

Codice dei contratti

La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo D.Lgs. 152/08

di Massimo Ricchi*

Viene commentata l'evoluzione apportata dal terzo correttivo alla finanza di progetto, l'unico percorso di affidamento ripartito in tre fasi, che caratterizzava la previgente disciplina, è stato sostituito da due procedimenti estremamente semplificati e da un terzo attivabile in caso di inerzia della p.a. In questa sostituzione è racchiuso il «cambio di passo» voluto dal Legislatore, meno complicazioni e più alternative percorribili per l'affidamento dei contratti di concessione o di partenariato pubblico-privato. La lettura delle norme, che si avvale dell'interpretazione dell'analisi economica del diritto, mette in luce gli incentivi e le sanzioni approntate per condizionare gli operatori economici a tenere comportamenti competitivi per realizzare e gestire le opere pubbliche. In queste circostanze la p.a. è chiamata a pianificare il percorso di affidamento adatto alle proprie capacità di gestione del processo e alle caratteristiche dell'operazione. Lo studio di fattibilità è divenuto centrale per orientare la p.a. tra le opzioni procedurali a sua disposizione e, allo stesso tempo, costituisce un documento preordinato alla redazione delle offerte dei concorrenti. Alla p.a. è chiesto un profondo mutamento: di agire utilizzando la competenza regolatoria, strumento per il mercato più che di concessione, per ottenere opere e servizi con elevati standard qualitativi.

* Le opinioni dell'Autore non intendono rappresentare le posizioni dell'Ente di appartenenza (Unità Tecnica Finanza di Progetto - CIPE - Presidenza del Consiglio dei Ministri).

Il Legislatore italiano con il terzo decreto correttivo al codice dei contratti pubblici, D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (G.U. n. 231 del 2 ottobre 2008, supplemento ordinario 227)¹, rivoluzionando il procedimento con il promotore, continua nella sperimentazione del *project financing* e, in linea con quanto fatto dall'esordio nel 1998, preferisce consegnare alla pubblica amministrazione una serie di opzioni alternative, articolate in più fasi semplici e proceduralizzate, piuttosto che lasciare la libertà di modellizzare questo particolare tipo di affidamento. Tale impostazione, che tiene conto dell'indole delle stazioni concedenti nazionali poco propense ad una completa gestione autonoma, ha contribuito in modo sostanziale allo sviluppo della finanza di progetto, trascinando anche l'altra forma di aggiudicazione del contratto di concessione, rappresentata dalla procedura ristretta ad iniziativa pubblica *ex art.* 144 del D.Lgs. n. 163/2006, codice dei contratti pubblici (Codice); così portando il mercato complessivo delle concessioni, indipendentemente dai processi di affidamento, a rappresentare nel 2005, con circa 9 Mld € il 25% di tutti i contratti per la realizzazione di opere pubbliche in Italia².

Con queste riflessioni "a caldo" sulla nuova disciplina, oltreché cercare di mettere in chiaro i procedimenti, individuare i presupposti per azionarli ed indicare i nessi con gli altri articoli del Codice, si intende evidenziare l'accresciuta discrezionalità regolatoria in capo alla p.a.³. L'esercizio della discrezionalità regolatoria consente alla p.a., negli spazi lasciati dalla norma,

di adattare l'affidamento del contratto alla situazione concreta; le direttrici che presiedono la scelta sono sempre ispirate ai principi di rango comunitario, che come è noto mettono al centro la tutela della concorrenza⁴. Nonostante l'argomento regolatorio autorizzi più soluzioni interpretative per una stessa fattispecie e le indicazioni qui prospettate di conseguenza ammettono alternative, si è cercato di suggerire quelle azioni per rendere efficace ed efficiente l'attività dei soggetti aggiudicatori⁵, soprattutto evitando le trappole interpretative incoerenti con l'impianto sistematico del Codice e con la tradizione giurisprudenziale⁶ e dottrina matura in questi anni di applicazione⁷, che ha messo in risalto come le operazioni con il promotore siano connotate dal dialogo con il privato, guidato dall'interesse pubblico, rivolto all'eliminazione progressiva delle asimmetrie informative⁸. Infine, è sem-

⁴ Si veda la direzione intrapresa dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici nella relazione di L. Giampaolino, *Una nuova politica per le opere pubbliche in Italia: le difficoltà da una iperregolamentazione*, in *Forum OICE*, novembre 2007, 5, dove si legge: «L'Autorità guarda alla materia degli appalti in una luce nuova, come strumento funzionale al mercato inteso come valore da promuovere e tutelare»; anche il CNEL, *La finanza di progetto, Osservazioni e Proposte*, documento 9 aprile 2008, ritiene che lo «Stato deve intervenire sotto tre aspetti: promuovere la concorrenza, al fine di avere strutture di prezzo, qualità e costo più efficienti; promuoverne un livello qualitativo minimo adeguato, attraverso opportuni standard di qualità; promuoverne la solidarietà, nel senso che ne abbassa il prezzo sotto il costo, ove ritenuto opportuno, con integrazioni pagate attraverso le tasse».

⁵ Per comprendere la materia degli affidamenti dei contratti di concessione o di partenariato, poiché si analizza un mercato di notevoli dimensioni, quello delle opere e dei servizi pubblici, non si può prescindere da una lettura del terzo correttivo in chiave di *law and economics*: aderenti a questa impostazione sulla previgente normativa B. Raganelli, op. cit. e G. Fidone, op. cit.

Invece, mette in luce come il PPP possa connotare la complessiva azione di politica governativa, partendo dall'analisi di *budget* sino alla determinazione delle tariffe dei servizi pubblici, A. Carzaniga, *Aspetti generali del partenariato tra pubblico e privato*, in *Opere pubbliche: le nuove modalità di realizzazione*, a cura di D. Spinelli, P. L. Vecchia, Milano, 2007, 1-20.

⁶ Cons. Stato n. 6727/06, n. 4811/07, n. 142/05, n. 6287/05, n. 2355/08; T.A.R. Puglia, Bari n. 1117/06 e n. 1946/06, T.A.R. Sicilia, Palermo n. 1358/04, T.A.R. Campania, Napoli n. 9571/04 e n. 249/07, T.A.R. Abruzzo, Pescara n. 99/05, T.A.R. Lombardia, Brescia n. 398/07.

⁷ Si veda T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, 23 aprile 2008, n. 1552, che si segnala per il riconoscimento di funzione di guida della dottrina sul terreno della finanza di progetto: in particolare i principi elaborati dalla dottrina in idem sentire con la giurisprudenza sono deliberatamente i presupposti della decisione.

⁸ Così in F. Fracchia, op. cit., 37 ss. Inoltre, l'A. suggerisce di applicare al procedimento con il promotore la categoria di «operazione amministrativa» da cui discendono importanti conseguenze interpretative in una disciplina dove ci sono più vuoti che pieni: «In altri termini, l'oggetto di siffatta disciplina esibisce i sopra individuati caratteri di unitarietà, di preordinazione ad un medesimo risultato pubblicistico e di assoggettamento ai principi dell'attività amministrativa che segnalano l'esistenza della categoria dell'operazione amministrativa [...]. Se così è si riesce a giustificare la circostanza che l'intera operazione risulti rilevante ai fini della sua convenienza, della sua compatibilità ambientale o della legittimità della scelta amministrativa [...]; infine, pare più agevole individuare un canone interpretativo utilizzabile per le disposizioni incerte e una serie di indicazioni circa le modalità di svolgimento

¹ I primi commenti al terzo correttivo: R. De Nictolis, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in questa Rivista, 2008, 1225; A. Coletta, *Finanza di progetto e terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2008; M. Collecchio, *Prime riflessioni sulle modifiche della finanza di progetto inserite nel "correttivo 3"*, Convegno IGI 30 settembre 2008. Sulla previgente normativa G. De Marzo, M. Baldi, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, II ed., 2004; AA.VV., *La finanza di progetto con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, a cura di E. Picozza, Torino, 2005; AA.VV., *Finanza di progetto, Quaderni CESFIN* a cura di G. Morbidelli, Torino, 2004; AA.VV., *Project Financing e opere pubbliche*, a cura di G.F. Ferrari, F. Fracchia, Milano, 2004; S. Sambri, *Project Financing, la finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, Padova, 2006; AA.VV., *Finanza di progetto, problemi e prospettive*, in *Economia e Diritto del terziario* a cura di A. Amato, Francoangeli, n. 1, 2005. Per l'impostazione *law and economics* si veda G. Fidone, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Luiss University Press, Roma, 2006; B. Raganelli, *Finanza di progetto e opere pubbliche: quali incentivi?*, Torino, 2006. Per gli aspetti privatistici A. Tullio, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003; P. Carriere, *Project financing, problemi di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999.

² Il mercato del PPP e i relativi procedimenti di aggiudicazione non conoscono battute d'arresto, vedi comunicato stampa Osservatorio Nazionale sul Project Financing (*www.infopieffe.it*) del 2 maggio 2006: «le gare con queste procedure rappresentano alla fine del 2005 circa un quarto del valore della spesa appaltata nell'anno (9.511 milioni di euro su 38.148)».

³ Sull'evoluzione della discrezionalità dall'Unità d'Italia ad oggi si veda G.D. Comperti, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Il Diritto dell'Economia*, n. 2, 2007; G. Alpa, *Aspetti civilistici del Codice dei contratti pubblici - Prime note*, in *Economia e Diritto del terziario*, 2007, 3, 749 ss.

brato utile fornire alla p.a. dei criteri per orientarsi nella scelta dei diversi procedimenti, che consentono l'affidamento dei contratti di concessione o, secondo la nuova definizione più estesa dell'art. 3, comma 15 del Codice, dei contratti di Partenariato Pubblico-Privato (PPP)⁹.

Preme sottolineare come alla p.a. sia richiesto un profondo cambiamento nell'approccio all'affidamento dei contratti complessi¹⁰; prendendo coscienza di essere una piccola Autorità¹¹ deve avere cura del mercato a cui si rivolge per sviluppare una sana concorrenza e allo stesso tempo deve condizionare l'offerta alle proprie richieste per centrare il pubblico interesse, poiché impersone la domanda di beni e servizi pubblici.

Uno degli aspetti problematici del previgente procedimento con il promotore era quello della durata, scandito sostanzialmente da tre potenziali gare. La molteplicità dei passaggi obbligati lo esponevano ad una inusitata possibilità di ricorsi giurisdizionali per un unico procedimento: naturalmente anche il tempo impiegato in se per arrivare alla conclusione non giocava a favore di un suo mantenimento. Con il terzo decreto correttivo al Codice è intervenuta la riforma del promotore che ha gemmato due procedimenti alternativi originali entrambi caratterizzati dalla semplificazione dell'articolazione del processo di gara e un terzo percorso, condizionato dall'inattività della p.a., che apre a tre possibili *sub*-procedimenti: per comodità espositiva, cogliendo le caratteristiche di ciascuno, sono stati denominati rispettivamente promotore **monofase**, promotore **bifase** e promotore additivo.

Il coinvolgimento dei terzi nella programmazione

dell'attività dell'amministrazione, soprattutto in relazione ai casi in cui essa deve effettuare valutazioni molto delicate».

⁹ Il contratto complesso rientra nella nuova definizione di contratto di partenariato pubblico-privato inserita dal terzo decreto correttivo nel codice all'art. 3, comma 15-ter. Per una analisi critica e comparativa del contratto di partenariato con alcune altre realtà europee, si veda C. Rangone, *Art. 3, c. 15-ter Decreto correttivo al Codice degli appalti pubblici*, Convegno IGI 14 ottobre 2008.

¹⁰ Si veda l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, Relazione Annuale 2007, presentata l'8 luglio 2008, pp. 223-234. L'Autorità ha dedicato un capitolo per descrivere le procedure di aggiudicazione degli appalti complessi nei principali paesi europei, Regno Unito, Francia, Germania e Spagna così concludendo «Le singole discipline riguardanti l'aggiudicazione degli appalti complessi appaiono strutturate in modo da lasciare un buon grado di elasticità e un ampio grado di discrezionalità alle amministrazioni nell'adattare i modelli ai casi concreti. Le discipline di questi paesi non vedono la discrezionalità con sospetto ma anzi la considerano utile per garantire l'efficacia dell'azione amministrativa. [...]. La combinazione preferita in questi paesi, in conclusione, sembra quella tra discrezionalità regolata dai principi, piuttosto che da vincoli formali, versatilità e varietà dei modelli procedurali, responsabilità per le scelte e i risultati sostanziali e cooperazione e assistenza da parte di Autorità che, per posizione istituzionale e qualificazione tecnica, dispongano di una visione di insieme del mercato dei contratti pubblici».

¹¹ «Much of what we have said about auction design is no more than an application of standard antitrust theory» in P. Klemperer, *What Really Matters in Auction Design*, in *Journal of Economic Perspectives*, V. 16, N. 1, Winter 2002, 186.

È stato migliorato il processo propositivo di inserimento nella programmazione di opere tramite il promotore da parte di terzi esterni all'amministrazione; infatti, i soggetti che possono presentare i suggerimenti da inserire negli atti programmatori, devono possedere dei requisiti di qualificazione molto più rigorosi a garanzia della serietà del loro impegno. Questa modalità programmatoria, ora disciplinata dal comma 19 dell'art. 153 del Codice, circoscrive i requisiti di qualificazione posseduti dagli operatori economici privati solo a quelli indicati al comma 8 (i proponenti qualificabili come concessionari) e al comma 20 (i proponenti qualificabili con altri specifici requisiti), e non più genericamente riferibili a tutti soggetti pubblici e privati. Si noti come i soggetti pubblici non siano più menzionati, forse per evitare le interferenze reciproche nelle programmazioni tra amministrazioni pubbliche e per presa d'atto di scarso realismo della norma previgente.

Lo studio di fattibilità, redatto dai terzi qualificati, diventa l'unico documento da sottoporre alla p.a. ai fini dell'inserimento dell'opera nella programmazione pubblica; le semplici proposte di intervento, ammesse nel previgente art. 153, non sono più sufficienti perché non garantivano il necessario approfondimento e costringevano, comunque, la p.a. diligente a redigere lo studio di fattibilità. Rimane inalterato l'impianto autorizzatorio che da facoltà alla p.a. di decidere se accettare la proposta di inserimento nella programmazione, senza l'obbligo di corrispondere un prezzo anche in caso di accoglimento e di acquisizione dello studio di fattibilità del privato. Inoltre, è stato imposto alla p.a. il termine sollecitatorio di 6 mesi per decidere se adottare gli studi di fattibilità proposti dai terzi: ciò a tutela dei privati che investono sulla redazione dello studio di fattibilità proprio per l'opportunità di vederlo accolto nei documenti programmatori in tempi certi, guadagnando così un vantaggio competitivo lecito sull'operazione successiva. La categoria dei vantaggi competitivi leciti spiega l'incentivo dei privati a compiere delle azioni apparentemente in perdita, in questo caso affrontare i costi per la predisposizione dello studio di fattibilità senza la possibilità di recuperarli. Il vantaggio competitivo lecito pone in capo al soggetto privato, che presenta la proposta di programmazione in finanza di progetto, una transitoria posizione dominante, destinata a dissolversi nelle procedure concorrenziali successive o per il rifiuto della p.a. ad accogliere il suggerimento programmatore. Il vantaggio competitivo lecito, nonostante si affievolisca in caso di sviluppo del procedimento, persiste in capo all'operatore economico solo se si pone attenzione al fatto che il privato ha acquisito in esclusiva una forte competenza sull'operazione per avere prima degli altri concorrenti studiato il caso, avere predisposto la matrice-progetto (lo studio di fattibilità) adottata dalla p.a. per la quale ha già pronta l'offerta e nell'aver già intrapreso un dialogo tecnico con la p.a. precedente. Questo vantaggio, inoltre, poiché viene segnalato al mercato, dovrebbe scoraggiare tutti quei potenziali concorrenti che non sono all'altezza di presentare una proposta compe-

titiva con quella del proponente; insomma il vantaggio competitivo lecito contribuisce ad innalzare il valore qualitativo delle proposte che potrebbero essere presentate nel prosieguo del procedimento, le uniche formulate dal mercato con la coscienza di avere *chances* di imporsi sul concorrente che ha determinato la programmazione della p.a.

Il promotore monofase

L'attuale art. 153 del Codice accorpa i contenuti modificati degli artt. 154 e 155 previgenti e delinea il procedimento del promotore **monofase** dal comma 1 al comma 14: in estrema sintesi la p.a., dopo avere pubblicato un bando, aggiudica il contratto di concessione al concorrente che ha sottoposto la proposta migliore, valutata con il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa.

Le precisazioni riferite all'obbligo di predisposizione di uno studio di fattibilità prima di lanciare la gara, la possibile programmazione nell'elenco annuale delle opere pubbliche solo sulla base dello studio di fattibilità *ex art.* 128, comma 6 del Codice, la necessità di condizionare la pubblicazione del bando, che da l'avvio alla selezione del promotore, alle modalità previste *ex art.* 66 o 122 del Codice, rispondono ad esigenze minime di individuazione degli obiettivi pubblici e di comunicazione al mercato europeo¹².

Nella previgente disciplina questi *standard* erano stati messi in discussione dall'ambiguità delle disposizioni che consentivano interpretazioni elusive. Infatti, nella pratica si riteneva che lo studio di fattibilità non dovesse essere predisposto dalla p.a. o non dovesse essere approfondito adeguatamente in fase di programmazione, perché i concorrenti ne redigevano uno proprio al momento della presentazione della proposta¹³. Inoltre, il previgente art. 153, comma 3, prescrivendo la pubblicazione dell'avviso solo sui siti informatici di cui all'art. 66, comma 7 del Codice, consentiva di escludere la pubblicità in GURI e soprattutto in GUCE, perché l'avviso non veniva ritenuto un bando¹⁴; i commi 2 e 3 dell'art. 153 del Codice fuggono ogni possibile equivoco sulla necessità di pubblicare un vero e proprio bando, utilizzando tutti i mezzi di pubblicità obbligatori

¹² UTFP News n. 3, *Il Mercato europeo del PPP: analisi, criticità e proposte*, in www.utfp.it Approfondimenti, ottobre-dicembre 2008.

¹³ Questa sviante prassi amministrativa e la corretta interpretazione che chiarisce l'obbligatorietà dello studio di fattibilità nelle operazioni con il promotore è stata sottolineata, con la richiesta di una precisazione normativa, nel documento UTFP, *10 Temi per migliorare il ricorso alla finanza di progetto*, in www.utfp.it, 2005, 5 ss. Nello stesso documento vengono suggeriti alcuni contenuti necessari dello studio di fattibilità per l'affidamento di contratti di concessione, in particolare l'analisi del *value for money*, l'applicazione del *public sector comparator*, la previsione dello scenario di fallimento, la previsione di una opportuna distribuzione dei rischi, la valutazione di impatto sul debito pubblico, etc.

¹⁴ Per la centralità dell'avviso e la sua assimilabilità al bando vedi la determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, 11 ottobre 2007, n. 8.

che gli sono propri a seconda che il valore¹⁵ del contratto da affidare sia sopra o sottosoglia¹⁶.

I contenuti del bando e la negoziazione del progetto

Gli stessi commi 2 e 3 dell'art. 153 del Codice stabiliscono i contenuti obbligatori del bando riferendosi a quelli *standard* per le concessioni previsti dall'art. 144 del Codice; nel procedimento monofase, però, sono stati aggiunti due contenuti specifici.

Questi nuovi contenuti del bando, elencati nell'art. 153, comma 3, *sub lett.* a) e b), costituiscono il fondamentale meccanismo regolatorio del nuovo procedimento fissato dalla legge, in particolare *sub lett.* a) l'amministrazione aggiudicatrice, una volta individuato il promotore, ha la possibilità di chiedergli di apportare alla sua offerta quelle modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto e i conseguenti adeguamenti del piano economico-finanziario (PEF).

La vigente disciplina consente di stabilire i limiti, i contenuti e il tempo di esercizio del potere di richiedere modifiche all'offerta, sostanzialmente di negoziarla, che nel previgente art. 155, comma 1, lett. a) del Codice, era solo ellitticamente presupposto, laddove la p.a. poneva «a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, *eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse*». Tale incisività prescrittiva ha autorizzato alcune posizioni interpretative rigide, che non ammettevano sostanziali modifiche al progetto e soprattutto al PEF, la cui variazione era il sintomo che si stavano travalicando i limiti consentiti di esercizio del potere di variazione. Quella posizione, rendendo intangibile la proposta, generava due inefficienze:

- la prima bloccava *sine die* i procedimenti di aggiudicazione le cui proposte erano sottoposte a richieste di modifica, perché i costi aggiuntivi non potevano trovare accoglimento nel PEF;
- la seconda, ancor più grave, non consentiva alla p.a. di modificare la proposta per centrare il pubblico interesse. La p.a. era obbligata nei fatti ad accettare una proposta mediocre piuttosto che azzerare una gara così complessa e dispendiosa.

La soluzione offerta dalla nuova formulazione dell'art. 153, comma 3, lett. a) non lascia dubbi riguardo la possibilità di apportare le modifiche prescritte in sede di

¹⁵ Nonostante l'art. 153, comma 2, per individuare il valore del contratto ai fini della pubblicazione faccia riferimento all'importo dei lavori, si veda l'interpretazione più aderente al codice, alle direttive comunitarie e soprattutto alla natura del rapporto concessorio prospettata in UTFP News n. 1, *Il valore europeo delle concessioni*, in www.utfp.it Approfondimenti, aprile-giugno 2008, 8 ss.

¹⁶ Il parere del Consiglio di Stato reso in adunanza del 14 luglio 2008, p. 9, sullo schema di decreto legislativo recante ulteriori modifiche ed integrazioni al D.Lgs. n. 163/2006, sottolinea come sia stato risolto il problema di pubblicità dell'avviso sollevato dalla Commissione europea laddove «al comma 3 si stabilisce che il bando di gara va pubblicato con le modalità di cui all'art. 66 ovvero di cui all'art. 120».

conferenza di servizi, disciplinate dagli artt. 14-*bis* e ss. della L. 7 agosto 1990, n. 241, per il richiamo del successivo comma 10, lett. c) all'art. 97 del Codice.

Neppure deve mettersi in dubbio la possibilità di richiedere modifiche progettuali e del PEF dalla stessa p.a. procedente in fase di approvazione del progetto: ciò sia per continuità con quella parte della giurisprudenza e dottrina¹⁷ focalizzata sull'efficienza dell'azione amministrativa e sia, soprattutto, per l'esplicito richiamo normativo. La nuova disciplina sancisce una prescrizione di carattere generale, laddove al comma 3 si riferisce alle «modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto»: queste, infatti, comprendono sia le eventuali richieste di modifica della stessa p.a. che, ai sensi del comma 10, quelle generate dalla conferenza di servizi. A questo punto si impone una riflessione supplementare proprio alla luce dei compiti regolatori della p.a. Se dovessimo accettare la soluzione interpretativa che limita le richieste alle sole modifiche progettuali dell'amministrazione e a quelle emerse in conferenza di servizi – il PEF muta di conseguenza per mantenere il nuovo equilibrio economico-finanziario imposto dalle modifiche *ex art.* 153, comma 3, lett. a) del Codice – la p.a. si esporrebbe alla circostanza di poter sottoscrivere un contratto di concessione comprensivo di cospicue rendite non giustificate dai rischi assunti dal concessionario. Il limite della procedura monofase risiede nell'impossibilità di sottoporre a confronto concorrenziale la proposta prescelta per ridurre gli ingiustificati margini di profitto¹⁸. Questo esito si evita se la p.a. si comporta come un'Authority¹⁹: con la capacità valutare

ed imporre, in fase di approvazione del progetto, l'eliminazione delle rendite, ad esempio ridimensionando i costi esposti di costruzione, i canoni richiesti alla p.a. per le opere fredde, il contributo pubblico in conto costruzione o gestione e procedere ad una più equa distribuzione dei rischi, etc., in altre parole far sopportare alla collettività un costo congruo per servizi pubblici²⁰.

In una ricostruzione sistematica, la p.a. soddisfa il pubblico interesse non solo imponendo le modifiche progettuali ritenute opportune ma, anche attraverso una appropriata negoziazione, pagando al mercato il prezzo giusto per l'opera pubblica e per i servizi erogati alla collettività, ottenendo così il cd. *value for money*²¹. Le concessioni sono un patrimonio pubblico e per tale motivo non possono essere svalutate²² con un corri-

gli investimenti pubblici e privati, (che) deve pertanto collegare in un circuito virtuoso Autorità, stazioni appaltanti, imprese e cittadini che, come utenti di servizi, devono entrare in un contesto bilaterale di segnalazioni e di informazioni».

²⁰ La Sentenza T.A.R. Campania, Napoli n. 9571/2004, dichiara apertamente il compito della p.a. di controllare il PEF laddove «Ala stazione appaltante non è precluso l'accertamento della coerenza e della sostenibilità economica dell'offerta [...] contenuto *in re ipsa* nell'esame del PEF [...] non è dunque ammissibile la sottrazione del PEF - che questi equilibri spiega e giustifica - a una seria valutazione di sostenibilità della stazione appaltante [...]. Valutazione di sostenibilità che [...] non può identificarsi o risolversi nell'asseverazione bancaria che [...] non sostituisce la valutazione amministrativa ma ne costituisce un presupposto di partenza». La coerenza e la sostenibilità del PEF riguarda anche la congruenza del contributo pubblico, la veridicità dei dati di *input* compresi i costi corretti di costruzione, di gestione, di strutturazione finanziaria, di domanda, etc.

Sull'esigenza di imporre una corretta distribuzione dei rischi tra p.a. e privato concessionario si sofferma la sentenza T.A.R. Lombardia, Brescia n. 398/2007, precisa infatti che «L'allocation del rischio deve quindi essere rispettosa degli indirizzi comunitari che definiscono la categoria della concessione e le forme di partenariato pubblico privato [...]. La ripartizione dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi [...]. La scelta del Comune di non sottoscrivere l'originario schema di convenzione è quindi giustificata dalla necessità di rimediare a una distribuzione dei rischi non conforme alle caratteristiche della concessione di lavori mediante finanzia di progetto».

²¹ La definizione di *value for money* nel documento divulgativo sulla finanza di progetto UTPF, *100 Domande e Risposte* in *www.utfp.it*, p. 52: «Con il termine Value for Money (VfM) si intende la combinazione ottimale dei costi complessivi del progetto e della qualità dei servizi erogati, in coerenza con le necessità degli utilizzatori, ovvero l'ottenimento degli obiettivi perseguiti mediante un ottimale sfruttamento delle risorse disponibili. Il VfM dei PPP rappresenta il beneficio in termini finanziari derivante per l'amministrazione dal ricorso a tale tipo di operazione. L'accertamento del VfM da parte della pubblica Amministrazione dovrebbe quindi rappresentare il presupposto per l'avvio di operazioni di PPP. L'Amministrazione dovrebbe verificare: 1) se il ricorso a forme di PPP è più conveniente rispetto alla procedura di appalto tradizionale; 2) se l'eventuale proposta di PPP è effettivamente quella che ottimizza i costi per il settore pubblico e, nel caso di più proposte, scegliere quella più vantaggiosa».

²² M. Ricchi, *Finanza di Progetto, Contributo Pubblico, Controllo ed Equità (Le Concessioni sono Patrimonio Pubblico)*, in *Il Diritto dell'Economia*, 2006, 3, 579 ss. L'A. si sofferma sulla necessità di garantire una equità tra le parti nei contratti di concessione non solo alla firma del contratto ma per tutta la sua durata; ciò potrà avvenire solo inserendo delle clausole di retrocessione degli *extra-profit*,

¹⁷ In particolare G. F. Cartei, *Finanza di progetto e modelli partenariati pubblico-privati: profili critici*, in *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Cartei, Napoli, 2008, 225 ss. L'A. mette in evidenza come «la natura ancipite della finanza di progetto, sospesa a metà tra le garanzie che presiedono alle gare pubbliche e la necessità che la procedura non inaspri i canoni dell'evidenza pubblica, ma consenta di individuare la migliore proposta e di verificare fino a che punto l'interesse privato possa corrispondere al pubblico interesse [...]. Di conseguenza, in tutte le ipotesi in cui le proposte presentate appaiano suscettibili di essere sviluppate secondo modalità diverse – per quanto equivalenti sotto il profilo della gestione contenuta nel piano economico finanziario – ... l'amministrazione non dovrebbe limitarsi a chiarimenti su meri profili di irregolarità formale, ma dovrebbe poter formulare richieste su eventuali modifiche al piano originario che non mutino i caratteri essenziali dell'opera».

¹⁸ F. Merusi, *Certeza e rischio nella Finanza di Progetto delle Opere Pubbliche*, in *Finanza di Progetto*, a cura di G. Morbidelli, Torino, 2004, 20. L'Autore evidenzia che, qualora non si chiedesse al mercato in regime di concorrenza di realizzare un'opera pubblica in finanza di progetto, si favorirebbero iniziative di tipo parassitario introducendo tra le spese dell'opera costi non necessari.

¹⁹ Se ciascuna stazione appaltante si comportasse come una Autorità per la vigilanza contratti pubblici e una Autorità garante della concorrenza e del mercato si creerebbe un sistema a rete molto efficiente nella regolazione della conduzione delle gare, il cui nucleo denso è rappresentato dalle Authority nazionali. Sembra intravedersi la possibilità di un tale disegno in L. Giampaolino, *L'attività di regolazione come strumento di efficienza del mercato dei contratti pubblici*, Convegno Infrastrutture e servizi: Competitività e Regole, Roma 26 giugno 2008, laddove segnala l'esigenza di «Un grande patto, in un comune contesto di garanzie, soprattutto per aumentare

spondente arricchimento ingiustificato del *partner* privato; a ragione di ciò è sufficiente richiamare il principio di rango comunitario sancito dall'art. 2 del Codice, laddove «l'affidamento e l'esecuzione di opere lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità...».

Il secondo contenuto obbligatorio del bando, ai sensi dell'art. 153, comma 3, lett. b) del Codice, prescrive che, in caso di rifiuto del promotore di apportare le modifiche indicate, l'amministrazione ha la facoltà di chiedere ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione del contratto con le modifiche. Il primo dei concorrenti in ordine di chiamata che esprime il consenso succede al promotore e si assicura la sottoscrizione del contratto. Questa disposizione tiene il promotore sotto pressione per l'accettazione delle modifiche alla sua offerta e, soprattutto, solleva la p.a. dal «ricatto» della mancanza di aggiudicatari alternativi. Il potere regolatorio della p.a. di ottenere le modifiche dal promotore è fortificato dalla minaccia di poter perdere il contratto. Si osservi come la sanzione sia necessaria specialmente quando la p.a. interviene sulla proposta negoziando le eventuali rendite ingiustificate, quando invece la richiesta di modifiche impone nuovi costi, il promotore non ha ragioni per rinunciare al contratto perché il PEF viene obbligatoriamente riequilibrato ai sensi dell'art. 153, comma 3, lett. a) del Codice.

Al promotore che dovesse recedere è, comunque, garantita una compensazione economica pari al costo di predisposizione dell'offerta non superiore al 2.5% del valore di investimento ai sensi del comma 12 dell'art. 153 del Codice. Il concorrente subentrato è tenuto al pagamento dell'indennizzo al promotore receduto e senza dubbio ne sopporterà integralmente il costo, non potendolo inscrivere nel PEF che regolerà il suo rapporto concessorio con la p.a.

Ai sensi dell'art. 153, comma 10, lett. d), qualora si dovesse verificare il caso che la proposta non necessiti di modifiche, la p.a. procede direttamente alla stipula della concessione; la previsione certamente stimolerà gli aspiranti promotori a sottoporre «l'offerta perfetta» e la p.a. sarà tenuta a verifiche approfondite.

Il tempo delle modifiche della proposta

La nuova disciplina all'art. 153, comma 10 risolve la gran parte del problema del cd. rischio amministrativo²³, imponendo l'attivazione obbligatoria della confe-

renza dei servizi²⁴ ai sensi dell'art. 97 del Codice, sul progetto preliminare presentato dal promotore anche ai fini della valutazione di impatto ambientale. Questo rischio è legato ai pareri, autorizzazioni, nulla osta comunque denominati che devono essere rilasciati da quegli enti della p.a. che presiedono la tutela di interessi pubblici specifici come quello ambientale, paesaggistico-territoriale, storico-artistico, della salute e della pubblica incolumità. Nel sistema previgente accadeva alla p.a. di esprimersi sulla conformità del progetto a questi differenti interessi imponendo delle prescrizioni in momenti successivi alla pubblicazione dell'avviso *ex* previgente art. 153, comma 3 del Codice; rischiando così di far saltare il PEF di ogni proposta e, dunque, il «banco» della finanza di progetto. Le prescrizioni onerose, portatrici di nuovi costi, che intervenivano successivamente alla presentazione delle proposte o che modificavano il *lay-out* progettuale, rendevano insensato il procedimento rivolto all'individuazione del miglior progetto, falsando, in particolari circostanze, la concorrenza, ed espandevano senza controllo i tempi del già lungo procedimento. Poiché la volontà della p.a. si manifestava «a rate», la soluzione era di provocare, prima della chiamata del mercato mediante l'avviso, le prescrizioni che i concorrenti dovevano tenere a mente quando presentavano le proposte. La strategia operativa per far emergere la volontà della p.a. in anticipo rispetto alla presentazione delle offerte, si attua mediante l'uso tempestivo dell'accordo di programma e della conferenza di servizi o, meglio, delle conferenze di servizi²⁵. La soluzione prospettata dal Codice, imponendo l'utilizzo della conferenza di servizi sul progetto preliminare del promotore, rimuove con forza di legge gran parte del rischio amministrativo, come abbiamo detto prima risolvibile solo in via di diligente prassi amministrativa, ma non risolve con pari vincolatività quello di efficienza della gara; gli aspiranti promotori presentano le proposte già potenzialmente confliggenti con le prescrizioni che verranno rese dalle varie autorità pubbliche.

I costi delle modifiche progettuali imposte dalla conferenza di servizi e dalla valutazione di impatto ambientale devono essere sostenute dal promotore stesso, ai sensi del comma 10, lett. c) dell'art. 153 del Codice. La norma accollando al promotore aggiudicatario il carico dei *sunk costs* di modifica del progetto, lo fidelizza ancor di più nel suo proposito di proseguire nella gara e, inoltre, neutralizza la reazione di censura im-

non collegate agli effettivi rischi assunti dal concessionario e con un pregnante controllo contabile per evitare opportunismi *post* contrattuali, diversamente la p.a. potrebbe firmare dei contratti predatori delle sue stesse risorse.

²³ La soluzione di mitigare il rischio amministrativo, collegato alla localizzazione dell'opera e alle necessarie varianti al PRG, mediante un accordo di programma (anche facente funzione di conferenza di servizi), a monte della fase programmatoria è stata suggerita nel documento UTEP, *10 Temi per migliorare il ricorso alla finanza di progetto*, in www.utep.it, 2005, 24 ss.

²⁴ G.D. Comporti, *Voce: Conferenza di servizi*, in *Dizionario di Diritto Pubblico* diretto da S. Cassese, Milano, 2006.

²⁵ La strategia suggerita nella prassi per abbattere integralmente il rischio amministrativo ed ottenere una migliore concorrenzialità in M. Ricchi, *La regolazione di una operazione di PPP*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2007, 2, 161 ss., laddove «La p.a. deve agire con una incalzante sequenza tra accordo di programma e conferenze di servizi per far emergere la sua volontà in anticipo rispetto alla presentazione delle proposte e stabilire il perimetro del progetto una volta per tutte, evitando che le prescrizioni dettate in tempi successivi falsino il processo di definizione dell'operazione e la gara tra i concorrenti».

mediata che potrebbero generare quelle proposte non in linea con la prassi largamente riconosciuta: in altre parole la p.a. può permettersi di scegliere anche quelle proposte di cui ha coscienza che avranno necessità di importanti modifiche, richieste sia dalla stessa p.a. concedente come dalle altre «anime» della p.a. che si pronunceranno in sede di conferenza di servizi. Ai sensi dell'art. 153, comma 11 del Codice, la stipulazione del contratto di concessione è sospensivamente condizionata: a) dalla conclusione positiva della procedura di approvazione del progetto; b) dall'accettazione delle modifiche da parte del promotore o del diverso concorrente aggiudicatario.

Il criterio per comparare le offerte

Il momento valutativo delle offerte nel procedimento **monofase** è determinante perché la scelta individua immediatamente l'aggiudicatario, salva la sua facoltà di recedere in caso di modifiche non gradite. Il criterio di valutazione delle proposte è stato sensibilmente modificato rispetto a quello che presidiava la dichiarazione di pubblico interesse: infatti, ai sensi dell'art. 153, comma 4 del Codice, «le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83»²⁶. Il Legislatore pur facendo propri i vincoli imposti alla discrezionalità dall'offerta economicamente più vantaggiosa (OEV) ha comunque tenuto conto della specificità dei contratti complessi con due prescrizioni:

1) la prima, indicata al comma 5 dell'art. 153 del Codice, riguarda gli elementi di giudizio. I tradizionali criteri di valutazione dell'OEV, elencati dalla lett. a) alla lett. o) dell'art. 83, comma 1 del Codice, sono stati estesi «agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione». Questi criteri aggiuntivi di valutazione devono intendersi obbligatori e non esemplificativi, senza la possibilità di essere omessi secondo le circostanze, come invece è possibile per quelli indicati dall'art. 83 del Codice;

2) la seconda, inserita al comma 5 dell'art. 153 del Codice, impone che i criteri vengano inseriti nel bando «secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base alla quale si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte». In questo caso sembra evidente l'intenzione di rendere prescrittiva l'indicazione contenuta nell'art. 83, comma 3 del Codice, in particolare di non precisare «la ponderazione relativa da attribuire a ciascuno di essi, anche mediante una soglia espressa con un valore numerico determinato...». Infatti, per i contratti complessi la ponderazione tra criteri è piuttosto

critica e può dare dei risultati indesiderati; intuitivamente è illogico utilizzare dei rigidi metri di giudizio per comparare delle proposte diverse tra loro, la soluzione è di indicare solo l'«ordine decrescente di importanza».

La combinazione di queste due prescrizioni costituisce un sistema flessibile di valutazione delle offerte, che introduce degli elementi che vincolano la discrezionalità della p.a. ma non al punto da indurla a commettere scelte indesiderate in nome della trasparenza. Per comprendere il passo compiuto si noti come sia stato certamente abbandonato il criterio di massima discrezionalità che caratterizzava la dichiarazione di pubblico interesse²⁷ nel sistema previgente. Infatti, il criterio dell'OEV costituiva solo una facoltà autovincolante della p.a. e la discrezionalità di scelta non era limitata né dalla ponderazione dei criteri di valutazione delle offerte e neppure dall'indicazione dell'ordine decrescente dei criteri. C'era l'opportunità di esercitare una discrezionalità amministrativa pura²⁸.

Il nuovo sistema, introducendo l'obbligatorietà dell'OEV e l'indicazione dell'ordine di importanza dei criteri, ha mantenuto per la p.a. la capacità di cogliere le proposte con soluzioni innovative. Infatti, se la computazione dei criteri di valutazione venisse rigidamente indicata *ex ante*, ciò non permetterebbe di premiare in modo appropriato le proposte con caratteristiche il cui valore non era immaginato al momento della pre-determinazione. In questo modo la p.a. evita di essere costretta da ponderazioni fisse quando ancora non ha preso visione delle offerte che il mercato è stato capace di proporre; gli operatori economici puntano proprio sul valore dell'innovazione per assicurarsi l'aggiudicazione del contratto. Questa maggiore flessibilità nella valutazione, non esclude che la p.a. decida, comunque, di autovincolarsi *ex ante*, tramite la ponderazione dei criteri e l'assegnazione di pesi e punteggi, qualora si trovi più a suo agio nella gestione del procedimento²⁹.

²⁷ Vedi M. Ricchi, *Negoaution, discrezionalità e dialogo competitivo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸ Si veda M. Giovannelli, *Discrezionalità tecnica e amministrativa nella scelta della proposta del promotore*, commento a Cons. Stato, n. 2355/08, in questa *Rivista*, 2008, 1107-1117. In questo senso è esplicita la sentenza n. 1552/2008 del T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna che descrive l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale della discrezionalità amministrativa nella dichiarazione di pubblico interesse; citando quest'ultima si parla di «un alto grado», di «massimo margine», di «valutazione di merito» e di «una scelta eminentemente politica».

²⁹ Si veda R. Caponigro, *La motivazione della scelta del contraente negli appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in www.giustizia-amministrativa.it. L'A. ricostruisce l'evoluzione della valutazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa a seguito del terzo correttivo. In particolare l'eliminazione dal testo del Codice della precisazione delle motivazioni di scelta del contraente, prima rimesse alla commissione giudicatrice, ora inducono la stazione appaltante a formulare nel bando di gara criteri e sub criteri analitici e dettagliati per evitare di incorrere in violazione di legge e della *par condicio*.

²⁶ Il tema dell'offerta economicamente vantaggiosa e sui numerosi metodi per valutarla non sono stati ancora presi in seria considerazione dalle amministrazioni aggiudicatrici in Italia, che utilizzano largamente solo il criterio aggregativo compensatore che può condurre, però, ad inefficienze sviando l'interesse pubblico. Su questi temi puntuale A. Coletta, op. cit., pp. 31 ss.

Inoltre, in questo caso si sottolinea l'importanza della valutazione qualitativa sul progetto, sulla convenzione e sul PEF, perchè il giudizio su di essi consente di mirare alla sostanza dell'offerta. La necessità di dare questi giudizi aperti e determinanti per l'assegnazione finale del contratto, introduce fin da subito la competizione sul progetto, sulla convenzione e sul PEF. Nel regime previgente, i concorrenti, al momento della presentazione delle proposte, trascuravano la definizione qualitativa di questi documenti fondamentali, che veniva rimessa alla successiva negoziazione, semprché la p.a. fosse stata in grado di migliorarla. Nel sistema vigente i concorrenti non possono più permettersi di tenere atteggiamenti di opportunismo *pre* e *post* contrattuale, presentando progetti, convenzioni e PEF che occultino informazioni importanti o che esponcano previsioni e dati di *input* non veridici o inseriscano clausole vessatorie e depauperanti per la p.a. Il rischio di essere messi fuori gara per i giudizi rivelatori di carenze di ogni tipo, dai dettagli ai requisiti strutturali, su questi documenti, determina decisamente l'innalzamento qualitativo delle offerte presentate.

Le funzioni dello studio di fattibilità

Ai sensi del comma 2 dell'art. 153 del Codice, alla base di ciascuna gara deve esserci la predisposizione dello studio di fattibilità redatto dall'amministrazione aggiudicatrice o adottato ad iniziativa di terzi ai sensi del comma 19. Lo studio di fattibilità diventa il punto di origine della Finanza di Progetto, così è anche il titolo dell'art. 153: non solo è lo strumento per orientare le decisioni della p.a. sul se fare, sul quanto fare, sul come fare, sul dove fare, sul procedimento, sul tipo di contratto, sulle valutazioni di *budget*, sull'impatto sul debito pubblico, sul *timing*, etc., portando la p.a. ai livelli di consapevolezza adeguati ai volumi finanziari, sempre molto elevati, implicati in una operazione di PPP, ma soprattutto per assumersi la responsabilità ed il dominio di tutti quei dati necessari per redigere le offerte da parte del mercato. Lo studio di fattibilità è diventato anche un documento preordinato all'espletamento della gara, questa connotazione era poco evidente nella precedente normativa, adesso è una funzione imprescindibile. La qualità dello studio di fattibilità e, dunque, le necessarie risorse finanziarie da spendere per la sua redazione, aumentano l'intensità del coinvolgimento della p.a. nell'operazione; sono una necessaria posta di apertura per entrare in gioco, chi non è all'altezza e non riesce a sostenerla finanziariamente sin dall'inizio non dovrebbe poter utilizzare i procedimenti. È evidente come il *budget* per lo studio di fattibilità, la cui determinazione da parte della p.a. dovrebbe essere obbligatoria prima di intraprendere qualsiasi affidamento di PPP, sia commisurato alla grandezza e alla complessità dell'operazione. Ciò comporta, di conseguenza, l'urgenza di stabilire quali siano i contenuti necessari dello studio di fattibilità³⁰

³⁰ Il Presidente dell'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici cogliendo l'importanza degli studi di fattibilità per il mercato ha indi-

per le operazioni di PPP, onde evitare che l'interpretazione soggettiva della loro qualità sviscasi l'effetto virtuoso di selezionare quelle p.a. che possono permettersi di sostenere anche i costosi processi di aggiudicazione e di monitoraggio della concessione. La concessione deve essere considerata concettualmente, giuridicamente ed economicamente *un unicum* integrato alla durata, perciò il suo valore deve essere salvaguardato per tutto il tempo in cui il pubblico servizio è erogato alla collettività. Più è intenso l'investimento nello studio di fattibilità adeguato alla complessità del contratto e minori saranno i costi dei concorrenti per la redazione delle offerte e quelli sostenuti dalla p.a. per l'aggiudicazione della gara. Come opzione alternativa, qualora la p.a. decidesse di sostenere anche i costi di redazione del contratto di concessione, con una corretta distribuzione dei rischi, e del PEF, allora potrebbe attivare la finanza di progetto ad iniziativa pubblica ai sensi dell'art. 144 del Codice; questi costi aggiuntivi, da sostenere subito, sono un minimo esborso se paragonati al *budget* necessario per intraprendere i procedimenti con il promotore a causa della negoziazione per la definizione del progetto inteso nel senso più ampio (progetto, PEF e contratto), o, in caso di incapacità di gestione dell'affidamento, per le perdite a carico della p.a., che si generano solo quando l'opera entrerà in esercizio e per tutta la sua durata. È evidente che una p.a. non all'altezza di gestire l'affidamento per carenza di risorse e di competenza tende a sottoscrivere dei contratti di concessione, anche se formalmente ineccepibili, pagando eccessivamente l'infrastruttura e i servizi resi alla collettività o, ancor peggio, acquistando mediocri *standard* di servizi. Se si dovesse accogliere l'interpretazione per cui la nuova disciplina della finanza di progetto si applica solamente alle procedure i cui bandi siano stati pubblicati dopo l'entrata in vigore del terzo decreto correttivo, il 17 ottobre 2008, come recita l'art. 1, comma 2 del D.Lgs. n. 152/08, si avrebbe un effetto "*reset*" di tutti gli studi di fattibilità presenti nelle programmazioni triennali a cui, per quella data, non è seguita la pubblicazione dell'avviso secondo la previgente disciplina. La conseguenza diretta per tutte le amministrazioni riguarderebbe l'obbligo di «revisionare» il proprio studio di fattibilità, non più utilizzabile, alla luce delle nuove funzioni e della centralità assunta in tutto il processo di aggiudicazione, prima di inserirlo, questa volta, nella programmazione annuale.

L'investimento della p.a. nello studio di fattibilità giustifica la «sparizione» della dichiarazione di pubblico interesse, disciplinata dal soppresso art. 154, o meglio la sua incorporazione nello studio di fattibilità; non c'è più la necessità procedimentale della dichiarazione

cato che «L'Autorità ha, infatti, allo studio una atto di valenza generale per indicare i contenuti tecnici ed operativi minimi dello studio di fattibilità differenziandoli a seconda della complessità dell'opera da realizzare» in L. Giampaolino, *Corso sugli appalti pubblici; la finanza di progetto*, sala Gaetano Filangeri, TAR Campania, Napoli, giugno 2008, 7.

quando il pubblico interesse sia stato descritto così adeguatamente nello studio di fattibilità.

Lo studio di fattibilità è anche la misura per stabilire il valore della concessione ai fini dell'applicabilità delle regole di pubblicazione del bando sopra e sottosoglia, e, ai sensi dell'art. 153, comma 9 del Codice, viene utilizzato per determinare il valore dell'investimento su cui calcolare il 2.5%, limite massimo del costo di predisposizione delle offerte.

I termini e i contenuti delle offerte

La scansione del procedimento del promotore monofase deve osservare tempi di predisposizione documentale appropriati per una gara che abbia l'obiettivo di acquisire la migliore proposta realizzabile dal mercato.

Se da un lato sono stati introdotti degli elementi di flessibilità di valutazione delle offerte per catturare l'innovatività delle proposte, dall'altro si è cercato di ridurre al minimo la loro disomogeneità e ciò per la duplice ragione di renderle facilmente comparabili e allo stesso tempo di evitare al mercato il costo di redazione di proposte non bene allineate al pubblico interesse, che riscuoterebbero solo scarso apprezzamento³¹. Il comma 7 dell'art. 153 del Codice, quando sancisce che il «disciplinare di gara, richiamato espressamente nel bando, indica 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*», stabilisce appunto che ai futuri concorrenti deve essere offerta una potenziale matrice entro cui devono «disegnare» la propria offerta.

La nuova disciplina non indica il termine per la presentazione delle offerte: si devono evitare interpretazioni formalistiche e procedere avendo riguardo agli scopi che la p.a. si prefigge con la gara, *i.e.* stimolare la concorrenza e l'innovazione. Per questa ragione non potrà essere adottato il termine eccessivamente breve di 52 gg. dalla data di trasmissione del bando di gara, prescritto per l'assegnazione della concessione ad iniziativa pubblica, disciplinata dall'art. 144, comma 1 del Codice.

Poiché l'aggiudicatario è scelto in una sola battuta, deve essere individuato un termine sufficientemente ampio per consentire alle imprese di aggregarsi ed accettare la sfida di produrre innovazione e al mercato creditizio di sostenere finanziariamente la proposta. Il termine minimo dovrebbe essere quello di 180 gg., collaudato dalla disciplina previgente nei procedimenti ad iniziativa privata: prima del secondo decreto correttivo del Codice, D.Lgs. n. 113/07, tale termine era sostanzialmente il tempo intercorrente tra la data di approvazione del programma dei lavori pubblici e la scadenza del 30 giugno di ciascun anno per la presentazione delle proposte, dopo il D.Lgs. n. 113/07 esplici-

tamente «le proposte sono presentate entro 180 giorni dalla pubblicazione dell'avviso indicativo».

Per analogia sistematica e a conferma dell'indicazione prospettata, il termine minimo di sei mesi per presentare le proposte dall'approvazione dell'elenco annuale è sancito dal nuovo comma 16 dello stesso art. 153 del Codice, con riguardo ad un ulteriore e diverso percorso di individuazione del promotore.

La riflessione sul tempo di presentazione delle offerte con riguardo ai contratti complessi non si esaurisce con la definizione del termine minimo, va estesa all'individuazione del termine appropriato per ciascuna gara. Si evidenzia al riguardo come la giusta mentalità regolatoria sia già indicata dall'art. 70, comma 1 del Codice, stabilendo infatti che le p.a. «nel fissare i termini per la ricezione delle offerte ... di partecipazione, ... *tengono conto della complessità della prestazione oggetto del contratto* e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte, ed in ogni caso rispettano i termini minimi».

La definizione caso per caso del giusto termine è un potere regolatorio che permette di aprire le gare nazionali al mercato europeo, spesso bloccato da barriere all'entrata per termini eccessivamente ridotti, inadatti a presentare proposte credibili per progetti complessi (autostrade, metropolitane, ferrovie, aeroporti, etc.)³².

Il contenuto obbligatorio delle offerte differisce rispetto alla previgente disciplina. Ora ai sensi dell'art. 153, comma 9 del Codice è richiesto un minor numero di documenti, in particolare si tratta dello studio di inquadramento territoriale ed ambientale, dello studio di fattibilità, dell'indicazione delle garanzie offerte e dei criteri da far utilizzare alla p.a. nella valutazione delle proposte. Le ragioni di queste sottrazioni sono varie, mentre la richiesta dei criteri di valutazione delle offerte indicate dai promotori erano illogiche visto che la gara la conduceva la p.a., invece è divenuta superflua l'indicazione delle garanzie perché l'attuale procedimento le impone obbligatoriamente. Lo studio di inquadramento territoriale ed ambientale e lo studio di fattibilità sono resi inutili dallo studio di fattibilità valido per tutti i concorrenti predisposto dalla p.a. e posto a base di gara. Anche in questo caso è importante una precisazione, l'analisi della domanda effettiva da cui sono desunte le linee di ricavo di un progetto e i costi di realizzazione e manutenzione ma anche altre specificità dell'offerta, tradizionalmente contenuti nello studio di fattibilità predisposto dal promotore non più richiesto, devono comunque essere rappresentati e motivati nella relazione al PEF, specialmente quando si

³¹ Queste considerazioni e la richiesta di una precisazione normativa in tal senso sono state delineate nel documento UTFP, *10 Temi per migliorare il ricorso alla finanza di progetto*, in www.utfp.it, 2005, 9 ss.

³² Come esempio europeo di un uso ragionevole del tempo di pubblicazione del bando relativo a contratti complessi leggasi il considerando 29 del Regolamento (CE) n. 1370/2007, relativo ai servizi di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia del 23 ottobre 2007: «Ai fini dell'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico [...] le autorità competenti dovrebbero adottare le necessarie misure per pubblicizzare, *con almeno un anno di anticipo*, il fatto che intendono aggiudicare tali contratti così da consentire ai potenziali operatori del servizio pubblico di attivarsi».

discostino da quelli indicati nello studio redatto dalla p.a. e posto a base di gara.

Il sistema delle garanzie

Le garanzie richieste per partecipare alla gara sono coerenti con il procedimento **monofase**. Con la presentazione dell'offerta è obbligatorio produrre la cauzione del 2% del valore dell'investimento, ex art. 75, comma 1 del Codice, e quella già analizzata a copertura dei costi di predisposizione dell'offerta pari al 2.5% del valore di investimento. Tale garanzia a carico del concorrente aggiudicatario copre le spese di predisposizione della proposta del promotore nel caso rinunci all'aggiudicazione per non avere accettato le richieste di modifiche all'offerta.

Una volta individuato l'aggiudicatario questi dovrà presentare la consueta cauzione definitiva ai sensi dell'art. 113, comma 1 del Codice pari al 10% del valore dell'investimento.

L'importante novità, disciplinata dall'art. 153, comma 13, è costituita dall'obbligo di presentazione della garanzia gestionale nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio. La norma non si limita all'introduzione della cauzione e ad indicare il massimale assicurato ma si spinge più in là, precisando che è costituita «a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera». La precisazione contiene una filosofia regolatoria essenziale nella definizione dei contratti complessi, infatti la statuizione non solo qualifica la fase gestionale, pressoché ignorata dalla codificazione precedente, ma soprattutto da una precisa indicazione alla p.a. di come deve congegnare il contratto di concessione funzionante: tramite l'elencazione degli obblighi del concessionario, l'approntamento di penali in caso di mancato o inesatto adempimento ed, infine, la copertura delle penali con la nuova garanzia gestionale a prima richiesta e senza il beneficio della preventiva escussione.

L'unico sistema che consente di mantenere la tensione contrattuale, garantendo il mantenimento degli *standard* qualitativi dei servizi per i lunghi periodi concessori, è approntare una filiera di responsabilizzazione che leghi gli obblighi del concessionario ad una sanzione, resa effettiva da una garanzia concessa da terzi. La chiarezza delle definizioni degli obblighi contrattuali, l'oggettività del rilevamento degli inadempimenti e l'automatismo della sanzione sono essenziali per rendere «corta» la filiera e produrre un efficace effetto deterrente sul concessionario, direttamente e tramite i finanziatori: ancora una volta è la competenza regolatoria della p.a. che deve redigere il contratto tramite incentivi e penalità. Si noti come l'obbligo di prestazione della garanzia contribuisca a selezionare a monte un gestore qualificato; nessun assicuratore la presterebbe ad un concessionario incapace. L'importanza di questa garanzia è talmente cruciale che la mancata presentazione configura un grave inadempimento contrattuale (art. 153, comma 13) e, ciò, consentirebbe alla

p.a. di risolvere il contratto e incamerare la cauzione definitiva.

Al termine di questa disamina emerge un sistema autobilanciante di garanzie che sostiene il mantenimento delle *performance* contrattuali.

Le disposizioni per i finanziatori

Emerge dall'art. 153, comma 9 del Codice che il PEF potrà essere asseverato solamente dalle banche e non più anche dalle società di servizi costituite dagli istituti creditizi e dalle società di revisione. Sembra che la decisione di ridurre gli operatori abilitati al rilascio dell'asseverazione sia riconducibile alla specializzazione delle banche alla concessione del finanziamento; il più delle volte la banca asseveratrice è anche la banca che concede il credito per l'operazione ed, inoltre, proprio l'Associazione Bancaria Italiana ha sostanzialmente messo a punto un *format* di asseverazione che è diventato lo *standard* per le associate³³.

Il ruolo dei finanziatori e del contratto di finanziamento emerge nel procedimento ex art. 153 e ss. del Codice in diverse norme di garanzia a loro favore: quelle che sono state ritoccate a seguito del D.Lgs. n. 152/08, riguardano l'istituto dello *step-in right*, cioè la facoltà rimessa ai finanziatori di sostituire il concessionario inadempiente e il riconoscimento del privilegio generale sui beni mobili a garanzia del finanziamento.

Con riferimento allo *step-in right*, art. 159, comma 1, lett. b), è stato reso decisamente più flessibile il tempo di sostituzione del concessionario inadempiente, prima rigidamente compreso nei 90 gg. successivi alla dichiarazione della p.a. di volere procedere alla risoluzione del contratto³⁴ ora, invece, è alternativamente rimesso: a) alla determinazione delle parti contenuta nel contratto di concessione, e, perciò, indirettamente determinato dai finanziatori che suggeriranno il tempo ritenuto conveniente per analizzare l'insolvenza del concessionario e produrre la documentazione che certifichi la situazione da sottoporre al potenziale sostituto; b) rimesso, in mancanza della previsione contrattuale *sub a)*, all'indicazione espressa della p.a. contenuta nella comunicazione dell'intenzione di recesso per inadempimento del concessionario ai finanziatori. La p.a. anche in questa circostanza, ricercando una rapida soluzione piuttosto che sostenere una traumatica ed incerta risoluzione contrattuale, è spinta a colloquiare con i finanziatori, per comprendere quale sia il termine ottimale per trovare un sostituto al concessionario. An-

³³ L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici si è espressa sui contenuti dell'asseverazione con gli atti di regolazione nn. 34/2000 e 14/2001; quest'ultimo documento è stato preceduto da una serie di audizioni e l'ABI nella circostanza ha presentato l'asseverazione tipo. Sul sistema bancario e la finanza di progetto E. Piccozza, *La finanza di progetto con particolare riferimento al ruolo del sistema bancario*, in *Giurisprudenza amm.*, 2007, fasc. 9, pp. 301 ss.

³⁴ Il problema della rigidità dei tempi di sostituzione del concessionario e la proposta di modifica nel senso indicato dal D.Lgs. n. 152/98 sono state delineate nel documento UTEP, *10 Temi per migliorare il ricorso alla finanza di progetto*, in *www.utep.it*, 2005, 18 e 19, par. 3.2.

che in questo caso la competenza regolatoria della p.a. emerge laddove le viene rimesso il potere di perseguire l'interesse pubblico, garantendo dei tempi di sostituzione non eccessivamente ridotti, preclusivi della ricerca del sostituto, e non troppo ampi tali da mortificare il pubblico interesse per la persistenza dell'insolvenza, che si ripercuote nei confronti dei cittadini destinatari del pubblico servizio. Con riguardo a queste disposizioni l'art. 253, comma 26-*bis* del Codice sancisce per le parti la massima libertà di fissare nel contratto criteri e modalità di attuazione della disciplina fino a quando il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti non emanerà il decreto attuativo. La disposizione dell'art. 159, comma 2-*bis* estende l'applicazione delle nuove disposizioni alle società di progetto costituite per qualsiasi contratto di partenariato di cui all'art. 3, comma 15-*ter* del Codice.

Le modifiche all'art. 160, recante «Il privilegio sui crediti», sono state dettate dalla necessità di chiarire che il privilegio sui beni mobili accordato ai finanziatori³⁵ si estende alle società di progetto, qualora la costituzione sia imposta nel bando o attuata dal concessionario, e anche al contraente generale qualora sia affidatario di un contratto di partenariato pubblico-privato ai sensi dell'art. 3, comma 15-*ter* del Codice. Poiché non si poneva in dubbio che le società di progetto potessero essere esse stesse destinatarie della disposizione anche prima della modifica, è necessario chiarire la portata della norma. Infatti sembra che il destinatario dell'estensione non sia esclusivamente il concessionario trasformato in società di progetto ma anche la società mista di progetto costituita a seguito di gara per l'individuazione del socio di maggioranza o di minoranza, di cui si fa menzione anche nel predetto 3, comma 15-*ter*, e la società titolare della concessione senza gara, mediante l'*in house*. La qualifica espressa al comma 1 dell'art. 160 del Codice, riferita alle società di progetto, che queste possono essere sia «concessionarie» o «affidatarie», sembra implicare nel primo caso una gara e nel secondo un affidamento diretto. In entrambi i casi deve essere redatta e sottoscritta una concessione, comunque denominata, che regoli i rapporti tra p.a. e società mista³⁶ o società affidataria senza gara; in ogni caso viene chiarito che la società di progetto o la società mista possono essere affidatarie di un contratto di partenariato. Nel complesso la disposizione del comma 1 dell'art. 160 del Codice, ha inteso rafforzare l'applicabilità della garanzia anche ai con-

tratti di partenariato, appena introdotti, ed estenderla alle società miste affidatarie di contratti di partenariato, poiché per queste si tende a ragionare sul procedimento di gara per l'individuazione del socio privato piuttosto che sul contratto che le lega con la p.a., e a quelle società investite della contratto di PPP senza gara.

Il promotore bifase

Il procedimento del promotore **bifase**, disciplinato al comma 15 dell'art. 153 del Codice, è scandito in due tempi, nel primo tramite una selezione competitiva viene scelto il promotore, nel secondo, mediante il miglioramento concorrenziale della sua offerta, viene individuato il potenziale aggiudicatario; il promotore a questo punto potrà decidere se adeguare la propria offerta a quella risultante dalla seconda fase per assicurarsi il contratto. Il bando, per il rinvio al comma 15 dell'art. 153 del Codice, deve essere pubblicato secondo le modalità già esaminate per il promotore monofase, ma deve contenere, invece della previsione dell'immediata aggiudicazione al promotore, l'attribuzione a questo del diritto di prelazione. Il criterio di selezione del promotore in prima fase mediante l'OEV è il medesimo adottato dal comma 3, riferito al promotore monofase. Il promotore potrà esercitare il diritto di prelazione, se lo valuti conveniente, adeguando la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa a conclusione della seconda fase concorrenziale; detto meglio, il promotore per scegliere se esercitare la prelazione attenderà l'esito della seconda fase, a cui non partecipa, per verificare l'esistenza di offerte migliorative rispetto alla propria, posta a base di gara. Nel caso in cui la gara della seconda fase vada deserta il contratto è aggiudicato automaticamente al promotore ai sensi dell'art. 153, comma 15, lett. d) del Codice.

Il diritto di prelazione

La reintroduzione del diritto di prelazione rende opportuno un approfondimento. Il diritto di prelazione ha avuto l'effetto, sin dalla sua introduzione con la L. n. 166/02, di accelerare l'uso del procedimento con il promotore, portando in crescita il mercato delle concessioni, anche se ciò è avvenuto con ritmi tumultuosi senza la necessaria riflessione. L'euforia che ha accompagnato l'attivazione dei procedimenti in molti casi ha deresponsabilizzato la p.a. sulla delicatezza del processo a cui sovente seguiva la presentazione di proposte. Quando il secondo decreto correttivo al Codice, il D.Lgs. n. 113/07, ha espunto il diritto di prelazione ci si aspettava una contrazione del numero e del valore dei procedimenti con il promotore che, però, è stata smentita dai valori in crescita riportati dai principali Osservatori³⁷. Una spiegazione verosimile di questi ri-

³⁵ Per una disamina delle garanzie applicabili alle operazioni di finanza di progetto in ragione dei beni effettivamente concedibili si rinvia a M. Ricchi, *Project financing e floating charge; garanzie per i finanziatori, pignoramento di beni a consistenza variabile e spossessamento cooperativo*, in *Economia e Diritto del terziario*, 2005, 1, 271-306.

³⁶ Sulla legittimità della costituzione di una società mista che individui compiutamente i lavori e i compiti del socio privato, con esclusione di società generalista, si veda la decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603. Sulle società miste si veda M. Clarich, *Società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti "in house" e concorrenza per il mercato*, in *Corriere giuridico*, 2007, n. 7, pp. 1 ss.

³⁷ Rassegna stampa Infopieffe www.infopieffe.it, Il Sole 24 Ore del 20 marzo 2008 «Il *project financing* continua ad attirare le imprese di costruzioni; con l'entrata in vigore delle nuove regole che stabiliscono la perdita del diritto di prelazione per il promotore di un'opera, da più parti si prospettava un blocco per l'avvio di nuove proce-

sultati controintuitivi è che il diritto di prelazione, in prima battuta, ha agito come innesco allo sviluppo del mercato del PPP; una volta esaurito lo slancio, a sostenere il mercato delle concessioni sono intervenute altre ragioni strutturali come la scarsità di risorse, i limiti all'indebitamento pubblico, l'efficacia come strumento di comunicazione politica, l'innalzamento della competenza della p.a., etc.

Anche quando il D.Lgs. n. 113/117, ha eliminato il diritto di prelazione per le giuste critiche sugli effetti distorsivi della concorrenza³⁸, l'incentivo rimaneva un'opzione possibile a disposizione della stazione concedente a condizione di correggerne gli effetti distorsivi sul mercato, *i.e.* la posizione dominante anticoncorrenziale di cui era portatore.

Queste riflessioni consentono di gestire al meglio la prelazione ora che è stata reintrodotta nel Codice e di segnalare l'importanza del rimedio approntato, disciplinato dal comma 15, lett. e) dell'art. 153 del Codice, per mitigare gli effetti anticoncorrenziali che genera. Infatti il concorrente aggiudicatario, che subisce l'esercizio della prelazione, deve ricevere una compensazione economica pari al costo sostenuto dal promotore per la predisposizione della proposta a base di gara nel limite del 2.5% dell'investimento. Poiché tale valore è di gran lunga superiore a quello sostenuto dal concorrente per migliorare l'offerta del promotore in questa seconda tornata, la compensazione dovrebbe essere uno stimolo efficace per indurre i concorrenti a partecipare anche in presenza della minaccia del diritto di prelazione. Nel caso in cui il promotore rinunci all'esercizio della prelazione, trascorsi 45 gg. dalla comunicazione del vincitore, ritenuto, pertanto, un congruo periodo di riflessione se accettare o meno, ha diritto di essere compensato dall'aggiudicatario delle spese di predisposizione della proposta.

Si segnala come il meccanismo di rimedio all'anticoncorrenzialità della prelazione sia parzialmente analogo a quello già sperimentato prima della Merloni *quater* e come questo abbia generato comportamenti opportunistici rivolti all'accaparramento del premio per la sola partecipazione, presentando offerte migliorative minime rispetto alla proposta del promotore a base di gara.

dure e uno scarso interesse delle società nel partecipare a iniziative legate alla finanza di progetto. Emerge invece che lo strumento non ha perso *appeal* che enti e imprese pubblicano e concorrono con la stessa frequenza di prima. I dati di febbraio mostrano un bilancio positivo per il partenariato pubblico privato rispetto allo stesso mese di un anno fa. Secondo l'Osservatorio Nazionale del PPP le 88 iniziative censite, per un volume d'affari di oltre 620 milioni, registrano una crescita del 22% per il numero di avvisi, e del 33% in valore».

³⁸ Sull'analisi delle inefficienze prodotte dal diritto di prelazione e come il Legislatore sia intervenuto per renderlo compatibile con il diritto comunitario si rinvia a G. Fidone, op. cit.; invece sul tentativo di documentare la misura dell'inefficienza sulla concorrenza nelle gare con il promotore si veda C. Bentivogli, E. Panicara, A. Tidu, *Il project finance nei servizi pubblici locali: poca finanza e poco progetto?*, Banca d'Italia, settembre 2008, 15 ss.

A questo punto la competenza regolatoria della p.a. procedente, cosciente delle alterazioni generate dalla prelazione e del comportamento opportunistico dei concorrenti per effetto del rimedio, dovrebbe porre in essere un accorgimento per superare l'*impasse*, condizionando l'effettiva erogazione dell'incentivo al raggiungimento di un certo livello di economie a vantaggio della p.a.³⁹. La p.a. al termine della prima fase e dopo avere analizzato quali siano le rendite ingiustificate radicate nella proposta, riconoscerà l'incentivo all'aggiudicatario che ha subito la prelazione, a condizione che la sua offerta migliori il costo della proposta almeno al valore ritenuto equo dall'amministrazione per conseguire il *value for money*, cioè la convenienza dell'operazione.

La seconda fase

Il procedimento **bifase**, rispetto a quello **monofase**, riduce l'ampiezza della discrezionalità esercitabile dalla p.a. nella conduzione della gara, in particolare introduce dei limiti alla richiesta di modifica dell'offerta del promotore e nelle modalità di esercizio dell'OEV nel successivo confronto concorrenziale. In ragione del fatto che la gara nella seconda fase consente di ridurre le rendite della proposta, le richieste di modifica dell'offerta al promotore dovrebbero limitarsi a quelle indicate dall'amministrazione procedente e a quelle emerse in conferenza dei servizi, sempre con i conseguenti adattamenti del PEF. La p.a. non potrebbe spingersi, salvo macroscopiche evidenze, a chiedere al promotore di diminuire i costi di costruzione dell'opera pubblica e dei servizi erogati alla collettività proprio perché sarà la concorrenza ad adeguarli ai valori di mercato nella seconda fase.

Mentre, ai sensi dell'art. 153, comma 15 del Codice, il criterio dell'OEV per l'individuazione del promotore ricalca quello del procedimento monofase, invece ai sensi dello stesso comma 15, lett. c) del Codice, il modello di OEV, che presiede questa gara è strettamente disciplinato dall'art. 83 del Codice, senza la possibile estensione del giudizio sul valore del progetto, del PEF e della convenzione. Il disegno procedurale che emerge realizza una prima fase in cui la proposta del promotore viene modificata secondo le richieste della p.a., costituendo una base unica per la successiva gara, poi nella seconda fase si realizza il confronto concorrenziale solo sugli aspetti riconducibili agli elementi economici. Si deve evidenziare come la competenza regolatoria della p.a. debba spingersi a creare le condizioni ideali di mercato, anche con lo studio del mercato prima di lanciare la gara e con l'abbattimento delle barriere all'entrata, per consentire di avere pressione concorrenziale nella seconda fase, altrimenti non si potrebbero conseguire i risultati di economicità

³⁹ Questa tecnica è stata formulata da M. Ricchi e L. Geminiani, Documento UTPF, Finanza di Progetto e Diritto di Prelazione. Clausole negoziali a difesa dai rischi di limitazione della concorrenza, in www.utfp.it, 2007.

nell'affidamento dei contratti pubblici tutelati dai principi di rango costituzionale.

Il promotore additivo

Questo terzo procedimento di aggiudicazione di un contratto complesso non è a soluzione unica, infatti, dopo una fase comune, che culmina con la dichiarazione di pubblico interesse, la p.a. può scegliere, a ragione delle diverse circostanze, uno dei tre percorsi di affidamento elencati nell'art. 153, comma 16, *sub* lett. a), b) e c). La disciplina sostanziale di ciascun *sub*-procedimento è un ibrido tra elementi del promotore **monofase**, *ex* art. 153, comma 1 del Codice, con, rispettivamente, il dialogo competitivo, *ex* art. 58 del Codice, l'aggiudicazione della concessione ad iniziativa pubblica, *ex* art. 144 del Codice, e il promotore **bifase**, *ex* art. 153, comma 16 del Codice.

Questi multipli esiti combinatori sono condizionati a monte dall'iniziativa della p.a., la quale, dopo avere inserito nell'elenco annuale l'opera pubblica da realizzare, rimane inerte senza far seguire la pubblicazione del bando di gara.

La preconditione affinché s'innesci il procedimento additivo è che l'opera sia inserita nel programma annuale, questo per avere la certezza della copertura finanziaria di un'eventuale contribuzione pubblica e per il rispetto della prescrizione di cui all'art. 128, comma 6 del Codice; è opportuno precisare, comunque, come ciò non sia sufficiente, infatti è determinante che la p.a. abbia al contempo indicato di utilizzare uno dei due processi di affidamento del promotore, o il **monofase** o quello **bifase**, previsti dall'art. 153 del Codice, rispettivamente al comma 1 e al comma 15. Deve essere respinta la tentazione interpretativa di ammettere l'uso di questo percorso anche al caso di inerzia programmatica riferita alla realizzazione di opere pubbliche mediante gli appalti tradizionali, facendo leva sul risparmio di risorse pubbliche qualora il mercato ne individui la possibilità. Si oppone a questo ragionamento la prerogativa della p.a. di scegliere il contratto di realizzazione dell'opera pubblica tra l'appalto o la concessione⁴⁰. Il caso contrario potrebbe condurre all'ingestibilità dei procedimenti inseriti da terzi nell'agenda delle amministrazioni pubbliche, senza alcun riguardo delle scelte compiute in conseguenza delle priorità assegnate a ciascun intervento programmato. Inoltre, la relazione di accompagnamento alle modifiche del Codice è chiara sulla corretta interpretazione quando si riferisce alla «mancata pubblicazione ... del bando per l'individuazione del promotore» e non all'individuazione dell'appaltatore o di un più generico contraente.

⁴⁰ Tale prerogativa della p.a., riferita però all'inserimento programmatico dell'opera e non come in questo caso al tipo di contratto per realizzarlo, è affermata con decisione dal parere del Consiglio di Stato del 14 luglio 2008, p. 9, laddove, censurando la previsione del promotore di poter integrare la programmazione senza filtro, indica «che comporta pericolose interferenze con quella attività di programmazione che è bene rimanga prerogativa della p.a.».

In queste condizioni, la presentazione della proposta da parte degli aspiranti promotori è additiva nella misura in cui costringe la p.a. ad intraprendere un percorso di aggiudicazione diverso da quello, **monofase** o **bifase**, che l'amministrazione aveva programmato ma non perseguito.

L'azione di impulso del mercato sulla p.a., mediante la presentazione delle proposte, può essere esercitata in una finestra temporale di quattro mesi: non prima che siano trascorsi sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale delle opere pubbliche e non oltre dieci mesi dallo stesso *dies a quo*. Prima dei sei mesi la mancata pubblicazione del bando non legittima la reazione del mercato e nei quattro mesi successivi, la presentazione della proposta inibisce la pubblicazione tardiva del bando da parte della p.a. La possibilità di pubblicare il bando secondo le originarie intenzioni programmatiche si riapre allo scadere dei quattro mesi per la presentazione delle proposte additive senza che ci sia stata l'iniziativa compulsiva del mercato.

La presentazione anche di una sola proposta presentata dagli operatori privati mette fuori gioco l'intenzione procedimentale della p.a. espressa in fase programmatica. La p.a. è tenuta, entro 60 giorni dalla scadenza del termine utile per la reazione additiva del privato, a pubblicare un avviso seguendo le forme di pubblicità ordinarie dei bandi sopra o sottosoglia comunitaria in dipendenza del valore della concessione. L'avviso è un vero e proprio bando e deve comprendere sia gli opportuni contenuti strategici⁴¹ che quelli obbligatori⁴² attribuiti da dottrina e giurisprudenza formatasi sull'avviso di sollecitazione delle proposte del previgente art. 153 del Codice. Inoltre, l'avviso deve dare il termine di tre mesi ai concorrenti per presentare sia le nuove proposte che quelle già presentate ma rielaborate alla luce dei criteri formulati per la dichiarazione di pubblico interesse.

L'analisi delle proposte additive

A questo riguardo ci si domanda quali siano i limiti al potere della p.a. di esame, valutazione e comparazione delle proposte presentate nei quattro mesi consentiti per attivare il procedimento additivo, in considerazione del fatto che successivamente le stesse proposte potranno essere valutate così come sono o ulteriormente rielaborate e ripresentate a seguito della pubblicazione dell'avviso. In altre parole cosa dovrebbe fare la p.a. tra l'esclusiva verifica della completezza formale della documentazione, quale condizione sufficiente per procedere alla pubblicazione dell'avviso, e l'analisi compiuta della proposta, prendendo ispirazione anche per l'elaborazione dell'avviso? La risposta dovrebbe superare l'obiezione che, in questo secondo caso, potrebbe ventilarsi la violazione della *par condicio* nei confronti di tutti quei concorrenti la cui proposta viene valutata

⁴¹ Ampiamente in M. Ricchi, *La regolazione di una operazione di PPP*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2007, 2, 161 ss.

⁴² Vedi la Determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici cit., 11 ottobre 2007, n. 8.

una volta sola al fine di dichiararla di pubblico interesse. Si ritiene, però, che tutti i concorrenti siano posti in condizioni di parità quando sottopongono le proposte sulla base dei criteri di valutazione indicati nell'avviso, tantoché anche ai proponenti additivi è consentito, senza essere obbligati, di procedere alla rielaborazione delle proprie offerte proprio per cogliere il pubblico interesse; riconoscendo, anche in questo caso, al proponente additivo la categoria del vantaggio competitivo lecito per avere presentato per primo la proposta che ha rotto l'inerzia della p.a. In questa fase l'obiettivo principale della p.a. dovrebbe essere quello di verificare se il mercato abbia già elaborato delle proposte anche al fine di perfezionare l'avviso per la dichiarazione di pubblico interesse. Quelle prime proposte additive contribuiscono alla formazione progressiva dei *desiderata* della p.a. e consegnano alla p.a. l'importante messaggio che il mercato è pronto e risponderà. Queste considerazioni implicano che la p.a. possa rimanere inerte volontariamente per consentirgli di «auscultare» il mercato e di precisare le idee piuttosto che procedere alla pubblicazione del bando a cui far seguire il procedimento con il promotore **monofase** o **bifase**. Sembra che le indagini conoscitive del mercato, tramite gli avvisi per la manifestazione di interesse, a schema libero e non vincolanti, che caratterizzano altri settori degli affidamenti pubblici, abbiano trovato in questo caso una più compiuta proceduralizzazione.

La dichiarazione di pubblico interesse

La sedimentazione interpretativa accumulatasi sulla dichiarazione di pubblico interesse della previgente normativa rivive in questa fase. Infatti, ai sensi dell'art. 153, comma 16 del Codice, la sollecitazione al mercato della proposta è denominata avviso e la sua pubblicazione segue le modalità dei bandi ai sensi dell'art. 66 o 122 del Codice, a seconda se l'investimento sia sopra o sottosoglia: ciò dimostra come il Legislatore curi la comunicazione al mercato più di quanto non abbia fatto nella disciplina previgente, consapevole che i mezzi di diffusione definiscono il perimetro del mercato dell'offerta⁴³. Nell'avviso deve essere indicato il termine perentorio minimo di 90 gg. per la presentazione delle proposte e i criteri in base ai quali la p.a. procede entro 6 mesi successivi alla dichiarazione di pubblico interesse.

Non deve, invece, essere indicato il *sub*-procedimento successivo alla dichiarazione di pubblico interesse: la scelta delle alternative è una prerogativa della p.a., che potrà esercitare solo dopo aver eletto la proposta di pubblico interesse e che è tenuta ad attivare anche in mancanza di partecipanti a seguito della pubblicazione dell'avviso.

La p.a. procede alla dichiarazione di pubblico interesse valutando e comparando le proposte sollecitate dall'avviso. Le modalità di valutazione e comparazione delle proposte sono quelle disciplinate dall'espunto

art. 154 del Codice, analizzate in questo documento, per evidenziarne le differenze, riferite al procedimento del promotore monofase per l'uso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁴⁴. In sintesi tale modalità di valutazione, utilizzando appieno la discrezionalità amministrativa più di ogni altro criterio di scelta presente nel Codice, consente di selezionare l'innovazione stimolando opportunamente il mercato. Anche in questa circostanza la p.a. può sempre decidere, al contrario, di autovincolarsi *ex ante* a pesi e punteggi predeterminati qualora si senta più confidente nella gestione della gara.

Si evidenzia come l'art. 153, comma 17 del Codice, obblighi il promotore a presentare la garanzia provvisoria del 2% dell'investimento ai sensi dell'art. 75 del Codice, che potrà essere escussa nel caso in cui questi non partecipi al seguito del *sub*-procedimento scelto dalla p.a. Si noti come questa penale qualifichi la proposta del promotore, incentivando a mantenere fermo il suo proposito di andare fino in fondo.

I tre sub-procedimenti

La p.a., una volta dichiarato il pubblico interesse della proposta, deve indicare quale sia il percorso di affidamento che vuole utilizzare tra il dialogo competitivo *ex art.* 58 del Codice, la procedura di affidamento ad iniziativa pubblica *ex art.* 143 (144) del Codice e la seconda parte del procedimento **bifase** *ex art.* 153, comma 15 del Codice: in questi ultimi due casi la norma, il comma 16 *sub* lett. b) e c), specifica che, costituendo una deviazione dai modelli originali, il promotore dovrà essere, comunque, invitato alla gara.

La nuova disciplina facilita la scelta con una regola: qualora la proposta e il progetto necessitino di modifiche non si potrà adottare altro che il dialogo competitivo e il terzo decreto correttivo, modificando l'art. 58 del Codice, ha chiarito che questa procedura può essere utilizzata anche per l'affidamento dei contratti di concessione. Si tratta di un dialogo competitivo, la cui base di confronto è la proposta del promotore⁴⁵; la gara è finalizzata a modificarla oltre che ad eliminare le consuete rendite interne.

Quando, invece, il progetto e la proposta non necessitino di modifiche allora sono praticabili sia la procedura di affidamento ad iniziativa pubblica *ex art.* 143 (144) del Codice che il procedimento **bifase** *ex art.* 153, comma 15, limitato però alla seconda fase *sub*

⁴⁴ Per la ricostruzione della dichiarazione di pubblico interesse *ex art.* 154 del Codice previgente, vedi *supra* paragrafo «Il criterio per comparare le offerte».

⁴⁵ M. Clarich, *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, Seminario Comitato 4P, Roma 27 settembre 2005; F. Fracchia, L. Carrozza, *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, 2004, in www.giustamm.it; G. Fidone, *Dalla rigidità della Legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 3971 ss.; C. Contessa, N. De Salvo, *La procedura di dialogo competitivo fra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, in questa *Rivista*, 2006, 507 ss.

⁴³ UTFP News n. 1, op. cit.

lett. c), d), e) ed f). Solo con riguardo a queste due procedimenti la norma, l'art. 153, comma 18, assicura al promotore il diritto di prelazione e al concorrente che lo subisce il rimedio incentivante, già esaminato al comma 15, lett. e) nel promotore **bifase**, approntato per mitigarne l'anticoncorrenzialità. Per completare lo spettro degli incentivi, sempre per entrambi i procedimenti vale la compensazione delle spese sostenute, nella misura massima indicata nel comma 9, per la partecipazione alla gara a vantaggio del promotore perdente, che non eserciti la prelazione, a carico dell'aggiudicatario, per il rinvio fatto dal comma 18 al comma 15, *sub f)* dell'art. 153 del Codice.

Si sottolinea come in questa fase la strategia di adottare il dialogo competitivo piuttosto che gli altri due procedimenti dovrebbe essere dettata esclusivamente dall'esistenza o meno della necessità di modifiche al progetto. Se la scelta della p.a. fosse motivata da altre considerazioni, come ad esempio la difficoltà di attivazione del dialogo competitivo⁴⁶, orientando così verso gli altri due procedimenti senza procedere alle opportune modifiche della proposta, allora è certo il risultato distorsivo: la p.a. non sta conseguendo il pubblico interesse. Nonostante la presentazione di un contratto complesso senza necessità di modifiche sia una ipotesi remota, tuttavia è plausibile che si possa manifestare in questo versante procedimentale piuttosto che in quello del promotore monofase. Infatti, nel procedimento con il promotore additivo la p.a. prima ha predisposto lo studio di fattibilità, poi ha esaminato la proposta additiva e quindi è in grado di impostare un avviso per la sollecitazione delle proposte con requisiti stringenti, condizionando la dichiarazione di pubblico interesse al loro integrale soddisfacimento. In questo modo si potrebbero ottenere delle offerte che non necessitano di modifiche e che giustificano il ricorso ai percorsi alternativi al dialogo competitivo.

Inoltre, tutti e tre i *sub*-procedimenti pongono a carico dei partecipanti il sistema coerente di garanzie sancito dal comma 13: mentre la cauzione preliminare e quella per compensare il promotore perdente sono necessarie per partecipare alla gara, la cd. garanzia gestionale, a carico dell'effettivo aggiudicatario, dovrà essere operativa dalla data di inizio dell'esercizio del servizio.

Come orientarsi tra i procedimenti con il promotore

La moltiplicazione delle soluzioni procedimentali per l'aggiudicazione delle concessioni rivela come il Legislatore abbia compreso a fondo il mercato dei contratti complessi. Tale mercato è caratterizzato dal lato

dell'offerta da una costante vocazione all'innovazione in campo progettuale, finanziario e contrattuale, finalizzata ad aggiudicarsi il contratto.

La p.a. a fronte di un mercato così instabile e variegato è opportuno che sia dotata di diversi procedimenti di aggiudicazione, che gli consentano di essere efficace scegliendo quello più adatto alle condizioni in cui opera di volta in volta⁴⁷. La discrezionalità di natura regolatoria della p.a. dovrebbe individuare la soluzione opportuna; per questa ragione in questa sede possono essere delineati solo dei criteri orientativi di selezione delle procedure di aggiudicazione riferibili al sistema delle concessioni o più estensivamente dei contratti di partenariato pubblico-privato. Nella nomenclatura che segue si è voluto mantenere la distinzione tra procedimenti ad iniziativa pubblica e privata anche se in senso stretto l'iniziativa è sempre pubblica; le due categorie sono ancora utili perché si mantengono nel solco della tradizione a cui le amministrazioni pubbliche sono abituate, inoltre l'iniziativa privata continua a poggiare sulla qualifica del promotore che ha l'obbligo di presentare un'offerta ben più complessa ed articolata di quella ad iniziativa pubblica limitata ad indicare solo alcuni parametri.

Procedimento ad iniziativa pubblica – Affidamento mediante procedura ristretta

La procedura ristretta *ex art.* 144 del Codice, o finanza di progetto ad iniziativa pubblica, si adatta ad una p.a. che non abbia particolare esperienza nella gestione di processi complessi e che non sia in grado finanziariamente di acquistare tale esperienza sul mercato delle competenze o per quelle amministrazioni che puntano ad ottenere risultati efficienti in termini di tempi e costi. Il procedimento è costituito in modo tale da minimizzare la gran parte dei costi transattivi sia di parte pubblica che di quella privata. Inoltre, l'affidamento del contratto ad iniziativa pubblica ha tempi ridotti di aggiudicazione e l'esecuzione del contratto dovrebbe essere contenuta quando a base di gara sia stata predisposta un'accurata progettazione⁴⁸. Tale sistema dovrebbe essere utilizzato per opere di valore medio piccolo, sufficientemente standardizzabili a basso tasso di complessità: parcheggi, impianti sportivi, edilizia cimiteriale, uffici pubblici, etc. In questo caso la p.a. conosce esattamente quali siano i propri bisogni e le caratteristiche delle opere pubbliche che possono soddisfarli e si rivolge al mercato per cercare l'operatore economico che garantisca quegli *standard* realizzativi e di

⁴⁶ Il dialogo competitivo, *ex art.* 58 del Codice, oltre a rappresentare un procedimento condizionato alla vigenza del nuovo Regolamento ed essere una novità assoluta, con tutte le incertezze per chi lo deve applicare, «è consentito previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, e comunque ad esclusione dei lavori di cui alla parte II, titolo III, capo IV. Per i lavori di cui alla parte II, titolo IV, capo II, è altresì richiesto il parere del Consiglio Superiore dei beni culturali. I citati pareri sono resi entro 30 giorni dalla richiesta. Decorso tale termine, l'amministrazione può comunque procedere».

⁴⁷ M. Cafagno, *Lo Stato banditore - gare e servizi locali*, 2001. Il testo in ambito nazionale ha aperto una corrente di studi sulle gare pubbliche prima ignorata. La tesi centrale dell'A. conduce a considerare le gare pubbliche per l'affidamento dei contratti di appalto o di concessione in un'ottica strategica e non meramente formale e procedimentale.

⁴⁸ Questo è chiaramente il modello spagnolo, si veda A. Germani, M. Ricchi, *Il sistema del Partenariato Pubblico Privato in Spagna - Un confronto con l'Italia*, UTFP-PCM, febbraio 2008, in www.utfp.it.

gestione del servizio pubblico al costo più conveniente.

Procedimento ad iniziativa privata - Promotore monofase

Il procedimento del promotore **monofase** ai sensi dell'art. 153, comma 1 del Codice, si colloca all'estremo opposto, adattandosi ad una amministrazione con forti competenze negoziali e spiccate capacità regolatorie; si ricorda come la p.a. debba simulare la concorrenza e negoziare⁴⁹ con il promotore anche le necessarie modifiche economiche alla proposta. La p.a. deve essere dotata di un *budget* considerevole per sostenere i necessari costi transattivi di gestione del processo senza lesinare sul reclutamento di specialisti e per il loro coordinamento. Le opere da realizzare sono di taglia medio grande⁵⁰ con un elevato grado di complessità non standardizzabile, tale per cui si chiede al mercato di proporre soluzioni non immaginabili dalla stessa amministrazione. L'obiettivo di questo procedimento è di catturare l'innovazione avendo la capacità di corrispondere ai privati un prezzo equo.

Procedimento ad iniziativa privata - Promotore bifase

Il procedimento con il promotore **bifase**, ai sensi dell'art. 16, differisce da quello **monofase** sostanzialmente per un elemento: in questo l'operazione di compressione delle rendite ingiustificate, e dunque di calmieramento dei costi di realizzazione dell'opera e di gestione dei servizi alla collettività, è realizzato da una fase competitiva. La previsione di una seconda fase di gara rende il procedimento **bifase** più facilmente gestibile dalla p.a. rispetto all'affidamento con il promotore **monofase** che si risolve in una sola tornata di selezione. Tuttavia, sarebbe opportuno utilizzarlo quando si valuti che per dimensioni, natura dell'opera e azioni della stessa p.a. si possa prevedere una certa pressione concorrenziale nella seconda fase, altrimenti si vanifica il vantaggio ottenibile con questa procedura.

Procedimento ad iniziativa privata - Promotore additivo

Il promotore additivo, ai sensi del comma 16 dell'art. 153 del Codice, può essere a ragione ritenuto una alternativa procedimentale al promotore **monofase** e **bifase**, quando la p.a. deliberatamente ometta la pubbli-

cazione del bando per provocare la reazione del mercato. Le ragioni che possono spingere la p.a. ad adottare questa legittima strategia sono: a) la volontà di sondare l'esistenza di un mercato disponibile quando ci sia incertezza sulla sua reale consistenza e determinazione di partecipazione alla competizione; b) la volontà di stimolare il mercato a mezzo della persistenza della comunicazione della domanda pubblica, prima a seguito dell'inserimento nella programmazione annuale, poi nell'avviso di ricerca del promotore ed infine nel bando che introduce uno dei tre *sub*-procedimenti e senza dimenticare la facoltà della p.a. di pubblicare il bando secondo le originarie intenzioni programmatiche nel caso in cui gli operatori economici non abbiano presentato le proposte additive nel periodo concesso dalla norma.

In conclusione è utile rammentare come la scelta casuale di uno dei procedimenti con il promotore o dettata dalla tipica credenza della p.a. di risparmiare sui costi di redazione del progetto preliminare, della convenzione e del PEF, genera invece enormi costi per la collettività, causati dalle spese evitabili per gestire processi estremamente complessi e dall'inefficacia del procedimento così articolato rispetto al risultato che si vuole ottenere⁵¹.

La competenza regolatoria della p.a.

L'analisi dell'affidamento dei contratti in finanza di progetto a seguito del D.Lgs. n. 152/08, fin qui prospettata permette di precisare i caratteri della p.a. necessari per gestire la complessità dei procedimenti di aggiudicazione: questa deve assumere contemporaneamente il ruolo e i poteri del decisore e del regolatore. Si evidenzia come l'efficacia dell'azione della p.a. dipenda anche dalla sua capacità di manifestarli (*rectius* comunicarli) al mercato. In altre parole è importante che la p.a. sia percepita come un contraente all'altezza, autorevole, imparziale, flessibile, dialogante, capace di incrementare la concorrenza per raggiungere lo scopo di perseguire il pubblico interesse acquisendo opere e servizi di elevato standard ad un costo conveniente, il *cd. value for money*.

L'instabilità del mercato e dei suoi attori devono essere gestiti con padronanza, ma mentre la p.a. ritiene che l'esercizio della discrezionalità amministrativa, quantomeno quella tecnica, sia connaturata alle proprie

⁴⁹ R. De Nictolis, op. cit., 1231, fa risaltare la componente negoziale descrivendo le fasi del percorso di affidamento: «scelta del promotore, negoziazione con il promotore delle modifiche al progetto preliminare, negoziazione con i successivi concorrenti in graduatoria se la prima negoziazione non va a buon fine».

⁵⁰ C. Bentivogli, E. Panicara, A. Tidu, op. cit., 5. Gli AA. sostengono che «La complessità organizzativa e i relativi costi rendono pertanto il PF indicato per le opere di maggiori dimensioni. Quanto alla tipologia di opere, esso a senso laddove si tratti di iniziative in cui costruzione e gestione siano intimamente connesse, in relazione ai *trade-off* tra costi e tempi di costruzione (specie se non determinabili con esattezza *ex ante*) e tra costi e qualità dei servizi discendenti dall'opera stessa».

⁵¹ Con riguardo ad alcuni indicatori di efficienza relativi alle procedure con il promotore, rapportati alle dimensioni dell'operazione, si veda C. Bentivogli, E. Panicara, A. Tidu, op. cit., 17, laddove considerano che «Questi dati sembrano indicare che il ricorso a forme spurie di PF, tipiche per le opere di minore dimensione, non facilita necessariamente il completamento delle procedure» inoltre a p. 18 «Il basso valore unitario di molte operazioni rilevato sopra (tav. 3) sembra in contrasto con il fatto che la tecnica del PF presenta elevati costi «fissi» per i servizi accessori e di consulenza. La dimensione contenuta degli investimenti, inoltre, e la tipologia di servizio pubblico locale per la quale tale strumento è stato più frequentemente attivato, potrebbe segnalare un uso spurio del PF connesso a un non completo *repackaging* dei rischi (troppo costoso per bassi importi), con l'obiettivo di aggirare i limiti all'indebitamento degli enti della p.a.».

funzioni, viceversa sente estranea la discrezionalità regolatoria, essenzialmente strategica, delegandola tacitamente alle diverse Authority (AVCP, AGCM, AEEG) operanti nell'ordinamento. L'appropriazione della discrezionalità regolatoria per affrontare il mercato è cruciale per l'elevazione qualitativa dei processi e, dunque, dei prodotti e servizi che la p.a. compra tramite i contratti complessi. Il regolatore vede i potenziali offerenti nel contesto di un mercato, il decisore come singoli; le due ottiche devono coesistere.

Ogni stazione concedente deve essere anche un'Authority con la discrezionalità che le è propria⁵², sono numerose le disposizioni del Codice che impongono alla p.a. questi connotati, come quando per introdurre le limitazioni al numero di candidati idonei invitati al procedimento di selezione, è imposto di valutare la sufficienza del grado di concorrenza effettivo e la complessità del contratto (art. 62, comma 1 del Codice) o quando è attribuita la facoltà di stabilire se imporre al concessionario l'affidamento dei lavori a terzi e in quale percentuale, teoricamente anche il 100% (art. 146, comma 1, lett. a del Codice), con l'effetto di selezionare concorrenti con vocazione gestionale e tutelare il mercato degli appalti o per decidere la non applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale sottosoglia⁵³, nel dissuadere, monitorare e sanzionare i fenomeni collusivi⁵⁴, etc. Ma la gran parte

⁵² Sul punto si legga M. Giovannelli, op. cit., 1116, laddove «la giurisprudenza più recente ha isolato dalla ormai acquisita separazione tra discrezionalità tecnica e merito amministrativo, la categoria delle valutazioni complesse, per lo più volte all'applicazione di concetti giuridici indeterminati (si vedano le valutazioni economiche e di riverbero sul mercato date dall'Autorità della concorrenza di fronte a posizioni dominanti in determinati settori), dove si registra una con testualità cronologica se non una sovrapposizione logica, tra il momento della valutazione tecnica e quella della ponderazione dell'interesse pubblico».

⁵³ Corte Giust. CE, 15 maggio 2008, procedimenti riuniti C-147/06 e C-148/06. La sentenza attribuisce alle stazioni appaltanti del potere-dovere di disapplicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale negli affidamenti sotto soglia. Il giudizio di procedere alla non applicazione della norma nazionale deve essere fatto sulla base: a) dell'importo dell'affidamento; b) della verifica dell'esistenza di un interesse trasfrontaliero all'affidamento per ubicazione o motivi tecnici tale che potrebbe attrarre imprese in altri Stati membri e prevalere comunque sull'eventuale esiguità dell'appalto. La sentenza si spinge a rilevare come in presenza di numerose offerte, evidenza di pressione concorrenziale e certamente non le 5 previste dalla normativa nazionale, si può invece applicare la norma di esclusione automatica privilegiando la celerità dell'azione amministrativa. Proprio a seguito di questa sentenza il D.Lgs. n. 152/08 ha modificato il Codice, artt. 122, comma 9 e 124, comma 8, consentendo l'esclusione automatica delle offerte, se prevista nel bando, solo per appalti di lavori inferiori o pari a un milione di euro.

⁵⁴ Nonostante il Codice all'art. 34, comma 2, preveda norme anticollusive ad applicazione automatica quali il divieto di partecipazione alle gare per le imprese che si trovino in posizione di controllo di diritto, di fatto e di controllo esterno, invece per l'accertamento del collegamento sostanziale tra imprese, la p.a. ha degli importanti margini di apprezzamento e dovrebbe svolgere un'attività investigativa alla ricerca degli indizi denotativi della collusione, si veda G. Viciconte, *La protezione multilivello della concorrenza nel settore degli appalti pubblici*, in *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici* a cura di G.F. Cartei, Napoli, 2008, 163-218.

delle azioni regolatorie non sono codificate ed in una gara devono essere utilizzate per creare pressione concorrenziale stabilendo termini adeguati alla complessità del contratto, eliminare le barriere all'ingresso di concorrenti nuovi ma innovativi, facilitare le PMI a presentare le offerte, cercare di standardizzare i bandi, i procedimenti, i contratti con incentivi e penalità, disciplinare le interlocuzioni con i concorrenti, immunizzare gli scostamenti anomali nelle valutazioni discrezionali qualitative dei componenti della commissione di valutazione, fissare prezzi corretti per la fruizione dei servizi, congegnare clausole contrattuali per spingere i concessionari a sviluppare efficienza come quelle per eliminare eventuali extraprofitti in corso di gestione, etc. Essere regolatore significa anche mantenere un database dei costi delle attività gestite dal pubblico (*benchmark*), dei processi di aggiudicazione, degli indici di *performance* nell'esecuzione dei lavori e dei servizi, verificando le anomalie e pianificare i correttivi, studiare e dosare gli incentivi di presentazione delle offerte, affrontando gli inevitabili *trade off* che si possono presentare tra costi transattivi di gestione della gara e le economie attese dalla concorrenza. È un'attività incessante di eliminazione delle asimmetrie informative tra p.a. e privati, di tutela e «sfruttamento» della concorrenza per l'eliminazione delle rendite e delle conseguenti occasioni di scambio corruttivo. Il mercato deve essere affrontato con strumenti «stochiometrici» provando elementi e dosaggi differenti tra gara e gara, inventando combinazioni di azioni opportune; il regolatore in moto continuo non consente agli operatori economici di riadattarsi, escogitando dei meccanismi elusivi delle prescrizioni anticompetitive⁵⁵ predisposte dalla stessa p.a.

Il conforto delle evidenze, di volta in volta richiamate, implica come il modello di p.a. da perseguire per l'affidamento dei contratti complessi debba essere improntato all'esercizio della più ampia discrezionalità amministrativa «allargata» all'esercizio dei poteri regolatori. La visione del regolatore consente di gestire il mercato, introduce delle prescrizioni mirate allo sviluppo concorrenziale delle idee e all'abbattimento dei costi, con la contemporanea eliminazione degli indesiderati effetti secondari. Con la finanza di progetto «lo Stato non concede più, ma scende nel mercato e si comporta secondo la logica del mercato»⁵⁶.

⁵⁵ Corte Giust. CE cit., la pratica di esclusione automatica delle offerte anomale sotto soglia «può dare luogo a comportamenti e ad accordi anticoncorrenziali, se non addirittura a pratiche collusive tra imprese nazionali o locali, intese a riservare a queste ultime gli appalti pubblici di lavori».

⁵⁶ F. Merusi, op. cit., 18.

