

Il *project financing* nella giurisprudenza amministrativa

Raccolta delle massime dal 2000 al 2005

a cura di

Avv. Sergio Caracciolo

scaracciolo@orrick.com

T.A.R. LOMBARDIA, MILANO, SEZ. III, 22 GIUGNO 2000

SCELTA DEL PROMOTORE ARTT. 37-BISE SS. – CRITERI – DIVERSITÀ RISPETTO ALLE ALTRE PROCEDURE

La scelta del promotore non deve seguire i criteri indicati per l'individuazione del concessionario.

Infatti, la procedura del *project financing*, relativamente all'individuazione del promotore, è libera dai vincoli che normalmente caratterizzano le altre tipologie di affidamento.

T.A.R. LOMBARDIA, MILANO, SEZ. III, 2 LUGLIO 2001

STRUTTURA GIURIDICA DEL PROMOTORE – VALUTAZIONE DELLA PROPOSTA – ASSEVERAZIONE BANCARIA – POSSIBILITÀ DI MODIFICARE LA PROPOSTA.

Per ammettere una proposta è necessario che il promotore costituisca un centro di imputazione unitario, rimanendo esclusa la possibilità di consentire la partecipazione di organismi aventi soggettività indeterminata.

Per considerare una proposta come proveniente da soggetti "associati o consorziati" non è sufficiente il proposito dichiarato da un gruppo di imprese di costituirsi in forma societaria in caso di affidamento della concessione.

L'Amministrazione ha il potere di valutare l'ammissibilità o meno del progetto ma non quello di modificarne radicalmente l'impostazione. Come noto, infatti, il piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito non può essere soggetto a modifiche unilaterali da parte dell'Amministrazione.

Le uniche modifiche che l'Amministrazione è legittimata ad apportare alla proposta di *project financing* possono consistere in lievi correttivi, non in interventi idonei ad alterare il quadro finanziario proposto dal promotore.

T.A.R. CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. I, 17 LUGLIO 2001

ESCLUSIONE DALLA LICITAZIONE PRIVATA 37-QUATER – CONOSCENZA DEL PROVVEDIMENTO LESIVO – RAPPRESENTANTI – DECORRENZA TERMINE PER IMPUGNAZIONE

Ai fini dell'impugnazione del provvedimento di esclusione dalla licitazione privata, *ex art. 37-quater*, è determinante la piena conoscenza del provvedimento stesso.

A tal fine, la presenza dei rappresentanti in sede di gara determina il "dies a quo" di decorrenza del termine per l'impugnativa.

T.A.R. PUGLIA, LECCE, SEZ. II, 16 NOVEMBRE 2001

LEGITTIMITÀ DELLA SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO 37-BIS E SS.

L'Amministrazione concedente è legittimata a sospendere il procedimento per la verifica dei presupposti di legittimità del procedimento stesso, a cui far conseguire, eventualmente, un provvedimento revocatorio di autotutela.

T.A.R. SARDEGNA, CAGLIARI, 30 NOVEMBRE 2001

CONTRATTI DELLA P.A. - CONTRATTI ENTI LOCALI - SETTORI SPECIALI O ESCLUSI - *PROJECT FINANCING* - AMMISSIBILITÀ - FATTISPECIE.

Va riconosciuta ai soggetti aggiudicatori una sfera di autonomia contrattuale, e quindi il diritto a regolamentare gli interessi loro affidati mediante strumenti diversi da quelli tipizzati dalla normativa comunitaria, con l'unico limite del rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità onde evitare discriminazioni nelle aggiudicazioni. (Nella specie, è stato ritenuto legittimo il ricorso da parte del Comune allo strumento dei *project financing*, in particolare l'indizione di una licitazione privata per la realizzazione del progetto preliminare, presentato dal soggetto promotore, della rete di distribuzione del gas nel proprio territorio).

T.A.R. PUGLIA, LECCE, SEZ. II, 12 DICEMBRE 2001

OBBLIGO DI COSTITUZIONE DI A.T.I. PER PARTECIPAZIONE ALLA LICITAZIONE ART. 37-QUATER

Nei casi in cui il bando di gara imponga l'obbligo di costituire l'A.T.I. al momento della presentazione dell'offerta in sede di licitazione, *ex art. 37-quater*, la mancata costituzione comporta l'esclusione dal procedimento.

T.A.R. UMBRIA, PERUGIA, 14 GENNAIO 2002

OPERA REALIZZATA EX ARTT. 37-BIS E SS. - ALIENABILITÀ DI PARTE DELL'OPERA

La realizzazione di opere pubbliche con il procedimento *ex artt. 37bis* e ss. consente al concessionario, ad integrazione del diritto di sfruttare economicamente l'opera, di alienare parte dell'opera realizzata mediante il contratto di concessione.

T.A.R. TOSCANA, FIRENZE, SEZ. II, 25 GENNAIO 2002

CONCESSIONE COSTRUZIONE E GESTIONE - CONVENZIONE - PROCEDIMENTO EX ART. 19, COMMA 2-BIS - MANCATO ESPERIMENTO DA PARTE DEL CONCEDENTE - INADEMPIMENTO

Al fine di verificare l'inadempimento di una Amministrazione concedente è necessario accertare che i comportamenti contestati abbiano violato specifiche clausole convenzionali e che sia stato preventivamente esperito il procedimento di riequilibrio della concessione *ex art. 19, comma 2-bis*, legge n. 109/94.

T.A.R. LOMBARDIA, MILANO, SEZ. III, 18 MARZO 2002

PROJECT FINANCING - OFFERTA PEGGIORATIVA NELLA LICITAZIONE PRIVATA – ESCLUSIONE – PROMOTORE E SOCIETÀ DI PROGETTO TITOLARI DI INTERESSI LEGITTIMI PER L'IMPUGNATIVA

In fase di licitazione privata l'offerta peggiorativa non può essere considerata ammissibile.

Il promotore e il promotore qualificato come concessionario sono titolari di interessi legittimi per l'impugnativa dell'esito della licitazione, *ex art. 37-quater*, e dell'aggiudicazione finale al termine della fase negoziata.

T.A.R. LOMBARDIA, MILANO, 18 GIUGNO 2002

CONTRATTI DELLA P.A. - IMPRESA COLLEGATA AL PROGETTISTA – PRECLUSIONE *EX ARTT. 17, LEGGE N. 109/94 E 23, D.LGS. N. 157/95* – *PROJECT FINANCING* – NATURA - NON OPERA

Ai sensi degli artt. 17, legge 11 febbraio 1994, n. 109 e 23, d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, nonché nel rispetto dei canoni di correttezza, trasparenza e par condicio, è preclusa la partecipazione alla stessa gara di imprese in qualunque modo riconducibili ad un soggetto che abbia svolto per l'Amministrazione prestazioni di progettazione relativamente alle specifiche opere, attività, forniture e servizi oggetto della gara medesima.

Ai sensi degli artt. 37-*bis* e segg., legge 11 febbraio 1994, n. 109, l'istituto del *project financing* è figura derogatoria speciale rispetto al generale principio di separazione del progettista di opere pubbliche dall'appaltatore.

T.A.R. VENETO, SEZ. I, 25 GIUGNO 2002

PROJECT FINANCING – PROCEDURA DI SCELTA DELLA PROPOSTA – ESCLUSIONE DI PROPONENTE DISPOSTA DAL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO - ILLEGITTIMITÀ

E' illegittimo il provvedimento di esclusione dalla procedura di scelta della proposta di *project financing*, adottato dal "responsabile del procedimento", in quanto tale soggetto non ha alcun titolo per assumere determinazioni decisorie nell'ambito di una procedura di gara.

CONSIGLIO DI STATO 11 LUGLIO 2002

PROJECT FINANCING - CONOSCENZA DEL PROVVEDIMENTO LESIVO – DECORRENZA DEL TERMINE PER L'IMPUGNAZIONE

Nelle procedure di *project financing* il termine per l'impugnazione non decorre dal momento in cui l'impresa è venuta a conoscenza di essere stata inserita in graduatoria, *ex art. 37-quater*, legge n. 109/94, oltre la seconda posizione.

E' necessario, infatti, che l'istante sia posto in condizione di acquisire la consapevolezza dei vizi da cui, eventualmente, il provvedimento è affetto.

CONSIGLIO DI STATO 11 LUGLIO 2002

PROJECT FINANCING – QUALIFICA DI PROMOTORE AD A.T.I. – LEGITTIMITÀ - PROPOSTA 37-BIS , LEGGE N. 109/94 – VALUTAZIONE PIANO ECONOMICO FINANZIARIO - NECESSITÀ

La qualifica di promotore nel *project financing* può essere liberamente assunta da un'A.T.I., in quanto la legge non impone la qualificabilità da parte delle sole imprese singole né le obbliga a seguire il modello del raggruppamento.

La proposta del promotore deve essere necessariamente valutata unitamente al piano economico-finanziario e nei casi in cui questo risulti incongruo la stessa proposta deve essere giudicata inidonea allo scopo.

T.A.R. UMBRIA, 21 AGOSTO 2002

PROJECT FINANCING - A.T.I. DEL PROMOTORE - MODIFICABILITÀ NEL CORSO DELLA PROCEDURA DI GARA – LEGITTIMITÀ – *RATIO*

REQUISITI DEL PROMOTORE EX ART. 99 D.P.R. N. 554/1999

PARTECIPAZIONE ALL'A.T.I. DEL PROMOTORE DI S.P.A. PUBBLICA COLLEGATA ALL'AMMINISTRAZIONE AGGIUDICATRICE

La compagine dell'A.T.I. del promotore può essere legittimamente modificata nel corso della procedura di affidamento della concessione di costruzione e gestione.

L'asimmetria della posizione del promotore rispetto a quella dei concorrenti, infatti, appare in certa misura connaturata alla procedura di realizzazione dei lavori pubblici mediante *project financing*, di cui agli artt. 37-*bis* ss..

E' l'aspirante promotore, infatti, che dà corpo alle esigenze realizzative (fino ad allora inesprese) dell'Amministrazione, predisponendo un progetto completo, ancorché migliorabile, senza alcuna garanzia di rientro dell'investimento, e che, una volta divenuto promotore, lo mette a disposizione dell'Amministrazione con l'unica certezza di recuperare le spese sostenute.

Tale aspetto impedisce di considerare la proposta del promotore, pur potenzialmente vincolante per espressa previsione dell'art. 37-*quater*, comma 2, alla stregua di una qualsiasi offerta.

Mentre l'art. 98 del d.P.R. 554/1999 stabilisce i requisiti che deve possedere il concessionario, l'art. 99, nell'individuare i requisiti del promotore, precisa anche, al comma 3, che "Al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il promotore deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'articolo 98". Dunque, laddove in via generale è richiesto che l'aspirante concessionario possieda i requisiti prescritti dalla legge fin dal momento della presentazione dell'offerta, e, in particolare, ai sensi dell'art. 13, comma 5-*bis*, "E' vietata qualsiasi modificazione alla composizione delle associazioni temporanee (...) rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta", per il promotore di cui all'art. 37-*bis*, è testualmente prevista la possibilità di modificare la composizione dell'associazione temporanea per conseguire i requisiti di partecipazione, e la modifica è possibile "al fine di ottenere l'affidamento della concessione", vale a dire anche in un momento successivo alla presentazione della proposta.

La stessa Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (determinazione 6 marzo 2002, n. 4 e determinazione 26 ottobre 2000, n. 51), nel precisare che la gara di cui all'art. 37-*quater*, comma 1, lettera a), "serve non già a selezionare l'aggiudicatario della concessione bensì" ad individuare i soggetti presentatori delle due migliori offerte (ovvero dell'unico soggetto partecipante) con i quali instaurare la procedura negoziata assieme al promotore", ha anche affermato che "si può ritenere consentito al promotore di modificare la compagine sociale sino al momento dell'indizione del sub-procedimento negoziato; dato che da tale momento che prende vita il confronto concorrenziale finalizzato alla finale aggiudicazione".

Sono estranei alla disposizione di cui all'art. 10, comma 1-*bis*, della legge n. 109/1994 i rapporti tra le imprese concorrenti e la stazione appaltante.

Il divieto di contestuale partecipazione alla medesima gara di imprese in situazione di controllo o collegamento, infatti, concerne esclusivamente i rapporti tra i concorrenti, essendo volto a salvaguardare una situazione che sia di reciproca ed effettiva concorrenza e che resti immune da possibili accordi interni distorsivi.

Nel caso di partecipazione all'A.T.I. del promotore di una società a partecipazione pubblica, controllata dal medesimo Ente comunale che bandisce la gara, non sussiste violazione del citato principio né della *ratio* del *project financing* (in quanto tale sistema presupporrebbe il coinvolgimento esclusivamente di capitali privati).

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 5 SETTEMBRE 2002

CONTRATTI DELLA P.A. - ART. 21 DIR N. 93/37/CEE – DIVIETO DI IMPORRE AI PARTECIPANTI DI PRESENTARSI ALLA GARA IN UNA FORMA GIURIDICA DETERMINATA – NON OPERA AD AGGIUDICAZIONE AVVENUTA - APPLICABILITÀ AL *PROJECT FINANCING* – POSSIBILE

La disposizione di cui all'art. 21 della dir. n. 93/37/CEE - nello stabilire che ai raggruppamenti di imprenditori partecipanti a gare d'appalto "... la trasformazione ... in una forma giuridica determinata non può essere richiesta per la presentazione dell'offerta" - impone alle amministrazioni aggiudicatrici un vincolo preciso ed incondizionato, ai sensi del quale, le medesime, fino all'aggiudicazione definitiva, non possono imporre alle imprese, partecipanti ad una gara d'appalto, di assumere una forma giuridica specifica.

E' pacifico che tale disposizione, non ravvisandosi alcun effetto negativo, debba essere applicata anche all'istituto del *project financing*.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ.V, 30 OTTOBRE 2002

PROJECT FINANCING - SOSPENSIONE PROCEDURA DI GARA PER ACQUISIZIONE PARERE LEGALE – COMUNICAZIONE PREVENTIVA EX ART. 7, COMMA 2, LEGGE 241/90 – NON È OBBLIGATORIA

E' legittimo il provvedimento con il quale si soprassedie all'ulteriore corso della gara per consentire l'acquisizione di un parere legale. Tale provvedimento, infatti, ha natura strumentale e funzione meramente cautelare, in vista dell'emanazione degli ulteriori provvedimenti definitivi di autotutela ovvero di nuovo impulso ed ha lo scopo di evitare che la valenza di tali futuri atti possa restare pregiudicata nel tempo necessario per la loro adozione.

I suddetti provvedimenti cautelari, ai sensi dell'art. 7, legge n. 241/90, possono essere emanati, prima che sia dato avviso d'inizio del procedimento volto all'assunzione del provvedimento finale, senza necessità di comunicazione di avvio.

T.A.R. LAZIO, LATINA, 14 GENNAIO 2003

PROJECT FINANCING – REQUISITI DEL PROMOTORE AL MOMENTO DELLA PRESENTAZIONE DELLA PROPOSTA - POSSESSO DEI REQUISITI INDICATI NELL'ART. 99, DPR N. 554/1999 – AL MOMENTO DELLA PROPOSTA NEGOZIATA – POSSESSO DEI REQUISITI INDICATI NELL'ART.98, D.P.R. N. 554/1999.

I requisiti del concessionario indicati nell'art. 98, d.P.R. n. 554/1999 devono essere posseduti dal promotore al momento dell'esperimento della procedura negoziata, non essendo sufficiente il semplice richiamo a terze società non partecipanti. Infatti, a garanzia dell'Amministrazione, sussiste la necessità che il promotore stesso sia in possesso dei requisiti propri del concessionario al momento della indizione della gara, mentre al momento della presentazione della proposta appare sufficiente il possesso dei requisiti di cui all'art. 99 del d.P.R. n. 554/99.

Consiglio di Stato, sez. V, 7 febbraio 2003

PROJECT FINANCING – A.T.I. PROMOTORE – REQUISITI MANDATARIA E MANDANTE – SUDDIVISIONE EX ART. 95, D.P.R., N. 554/99 – DIVERGENZE – CARENZA REQUISITO – ESCLUSIONE – LEGITTIMITÀ

PROJECT FINANCING – REQUISITI DEL PROMOTORE E DEL CONCESSIONARIO – VERIFICA – PRIMA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

Secondo l'art. 98 del d.P.R. n. 554/1999, il soggetto promotore, riunito in A.T.I., deve dimostrare di aver conseguito, negli ultimi cinque anni, un fatturato medio annuo pari al dieci per cento dell'investimento previsto per l'intervento. Secondo l'art. 95 dello stesso regolamento, ciascuna delle imprese partecipanti all'a.t.i., diverse dalla capogruppo, deve possedere almeno il dieci per cento dei requisiti richiesti all'intero raggruppamento.

Ciascuna società mandante, dunque, doveva dimostrare un fatturato medio annuo non inferiore all'uno per cento (dieci per cento del dieci per cento) dell'investimento previsto per l'intervento *de quo*.

Il d.P.R. n. 554/99, all'art. 99 indica i requisiti necessari perché un soggetto assuma la qualità di "promotore" ai sensi degli artt. 37-*bis*, *ter* e *quater* della legge. Il comma 3 dell'art. 99 aggiunge: «Al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il promotore deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'art. 98».

Da questa disposizione si desumono logicamente varie indicazioni, concatenate fra loro:

- a) i requisiti per assumere la qualità di "promotore" non coincidono con quelli necessari per conseguire la concessione (nel senso che i secondi sono più restrittivi);
- b) rientra pertanto nella sfera del possibile e del legittimo che il "promotore" sia escluso dalla concessione perché non in possesso dei relativi requisiti;
- c) la verifica di tali requisiti deve (o quanto meno può) essere fatta non all'esito della "procedura negoziata" di cui all'art. 37-*quater*, comma 1, lettera *b*) della legge, bensì nei preliminari della stessa;
- d) rientra pertanto nella sfera del possibile e del legittimo che la suddetta "procedura negoziata" si svolga senza la partecipazione del "promotore", qualora la sua assenza consegua all'esito negativo della verifica dei requisiti.

La verifica di cui all'art. 99, comma 3, del regolamento va effettuata nell'ambito delle attività preliminari alla "procedura negoziata".

T.A.R. LOMBARDIA, MILANO, SEZ. III, 9 SETTEMBRE 2003

PROJECT FINANCING – DISCIPLINA TRANSITORIA EX ART. 232, COMMA 3, DPR N. 554/1999 – APPLICABILE AI BANDI PER *PROJECT FINANCING* – RILEVA IL BANDO PER LA SCELTA DEI SOGGETTI CHE INTENDONO CONCORRERE COL PROMOTORE

L'art. 232, comma 3, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, detta una norma transitoria – tendente a delimitare l'ambito temporale di applicazione delle nuove norme regolamentari contenute nel decreto presidenziale - stabilendo che le norme del regolamento che attengono alle modalità di svolgimento delle procedure di gara per l'aggiudicazione di lavori e servizi si applicano ai bandi pubblicati successivamente alla loro entrata in vigore.

Nell'ambito della procedura di *project financing*, i "promotori" sono legittimati a presentare le loro proposte a prescindere dalla pubblicazione di un avviso pubblico da parte dell'Amministrazione interessata, purché i lavori che si intendono eseguire siano ricompresi nel programma triennale ed indicati come suscettibili di affidamento in concessione. Da ciò discende che, per individuare il "bando pubblicato" - utile per stabilire la disciplina applicabile alla fattispecie, tenendo conto di quanto stabilito dall'art. 232, d.P.R. n. 554/99 – non bisogna fare riferimento all'eventuale avviso circa la presenza nel programma triennale di interventi da realizzare in *project financing*, bensì al bando, *ex art. 37-quater*, legge n. 109/94, pubblicato per indire la licitazione privata per la scelta dei soggetti che intendono competere con il promotore.

TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. I, 29 GENNAIO 2004

PROJECT FINANCING – DISCIPLINA EX ART. 37-BIS, LEGGE N. 109/1994 SS.MM. – VERIFICA COMPLETEZZA DOCUMENTI PRESENTATI ED EVENTUALE RICHIESTA DI INTEGRAZIONE ELEMENTI MINIMI DELLA PROPOSTA DEL PROMOTORE – NELL'IPOTESI DI UNA SOLA PROPOSTA – VA AMMESSA - NELL'IPOTESI DI UNA PLURALITÀ DI PROPOSTE - VA ESCLUSA – RAGIONI

La legge n. 166/2002 (c.d. Merloni *quater*) ha aggiunto all'art. 37-*bis*, legge n. 109/94, il comma 2 *ter*, lett. *b*), il quale impone alle amministrazioni di procedere, entro quindici giorni dalla ricezione della proposta (al singolare), alla verifica della completezza dei documenti presentati ed all'eventuale dettagliata richiesta di integrazione; la legge prefigura una partecipazione del privato all'attività dell'amministrazione presupposta e propedeutica all'indizione della gara che dovrà seguire. Al riguardo, nell'ipotesi in cui sia pervenuta una sola proposta (ovvero si sia in presenza di un solo soggetto aspirante promotore in riferimento al singolo intervento) evidentemente non vengono in evidenza i principi di terzietà che comunque devono informare l'azione amministrativa, fermo il perseguimento dell'interesse pubblico specifico.

Viceversa, non potrebbe ritenersi ammissibile (in presenza di più soggetti interessati al medesimo intervento) una proposta che risulti priva dei contenuti minimi per poter essere qualificata tale.

Non bisogna dimenticare, infatti, che la gara, *ex art. 37-quater*, legge n. 109/94, da espletarsi per la scelta dei due concorrenti che si confronteranno con il promotore, è impostata sugli elementi contenuti nella proposta prescelta, ovvero: il progetto preliminare presentato, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico finanziario presentato dal promotore (art. 37-*quater*, comma 1, lettera *a*). Se tali elementi mancano o mancano ancora le garanzie offerte del promotore, deve considerarsi legittima la determinazione dell'amministrazione di ritenere la

proposta presentata non idonea alla bisogna. Aggiungasi che, in presenza di più aspiranti per il medesimo intervento, un'eventuale richiesta integrativa si tradurrebbe non in un'integrazione documentale, che sarebbe legittima, ma in un'integrazione della proposta stessa nei suoi elementi essenziali e costitutivi, che si avrebbe ad intervenuta conoscenza delle proposte formulate dai restanti soggetti che hanno risposto all'invito. Ed invero, quel che caratterizza l'istituto in discorso (le cui disposizioni non sono calibrate per normare nello specifico l'ipotesi di più aspiranti promotori in riferimento al medesimo intervento) è la parte economico-finanziaria che si aggiunge agli studi ed alla progettazione tecnica: se essa manca, manca il cuore della proposta e correttamente le si nega la qualificazione relativa.

T.A.R. CALABRIA, CATANZARO, 23 FEBBRAIO 2004

PROJECT FINANCING – PIANO ECONOMICO-FINANZIARIO - FINALITÀ – ELEMENTO INDISPENSABILE PER LA VALUTAZIONE DELLA PROPOSTA DEL PROMOTORE – POSSIBILITÀ PER L'AMMINISTRAZIONE DI MODIFICARE UNILATERALMENTE IL PIANO ECONOMICO ASSEVERATO - VA ESCLUSA – MOTIVI

Nell'ambito della procedura di *project financing* assume un ruolo centrale il piano di finanziamento, previsto come uno degli elementi essenziali della proposta, che, per la sua rilevanza, deve essere asseverato da un istituto di credito (art. 37-*bis*) e sulle cui previsioni si dovrà basare non solo la validità dell'iniziativa e dell'impianto finanziario, tenuto conto che "le Amministrazioni aggiudicatrici valuteranno la fattibilità delle proposte presentate (anche) sotto il profilo... del valore economico e finanziario del piano" (art. 37 *ter*), ma la stessa redditività dell'investimento da parte dei finanziatori. La proposta del promotore non può, quindi, essere valutata indipendentemente dal piano economico finanziario e se questo risulta incongruo la proposta non può essere valutata idonea allo scopo (Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2002). In particolare, con la presentazione del piano economico finanziario il soggetto promotore è chiamato ad esporre le previsioni dei costi dell'intervento e dei ricavi che ritiene di poter conseguire dalla gestione dell'opera; il relativo programma, che deve essere asseverato da un istituto di credito a garanzia della sua attendibilità, rappresenta lo strumento mediante il quale il promotore descrive le condizioni finanziarie che considera necessarie per l'equilibrio economico dell'iniziativa e l'assolvimento della prestazione.

E' evidente, dunque, che, nella proposta di *project financing*, il piano economico finanziario assume un ruolo centrale e la sua congruità rappresenta una condizione preliminare ed essenziale per garantire l'attendibilità della proposta e la sua concreta fattibilità.

Tale documento, infatti, rappresenta la base sulla quale saranno poi chiamati a confrontarsi i concorrenti nella successiva procedura negoziata di cui all'art. 37-*quater*. Ai sensi di quest'ultima disposizione, infatti, i valori degli elementi per la determinazione dell'offerta più vantaggiosa devono essere fissati "nelle misure previste dal piano economico finanziario presentato dal promotore". Da ciò consegue che il piano economico finanziario non può essere soggetto a modifiche unilaterali dell'Amministrazione.

Le uniche modifiche che, ai sensi dell'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a), l'Amministrazione è legittimata ad apportare alla proposta di *project financing* possono consistere unicamente in lievi correttivi, non in interventi idonei ad alterare il quadro finanziario proposto dal promotore. Con la conseguenza che, qualora il progetto presenti profili che l'Amministrazione giudica non coerenti con le funzioni da insediare e lo stralcio delle relative previsioni privi la proposta dei corrispondenti introiti finanziari, dovrà ritenersi integrata la presenza di elementi ostativi alla realizzazione dell'opera e la proposta non potrà giudicarsi di pubblico interesse. Ciò, del resto, è chiaramente desumibile dalla logica che ispira l'istituto e che assegna carattere essenziale al piano economico finanziario e alle relative voci che concorrono a definirne l'equilibrio (T.A.R. Milano, 2 luglio 2001).

T.A.R. CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. I, 19 MARZO 2004

PROJECT FINANCING – PAGAMENTO DI UN PREZZO – POSSIBILITÀ DI CORRISPONDERE CANONE PERIODICO PER L'EROGAZIONE DEL SERVIZIO – VA ESCLUSA - ALEA ECONOMICO FINANZIARIA DELLA GESTIONE - NECESSITÀ – ESECUZIONE DEI LAVORI COME CORRISPETTIVO PER LA GESTIONE DEL SERVIZIO - INAMMISSIBILITÀ

L'art. 37-*bis*, legge n. 109/1994, nel prevedere il concorso pubblico mediante il pagamento di un prezzo sul valore dell'opera realizzata, non fa riferimento al pagamento di un canone periodico per l'erogazione del servizio (nella specie, manutenzione degli impianti elettrici); pertanto non è allo stesso riconducibile la fattispecie in cui risulta del tutto assente il profilo, pure essenziale nella concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche (a tale rapporto conduce infatti il cd. *project financing*), dello sfruttamento economico del bene da parte del concessionario, risolvendosi, il suo utile, nel solo introito di un canone periodico a carico dell'amministrazione concedente. Il combinato disposto degli articoli 37-*bis* e 19, commi 2 e 2-*ter*, della legge 109 del 1994 dimostra che non può ammettersi una tale configurazione del rapporto concessorio attuato mediante finanza di progetto. Né a diverse conclusioni può condurre il recente inserimento del comma 2-*ter* nell'articolo 19 della legge "Merloni" ad opera della legge 166 del 2002 ("2-*ter*. Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti al concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera"). Nel caso di specie non vi è invero alcuna traccia dell'assunzione dell'alea economico-finanziaria da parte del concessionario.

Come osservato da condivisibile giurisprudenza (Tar Molise, 30 agosto 2002), laddove l'intenzione delle parti, prefigurata negli atti preparatori e definita nel contratto stipulato, appare diretta all'affidamento del servizio piuttosto che all'esecuzione di lavori, in tal modo viene operato una sorta di rovesciamento della logica della finanza di progetto, nel senso che non è la gestione a fungere da corrispettivo dei lavori, ma sono i lavori che l'impresa deve eseguire a costituire corrispettivo (parziale) dell'affidamento del servizio, nel mentre la legge "prevede che i lavori siano compensati unicamente con la gestione ed eventualmente anche con un prezzo, mentre qui è la gestione ad essere compensata con l'esecuzione di lavori e con un prezzo (canone annuo)".

T.A.R. SICILIA, PALERMO, 7 APRILE 2004

CONTRATTI DELLA P.A. - MANUTENZIONE IMPIANTO PUBBLICA ILLUMINAZIONE – DISCIPLINA SETTORI ESCLUSI - NON È APPLICABILE.

PROJECT FINANCING – MANUTENZIONE IMPIANTO PUBBLICA ILLUMINAZIONE - SICILIA - ART. 42-*TER*, L.R. N. 21/85 – NON È APPLICABILE.

Le disposizioni del d.lgs. 17 marzo 1995 n. 158, relative agli appalti nei settori c.d. esclusi, non sono applicabili nell'ipotesi di contratto relativo alla manutenzione dell'impianto di pubblica illuminazione, non avendo tale prestazione alcun riferimento con la produzione, la distribuzione o il trasporto dell'energia elettrica (T.A.R. Sardegna 17 aprile 2002 e T.A.R. Piemonte 10 giugno 2002).

L'art. 42 *ter*, L.R. Sicilia 29 aprile 1985, n. 21, relativo al ricorso alla finanza di progetto, non è applicabile all'appalto di manutenzione dell'impianto di pubblica illuminazione, in quanto trattasi di attività non finanziabile attraverso proventi derivanti da tasse, tariffe pubbliche o prezzi.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 4 MAGGIO 2004

PROJECT FINANCING – ATTO IMPUGNABILE O NO – COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE RECANTE PREFERENZA PER LA PROPOSTA DI UN PROMOTORE – NATURA PROVVEDIMENTALE – VA ESCLUSA

La comunicazione con cui la commissione per la valutazione di proposte di un "*project financing*" informa un'impresa di aver valutato positivamente la proposta presentata da altra impresa e di voler approvare una variante urbanistica prima dell'individuazione del promotore, non ha natura provvedimento in quanto esso dà atto che il competente organo di amministrazione attiva non ha ancora adottato il provvedimento definitivo, di natura ampiamente discrezionale, il quale, pertanto, potrebbe essere anche motivatamente difforme dal giudizio della Commissione.

T.A.R. CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. I, 11 MAGGIO 2004

CONTRATTI DELLA P.A. – NORMATIVA SOPRAVVENUTA ALLA DATA DI PUBBLICAZIONE DEL BANDO - INAPPLICABILITÀ - RAGIONI

PROJECT FINANCING – BANDO PUBBLICATO PRIMA DELL'ENTRATA IN VIGORE DELLA LEGGE N. 166/02 – AGGIUDICAZIONE AL PROMOTORE IN APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA SOPRAVVENUTA – ILLEGITTIMITÀ – EVENTUALE REVOCA PROVVEDIMENTO - ILLEGITTIMITÀ – RAGIONI

Nelle procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti pubblici, la normativa sopravvenuta alla data di pubblicazione del bando di gara non può essere applicata. Infatti, dalla circostanza che il bando, come corpo di norme regolatrici la gara, genera affidamento nei soggetti che vi partecipano, consegue che la relativa normativa deve ritenersi, a tutela del predetto affidamento, cristallizzata al momento della pubblicazione del bando.

L'art. 37-ter della legge n. 109/1994, come modificato dall'art. 7, legge n. 166/02 (c.d. Merloni *quater*) - nella parte in cui prevede l'aggiudicazione della gara al promotore che dichiara di adeguare la sua proposta a quella giudicata più conveniente dall'Amministrazione (c.d. diritto di prelazione) - non può essere applicato alle procedure di gara il cui bando sia stato pubblicato prima dell'entrata in vigore della legge n. 166/02. Tale principio è valido anche nei casi in cui l'aggiudicazione definitiva della gara indetta per la scelta del concessionario sia intervenuta dopo l'entrata in vigore della legge n. 166/02.

Non si può non rilevare, infatti, come, al di là del mutamento soggettivo che avviene a seguito della sostituzione legale del concorrente più meritevole, come la nuova normativa valorizza la figura del promotore ed allo stesso trasferisce, dal concorrente più meritevole, la componente premiale che accede al criterio dell'offerta più conveniente. Ne consegue perciò che, con l'applicazione immediata della norma sopravvenuta si avrebbe anche una diversa dislocazione degli interessi pubblici coinvolti nel procedimento: all'interesse pubblico connesso al favor espresso dalla nuova norma per l'iniziativa promozionale sarebbe sacrificato l'interesse pubblico, insito nel predetto criterio di aggiudicazione, a fare emergere, attraverso la dialettica delle posizioni contrapposte dei concorrenti, l'offerta economicamente più vantaggiosa. Questo spostamento *in itinere* da parte dell'Amministrazione dell'angolazione valutativa dei propri interessi si tradurrebbe per il concorrente immancabilmente nella delusione delle aspettative giuridiche in lui generate dalla normativa di bando.

T.A.R. PUGLIA, BARI, SEZ. III, 18 MAGGIO 2004

CONTRATTI DELLA P.A. – RICERCA DI MERCATO - FUNZIONE – NON IMPLICA L'OBBLIGO A CONTRARRE

CONTRATTI DELLA P.A. – PRESENTAZIONE DI PROPOSTE DI REALIZZAZIONE DI OPERE PUBBLICHE O STUDI DI FATTIBILITÀ – OPERE NON PREVISTE NEL PROGRAMMA TRIENNALE – OBBLIGO DI VALUTAZIONE DELLE PROPOSTE – NON SUSSISTE

La "ricerca di mercato" costituisce procedura esplorativa volta esclusivamente a conoscere la disponibilità del territorio e degli operatori ed a fornire proposte e/o soluzioni apprezzabili in relazione alle esigenze rappresentate dall'Amministrazione ed a verificare la fattibilità delle medesime e la rispondenza alle esigenze rappresentate nello studio e/o documento predisposto dall'amministrazione.

Questa procedura offre il vantaggio di disporre in tempi brevi di soluzioni progettuali complesse coinvolgenti aspetti urbanistico-edilizi, mezzi finanziari, capacità imprenditoriali, soluzioni architettoniche, tecniche costruttive e le varie esigenze della o delle amministrazioni interessate, rappresentate in uno studio o documento cui si devono conformare le proposte progettuali, il tutto nei limiti delle risorse finanziarie disponibili. La natura esplorativa della indagine cui è finalizzata la ricerca di mercato, implica quale momento conclusivo la valutazione delle proposte e la individuazione di quella che meglio soddisfa le esigenze rappresentate.

La scelta della proposta progettuale non comporta tuttavia alcun obbligo da parte dell'amministrazione nei confronti della progettazione scelta, trattandosi di procedura finalizzata esclusivamente alla conoscenza delle proposte degli operatori privati, laddove la conoscenza implica naturalmente un momento valutativo, espletato, in relazione ai casi, da commissioni di valutazione appositamente costituite.

Nei casi in cui, nella programmazione dell'amministrazione, manchi l'indicazione di una determinata opera, i privati non possono farsi promotori della realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità o di studi di fattibilità, bensì possono farsi proponenti circa il loro inserimento negli atti di programmazione.

La presentazione di tali proposte o studi, pertanto, non determina in capo alle amministrazioni alcun obbligo di esame e di valutazione né, tantomeno, compromette la loro facoltà di acquisire tramite procedura concorsuale soluzioni progettuali di altri operatori privati.

T.A.R. EMILIA ROMAGNA, BOLOGNA, SEZ. I, 20 MAGGIO 2004

PROJECT FINANCING – PIANO ECONOMICO-FINANZIARIO – RUOLO ESSENZIALE – MODIFICABILITÀ UNILATERALE DA PARTE DELL'AMMINISTRAZIONE DEL PIANO ASSEVERATO – VA ESCLUSA – RAGIONI E LIMITI

Nella proposta di *project financing* ha un ruolo centrale il piano economico finanziario, la cui congruenza rappresenta una condizione preliminare ed essenziale per garantire l'attendibilità della proposta e la sua concreta fattibilità. Il piano asseverato non può essere soggetto a modifiche unilaterali dell'amministrazione; esso rappresentando infatti la base sulla quale saranno poi chiamati a confrontarsi i concorrenti nella successiva procedura negoziata di cui all'art. 37-*quater*, il quale stabilisce espressamente che i valori degli elementi per la determinazione dell'offerta più vantaggiosa devono essere fissati "nelle misure previste dal piano economico finanziario presentato dal promotore", non trascurando di precisare che, in mancanza di offerte nella gara, la proposta vincola comunque il promotore all'esecuzione dell'intervento.

Le modifiche che, ai sensi dell'art. 37-*quater*, primo comma, lett. a), l'amministrazione è legittimata ad apportare alla proposta di *project financing* possono consistere unicamente in lievi correttivi, non in interventi idonei ad alterare il quadro finanziario proposto dal promotore. Con la conseguenza che, qualora il progetto presenti profili che l'amministrazione giudica non coerenti

con le funzioni da insediare e lo stralcio delle relative previsioni privi la proposta dei corrispondenti introiti finanziari, dovrà ritenersi integrata la presenza di elementi ostativi alla realizzazione dell'opera e la proposta non potrà giudicarsi di pubblico interesse.

Il *project financing* costituisce una modalità di realizzazione di opere pubbliche il cui finanziamento proviene da parte di soggetti privati che potranno beneficiare di un ritorno economico attraverso la gestione dell'opera stessa.

Trattasi di operazione senza rischio nella quale risulta essenziale la validità del conto economico del progetto da finanziare e la capacità di generare un flusso di cassa in grado di rimborsare il prestito erogato (capacità reddituale per l'arco di tempo occorrente all'estinzione del finanziamento erogato). Caratteristica peculiare del *project financing*, dunque, non è solo l'ottenimento del capitale occorrente per la realizzazione delle opere, ma fondamentalmente la gestione delle stesse, affinché dalla loro fruizione e dai ricavi correlati possa trovare completa remunerazione il capitale investito. Il progetto, quindi, va considerato come un *unicum*, nel quale la fase gestionale ha, indubbiamente, rilevanza di gran lunga maggiore di quella realizzativa dell'opera, perché consente appunto la remunerazione della stessa. Conseguentemente ogni significativa modifica al piano gestionale rende inaccoglibile la proposta.

T.A.R. SICILIA, CATANIA, SEZ. II, 26 MAGGIO 2004

PROJECT FINANCING – SCELTA DELLA PROPOSTA – VALUTAZIONE COMPARATIVA – DISCREZIONALITÀ DELL'AMMINISTRAZIONE – IMPLICA VALUTAZIONI DI MERITO-OPPORTUNITÀ - INSINDACABILITÀ G.A.

Nell'ambito della fase preliminare di scelta della proposta di *project financing*, la valutazione comparativa delle diverse proposte presentate al fine di individuare quella più rispondente al pubblico interesse costituisce esercizio di un'ampissima discrezionalità, caratterizzata da incisive e sostanziali valutazioni di merito, come emerge dal tenore dell'art. 37 *ter*, legge n. 109/1994, secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici, dopo aver valutato le proposte presentate, "provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse", mentre l'indizione della gara è successiva alla conclusione della fase istruttoria e preparatoria ed è subordinata alla previa individuazione di offerte rispondenti al pubblico interesse (art. 37 *quater*, comma primo, della citata legge n. 109/1994: "qualora fra le proposte presentate ne abbiano individuate alcune di pubblico interesse"). Pertanto, è precluso al giudice amministrativo il sindacato sulle scelte di merito dell'amministrazione, ispirate a criteri di opportunità e convenienza, in ossequio al principio di separazione dei poteri.

T.A.R. CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. I, 17 GIUGNO 2004

PROJECT FINANCING – NATURA GIURIDICO-ECONOMICA - PROVVEDIMENTI CONCLUSIVI DEI PROCEDIMENTI – PERENZIONE TERMINI IMPUGNATORI - INOPPUGNABILITÀ

CAUSE DI ESCLUSIONE *EX ART. 75, LETT. A)*, DPR 554/1999 – AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA – NON È CONTEMPLATA DALLA NORMA – RAPPORTO TRA ART. 17, DPR 34/2000 E ART. 75 DPR 554/1999 – PREVALENZA TEMPORALE ART. 75, DPR 554/1999

PROJECT FINANCING – DIVIETO DI COMPARTICIPAZIONE AZIONARIA TRA BANCA E PROMOTORE – NON SUSSISTE - RAGIONI

PROJECT FINANCING – ASSEVERAZIONE PIANO ECONOMICO-FINANZIARIO – NATURA GIURIDICA – CONTENUTI MINIMI – ATTO DI REGOLAZIONE A.B.I. N.14/2001

PROJECT FINANCING – POSSIBILITÀ DI MODIFICARE IL PROGETTO NELLA FASE DI NEGOZIAZIONE – VA ESCLUSA – AMMISSIBILITÀ DI RILANCI SUGLI ASPETTI QUANTITATIVI DELL’OFFERTA – RAPPORTO CON L’ASSEVERAZIONE

PROJECT FINANCING – OFFERTE ANOMALE – POSSIBILITÀ DI VERIFICA DELLA COERENZA E DELLA SOSTENIBILITÀ ECONOMICA DELL’OFFERTA – VA AMMESSA

PROJECT FINANCING – APPLICAZIONE METODO DEL DIALOGO COMPETITIVO INTRODOTTO DALLA DIRETTIVA 2004/18/CE - LEGITTIMITÀ – PRINCIPIO DI PARITÀ DI TRATTAMENTO – VA RISPETTATO

Il *project financing* si pone come una complessa operazione amministrativa unificata sul piano finalistico dall’unicità del risultato economico gestionale perseguito. Ma al suo interno conservano autonomia giuridica i distinti (ancorché connessi) procedimenti attraverso i quali si sviluppa la complessiva operazione economico-amministrativa.

L’art. 75 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, nel dettare l’elenco tassativo delle cause di esclusione dalle gare d’appalto per l’esecuzione di lavori pubblici, alla lettera a), enumera solo lo “stato di fallimento, di liquidazione coatta, di amministrazione controllata o di concordato preventivo”, ovvero il caso in cui nei confronti del soggetto “sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”, ma non menziona, e tale omissione non sarebbe senza significato, la procedura di amministrazione straordinaria. Al riguardo va affermata la prevalenza della norma recata dal d.P.R. 554 del 1999 su quella di cui all’art. 17 del d.P.R. 34 del 2000.

L’articolo 75 del d.P.R. 554 del 1999 è stato infatti introdotto dal d.P.R. 30 agosto 2000, n. 412 (poiché l’originaria formulazione della disposizione non era stata ammessa al visto della Corte dei conti). E’ dunque successiva a quella del d.P.R. 34 del 25 gennaio 2000 ed ha svolto effetti di abrogazione tacita sulla previsione precedente. Né può sostenersi che la norma sulla qualificazione sia speciale o logicamente prevalente su quella relativa ai requisiti di partecipazione alle gare d’appalto. Ed infatti entrambe le norme hanno carattere speciale e disciplinano, in definitiva, la stessa cosa: non avrebbe infatti senso ammettere alla gara un soggetto la cui qualificazione Soa sia decaduta o sia non conseguibile. Se la norma successiva, con una scelta innovativa rispetto al testo del decreto sulla qualificazione, non ha inserito l’amministrazione straordinaria tra le cause di esclusione dalla partecipazione alla gara, non può ritenersi che, ai diversi fini della qualificazione e della certificazione Soa dell’impresa, il trattamento dell’amministrazione straordinaria possa essere contrario e diametralmente opposto. Vi è un’antinomia tra le due previsioni, che va dunque risolta, nella specie, secondo l’ordinario e generale criterio cronologico (trattandosi di atti fonte equiordinati ed entrambi introduttive di norme speciali). Va dunque condiviso l’assunto di parte resistente, secondo cui l’eliminazione dell’amministrazione straordinaria dal novero delle cause impeditive, nell’ambito dell’articolo 75 del d.P.R. 554 del 1999, costituisce una precisa scelta della norma, non superabile in via di integrazione analogica, trattandosi di norma limitatrice della capacità speciale delle imprese e dunque soggetta a criteri di interpretazione restrittivi, espressiva della volontà di ridare spazio alla tesi del Consiglio di Stato, sopra richiamata, intesa a rimarcare la peculiarità della procedura di amministrazione straordinaria e la sua rispondenza a interessi pubblici sovraordinati alla vita aziendale e alla condizione specifica della singola impresa. Né, infine, è possibile trarre elementi risolutivi, nel senso della tesi attorea, dalla generica formulazione dell’articolo 24, lettera a), della direttiva 93/37/ CE (confermata, in parte qua, dalla successiva dir. 2004/18).

La speciale disciplina sulla finanza di progetto non appone alcun divieto di compartecipazione, o di altra forma di collegamento azionaria, tra banca e promotore. Anzi, la *ratio* dell’istituto sembrerebbe postulare un serio coinvolgimento dell’istituto di credito, il cui ruolo potrebbe spingersi oltre la mera asseverazione di “bancabilità” dell’operazione, non essendo vietato (ed essendo, anzi possibile e auspicabile) che la banca asseverante prenda successivamente parte all’effettivo finanziamento dell’operazione in favore del soggetto aggiudicatario (atteso che, fermo restando che gli effetti giuridici dell’asseverazione non impegnano in alcun modo l’istituto di credito né nei confronti della stazione appaltante, in termini di garanzia, né nei confronti del concessionario, in termini di affidamento bancario, nondimeno un serio esame di bancabilità

condotto in sede di asseverazione ben potrebbe in astratto essere prodromico rispetto alla successiva effettiva finanziabilità del progetto).

L'atto di regolazione n. 14 del 5 luglio 2001 nell'esame di uno schema di asseverazione tipo predisposto dall'A.B.I. non sembra avere raggiunto soluzioni conclusive. Da un lato, infatti, si afferma, nel ripetuto atto di regolazione, che "l'attività di asseverazione non si sostanzia in una mera verifica di massima sulla sostenibilità delle proposte; ma, al contrario, essa deve attestare la correttezza del piano economico finanziario e la congruità delle relative poste utilizzate per la sua elaborazione", nonché che "la banca non si limita ad analisi formali (correttezza matematica delle voci) ma è chiamata ad effettuare valutazioni sugli elementi economici (costi e ricavi del progetto) e finanziari (composizione delle fonti di finanziamento) contenuti nel piano presentato dal promotore ed a verificarne l'equilibrio in relazione, tra l'altro, ai flussi di cassa generati dal progetto", per cui "imprescindibile è altresì la verifica della congruenza dei dati forniti nel piano economico-finanziario con la bozza di convenzione". Dall'altro lato, nello stesso atto di regolazione si ammette però che possa "trovare giustificazione un deferimento ai dati forniti dall'impresa, per quanto ne riguarda la veridicità e la congruità" con riferimento "a quegli elementi che per essere relativi ad accertamenti di fatto posti in essere dall'impresa debbono darsi per veri e congrui, se ed in quanto non oggetto di possibile riesame, costituendo profili di scelta industriale propri dell'impresa stessa", di talché "la verifica di congruità riguarderà invece la struttura finanziaria dell'opera, nonché i costi ed i ricavi da valutarsi con riferimento ai dati elementari esposti dall'impresa". L'atto di regolazione del 2001 lascia dunque aperte talune perplessità sia sulla natura giuridica ("attestazione qualificata", come proposto dalla Banca d'Italia) che sui contenuti minimi dell'asseverazione bancaria.

Il progetto – nelle sue linee portanti e strutturali – non può essere innovato nel corso della fase negoziata, nella quale (come è avvenuto nella fattispecie) i concorrenti devono limitarsi a rilanci migliorativi sugli elementi quantitativi dell'offerta, ovvero (quando previsto) su aspetti progettuali e gestionali sostanzialmente accessori, attesa la non modificabilità delle caratteristiche definienti il progetto posto a base di gara. Ne deriva che l'esame approfondito e serio di sostenibilità e di bancabilità deve essere svolto dalla banca già sui progetti presentati nelle fasi della scelta del promotore e del competitore. La nuova asseverazione resa sul progetto del vincitore finale si presenta come sostanzialmente confermativa della prima asseverazione, alla luce del maggior impegno economico promesso nella fase dei rilanci negoziati, ma non altera i termini essenziali del primo giudizio di bancabilità.

Le norme speciali sulla finanza di progetto non richiamano l'art. 21 della legge 109 del 1994 sulla verifica dell'anomalia dell'offerta. Ma la mancata applicazione al procedimento in esame di una verifica di anomalia nel significato specifico di cui all'articolo 21 citato non significa che alla stazione appaltante sia precluso l'accertamento della coerenza e della sostenibilità economica dell'offerta. In realtà la mancata previsione di un meccanismo procedurale di verifica dell'anomalia nel project financing si giustifica proprio in relazione al fatto che il controllo di coerenza e sostenibilità dell'offerta finale è contenuto in re ipsa nell'esame del piano economico finanziario. Piano economico finanziario che, contrariamente all'avviso di parte resistente, integra l'offerta nella parte in cui ne costituisce la spiegazione. Il PEF, infatti, esplicita e rende comprensibile il modo in cui l'offerente ritiene di poter conseguire i risultati migliorativi formalizzati nel rilancio finale nella fase negoziata. Esso costituisce dunque il documento che individua e chiarisce le ragioni giustificatrici dell'offerta e che perciò racchiude in sé tutti gli elementi per la valutazione e l'apprezzamento contenutistico dei ribassi offerti. Il PEF rappresenta e definisce i valori di partenza (in particolare, i ricavi attesi e i relativi flussi di cassa in rapporto ai costi di costruzione e di gestione stimati) e ne spiega la sostenibilità nell'equilibrio economico finanziario dell'intera operazione. Le correnti definizioni della finanza di progetto pongono tutte l'accento, del resto, sull'elemento centrale del finanziamento, che trova garanzia, per il finanziatore, non già nel profilo soggettivo di affidabilità dell'operatore economico che ne beneficia, bensì nella credibilità dei flussi di cassa attesi dalla gestione dell'infrastruttura, nel loro equilibrio rispetto ai costi di costruzione e gestione. Donde la ovvia e comunemente condivisa

conclusione per cui la validità economico-finanziaria del progetto costituisce il presupposto stesso dell'intera operazione di project financing. Non è dunque ammissibile la sottrazione del piano economico finanziario – che questi equilibri spiega e giustifica - a una seria valutazione di sostenibilità da parte della stazione committente. Valutazione di sostenibilità che non può identificarsi o risolversi nell'asseverazione bancaria che, come giustamente rimarcato dall'Autorità di vigilanza nel già citato atto di regolazione n. 14 del 2001, non sostituisce la valutazione amministrativa (come se fosse un atto amministrativo), ma ne costituisce un presupposto di partenza (l'Autorità afferma, infatti, che "la rilevanza pubblicistica – dell'asseverazione bancaria - va intesa in relazione all'importanza che l'attività dell'istituto di credito riveste per l'operato della pubblica amministrazione in quanto quest'ultima trova una conferma ovvero un supporto per le sue autonome valutazioni, come previste nella procedura di finanza di progetto, nell'attestazione professionalmente qualificata che l'istituto di credito rilascia circa la correttezza del piano e la congruità degli elementi che lo compongono sotto il profilo economico-finanziario").

Nell'ambito di una procedura di *project financing* per "appalti particolarmente complessi", è legittimo il sistema seguito dalla commissione raffrontabile al metodo del "dialogo competitivo", introdotto dall'art. 29 della direttiva appalti 2004/18/CE del 31 marzo 2004. La condivisione risponde alla duplice esigenza logica e razionale di salvaguardare i termini essenziali del progetto di costruzione e gestione - come definiti nella fase del promotore e migliorati in quella di licitazione privata per la selezione dei competitori - e di definire un terreno comune chiaro e certo sul quale misurare la negoziazione.

Resta fermo, ovviamente, che l'Amministrazione, nell'utilizzo di questo innovativo sistema di valutazione, non discrimini o leda la *par condicio* tra i concorrenti.

T.A.R. SICILIA, PALERMO, SEZ. II, 30 GIUGNO 2004

PROJECT FINANCING – SPECIFICA INDICAZIONE DELLE GARANZIE OFFERTE DAL PROMOTORE – NECESSITÀ - FATTISPECIE

PROJECT FINANCING – CARATTERI DELL'ISTITUTO – PRESENTAZIONE PROPOSTE – RICHIESTA INTEGRAZIONE - DISCIPLINA EX ART. 37-BIS, COMMA 2-TER, LEGGE N. 109/94 - INTERPRETAZIONE ESTENSIVA – VA AFFERMATA

PROJECT FINANCING – SOGGETTI PROMOTORI - A.T.I. COSTITUENDA – DISCIPLINA APPLICABILE – ART. 13, LEGGE N. 109/94 – AMMISSIBILITÀ

PROJECT FINANCING – VALUTAZIONE OFFERTE – DISCREZIONALITÀ DELLA STAZIONE APPALTANTE – VALUTAZIONE ESPRESSA MEDIANTE PUNTEGGIO NUMERICO - LEGITTIMITÀ

PROJECT FINANCING - VALUTAZIONE OFFERTE – DETERMINAZIONE SUCCESSIVA ALL'APERTURA DELLE OFFERTE - ILLEGITTIMITÀ

L'art. 37 bis, comma 1, della l. n. 109/1994 prevede che le proposte di project financing debbano contenere "l'indicazione (...) delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice" mentre il successivo art. 37 quater statuisce che tali garanzie debbano essere presentate in sede di partecipazione alla gara indetta per l'aggiudicazione della concessione.

In ossequio a logici principi di ermeneutica, tra le possibili interpretazioni di una disposizione va privilegiata quella più idonea a salvaguardare la razionalità e la congruenza, cosicché se si vuole evitare di privare di significato l'art. 37 bis, deve ritenersi che tale norma imponga la specifica indicazione delle garanzie offerte, in quanto l'assunzione di un generico impegno alla successiva costituzione delle stesse si risolverebbe nella mera assunzione dell'obbligo di rispettare il precetto di cui al successivo art. 37 quater. In altri termini, l'espressa previsione normativa dell'obbligo di costituzione delle garanzie in sede di partecipazione alla gara rende superfluo ed inutile l'impegno non adeguatamente specificato alla costituzione delle stesse in vista della eventuale

aggiudicazione. Va, peraltro, rilevato come la mancata conoscenza dell'importo della concessione se impedisce la quantificazione delle garanzie da versare, non preclude la loro indicazione tipologica in termini adeguatamente specifici.

Il *project financing* è un istituto di origine anglosassone, che è stato introdotto nel nostro ordinamento per agevolare la realizzazione di opere pubbliche, che, senza l'apporto di capitali privati, l'Amministrazione non è in grado di finanziare. Il tratto caratteristico principale è rappresentato dal fatto che l'onere economico derivante dalla progettazione e dalla esecuzione dei lavori è posto, totalmente o parzialmente, a carico dell'aggiudicatario, il quale riceve come "compenso" il diritto di gestire e sfruttare economicamente l'opera realizzata. Ne consegue la configurazione normativa del *project financing* quale procedura snella volta ad agevolare la collaborazione tra i privati e la Pubblica Amministrazione al di fuori di logiche formalistiche. Tale tratto caratteristico si riscontra soprattutto nella fase della presentazione delle proposte da parte dei privati, alla quale segue quella eventuale della gara per l'affidamento della concessione. Significativa è, in tal senso, la disposizione di cui al comma 2 ter dell'art. 37 bis, laddove si prevede che, entro quindici giorni dalla ricezione della proposta, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono a verificare la completezza dei documenti presentati e ad inoltrare al proponente eventuale dettagliata richiesta di integrazione. La disposizione de qua avrebbe una scarsa rilevanza applicativa, qualora si limitasse sotto il profilo quali-quantitativo gli atti, che l'Amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità, può richiedere al proponente. Tale interpretazione contrasterebbe, peraltro, con lo spirito della norma, in quanto piuttosto che agevolare, ostacolerebbe i rapporti tra P.A. e privati e restringerebbe eccessivamente l'ambito applicativo dell'istituto, che, peraltro, sembra avere avuto finora uno scarso riscontro applicativo nella prassi. Ne consegue il riconoscimento di una ampia discrezionalità alla Amministrazione procedente nella gestione della fase della istruttoria del progetto presentato dal promotore.

Al fine di individuare i soggetti legittimati alla presentazione delle proposte, l'art. 37 bis rinvia all'art. 10, il quale alla lettera d) fa espresso riferimento alle associazioni temporanee di concorrenti e prevede l'applicabilità delle disposizioni di cui al successivo art. 13, che, a sua volta, consente la presentazione di offerte da parte delle predette associazioni, anche se non ancora costituite, richiedendo, in tal caso, in primo luogo, che l'offerta sia sottoscritta da tutte le imprese, le quali costituiranno il raggruppamento ed, in secondo luogo, che contenga l'impegno, con riferimento al caso della aggiudicazione, di conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, da indicare in sede di offerta, qualificata come capogruppo.

In mancanza di diversa indicazione normativa deve ritenersi che il rinvio fatto dall'art. 37 bis all'art. 10 comporti anche il rinvio all'art. 13 e legittimi, pertanto, la presentazione di offerte anche da parte delle ATI costituenti. La soluzione interpretativa adottata dall'Amministrazione, dunque, è in linea con un autorevole precedente giurisprudenziale, secondo il quale, con riferimento alle procedure della c.d. finanza di progetto, deve ritenersi illegittima l'esclusione dalla gara di un'A.T.I. non ancora costituita, che deve invece essere ammessa ai sensi dell'art. 13, comma 5, legge 11 febbraio 1994, n. 109, in considerazione del fatto che la previa formalizzazione dell'impegno a costituirsi successivamente all'aggiudicazione consente di individuare con precisione il soggetto che parteciperà alla fase successiva e garantisce la massima partecipazione alla gara. In definitiva, nessun effetto negativo per la procedura della finanza di progetto potrebbe ricondursi all'ammissione in gara di un raggruppamento non ancora costituito, che consente, invece, di scegliere tra un ventaglio più ampio di proposte e favorisce l'individuazione di quella maggiormente rispondente al pubblico interesse (Consiglio di Stato, sez. V, 5 settembre 2002).

il *project financing* si caratterizza per la sua snellezza ed informalità, alle quali consegue il riconoscimento alla Pubblica Amministrazione di una amplissima discrezionalità valutativa, che può essere sindacata nel merito da parte del giudice amministrativo solo nel caso di palese illogicità, che non è riscontrabile nel caso di specie, dato che il Comune ha espresso il proprio giudizio in termini numerici agevolmente comprensibili.

La soluzione interpretativa accolta è, peraltro, perfettamente in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo il quale l'onere della motivazione è sufficientemente adempiuto con l'attribuzione di un punteggio numerico, che si configura quale formula sintetica, ma eloquente della valutazione effettuata dalla Amministrazione (*ex plurimis*, Consiglio Stato, sez. VI, 3 aprile 2003).

La fissazione dei criteri valutativi in un momento successivo alla conoscenza del contenuto dei progetti è illegittimo.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, infatti, "La regolarità di una gara di appalto pubblico è inficiata per il solo fatto del mancato rispetto del principio per il quale la determinazione dei criteri di valutazione e dei punteggi (allorché ai criteri è collegata l'assegnazione di un punteggio) deve necessariamente precedere l'apertura delle buste contenenti gli elementi da valutare ai fini dell'aggiudicazione e ciò indipendentemente dall'accertare se nel caso concreto l'organo deputato ad effettuare le predette valutazioni sia effettivamente venuto a conoscenza del contenuto delle buste" (Consiglio Stato, sez. V, 4 febbraio 2003), deve trovare applicazione anche rispetto alle procedure di project financing, in quanto, pur avendo la fase della valutazione del progetto, che precede la gara per l'affidamento, una connotazione informale, che la differenzia profondamente dalle procedure di evidenza pubblica, deve necessariamente aversi il rispetto dei principi di correttezza, che debbono sempre caratterizzare l'attività delle Pubbliche Amministrazioni. Sotto questo profilo, nessun dubbio può aversi in merito al fatto che non appare conforme ai principi determinare criteri valutativi finalizzati ad effettuare una scelta comparativa, qualora si abbia già conoscenza del contenuto dei progetti da esaminare.

T.A.R. PUGLIA, BARI, SEZ. III, 9 LUGLIO 2004

PROJECT FINANCING - CARATTERI - VALUTAZIONE PROPOSTE – RISPONDEZA AL PUBBLICO INTERESSE – DISCREZIONALITÀ DELL'AMMINISTRAZIONE – SUSSISTE CON AMPIEZZA

PROJECT FINANCING - VALUTAZIONE PROPOSTE – INTERESSE DEL PROMOTORE ALLA CORRETTEZZA E LEGITTIMITÀ DELL'OPERATO DELL'AMMINISTRAZIONE – IN ORDINE ALLA FATTIBILITÀ E AL PUBBLICO INTERESSE - SUSSISTE

L'istituto del *project financing*, di derivazione anglosassone, è stato introdotto nel nostro ordinamento al fine di agevolare la realizzazione di opere pubbliche che l'Ente pubblico non sarebbe in grado di eseguire, mediante l'apporto di capitali privati: sua caratteristica essenziale è quella di porre a carico dei soggetti promotori o aggiudicatari, in tutto o in parte, i costi necessari alla progettazione ed esecuzione dei lavori, assicurando loro come unica controprestazione il diritto di gestione funzionale e sfruttamento economico delle opere realizzate.

La normativa sopra richiamata, introdotta nella L. nr. 109/94, ha peraltro disciplinato l'istituto in maniera più scandita ed articolata rispetto allo schema tipico del project financing, prevedendo due fasi logicamente e cronologicamente distinte: una prima, che alcuni commentatori definiscono più propriamente della "promozione di opera pubblica" (artt. 37bis, ter e quater), in cui la P.A., sulla base del progetto presentato da un soggetto promotore, valuta la fattibilità della proposta ed il suo pubblico interesse; ed una seconda fase, del vero e proprio project financing (artt. da 37quinquies a 37nonies), in cui è analiticamente disciplinato il rapporto intercorrente tra la stessa P.A. ed il soggetto aggiudicatario, in regime di concessione ai sensi dell'art. 19 co. II della stessa legge nr. 109/94.

Con specifico riguardo alla prima fase, dopo aver stabilito che le proposte di finanziamento presentate dai promotori possono riguardare soltanto lavori pubblici e di pubblica utilità inseriti nella programmazione triennale di cui all'art. 14 co. II L. nr. 109/94, ovvero negli strumenti formalmente approvati dall'Amministrazione sulla base della normativa vigente (art. 37bis), il

legislatore ha analiticamente disciplinato i criteri e le modalità di valutazione delle proposte, prevedendo che "...le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse" (art. 37-ter, come modif. dalla L. nr. 166/02).

È dunque evidente che la valutazione dell'Amministrazione si articola a sua volta in una duplice fase: una valutazione di idoneità tecnica della proposta, ed all'esito una valutazione di rispondenza della stessa al pubblico interesse.

La giurisprudenza ha giustamente evidenziato come sia soprattutto in questa seconda fase che massimo è il margine di discrezionalità riservato alla P.A., trattandosi di giudizio coinvolgente la valutazione comparativa degli interessi che essa assume rilevanti in un determinato momento storico.

In definitiva, una proposta pur giudicata idonea e fattibile sotto il profilo tecnico, potrà essere respinta in quanto ritenuta non conforme al pubblico interesse, a seguito della predetta valutazione comparativa.

Una volta superata la valutazione di idoneità e fattibilità tecnica dell'intervento, il "cuore" della valutazione della P.A. è in ogni caso individuabile negli aspetti economici e finanziari.

In tutti i casi in cui una scelta dell'Amministrazione sia "procedimentalizzata" dalla legge, attraverso la previsione di specifiche modalità procedurali e di determinati criteri e parametri di valutazione, deve ritenersi sussistente un interesse giuridicamente qualificato (e, quindi, azionabile in via giurisdizionale) in capo ai soggetti direttamente coinvolti nella scelta: si tratta, come è ovvio, non dell'interesse finale al bene della vita, ma dell'interesse strumentale alla correttezza dell'azione amministrativa, in funzione del quale il legislatore ha posto principi e regole da rispettarsi da parte della P.A.

Per queste ragioni, appare condivisibile l'orientamento giurisprudenziale che, in tema di *project financing*, riconosce al soggetto che abbia presentato una proposta tesa all'ottenimento del ruolo di promotore, prima ancora dell'individuazione di tale figura da parte dell'Amministrazione, una posizione giuridica soggettiva qualificata in ordine all'accoglimento della propria proposta in luogo di quelle presentate da altri (cfr. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 10 dicembre 2003).

Non può disconoscersi, dunque, la sussistenza di un interesse giuridicamente qualificato, in capo a tale soggetto, anche in ordine alla correttezza e legittimità delle scelte che l'Amministrazione compie in ordine alla fattibilità ed al pubblico interesse delle proposte.

T.A.R. TOSCANA, FIRENZE, SEZ. II, 2 AGOSTO 2004

PROJECT FINANCING - VALUTAZIONE PROPOSTE - RISPETTO PRINCIPI TRASPARENZA E PAR CONDICIO - NECESSITÀ - PREDETERMINAZIONE CRITERI DI VALUTAZIONE - NECESSITÀ

Nel *project financing*, l'interesse dell'imprenditore privato a farsi promotore nasce dall'opportunità di effettuare investimenti infrastrutturali ed impiantistici di rilevante entità, solitamente basati su di un elevato grado di leva finanziaria, il cui recupero, in termini finanziari, avviene mediante la generazione di flussi di cassa derivanti dalla gestione per un dato periodo di tempo, al termine del quale l'opera passa nella disponibilità dell'ente appaltante.

Dal canto loro le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera nonché di ulteriori parametri economico-gestionali stabiliti dal legislatore tra cui il costo di gestione e di manutenzione e le tariffe da applicare; all'esito di tali valutazioni, quindi, le amministrazioni individuano le proposte "che ritengono di pubblico interesse" e di poi, al fine di aggiudicare la relativa concessione, procedono ad indire una gara (da svolgere con il criterio dell'offerta più vantaggiosa) ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore nonché i parametri degli elementi essenziali del relativo piano economico-finanziario presentato anch'esso dal promotore. In tal guisa identificate le caratteristiche dello strumento in questione, non appare plausibile sostenere che la fase di scelta del promotore - pur con le sue peculiarità - non debba rispondere ai canoni procedurali che connotano le vere e proprie gare per la scelta del contraente in materia di opere e servizi pubblici: depongono in tali sensi sia il chiaro ed esplicito nesso di presupposizione funzionale che lega la proposta del promotore dichiarata di pubblico interesse e l'indicazione dell'oggetto della successiva gara per l'affidamento della concessione per la realizzazione dell'opera per cui si è fatto ricorso alle risorse finanziarie del promotore, nonché la stessa previsione normativa di un esame anche comparativo delle proposte presentate.

Da tutto quanto detto discende che, pur se l'art. 37 *ter*, legge n. 109/1994, non proceduralizza l'attività di valutazioni dell'amministrazione con espresso riferimento alle procedure di gara, tuttavia la necessità che tale valutazione si svolga all'insegna dei criteri di par condicio e di trasparenza (richiesti per il corretto svolgimento delle vere e proprie procedure di gara) appare intrinseca alla stessa natura para-concorsuale emergente nella scelta del promotore, quale attività volta a realizzare l'interesse pubblico alle migliori condizioni possibili per l'amministrazione aggiudicatrice. D'altra parte la necessità che l'esame delle proposte sia preceduto dalla predeterminazione di delineati criteri per la valutazione dei vari profili rilevanti (ai fini della dichiarazione di rispondenza del progetto all'interesse pubblico) e che i vari profili siano valutati con assegnazione di pesi e/o punteggi, nella sostanza si risolve in una adeguata forma di garanzia del corretto esercizio di quell'"ampia discrezionalità" nella scelta; corretto esercizio che rimarrebbe privo di riscontri ove non si facesse riferimento per analogia a criteri e modalità di valutazione che, anche se non tipizzati dal legislatore espressamente con riguardo all'istituto della scelta del promotore, tuttavia costituiscono lo strumento procedurale più adatto, da un lato, per l'imparzialità delle scelte tra più proposte e, dall'altra, per la realizzazione dell'interesse pubblico con la maggiore approssimazione possibile al miglior livello.

T.A.R. PUGLIA, BARI, SEZ. I, 9 SETTEMBRE 2004

PROJECT FINANCING - NOZIONE - DIFFERENZE RISPETTO AL *CORPORATE FINANCING* - INDIVIDUAZIONE.

PROJECT FINANCING - VALUTAZIONE DELLA PROPOSTA DA PARTE DELLA P.A. - VALUTAZIONE COMPLESSIVA E SINTETICA - NECESSITÀ - VALUTAZIONE CIRCA LA FATTIBILITÀ DELLA PROPOSTA - NON OCCORRE.

La locuzione *project financing*, correttamente traducibile come finanza di progetto, sta a designare una variegata ed ampia gamma di strutture o tecniche finanziarie rivolte, appunto, al finanziamento di specifici progetti di investimento, e quindi caratterizzate da operazioni finanziarie ciascuna con proprie precipue caratteristiche, esattamente studiate e "ritagliate" sul progetto da finanziare.

Tali strutture finanziarie si differenziano nettamente da quelle, tradizionali, della *corporate finance*, cioè della finanza d'impresa, rivolte invece al sostegno finanziario generale di una determinata impresa, e quindi imperniate, in linea di massima, sulla valutazione del patrimonio dell'impresa da ammettere al credito e su garanzie di tipo reale o personale, o in senso più ampio e comprensivo sulla capacità autonoma di indebitamento dell'impresa.

Nel project financing l'iniziativa imprenditoriale specifica da finanziare è valutata, invece, in funzione dell'analisi della redditività e dei flussi di cassa (cash flow) che essa è in grado di generare, che costituiscono la garanzia primaria per il rimborso del debito e per la remunerazione del capitale di rischio.

Esso rispecchia interessi convergenti dell'impresa e delle banche, poiché realizza, generalmente, una netta separazione giuridica ed economica (ring fence) tra il progetto, ovvero l'iniziativa da finanziare, e la generalità delle attività del promotore dell'iniziativa, di solito attraverso la costituzione di una apposita società di progetto (S.P.V.: special purpose vehicle o project company), la cui finalità specifica è appunto la realizzazione e comunque la gestione del progetto, e quindi mediante un soggetto giuridico affatto nuovo e distinto dal promotore.

Ciò consente di limitare il capitale di rischio investito dal promotore al capitale versato nella società di progetto, evitando che il promotore debba inserire nei suoi bilanci il debito d'investimento e consentendogli di iscrivere all'attivo solo la partecipazione alla società di progetto, e ponendo al riparo il promotore dal rischio economico negativo del progetto e, specularmente, la società di progetto dal rischio economico negativo dell'attività del promotore.

Nello stesso tempo, le banche dispongono del beneficio di assicurarsi la restituzione del finanziamento in funzione del rendimento e del flusso di cassa del progetto, oltre che della consistenza patrimoniale della S.P.V., senza dover sopportare il rischio economico negativo dell'attività del promotore e la concorrenza dei suoi creditori, potendo agire anche sulla leva di controlli e vincoli più specifici e stringenti sui contratti di finanziamento e sulla società di progetto.

Il project financing viene comunemente ricondotto all'esperienza nordamericana negli anni '30 e '40 del secolo scorso per il finanziamento del settore energetico, ed in particolare della costruzione di centrali elettriche e di impianti di estrazione petrolifera, e quindi ad un ambito strettamente privatistico (posto che erano private sia le società costituite per costruire e gestire tali impianti sia quelle interessate all'acquisto dei relativi prodotti).

Taluni, però, ravvisano la radice del project financing nel finanziamento da parte di banche di intraprese commerciali relative allo sfruttamento di determinate risorse nel "Nuovo mondo" e nei paesi del lontano Oriente, o ancor prima al finanziamento, da parte della banca fiorentina Frescobaldi, quasi settecento anni orsono, di attività estrattive di una miniera d'argento nella collina di Devon, promosse dalla Corona inglese, e ripagato dal valore dell'argento estratto.

Declinato nel corso dei secoli, tale sistema di finanziamento, dopo la sua ripresa e perfezionamento nell'esperienza nordamericana, si è poi diffuso in Europa soprattutto nel settore infrastrutturale, parallelamente al processo di privatizzazione di settori prima coperti integralmente dall'intervento pubblico ed in relazione alla crescente onerosità delle iniziative nei vari settori e alla correlativa penuria di capitali pubblici da immobilizzare a tal fine (esemplare in tal senso è la realizzazione, mediante project financing, dell'Eurotunnel, ossia del tunnel ferroviario sotto il canale della Manica), con particolare incidenza, in termini di valore dei progetti finanziati, in Francia e Gran Bretagna.

Ciò ne ha in parte modificato i caratteri originari, introducendo la distinzione tra due modelli fondamentali: il B.O.T. (build, operate and transfer), ovvero la concessione di costruzione e gestione a tempo determinato con trasferimento dell'opera dopo un certo periodo di tempo alla mano pubblica, ed il B.O.O. (build, operate and own) in cui manca il trasferimento finale dell'opera.

Nell'ordinamento italiano, come si vedrà più oltre, è ammesso, con riferimento alle opere pubbliche o di pubblica utilità, soltanto il B.O.T., nella forma appunto della concessione di costruzione e gestione a tempo determinato ma con immediato trasferimento dell'opera alla pubblica amministrazione, salvo il riconoscimento al privato, ove previsto, di un diritto di superficie (come ad esempio, proprio nel campo dei parcheggi pubblici).

Altra distinzione teorica importante è quella tra le c.d. opere calde e le c.d. opere fredde, le prime caratteristiche di settori infrastrutturali a domanda rigida e con tariffe tali da generare sensibili flussi di cassa, e quindi di ricavi di gestione (ad esempio, parcheggi, cimiteri, reti del gas, metropolitane, impianti sportivi e ricreativi, piscine etc.), le seconde invece di settori a domanda assai elastica (es. turismo) o nei quali mancano apprezzabili flussi di cassa (edilizia sanitaria, carceraria, eventualmente giudiziaria), e che quindi non generano ricavi tali da poter ripagare l'investimento, nei quali ultimi può dunque risultare necessario un concorso finanziario pubblico.

Le c.d. opere calde, in definitiva, sono opere infrastrutturali e/o produttive di dimensioni medio-grandi, con mercato ben delimitato e a domanda tendenzialmente rigida, con un cash flow prevedibile (si pensi anche ad autostrade, aeroporti, interporti, impianti di produzione e reti di distribuzione di acqua, gas, energia elettrica).

Il cuore di ogni iniziativa da finanziare mediante project financing è costituito dal piano economico-finanziario, ovvero dal documento, elaborato e complesso, che evidenzia e dimostra, tra l'altro, la bancabilità dell'investimento, sul piano dei costi e soprattutto dei ricavi.

Intuitivamente favoriscono la bancabilità del progetto, ovvero la sua concreta suscettività di attrarre i finanziamenti bancari, il fatto che i costi (soprattutto quelli di costruzione, che sono i più rilevanti) siano i più bassi possibili, non varino in modo sensibile rispetto alle previsioni, siano spuntati nel modo più favorevole nel confronto concorrenziale sull'affidamento dei lavori, siano corredati da un efficiente sistema di controllo e verifica; e che i ricavi siano fondati su basi statistiche solide e attendibili e che gli eventuali contratti di cessione di prodotti e servizi siano preventivamente sottoscritti, prima dell'avvio dei lavori e comunque prima dell'avvio della gestione.

I protagonisti del project financing sono molteplici.

Ruolo centrale assumono il/i promotore/i, e la S.P.V. (Special purpose vehicle o società di progetto).

Il promotore (o sponsor) promuove la realizzazione dell'iniziativa sino alla fase gestionale e fornisce il capitale di rischio (si tratta per solito di imprese in joint venture o in associazione temporanea d'impresе), ed il suo compito essenziale è la c.d. implementazione del progetto, cioè la sua strutturazione sotto il profilo tecnico, giuridico, finanziario, la sottoscrizione dei relativi contratti, l'avvio dei lavori di realizzazione, l'erogazione dei relativi finanziamenti per la parte assicurata in proprio dal capitale di rischio e la negoziazione dei capitali da reperire sul mercato bancario.

La società di progetto (S.P.V.), peraltro non esclusiva nell'ordinamento italiano del project financing (potendo essere costituita anche nella "semplice" concessione di costruzione e gestione di infrastrutture e servizi di pubblica utilità), subentra a titolo originario al concessionario, o realizzatore (che di solito finisce per coincidere col promotore), e ad essa è affidata, come già visto, la gestione dell'opera una volta realizzata.

I finanziatori sono in senso proprio le banche che forniscono il capitale da investire nella realizzazione dell'opera.

Le banche, peraltro, intervengono nella fase di elaborazione del progetto anche come consulenti finanziari (financial advisor) e organizzatori del prestito (arrangers), come pure in tale fase figurano società di servizi e società di revisione; nell'ordinamento italiano alle banche compete anche l'asseverazione del piano economico-finanziario.

Le autorità pubbliche svolgono ruolo assai incisivo, sia in fase di programmazione delle opere da realizzare mediante project financing, sia con eventuali sostegni finanziari o sgravi fiscali, sia assicurando gli adempimenti amministrativi necessari per la costruzione dell'opera.

Sempre sul piano generale, le fasi del project financing possono distinguersi nella:
a) identificazione del progetto, con la individuazione dell'idea progettuale, la sua strutturazione

tecnico-giuridica e finanziaria, la sottoscrizione dei contratti per la sua realizzazione; in tale fase alla definizione dell'idea progettuale segue la sua verifica (studio di fattibilità) da parte dell'advisor finanziario e l'elaborazione del c.d. information memorandum (documento informativo preliminare), che contiene tutte le informazioni sul progetto, ivi compresi il piano economico-finanziario ed il term sheet, ovvero il documento sintetico sul finanziamento, la sua composizione, i termini di utilizzo e rimborso del prestito, il tasso d'interesse passivo, le banche finanziatrici, il pacchetto delle garanzie, l'insieme degli impegni, obblighi e limitazioni che gravano sul debitore (covenant); in effetti l'information memorandum è un documento complesso e composito (descrizione di progetto, promotori e struttura societaria; quadro normativo e rapporti con le autorità pubbliche; caratteristiche, specifiche tecniche, capacità produttiva, modalità e tempi di realizzazione delle opere e loro manutenzione; tecnologia del progetto; impatto ambientale; caratteristiche del mercato di finanziamento; gestione dell'iniziativa; modello economico-finanziario; struttura finanziaria del progetto; garanzie e aspetti assicurativi);

b) implementazione del progetto, in cui si provvede alla sottoscrizione dei contratti, all'avvio dei lavori di costruzione, all'erogazione dei finanziamenti, fase che termina con il collaudo delle opere;

c) gestione operativa dell'opera realizzata, con il rimborso del debito finanziario mediante il flusso dei ricavi ed il ripagamento del capitale di rischio: il rimborso pone termine all'operazione in project financing e da quel momento inizia la fase economicamente attiva per la S.P.V.

Particolare interesse assume, nella fase di identificazione dell'iniziativa il c.d. studio preliminare di fattibilità, che compete euristicamente al financial advisor, e che è inteso a individuare i primi elementi progettuali attraverso i c.d. test di viabilità tecnica ed economico-finanziaria, e in definitiva a verificare se il progetto è strutturabile in project financing, anche mediante i possibili "scenari economico-finanziari".

Importanza cruciale assume l'analisi del progetto da parte della banca, come financial advisor o ai fini dell'asseverazione del piano economico-finanziario, che attiene ai promotori, al mercato, al profilo tecnico, ai costi, alle garanzie, ai flussi di cassa attesi, ai tempi ai fini delle operazioni di capitalizzazione e sconto.

Poiché la validità economico-finanziaria di un progetto è funzione di una serie di variabili, la identificazione di quest'ultime e la loro previa valutazione diventa fondamentale: tale è il compito della c.d. analisi di sensitività, che serve appunto a individuare le varianti strategiche, cioè i fattori per i quali una piccola variazione rispetto all'ipotesi di base determina un significativo cambiamento della performance di un progetto, e i parametri minimi accettabili di ogni variante strategica, ovvero la misura di discostamento dall'ipotesi di base entro la quale è comunque assicurata la bancabilità dell'iniziativa (tali variabili attengono alla domanda del bene o servizio, al suo prezzo, al livello dei costi di costruzione e gestione, al livello dei ricavi, al tempo di realizzazione, al tasso d'interesse passivo sul debito, all'incidenza di imposte e tasse, alla struttura delle fonti di finanziamento).

Nell'analisi del progetto, ed in particolare del piano economico-finanziario, assume importanza notevole il rapporto tra capitale proprio di rischio (equity) e capitale di debito (debt), espresso dalla formula equity/debt; il capitale di rischio è quello fornito dai mezzi propri investiti dal promotore, di solito attraverso il capitale sottoscritto nella S.P.V.; una composizione quanto più ottimale della struttura delle fonti di finanziamento, ossia del rapporto equity/debt, è essenziale per massimizzare il valore economico dell'investimento, ovvero minimizzare il costo del capitale di debito: una significativa partecipazione del promotore con capitale di rischio proprio è importante ai fini della bancabilità del progetto, perché le banche difficilmente accettano di correre un rischio commerciale pieno sul progetto, tenuto conto che assai di rado sono disposte ad assumere il ruolo di investitori quali soci della S.P.V.

Nel *project financing*, secondo il chiaro ed inequivoco enunciato dell'art. 37 *ter* della legge n. 109 del 1994, la valutazione in ordine alla fattibilità della proposta è la risultante dell'esame di una

pluralità di elementi ed esprime in chiave riassuntiva e sintetica il giudizio tecnico, economico e finanziario cui è chiamata l'amministrazione.

Tale esame complessivo non deve essere preceduto da alcuna valutazione preliminare di fattibilità delle proposte distinta dalla valutazione complessiva della proposta condotta sulla base di tutti e di ciascuno di quegli elementi enunciati dall'art. 37 *ter*.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 20 OTTOBRE 2004

PROJECT FINANCING – NOZIONE – PECULIARITÀ DELL'ISTITUTO E DELLA PROCEDURA.

PROJECT FINANCING – REQUISITI DEL PROMOTORE AL MOMENTO DELLA PRESENTAZIONE DELLA PROPOSTA - POSSESSO DEI REQUISITI INDICATI NELL'ART. 99, D.P.R. N. 554/1999 – AL MOMENTO DELLA PROPOSTA NEGOZIATA – POSSESSO DEI REQUISITI INDICATI NELL'ART. 98, D.P.R. N. 554/1999.

PROJECT FINANCING – DISCIPLINA APPLICABILE – RIFERIBILITÀ BANDO *EX*ART. 37-*QUATER*.

Il c.d. *project financing*, previsto dagli artt. 37 *bis* e ss. della legge n. 109/1994, costituisce una tecnica finanziaria che, da una parte, consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e, dall'altra, si sostanzia in un'operazione di finanziamento di una particolare attività economica idonea ad assicurare una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell'attività stessa.

Una delle principali peculiarità del *project financing* consiste nella previsione di un procedimento volto all'affidamento della concessione di carattere sostanzialmente unitario, anche se articolato in due fasi distinte. Nella prima, mediante licitazione privata, si provvede alla selezione dei soggetti o del soggetto con i quali negoziare successivamente con il promotore il contratto di concessione, ai sensi dell'art. 37 *quater*, primo comma, lett. a), l. 109/94; la seconda fase consiste nella procedura negoziata tra il promotore e gli offerenti individuati a seguito dell'espletamento della fase precedente. La sostanziale unitarietà di tale iter è già stata rilevata dalla giurisprudenza di questa Sezione, secondo cui le norme sul *project financing* disciplinano la realizzazione di opere pubbliche su iniziativa del promotore secondo un procedimento complesso articolato in varie fasi, che trovano momento culminante nell'aggiudicazione della concessione mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte selezionati mediante apposita gara, ovvero, nel caso in cui alla gara abbia partecipato un solo soggetto, fra quest'ultimo ed il promotore (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2004; così anche Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2002). Risulta evidente, allora, che il legislatore, pur privilegiando la figura del promotore, direttamente ammesso alla negoziazione finale, attraverso le previsioni di gara pone al centro di tale istituto le regole sull'evidenza pubblica, in ossequio alla tutela della concorrenza, e nel rispetto dei principi comunitari. Pertanto, Ne consegue che il *project financing* non rappresenta un istituto autonomo e sottratto ai principi in materia di affidamento dei lavori pubblici, ma un sistema di realizzazione di queste ultime che si basa sulle comuni norme che regolano la concessione.

Poiché il *project financing* non rappresenta un istituto autonomo e sottratto ai principi in materia di affidamento dei lavori pubblici, ma un sistema di realizzazione di queste ultime che si basa sulle comuni norme che regolano la concessione, è legittimo il richiamo, compiuto da un bando di gara per l'indizione della licitazione privata necessaria per la selezione dei concorrenti da mettere a confronto con il promotore, alle norme contenute dal d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, onde definire i requisiti occorrenti per poter ottenere l'aggiudicazione della concessione.

La procedura negoziale del *project financing* ha un'indubbia natura concorsuale fra soggetti preselezionati nelle diverse fasi della procedura complessa, e, come tale, non si sottrae ai principi di par condicio nonché di economicità e speditezza delle operazioni concorsuali. Quanto al primo aspetto, in particolare, appare evidente come i concorrenti debbano essere posti nelle stesse

condizioni di partecipazione al confronto, anche sotto il profilo degli oneri procedurali concernenti la dimostrazione del possesso dei requisiti per l'aggiudicazione, posti a garanzia dell'Amministrazione.

Ai sensi degli artt. 98, comma 1, e 99, comma 4, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, ai fini dell'affidamento di una concessione per la progettazione e la realizzazione di lavori pubblici il concessionario (e cioè, il soggetto che rileva in funzione tecnico-gestionale) deve possedere requisiti ulteriori rispetto a quelli richiesti per il promotore di una società di progetto (con funzioni tecnico finanziarie); pertanto, in caso di coincidenza delle due figure, il promotore, qualora aspiri all'affidamento della concessione, deve dimostrare altresì il possesso dei requisiti richiesti in capo al concessionario.

Ai fini di determinare la disciplina applicabile ad un bando per una procedura di *project financing* è irrilevante un avviso tendente ad evidenziare l'avvenuto inserimento nella programmazione triennale dei lavori pubblici dell'Amministrazione dell'intervento da realizzare con la finanza di progetto, occorrendo invece fare riferimento alla data di pubblicazione nella G.U.C.E. dell'atto che indice la gara di cui all'art. 37 *quater*, lett. a), della legge n. 109/1994, cioè la licitazione privata per la scelta dei soggetti competitori con il promotore, in quanto ad esso si deve l'introduzione della effettiva procedura di gara, con il relativo invito alla presentazione delle offerte.

T.A.R. CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. II, 29 NOVEMBRE 2004

PROJECT FINANCING – NOMINA E COMUNICAZIONE DEL RUP – TERMINE DI QUINDICI GIORNI DALLA RICEZIONE DELLA PROPOSTA – NATURA DEL TERMINE – SOLLECITATORIO

PROJECT FINANCING – MANCATO INSERIMENTO NEGLI STRUMENTI PROGRAMMATORI DELLE OPERE DA REALIZZARE IN *PROJECT FINANCING* – PRESENTAZIONE PROPOSTA – INAMMISSIBILITÀ – CARENZA PRESUPPOSTO

L'art. 37 *bis*, comma 2-*ter*, legge n. 109/1994 prevede che, entro quindici giorni dalla ricezione della proposta, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono alla nomina e comunicazione del responsabile del procedimento ed alla verifica della completezza dei documenti presentati nonché ad eventuale detagliata richiesta di integrazione. Il termine indicato dalla norma di legge è evidentemente sollecitatorio.

Ai sensi dell'art. 37-*bis*, legge n. 109/94, l'inserimento dei lavori nella programmazione triennale di cui all'art. 14, comma 2, legge n. 109/1994 ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, costituisce condizione indefettibile per la presentazione della proposta del promotore.

L'assenza di tale presupposto, perciò, rende la proposta inammissibile a prescindere da ogni altra considerazione, salva la possibilità per l'amministrazione comunale, valutato l'interesse pubblico al riguardo, di includere la realizzazione di tali lavori in un nuovo strumento di pianificazione e di esaminare in quella diversa e successiva sede la domanda, ove ritualmente riproposta.

In altri termini, la mancata corrispondenza tra i lavori inclusi nello strumento pianificatorio e i lavori proposti non obbliga l'amministrazione ad esprimere alcuna valutazione in merito, essendo sufficiente il riferimento all'assenza della condizione prevista dall'art. 37 *bis* L. 109/1994 per la presentazione della proposta di *project financing* per dichiarare inammissibile la stessa; peraltro, per un principio di economia degli atti, l'amministrazione può, discrezionalmente e senza alcun obbligo di esame e valutazione, considerare la proposta d'intervento nell'ambito della fase di programmazione di cui all'art. 14, co. 2, della citata legge e ciò anche ai sensi dello stesso art. 37 *bis* ultima parte.

T.A.R. LAZIO, ROMA, SEZ. III, 20 DICEMBRE 2004

PROJECT FINANCING – CONTROVERSIE INERENTI RIPARTIZIONE SPESE SOGGETTI PARTECIPANTI – GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA – VA ESCLUSA – MOTIVI

Occorre preliminarmente sottolineare la equiparazione, ai fini della tutela giurisdizionale, della concessione all'appalto, intervenuta a seguito della introduzione dell'art. 31-bis, comma 4, L. n. 109/1994 secondo cui "ai fini della tutela giurisdizionale le concessioni in materia di lavori pubblici sono equiparate agli appalti".

La diretta conseguenza della intervenuta equiparazione dei due modelli procedimentali deve essere rinvenuta nella unificazione del criterio di riparto della giurisdizione inerente alla distinzione tra fase relativa alla scelta del contraente - e del conseguente affidamento dei lavori - e fase concernente la esecuzione del rapporto: la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quindi, attrarrà nella sua orbita il procedimento formativo della volontà della Amministrazione sino all'affidamento della concessione, per poi ritrarsi in favore della giurisdizione del giudice ordinario, competente in merito alla cognizione del rapporto scaturente dall'affidamento.

Le controversie in materia di concessione di lavori pubblici, conseguentemente, saranno assoggettate al normale criterio di riparto in tema di opere pubbliche con riguardo alla distinzione tra fase dell'affidamento e fase della esecuzione: nella prima, la commistione tra diritti ed interessi appare tale da giustificare la cognizione in via esclusiva del giudice amministrativo, mentre nella seconda torna in rilievo la consueta distinzione delle posizioni giuridiche soggettive ed il connesso riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario. Si pone, pertanto, all'attenzione del Collegio la questione se la fase relativa alla liquidazione della somma indicata nell'art. 37-quater L. n. 109/1990 debba essere inquadrata nel momento dell'affidamento o, invece, se si ponga al di fuori di esso; in tale ultima ipotesi si pone, consequenzialmente, al fine di individuare il giudice munito di giurisdizione, il problema di qualificare la situazione soggettiva – diritto soggettivo o interesse legittimo – vantata dal soggetto che pretende la liquidazione della somma indicata nella norma.

Sotto il primo profilo osserva il Collegio come il disposto normativo dell'art. 6, comma 1, L. n. 205/2000 appare univoco nell'indicare quale oggetto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le "procedure di affidamento", con ciò intendendo limitare l'ambito della giurisdizione esclusiva alla fase relativa alla scelta del contraente.

Non v'è dubbio, allora, che anche nell'ambito del cd. project financing la delimitazione dell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo e del giudice ordinario debba procedere secondo lo schema già descritto, relativo alla individuazione del momento dell'affidamento della concessione. La procedimentalizzazione della attribuzione della concessione a seguito del meccanismo delineato dal legislatore negli artt. 37-bis ss. L. n. 109/1990, peraltro, consente al Collegio di ritenere conclusa la fase dell'affidamento nel momento stesso in cui, individuate le due migliori offerte nella gara di cui alla lettera a) dell'art. 37-quater L. n. 109/1998, l'amministrazione aggiudicatrice proceda alla aggiudicazione della concessione (art. 37-quater L. n. 109/1990 "Entro il 31 dicembre di ogni anno le amministrazioni aggiudicatrici, qualora fra le proposte presentate ne abbiano individuate alcune di pubblico interesse, applicano, ove necessario, le disposizioni di cui all'articolo 14, comma 8, ultimo periodo e, al fine di aggiudicare mediante procedura negoziata la relativa concessione di cui all'articolo 19, comma 2, procedono, per ogni proposta individuata: a) ad indire una gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 21, comma 2, lettera b), ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore; è altresì consentita la procedura di appalto-concorso; b) ad aggiudicare la concessione mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i

soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla lettera a) ; nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto”).

E', infatti, in tale momento che il procedimento di "affidamento" della concessione deve ritenersi concluso, non incidendo, le successive fasi, sulla scelta del contraente e, quindi, sulla fase formativa della volontà della Amministrazione.

D'altra parte, per ciò che concerne il secondo aspetto della delineata problematica relativa alla individuazione del giudice chiamato a conoscere delle controversie relative alla quantificazione del rimborso delle spese sostenute per la proposta effettuata, rileva il Collegio come tale rimborso non costituisca oggetto della esplicazione di un potere pubblicistico della amministrazione aggiudicatrice, quanto piuttosto la misura di una "indennità" normativamente determinata, rispetto alla quale la amministrazione aggiudicatrice assume la veste di mero adiectus solutionis causa in virtù di un mandato ex lege al pagamento, non acquisendo, conseguentemente, la qualità di condebitrice in solido con l'aggiudicatario, in assenza di un suo impegno diretto nei confronti degli altri soggetti partecipanti alla procedura (art. 37-quater, commi 4 e 5, L. n. 109/1990 "Nel caso in cui nella procedura negoziata di cui al comma 1, lettera b), il promotore non risulti aggiudicatario entro un congruo termine fissato dall'amministrazione nel bando di gara, il soggetto promotore della proposta ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo di cui all'articolo 37-bis , comma 1, quinto periodo. Il pagamento è effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice prelevando tale importo dalla cauzione versata dal soggetto aggiudicatario ai sensi del comma 3.

Nel caso in cui la gara sia esperita mediante appalto-concorso e nella successiva procedura negoziata di cui al comma 1, lettera b), il promotore risulti aggiudicatario, lo stesso è tenuto a versare all'altro soggetto, ovvero agli altri due soggetti che abbiano partecipato alla procedura, il rimborso delle spese sostenute e documentate nei limiti dell'importo di cui all'articolo 37-bis, comma 1, quinto periodo. Il pagamento è effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice prelevando tale importo dalla cauzione versata dall'aggiudicatario ai sensi del comma 3").

Pertanto, essendo determinati dalla legge i criteri di liquidazione dell'indennità e non rientrando nella discrezionalità amministrativa la corresponsione dell'indennità stessa (art. 37-quater, L. n. 109/1990, comma 4: "il soggetto promotore della proposta ha diritto al pagamento (...)” e comma 5 "il promotore risulti aggiudicatario, lo stesso è tenuto a versare all'altro soggetto (...)"), deve ritenersi che la situazione giuridica soggettiva attiva in questione abbia natura di diritto soggettivo.

La liquidazione delle spese sostenute dai soggetti partecipanti al procedimento di project financing, conseguentemente, fuoriesce dallo schema dell'affidamento e si sostanzia in una pretesa qualificabile in termini di diritto soggettivo, assoggettata, pertanto, all'ordinario criterio di riparto di giurisdizione.

Le conclusioni raggiunte con riguardo all'assetto giurisdizionale relativo alla procedura di affidamento della concessione di cui agli artt. 37-bis e ss. L. n. 109/1994, trovano una ulteriore conferma nella impostazione delineata dalla Corte Costituzionale nella riscrittura del testo dell'art. 33 D.Lgs. n. 80/1998.

Secondo la Corte Costituzionale, in particolare, la attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva, riposa sulla necessità di risolvere il problema derivante dall'intreccio di posizioni giuridiche riconducibili tanto al diritto soggettivo quanto all'interesse legittimo, fermo restando il principio secondo il quale "il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare 'particolari materie' nelle quali 'la tutela nei confronti della pubblica amministrazione' investe 'anche' diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle

situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi sul dato, oggettivo, delle materie” (Corte Cost. 6.7.2004, n. 204).

Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, conseguentemente, non può fondarsi sulla sola circostanza secondo cui la controversia abbia ad oggetto un ‘rilevante interesse pubblico’ proprio perché ciò presupporrebbe ‘l’approvazione (mai avvenuta) di quel progetto di riforma (Atto Camera 7465 XVIII legislatura) dell’art. 103 Cost. secondo il quale “la giurisdizione amministrativa ha ad oggetto le controversie con la pubblica amministrazione nelle materie indicate dalla legge”; in tale prospettiva, allora, “il legislatore ordinario ben può ampliare l’area della giurisdizione esclusiva purchè lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione – autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice ‘della’ pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall’altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo” (Corte Cost. 6.7.2004, n. 204).

Sulla base di tali premesse la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell’art. 33, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 80/1998, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, anziché le controversie in materia di pubblici servizi relativi a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla L. n. 241/1990, ovvero ancora relative all’affidamento di un pubblico servizio ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore.

Poiché, tuttavia, il *project financing* si sostanzia in una concessione e la Corte esclude dall’alveo della giurisdizione esclusiva le indennità, i canoni e gli altri corrispettivi relativi alla concessioni di pubblici servizi, può ritenersi che, quand’anche la fase della liquidazione delle spese sostenute dai partecipanti fosse ritenuta rientrare nell’ambito dell’affidamento della concessione, comunque essa dovrebbe ritenersi esclusa dalla giurisdizione esclusiva, trattandosi proprio di un’indennità o corrispettivo; e ciò, a maggior ragione, trattandosi nel caso in oggetto di indennità relativa a rapporti fra soggetti privati (il promotore e i due migliori offerenti) laddove la Corte, al fine della esclusione dall’ambito della giurisdizione esclusiva delle controversie in oggetto, fa riferimento pur sempre ad indennità e corrispettivi relativi a rapporti fra amministrazione concedente e concessionario".

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 25 GENNAIO 2005

PROJECT FINANCING - PROMOTORE – INTERESSE ALLA POSIZIONE DEL PROMOTORE – NATURA GIURIDICA

L’interesse a vedere prescelto il proprio progetto di opera pubblica, e quindi ad assumere la posizione del “promotore” nella procedura di *project financing*, pur individuabile concettualmente come distinto dall’interesse alla concessione di eseguire l’opera stessa, contiene, e necessariamente implica, anche l’interesse all’aggiudicazione, che rappresenta il valore sostanziale, il bene della vita cui tende il presentatore del progetto.

La normativa che regola l’istituto, infatti, prevede come normale l’ipotesi che la concessione sia conferita al promotore.

Depone in tal senso in primo luogo l’art. 37-*bis*, comma 2, che prevede per il promotore il possesso dei requisiti propri del soggetto che deve realizzare l’opera.

Ma si spiega allo stesso modo l'art. 37-ter, ultimi due periodi, dove si stabilisce che, se il promotore adegua la propria proposta a quella che l'Amministrazione ritiene la più conveniente in base alla gara, risulterà aggiudicatario della concessione, così istituendo una sorta di "prelazione" in suo favore.

Sono ispirati allo stesso principio i commi 2, 4 e 5 dell'art. 37-quater.

Il comma 2 stabilisce che la proposta del promotore posta a base della gara è vincolante per lo stesso se non vi sono altre offerte.

Il comma 4 considera l'ipotesi che il promotore non riesca a condurre con successo la procedura negoziata con l'impresa che ha presentato l'offerta più vantaggiosa, la quale si aggiudica la concessione, e stabilisce che al promotore spetta soltanto il rimborso delle spese sostenute. Tale deludente conclusione tende evidentemente ad incentivare il promotore a modificare il proprio progetto, anche sotto il profilo economico, in modo da non perdere il contratto.

Il comma 5 contempla ancora il caso di aggiudicazione al promotore, e lo obbliga a rimborsare le spese sostenute alle imprese che hanno partecipato alla negoziazione.

Il quadro normativo così sommariamente accennato consente di affermare che l'interesse alla posizione di promotore è un interesse marcatamente strumentale al vero scopo perseguito dal presentatore del progetto, che è quello di realizzarlo lucrando il relativo profitto.

Si realizza, quindi, nell'aspirazione alla concessione, una sostanziale identificazione tra l'interesse del promotore e quello delle imprese che partecipano alla gara, cosicché l'intera procedura non può che essere concepita in termini unitari. Ed infatti il sistema è mirato ad ottenere, attraverso il raffronto e la concorrenza tra le diverse offerte, quella del promotore e quelle delle partecipanti alla licitazione privata, la formazione di un progetto di opera pubblica che si riveli ottimale sul piano tecnico e su quello economico.

T.A.R. LIGURIA, SEZ. I, 28 GENNAIO 2005

PROJECT FINANCING – POSSIBILITÀ DI MODIFICARE LA PROPOSTA GIÀ ELABORATA – LIMITI - VA RAPPRESENTATA AL PROMOTORE - MODALITÀ

Nell'ambito della procedura di *project financing*, una istruttoria corretta e completa comporta che l'amministrazione, nel modificare una proposta già elaborata per renderla economicamente conveniente, indichi puntualmente al promotore ogni parametro a tal fine ritenuto utile.

Così facendo si consente ai promotori, nel rispetto del proprio specifico interesse, di valutare se confermare o meno la propria proposta alle diverse condizioni migliorative stabilite dall'amministrazione.

T.A.R. ABRUZZO, PESCARA, 3 MARZO 2005

PROJECT FINANCING - AVVISO PER LA PRESENTAZIONE DI PROPOSTE – IMPUGNAZIONE – INTERESSE AL RICORSO – SUSSISTE

PROJECT FINANCING – PROCEDURA – CARATTERE UNITARIO SUL PIANO FINALISTICO – ARTICOLAZIONE IN DIVERSE FASI - AUTONOMIA DELLE SINGOLE FASI – IMPUGNAZIONE ATTI CONCLUSIVI SINGOLE FASI – ONERE TEMPESTIVA IMPUGNAZIONE – SUSSISTE

PROJECT FINANCING - PROCEDURA - INDIVIDUAZIONE DELLE SINGOLE FASI – FASE DI INDIVIDUAZIONE DELLA PROPOSTA DI PUBBLICO INTERESSE – VIOLAZIONE DELLA *LEX SPECIALIS* – FATTISPECIE

PROJECT FINANCING - FASE DI INDIVIDUAZIONE DELLA PROPOSTA DI PUBBLICO INTERESSE - PIANO ECONOMICO-FINANZIARIO – ELEMENTO ESSENZIALE - ACCETTAZIONE PIANO ECONOMICO-FINANZIARIO CARENTE DI ELEMENTI FONDAMENTALI – ILLEGITTIMITÀ

Nel caso in cui l'Amministrazione - secondo una procedura ritenuta legittima dalla giurisprudenza (T.A.R. Marche, 11 aprile 2003) - sollecita mediante un avviso pubblico la presentazione di eventuali proposte in ordine alla costruzione di un'opera pubblica con lo strumento del *project financing*, prevedendo un confronto concorrenziale delle proposte presentate, indice una vera e propria procedura concorsuale.

Giova, inoltre, ricordare che, una volta individuata la proposta di pubblico interesse, il promotore ha diritto, ai sensi dell'art. 37-quater, n. 4, legge n. 109/94, al pagamento quanto meno delle spese sostenute per la predisposizione della proposta; per cui, anche in relazione a tale aspetto, la valutazione comparativa operata con l'atto impugnato impedisce alla ricorrente di conseguire tale utilità.

Il *project financing*, invero, si pone come una complessa operazione amministrativa unificata sul piano finalistico dall'unicità del risultato economico gestionale perseguito, ma al suo interno, come più avanti verrà meglio precisato, conservano autonomia giuridica i distinti (ancorché connessi) procedimenti attraverso i quali si sviluppa la complessiva operazione economico-amministrativa. Pertanto, i provvedimenti conclusivi di tali procedimenti connessi soggiacciono alle ordinarie regole sulla tutela giurisdizionale, in particolare alla regola dell'inoppugnabilità decorso il termine perentorio di legge dalla pubblicazione ovvero dalla comunicazione individuale, se dovuta, o dalla piena conoscenza dell'atto (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 17 giugno 2004); per cui ove l'interessata nel caso di specie non fosse tempestivamente insorta avverso l'atto deliberativo in questa sede impugnato, non avrebbe potuto, una volta attivato il successivo procedimento per la scelta del soggetto attuatore del progetto, lamentarsi dell'erronea scelta del soggetto promotore.

L'istituto del *project financing* trova la sua disciplina normativa nei predetti artt. 37-*bis* e segg. della L. 11 febbraio 1994, n. 109, i quali prevedono la figura del promotore di proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità e individuano i tratti distintivi del c.d. *project financing*, ossia di quella tecnica finanziaria che, da una parte, consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e, dall'altra, si sostanzia in un'operazione di finanziamento di una particolare attività economica idonea ad assicurare una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell'attività stessa; in altri termini, l'attività economica promossa deve avere la capacità di autofinanziarsi (Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004).

Il suddetto istituto consiste essenzialmente in un complesso procedimento volto all'affidamento della concessione di carattere sostanzialmente unitario, anche se articolato in più fasi distinte:

- a) in una prima fase, l'Amministrazione, previa valutazione favorevole degli elementi analiticamente indicati dall'art. 37-*ter*, provvede ad individuare la proposta del promotore che ritiene di pubblico interesse;
- b) in una seconda fase provvede, mediante licitazione privata e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla selezione dei soggetti o del soggetto con i quali negoziare successivamente con il promotore il contratto di concessione, ai sensi dell'art. 37-*quater*, comma 1 lett. a), della L. 11 febbraio 1994 n. 109;
- c) mentre la terza fase consiste, infine, nella procedura negoziata tra il promotore e gli offerenti individuati a seguito dell'espletamento della fase precedente.

Quanto, in particolare, alla prima di tali fasi, la giurisprudenza ha certamente riconosciuto che la Pubblica Amministrazione procedente nella gestione della fase istruttoria del progetto presentato dal promotore gode di un'ampia discrezionalità (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 30 giugno 2004).

Purtuttavia, laddove l'Amministrazione ha indetto un avviso pubblico per la ricerca del promotore interessato si autolimita in ordine all'esercizio del predetto potere discrezionale.

L'art. 37-ter, legge 11 febbraio 1994, n. 109, impone espressamente all'Amministrazione di valutare "la fattibilità delle proposte presentate" sotto tutta una serie di profili. La norma in parola impone, cioè, all'Amministrazione di valutare l'ammissibilità o meno della proposta e, di conseguenza, di accertare se vi siano o meno elementi ostativi alla realizzazione dell'opera (T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 febbraio 2004 e Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2002).

Illegittimamente non è effettuata dal Comune la predetta valutazione, stante che il responsabile del procedimento si limita a svolgere un'attività meramente istruttoria e preparatoria in funzione della predetta valutazione mentre, la Giunta municipale, a sua volta, si limita ad effettuare una comparazione delle due proposte presentate, ma non pregiudizialmente valuta ed accerta, così come la legge le impone, la fattibilità e la realizzabilità tecnica dei progetti presentati e l'assenza di elementi ostativi alla realizzazione dell'opera.

Come costantemente evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa (per tutti Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2002; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 9 settembre 2004 e T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 20 maggio 2004), nella proposta di *project financing* il ruolo centrale spetta al piano economico finanziario, la cui congruenza rappresenta una condizione preliminare ed essenziale per garantire l'attendibilità della proposta e la sua concreta fattibilità. Infatti, come sopra già evidenziato, la tecnica finanziaria in esame deve consentire da un lato la realizzazione dell'opera pubblica senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e dall'altro deve avere la capacità di autofinanziarsi, assicurando una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell'attività stessa.

E' illegittima, pertanto, l'accettazione di un piano economico-finanziario manifestamente carente di elementi fondamentali, quali l'analisi di mercato, i costi ed i ricavi di gestione e, soprattutto, le modalità di finanziamento dell'investimento, ed in relazione al quale l'Istituto di credito non ha emesso una "attestazione qualificata" (c.d. asseverazione), limitandosi ad attestare le capacità economica e finanziaria del promotore.

TAR PUGLIA, LECCE, SEZ. II, 9 MARZO 2005

PROJECT FINANCING – FINANZIAMENTO DEL SOGGETTO PROMOTORE – ELEMENTO NECESSARIO – CONTRIBUTO PUBBLICO – ELEMENTO EVENTUALE

PROJECT FINANCING – AVVISO INDICATIVO – INDICAZIONE IMPORTO CONTRIBUTO PUBBLICO NON SUPERABILE – INTERPRETAZIONE

PROJECT FINANCING – SELEZIONE PROPOSTA – INDICAZIONE PESO PONDERALE ELEMENTI DI VALUTAZIONE – NECESSITÀ SOLO IN SEDE DI GARA

PROJECT FINANCING – INDIVIDUAZIONE DELLA PROPOSTA E AGGIUDICAZIONE DELLA CONCESSIONE – TERMINI - NATURA - NON PERENTORIA

L'istituto della finanza di progetto, disciplinato dagli artt. 37 bis e ss., legge 11 febbraio 1994 n. 109, rappresenta un modulo opzionale per la realizzazione dei lavori pubblici o di pubblica utilità inseriti nel programma triennale di cui all'art. 14 della legge 109/94; detto istituto è stato introdotto dal legislatore (L. 18 novembre 1998, n. 415, art. 11) al precipuo fine di attrarre gli apporti progettuali e finanziari dei privati nella dinamica dei lavori pubblici. Elemento indefettibile di tale modello è dunque la partecipazione del capitale privato nella realizzazione dei lavori pubblici, anche se non ne è escluso il contributo finanziario pubblico, soprattutto in vista del perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del privato promotore e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.

Strettamente consequenziale a tale aspetto peculiare dell'istituto, rappresentato come detto dalla necessaria partecipazione finanziaria del privato alla realizzazione dei lavori pubblici, è poi la scelta legislativa di utilizzare il contratto di concessione di lavori (di cui all'art. 19 l. cit) quale schema convenzionale nel cui alveo ricondurre le prestazioni delle parti; se l'Amministrazione non sopporta il peso finanziario dell'investimento (o, al più, lo sopporta, come detto, soltanto *in parte qua*), che accolla sulla parte privata, deve pur remunerare quest'ultima in altro modo, e lo fa appunto concedendole il diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente i lavori realizzati, secondo il modello della concessione di costruzione e gestione che tanta attenzione e preoccupazione ha inizialmente suscitato in ambito comunitario.

Sul piano logico-sistematico, dunque, il *project financing* comporta sempre la partecipazione finanziaria del soggetto promotore, alla quale può aggiungersi, ma senza essere indispensabile, il contributo pubblico.

Nell'Avviso pubblico che stimola la presentazione di proposte di *project financing*, la locuzione "importo non superabile" indicato per ciascuna opera, non va inteso come tetto assoluto invalicabile all'investimento pubblico/privato, ma, semplicemente, il tetto massimo del contributo pubblico ammissibile nell'ipotesi in cui il proponente, nell'alternativa inequivocabilmente ammessa dallo stesso avviso ("con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori"), intenda avvalersi delle risorse pubbliche. Secondo le convergenti indicazioni scaturenti dalla applicazione alla fattispecie dei canoni di interpretazione logico-sistematica e letterale del bando pubblico, l'importo indicato è senz'altro riferito all'impegno finanziario massimo attribuibile all'Amministrazione concedente.

In definitiva, la fissazione di un limite al valore complessivo dell'investimento (pur in astratto adottabile dall'amministrazione) sarebbe privo di utilità concreta quando non lasciasse trasparire il decisivo distinguo tra apporto finanziario privato e contributo pubblico e finirebbe per rappresentare, al postutto, un ostacolo non giustificato alla libera espressione della progettualità e dei connessi investimenti privati; così da rappresentare, in sostanza, un *vulnus* proprio a quel tratto distintivo del *project financing*, in cui l'Amministrazione lascia mano libera ai privati (salva la successiva scelta comparativa della proposta) proprio perché vuole giovare non soltanto dell'apporto finanziario di questi ultimi, ma piuttosto di quello in congiunzione ad un significativo contributo ideativo-progettuale, rispetto al quale non ha tendenzialmente convenienza alcuna a frapporre limitazioni valoriali di sorta all'intervento.

E' pacifico che, nell'ambito della procedura di *project financing* costruita su un modello legale non rigidamente formalistico, ed in particolare nella fase di selezione della proposta di pubblico interesse, le amministrazioni aggiudicatrici godono di una certa libertà nella fase di istruzione delle proposte, tant'è che possono liberamente far luogo (art. 37-*bis*, comma 2-*ter*), in sede di verifica dei documenti presentati, alla eventuale richiesta di integrazione documentale. Ben può l'Amministrazione disporre liberamente la integrazione, senza nessuna conseguenza decadenziale a carico del promotore.

Non è consustanziale alla fase della selezione della proposta di pubblico interesse che venga indicato il peso ponderale degli elementi, sulla base dei quali piuttosto si procederà alla selezione del soggetto aggiudicatore soltanto nella successiva fase dell'affidamento dei lavori in concessione.

La legge (art. 21, comma 2, e art. 37 *quater*, legge n. 109/94), infatti, soltanto in questa seconda fase procedimentale ascrive ai diversi elementi, variabili in relazione all'opera da realizzare, rilievo discriminante ai fini della aggiudicazione della concessione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; di guisa che nella pregressa fase della selezione delle proposte ciò che rileva è che i promotori abbiano articolato le loro proposte sulla base della gamma degli elementi valutativi dianzi ricordati, cui verrà dato un peso specifico ponderale nella successiva fase di selezione del concessionario, sulla base della proposta di intervento giudicata di pubblico interesse nel segmento immediatamente precedente del procedimento selettivo.

Non è dunque sulla scorta della mancata indicazione del peso ponderale di ciascun elemento (compito peraltro che pertiene alle amministrazioni aggiudicatrici) che può farsi luogo alla esclusione della proposta presentata.

Quanto alla censura di ordine generale circa la asserita non comparabilità delle differenti proposte, assai eterogenee soprattutto in ordine agli investimenti previsti, non si deve far altro che ribadire quanto osservato in ordine alla ratio ispiratrice dell'istituto del *project financing*. Se dunque la finalità è quella di raccogliere un ventaglio di proposte dai privati rispetto alle quali l'Amministrazione non ha tendenzialmente interesse a frapporre limitazioni iniziali sul piano ideativo/progettuale e su quello finanziario, è giocoforza concludere non solo nel senso che la detta comparazione ha ragione di farsi proprio a fronte della necessaria eterogeneità delle proposte, ma che detta eterogeneità non è di ostacolo alla comparazione attesa la presenza di una pluralità di elementi alla cui stregua valutare le proposte stesse (in tal senso, ad esempio, la durata della concessione funge normalmente da contrappeso rispetto alla consistenza degli investimenti).

Sulla lamentata violazione dei termini procedurali previsti dagli artt. 37-ter e quater, legge n. 109/94, fissati rispettivamente per la individuazione della proposta di pubblico interesse nonché per l'aggiudicazione della concessione (a mezzo di gara o di procedura negoziata), si deve rilevare che agli stessi non potrebbe riconnettersi natura di termini perentori, in difetto di un esplicito meccanismo sanzionatorio per il caso di loro inosservanza; a quei termini va dunque necessariamente attribuita, secondo i tradizionali canoni di interpretazione consolidati nella materia, natura di termini sollecitatori, come tali funzionali soltanto ad un più rapido svolgersi della pluriarticolata vicenda procedimentale.

TAR Piemonte, sez. I, 23 marzo 2005

PROJECT FINANCING – PRINCIPIO DI PAR CONDICIO – PREDETERMINAZIONE CRITERI DI VALUTAZIONE PROPOSTE PRESENTATE – NECESSITÀ

PROJECT FINANCING – VALUTAZIONE PROPOSTE – NECESSITÀ ESAME PIANO ECONOMICO-FINANZIARIO – VA AFFERMATA – OMESSA FORMULAZIONE GIUDIZIO SUI PIANI ECONOMICO-FINANZIARI PRESENTATI - ILLEGITTIMITÀ

E' indubbio che la procedura negoziata posta in essere per l'aggiudicazione di un appalto di opera pubblica in applicazione degli artt. 37-bis e ss., legge n. 109/94, ha natura concorsuale fra i soggetti selezionati nelle diverse fasi della procedura complessa, per cui, come tale, non si sottrae ai principi di par condicio e di economicità e speditezza delle operazioni concorsuali (Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2004). Da ciò si desume che anche l'esame comparativo delle proposte presentate dai diversi competitors, aspiranti promotori, deve essere necessariamente preceduta dalla predisposizione di positivi ed uniformi criteri di giudizio (T.A.R. Toscana, sez. II, 2 agosto 2004).

Come noto, il citato art. 37-bis, legge n. 109/94, dispone che le proposte di *project financing* prevedano la realizzazione di lavori con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi e che le medesime non possano essere valutate indipendentemente dal piano economico finanziario (Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2002).

E' illegittima, pertanto, l'approvazione di una proposta nella quale né la Commissione tecnica né, successivamente, la Giunta comunale, abbiano omissa di esprimere un proprio giudizio circa i piani finanziari proposti dai diversi competitors.