giur. civile e commerciale*, II.
- PALLOTTINO M.,
1982 *Lo strumento della concessione nell'edilizia residenziale pubblica*, in *Riv. giur. edil.*, II.
- PASSERIN D'ENTRÈVES A.,
1960 *Legalità e legittimità*, in *Studi in onore di E. CROSA*, II, Milano.
- PERICU G.,
1966 *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, vol. I.
- PERINI A.,
1954 *Il criterio distintivo tra concessioni di pubblici servizi e appalto*, in *Dir. e pratica tributaria*, II.

PERRINI F., TETI E.,

- 2005 *Le prospettive nell'utilizzo del project financing per i progetti culturali e artistici*, in *Econ. Dir. terz.*

PETROCCHI C.,

- 1953 *Le concessioni di opere pubbliche*, in *Riv. Amm.*

PEZZANI F.,

- 2000 *I nuovi strumenti finanziari nella gestione degli enti locali*, in *Economia & Management*, n. 3.
2001 *Il ruolo della finanza nel nuovo ente locale*, Il Sole 24 Ore, 9 Aprile.

PEZZI C.,

- 2002 *I profili civilistici del project financing*, in *Rivista trimestrale degli appalti*.

PICCIRILLI E. M.,

- 2002 *Il project financing nello scenario giuridico italiano*, in *Impr. Comm. Ind.*, 10.

PIPERATA G.,

- 2002 *Sponsorizzazione e appalti pubblici degli enti locali*, in *Riv. trim. app.*, vol. I.

PITTALIS M.,

- 2000 *Outsourcing*, in *Contr. Impr.*

PITTORE F.,

- 1996 *Le export credit agencies e il project financing*, in W. TERNAU, *Project financing. Aspetti economici, giuridici, finanziari, fiscali e contrattuali*, Milano.

PIVA P.,

2002 *Sub art. 119*, in M. BERTOLISSI (a cura di), *L'ordinamento degli enti locali*, Bologna.

Disciplina comunitaria e negoziazione con i privati nel project financing, Intervento alla Conferenza di Tienne del 1° marzo 2002 intitolata "Il Project financinge il suo rapporto con la programmazione dei lavori pubblici anche alla luce dei principi della legge obiettivo per la realizzazione di opere strategiche".

PLUCHINO C.,

2009 *Project financing e general contractor alla luce delle modifiche apportate dal terzo decreto correttivo n. 152/2008*, Roma.

POLLIT C., BOUCKAERT G.,

2002 *La riforma del management pubblico*, Milano.

PONTI A.,

2001 *Il project financing. Non solo strumento di realizzazione delle opere pubbliche, ma anche strumento di gestione*, in *Nuova Rassegna di legislazione e dottrina giuridica*, 9.

POTOTSCHNIG U.,

1995 *Concessione e appalto nell'esercizio dei pubblici servizi*, in *Jus*.

PRAGER J.,

1992 *Contracting out: Theory and Policy*, economic Research Report, New York University.

1994 *Contracting out government Service: lessons from the private sector*, in *Public Administration Review*, n. 6.

PRAGER J., DESAI S.,

- 1995 *La privatizzazione delle attività delle amministrazioni locali. Le lezioni da trarre dal metodo federale di affidamento all'esterno*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, n. 1.

PRESILLA S.,

- 2004 *La società di progetto: struttura portante del project financing*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*.

PRESUTTI E.,

- 1931 *Istituzioni di diritto amministrativo*, Messina.

PROTTO M.,

- 2004 *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, 7.
2007 *Osservatorio comunitario*, in *Urbanistica e Appalti*, 1.

PUGLIESE F. P.,

- Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma.

QUINZI L.,

- 2006 *Il Codice degli appalti pubblici: prime questioni*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 11.

RABITTI G. L.,

- 1996 *Project financing e collegamento contrattuale*, in *Contratto e Impresa*.

RABITTI BEDOGNI C.,

- 1997 *Trust e operazioni di finanziamento*, in *ABI, Il Trust nell'operatività delle banche italiane*, Roma.

RAGGI L.,

- 1917 *Sull'atto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*

RAIMONDO M.,

- 1996 *L'ente pubblico quale parte del contratto di sponsorizzazione*, in *N. Rass.*

RANELLETTI O.,

- 1894 *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, IV.

Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative, in *Riv. ital. scienze giur.*, vol. XVII.

- 1896 *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. ital. scienze giur.*, vol. XX.

- 1949 *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano.

RANGONE C.,

- 2008 *Art. 3, 15 ter. Decreto correttivo al Codice degli Appalti pubblici*, Convegno IGI, 14 ottobre 2008.

RAPPAZZO A.,

- 1998 *I contratti collegati*, Milano.

RAUNER S. E.,

- 1983 *Project financing: a risk spreading approach to the commercial financing of economic development*, in *Harvard International Law Journal*.

REALE V.,

- 2007 *Il nuovo codice degli appalti servizi e forniture: prime considerazioni*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrinae giurisprudenza*.

REBOA M.,

- 1989 *Strategie economiche-finanziarie, parametri e modelli di valutazione*, Milano.

REBORA G. F.,

1988 *Il cambiamento organizzativo nella pubblica amministrazione*, in *Azienda pubblica*, n. 1.

1995 *Organizzazione e politiche del personale nelle amministrazioni pubbliche*, Milano.

REBORA G. F., MENEGUZZO M.,

1990 *Strategie delle amministrazioni pubbliche*, Torino.

RIBOLZI C.,

1959 *Sul contenuto delle concessioni-contratto*, in *Foro Pad.*, I.

RICCHI M.,

2005 *Project financing e Floating Gharge: garanzie per i finanziatori, pignoramento di beni a consistenza variabile e spossessamento cooperativo*, in *Econ. Dir. terz.*, I.

2008 *La finanza di progetto nel Codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e Appalti*, 12.

Negoauction, discrezionalità e dialogo competitivo, in *Studi e Contributi*.

La finanza di progetto nel Codice dei contratti, in www.UTFP.it.

RISMONDO R.,

2004 *Operazioni di project financing*, dal Corso specialistico in “Esperto di project financing”, anno 2004, presso il MIB School of Management di Trieste.

RISTUCCIA S.,

2006 *PPP: definizioni, divagazioni e provocazioni*, in *Queste istituzioni*, n. 140/43.

ROBLES M.,

2005 *Project financing “pubblico” e formazione del consenso negoziale*, in *Rivista di diritto privato*.

Partecipazione bancaria e project financing “pubblico”, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, 4.

ROEHRSEN G.,

1971 *La concessione nel quadro dei sistemi di esecuzione delle opere pubbliche*, in *Rass. lav. pubbl.*

ROMANO A.,

1993 *Introduzione*, in *Diritto amministrativo*, Bologna.

ROMANO S.,

1937 *Corso di diritto amministrativo*, Padova.

ROMANO S. A.,

1979 *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano.

1987 *Attività di diritto privato della p.a.*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Torino.

ROSS S., WESTERFIELD R. W., JAFFE J. F.,

1996 *Finanza Aziendale*, Bologna.

ROTA G. L., RUSCONI G.,

2007 *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Torino.

ROVERSI R.,

1997 *I contratti di outsourcing della manutenzione*, in *I Contratti*.

RUSCONI G.,

2007 *Codice degli appalti*, Milano.

RUSSO M.,

- 2006 *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Una interessante iniziativa dell'Università di Teramo*, in P.Q.M., 1.

RUSSO T. V.,

- 2004 *Il project financing. Interessi e controlli nella finanza di progetto*, in *Rassegna di diritto civile*, I, Saggi.
2007 *Project financing*, Napoli.

SACCO R.,

- 1966 *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.

SALA G.,

- 1993 *Potere amministrativo e principi di ordinamento*, Milano.

SALVATO C.,

- 1997 *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Il project financing. Caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano.

SALVATO G., TAMBURI G. (a cura di),

- 1996 *Privatizzare con il project financing. Tecniche, evoluzioni normative, esperienze e proposte per finanziare le opere pubbliche in uno Stato senza soldi*, Roma.

SALVATORE L.,

- 2000 *Il trend favorevole all'operatività del trust in Italia: esame ragionato di alcuni trust compatibili in un'ottica notarile*, in *Contratto e Impresa*.

SAMBRI S.,

2004 *Il dialogo competitivo: ambito di applicazione e portata innovativa nel sistema innovativo degli appalti pubblici*, Convegno IGI, 13 luglio 2004.

SAMBRI S. M.,

2006 *Project financing. La finanza di progetto per la realizzazione delle opere pubbliche*, in E. PICCOZZA, E. GABRIELLI, *Trattato di diritto dell'economia*, Padova.

SANDULLI A.,

1989 *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli.

SANDULLI M. A.,

1984 *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, vol. II.

SANDULLI M. A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R.,

2008 *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, vol. I.

SANGERRANO F.,

1996 *La dicotomia contratti misti-contratti collegati: tra elasticità del tipo e atipicità del contratto*, in *Rivista di diritto commerciale*, II.

SANI A.,

2006 *Atti di destinazione e trust interno: possibili ambiti applicativi*, in *Dir. prat. Soci*, 16.

SANINO M.,

2008 *Commento al Codice dei contratti pubblici relativo a lavori, servizi e forniture*, Torino.

SANTORO E.,

2005 *Le materie di contabilità pubblica*, Rimini.

2006 *Manuale dei Contratti pubblici*, Rimini.

2007 *Trattato breve di diritto dei contratti pubblici: commento al Codice dei Contratti pubblici e ai contratti fuori codice*, Sant'Arcangelo di Romagna.

SANTORO L.,

2004 *Il Trust in Italia*, Milano.

SATTA F.,

1969 *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Milano.

SCAGLIONE F.,

2005 *Compatibilità del trust con il sistema del diritto italiano*, in *Trust ed attività fiduciarie*.

SCANO D.,

2006 *Il project financing*, Milano.

SCHMITT C.,

1932 *Legalität und Legimität*, Monaco-Lipsia, ora parzialmente ripubblicato in *Le categorie del politico*, Bologna, 1972.

SCOGNAMIGLIO C.,

1992 *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova.

SCOTTI CAMUZZI S.,

2002 *Il project financing nel settore pubblico e la legge Merloni-Ter*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*.

SEGANTI F.,

- 2004 *Il PIM-Preliminary Information Memorandum*, dispensa per il corso specialistico in “Esperto in Project financing”, anno 2004, presso il MIB School of Management di Trieste.

SERRANI D.,

- 1969 *Lo Stato finanziatore*, Milano.

SEPE M.,

- 1996 *Finanziamenti alle imprese: costituzione di privilegi*, in P. FERRO LUZZI, G. CASTALDI, *La nuova legge bancaria. Commentario*, Milano.

SEPE O.,

- 1954 *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano.

SICLARI R.,

- 2000 *Il Trust nella Convenzione dell’Aja: un nuovo modello negoziale*, in *Rassegna di diritto civile*.

SILVESTRI E.,

- 1956 *Il riscatto nelle concessioni amministrative*, Milano.
1961 *Concessioni amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano.

SORACE D., ORSI BATTAGLINI A., RUFFILLI R.,

- 1981 *Diritto pubblico*, Firenze.

SORDI B.,

- 1995 *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*

SPAGNOLO VIGORITA V.,

- 1962 *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli.

SPINA I., RIVECCIO L.,

2006 *Project financing. Metodi ed organizzazione dei progetti di finanza innovativa*, Napoli.

STIPO M.,

1988 *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, vol. III.

STRADOLINI A.,

1972 *Brevi cenni in tema di criterio discriminatore tra l'appalto e la concessione di un pubblico servizio*, in *Dir. e Giust.*

TABARRINI A., TABARRINI L.,

1999 *Le nuove norme in materia di lavori pubblici: commento alla Merloni-Ter*, Rimini.

2003 *Merloni-Quater. Le nuove norme interne di lavori pubblici*, Rimini.

TAMAROWSKI C.,

2001 *Project financing e opere pubbliche in Italia. Il settore della costruzione*, Milano.

TAMBURI G.,

2002 *Come applicare il project financing alle opere "calde" e alle opere "fredde"*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Il project financing. Soggetti Disciplina Contratti*, Milano.

TANNER B., RAWLINSON D.,

1996 *Financial management in local government*, Londra.

TASSAN MAZZOCCO D., ANGELETTI C., ZOPPOLATO M.,

1999 *La legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-Ter): commento alla legge 18 novembre 1998 n. 415*, Milano.

- TERNAU W.,
1996 *Project financing*, Milano, 1996.
- TERRIBILE P.,
1995 *L'azione dell'UNICRAL in materia di Build-Operate-Transfer project financing*, in *Diritto commerciale internazionale*.
- TERZAGHI R.,
1983 *La sponsorizzazione nell'atletica leggera. Profili privatistici e aspetti contrattuali*, Roma-Milano.
- TOFFOLETTO A.,
2004 *Project financing e profili di diritto societario: alcune riflessioni alla luce della riforma delle società di capitali*, in G. F. FERRARI, F. FRACCHIA, *Project financing e opere pubbliche*, Milano.
- TORRENTE A., SCHLESINGER P.,
2002 *Manuale di diritto privato*, Milano.
- TORTORELLI E.,
1996 *Project financing e enti finanziatori multilaterali: criteri di valutazione e analisi dei rischi*, in W. TERNAU, *Project financing*, Milano.
- TOSI F.,
2001 *Il contratto di outsourcing di sistema informatico*, Milano.
- TOTARO F.,
2005 *Il project financing*, in V. CUFFARO, *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Bologna.

- TRAVI A.,
1995 *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*
- TREITEL G. H.,
2001 *The Law of contract*, Londra.
- TREVES G.,
1960 *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in Studi in onore di E. CROSA, Milano.
- TULLIO A.,
1992 *Il gruppo di società: riflessioni in tema di tutela dei soci di minoranza e dei creditori delle società controllate*, in *Giustizia civile*.
2003 *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano.
- UCKMAR V.,
2002 *Aspetti giuridici e fiscali del project financing*, in *Dir. prat. trib.*, I.
- VERDE C.,
1989 *Il contratto di sponsorizzazione*, Napoli.
- VERONELLI A.,
1996 *Fnanziamenti di progetto. Aspetti societari e contrattuali*, Milano.
- VESPERINI G.,
Le privatizzazioni nel settore industriale pubblico, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione italiana. Un profilo*, Bologna, II ed.
- VIDIRI G.,
2001 *Contratto di sponsorizzazione: natura e disciplina*, in *Giust. Civ.*, 1.

- VILLA R.,
2001 *L'appalto di opere pubbliche*, Padova.
- VILLANI M.,
1980 *Disciplina tributaria delle cosiddette "sponsorizzazioni" nel campo dello sport*, in *Tributi*, 5.
- VIRGA P.,
1961 *Contratto (Diritto amministrativo). Teoria generale del contratto di diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, vol. IX.
- VITALE C.,
2004 *La nuova disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli Appalti*, 4.
- WADE W.,
1988 *Administrative Law*, Oxford.
- ZAGREBELSKY G.,
1992 *Il diritto mite*, Torino.
- ZANETTI L.,
2001 *Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato: il nuovo assetto delle agevolazioni fiscali al mecenatismo culturale*, in *Aedon*, 2.
- ZANOBINI G.,
1924 *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*
1935 *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano* diretto da Orlando, Milano.
1958 *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano.

Fonti normative

- ❖ Legge n. 100/1990
 - ❖ Legge n. 233/1990
 - ❖ Legge n. 241/1990
 - ❖ D.Lgs. n. 406/1991
 - ❖ Legge n. 109/1994
 - ❖ Legge n. 126/1995
 - ❖ Legge n. 59/1997
 - ❖ Legge n. 127/1997
 - ❖ Legge n. 415/1998
 - ❖ Legge n. 3/2001
 - ❖ D.Lgs. n. 267/2000
 - ❖ Legge n. 166/2002
 - ❖ Legge n. 190/2002
 - ❖ D.Lgs. n. 6/2003
 - ❖ Legge n. 15/2005
 - ❖ Legge n. 62/2005
 - ❖ D.Lgs. n. 163/2006
 - ❖ D.Lg. n. 223/2006
 - ❖ Legge n. 296/2006
 - ❖ D.Lgs. n. 152/2008
-
- ❖ Regolamento CEE n. 1191/69
 - ❖ Regolamento CEE n. 1893/1991
 - ❖ Direttiva n. 92/50/CEE
 - ❖ Direttiva n. 93/36/CEE
 - ❖ Direttiva n. 93/37/CEE
 - ❖ Direttiva n. 93/238/CEE
 - ❖ Direttiva n. 2004/17/CEE
 - ❖ Direttiva n. 2004/18/CEE

Fonti giurisprudenziali

- ❖ Cass. Civ., sentenza n. 1423/1961
- ❖ Cass. Civ., sentenza n. 2380/1969
- ❖ Cass. Civ., sentenza n. 3701/1971
- ❖ Cass. Civ., sentenza n. 63/1973
- ❖ Cass. Civ., sentenza n. 751/1977
- ❖ Cass. Civ., sentenza n. 1346/1978
- ❖ Cass. Civ., sentenza n. 1126/1980
- ❖ Cass. Civ., sentenza n. 4291/1981
- ❖ C. Giust. Amm. Sic., sentenza n. 1607/1995
- ❖ Cass. Civ., sentenza n. 4645/1995
- ❖ Cass. Civ., sentenza n. 12733/1995
- ❖ Cons. Stato, sentenza n. 226/1998
- ❖ Cons. Stato, sentenza n. 2237/2000
- ❖ Cass. Civ., sentenza n. 8844/2001
- ❖ Cons. Stato, sentenza n. 4989/2001
- ❖ Cons. Stato, sentenza n. 6073/2001
- ❖ Cons. Stato, Ad. Plenaria, sentenza n. 6/2002
- ❖ Cons. Stato, sentenza n. 5442/2002
- ❖ TAR Molise, sentenza n. 742/2002
- ❖ Corte Costituzionale, sentenza n. 303/2003
- ❖ Cass. Civ., sentenza n. 11240/2003
- ❖ Cass. Civ., sentenza n. 18655/2004
- ❖ TAR Campania, sentenza n. 914/2004
- ❖ TAR Toscana, sentenza n. 2860/2004
- ❖ Cass. Civ., sentenza n. 13399/2005
- ❖ Cons. Stato, sentenza n. 1802/2005
- ❖ Cons. Stato, sentenza n. 5316/2005
- ❖ Cons. Stato, sentenza n. 6287/2005
- ❖ TAR Toscana, sentenza n. 2051/2005

- ❖ Cass. Civ., sentenza n. 2642/2006
 - ❖ TAR Lazio-Roma, sentenza n. 1654/2006
 - ❖ TAR Brescia, sentenza n. 87/2007
 - ❖ TAR Lazio-Roma, sentenza n. 1321/2007
 - ❖ TAR Lazio-Roma, sentenza n. 3893/2007
 - ❖ Cons. Stato, sentenza n. 2246/2007
 - ❖ Cons. Stato, sentenza n. 3814/2007
 - ❖ Cons. Stato, sentenza n. 5310/2007
 - ❖ Cass. Civ., sentenza n. 11656/2008
 - ❖ Cons. Stato, sentenza n. 2355/2008
 - ❖ TAR Friuli Venezia Giulia, sentenza n. 112/2008
 - ❖ TAR Puglia-Lecce, sentenza n. 563/2008
 - ❖ TAR Emilia Romagna-Bologna, sentenza n. 1552/2008
-
- ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 19 giugno 1980, cause riunite 41, 121, 796/1979
 - ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 8 ottobre 1980, causa 810/1979
 - ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 17 dicembre 1981, causa 279/1980
 - ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 3 febbraio 1982, cause riunite 62 e 63/1981
 - ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 10 marzo 1987, causa 199/1985
 - ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 20 settembre 1988, causa 31/1987
 - ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 11 luglio 1989, causa 265/1987
 - ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 5 dicembre 1989, causa 3/1988
 - ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 7 maggio 1991, causa 340/1989
 - ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 26 febbraio 1992, causa 357/1989
 - ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 22 giugno 1993, causa 243/1989
 - ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 25 luglio 1991, causa 76/1990
 - ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 7 luglio 1992, causa 295/1990
 - ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 13 luglio 1993, causa 330/1991
 - ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 17 novembre 1993, causa 71/1992
 - ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 27 ottobre 1993, causa 127/1992

- ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 19 aprile 1994, causa 331/1992
- ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 17 maggio 1994, causa 18/1993
- ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 25 aprile 1996, causa 87/1994
- ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 10 novembre 1998, causa 360/1996
- ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 1 ottobre 1998, causa 38/1997
- ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 8 luglio 1999, causa 226/1997
- ❖ Corte Giustizia UE, sentenza 18 novembre 1999, causa 275/1998

Sitografia

www.amministrazioneincammino.it

www.giustamm.it

www.giustiziaamministrativa.it

www.lexitalia.it

www.servizipubblicilocali.it

www.UTFP.it