

nell'approccio *standard* ipotizzato-, sarebbe ammissibile il versamento di canoni, durante la fase gestionale, a fronte della constatazione che, *nel caso di specie sono le stesse Aziende ad essere gli utenti del servizio in quanto il concessionario metterebbe a loro disposizione in via esclusiva la struttura ospedaliera, così che possano offrire il servizio ospedaliero alla comunità.*

Nel quadro di questa interpretazione va evidenziato che i canoni versati dalle Aziende devono, comunque, essere strettamente connessi alla fruizione della struttura ospedaliera, in modo da non eliminare il rischio economico, caratteristica propria del contratto di concessione.

Si sottolinea, infine, che nel caso in cui i canoni fossero calcolati in modo tale che le Aziende debbano farsi carico in misura prevalente dell'alea legata alla gestione dell'opera, garantendo, ad esempio, il rimborso dei finanziamenti, anche in forma indiretta, l'elemento di rischio verrebbe, comunque, a mancare.

L'interpretazione qui suggerita elimina in via parziale il limite rilevato e si sottolinea come rappresenti, comunque una lettura estensiva del dettato dell'art.19, comma 2 della legge 109/94. Tale lettura, quantunque in piena aderenza con la definizione di contratto di concessione di costruzione e gestione fornito dall'art. 1 della direttiva comunitaria in materia di appalti pubblici di lavori, di cui la legge 109/94 è strumento di recepimento nell'ordinamento italiano può prestarsi, tuttavia, ad interpretazioni contrarie in funzione d'interpretazione restrittiva - letteraria - dello stesso articolo della legge quadro in materia di lavori pubblici.

Pertanto, non si può escludere che la prassi innovativa che si intraprenderebbe con l'approccio *standard* proposto, accogliendo la tesi proposta, possa essere oggetto di interpretazioni divergenti in sede giurisdizionale – unico organo cui compete l'interpretazione delle norme vigenti – o da parte della Corte dei conti, che potrebbe considerare eventuali pagamenti di canoni, da parte delle Aziende, come non dovuti ed equivalenti ad un danno erariale.

*La compatibilità con le esigenze di bilancio e di gestione delle Aziende ospedaliere e delle A.S.L.*

Altro elemento di forte criticità è rappresentato da una non adeguata valutazione da parte delle Aziende degli importi minimi e massimi che il canone può assumere nei termini:

- di costo annuale cui dover fare fronte, considerate le disponibilità annuali di bilancio e le modalità di trasferimento di fondi da parte delle Regioni;
- di prezzo che si è disposti a pagare a fronte della qualità e dell'efficienza richiesta per il funzionamento della struttura e per l'erogazione dei servizi.

E' questa una valutazione di estremo rilievo sia per giustificare in modo esaustivo le motivazioni alla base del ricorso al PPP piuttosto che procedere alla realizzazione e gestione diretta, sia per verificare i termini in cui si concretizza l'effettiva convenienza economica del ricorso al privato.

Quanto indicato sottolinea, in prospettiva, la necessità di un maggiore sforzo da parte delle Aziende in sede di programmazione degli interventi e delle risorse.

Per valutare gli aspetti evidenziati è, infatti, opportuno lo sviluppo da parte delle Aziende, ma anche dell'Amministrazione in generale, di un'autonoma analisi di fattibilità economico-finanziaria dell'investimento per cui si prevede il coinvolgimento di risorse di mercato. Questo tipo di valutazione risulta, infatti, funzionale a:

- motivare la scelta effettuata nei termini non solo di minor spesa in conto capitale ma anche, e soprattutto, di maggiore qualificazione della spesa corrente nei termini di "valore aggiunto" acquistato con l'affidamento della gestione a terzi;
- individuare e circoscrivere l'oggetto dell'affidamento compatibilmente con il quadro dei servizi effettivamente esternalizzabili<sup>123</sup> e le condizioni di redditività più idonee ad attrarre risorse di mercato;
- individuare l'effettivo impegno finanziario che il PPP richiede sotto la forma sia di contributo sia di corrispettivo per le prestazioni effettuate (*i.e.* canone);
- definire il modello di PPP operativo ed economico-finanziario su cui valutare le possibili proposte/offerte del soggetto privato.

In questo quadro, ulteriore elemento di criticità è rappresentato dal grado di remuneratività che caratterizza il pacchetto "servizi" che viene affidato.

Una possibile soluzione a tale problematica può essere delineata tramite la individuazione di fonti alternative di ricavo e/o in corrispettivi incassati dall'Azienda ospedaliera o A.S.L. per spese d'investimento (impianti ed attrezzature) "trasferibili" insieme ai relativi costi dal bilancio dell'Azienda a quello del terzo realizzatore/gestore. Su questo piano possono, ad esempio assumere rilievo gli introiti derivanti dalle *prestazioni private integrative* svolte in ambito ospedaliero (ad es. *intramoenia*, solventi ed assicurazioni). Tale tipologia di ricavo potrebbe rappresentare una quota di rilievo dei corrispettivi, e verrebbe corrisposta a fronte di prestazioni connesse alla componente alberghiera del servizio.

Si precisa, infine, come lo sforzo per migliorare il profilo di redditività del pacchetto "servizi" vada effettuato nella direzione dei servizi funzionali alla gestione della struttura (ad esempio tutti i sistemi informatici) piuttosto che nell'incremento delle attività commerciali (ristorazione, sosta ecc.) il cui aumento da una parte, trova un limite fisiologico nella percentuale fissata per le superfici della struttura a queste dedicate e, dall'altra, non contribuisce a migliorare significativamente il profilo di bancabilità dei progetti.

#### 3.3.6.2 Le modalità di calcolo del "prezzo" ex art. 19 della legge 109/94

Come evidenziato il modello proposto dal mercato è caratterizzato dalla costante richiesta di un contributo pubblico, così come anche nell'approccio

---

<sup>123</sup> In molto dei casi esaminati, le Aziende possono procedere all'esternalizzazione dei soli servizi alberghieri, se non solo di alcuni di questi, in quanto all'atto della definizione della *partnership* molti dei servizi in questione possono risultare già affidati e le scadenze dei relativi contratti non risultano compatibili con l'ipotesi di un nuovo affidamento a terzi.

*standard* ipotizzato può essere previsto un contributo per definire un profilo di redditività che garantisca l'equilibrio economico-finanziario dei progetti d'investimento.

Un forte limite alla identificazione ed allo sviluppo di forme di partenariato è da porre in relazione anche alle modalità di calcolo del contributo pubblico *ex art.* 19, comma 2 della legge 109/94.

La base di calcolo su cui commisurare la congruità del contributo nella specifica accezione della legge 109/94 coincide con *l'importo dei lavori*<sup>124</sup>; nei progetti in questione una quota rilevante dell'investimento è però rappresentata dal costo degli impianti e delle attrezzature medicali, che in base all'applicazione letterale delle norme di legge sembrerebbe non poter rientrare nella citata base di calcolo.

Nei casi esaminati da UFP le Aziende, ma anche i promotori, hanno commisurato il contributo pubblico sul valore complessivo, sia dei lavori che delle forniture, innalzando in tal modo il livello di contribuzione pubblica. Verosimilmente, l'impostazione seguita si fonda sulla considerazione, corretta da un punto di vista funzionale ed economico, che la realizzazione dell'iniziativa in oggetto sia, dal punto di vista giuridico, identificabile nell'affidamento di un contratto misto, nel cui alveo siano ricompresi lavori, forniture e servizi. In merito a questa impostazione si rende, però, necessario svolgere alcune considerazioni.

La legge 109/94 all'art. 2, comma 1, secondo capoverso specifica che *"nei contratti misti di lavori, forniture e servizi...si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento."* (criterio della prevalenza). Scopo di tale previsione è quello d'identificare, in maniera univoca, il regime giuridico prevalente da applicare nell'ipotesi di contratti misti cui, almeno in via teorica, potrebbero applicarsi diverse previsioni di legge. Le iniziative in questione possono correttamente rientrare nell'alveo applicativo del citato art. 2.

La stessa legge, all'art. 19, comma 2, autorizza la corresponsione di un contributo pubblico al concessionario, in presenza di prezzi o tariffe amministrati, controllati o predeterminati, al fine di garantire l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione. Tale importo – specifica la legge – non può, comunque, superare il *"50 per cento dell'importo totale dei lavori"*<sup>125</sup>. L'articolo citato, tuttavia, non menziona, letteralmente, le forniture nel valore complessivo su cui calcolare la percentuale del 50% ai fini della determinazione dell'ammontare del contributo pubblico.

La concessione di costruzione e gestione per la realizzazione di una opera pubblica come l'ospedale, ha necessariamente natura di contratto misto, dal

<sup>124</sup> Cfr. art. 19 comma 2bis della legge 109/94.

<sup>125</sup> Tale previsione è coerente con la natura precipua del contratto di concessione che si distingue dall'appalto tradizionale in quanto il concessionario assume l'alea economica dell'intera operazione dal momento che la controprestazione a suo favore consiste *"unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati"* (art.19, comma 2 della legge 109/94)..

momento che, in termini funzionali, per qualificare un'opera come ospedaliera, accanto alla componente immobiliare non si può prescindere da tutta l'*universitas* mobiliare, che è collegata al manufatto da un evidente vincolo pertinenziale.

In altre parole, non si potrebbe parlare di struttura ospedaliera se oltre al manufatto non fossero forniti anche gli impianti e le apparecchiature mediche.

Tale interpretazione viene confermata dall'art. 817 del codice civile che definisce le pertinenze come quelle cose "*destinate in modo durevole a servizio*" di un'altra cosa. Il rapporto pertinenziale stabilito tra più cose influisce sulla circolazione delle pertinenze<sup>126</sup>, confermando come il bene principale e gli accessori siano considerati un tutt'uno<sup>127</sup>. Ne deriva che il valore delle forniture possa essere ricompreso nel calcolo totale dei lavori, essendo a questi pertinentziali.

Nonostante ciò, occorre sottolineare come il ragionamento esposto non rimuova completamente il limite rappresentato dall'art. 19, comma 2 della legge 109/94.

Il ragionamento esposto, infatti, pur rappresentando un'interpretazione del dettato dell'art. 19, comma 2 della legge 109/94, quantunque coerente con l'impostazione della stessa Legge e con una sua interpretazione sistematica, potrebbe, tuttavia, non essere condiviso dalla Corte dei conti<sup>128</sup>. Quest'ultima potrebbe, infatti, ritenere che il contributo pubblico debba essere calcolato in funzione del solo costo dei lavori, intesi in senso restrittivo, alla luce del criterio letterario, di rango prioritario, sancito dall'art. 12 delle preleggi al codice civile che stabilisce che "*nell'applicare una legge non si può attribuire alla stessa altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole.*" In tal senso, la Corte dei conti potrebbe ritenere che l'interesse finanziario dello Stato sia meglio tutelato da un'interpretazione letterale della norma che limiti il contributo pubblico ad una percentuale del costo dei soli lavori.

### 3.3.6.3 I flussi di pagamento e le garanzie

Su questo piano l'approccio *standard* evidenzia un ulteriore elemento di criticità relativamente alle garanzie che Aziende ospedaliere ed A.S.L. possono prestare come soggetti "pagatori di ultima istanza" nel caso di illiquidità o insolvenza dell'Azienda ospedaliera o dell'A.S.L..

Ricordando, quanto già evidenziato sulla l'alea commerciale all'interno del contratto di concessione<sup>129</sup>, quello citato è, comunque, un aspetto critico connesso alla "bancabilità" dei progetti nei termini di:

- *struttura finanziaria*; il rapporto debito/capitale e l'ottimizzazione delle linee di finanziamento, così come il livello dei tassi d'interesse applicati a

<sup>126</sup> L'art. 818 del codice civile stabilisce che "*gli atti e i rapporti giuridici che hanno per oggetto la cosa principale comprendono anche le pertinenze*".

<sup>127</sup> Quest'interpretazione trova conferma anche nella giurisprudenza costante della Cassazione (Cass. n. 12153/90 e n. 10015/98) che ha riconosciuto il vincolo pertinenziale tra l'immobile e i macchinari ai fini della determinazione del valore, comprensivo sia dell'immobile che dei macchinari, da porre a base di gara nella vendita fallimentare.

<sup>128</sup> Non risulta che la Corte dei conti si sia ancora pronunciata espressamente sul punto.

<sup>129</sup> Cfr. Par. 3.3.6.1

questi ultimi, sono funzione del rischio commerciale e finanziario che caratterizza il progetto e degli strumenti disponibili per mitigarli;

- *garanzie collaterali* su cui i finanziatori potranno contare; occorre approfondire le possibilità e vantaggi/svantaggi connessi ad un eventuale coinvolgimento dei soggetti pubblici a cui fa capo in ultima analisi la spesa sanitaria (principalmente le Regioni).

#### 3.3.6.4 *La dismissione delle vecchie strutture*

In molti dei casi esaminati da UFP, è stata prevista la cessione in conto contributo dell'immobile ospedaliero da dismettere o di altre proprietà pubbliche. Tale elemento presenta aspetti critici in ordine:

- alle modalità ed al momento di determinazione del valore dell'immobile di prevista cessione che sono connesse alle funzioni urbanistiche che questo sarà chiamato a svolgere;
- ai limiti che tale cessione trova nel corpo normativo della legge 109/94 in materia di natura e corresponsione del "prezzo" ex art. 19, comma 2 della medesima legge.

Su questo piano assume rilievo la valorizzazione del patrimonio immobiliare esistente cui, peraltro, Aziende ospedaliere ed A.S.L. sono chiamate ad effettuare per legge<sup>130</sup>: la cartolarizzazione dei proventi della valorizzazione del patrimonio potrebbe, infatti, liberare risorse da destinare a nuovi investimenti con maggiore flessibilità operativa in quanto "fondi propri" delle Aziende<sup>131</sup>.

#### 3.3.6.5 *Le procedure affidamento*

Le procedure di gara devono essere scelte in funzione dell'oggetto dell'affidamento; occorre perciò adottare soluzioni differenziate in base alla qualità delle prestazioni richieste all'affidatario.

Preliminarmente, ove l'amministrazione aggiudicatrice voglia realizzare una struttura che risponda alle caratteristiche necessarie per ottenere l'accreditamento, secondo le modalità precedentemente descritte, essa dovrà avere cura di verificare che la struttura da realizzare, rimodernare, ampliare o trasferire corrisponda al fabbisogno sanitario territoriale delineato nel Piano regionale sanitario. I requisiti richiesti a livello regionale per l'accreditamento forniranno perciò all'amministrazione aggiudicatrice sicuri parametri di valutazione delle proposte presentate nell'ambito di procedimenti ad iniziativa di promotori ex art. 37bis della legge 109/94 e ss. mm.ii. o ad iniziativa della stessa amministrazione ex art. 19, comma 2 della citata legge.

In mancanza di tali condizioni la nuova struttura sanitaria o quella risultante dall'ammodernamento o dall'ampliamento di una preesistente dovrà operare in regime privatistico.

<sup>130</sup> Cfr. Par. 3.2.4

<sup>131</sup> Cfr. Par. 3.2.5.

Nel caso di realizzazione o ristrutturazione di strutture ospedaliere, l'oggetto dell'affidamento si sostanzia in prestazioni riconducibili sia alla categoria dei lavori che dei servizi. L'amministrazione appaltante (Azienda ospedaliera o A.S.L.) potrebbe perciò procedere all'aggiudicazione di un unico contratto misto nella forma della concessione di costruzione e gestione ovvero potrebbe esperire diverse procedure di gara, una sui lavori e l'altra sui servizi.

La prima soluzione, prefigurata nell'approccio *standard* ipotizzato, comporta innegabili vantaggi dal punto di vista della snellezza delle procedure, quindi di efficienza e di economicità dei mezzi giuridici, al fine di poter soddisfare in minor tempo la domanda di servizi sanitari più numerosi e più qualificati. L'amministrazione procede ad indire un'unica gara, secondo le disposizioni di cui alla legge n. 109/94 e ss.mm.ii. per l'affidamento della progettazione, del finanziamento e della realizzazione e gestione dell'infrastruttura a raggruppamenti di imprese in grado di assolvere al meglio tutte le prestazioni in cui si sostanzia la complessità dell'affidamento.

A tal fine gli aspiranti aggiudicatari saranno indotti a costituire un Raggruppamento Temporaneo d'Impresa, di cui facciano parte tutti quei soggetti i cui servizi siano necessari per la gestione di una struttura ospedaliera, consentendo all'amministrazione di valutare, *ex ante*, le garanzie e l'affidabilità dei candidati concessionari nella loro interezza. L'amministrazione potrà così selezionare raggruppamenti che comprendano tutti i servizi necessari per una gestione ottimale, piuttosto che doversi limitare a selezionare candidati che si riservino di stipulare i contratti di servizio solo in seguito all'aggiudicazione.

Ulteriore vantaggio di questo percorso è dato dalla possibilità di dare luogo ad una corretta allocazione dei rischi, tramite il reperimento contestuale dei finanziamenti dell'operazione, attraverso l'inserimento dei soggetti finanziatori nella compagine del raggruppamento temporaneo di imprese.

La disciplina da applicare nel caso di contratti misti di tal sorta è quella del tipo di attività che risulti prevalente. Al riguardo l'art. 3, comma 3 del d.lgs. n. 157/95 e ss. mm. ii., stabilisce che "Nei contratti misti di lavori e servizi e nei contratti di servizi quando comprendano lavori accessori, si applicano le norme della legge 11 febbraio 1994 n. 109, e successive modificazioni qualora i lavori assumano un rilievo economico superiore al 50%".

Nonostante tale modello sia quello più rispondente alle finalità sottese ad operazioni di finanza di progetto, esso presenta una serie di criticità, dovute sostanzialmente all'attuale impianto della legge 109/94 e ss.mm.ii., che ne ostacolano l'attuazione a livello ottimale<sup>132</sup>.

La seconda alternativa per l'amministrazione aggiudicatrice è procedere a gare separate per l'affidamento dei lavori di realizzazione o ristrutturazione degli edifici da destinare a servizio sanitario e per l'affidamento dei servizi connessi.

Secondo questo modello l'amministrazione indice prima un appalto di lavori pubblici, secondo i modi di cui alla legge 109/94, ed, in un secondo tempo,

<sup>132</sup> Cfr. Parte I- Capitolo 5- *Le criticità e le ipotesi di soluzione*.

procede ai sensi del d.lgs. n. 157/1995, per individuare i soggetti deputati alla gestione dei servizi connessi alla struttura sanitaria. Anche la componente finanziaria verrebbe reperita disgiuntamente, con la conseguente impossibilità di condividere i rischi di costruzione e gestione con gli enti finanziatori.

La fattispecie potrebbe essere altresì complicata dall'inserimento di prestazioni di fornitura di impianti e macchinari specialistici, i quali sono di solito acquisiti attraverso contratti di *leasing* sia operativo che finanziario, soggetti alla disciplina prevista dalla Direttiva 93/36/CEE (attuata nell'ordinamento italiano con d.lgs. 358/92), il cui art. 1, comma 1, lettera a) definisce appalti pubblici di forniture "... i contratti aventi per oggetto l'acquisto, il leasing, la locazione, l'acquisto a riscatto con o senza opzione per l'acquisto di prodotti, conclusi per iscritto fra un fornitore..." e un'amministrazione aggiudicatrice.

A tal proposito occorre tenere conto dell'eventualità che lo stesso fornitore dell'attrezzatura medica si occupi anche della manutenzione della stessa; in tal caso l'amministrazione dovrà procedere all'affidamento di un contratto misto, regolato dalla normativa relativa al tipo di prestazione prevalente per valore, in base all'art. 2 della Direttiva 92/50/CEE (che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi)<sup>133</sup>.

L'alternativa appena descritta, improntata all'affidamento disgiunto di appalti aventi oggetti differenti, quantunque riconosciuta dalla Commissione delle Comunità europee, come perfettamente in linea con le norme comunitarie in materia e già sperimentata in Italia non sembra tenere in giusto conto la natura unitaria di progetti volti alla realizzazione e alla gestione di un'opera pubblica.

Verrebbero infatti meno, in tal modo, i vantaggi connessi all'utilizzo di uno strumento unitario nei termini di minori formalità, tempi di realizzazione più brevi e corretta allocazione dei rischi.

#### 3.3.6.6 Il ruolo delle Aziende ospedaliere e della A.S.L. ed i processi di negoziazione

L'introduzione di un unico soggetto gestore determina la necessità, da parte dell'Azienda, di modificare parzialmente la propria missione da soggetto erogatore delle prestazioni a controllore delle prestazioni erogate dal privato, sulla base delle pattuizioni contrattuali e degli *standard* di qualità definiti.

Se questo fatto richiede, da un lato, un cambiamento di tipo organizzativo, che ha degli indubbi riflessi sulla struttura delle Aziende ospedaliere e delle A.S.L., dall'altro può essere visto come un'opportunità per questi soggetti di concentrarsi esclusivamente sull'erogazione dei servizi medicali, ovvero il *core business* del servizio pubblico, lasciando i servizi generali e di *housing* alla responsabilità di un soggetto terzo qualificato.

<sup>133</sup> La legge n. 109/94 e ss. mm.ii. all'art. 2, comma 1, si occupa altresì di stabilire la disciplina dei contratti misti di lavori forniture e servizi o di forniture o servizi, quando comprendano lavori accessori, prevedendo l'applicazione della normativa sui lavori qualora questi assumano un rilievo economico superiore al 50%, nell'economia dell'operazione nel suo complesso.

### 3.4 Conclusioni

In questo quadro, emerge, da un lato, l'urgenza con cui Aziende ospedaliere e le A.S.L. debbano apprestarsi a definire progetti di investimento, e dall'altro, la necessità di reperire risorse finanziarie aggiuntive necessarie a coprire i maggiori costi di realizzazione che il nuovo modello di ospedale comporta.

A fronte del quadro di risorse pubbliche precedentemente descritto, Aziende ospedaliere e A.S.L. sono chiamate a gestire un complesso programma di ammodernamento e razionalizzazione della rete ospedaliera (presidi e aziende) in tempi possibilmente ristretti garantendo contemporaneamente l'elevamento della qualità delle strutture e del servizio. Aumento dell'efficienza produttiva del servizio e miglioramento quali-quantitativo delle strutture, nel quadro delle caratteristiche dell'attuale patrimonio ospedaliero, evidenziano, in alcuni casi, l'insufficienza della dotazione finanziaria pubblica a copertura degli investimenti necessari, rendendo auspicabile il ricorso a forme di coinvolgimento del capitale privato.

Un numero sempre crescente di Aziende ospedaliere e di A.S.L. guarda, pertanto, con interesse al coinvolgimento dei privati ed alla formula della finanza di progetto nella costruzione e gestione delle strutture, congiunte a forme di valorizzazione del patrimonio immobiliare dimesso.

Nella situazione delineatasi il mercato ha ritenuto di soddisfare le esigenze indicate con il modello di PPP descritto nei paragrafi precedenti.

Pur in considerazione della volontà del sistema ospedaliero di avviare celermente il processo di ammodernamento in questione e dell'assoluto interesse del mercato al partenariato con il soggetto pubblico sul piano della realizzazione e della gestione delle strutture, tale modello evidenzia alcune criticità di fondo che ne rendono alquanto incerta l'applicabilità a meno di ulteriori analisi e maggiori approfondimenti.

La criticità di maggior rilievo coincide con la sostanziale incompatibilità tra il quadro giuridico amministrativo che regola la realizzazione delle strutture e l'erogazione delle prestazioni socio-sanitarie ed il complesso di norme che regola l'affidamento della realizzazione delle opere pubbliche<sup>134</sup>: il modello proposto dal mercato trova forti limiti in relazione:

- ai limiti imposti al contributo pubblico concedibile;
- alla compatibilità con quadro giuridico in materia di opere pubbliche del pagamento di un canone da parte delle Aziende sanitarie e delle A.S.L., in quanto utilizzatrici finali della struttura realizzata e gestita dal soggetto privato;
- ai vincoli di bilancio economico e finanziario delle stazioni appaltanti (Aziende ospedaliere e A.S.L.);

<sup>134</sup> Cfr. Parte I- Capitolo 5-*Le criticità e le ipotesi di soluzione.*



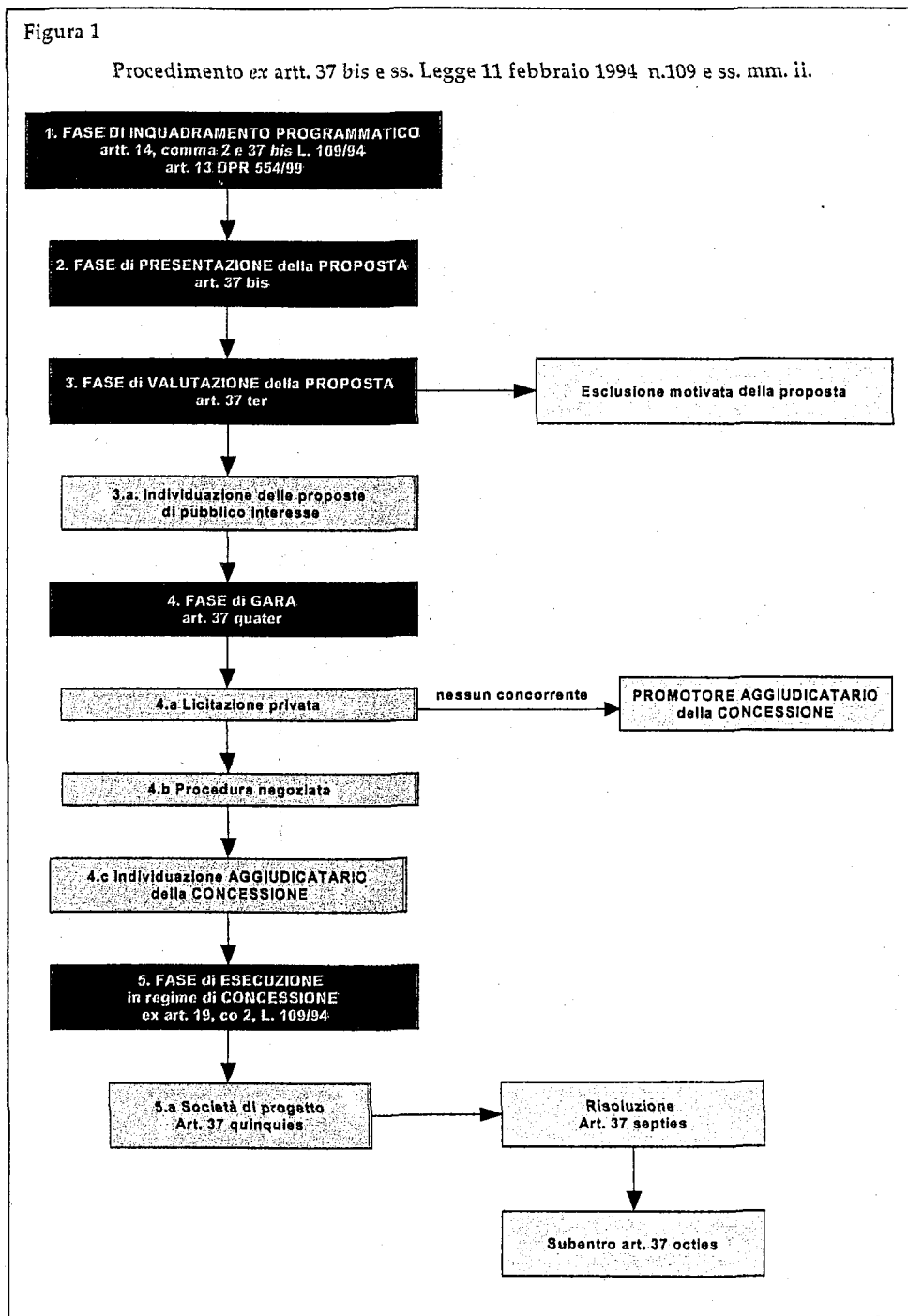
- al sistema dei pagamenti vigente tra i soggetti competenti l'erogazione delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie;
- alla possibilità di individuare soggetti pubblici diversi dalla stazione appaltante in grado di offrire garanzie collaterali a copertura di rischi finanziari specifici (insolvenza e liquidità) per migliorare il profilo di bancabilità dei progetti.

PAGINA BIANCA

**GLI STRUMENTI GIURIDICI NELL'ORDINAMENTO  
VIGENTE**

PAGINA BIANCA

**1. PROCEDIMENTO EX ARTT. 37 BIS E SS. LEGGE 11 FEBBRAIO 1994, N. 109 E SS. MM. II.**



### 1.1 Fase di inquadramento programmatico

*Artt. 14, comma 2 e 37 bis della legge n. 109/1994 (la Legge)*

*Art. 13 del D.P.R. N. 554/1999 (il Regolamento). D.M. del 21 giugno 2000*

L'attività di realizzazione dei lavori pubblici si svolge sulla base di un **programma triennale** (il Programma) e dei suoi **aggiornamenti annuali** che le amministrazioni aggiudicatrici predispongono ed approvano nel rispetto dei documenti di programmazione, già previsti dalla normativa vigente e dalla normativa urbanistica, unitamente all'**elenco dei lavori da realizzare nell'anno stesso**.

A norma dell'art. 14, comma 2 della Legge, le amministrazioni individuano con priorità i bisogni che devono essere soddisfatti tramite la realizzazione di **lavori finanziabili con capitali privati**, in quanto suscettibili di gestione economica.

Il Programma deve contenere un ordine di priorità tra le categorie di lavori, nonché un ulteriore ordine di priorità all'interno di ogni categoria. Fra i **lavori prioritari**, in ogni categoria, ai sensi dell'art. 14, comma 3 della Legge, sono annoverati **gli interventi per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario**.

Secondo il combinato disposto dell'art. 13 del Regolamento e dell'art. 2 del decreto del Ministero dei lavori pubblici del 21 giugno 2000, lo schema di Programma, ovvero il suo aggiornamento, sono redatti entro il 30 settembre di ogni anno. Entro 90 giorni dall'approvazione della legge di bilancio da parte del Parlamento, le amministrazioni dello Stato procedono all'aggiornamento definitivo del Programma, unitamente all'elenco dei lavori da realizzare nel primo anno di attuazione del programma (elenco annuale).

Il Programma e l'elenco annuale dei lavori da realizzare sono inviati, dopo l'approvazione, all'Osservatorio dei lavori pubblici o al CIPE, se trattasi di amministrazioni aggiudicatrici di rilevanza nazionale.

L'art. 37bis, comma 1 della Legge dispone che i soggetti promotori possono presentare **proposte di lavori pubblici o di pubblica utilità** suscettibili di realizzazione con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori medesimi, purchè **inseriti nella programmazione triennale**, di cui all'art. 14 della Legge, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice.

Il **Programma triennale** costituisce momento attuativo degli studi di fattibilità e di identificazione e quantificazione dei propri bisogni che le amministrazioni predispongono nell'esercizio delle loro autonome competenze e, quando esplicitamente previsto, di concerto con altri soggetti, in conformità agli obiettivi assunti come prioritari (art. 14, comma 2 della Legge).

Nel Programma ovvero nei suoi aggiornamenti annuali sono indicati:

- la localizzazione degli interventi;

- l'ordine di priorità degli interventi, come definito dall'art. 14, comma 3 della Legge;
- la codifica dell'intervento, secondo gli schemi di cui al D.M. 21 giugno 2000;
- la stima del costo complessivo, per ciascun intervento e relativa copertura finanziaria, nonché dell'andamento della spesa nell'arco del triennio;
- le stime dei tempi, della durata degli adempimenti amministrativi di realizzazione, del collaudo.

L'inclusione di un'opera nell'**elenco annuale dei lavori** è subordinata alla previa approvazione della progettazione preliminare, redatta ai sensi dell'art. 16 della Legge. Secondo le indicazioni del D.M. 21 giugno 2000, l'elenco annuale dei lavori contiene la distinta dei lavori da realizzare nell'anno cui l'elenco si riferisce, l'indicazione del responsabile del procedimento, l'ammontare delle risorse destinate all'esecuzione dei lavori, il trimestre e l'anno dell'effettivo utilizzo dell'opera.

Ai fini della loro **pubblicità** e della trasparenza amministrativa gli schemi dei programmi triennali ed i relativi aggiornamenti annuali, prima dell'approvazione sono affissi, per almeno 60 gg. consecutivi, nella sede dell'amministrazione procedente, che può adottare ulteriori forme di informazione nei confronti dei soggetti comunque interessati al programma, purché queste siano predisposte in modo da assicurare il rispetto dei tempi stabiliti dall'art. 2 del D.M. citato.

Nel dare attuazione ai lavori previsti nel programma triennale è necessario il **rispetto delle priorità** ivi indicate. Sono fatti salvi gli interventi imposti da eventi imprevedibili o calamitosi, nonché le modifiche dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari, ovvero da altri atti amministrativi adottati a livello statale o regionale.

L'elenco annuale predisposto dalle amministrazioni deve essere approvato unitamente al bilancio preventivo, di cui costituisce parte integrante, e deve contenere l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, ovvero disponibili in base a contributi o risorse dello Stato, delle regioni a statuto ordinario o di altri enti pubblici, già stanziati nei rispettivi stati di previsione o bilanci, nonché acquisibili tramite le alienazioni del patrimonio disponibile, ai sensi dell'art. 3 d.l. 310/90, convertito con modificazioni dalla legge 403/90.

Un lavoro non inserito nell'**elenco annuale** può essere realizzato solo sulla base di un autonomo piano finanziario che non utilizzi risorse già previste tra i mezzi finanziari dell'amministrazione al momento della formazione dell'elenco, fatta eccezione per le risorse rese disponibili a seguito di ribassi d'asta o di economie.

## 1.2 Fase di presentazione della proposta

*art. 37bis della Legge*

Entro il 30 giugno di ogni anno - da intendersi come termine perentorio al fine di garantire la *par condicio* tra tutti i possibili promotori - i promotori possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale *ex art. 14, comma 2 della Legge*, tramite contratti di concessione di cui all'art. 19, comma 2 della Legge con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi.

### Promotori:

- a) soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, che negli ultimi tre anni hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta;
- b) soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei lavori pubblici *ex art. 10 della Legge*<sup>135</sup>;
- c) società di ingegneria *ex art. 17 comma 1, lettera f) della Legge*;
- d) i soggetti di cui alle lettere b) e c) eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi.

**Requisiti richiesti al promotore, *ex art. 98 del Regolamento, oltre la qualificazione di cui all' art. 8*<sup>136</sup> della Legge:**

- a) fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al 10% dell'investimento previsto per l'intervento;

<sup>135</sup> L'art. 10 della Legge elenca le seguenti categorie di soggetti: a) le imprese individuali, anche artigiane, le società commerciali, le società cooperative, b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi tra imprese artigiane; c) i consorzi stabili costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615<sup>ter</sup> c.c., tra imprese individuali, anche artigiane, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro; d) le associazioni temporanee di concorrenti, costituite dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato capogruppo, il quale esprime l'offerta in nome proprio e per conto proprio e dei mandanti; e) i consorzi concorrenti di cui all'art. 2602 c.c., costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) anche in forma di società ai sensi dell'art. 2615 c.c.; f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di GEIE, ai sensi del d.lgs. n. 240/91.

<sup>136</sup> Il sistema di qualificazione di cui all'art. 8 della Legge è stato istituito e disciplinato dal D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34.

La qualificazione è obbligatoria per chiunque esegua i lavori pubblici affidati dai soggetti di cui all'art. 2, comma 2 della Legge, dalle regioni, anche a statuto speciale e dalle province autonome di Trento e Bolzano, di importo superiore a 150.000 euro. Il sistema di qualificazione è attuato da organismi di diritto privato di attestazione (SOA) appositamente autorizzati secondo le norme dello stesso D.P.R. n. 34/2000.