

la scelta della proposta che sarà dichiarata di pubblico interesse. In questa fase l'amministrazione dovrà assicurare ai promotori l'osservanza di una serie di principi richiamati nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 1997, n. 97/52/CE che modifica le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione rispettivamente degli appalti pubblici di servizi, degli appalti pubblici di forniture e degli appalti pubblici di lavori⁴⁵. In particolare, l'amministrazione aggiudicatrice non potrà divulgare talune delle informazioni relative alle proposte degli altri promotori, qualora la loro diffusione:

- ostacoli l'applicazione della legge;
- sia contraria al pubblico interesse;
- pregiudichi i legittimi interessi commerciali di particolari imprese, pubbliche o private;
- possa compromettere la libera concorrenza tra gli imprenditori.

Tali principi sono fondamentali in materia di appalti pubblici ed applicabili, in via analogica, anche alla procedura in esame.

Questione particolarmente delicata è la delimitazione del concetto di interesse pubblico, dal momento che questo ha carattere generale, ponendosi come una sorta di contenitore da riempire di volta in volta, a seconda della situazione concreta, degli elementi peculiari che lo caratterizzano, della legislazione di settore, della comunità esponenziale dell'interesse pubblico, della tipologia di opera da realizzare, etc.. L'interesse pubblico è, quindi, un concetto mutevole, frutto di considerazioni puntuali da effettuare di volta in volta, in quanto estrinsecazione di una valutazione discrezionale, parametrata, nel singolo caso di specie, a criteri che indicano i limiti entro i quali deve essere effettuata la valutazione. Nel caso dell'art.37^{ter} della legge 109/94, la valutazione dell'interesse pubblico deve essere mirata a garantire che la particolare soluzione tecnica - intesa in senso lato - identificata dalla proposta, risponda, nel modo migliore alle esigenze dell'amministrazione, così come esplicitate negli strumenti di programmazione.

5.9.3 Rilevanza della motivazione dell'atto amministrativo che conclude l'iter di valutazione

In relazione all'ampia discrezionalità della decisione ed agli interessi coinvolti, l'amministrazione è tenuta a motivare adeguatamente la scelta ed in particolare ad indicare con precisione e concretezza i motivi per cui una o più proposte non siano state ritenute portatrici di interesse pubblico pari a quelle prescelte, o comunque di interesse pubblico adeguato.

⁴⁵ Tale direttiva ha realizzato un coordinamento delle procedure nazionali applicabili in materia di appalti pubblici rispettivamente di servizi, di forniture e di lavori, al fine di instaurare pari condizioni di partecipazione a detti appalti in tutti gli Stati membri (G.U.C.E. 28 novembre 1997, L.328, p.1, recepita con d.lgs. 25 febbraio 2000, n.65).

Una puntuale motivazione tecnica tutela maggiormente la scelta dell'amministrazione da eventuali impugnazioni - per eccesso di potere - dell'atto con il quale è formalizzata la scelta.

La valutazione discrezionale dell'amministrazione nella cernita delle proposte, sebbene insindacabile nel merito, non sfugge al controllo giurisdizionale per gli ordinari vizi di legittimità, in particolare sotto il profilo della *motivazione* e del rispetto delle *garanzie procedurali*, dal momento che, anche se tale fase non riveste tutti i caratteri della gara pubblica, l'art.37^{ter} della legge 109/94 contiene una *struttura procedimentale minima*.

La motivazione dovrà, quindi, dare congruamente conto delle ragioni della scelta in esito alla valutazione comparativa e dei motivi che hanno determinato la reiezione delle osservazioni e/o integrazioni presentate dai promotori.

5.9.4 Commissione di esperti

L'UFP ritiene che possa essere d'ausilio all'amministrazione nominare una commissione di esperti - preordinata alla valutazione delle proposte presentate dai promotori - in cui sia garantito l'apporto di diverse professionalità, per addivenire ad una corretta valutazione ed alla conseguente scelta della proposta di interesse pubblico. A tal fine l'amministrazione può stabilire, con proprio regolamento, i criteri di scelta dei membri della commissione, ispirandosi anche alle indicazioni di cui all'art.21, commi 4 e 5 della legge 109/94, laddove impongono di tenere conto della specifica materia cui si riferiscono i lavori ed individuano i requisiti di idoneità soggettiva dei commissari al fine di garantirne l'imparzialità. Tali disposizioni, interpretate in via analogica, forniscono, infatti, un valido orientamento da tenere presente, seppure con i dovuti temperamenti, giustificati dalla diversità della fase di valutazione delle proposte di realizzazione delle opere rispetto a quella, successiva, di scelta del concessionario.

Nella valutazione dell'interesse pubblico l'UFP, invece, ritiene che la commissione di valutazione debba essere organo di carattere squisitamente tecnico, riservando ad altra sede qualunque valutazione politica. Questa posizione è giustificata dalla constatazione che solo decisioni tecnicamente corrette potranno offrire una difesa forte all'amministrazione in sede di eventuali ricorsi.

5.9.5 Complessità dell'iter di valutazione

In sintesi, è opinione dell'UFP che l'iter di valutazione delle proposte da parte dell'amministrazione aggiudicatrice - temporalmente coincidente con il periodo 1° luglio-31 ottobre di ogni anno - è assai delicato, poiché sono svolte funzioni pubbliche di notevole rilievo:

- valutazione della fattibilità delle proposte di finanziamento di opere pubbliche, inserite nella programmazione triennale;
- valutazione dell'interesse pubblico alla realizzazione di quella determinata iniziativa;

- individuazione della proposta da realizzare in *project financing*.

L'amministrazione compie, nel corso di tale procedimento, in contraddittorio con i promotori, valutazioni tecniche, giuridico-amministrative, economico-finanziarie, nonché di utilità sociale. Valutazione, quest'ultima, discrezionale, anche se parametrata a quei criteri, predeterminati dalla norma, sulla base dei quali è elaborata la motivazione che giustifica la scelta finale.

5.9.6 Vincolatività dell'offerta del promotore

Per concludere, è necessario ricordare un'altra conseguenza che deriva dalla dichiarazione d'interesse pubblico cui, talvolta, le amministrazioni non hanno prestato la dovuta attenzione: l'art.37^{quater}, comma 2 della legge 109/94 stabilisce il principio secondo il quale la proposta del promotore, posta a base di gara, è vincolante per lo stesso nel caso in cui la gara vada deserta o non siano identificate offerte idonee. Ne consegue che se l'amministrazione non ha provveduto a negoziare ed, eventualmente, modificare l'iniziale proposta del promotore, prima che la stessa sia posta a base di gara, il dettato della legge 109/94 consente di aggiudicare direttamente a quest'ultimo il contratto di concessione sulla base della proposta posta a base di gara, dal momento che la legge non prevede, in questo caso, un'ulteriore fase di negoziazione con il promotore.

Pertanto, volendo dare un suggerimento pratico alle amministrazioni che si trovino ad affrontare la fase della valutazione della proposta del promotore, in base alla procedura stabilita dall'art.37^{ter}, si potrebbe suggerire di porsi la domanda se si ritengono soddisfatte di aggiudicare il contratto al promotore nel caso in cui la gara vada deserta o non ci siano altre offerte idonee. Qualora la risposta fosse positiva, si può ritenere che l'attività di valutazione abbia raggiunto l'obiettivo. In caso contrario, è consigliabile che l'amministrazione continui le interlocuzioni con il promotore fino a quando non ritenga di essere giunta all'identificazione di una proposta che soddisfi gli obiettivi di interesse pubblico, esplicitati nello strumento di programmazione.

5.10 Centralità della gestione

L'esperienza maturata dall'UFP ha dimostrato che, in moltissimi dei progetti analizzati, la centralità dell'elemento "gestione", all'interno di operazioni di finanza di progetto, non è ancora stata percepita in tutta la sua importanza dal mercato degli operatori, da intendersi, in senso lato, comprensivo dei settori pubblico e privato. Spesso, infatti, le proposte presentate dai promotori, ai sensi dell'art.37^{bis}, comma 1 della legge 109/94, erano fortemente carenti in merito, come già evidenziato al paragrafo relativo al "Contenuto della proposta", non solo in termini di disciplinare di gestione, ma anche per quanto concerne l'identificazione del soggetto che avrebbe dovuto farsi carico della gestione, una volta aggiudicato il contratto di concessione.

Questa carenza da parte del settore privato riflette, in parte, il mancato apprezzamento, dell'importanza della gestione, da parte della stessa amministrazione, soprattutto in funzione dei servizi pubblici cui l'infrastruttura è finalizzata. Ciò è tanto più grave perché la legge 109/94 evidenzia - sia nella

fase della programmazione, che in quella della definizione del contratto di concessione di costruzione e gestione - il ruolo centrale della gestione.

A conferma di ciò vale ricordare che la concessione di lavori pubblici è definita, dall'art.19, comma 2 della legge 109/94, come un contratto fra amministrazione aggiudicatrice e soggetto aggiudicatario avente ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici, o di pubblica utilità, nonché la loro *gestione* funzionale ed economica. Tali contratti sono caratterizzati dal fatto che la *controprestazione* a favore dell'aggiudicatario consiste unicamente nel *diritto di gestire l'opera*, oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo⁴⁶.

La Commissione delle Comunità Europee, nella "*Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*"⁴⁷), afferma che l'elemento distintivo della concessione di lavori, che lo differenzia dalla figura dell'appalto pubblico di lavori, consiste nell'attribuzione del diritto di gestire l'opera come controprestazione della sua costruzione e nel trasferimento, in capo al concessionario, dell'*alea relativa alla gestione*. Il diritto di gestione può essere accompagnato da un prezzo. Secondo la Commissione, nell'appalto pubblico di lavori, invece, il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice ed il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti dell'opera.

Nella Comunicazione, la Commissione, basandosi sul criterio distintivo del diritto di gestione, individua una serie di ulteriori elementi caratteristici del contratto di concessione, in particolare:

- il diritto di gestione consente al concessionario di percepire proventi dall'utente - pedaggi o canoni - per un periodo determinato;
- la durata della concessione rappresenta un elemento importante della remunerazione del concessionario⁴⁸;
- il diritto di gestione implica anche il trasferimento della responsabilità della gestione, che investe gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera⁴⁹;
- il concessionario assume non soltanto i rischi inerenti ad una qualsiasi attività di costruzione, ma dovrà altresì sopportare quelli connessi alla gestione ed all'uso abituale dell'opera.

⁴⁶ La definizione dell'art.19, comma 2 della legge 109/94 corrisponde alla definizione di concessione di lavori pubblici fornita dall'art.1, lett. d) della Direttiva lavori che definisce la concessione di lavori 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.*"

⁴⁷ Commissione delle Comunità europee, "*Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*", in G.U.C.E., C 121/2 del 29.04.2000.

⁴⁸ In altre parole, il concessionario non è remunerato direttamente dall'amministrazione, ma ottiene da questa il diritto di percepire i proventi derivanti dall'uso dell'opera realizzata.

⁴⁹ In quest'ottica spetta, dunque, al concessionario effettuare gli investimenti necessari perché l'opera possa utilmente essere messa a disposizione degli utenti e sopportarne l'onere di ammortamento.

E' opinione dell'UFP che i criteri identificati dalla Commissione debbano essere pienamente rispettati, anche nel caso di contratti di concessione affidati *ex art.19*, comma 2 della legge 109/94, non solo perché quest'articolo rappresenta diretto recepimento nel diritto nazionale del principio stabilito dalla Direttiva lavori, ma soprattutto perché solo il rispetto dei succitati elementi caratterizzanti il contratto di concessione permette di qualificare, correttamente, il contratto da aggiudicare come concessione. A parte questa considerazione di carattere formalistico, l'UFP ritiene che la centralità della gestione sia l'unico elemento che consente all'amministrazione di raggiungere il suo obiettivo primario, identificato nel miglioramento della qualità dei servizi pubblici.

L'enfasi sulla gestione offre, inoltre, nuove opportunità al mercato: al riguardo è significativa esperienza inglese nel settore, *i.e. facility management*. Le prime esperienze di affidamenti di contratti, sotto l'egida della PFI inglese, incontrarono serie difficoltà a decollare anche a causa della mancanza di gestori professionisti. Anche in tal caso, all'inizio, erano soprattutto i costruttori a partecipare alle gare. Col tempo, in funzione dell'importanza della gestione, le proposte risultarono più equilibrate a favore della gestione e gli stessi costruttori si organizzarono in modo da contemplare, all'interno della loro compagine societaria, anche società finalizzate alla gestione.

Da ultimo vale osservare che la centralità della gestione impone un ulteriore onere all'amministrazione che, tanto negli strumenti di programmazione, quanto nelle successive interlocuzioni con il promotore, prima, e con gli altri concorrenti, dopo, dovrà farsi carico d'identificare, nella maniera più precisa possibile, il livello di qualità di gestione atteso dal concessionario. Solo se l'amministrazione è in grado di svolgere quest'analisi, in un momento precedente all'indizione della procedura di evidenza pubblica, acquistano contenuto e valore le prescrizioni dell'art.21, comma 2, lett. b), n.ri 5) e 6), *i.e.* durata della concessione e modalità di gestione.

5.11 Contratto di concessione di costruzione e gestione

5.11.1 Elementi del contratto che ostacolano lo sviluppo della finanza di progetto in Italia

Alcune prescrizioni dell'art.19, commi 2 e *2bis*, peculiari del sistema giuridico italiano, hanno reso più difficile il decollo della finanza di progetto in Italia. Tali prescrizioni riguardano:

- la durata della concessione che, in base all'art.19, comma *2bis* della legge 109/94 "non può essere superiore a trenta anni";
- il pagamento di un prezzo che, in base all'art.19, comma 2 della legge 109/94 deve essere "stabilito in sede di gara" e "comunque non può superare il 50 per cento dell'importo totale dei lavori" e può essere corrisposto solo "a collaudo effettuato in un'unica rata o in più rate annuali, costanti e variabili". Il prezzo può essere pagato dall'amministrazione solo in presenza di "prezzi o tariffe amministrati, controllati o predeterminati" in funzione dei quali il pagamento serve ad assicurare "il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare";

- la possibilità di rinegoziare le condizioni ed i presupposti posti a base dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione qualora intervengano "variazioni apportate dall'amministrazione aggiudicatrice a detti presupposti o condizioni di base, nonché norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione" che determinino una modifica dell'equilibrio del piano. La rideterminazione delle condizioni di equilibrio può essere attuata anche tramite "la proroga del termine di scadenza delle concessioni" (art.19, comma 2bis della legge 109/94).

L'esperienza maturata dall'UFP conferma che le succitate prescrizioni rendono difficile il ricorso allo strumento della finanza di progetto in Italia, specialmente nell'ipotesi di progetti più complessi, caratterizzati dalla necessità di durata e/o contributi pubblici superiori ai limiti stabiliti *ex lege*.

Per risolvere queste difficoltà, si ritiene opportuno abrogare le succitate previsioni dell'art.19, commi 2 e 2bis della legge 109/94 ed inserire, nell'art.19, comma 2, un preciso riferimento all'assunzione, da parte del concessionario, dell'alea commerciale relativa al progetto cui il contratto di concessione si riferisce. In tal modo, durata della concessione, *quantum* e modalità di erogazione del contributo pubblico, nonché eventuali rinegoziazioni delle condizioni contrattuali rientrerebbero nell'ambito delle disposizioni contrattuali che le parti negozieranno nel singolo caso, in funzione della più appropriata allocazione dei rischi.

L'approccio suggerito è stato seguito nel collegato alla legge finanziaria 2002 (d.d.l. A.C. 2032).

5.11.2 Durata della concessione

Qualora le modifiche suggerite fossero approvate dal legislatore, l'amministrazione potrebbe, in ottemperanza ai principi stabiliti dalla Commissione delle Comunità europee nella Comunicazione precedentemente citata, esplicitare le proprie valutazioni in merito ad un definito limite temporale, che così sarà identificato in funzione delle analisi svolte dall'amministrazione negli strumenti di programmazione e non prescrittivamente, ed astrattamente, identificato dalla legge 109/94 in 30 anni, come limite massimo. In questo modo potrebbe essere evitata una opinabile prassi, evidenziatasi nelle analisi svolte dall'UFP, in base alla quale le proposte dei promotori tendono sempre a richiedere una concessione trentennale, anche a fronte di un piano economico-finanziario che giustificerebbe periodi temporali inferiori.

5.11.3 Contributo pubblico

L'art. 19, comma 2 della legge 109/94 limita la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di erogare un prezzo – contributo pubblico, per la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, a condizione che:

- nella gestione siano previsti prezzi o tariffe amministrati, controllati o predeterminati;

- tale prezzo sia stabilito in sede di gara e non superi il 50% dell'importo totale dei lavori;
- il prezzo sia corrisposto a collaudo effettuato in un'unica rata o in più rate annuali, costanti o variabili.

L'eliminazione di questi limiti consentirebbe di ricorrere allo strumento della finanza di progetto anche in quei settori in cui è ancora oggi possibile usufruire di contributi pubblici oltre il 50 per cento - si pensi al settore del trasporto pubblico locale - ed in cui la finanza di progetto consentirebbe non tanto di risparmiare risorse pubbliche, comunque allocate, ma di migliorare la qualità dei servizi pubblici, nonché, in alcuni casi, la realizzazione di quei progetti che, al momento, a causa di questo limite, si trovano in una situazione di stallo.

L'eliminazione del limite e delle modalità di erogazione del prezzo, *ex art. 19, comma 2*, consentirebbe, inoltre, di introdurre nel sistema italiano modalità di pagamento del contributo pubblico più flessibili: non solo a collaudo, ma anche per fasi d'avanzamento dei lavori. Una maggiore flessibilità per quanto riguarda le modalità di pagamento del contributo pubblico avrebbe notevoli conseguenze positive in fase di negoziazione del contratto con il settore privato, dal momento che tale duttilità può servire a migliorare i flussi di cassa del concessionario, soprattutto nella fase di *start-up* dell'operazione, caratterizzata da un maggior indebitamento.

Peraltro, l'aver vincolato l'erogazione dell'eventuale contributo pubblico alla sola esecuzione dei lavori⁵⁰, dimostra, ancora una volta, il mancato apprezzamento della centralità della gestione nelle operazioni di finanza di progetto. In tali ipotesi, si ritiene più opportuno prevedere, contrattualmente, la possibilità che il prezzo sia corrisposto, anche in base a meccanismi di premialità, in funzione di ciascuna fase contrattuale. Ciò al fine di raggiungere un corretto equilibrio contrattuale tra interesse dell'amministrazione alla realizzazione dell'opera - funzionale alla prestazione di servizi pubblici - ed esposizione finanziaria del settore privato in fase di esecuzione delle obbligazioni contrattuali, al fine di mitigare l'indebitamento dell'aggiudicatario. Il perseguimento di tali obiettivi, se è il risultato di una procedura caratterizzata non solo dall'evidenza pubblica, ma soprattutto dal rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza, ed è coniugato ad un efficiente sistema di premialità, consente all'amministrazione di raggiungere i seguenti risultati:

- risparmiare risorse economiche, grazie ad un'effettiva concorrenza;
- accelerare i tempi di realizzazione delle opere, anche attraverso penali ed altri meccanismi sanzionatori;
- garantire un'efficiente gestione delle opere, funzionale ad offrire servizi pubblici migliori, obiettivo identificato negli strumenti di programmazione, per tutta la durata della concessione.

⁵⁰ Questo meccanismo ha una sua chiara valenza dal momento che garantisce all'amministrazione almeno la realizzazione delle opere, che è di fatto l'obiettivo fondamentale della legge 109/94.

Tutti questi elementi, valutati ed esplicitati in termini di *output*, potranno essere:

- indicati nell'avviso pubblico, in maniera orientativa, così che il mercato conosca i parametri di valutazione dell'amministrazione, anche in questa fase prodromica alla gara, in modo da poter calibrare le proposte in funzione dei concreti obiettivi dell'amministrazione;
- utilizzati come elementi per la valutazione delle offerte in sede di licitazione privata, *ex art.37quater*, comma 1, lett. a) della legge 109/94, in modo che siano selezionate solo proposte effettivamente in grado di soddisfare adeguatamente le esigenze dell'amministrazione;
- costituiti come precipuo oggetto della fase negoziale della stessa [*ex art.37quater*, comma 1, lett.b)], così che l'amministrazione possa negoziare quei termini contrattuali cruciali alla buona riuscita del progetto.

In tale modo l'amministrazione potrà creare un'effettiva concorrenza sulle condizioni del contratto da aggiudicare, in piena coerenza con i principi sanciti a livello comunitario.

Inoltre, se la nuova definizione di contratto di concessione di costruzione e gestione sottolineasse che l'elemento caratterizzante è l'assunzione dell'alea commerciale derivante dalla gestione dell'intero progetto e non solo di tutti i lavori realizzati, si potrebbe passare dalla logica della costruzione delle opere a quella della gestione dei servizi per i cittadini-utenti, cui la realizzazione dell'opera è strumentale. In tal modo, si potrebbe anche ampliare l'ambito delle attività da cui il concessionario potrebbe trarre la controprestazione, purché collegate alla logica del progetto, così da ricomprendervi non solo la fruizione di diritti reali (ad esempio, il diritto di superficie), ma anche la gestione di opere pubbliche già esistenti, purché siano funzionalmente ricollegabili al raggiungimento dell'obiettivo pubblico (art.19, comma 5^{ter}), sino a giungere, come da più parti auspicato, al trasferimento di immobili pubblici al concessionario, in luogo del prezzo, come inteso dall'art.19, comma 2. In altre parole, si potrebbe estendere - seppur con alcuni correttivi - al contratto di concessione di lavori pubblici la previsione dell'art.19, comma 5^{ter}⁵¹, la cui applicazione è attualmente limitata ai soli contratti di appalto.

Tale interpretazione estensiva del concetto di prezzo sembra essere congruente con la definizione di contratto di concessione fornita dalla Direttiva lavori, in cui dalla lettura congiunta dell'art.1, lett. a) - definizione di "appalti pubblici di lavori"⁵²- e dell'art.1, lett. d) - definizione della "concessione di lavori pubblici" - si

⁵¹ L'art.19, comma 5^{ter} stabilisce che: "in sostituzione totale o parziale delle somme di denaro costituenti il corrispettivo dell'appalto, il bando di gara può prevedere il trasferimento all'appaltatore della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice già indicati nel programma di cui all'art. 14 in quanto non assolvono più a funzioni di interesse pubblico [...]."

⁵² La direttiva lavori definisce gli "appalti di lavori pubblici" come segue: "sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), 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 di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice;"

deduce che anche il contratto di concessione di lavori pubblici è un contratto a "titolo oneroso", quantunque in quel caso la controprestazione consista unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo. In altre parole, non importa come il concessionario sia remunerato, mentre importa che sia remunerato.

Ne consegue che il prezzo - inteso come contributo pubblico erogato dall'amministrazione aggiudicatrice al concessionario, che si differenzia dalla controprestazione in quanto consiste "unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati" - deve essere inteso come un *quid pluris* che l'amministrazione aggiudicatrice versa al concessionario con uno scopo ben preciso - identificato dall'art.19, comma 2 della legge 109/94 nel "perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare" - in presenza dei c.d. "prezzi sociali" e cioè in tutti quei casi in cui l'amministrazione sostenga, parzialmente, il costo di gestione della concessione, affinché il prezzo delle prestazioni diminuisca per l'utente, imponendo al concessionario prezzi o tariffe controllati, amministrati o predeterminati. E' chiaro, peraltro, che anche in tali ipotesi il concessionario deve sempre sopportare il rischio inerente la gestione delle opere costruite per rientrare nella nozione di concessione. Sul punto sono illuminanti le parole della Commissione che, nella Comunicazione, precisano: "Rientrano sempre nella nozione 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 genere, 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"⁵³.

Con tale chiarimento, la Commissione stabilisce, in maniera inequivocabile, che il vero elemento caratteristico delle concessioni è rappresentato dall'alea legata all'aspetto finanziario dell'operazione, in quanto questo tipo di rischio dipende strettamente dai proventi che il concessionario può trarre dalla fruizione dell'opera da parte degli utenti finali, che è il classico rischio di mercato⁵⁴.

Dal ragionamento suesposto derivano due importanti conseguenze, che non prescindono dall'assunzione dell'alea assunta dal concessionario e che consentono di affermare che:

- anche nel caso del contratto di concessione, il pagamento del prezzo può essere interpretato facendo riferimento alle categorie privatistiche in base alle quali la concessione di un diritto reale di godimento può essere ricondotto nel concetto di prezzo;

⁵³ Comunicazione Interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, Bruxelles, 12 aprile 2000.

⁵⁴ Dibattendo questa questione, la Commissione fa proprio l'esempio dei c.d. "pedaggi fittizi", cioè a carico del concedente, che sono, tuttavia, considerati compatibili con il contratto di concessione dal momento che non mallevano il concessionario dal rischio economico se la remunerazione dipende dal tasso di fruizione.

- non sia necessario prelevare il prezzo direttamente dall'utente finale, in quanto per certi tipi di progetti, *i.e.* quelli in cui il concessionario fornisce direttamente servizi all'amministrazione, nella misura in cui questa non mallevi il concessionario dall'intero rischio di fruizione, anche un pagamento diretto da parte dell'amministrazione, soddisfa i requisiti del prezzo, così come identificati dalla Commissione.

Se quest'approccio fosse consentito in Italia, a parte la necessità di rivedere, in alcuni settori, le norme di contabilità pubblica, come evidenziato nello studio di settore relativo all'edilizia penitenziaria, sarebbe possibile realizzare un grande numero di opere, e cioè tutte quelle che le amministrazioni locali non riescono a realizzare a causa delle loro limitate disponibilità finanziarie, oggi ancora più ristrette a causa dei limiti all'indebitamento imposti dal Patto di Stabilità⁵⁵.

Peraltro, vale ribadire che dal momento che il diritto di gestione comporta il trasferimento al concessionario dell'alea derivante da tale gestione, il mero ampliamento del concetto di prezzo non può, comunque, prescindere, dall'accurata ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario, caso per caso, in base alle rispettive capacità di gestire al meglio i rischi in questione. E', infatti, il criterio della ripartizione dei rischi quello che, in ultima analisi, a prescindere dal *nomen iuris*, definisce il vero confine tra il contratto di concessione e quello di appalto di lavori pubblici.

5.11.4. Rinegoziazione

Per concludere questo paragrafo sugli elementi di criticità del contratto di concessione, così come definito dall'art.19, commi 2 e *2bis* della legge 109/94, si ritiene di proporre una riflessione sul principio di equilibrio economico-finanziario, espresso dall'art.19, comma *2bis* della legge 109/94, allo scopo di meglio definire e circoscrivere le condizioni e gli eventi che consentono la rinegoziazione del contratto di concessione, in costanza dello stesso.

Nell'ottica di una corretta allocazione dei rischi, si ritiene preferibile prevedere in modo chiaro, nel contratto di concessione, una serie di eventi al verificarsi dei quali, in base ai principi generali in materia di contratti, sia previsto per le parti l'obbligo di revisione delle clausole contrattuali, superando l'indeterminatezza del dettato della norma in questione. Quest'approccio è in linea con le *best practices* internazionalmente riconosciute.

Occorre essere consapevoli che l'attuale formulazione dell'art.19, comma *2bis*, potrebbe creare delle distorsioni dell'equilibrio concorrenziale cui la gara deve necessariamente ispirarsi - certezza del diritto e del quadro economico-finanziario a monte della gara - dal momento che, in una fase antecedente la gara, potrebbero essere indicate dal mercato delle condizioni non realistiche, al fine di aggiudicarsi il contratto, che poi potrebbe essere rinegoziato subito dopo l'aggiudicazione. Un intervento legislativo che abroghi o modifichi il comma *2bis* dell'art.19, nel senso indicato, farebbe venir meno tali meccanismi o potrebbe almeno scoraggiarli.

⁵⁵ Legge 23 dicembre 1998, n.448.

5.12 Rimborso dei costi sostenuti dal promotore: criticità ed ipotesi di soluzione

L'art.37bis, comma 1 della legge 109/94 prevede l'obbligo per il promotore d'indicare l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta. Tale importo, che deve essere accettato dall'amministrazione, non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento come desumibile dal piano economico-finanziario. Quest'importo è, poi, versato direttamente al promotore, nel caso in cui non risulti aggiudicatario, oppure all'altro soggetto, o agli altri due, che abbiano partecipato alla procedura negoziata, ex art.37quater della legge 109/94.

Vale qui rilevare che i soggetti che partecipano alla procedura negoziata non devono apportare alcun documento comprovante i costi sostenuti per la predisposizione delle loro offerte⁵⁶ il che, nell'ipotesi in cui altro non abbiano fatto che riprodurre la proposta posta a base di gara, diminuendo il prezzo, potrebbe sostanziarsi in una possibile opportunità economica, poiché costi pressoché minimi sarebbero stati sostenuti a fronte di un guadagno praticamente certo. In altre parole, questa sorta di risarcimento automatico potrebbe creare un falso mercato nelle fasi di gara previste dall'art.37quater, comma 1, lett. a) e b), cui siano interessati i c.d. "concorrenti professionisti", coloro i quali cioè non partecipano alla gara perché effettivamente interessati all'aggiudicazione del contratto di concessione, ma solo in funzione di ottenere il rimborso previsto dalla legge 109/94. Se quest'ipotesi è corretta, l'intero meccanismo della procedura di evidenza pubblica, previsto dall'art.37quater, comma 1, lett. a) e b), ne può risultare fortemente indebolito, con gravi conseguenze per quanto concerne l'aggiudicazione finale a proposte che non siano state verificate attraverso un effettivo confronto concorrenziale. Inoltre, questa situazione può dar adito a meccanismi collusivi in fase di procedura di evidenza pubblica, che sono già stati più volte rilevati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Alla luce delle suddette considerazioni, si ritiene, pertanto, opportuno eliminare qualsiasi forma di risarcimento automatico stabilito dalla legge 109/94, tanto a favore del promotore che degli eventuali concorrenti dal momento che si considera che la partecipazione a procedure di evidenza pubblica contempra, come normale rischio d'impresa, la predisposizione di proposte da parte del settore privato. Né sembrano convincenti le tesi di chi sostiene che il promotore incorre rischi e costi maggiori in una fase in cui non vi è certezza che la sua proposta risulti quella vincente. Quantunque questa valutazione sia corretta, lo stesso si potrebbe dire anche per le altre procedure volte all'aggiudicazione di un contratto di concessione di costruzione e gestione. Peraltro, non si ritiene che il mero rimborso del 2,5 per cento sia tale da incentivare la partecipazione a

⁵⁶ Questa posizione è stata confermata nell'Atto di Regolazione n.51 del 26 ottobre 2000, dell'Autorità, in merito alle "Offerte nella licitazione privata conseguente a proposta del promotore nel project financing", in cui l'Autorità, nelle conclusioni, ritiene che "I partecipanti alla licitazione privata indetta sulla base della proposta del promotore (art.37quater, comma 1, lett.a, l.11 febbraio 1994, n.109 e successive modificazioni) non sono tenuti nell'offerta a proporre varianti al progetto del promotore stesso, posto a base di gara. Ne segue che anche il rimborso della spesa che non spetta automaticamente a tutti i partecipanti alla gara non dipende dall'introduzione di varianti progettuali, ma spetta senza che occorra alcun vaglio delle spese effettivamente sostenute."

progetti complessi, la redazione delle cui offerte è un esercizio costoso. Il dibattito relativo all'opportunità di risarcire i costi sostenuti dal promotore per la predisposizione delle proposte è stato risolto negativamente in altri ordinamenti giuridici⁵⁷. Peraltro, ragioni di opportunità, volte a favorire la crescita del mercato italiano della finanza di progetto, potrebbero indurre ad adottare soluzioni più concilianti.

5.13 Elementi da porre a base della licitazione privata *ex art.37quater*

La fase di licitazione privata, prevista dall'*art.37quater*, comma 1, lett. a) presuppone lo svolgimento di una gara attraverso cui devono emergere due offerte, da contrapporre, nella successiva fase negoziale, a quella del promotore, posta a base di gara, attraverso l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, così come previsto all'*art.21*, comma 2, lett. b) della legge 109/94.

Nelle licitazioni private seguite dall'UFP si è potuto rilevare una certa renitenza delle amministrazioni a far uso della specifica previsione dell'*art.21*, comma 2, lett. b), n.7) della legge 109/94 che consente di richiedere, nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, "*ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare*". Tale indicazione consente di poter effettuare una valutazione complessiva delle offerte presentate, così da verificare l'effettiva coerenza tra queste e gli obiettivi dell'amministrazione nel caso concreto, analisi del tutto coerente con l'aggiudicazione della proposta attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La mancata individuazione, da parte dell'amministrazione, degli ulteriori elementi propri del tipo di lavoro da realizzare, nell'ambito della procedura di licitazione privata - che si caratterizza per la sua rigidità procedurale e per la possibilità concessa agli offerenti di discutere con l'amministrazione meri chiarimenti tecnici⁵⁸- fa incorrere nel rischio che l'intera fase procedurale si risolva in una gara al ribasso rispetto alla proposta presentata dal promotore.

Nei progetti seguiti dall'UFP è stata poco usata la possibilità di richiedere offerte varianti rispetto alla proposta del promotore. In questa maniera, secondo l'UFP, l'amministrazione ha perso l'occasione di stimolare l'elemento innovativo da parte dei concorrenti alla fase di licitazione privata, incentivando il mercato a proporre varianti migliorative, non solo dal punto di vista tecnico, ma soprattutto in termini di "architettura" dell'offerta. Si ritiene, infatti, che solo stimolando un'effettiva concorrenza sull'intero impianto proposto dal

⁵⁷ Il dibattito sull'opportunità o meno di rifondere, tutti o in parte, i costi sostenuti dal settore privato in operazioni di PPP è stato molto vivace nel Regno Unito e non è ancora giunto ad una conclusione definitiva. Peraltro, la linea ufficiale del Governo è sempre stata nel senso che non vi fosse alcuna necessità di rimborsare tali costi.

⁵⁸ All'atto dell'adozione della direttiva lavori, il Consiglio e la Commissione hanno dichiarato congiuntamente che "...nella procedura ristretta è esclusa qualsiasi negoziazione con i candidati o gli offerenti vertente su elementi fondamentali dei contratti la cui variazione possa falsare il gioco della concorrenza, in particolare sui prezzi; tuttavia vi possono essere discussioni con i candidati o gli offerenti ma solo per precisare o completare il tenore delle loro offerte, in base alle esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici e purché ciò non abbia effetto discriminante."

promotore, così come posto a base di gara, l'amministrazione sia in grado d'identificare quella proposta atta a meglio soddisfare le proprie esigenze.

L'approccio dell'amministrazione ha trovato conforto nell'Atto di Regolazione n.51 del 26 ottobre 2000 dell'Autorità, in merito alle "Offerte nella licitazione privata conseguente a proposta del promotore nel *project financing*", in cui l'Autorità, nelle conclusioni, ritiene che "I partecipanti alla licitazione privata indetta sulla base della proposta del promotore (art.37quater, comma 1, lett.a), della legge 11 febbraio 1994, n.109 e successive modificazioni) non sono tenuti nell'offerta a proporre varianti al progetto del promotore stesso, posto a base di gara."

E' opinione dell'UFP che questa posizione non colga la natura precipua della procedura di evidenza pubblica volta all'aggiudicazione di un contratto di concessione e gestione, facente parte di un'operazione di finanza di progetto. In questo caso, infatti, solo procedure effettivamente concorrenziali, su tutti gli elementi dell'offerta, e non di mera forma, possono consentire all'amministrazione il miglior perseguimento dei propri obiettivi.

Un'eccezione alla logica qui proposta è rappresentata dal caso in cui la proposta del promotore, posta a base di gara, sia incentrata su tecnologie protette da privative intellettuali. In questo caso valgono le considerazioni già svolte nel paragrafo relativo alla "Programmazione".

Sempre in tema di privative intellettuali, occorre che l'amministrazione, nell'identificare il contenuto della proposta del promotore, da porre a base di gara, offra le necessarie garanzie per quelle parti della proposta che siano, eventualmente, tutelate da privative intellettuali - da intendersi in senso lato così da ricomprendervi anche concetti come le informazioni riservate ed il *know-how* - su cui sia eventualmente incardinata la proposta del promotore. Peraltro, la tutela di tali privative ed informazioni deve essere attentamente bilanciata dall'amministrazione per evitare di lanciare una procedura di evidenza pubblica in violazione dei principi di trasparenza e concorrenza.

5.14 Procedura negoziata

5.14.1 La procedura negoziata nell'ordinamento comunitario

Il mercato italiano degli appalti pubblici non ha familiarità con la procedura negoziata, contrariamente a quanto avviene all'estero. Nel corso dell'attività di consulenza alle amministrazioni, l'UFP ha notato più volte la difficoltà che le amministrazioni hanno a comprendere le peculiarità della procedura negoziata ed a gestirla correttamente. La critica, che è stata più volte mossa, all'inserimento di una fase di procedura negoziata nell'alveo della procedura *ex artt.37bis e ss. della legge 109/94*, è che la stessa legge non fornisca alle amministrazioni alcuna indicazione sulle procedure volte a gestire tale fase. La critica alla procedura negoziata non è del tutto peregrina e, paradossalmente, coglie, allo stesso tempo, esattamente il senso della procedura in oggetto.

La procedura negoziata è, infatti, definita dalla Direttiva lavori come quella "procedura nazionale in cui le amministrazioni aggiudicatrici consultano gli imprenditori di propria scelta e negoziano con uno o più di essi le condizioni del contratto" (art.1, lett. g)). A "condizioni del contratto" deve essere data

un'accezione ampia, dal momento che vi rientrano condizioni tecniche, amministrative e finanziarie. Secondo l'interpretazione della Commissione⁵⁹, "nella procedura negoziata l'amministrazione aggiudicatrice ha facoltà di comportarsi come un operatore economico non solo nella fase dell'aggiudicazione dell'appalto, ma anche in quella delle discussioni preliminari".

La mancanza di forme e termini, caratteristica propria della procedura negoziata, non esonera l'amministrazione aggiudicatrice dal dovere di rispettare alcuni principi di corretta amministrazione, ossia:

- raffronto effettivo delle offerte e dei rispettivi vantaggi;
- applicazione del principio della parità di trattamento tra gli offerenti.

La disciplina prevista dalla Direttiva lavori prevede il ricorso a questa procedura meno prescrittiva solo in presenza di circostanze eccezionali e solo nei casi tassativamente previsti dalla stessa. Tali circostanze sono state interpretate restrittivamente dalla costante giurisprudenza della Corte dal momento che "autorizzano deroghe alle norme" della direttiva "miranti a garantire l'efficacia dei diritti" in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi nel settore degli appalti pubblici⁶⁰.

5.14.2 Linee guida per l'espletamento della procedura negoziata

Alla luce del dato normativo comunitario, cui si rifanno le norme previste dalla legge 109/94 - i.e. l'art. 24 della stessa prescrive le ipotesi in cui le amministrazioni possano far ricorso alla procedura negoziata - ed in base all'esperienza dell'UFP, emerge chiara la necessità di diffondere, in tempi brevi, linee-guida interpretative, *ad adiuvandum* sia alle amministrazioni, sia al mercato. Peraltro, indicazioni puntuali sono già state fornite, dall'UFP, in tutti quei progetti giunti a questa fase procedurale.

Nell'ambito delle linee-guida si ritiene importante richiamare l'attenzione delle amministrazioni sui seguenti punti:

- il sistema adottato dalla legge 109/94 prevede una doppia procedura di gara:
 - una prima fase di selezione da svolgersi mediante licitazione privata, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avente come proposta di base quella presentata dal promotore [art.37^{quater}, lett.a)]. Tale fase si caratterizza per la presenza di una maggiore procedimentalizzazione e di un minore grado di discrezionalità da parte dell'amministrazione;
 - una seconda fase di selezione da svolgersi mediante procedura negoziata tra il promotore ed i soggetti presentatori delle due

⁵⁹ Guida alle norme comunitarie in materia di appalti di lavori pubblici, Direttiva 93/37/CEE, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 1997, p.23.

⁶⁰ Vedi per tutte, Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sentenza del 10 marzo 1987, Commissione c. Repubblica Italiana, causa 199/85, Racc.1987, pag.1039.

migliori offerte [art.37^{quater}, lett.b)], in cui l'amministrazione usufruisce di un grado di discrezionalità maggiore tale da assimilare la procedura stessa ad una vera e propria trattativa privata;

- la presenza di alcuni elementi che devono essere tenuti nella dovuta considerazione in ragione:
 - della specifica collocazione che assume la procedura negoziata in questione, che si pone all'interno di una norma finalizzata a garantire all'amministrazione la massima rispondenza tra la proposta e le esigenze dell'opera da realizzare;
 - della configurazione della procedura in questione come vero e proprio procedimento amministrativo, da cui deriva il necessario rispetto dei relativi principi generali in materia, frutto di elaborazioni del legislatore e della giurisprudenza (principi di trasparenza, non discriminazione, partecipazione al procedimento, obbligo di motivazione, giusto procedimento, proporzionalità, ragionevolezza);
 - la diversa logica delle due procedure: l'una finalizzata, unicamente, a selezionare le due offerte economicamente più vantaggiose (licitazione privata), l'altra finalizzata, invece, all'aggiudicazione vera e propria della concessione (procedura negoziata).

Da quanto suesposto deriva che la procedura negoziata, qui discussa, dovrebbe essere articolata come segue:

- nomina di un'apposita commissione giudicatrice, formata da esperti del settore ed in cui sia garantito il rispetto del principio di separazione delle valutazioni tecniche da quelle politiche. L'art.21, commi 5 e 6 della legge 109/94 individua ed elenca i requisiti per l'attribuzione dell'incarico di componente della commissione aggiudicatrice ed elenca, altresì, le cause di incompatibilità. Peraltro, potrebbe essere qui utilizzata la stessa commissione nominata per la valutazione delle proposte *ex art.37ter*, conferendole mandato diverso in funzione della diversa fase procedurale, il che può implicare una modifica dei componenti;
- svolgimento della procedura negoziata con confronto concorrenziale, da realizzarsi attraverso la previa fissazione delle regole procedurali e dei criteri di scelta dell'offerta. A tale proposito, è opportuno che l'amministrazione aggiudicatrice predisponga apposita lettera di invito contenente i criteri ed i parametri di selezione e valutazione delle offerte. Tale documento assumerà la natura di *lex specialis* della procedura stessa;
- necessaria correlazione logica con la precedente procedura della licitazione privata. Gli elementi di valutazione posti a base della valutazione della proposta e, quindi, della procedura di licitazione

privata devono, tendenzialmente, essere presenti anche nella successiva fase della procedura negoziata (principio del giusto procedimento). Il procedimento delineato dagli artt. 37bis e ss. della legge 109/94 deve essere inteso come un procedimento unico, seppur scandito in diverse fasi, attraverso il quale la proposta, sottoposta ad affinamenti successivi, sulla base delle due distinte procedure di selezione, arriva a rispondere, con il più alto livello di approssimazione, ai bisogni individuati dall'amministrazione. Peraltro, in considerazione della diversa fase procedurale, anche gli elementi di valutazione possono essere affinati;

- previsione della possibilità di introdurre modifiche, da parte dei partecipanti alla procedura negoziata, dal momento che la proposta del promotore è messa in concorrenza con quelle dei candidati selezionati sulla base della procedura di licitazione privata. Anche sulle nuove modifiche suggerite, a meno che non possano essere comunicate a terzi, in quanto informazioni riservate, potrà essere sollecitata, da parte dell'amministrazione, una fase negoziale;
- garanzia del principio della tutela delle informazioni riservate che potranno essere fornite dai partecipanti alla procedura e di quant'altre informazioni possano alterare il libero gioco della concorrenza;
- identificazione del criterio di aggiudicazione con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa in quanto trattasi di aggiudicazione di una concessione di costruzione e gestione. La procedura di selezione non deve essere assimilabile ad una gara al ribasso sul prezzo, mentre deve tener conto, quali parametri di valutazione, degli elementi posti a base dell'offerta, indicati in precedenza, opportunamente integrati dall'amministrazione giudicatrice, in sede di lettera d'invito;
- identificazione, a conclusione della fase di negoziazione, da parte dell'amministrazione, di una chiara motivazione delle ragioni che la hanno indotta a scegliere una particolare proposta, fornendo informazioni esaustive. L'unico limite sarà posto per quelle informazioni la cui diffusione:
 - ostacoli l'applicazione della legge;
 - sia contraria all'ordine pubblico;
 - pregiudichi i legittimi interessi commerciali di particolari imprese pubbliche o private;
 - possa compromettere la libera concorrenza tra gli imprenditori.

I succitati suggerimenti servono a rendere più agevole l'uso della procedura negoziata all'interno della procedura prevista dagli artt. 37bis e ss. della legge 109/94.