amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2025

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĭnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La scelta del promotore nel nuovo codice dei contratti pubblici. Tra assenza di disciplina e principi eurounitari

di **Caterina Vinti**

(Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Roma La Sapienza)

Sommario

1. Introduzione. – 2. Il partenariato pubblico-privato: cenni. – 3. Il PPP e la finanza di progetto nel d.lgs. n. 50/2016. – 4. Le novità del d.lgs n. 36/2023 in materia di *project financing*. – 4.1. Criticità relative alla procedura di affidamento ex art. 193, D.lgs n. 36/2023. – 4.2. Riferimenti normativi – 5. D.lgs. n. 209/2024 – 5.1. Criticità relative alla procedura di affidamento ex art. 193, D.lgs n. 36/2023, come modificata dal d.lgs. n. 209/2024. – 6. Dialogo tra Corti. – 7. Proposte *de jure condendo*. – 8. Conclusioni.

Abstract

Public-private partnerships (PPPs) are a significant and complex tool in public procurement, allowing public administrations to leverage private initiative and resources to implement works and services of collective interest. This institution, created to encourage private sector participation in contexts often characterized by limited public resources, is currently at the center of a heated doctrinal and jurisprudential debate, fueled by the innovations introduced by the new Public Contracts Code (Legislative Decree No. 36/2023).

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Il partenariato pubblico-privato rappresenta uno strumento rilevante e complesso nell'ambito dei contratti pubblici, consentendo alle pubbliche amministrazioni di avvalersi dell'iniziativa e delle risorse private per la realizzazione di opere e servizi di interesse collettivo. Tale istituto, nato per incentivare la partecipazione del settore privato in contesti spesso caratterizzati da risorse pubbliche limitate, si trova oggi al centro di un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, alimentato dalle innovazioni introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023).

In particolare, l'evoluzione normativa sembrava segnare un netto cambio di paradigma rispetto al passato, attribuendo priorità, nell'affidamento del contratto, al principio del risultato a discapito di quello della concorrenza che, pur rimanendo formalmente rilevante, viene con il nuovo Codice relegato a un ruolo strumentale. Questa impostazione, che poneva in primo piano l'efficienza e la celerità nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici, rispondeva a esigenze di semplificazione e di restituzione della discrezionalità amministrativa, ma ha sollevato importanti interrogativi sul piano della trasparenza, dell'imparzialità e della parità di trattamento tra gli operatori economici. Ciò ha portato a un'ultima revisione della disciplina, riferita alla finanza di progetto, con l'intervento del Decreto correttivo al Codice n. 209/2024, che ha determinato un nuovo cambio di direzione, reintroducendo le garanzie di concorrenza e trasparenza che erano state attenuate dalla versione precedente del Codice.

Il presente contributo si propone, quindi, di analizzare le principali problematiche e tensioni derivanti dai diversi assetti normativi del partenariato pubblico privato, con particolare riferimento al p*roject financing*, evidenziando come il principio del risultato e quello della concorrenza possano essere ricondotti a un equilibrio più armonico in linea con i principi costituzionali e con le *best practice* comunitarie.

2. Il partenariato pubblico-privato: cenni.

Il partenariato pubblico-privato (PPP) negli ultimi decenni ha acquisito un ruolo centrale, permettendo alle amministrazioni pubbliche di avvalersi di risorse private per la realizzazione delle infrastrutture di interesse pubblico[1].

Il PPP rappresenta, nello specifico, una forma di collaborazione di lunga durata tra enti pubblici e soggetti privati per la realizzazione e la gestione di iniziative di pubblico interesse[2], il cui finanziamento proviene in misura significativa dal soggetto

[1] T. V. RUSSO, *Il project financing*, in P. PELLEGRINI (diretto da), *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, edizioni scientifiche italiane, 2007.

[2] Cfr. Libro Verde 2004 relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

ISSN 2036-7821

privato sul quale è altresì trasferito il c.d. rischio operativo[3].
Si può immediatamente notare che l'elemento distintivo della figura partenariale rispetto al tradizionale appalto, nonché principale ragione del suo successo[4], risiede, appunto, nel trasferimento in capo al privato degli oneri finanziari dell'operazione (o parte di questi) e del relativo rischio legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi.
Dal punto vista giuridico, il fenomeno partenariale si riferisce ad un complesso di istituti eterogenei caratterizzati da alcuni elementi comuni[5], ossia: la lunga durata del contratto che viene stipulato dalle parti, il ruolo attivo del *partner* privato in tutte le fasi dell'operazione, la copertura (anche parziale) dei fabbisogni finanziari con risorse private e il trasferimento del rischio legato alla realizzazione e gestione dei lavori e dei servizi in capi al privato[6]. Ne conseguenze che il PPP non può essere riferito ad una categoria giuridica unitaria ma può essere qualificato come un'attività amministrativa che nel concreto si articola in una serie di figure contrattuali tipiche ed atipiche[7], che hanno ad oggetto una o più prestazioni caratterizzate dal finanziamento totale o parziale a carico del soggetto privato, con allocazione dei rischi in capo a quest'ultimo[8].
Infatti, seppur in termini generali, l'elemento comune che contraddistingue questa figura giuridica è il ruolo di promotore del progetto assunto dal privato, finanziatore principale dell'operazione e interlocutore di durata della pubblica amministrazione, che da mero destinatario dell'azione amministrativa viene "elevato" a compartecipe di questa, ovverosia vero e proprio *partner* nell'iniziativa promossa[9].
L'operatore economico privato assume un ruolo attivo nella realizzazione dell'opera pubblica e spesso, come nei casi di *project financing* ad iniziativa privata diretta, è anche colui che da impulso all'attività presentando una proposta all'amministrazione pubblica. Quest'ultima pur delegando al privato parte delle attività, mantiene la

[3] Sul PPP e i modelli di privatizzazione cfr. M. P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione* (Spisa-Approfondimenti), 2005; M. P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 09/05/2017; M. P. CHITI, (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003; V. M. SESSA, *Il partenariato pubblico-privato,* in F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2016; M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. MASTRAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, p. 55 ss.;

[4] S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, VI ed., Laterza, 2021.

[5] Dalla lettura degli artt. 174 e 175 del D.lgs. n. 36/2023 si evince che il PPP costituisce una categoria generale al cui interno rientrano la concessione, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità; nonché gli altri contratti che abbiano i contenuti di cui al comma 1 dell'art. 174 che siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela.

[6] Art. 174, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

[7] F. FABI, R. LOIERO, F.S.E. PROFITI, *Il partenariato pubblico privato nell'ordinamento giuridico nazionale, comunitario ed internazionale,* in *Dike giuridica*, 2015.

[8] M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, II ed., Milano, Giuffrè, 1988.

[9] M. P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit.

ISSN 2036-7821

funzione di indirizzo e controllo lungo tutte le fasi, dalla progettazione al finanziamento, dall'esecuzione alla gestione[10].

All'interno dell'ampia categoria di PPP si può distinguere tra partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale e di tipo istituzionale

Nella prima tipologia di partenariato sono ricompresi gli strumenti contrattuali quali la concessione, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità e tutte le operazioni realizzate, anche mediante strumenti giuridici diversi[11], in cooperazione tra pubblica amministrazione e operatori economici privati per la realizzazione di un interesse pubblico.

Il PPP di tipo istituzionale, invece, richiede la creazione di una persona giuridica, per la realizzazione di un interesse comune, che sia partecipata congiuntamente dalla parte pubblica e quella privata, la cui disciplina si rinviene nel T.U. in materia di società a partecipazioni pubblica[12] e nelle altre norme speciali di settore[13]. In questo caso quindi la cooperazione si realizza con la costituzione di un'entità giuridica distinta, cui partecipano entrambi i soggetti[14]; esemplificative in tal senso sono le società miste, ossia società partecipate sia dal soggetto pubblico che dal privato per la realizzazione di un'opera o un servizio di interesse pubblico[15].

Un elemento distintivo del PPP consiste nel fatto che il privato è esposto al rischio operativo, ossia al rischio legato alla gestione dell'opera o dei servizi[16]. Tale rischio comporta che, in condizioni operative normali, non vi sia certezza nel recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti per l'esecuzione del contatto.

Questo modello ha inizialmente riscosso interesse per il suo impatto positivo sui bilanci pubblici, come evidenziato dal documento Eurostat dell'11 febbraio 2004[17] che ha previsto una classificazione delle varie operazioni di partenariato al fine di includerle o meno nel bilancio delle amministrazioni pubbliche. Infatti, un'operazione di partenariato può, se rispetta determinate condizioni relative ai rischi, essere iscritta *off-balance* e quindi non gravare sulle spese erariali, consentendo la contabilizzazione fuori bilancio[18].

La scarsità delle risorse disponibili per le iniziative di pubblico interesse è stata,

---

[10] A. BOTTO, G. FIDONE, *Il ruolo degli investitori istituzionali nel Partenariato Pubblico Privato*, in *Iuris Prudentes*, 2019.

[11] A. BOTTO e S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 203.

[12] D.lgs. n. 175, 19 agosto 2016.

[13] F. CORTESE, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, p. 41.

[14] M. A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in federalismi.it, n. 3, 2012, p. 1 ss.

[15] A. BOTTO e S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, cit.

[16] Art. 177, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.

[17] Decisione Eurostat 11 febbraio 2004 "*Treatment of public-private partnerships*".

[18] M. DEL PACE, *Partenariato Pubblico-Privato e concessioni*, in B. BRUNO, M. MARIANI, E. TOMA (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Commento al D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Giappichelli editore, Torino, 2023.

ISSN 2036-7821

quindi, compensata attraverso modalità alternative di finanziamento che hanno consentito l'afflusso di capitali privati.

Gli strumenti di PPP, dunque, si sono dimostrati funzionali a una maggiore tutela della finanza pubblica, garantendo al contempo una significativa flessibilità nella gestione e nella realizzazione delle opere e dei servizi pubblici[19]. Nell'ultimo ventennio, caratterizzato da forti crisi economiche e finanziarie, il PPP ha rappresentato una soluzione efficace che per soddisfare il fabbisogno infrastrutturale consentendo grazie a tali forme di sussidiarietà orizzontale[20] di ottenere un afflusso di capitali privati[21] che ha sostenuto lo sviluppo di progetti di interesse collettivo[22].

La disciplina del PPP è stata di recente modificata dal Legislatore che, con il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), ha operato una profonda revisione della materia, introducendo diverse novità nel tentativo di superare le criticità emerse in passato[23]. In precedenza, infatti, l'applicazione del PPP non sempre ha portato risultati soddisfacenti, principalmente a causa dell'incertezza legata alla ripartizione dei rischi tra *partner* privato e soggetto pubblico, della scarsa competenza delle amministrazioni aggiudicatrici, della complessità delle procedure e dell'inadeguatezza del quadro normativo[24].

Il nuovo Codice, come modificato dal correttivo, ha introdotto quindi una significativa revisione dell'istituto con l'obiettivo di potenziare e rendere più attraenti gli strumenti di collaborazione e di agevolare un corretto utilizzo degli stessi da parte degli investitori privati e delle pubbliche amministrazioni.

Nello specifico, dal punto di vista sistematico, il PPP è oggi collocato all'interno del Libro IV del Codice (artt. 174-208) rubricato "Del Partenariato Pubblico-Privato e delle concessioni" e la sua disciplina precede quella delle figure contrattuali tipiche, ossia la concessione, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità. Questa diversa sistemazione si giustifica con l'intento di fare chiarezza in materia, a partire dalla definizione di PPP che non viene più qualificato come una tipologia di

[19] Sulla semplificazione delle procedure amministrative cfr. M. A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017; B. MATTARELLA, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, in *Astrid Rassegna*, 2019; A. SANDULLI, *La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione*, in *Gior. dir. amm.*, 1997, p. 989 ss.; M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Bologna, 2022, ed. 5, pp. 152-153; M. A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV, Napoli, 1989, vol. II; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007; L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Bologna, 2010; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950.

[20] Cfr. in tal senso, A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico-privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012.

[21] A. MARCHETTI, *Il project financing quale strumento per la realizzazione e il finanziamento delle infrastrutture portuali: genesi e prospettive di un modello di partenariato pubblico privato in assestamento*, in *Federalismi.it*, 09/01/2016.

[22] I. NICOTRA, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino, 2018, pp. 282-3.

[23] M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustiziainsieme.it*., 21/12/2022.

[24] Cfr. F. MASTROAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli editore, Torino, 2011.

ISSN 2036-7821

contratto contrapposta al contratto di concessione, come poteva trapelare dalla vecchia normativa, ma è definito "un'operazione economica"[25] caratterizzata dagli elementi di cui al comma 1 dell'art. 174, d.lgs. n. 36/2023. Con questa definizione si vuole mettere in luce la complessità del fenomeno, ossia una macrocategoria caratterizzata da atipicità e non esclusività, comprendente tutte le forme di collaborazione tra un soggetto un pubblico e un *partner* privato, e quindi anche quelle non tipizzate dal codice, purché abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela[26].

La nuova disciplina ha voluto inoltre chiarire il rapporto tra concessione e finanza di progetto (uno degli istituti maggiormente caratterizzanti il PPP[27]), intendendo quest'ultima come una modalità di stipula e finanziamento del contratto di concessione e non come figura contrattuale a sé stante[28]. E in effetti in passato già il Consiglio di Stato l'aveva definita come una tecnica di finanziamento di una particolare attività economica che ha la capacità di autofinanziarsi, generando così dei flussi di cassa tali da consentire il rimborso del prestito e la gestione dell'attività medesima[29]; escludendo quindi che possa trattarsi un tipo contrattuale specifico.

La disciplina della finanza di progetto (ora collocata nell'art. 193 d.lgs. n. 36/2023) ha subito diversi rimaneggiamenti nel tempo sino all'attuale disposizione normativa di cui all'art. 193 del Codice, che è stata recentemente modificata con il Decreto correttivo n. 209/2024. A dire il vero, quest'ultimo ha sostituito integralmente la disciplina dell'art. 193 d.lgs. n. 36/2023, ma ancora oggi pone diverse criticità di cui si tratterà nel presente elaborato, e tra queste, in particolare, la questione del trattamento da riservare alle proposte dei privati su iniziativa diretta[30].

Il tema è molto caldo perché oggi lo strumento del partenariato non è più

[25] Art. 174, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

[26] Art. 174, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.

[27] Cfr. G. TAGLIANETTI, *Il partenariato pubblico privato e il rischio operativo. Dalla tradizionale concessione di costruzione e gestione al project financing*, Napoli, 2014.

[28] Cfr. in tal senso G. MISSERINI, voce *"Project financing (lavori pubblici)"*, in *Digesto disc. Pubbl.*, Torino, p. 622 ss.; C. MALINCONICO, *Il project financing*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, IV, *Le tipologie contrattuali*, Milano, 2008, p. 2613.

[29] Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6847.

[30] Sulla finanza di progetto cfr. F. MERUSI, *La finanza di progetto: alcune riflessioni*, in *Studi e note di economia*, 1998, 1, p. 77 ss; F. MERUSI, *Variazioni pubblicistiche sulla finanza di progetto*, in *Riv. trim. app.*, 2001; G. FIDONE, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Roma, 2006; M RICCHI, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, p. 1385 ss.; A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017; F. FRACCHIA, *Finanza di progetto: i profili di diritto amministrativo*, in G. FERRARI, F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche. Problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Milano, 2004, p. 57 ss.; F. CARINGELLA, *Il nuovo volto della finanza di progetto*, in G. CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Torino, 2011, p. 99 ss.; P. GIAMMARIA, *Art. 183 Finanza di progetto*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, II, Roma, 2017, p. 2623 ss.; C. MALINCONICO, *Il project financing*, cit, p. 2613; R. DIPACE, *La finanza di progetto*, in C. FRANCHINI, (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, p. 1029 ss.; M. MARIANI, V. MENALDI (a cura di), *Il project financing nel codice dei contratti. Analisi giuridico-amministrativa, economica-finanziaria e tributaria*, Torino, 2007.

ISSN 2036-7821

strettamente connesso ad una logica contabilistica[31] e quindi all'idea che possa servire solo a colmare la limitatezza delle risorse pubbliche disponibili[32], ma ha assunto un ruolo ulteriore, per cui si prevede che l'utilizzo del PPP, da parte degli operatori economici e delle amministrazioni pubbliche, possa e debba incrementare. La sua importanza è ora riferita, infatti, alla capacità di apportare un'alta qualità nella realizzazione e gestione delle opere pubbliche in virtù del *know-how* che viene fornito dai privati, ragione per la quale diviene fondamentale garantire un trattamento agli operatori economici ispirato alla piena trasparenza e alla parità di trattamento che possa incentivarli a intraprendere operazioni di partenariato a vantaggio non solo della finanza pubblica, ma anche del progresso e dell'innovazione, elementi fondamentali per il benessere della società odierna. Inoltre, è orami comunemente affermato che le attività di interesse pubblico possano rispondere in modo più efficace alle esigenze e agli interessi della collettività quando affidate a soggetti privati, i quali risultano essere maggiormente prossimi ai cittadini[33].

A dimostrazione di questo cambio di prospettiva, si può ricordare che nonostante oggi sia possibile beneficiare delle risorse economiche derivanti dal programma Next Generation EU per realizzare le opere pubbliche, per attuare le missioni del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) il partenariato pubblico-privato è diventato comunque lo strumento principale[34]. Ciò significa che l'istituto non viene più utilizzato per la scarsità dei fondi pubblici, che oggi possono reperirsi dal programma comunitario, ma diviene fondamentale perché rappresenta un'occasione per le pubbliche amministrazioni per ottenere infrastrutture qualitativamente migliori grazie al *know-how* conferito dalle imprese private e di cui i soggetti pubblici sono spesso privi. Il partenariato rappresenta quindi uno strumento strategico per realizzare opere e servizi di particolari complessità[35], come ad esempio la transizione delle infrastrutture digitali della pubblica amministrazione verso un sistema *cloud*, obiettivo previsto da una delle missioni del PNRR[36]. Infatti, quando vengono utilizzate forme di collaborazione con i privati, seppur l'interesse che si persegue sia

---

[31] A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato-pubblico privato nella stagione del PNRR,* in *Dir. Amm.*, fasc. 2, 1° giugno 2022, p. 41.

[32] Cfr. in tal senso M. MATTALIA, *I partenariati pubblici privati per il superamento della crisi economica,* in *lexitalia.it,* n. 2/2013.

[33] A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012, p. 26.

[34] M. A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni*, in *Atti Convegno Spisa*, 29 luglio 2005;

[35] F. MASTROAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, cit.

[36] Cfr. M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astridonline.it*, 2021.

ISSN 2036-7821

un interesse pubblico[37], le logiche con cui questo viene raggiunto sono di stampo privatistico, il che permette di introdurre modelli imprenditoriali nel settore pubblico a garanzia di una maggiore riuscita del progetto[38].
Vi è dunque oggi la piena consapevolezza della reale importanza dell'istituto e proprio per queste ragioni è opportuno intervenire per migliorarne la disciplina al fine di garantirne il massimo utilizzo. Il D.lgs. n. 36/2023 è intervenuto per incentivare gli investitori istituzionali, gli operatori economici privati e le amministrazioni pubbliche a fare ricorso al PPP, ma si tenterà di dimostrare nei successivi paragrafi come il quadro giuridico non risulti ancora del tutto soddisfacente per questo scopo.

3. Il PPP e la finanza di progetto nel d.lgs. n. 50/2016.

Le prime ricostruzioni dei modelli partenariali risalgono al 2004, quando in ambito comunitario la Commissione europea ha definito la natura di questi strumenti, riconducendoli a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e le imprese, per la gestione, costruzione, manutenzione di un'opera o la fornitura di un servizio[39].
La prima nozione di partenariato pubblico-privato arriva in Italia nel 2006, con il d.lgs. n. 163/2006.
Il legislatore ha fornito una definizione di PPP sintetica così da permetterne l'associazione con altre fattispecie contrattuali.
Infatti, al comma 15-ter del d.lgs. n. 163/2006, si affermava che "i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari".
Si confermava, con questa nozione, quanto affermato sopra relativamente all'assenza di un'unica figura negoziale quando si parla di partenariato pubblico-privato.
Il d.lgs. n. 163 del 2006 sostituiva la cd. legge Merloni del 1994, che, dato il contesto in cui era sorta, introduceva una disciplina troppo rigida in materia di appalti, figlia dell'idea di disciplinare i contratti pubblici con l'unico obiettivo di rispondere agli

[37] A fronte della crisi pandemica si assiste alla riemersione dei pubblici poteri che, come conferma l'esperienza del PNRR, diventano protagonisti nella definizione di obiettivi strategici anche attraverso una vera e propria programmazione economica. A differenza però delle esperienze passate, oggi vengono lasciati ampi spazi alla collaborazione con il privato affinché questi proponga soluzioni innovative. Sul punto cfr. F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, il Mulino, 2021.

[38] A. MARCHETTI, *Il project financing quale strumento per la realizzazione e il finanziamento delle infrastrutture portuali: genesi e prospettive di un modello di partenariato pubblico privato in assestamento,* in *Federalismi.it*, 09/01/2016.

[39] Commissione europea, Libro verde del 2004.

ISSN 2036-7821

scandali di tangentopoli[40]. Dunque, il d.lgs. n. 163 del 2006 ha operato un'armonizzazione della disciplina italiana con quella comunitaria, recependo le Direttive europee nn. 17 e 18 del 2004 che richiedevano, da una parte maggiore flessibilità nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici e, d'altra parte, la piena tutela della concorrenza[41].

Successivamente, nel 2014, sono state introdotte, a livello comunitario, tre Direttive[42]sulla scia delle quali è stato elaborato un nuovo Codice dei contratti pubblici[43].

Il Codice del 2016 risultava di gran lunga innovativo poiché ha previsto l'inserimento di una specifica disciplina dedicata all'istituto del Partenariato Pubblico-Privato[44] in aggiunta a quella dedicata alle concessioni, dando così attuazione alla legge delega che sollecitava una razionalizzazione della disciplina sul PPP per incentivarne l'utilizzo[45].

Fino a questa innovazione non esisteva una disciplina organica del PPP, né nel Codice del 2006, né nei documenti comunitari come il Libro Verde o le Direttive del 2014[46]; è stato il legislatore italiano, per la prima volta, a conferire una forma organica

[40] G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 332.

[41] Sul tema del rapporto tra risultato e legalità cfr. A. POLICE E M. IMMORDINO (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004; S. CASSESE, *Cosa vuol dire amministrazione di risultati?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 941 ss., e, in particolare sugli effetti lesivi nei confronti degli operatori economici, D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio di risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *federalismi.it*, 2023; M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 71 ss.

[42] Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione, di appalti pubblici e di procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

[43] Inizialmente il d.lgs. n. 50/2016 non prese ne il nome richiesto dalla legge delega (Codice degli appalti pubblici e delle concessioni), ne quello richiesto dal Consiglio di Stato (Codice dei contratti pubblici), ma venne denominato "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia ì, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture". Solo nel 2017, per opera del D.lgs. n. 58, il testo normativo è stato rubricato "Codice dei contratti pubblici".

[44] Artt. 179-191 d.lgs. n. 50/2016.

[45] Legge 28 gennaio 2016, n. 11 "Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".

[46] A livello comunitario, per partenariato pubblico-privato ("PPP") si intende, più in generale, le diverse forme di cooperazione che possono instaurarsi tra gli enti pubblici ed le imprese finalizzate al finanziamento, alla realizzazione, alla gestione o alla manutenzione di infrastrutture, nonché alla fornitura di servizi. La sua definizione è contenuta nel Regolamento UE n. 549/2013.

ISSN 2036-7821

a questo istituto nella sua interezza[47].

Nel Codice del 2016, quindi, viene fornita una nuova definizione di PPP, che mette in luce gli aspetti economici finanziari dell'istituto.

Nello specifico, l'art. 3, co. 1, lett. eee), stabilisce che per contratto di partenariato pubblico-privato si intende "il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore".

Dalla definizione potrebbe emergere che il PPP costituisca una figura contrattuale unica contrapposta al contratto di concessione[48], ma oggi quest'idea è stata definitivamente superata anche grazie alla nuova definizione fornita dal d.lgs. n. 36/2023[49].

La nozione *del Codice n. 50/2016,* mette in luce gli elementi caratterizzanti questo strumento, in particolare: una durata dell'operazione funzionale all'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate; e il trasferimento del rischio operativo in capo al privato.

Relativamente ai rischi, l'art. 180 specifica che esistono tre tipi di rischi che rientrano nella categoria del cd. rischio operativo[50].

Il primo coincide con quello di costruzione, ossia "il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli *standard* di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera"[51].

Questo tipo di rischio non è sufficiente da solo a qualificare un contratto di partenariato, in quanto lo stesso è tipico anche negli appalti di lavori.

Di conseguenza per poter parlare di operazioni di PPP è necessario che in capo al privato siano trasferiti alternativamente o cumulativamente i seguenti due tipi di rischio.

---

[47] Cfr. sul tema V. SESSA, *Il partenariato pubblico privato,* in F. CARINGELLA – P. MANTINI – M. GIUSTINIANI (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici,* Roma, 2016, p. 457 e ss.; M. CERUTI, Il partenariato pubblico-privato nella riforma del Codice dei contratti pubblici: si tratta di vera rivoluzione copernicana o del solito slogan all'italiana?, in *Riv. trim. appalti*, 2017.

[48] Il legislatore del 2016 inoltre aveva collocato la disciplina partenariale in una parte distinta del Codice rispetto alla concessione (Parte III: contratti di concessione; Parte IV: PPP), così confermando i possibili dubbi a riguardo. Sul punto cfr. S. VALGUZZA E E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus*, 2020, p. 1 ss, in cui si analizza in modo critico la modalità di regolazione del PPP nel Codice 50.

[49] Art. 174, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

[50] Linee guida ANAC n.9, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

[51] Art. 3, comma 1, lett. aaa), d.lgs. n. 50/2016.

ISSN 2036-7821

Il rischio dal lato dell'offerta, che si caratterizza, nelle opere calde[52] e tiepide[53], nel pericolo per il concessionario di non essere in grado di fornire il servizio con la qualità e quantità adeguate alla domanda del mercato.
In presenza di un'opera fredda[54] tale rischio è anche definito di "disponibilità" poiché si riferisce al pericolo per il concessionario di non poter erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per *standard* di qualità previsti"[55]; ne consegue che la corresponsione del canone pattuito con l'operatore è subordinata alla disponibilità nel tempo dell'opera o alla fornitura del servizio da parte del soggetto privato[56].
L'altro rischio, fondamentale per la qualificazione di un contratto come contratto di PPP, è il rischio di domanda, ossia "il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa".
La corretta ripartizione dei rischi nella dinamica del PPP assume un ruolo fondamentale poiché è determinante per la qualifica dell'operazione stessa[57], che in assenza del trasferimento del rischio operativo in capo al soggetto privato dovrà rientrare nella categoria degli appalti.
In aggiunta, diviene fondamentale allocare correttamente i rischi per determinare la sostenibilità economica dell'operazione e la sua conseguente collocazione *off balance-sheet*, ossia al di fuori del bilancio dello Stato, ai fini contabilistici (e dunque con la possibilità di non incidere nell'indebitamento statale).
Ed infatti il presupposto per la corretta allocazione dei rischi è rappresentato dall'equilibrio economico finanziario dell'operazione, ossia la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria[58].
Tale equilibrio deve permanere per tutta la durata del contratto e a tal fine, con l'entrata in vigore del d.lgs. n.50/2016, è stato previsto che l'ANAC adottasse delle linee guida che definissero un sistema di monitoraggio tramite il quale esercitare un controllo sull'attività del soggetto privato, con particolare riferimento alla

[52] Sulla distinzione tra opere calde e opere fredde cfr. F. CARINGELLA, *Il nuovo volto della finanza di progetto*, cit. p. 114; F. VADA, D. DE SANCTIS, *Natura e finalità del project financing. Infrastrutture realizzabili*, in M. MARIANI, V. MENALDI (a cura di), cit., p. 203. Le opere cd. calde includono i progetti capaci di generare un reddito, attraverso i ricavi da utenza, in grado di ripagare i costi di investimento e remunerare il capitale investito.
[53] Le opere cd. tiepide richiedono una componente di contribuzione pubblica in quanto i ricavi da utenza sono insufficienti a garantire la sostenibilità dell'intervento e quindi a generare un ritorno economico adeguato.
[54] Le opere cd. fredde consistono in progetti in cui l'operatore privato fornisce direttamente servizi alla p.a., ma trattandosi di servizi pubblici che non generano un reddito sufficiente, il privato riceve la propria remunerazione esclusivamente o principalmente dall'amministrazione.
[55] Art. 3, comma 1, lett. bbb), d.lgs. n. 50/2016.
[56] Art. 180, comma 4, d.lgs. n. 50/2016.
[57] Art. 180, comma 3, d.lgs. n. 50/2016.
[58] Art. 3, comma 1, lettera fff), d.lgs. n. 50/2016.

ISSN 2036-7821

permanenza in capo a quest'ultimo dei rischi trasferiti[59].
Per raggiungere l'equilibrio economico finanziario è possibile che si renda necessario un contributo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice che può sostanziarsi in un contributo pubblico o nella cessione di un bene immobile. La disposizione[60] in esame stabilisce che il prezzo eventualmente riconosciuto al soggetto privato, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di altri strumenti di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non possa superare il limite del quarantanove percento del costo complessivo dell'investimento, inclusi gli eventuali oneri finanziari.
Delineate le caratteristiche principali del partenariato pubblico-privato, come previsto dal Codice del 2016, si può procedere all'analisi della odierna disciplina della finanza di progetto. Quest'ultima è definita dalle norme come una specifica tipologia di contratto rientrante nella categoria del PPP[61] anche se, come sarà meglio chiarito nel Decreto correttivo[62] al Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023, costituisce, in vero, una modalità di affidamento[63] dei contratti di concessione, e non un contratto contrapposto a questi ultimi.
In dottrina il *project financing* è stato definito come una modalità di finanziamento di un progetto che è in grado di generare, durante la sua fase esecutiva, i flussi di cassa[64] necessari a rimborsare le risorse economiche utilizzate per la sua realizzazione e il capitale di rischio relativo all'operazione[65].
La finanza di progetto è stata introdotta nel nostro ordinamento nel 1998 con la legge Merloni *ter* che ha aggiunto una serie di articoli[66] alla legge n. 109/1994, ossia la legge quadro in materia di lavori pubblici.
L'istituto ha subito diversi rimaneggiamenti nel corso degli anni, passando dalla disciplina prevista dall'art. 153 del d.lgs. n. 163/2006, successivamente modificata con il d.lgs. n. 153/2008, fino al d.lgs. n. 50/2016, che ha semplificato la normativa rispetto al passato. Quest'ultimo intervento normativo ha ridotto le modalità di attivazione della procedura di *project financing* a due, semplificandone le modalità di svolgimento rispetto alla precedente articolazione.
Più nel dettaglio, l'art. 183 del d.lgs. n. 50 del 2016 ha previsto la finanza di progetto ad iniziativa pubblica, per le opere incluse nella programmazione e la finanza di

[59] Art. 181, comma 4, d.lgs. n. 50/2016.
[60] Art. 180, comma 6, d.lgs. n. 50/2016.
[61] Art. 180, comma 8, d.lgs. n. 50/2016.
[62] D.lgs. n. 209/2024.
[63] C. LOMBARDI, *Le linee evolutive della finanza di progetto: le novità del D.lgs. 19 aprile 2016 n. 50 ed i possibili risvolti pratico-giuridici per le pubbliche amministrazioni ed i privati*, in *Giustamm.it*., n. 6/2016.
[64] G.L. PIETRANTONIO, *Il Project Financing tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive*, Milano, Giappichelli, 2018, p. 70.
[65] F. CARINGELLA, *Il nuovo volto della finanza di progetto,* cit., p. 99 ss.
[66] Artt. da 37 *bis* a 37 *nonies* L. n. 109/1994.

ISSN 2036-7821

progetto ad iniziativa privata sia per le opere previste in programmazione che per quelle non contemplate.

Nel primo caso, disciplinato dai commi 1-14, l'amministrazione predispone un progetto di fattibilità da mettere a base di gara che viene redatto dal personale dell'amministrazione stessa in possesso dei requisiti soggettivi necessari a tal fine, in funzione dell'ambito merceologico proprio del progetto o, in assenza di personale qualificato, da soggetti esterni individuati con apposite procedure ad evidenza pubblica[67].

La procedura ha la finalità di affidare la realizzazione di un lavoro pubblico o di pubblica utilità, ivi inclusi quelli relativi alle strutture dedicate alla nautica da diporto, a un soggetto privato che ne sostenga gli oneri finanziari e i relativi rischi operativi[68].

Trattandosi di una modalità alternativa di affidamento di un contratto di concessione, i soggetti ammessi a partecipare sono gli stessi soggetti che possiedono i requisiti per divenire concessionari, con la possibilità anche di associarsi o consorziarsi con altri soggetti e purché non ricorrano le cause di esclusione ex art. 80 d.lgs. n. 36/2023[69].

Le offerte presentate dai concorrenti dovranno essere accompagnate da una serie di documenti a garanzia della serietà e della fattibilità dell'iniziativa[70].

In particolare, queste ultime dovranno contenere "*un progetto definitivo, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato […] nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, e dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto*". Il piano economico-finanziario (PEF), dovrà includere sia il rimborso delle spese sostenute per la predisposizione del progetto di fattibilità, sia l'importo delle spese relative alla predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno[71]. L'importo complessivo di tali spese non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come determinato dal progetto di fattibilità posto a base di gara[72].

Le offerte devono, inoltre, essere corredate da idonee garanzie a conferma dell'impegno dei concorrenti e della loro serietà sia nella fase della gara che in sede d'esecuzione del contratto. In particolare, sono richieste sia la garanzia provvisoria ex art. 93 d.lgs. n. 50/2016, sia, una volta conseguita l'aggiudicazione, quella definitiva ex art. 103 del Codice. Il bando inoltre fissa una cauzione del 2,5 per cento

[67] Art. 183, comma 2, d.lgs. n. 50/2016.
[68] Art. 183, comma 1, d.lgs. n. 50/2016.
[69] Art. 183, comma 8, d.lgs. n. 50/2016.
[70] A. BOTTO., S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 237.
[71] Cfr. in tal senso G.F. CARTEI, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze*, in G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto: temi e prospettive*, Napoli, 2015.
[72] Art. 183, comma 9, d.lgs. n. 50/2016.

ISSN 2036-7821

del valore dell'investimento, desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara e, in relazione alla fase esecutiva, l'aggiudicatario dovrà prestare una garanzia, sempre sotto forma di cauzione, a copertura delle penali previste per il mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali legati alla gestione dell'opera; quest'ultima cauzione dovrà essere pari 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio e dovrà essere prestata con le modalità di cui all'articolo 103[73].

La norma prevede che le offerte siano valutate in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV), secondo il miglior rapporto qualità/prezzo[74], tenendo conto anche degli aspetti relativi alla qualità del progetto definitivo presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione[75].

L'amministrazione valuta le offerte ai sensi del comma 10 e conclude la procedura con la redazione di una graduatoria e con l'attribuzione della nomina di promotore in capo a chi ha presentato l'offerta migliore. Quest'ultimo dovrà sottoporre poi il proprio progetto al vaglio finale dell'amministrazione, apportando le modifiche progettuali necessarie per l'approva zione dello stesso.

Se il promotore apporta correttamente le modifiche o queste non si rendono necessarie, si procede alla stipula della concessione, ma se il promotore non accetterà di modificare il progetto, l'ente concedente potrà richiedere in via progressiva ai concorrenti successivi della graduatoria l'accettazione delle modifiche.

La stipula del contratto di concessione può avvenire quindi in via diretta, se il progetto non necessita modifiche progettuali oppure, se le modifiche si rendono necessarie, solo a seguito della conclusione positiva della procedura di approvazione del progetto definitivo e delle sue modifiche da parte del promotore (o di altro concorrente individuato nella graduatoria per scorrimento).

La disciplina ha come scopo l'incentivazione dell'innovazione per cui è importante che venga premiata in qualche modo l'iniziativa del promotore che ha presentato per primo il progetto qualora quest'ultimo sia impossibilitato ad apportare le modifiche necessarie alla sua approvazione e dunque aggiudicazione. Il legislatore ha previsto dunque in questa ipotesi che l'aggiudicatario della concessione corrisponda al promotore il pagamento di una somma a titolo di rimborso delle spese sostenute per la predisposizione della proposta[76]. In particolare, il rimborso ricomprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione del progetto di fattibilità posto a base di gara e l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo dei diritti sulle opere dell'ingegno (come previsto dall'art. 2578 c.c.), il cui ammontare complessivo non può superare il 2,5 per cento del valore

[73] Art. 183, comma 13, d.lgs. n. 50/2016.
[74] Art. 183, comma 4, d.lgs. n. 50/2016.
[75] Art. 183, comma 5, d.lgs. n. 50/2016.
[76] Art. 183, comma 12, d.lgs. n. 50/2016.

ISSN 2036-7821

dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara[77].
La seconda modalità di attivazione della finanza di progetto è quella ad iniziativa privata.
Si tratta dei casi in cui l'operatore economico privato elabora una proposta, relativa alla realizzazione di un lavoro o un servizio da realizzare in concessione, in via diretta oppure basandosi sulle esigenze presenti negli strumenti di programmazione approvati dalla amministrazione aggiudicatrice[78].
La procedura viene definita di "doppia gara" poiché è articolata in due fasi "*distinte ma strettamente connesse*"[79] tra di loro: la prima consiste nella scelta del promotore sulla base del progetto di fattibilità presentato, se riscontrato l'interesse pubblico della proposta; la seconda è connessa alla fase selettiva ad evidenza pubblica indetta in base al progetto prescelto.
È pacifico in giurisprudenza che si tratti di due fasi tra di loro interdipendenti poiché lo scopo ultimo di aggiudicare la concessione è strettamente connesso alla fase prodromica di individuazione del promotore[80]. Ne consegue che il promotore, una volta nominato, avrebbe l'obbligo di partecipare alla gara indetta per l'aggiudicazione del suo progetto, "*a giustificazione della serietà ed effettività della propria proposta*"[81], la cui realizzazione al contrario risulterebbe frustrata laddove nessun'altra impresa dovesse prendere parte alla procedura competitiva.
Prima di approfondire le singole fasi, è opportuno evidenziare alcuni aspetti generali relativi alla procedura ad iniziativa privata nel suo insieme[82]. Prima di tutto è d'uopo sottolineare che, a differenza della procedura ad iniziativa pubblica, quella ad iniziativa privata diretta può riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di PPP[83] e quindi ad esempio la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità[84].
Relativamente ai requisiti di partecipazione rimangono fermi quelli previsti per la procedura ad iniziativa pubblica[85], ma è anche previsto che le proposte potranno essere presentate sia da soggetti in possesso dei requisiti previsti dalla legge che per

[77] Art. 183, comma 9, terzo periodo, d.lgs. n. 50/2016.
[78] Questa seconda opzione è stata introdotta con il D.L. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni, convertito con modificazioni dalla Legge 120/2020) a seguito della consapevolezza della limitata e residuale possibilità di individuare opere che non rientrassero negli strumenti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici.
[79] Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2018 n. 5642.
[80] *Ex multis,* Cons. Stato, Sez. V, n. 5184 del 26 maggio 2023; Cons. Stato, Sez. V, n. 1005 del 10 febbraio 2020; Tar Milano, Sez. IV, n. 619 del 28 marzo 2019; Tar Venezia, Sez. I, n. 855 del 7 agosto 2018.
[81] Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2018 n. 5642.
[82] Art. 183, comma 15 e ss., d.lgs. n. 50/2016.
[83] Cfr. in tal senso C. LOMBARDI, *Le linee evolutive della finanza di progetto: le novità del D.lgs. 19 aprile 2016 n. 50 ed i possibili risvolti pratico-giuridici per le pubbliche amministrazioni ed i privati*, cit.; M. MARIANI, V. MENALDI (a cura di), *Il project financing nel codice dei contratti. Analisi giuridico-amministrativa, economica-finanziaria e tributaria,* cit.
[84] Art. 183, comma 16, d.lgs. n. 50/2016.
[85] Art. 183, comma 8, d.lgs. n. 50/2016.

ISSN 2036-7821

ottenere maggiore capitale si associno o consorzino con enti finanziatori, sia il contrario; ossia l'ipotesi in cui un investitore istituzionale, come un istituto di credito, pur essendo privo dei requisiti previsti dalla legge, possa presentare una proposta di *project financing* associandosi o consorziandosi con soggetti in possesso di tali requisiti[86].

Viene attribuito un ruolo rilevante agli enti finanziatori e agli investitori istituzionali, nell'ottica di agevolare la presentazione delle proposte da parte degli operatori economici che non posseggano disponibilità finanziare sufficienti per sostenere le proposte presentate, si pensi ad esempio alle difficoltà che possono riscontrare le PMI nel raggiungere i requisiti richiesti dai bandi.

Per assicurare maggiore flessibilità la norma legittima chi presenta le proposte a recedere dalla composizione dei proponenti in ogni fase della procedura fino alla pubblicazione del bando di gara, salvo che il recesso non faccia venir meno la presenza dei requisiti di qualificazione. Inoltre, viene specificato che, se per assenza di requisiti viene escluso uno sei soggetti associati, la validità della proposta non viene inficiata, a condizione che i restanti componenti rimangano in possesso dei requisiti di qualificazione necessari.

Tornando alla procedura in senso stretto, il comma 15 descrive come si svolgono le due fasi di cui si è accennato.

Il primo passo consiste nella presentazione di una proposta da parte del privato che abbia gli stessi contenuti descritti al comma 9 primo periodo.

Il PEF deve comprendere l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del Codice civile.

La proposta è corredata da una serie di integrazioni documentali, in particolare le autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti prescritti dal comma 17, e l'impegno a prestare le cauzioni necessarie come previsto dal quinto periodo del comma 15.

L'amministrazione dovrà valutare entro novanta giorni (termine perentorio) la fattibilità della proposta, con la possibilità di invitare il proponente ad apportare le modifiche necessarie per la sua approvazione, e qualora tali modifiche non siano eseguite, la proposta non potrà essere valutata positivamente. Dopo tale passaggio, il progetto di fattibilità viene inserito negli strumenti di programmazione (salvo non sia già presente in questi) ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti. In questa sede possono essere richieste ulteriori modifiche al proponente e se questi non le apporta, il progetto non potrà ritenersi approvato.

Si conclude così la prima fase della procedura, ossia la fase di valutazione della proposta con nomina del promotore per il soggetto titolare del progetto approvato.

[86] Art. 183, comma 17 e 17 *bis*, d.lgs. n. 50/2016.

ISSN 2036-7821

Il Codice non si sofferma sulle modalità con cui questa scelta debba essere effettuata, non offrendo all'amministrazione aggiudicatrice alcun criterio che la guidi nella valutazione della proposta formulata, salva la costante necessità di perseguire l'interesse pubblico.
Su tale questione, come verrà illustrato nei paragrafi seguenti, la giurisprudenza si è espressa a lungo, mantenendo, salvo alcune aperture, una posizione prevalentemente consolidata nel ritenere che le valutazioni dell'amministrazione siano caratterizzate da un'elevata discrezionalità. Tale caratteristica ne determinerebbe l'insindacabilità, trattandosi di scelte di merito e dunque, la valutazione effettuata dell'ente concedente potrebbe essere oggetto di censura solo nei casi di manifesta illogicità, contraddittorietà o erroneità dei presupposti di fatto della stessa. Il tema è particolarmente rilevante poiché in questo segmento procedimentale viene attribuito all'operatore economico, che diviene promotore, un diritto di prelazione, ossia una posizione di vantaggio competitivo nella seconda fase caratterizzata dalla gara ad evidenza pubblica basata sul progetto approvato.
Rinviando alla sede opportuna l'analisi del tema, il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale viene invitato il promotore.
Nel bando, l'amministrazione aggiudicatrice ha facoltà di richiedere ai partecipanti, incluso il proponente, la presentazione di eventuali modifiche al progetto e i concorrenti, incluso il promotore, dovranno essere in possesso dei requisiti previsti per i concessionari[87] e presentare un'offerta con gli stessi contenuti dell'offerta presentata nei casi di finanza di progetto ad iniziativa pubblica[88].
Nel bando deve essere specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione.
Infatti, se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario della concessione, se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. In tal caso l'originario aggiudicatario avrà diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti del 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara.
Se, invece, il promotore non risulta aggiudicatario e neanche esercita la prelazione, avrà diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti sopra indicati.
Infine, l'art. 184 ha stabilito che l'aggiudicatario di una concessione ha la facoltà, anche nei casi di finanza di progetto, di costituire una società di progetto che

[87] Art. 183, comma 8, d.lgs. n. 50/2016.
[88] Art. 183, comma 15, 12° periodo d.lgs. n. 50/2016.

ISSN 2036-7821

sostituisca l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'ente concedente, al fine di garantire la riuscita dell'operazione[89].
La finalità della disposizione, come si illustrerà successivamente, è di tutelare il capitale destinato alla realizzazione del progetto dalle eventuali vicissitudini personali dell'aggiudicatario[90]. Considerata l'importanza di questa misura protettiva, comunemente definita "*ring fence*", il legislatore con la riforma del Codice nel 2023, ha previsto che, in determinate circostanze, la costituzione di tale società divenga obbligatoria.

4. Le novità del d.lgs n. 36/2023 in materia di project financing.

Il passaggio dal d.lgs. n. 50/2016 al nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023, è stato motivato dall'esigenza di semplificare le procedure[91], in linea sia con le Direttive europee del 2014 sia con le previsioni del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).
Tale transizione, pur meritevole di un'analisi approfondita che esula da questa sede, può essere delineata sinteticamente evidenziando come l'obiettivo di semplificazione[92] abbia investito anche il settore del partenariato pubblico-privato, oggetto di significative criticità.
Tra queste spiccano l'inadeguata preparazione tecnica della pubblica amministrazione[93], spesso responsabile di progetti insufficienti o di contratti squilibrati con i concessionari; le difficoltà nella corretta allocazione dei rischi[94], che hanno portato a tassi di remunerazione del capitale di rischio sproporzionati rispetto ai rischi effettivamente sostenuti dai privati[95]; le carenze nella capacità di monitoraggio delle operazioni da parte della p.a.; nonché i tempi, frequentemente

[89] Sulla società di progetto cfr. E. FERRERO, *Affidamento di concessioni e società di progetto*, in *Urbanistica e appalti*, 2020,2, p.157; M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, cit.; C. GUCCIONE, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2013; G. SABBATO, *La società di progetto – Le società per la gestione dei servizi pubblici locali – Analisi del project nei vari settori*, in *giustizia-amministrativa.it*; 2008, 2; G. FRACCASTORO, in S. BACCARINI, G.CHINÉ, G. PROIETTI (diretto da), *Commentario al codice degli appalti pubblici*, II ed, Milano, 2015.

[90] Cfr. T.V. RUSSO, *Il project financing,* cit., p. 124 ss.

[91] M. A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, cit.

[92] *Confronto vecchio e nuovo codice appalti: la tabella di raffronto articolo per articolo*, in *biblus.acca.it*, 08/11/2023.

[93] V. SESSA, *Il Partenariato Pubblico Privato*, in *Giustamm.it*, 7, 2016.

[94] Le statistiche ISTAT rivelano che nel 2022 l'87% dei contratti di PPP nazionali sono stati classificati *on-balance* a causa del mancato trasferimento del rischio in capo ai soggetti privati. Cfr. sul punto G. MANFREDI, *Note su finanza di progetto, concessioni, partenariato*, in Urb. App., n. 4, 1° luglio 2024, p. 457.

[95] La Corte dei Conti europea nella relazione n. 09/2018 sui PPP, ha messo in luce che spesso i PPP non sono stati impiegati correttamente dalle amministrazioni degli Stati membri. D'altronde il quadro istituzionale e la normativa dei diversi paesi non sono stati ritenuti adatti ai progetti di PPP sostenuti dall'UE, per cui si sono registrati notevoli ritardi nello svolgimento delle procedure ed errori nella ripartizione dei rischi, al punto che la Corte ha affermato che gli Stati membri non dovrebbero promuovere un ricorso ai PPP fintanto che le problematiche individuate non siano risolte.

ISSN 2036-7821

dilatati, per l'avvio e la conclusione delle fasi operative dei progetti[96].
Il d.lgs. n. 36 del 2023, pertanto, è stato adottato con lo scopo di incentivare e potenziare gli strumenti di collaborazione fra privati e pubblica amministrazione. Il legislatore del 2023, consapevole del fatto che tali istituti contribuiscono al miglioramento dell'attività amministrativa in termini di efficacia e di qualità, è intervenuto con una serie di disposizioni volte a superare le problematiche sin qui emerse, ridefinendo la disciplina del partenariato pubblico-privato.
Analizzando le norme nel dettaglio, è bene partire proprio dall'art. 174 che fornisce la nuova nozione di partenariato pubblico-privato. Il PPP costituisce, come già affermato, *un'operazione economica*[97] caratterizzata da un rapporto di lungo periodo tra l'ente pubblico e l'operatore economico privato. Questo strumento consente di realizzare opere pubbliche senza oneri per la pubblica amministrazione poiché l'operazione di finanziamento ricadente in capo al privato consiste in un'attività economica in grado di assicurare una fonte di utili e consentire il rimborso del prestito tramite i flussi di cassa previsti dalla gestione dell'attività stessa, trattandosi, pertanto, di un'attività capace di autofinanziarsi[98].
Con questa definizione, il legislatore ha inteso evidenziare che le forme di partenariato non vanno più definite in senso negativo, ossia come tutto ciò che non rientra nella categoria dell'appalto, ma in positivo, come modalità di collaborazione tra il privato e l'amministrazione pubblica, caratterizzate da specifici elementi distintivi, delineati nel primo comma dell'articolo 174. Si tratta, in particolare, del rapporto di lunga durata tra soggetto pubblico e *partner* privato, la copertura dei fabbisogni finanziari ricadente in capo al privato, la ripartizione dei compiti tra p.a. e operatore economico, che prevede che quest'ultimo assuma un ruolo centrale nell'attività e infine il trasferimento del rischio operativo in capo al privato.
La norma in oggetto conferma la distinzione tra partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale e di tipo istituzionale.
Il primo include la concessione, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità, oltre agli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati, purché conformi ai requisiti indicati nel comma 1 e finalizzati al perseguimento di interessi meritevoli di tutela.
Il PPP di tipo istituzionale invece richiede la creazione di un ente che sia partecipato congiuntamente dalla parte pubblica e quella privata, la cui disciplina si rinviene nel T.U. in materia di società a partecipazioni pubblica[99] e dalle altre norme speciali di settore.

[96] A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, Torino, 2017.
[97] Art. 174, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.
[98] Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6847.
[99] D.lgs. n. 175, 19 agosto 2016.

ISSN 2036-7821

Le principali novità di interesse che meritano di essere esaminate sono quelle finalizzate a promuovere e incentivare l'istituto.

A tal fine è stato introdotto il primo comma dell'art. 175 in cui è espressamente prescritto che le pubbliche amministrazioni adottino il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato. L'ottica è quella di stimolare la presentazione delle proposte da parte dei privati, che potranno conoscere i bisogni dei diversi enti prima ancora di presentare una proposta. Questa novità si concilia perfettamente con l'eliminazione della finanza di progetto ad iniziativa pubblica, ossia con il sistema della c.d. "gara unica" che prevedeva la pubblicazione di un bando per indire una gara, senza diritto di prelazione per il promotore, avente ad oggetto un progetto di fattibilità predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice. Si tratta di un'ipotesi espunta dal codice poiché risultava di fatto una duplicazione della concessione in cui l'azione del privato era circoscritta entro precisi limiti.

La sua eliminazione ha reso d'altra parte necessario prevedere che in sede di programmazione la pubblica amministrazione, se possibile, indichi quali esigenze possono essere realizzate con le forme partenariali, così da stimolare comunque l'utilizzo dell'istituto ormai relegato ai solo casi di finanza di progetto ad iniziativa privata diretta.

Di grande novità è la verifica preliminare di convenienza e fattibilità rafforzata[100]. Mentre nel precedente codice la disciplina[101] richiedeva all'amministrazione di svolgere una verifica preliminare in termini di idoneità del progetto ad essere realizzato con lo strumento partenariale in luogo del tradizionale appalto[102], analizzando i diversi rischi dell'operazione, la sua sostenibilità economico-finanziaria ed economico-sociale, ora per determinate operazioni è prevista una valutazione preliminare rafforzata che coinvolge altri soggetti istituzionali. Si fa riferimento a quelle operazioni di maggiore impatto economico (ossia operazioni di interesse statale oppure operazioni di partenariato finanziate con contributi a carico dello stato) per cui se l'ammontare dei lavori o servizi è di importo pari o superiore a 250 milioni di euro si rende necessario un parere preventivo reso dal CIPESS, il quale si pronuncerà sentito prima il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS), entro 45 gg dalla richiesta; e per le operazioni il cui ammontare è pari o inferiore a 250 milioni di euro e pari o superiore a 50 milioni di euro si rende necessario un parere preventivo, non vincolante, del DIPE della Presidenza del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale

[100] Art. 175, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.

[101] Art. 181, comma 3, d.lgs. n. 50/2016.

[102] Cfr. G. TAGLIANETTI, *Il partenariato pubblico privato e il rischio operativo. Dalla tradizionale concessione di costruzione e gestione al project financing*, Napoli, 2014.

ISSN 2036-7821

dello Stato. La finalità consiste nel garantire un'efficiente collaborazione istituzionale nella realizzazione di opere pubbliche con l'obiettivo di coinvolgere e sfruttare tutte le migliori competenze esistenti nell'ordinamento.
La norma poi stabilisce che l'ente concedente, previa consultazione dell'operatore economico, nomini un responsabile unico del progetto di partenariato, selezionato tra soggetti con competenze tecniche adeguate. Questo avrà il compito di coordinare e monitorare l'esecuzione del contratto, sia sotto il profilo tecnico che contabile, assicurando il costante rispetto dei livelli di qualità e quantità delle prestazioni previste.
La disposizione trova giustificazione nella necessità di garantire un monitoraggio specifico, sia qualitativo che quantitativo, su ciascuna fase di esecuzione del contratto di partenariato pubblico-privato, affidato a un soggetto terzo con adeguate competenze tecniche, così da garantire un intervento tempestivo che possa eliminare le eventuali inefficienze riscontrate nell'esecuzione del contratto di partenariato pubblico-privato[103].
Con il comma 7 dell'art. 175, sempre in tema di controllo, è stata prevista l'introduzione di un sistema di monitoraggio rafforzato che vede protagonisti altri soggetti istituzionali, ossia il Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) e il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato del Ministero dell'economia[104]. Questi esercitano il monitoraggio sulla corretta esecuzione dell'operazione tramite l'accesso al portale sul monitoraggio dei contratti di partenariato istituito presso la Ragioneria Generale dello Stato. Si tratta di un sistema di controllo accentrato che consente di verificare eventuali situazioni tali da richiedere delle modifiche dei contratti di PPP per riequilibrarne le prestazioni o delle riclassificazioni a *deficit* delle operazioni. L'obiettivo che si persegue con tale disposizione è "di avere, oltre il controllo già svolto dal responsabile unico sul singolo progetto, anche un controllo costante e accentrato su tutte le operazioni di partenariato pubblico-privato, da parte di un organismo già dotato di competenza e formazione specifica in materia"[105].
Infine, con l'obiettivo di fornire un ulteriore strumento a sostegno di un utilizzo più efficiente del partenariato pubblico-privato, considerato che una delle principali criticità riscontrate riguarda l'individuazione di adeguate modalità di finanziamento, il comma ottavo prevede che il Ministero dell'Economia e delle Finanze, tramite il portale dedicato al monitoraggio dei contratti di PPP, pubblichi e aggiorni periodicamente le migliori prassi in materia di forme e caratteristiche tecniche di finanziamento per il partenariato pubblico-privato più diffusi sul mercato.

[103] Relazione illustrativa allo schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici, predisposto dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, istituita per la formulazione del progetto del Nuovo Codice.
[104] Art. 175, comma 7, D.lgs. n. 36/2023.
[105] Relazione illustrativa allo schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici, cit.

ISSN 2036-7821

Una significativa innovazione introdotta dall'art. 177, comma 7, riguarda l'eliminazione del limite del quarantanove per cento al contributo pubblico conferito dalla pubblica amministrazione. In passato, tale soglia era determinante per qualificare un'operazione come partenariato pubblico-privato; oggi, invece, la sua rilevanza si limita esclusivamente agli aspetti della contabilità pubblica. Pertanto, il superamento di tale limite impedisce solo la contabilizzazione dell'operazione di PPP al di fuori del bilancio, conformemente a quanto stabilito dalle decisioni Eurostat.

Passando ora alla disciplina della finanza di progetto, le disposizioni di riferimento sono gli artt. 193,194,195 del D.lgs. n. 36/2023 situati all'interno della Parte II relativa ai contratti di concessione, proprio perché il *project* consiste in una modalità di finanziamento delle concessioni.

La procedura ad iniziativa privata prevista nel nuovo d.lgs. n. 36/2023 è stata descritta dal legislatore nell'art. 193 prevedendo che un operatore privato di propria sponte potesse presentare una proposta ad un'amministrazione pubblica, la quale, ritenendo il progetto di pubblico interesse e fattibile dal punto di vista tecnico ed economico, doveva inserire lo stesso in programmazione e alla base della successiva gara.

Nella gara avrebbero partecipato il promotore, ossia l'operatore titolare del progetto selezionato, e gli altri eventuali operatori concorrenti. Al fine di premiare lo sforzo non solo economico del promotore, quest'ultimo in fase di gara beneficiava di un diritto di prelazione sugli altri concorrenti, per cui nell'ipotesi in cui non fosse risultato aggiudicatario della commessa, previo pagamento di un corrispettivo a titolo di rimborso nei confronti dell'aggiudicatario, avrebbe potuto esercitare tale diritto ed ottenere la commessa, purché si si fosse obbligato ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario.

La norma però oggi è stata interamente sostituita ad opera del Decreto correttivo[106], ma è bene analizzare le criticità che emergono dalla prima formulazione dell'art. 193 anche per cogliere meglio le riflessioni sulla nuova impostazione.

Parlando dell'art 193 del nuovo Codice dei contratti pubblici, nella sua versione originale, sono diverse le novità introdotte rispetto al d.lgs. n. 50/2016 e che meritano di essere prese in considerazione prima di passare ad analizzare gli aspetti critici della disciplina.

Innanzi tutto, è stata eliminata la finanza di progetto ad iniziativa pubblica, poiché, come appena affermato, è stata ritenuta di fatto una duplicazione della procedura di affidamento in concessione di un lavoro o un servizio, per cui sono stati soppressi i primi 14 commi dell'art. 183 d.lgs. n. 50/2016. È stata inoltre eliminata la precisazione per cui gli operatori possono presentare proposte che sono già previste nella programmazione triennale delle amministrazioni e a fronte di ciò, come già detto,

[106] D.lgs. n. 209/2024.

ISSN 2036-7821

nell'art. 175 è stata inserita la previsione per cui le amministrazioni devono indicare nella programmazione le esigenze idonee ad essere soddisfatte tramite forme di PPP. Inoltre, sono stati eliminati tutti i riferimenti alla nautica di diporto.

È opportuno poi richiamare l'incentivo che viene dato agli investitori istituzionali per presentare proposte di *project financing*. Già per effetto del decreto c.d. Sblocca Cantieri[107] era stato previsto che questi ultimi potessero presentare le proposte di cui al primo periodo anche se privi dei requisiti richiesti dal bando, associandosi o consorziandosi con operatori in possesso di tali requisiti.

Si tratta di soggetti che operano per la gestione di capitali (come fondi pensioni, imprese assicuratrici, fondi di *equity)* e che quindi hanno la possibilità di investire un ingente capitale di rischio in questo settore in aiuto al singolo operatore economico, consentendo la valorizzazione della componente finanziaria e gestionale delle operazioni di *project financing*[108].

Il nuovo articolo 193 introduce importanti novità a riguardo, specificando al primo comma che gli investitori istituzionali hanno due possibilità: la prima consiste nel potersi avvalere, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti per soddisfare, in sede di gara, la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale; la seconda permette di subappaltare, anche integralmente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione, qualora il concessionario ne sia privo, a imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, purché il nominativo del subappaltatore sia comunicato all'ente concedente entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.

La disciplina mira ad ampliare il numero di potenziali investitori nelle opere pubbliche garantendo allo stesso tempo che i lavori siano eseguiti da soggetti qualificati. Questo sistema assicura maggiore flessibilità nella scelta del contraente e una più ampia collaborazione tra il settore finanziario e le imprese che operano nel settore delle infrastrutture pubbliche, con l'obiettivo di favorire investimenti a lungo termine in questo campo.

Il secondo comma prevede che nella fase di valutazione della fattibilità della proposta le modifiche richieste all'operatore dall'ente concedente possono essere rimodulate sulla base di soluzioni alternative suggerite dal promotore stesso.

Tra le altre novità, si annovera l'obbligo per gli enti concedenti di concludere la fase di valutazione delle proposte con un provvedimento espresso, a tutela degli operatori economici. La disciplina previgente non prevedeva la conclusione del procedimento con un atto formale, rendendo più ardua la tutela giurisdizionale in assenza di un parametro chiaro, ossia la motivazione del provvedimento, su cui il giudice potesse fondare la valutazione della legittimità dell'azione della pubblica

[107] D.l. n. 32/2019 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 55/2019.

[108] A. BOTTO E S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, cit., p. 240.

ISSN 2036-7821

amministrazione. Inoltre, tale previsione, se letta congiuntamente al secondo comma in cui si afferma che l'ente concedente valuta la proposta entro 90 giorni, ha la finalità di stimolare una riduzione dei tempi da parte della P.A. nella conclusione della fase precedente alla gara[109].

Il progetto di fattibilità, una volta approvato, è posto a base della gara per l'affidamento della concessione e il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV).

Il legislatore ha optato per mantenere il diritto di prelazione già previsto nel precedente Codice, nonostante il Consiglio di Stato nello Schema definitivo di Codice avesse proposto l'introduzione si un sistema premiale. Sul punto si tornerà nei successivi paragrafi.

Una semplificazione rilevante è avvenuta sul piano delle garanzie, prevedendo che le offerte debbano essere corredate dalle garanzie di cui agli artt. 106 e 117 e che con le stesse modalità deve essere prestata garanzia anche a copertura delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi relativi alla gestione dell'opera. È stata rimossa inoltre la cauzione in misura pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento, da prestare insieme alla garanzia provvisoria, a titolo di cauzione.

Una volta prese in esame le offerte, l'ente concedente redige una graduatoria. Nella fase di valutazione delle stesse, in relazione alla specifica tipologia di lavoro o servizio, è previsto che l'ente attribuisca particolare rilievo alla quota di investimenti destinata al progetto in termini di ricerca, sviluppo e innovazione tecnologica; la disposizione vuole incentivare il progresso e l'innovazione, elementi caratterizzanti il *project financing*.

In virtù del nuovo art. 175 è previsto inoltre che l'ente concedente possa "sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare i progetti inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato, di cui all'articolo 175, comma 1[…]"[110].

Un'ulteriore novità riguarda l'obbligo per l'aggiudicatario del servizio di costituire una società di scopo qualora l'affidamento superi una determinata soglia comunitaria[111]. Questa previsione nel vecchio Codice era facoltativa e il legislatore, consapevole dell'importanza di proteggere il capitale riservato all'operazione di PPP, ne ha previsto l'obbligatorietà. Più precisamente lo scopo è di preservare il patrimonio destinato all'operazione, evitando che eventuali situazioni debitorie del concessionario si riflettano negativamente sull'esecuzione della prestazione. Infatti,

[109] G. FORTUNATO, *Partenariato pubblico privato e contratti di concessione,* in S. DOTA E A. DI BARI (a cura di) *Le principali novità del nuovo codice dei contratti (decreto legislativo n. 36/2023),* quaderno operativo, 06/2023.

[110] Art. 193, comma 9, d.lgs. n. 36/2023.

[111] Art. 194, D.lgs. n. 36/2023.

ISSN 2036-7821

nel caso di fallimento del promotore la società potrà continuare ad esistere e, al contrario, nel caso del fallimento del progetto, i beni del promotore saranno pienamente tutelati[112].
Quelli ora descritti sono aspetti innovativi della disciplina che hanno in comune la finalità di rendere lo strumento partenariale più appetibile per i diversi investitori, così da incrementarne l'utilizzo, e più funzionale alla qualità delle prestazioni richieste dalla parte pubblica.
L'ottica intorno alla quale si sviluppa la disciplina è quella del raggiungimento del principio di risultato, che è, come afferma il quarto comma dell'art. 1 del Codice, "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale"[113]. A tal fine, da una parte è stata prevista una semplificazione delle procedure e dall'altra un irrigidimento volto a coinvolgere altri soggetti così da garantire un risultato ottimale sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo.
La nuova impostazione ha sollevato però diverse criticità che meritano di essere segnalate poiché la necessità di garantire il principio del risultato[114] mette a rischio la tutela di altri principi quali la concorrenza, la trasparenza, l'imparzialità, la pubblicità, la non discriminazione e la proporzionalità.

4.1. Criticità relative alla procedura di affidamento ex art. 193, D.lgs n. 36/2023.

La funzione del diritto di prelazione è di fondamentale importanza perché evita che il promotore veda vanificata l'attività svolta per la presentazione della proposta, ponendolo in una "*posizione di vantaggio certa e non meramente eventuale*"[115] . Si tratta quindi di un vantaggio economico notevole[116] che permette al promotore di ottenere la commessa anche quando non risulta aggiudicatario o di avere, nel caso in cui la prelazione non sia esercitata, diritto al pagamento a carico dell'aggiudicatario dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno[117]. La funzione è di offrire una seconda *chance* all'operatore economico che si è assunto il rischio e i costi dello sviluppo di un progetto facendosi carico delle diverse fasi in termini di studi tecnici, analisi e

[112] F. MUZZATI, *Il Project Financing: una peculiare forma di collaborazione pubblico-privato*, in *Diritto.it*, 21/02/2022.
[113] M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, p. 77 ss.
[114] In tema di legittimità degli atti e principio di risultato cfr. R. FERRARA, nella *Introduzione al diritto amministrativo*, 2002; F. CINTIOLI, *Il principio di risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; A. POLICE e M. IMMORDINO (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit.
[115] Cons. Stato, Ad. Plen. 18 gennaio 2012, n. 1.
[116] Il meccanismo della prelazione è stato oggetto di ampi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali ed oggi si ritiene che assuma un ruolo fondamentale in quanto costituisce il perfetto equilibrio tra la necessità di incentivare la massima partecipazione dei privati nelle procedure di *project financing* fin dalla fase della proposta inziale, riconoscendo un vantaggio competitivo al promotore, e la necessità che i principi di concorrenza e parità di trattamento vengano rispettati; sul punto Cons. Stato Sez. V, 24 ottobre 2023, n. 9210.
[117] Art. 193, comma 8, d.lgs. n. 36/2023.

ISSN 2036-7821

progettazione. Pertanto, per compensare il promotore di questo impegno si attribuisce in capo a quest'ultimo una prelazione (rispetto ai proponenti successivi), in assenza della quale pochi si avventurerebbero nella dispendiosa attività di predisposizione di proposte articolate senza garanzia alcuna di poterle realizzare.

L'istituto della prelazione ha suscitato perplessità in dottrina[118], sollevando dubbi circa la sua compatibilità con il principio della concorrenza. Si teme, infatti, che il principio sia rispettato solo sul piano formale poiché nella sostanza sarebbe compromesso dalla possibilità che, pur in presenza di una pluralità di concorrenti per l'aggiudicazione della concessione, il promotore titolare del diritto di prelazione possa comunque ottenere l'opera, anche qualora non si sia distinto come vincitore sul piano competitivo.

A tal riguardo nello schema del nuovo Codice predisposto dal C.d.S.[119] era stata avanzata la proposta di prevedere un punteggio premiale che al contrario potesse incentivare la concorrenza spingendo le imprese a presentare offerte che potessero superare il punteggio attribuito al promotore e facendo così dipendere l'esito della gara da soli criteri oggettivi. In presenza della prelazione invece, seppur la scelta dell'aggiudicatario dipende dalla valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la possibilità ultima di ottenere la commessa è rimessa in capo al promotore che può discrezionalmente decidere se esercitare o meno il vantaggio competitivo attribuitogli.

Inoltre, la circostanza per cui vi è un soggetto detentore della prelazione, spingerebbe gli altri concorrenti ad avanzare offerte competitive dal punto di vista economico piuttosto che qualitativo, costringendo il promotore ad abbandonare l'idea di esercitare tale diritto per l'impossibilità di garantire quelle stesse condizioni offerte dall'aggiudicatario.

Ciò comporterebbe che, in operazioni concepite per promuovere l'innovazione e il progresso, si introducano strategie competitive proprie delle gare d'appalto, orientate esclusivamente all'aggiudicazione e non all'obiettivo più alto di sviluppare progetti realmente utili sotto il profilo sociale.

La questione si complica ulteriormente considerando che, dalla lettura della norma, emergeva che agli enti concedenti veniva attribuita un'ampia discrezionalità nel determinare, in presenza di più proposte, il soggetto da nominare come promotore, e

---

[118] Sulla prelazione, G. FIDONE, *Finanza di progetto; la valutazione della proposta e la scelta del promotore*, in *Riv. giur. ed.*, 2006, p. 33 ss.; P. CARRIÈRE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Cedam, Padova, 1999, p. 33; S. PRESILLA, *Il project financing. Profili di compatibilità generale con l'ordinamento giuridico italiano alla luce della sua tradizionale diffusione nei paesi di origine anglosassone*, in Nuova Rassegna, 2004, p. 2108; T.V. RUSSO, P. MARCHETTI, *Manuale di diritto e tecnica del project financing*, Esi, Napoli, 2010; G. FIDONE, B. RAGANELLI, *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità*

di trattamento della c.d. prelazione del promotore, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, p. 949; A.M. BALESTRERI, *La sequenza di regimi della finanza di progetto: questioni vecchie e nuove sul diritto di prelazione*, in *Urb. e app.*, 2009, p. 525.

[119] Relazione illustrativa allo schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici, cit.

ISSN 2036-7821

quindi nel determinare il beneficiario del vantaggio competitivo, del diritto di prelazione, nella successiva procedura di gara ad evidenza pubblica.
Vi era, dunque, una discrezionalità sia a valle per il promotore, in capo al quale è rimessa la scelta sull'esercizio o meno il diritto di prelazione, sia a monte per l'amministrazione, che, in assenza di criteri definiti per la valutazione delle varie proposte, poteva liberamente attribuire il suddetto vantaggio competitivo. Mancava, pertanto nella disciplina *ex* art. 193, d.lgs. n. 50/2016, l'indicazione da parte del legislatore sulle modalità e i criteri che l'amministrazione aggiudicatrice deve adottare in sede di scelta nell'attribuzione di un vantaggio economico; infatti, sembrerebbe che la scelta dipendesse solo dalla fattibilità della proposta e dalla rispondenza della stessa a pubblico interesse[120], parametri che non permettono un sindacato intenso da parte del giudice, salvi i casi più eclatanti di eccesso di potere[121].
Questa impostazione presenta diverse criticità poiché rischia di scoraggiare le imprese a presentare delle proposte in *project*, consapevoli del fatto che il primo proponente se viene nominato promotore avrà la possibilità di prevale su tutti gli altri concorrenti alla gara, e ciò in virtù di una scelta a monte dell'ente concedente che è libera da vincoli. È inevitabile che questa situazione di incertezza alimentava la sfiducia nei confronti dell'amministrazione, al punto da dissuadere gli operatori dal partecipare a tali procedure in mancanza di una regolamentazione minima[122].Tale circostanza nasce dal fatto che il Codice fin a quel momento aveva improntato la disciplina concependo la presenza di un solo promotore, ma in virtù delle recenti modifiche, intervenute al fine di incentivare l'utilizzo dello strumento partenariale, e in particolare la pubblicità preventiva delle iniziative di interesse pubblico, si è avvertita la possibilità che più operatori economici si avventurassero contestualmente in simili iniziative rischiando così di competere tra loro per ottenere la designazione di promotore, in relazione alla medesime proposte, senza che vi fossero dei criteri che guidino la P.A. in questa fase di scelta e divengano poi misura

[120] G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm*., 2023, p. 295.
[121] Sul punto, in seguito all'entrata in vigore del D.lgs. n. 50/2016, è emerso un dibattito dottrinale che ha distinto la valutazione di fattibilità tecnica dall'approvazione definitiva del progetto. In particolare, è stato affermato che vi sono delle valutazioni tecniche che non richiedono scelte di opportunità ma scelte basate su parametri prestabiliti che risultano quindi sindacabili dal giudice amministrativo. Si tratterebbe di norme che delineano i tratti essenziali del *project financing* come, ad esempio, le norme sul trasferimento del rischio, sulla bancabilità del progetto, sull'approvazione e revisione del PEF e così via. Lo stesso si può affermare nei casi in cui la pubblica amministrazione si sia auto-vincolata delineando dei criteri tecnici sui quali effettua la valutazione di fattibilità (E. PARISI, *Selezione del promotore e tutela giurisdizionale nel project financing a iniziativa privata,* in *Diritto Processuale Amministrativo*, Giuffrè, 2018, fasc. 4). Cfr. in tal senso, M. ALLENA, *Scelta del promotore e sindacato sulla discrezionalità nel project financing*, in *Urb. e App.*, 2009.
[122] A. POLICE, *La cooperazione pubblico-privato nel governo dell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche*, in *Nuove auton*., 2016, p. 65 ss.

ISSN 2036-7821

del sindacato giurisdizionale[123].
Questa impostazione poteva avere la conseguenza di disincentivare gli operatori economici a intraprendere un'operazione in finanza di progetto, relativa a bisogni individuati e pubblicizzati dalle amministrazioni, nel il timore di vedere vanificato l'impegno economico sopportato per elaborare la proposta. E ciò avrebbe reso vani gli sforzi del legislatore, che nel 2023 è intervenuto per incentivare il ricorso alla finanza di progetto e non certo per scoraggiarne l'utilizzo.
Per porre rimedio alle rilevate problematicità, il governo ha predisposto con il Decreto correttivo al Codice[124], una nuova disciplina della procedura di affidamento *ex* art. 193 d.lgs. n. 36/2023 proponendo un'integrale sostituzione della norma, con l'obiettivo di garantire maggiore trasparenza e il pieno rispetto del principio di concorrenza in queste operazioni.

4.2. Riferimenti normativi.

Prima di affrontare le novità introdotte con il Decreto correttivo, è opportuno evidenziare i principi che vengono messi in pericolo da questa vicenda.
In materia di aggiudicazione dei contratti pubblici, i principi di *par condicio* e trasparenza, quali corollari del più ampio principio di concorrenza, rappresentano cardini fondamentali che devono orientare le amministrazioni nel rapportarsi con gli operatori economici in tutte le fasi del rapporto obbligatorio.
Tuttavia, tali principi sembrerebbero compromessi nella procedura di *project financing*, disciplinata dal nuovo art. 193 del Codice, ed infatti si discuteva sulla compatibilità di tale normativa, prima di tutto, con il diritto eurounitario e, conseguentemente, con quello nazionale in tema di concorrenza.
A livello comunitario, oltre alle più ampie previsioni dei Trattati[125], la Direttiva 2014/23/UE in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione menziona più volte questi principi.
Già nei considerando, tra i diversi richiami alla concorrenza, si afferma che *"l'aggiudicazione delle concessioni di servizi con interesse transfrontaliero è soggetta ai principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, nonché ai principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la*

[123] F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, G. MONTEDORO, *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo*. Giuffrè Editore, Milano, 2006.
[124] D.lgs. n. 209/2024.
[125] È opportuno richiamare le norme del TUE e del TFUE, volte a tutelare il principio di concorrenza, quale principio fondamentale per la garanzia di un mercato interno libero e competitivo: art. 3 TUE, art. 26 TFUE e le altre disposizioni previste nel titolo VII, parte terza, sezioni I e II del capo primo del TFUE.

ISSN 2036-7821

non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza"[126].
Con tale disposizione si intende, da un lato, garantire a tutti gli operatori del mercato europeo la possibilità di operare liberamente in ogni Stato membro, in linea con le norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europa relative ai principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli artt. 49 e 56 TFUE e, dall'altro, assicurare che le procedure alle quali essi partecipano rispettino pienamente i principi enunciati.
A seguire, nel considerando n. 51 si afferma l'eccezionalità delle aggiudicazioni di concessioni senza previa pubblicazione di un bando, limitando le stesse ai casi in cui "oggettivamente vi è un solo operatore economico in grado di eseguire la concessione"[127], in virtù degli effetti negativi sulla concorrenza. In tal senso, un avviso che riporti gli elementi essenziali della gara riveste un ruolo cruciale nel garantire la piena legittimità della procedura concorsuale.
È altresì importante il considerando n. 73, che si riferisce ai criteri di aggiudicazione per la valutazione delle offerte.
La disposizione specifica che i criteri per l'aggiudicazione delle concessioni dovrebbero sempre rispettare alcune norme di carattere generale per garantire la trasparenza e la parità di trattamento tra i vari operatori economici.
In particolare, i criteri dovrebbero essere comunicati in anticipo a tutti i candidati potenziali o a tutti gli offerenti e la formulazione degli stessi non deve essere tale da lasciare all'ente aggiudicatore "una libertà di scelta incondizionata"[128]. Per giunta "essi dovrebbero (...) permettere una concorrenza effettiva e andrebbero accompagnati da requisiti che consentano di verificare efficacemente le informazioni fornite dagli offerenti"[129].
I criteri di aggiudicazione devono essere indicati in ordine decrescente, così "da garantire la parità di trattamento dei potenziali offerenti consentendo loro di conoscere tutti gli elementi di cui tener conto al momento della preparazione delle loro offerte"[130].
Infine, in presenza di circostanze eccezionali, l'amministrazione può trovarsi, a ricevere un'offerta che abbia ad oggetto una soluzione innovativa che non avrebbe potuto essere prevista da un ente aggiudicatore diligente. In questi casi è possibile

[126] 4° Considerando, Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.
[127] 51° Considerando, Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.
[128] 73° Considerando, Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.
[129] 73° Considerando, Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.
[130] 73° Considerando, Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

ISSN 2036-7821

modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per prendere in considerazione le nuove offerte, ma si tratta di situazioni eccezionali e l'eventuale modifica deve comunque garantire "la parità di trattamento di tutti gli offerenti attuali o potenziali emettendo un nuovo invito a presentare offerte o, se opportuno, pubblicando un nuovo bando di concessione"[131].

I criteri di valutazione costituiscono, dunque, un elemento imprescindibile nell'attribuzione di un vantaggio economico da parte della pubblica amministrazione. Sul piano nazionale, tale principio trova conferma nell'art. 12 della legge sul procedimento amministrativo[132], in cui si afferma che la concessione di benefici economici da parte delle amministrazioni pubbliche è subordinata alla definizione preventiva di criteri e modalità, che devono essere rispettati e documentati nei relativi provvedimenti. I criteri quindi non solo agevolano l'offerente, permettendogli di formulare un'offerta in linea con le aspettative della pubblica amministrazione, ma risultano soprattutto fondamentali per garantire la parità di trattamento tra i concorrenti. Questi, infatti, avranno piena consapevolezza delle modalità di valutazione adottate dalla pubblica amministrazione, beneficiando al contempo di una più solida tutela giurisdizionale, in quanto il giudice, nel valutare la legittimità della decisione dell'ente, potrà fare riferimento ai parametri sui quali si è basata la decisione dell'amministrazione.

In apertura della Direttiva in materia di concessioni, quindi, vengono evidenziati i principi che devono ispirare la disciplina, principi strumentali alla tutela della concorrenza, poiché mirano a garantire pari condizioni per tutti gli operatori economici e ad assicurare la massima trasparenza nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione, consentendo così il controllo sulla loro legittimità.

A confermare l'importanza dei suddetti principi vi è l'art. 3 della Direttiva in oggetto, intitolato 'Principio di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza', dove si afferma esplicitamente che "le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza e proporzionalità"[133].

Infine, tra le altre norme sul tema è di rilievo l'art. 41 in cui vengono richiamati i criteri di aggiudicazione, che devono essere oggettivi e conformi ai principi di cui all'art. 3. Inoltre, si richiede che tali criteri "assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva"[134].

---

[131] 73° Considerando, Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

[132] Legge n. 241/1990.

[133] Art. 3, Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

[134] Art. 41, Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

ISSN 2036-7821

Traslando il discorso sul piano nazionale, gli stessi principi trovano la loro principale tutela nella Costituzione. Prima di tutto, la concorrenza è contemplata sul piano della competenza legislativa poiché l'art. 117 Cost. attribuisce allo Stato la competenza esclusiva sulla definizione delle regole per la tutela della concorrenza. Poi l'art. 97 Cost. dispone che l'agire amministrativo sia improntato al buon andamento e all'imparzialità, evidenziando così la necessità che le pubbliche amministrazioni, nel perseguire i propri obiettivi secondo i criteri di efficienza, efficacia ed economicità, mantengano un approccio imparziale e non discriminatorio nei confronti dei diversi utenti, trattando i destinatari delle proprie attività in modo equo e obiettivo.

Il principio di imparzialità si collega al più generale principio di eguaglianza sancito dall'articolo 3 della Costituzione, che stabilisce sia l'uguaglianza formale di tutti i cittadini davanti alla legge, sia l'uguaglianza sostanziale, nel senso che la Repubblica deve garantire la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini.

L'art. 97, quindi, si pone in armonia con l'art. 3, richiamando la necessità di garantire che nell'ambito dell'azione amministrativa sia realizzata concretamente l'uguaglianza dei diversi utenti.

I principi in oggetto sono richiamati poi dallo stesso Codice dei contratti pubblici in particolare negli artt. 1 e 3, D.lgs. n. 36/2023[135].

L'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, nell'enunciare il principio del risultato, sottolinea la necessità di rispettare i principi di concorrenza e trasparenza, che si affiancano al primo e ne limitano l'attuazione. In particolare, se da un lato le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a perseguire l'obiettivo di affidare i contratti di concessione e garantirne la tempestiva esecuzione, dall'altro tale obiettivo deve essere raggiunto nel rispetto dei principi di concorrenza e trasparenza, i quali non possono essere derogati in nome del principio del risultato[136].

Il secondo comma del medesimo articolo rafforza questa correlazione, specificando che la concorrenza supporta il perseguimento del principio del risultato. Si chiarisce, infatti, che la concorrenza è funzionale al conseguimento del miglior risultato possibile, sia nell'affidamento che nell'esecuzione del contratto di concessione[137], confermandone l'imprescindibilità.

L'art. 3 del D.lgs. n. 36/2023, intitolato 'Principio dell'accesso al mercato', precisa che

[135] A differenza dei codici precedenti, il nuovo d.lgs. n. 36/2023 introduce, in apertura, un elenco dei principi generali che regolano la materia. Questa innovazione, del tutto inedita, permette di identificare con maggiore chiarezza i criteri e le regole fondamentali da seguire nell'interpretazione e nell'applicazione della normativa sui contratti pubblici. In particolare, l'art. 4 delinea una vera e propria gerarchia, affermando che tutte le disposizioni del codice devono essere interpretate in base ai primi tre principi di cui agli artt. 1, 2 e 3.

[136] Art. 1, comma 1, D.lgs. n. 36/2023.

[137] Art. 2, comma 2 D.lgs. n., 36/2023.

ISSN 2036-7821

lo stesso deve essere garantito dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti nei confronti degli operatori economici, nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di proporzionalità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza con la finalità di garantire la conservazione e l'attuazione di un mercato concorrenziale, affinché vengano assicurate pari opportunità di partecipazione ai diversi operatori economici interessati.

Si può, dunque, affermare che, tanto a livello Comunitario quanto a livello Nazionale, i principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, proporzionalità e concorrenza siano ampiamente tutelati; di conseguenza sono emersi dubbi sulla formulazione dell'art. 193, d.lgs. n. 36/2023 che sembrava non rispettarli pienamente. Infatti, seppur in questa fase di selezione della proposta iniziale non vigono le regole rigorose di una gara pubblica, gli operatori economici si trovavano a competere di fatto tra loro per collaborare con la pubblica amministrazione senza che alla stessa venissero imposti vincoli procedurali finalizzati alla tutela dei principi suddetti nella fase di scelta della proposta di pubblico interesse con conseguente attribuzione del diritto di prelazione.

È d'uopo sottolineare inoltre che, se è vero che le norme sul tema, sia interne che europee, fanno spesso riferimento al solo principio di concorrenza, la concorsualità viene in rilievo solo come principio riflesso del più ampio principio di imparzialità imposto alle pubbliche amministrazioni, per cui la sua attuazione configura semplicemente una conseguenza fisiologica dell'applicazione degli altri principi[138]. Ne discende pertanto che seppur alla fase di scelta del promotore non si riconosce la piena concorsualità, i principi di pubblicità, trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, devono sempre essere rispettati.

Sul punto la giurisprudenza è stata a lungo compatta nel ritenere che la fase preliminare di nomina del promotore non sia una fase caratterizzata da un confronto competitivo vero e proprio e che dunque nessun vincolo possa essere imposto alla pubblica amministrazione che beneficia di ampia discrezionalità quando si accinge a scegliere il promotore valutando la sua proposta alla stregua di un interesse pubblico che giustifica l'inserimento della stessa all'interno della programmazione delle opere pubbliche[139]. Vero è, tuttavia, che l'esito della fase preliminare di scelta del promotore finisce per condizionare sostanzialmente gli esiti sostanziali della successiva fase propriamente concorsuale, che rischia di tradursi in una gara tra proposte in luogo di una gara tra proponenti, atteso che il promotore conserva il diritto di eseguire la soluzione risultata vincitrice.

[138] M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. Amm.*, fasc. 1, 1° giugno 2016, p. 71.

[139] Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2015, n. 4035; 8 febbraio 2011, n. 843.

ISSN 2036-7821

5. D.lgs. n. 209/2024.

La disciplina della finanza di progetto ad iniziativa privata disciplinata dall'art, 193, d.lgs. n. 36/2023, non mutuava più di tanto nella sostanza rispetto a quella prevista nel vecchio Codice del 2016, ma ciò che cambiavano erano i presupposti. Infatti, è stata riformata la materia per renderla più attrattiva per gli operatori economici privati e per gli investitori istituzionali e ciò ha richiesto che le procedure di affidamento delle concessioni nella forma della finanza di progetto si prestassero ad essere impiegate da una molteplicità di soggetti che aspirano alla nomina di promotore e alla conseguente attribuzione del diritto di prelazione. È chiaro quindi che, se questi sono i presupposti, la disciplina del Codice 50, elaborata concependo la presenza di un solo proponente (e quindi promotore), non poteva soddisfare le aspettative del legislatore di attirare un ampio numero di operatori interessati al mercato del *project financing*. A dire il vero, tuttavia, neppure la disciplina dell'art. 193 d.lgs. n. 36/2023, si prestava a tale scopo, ed infatti, come è stato analizzato nel precedente paragrafo, si trattava di una disciplina che rischiava di disincentivare i diversi operatori del mercato a presentare una proposta, consapevoli del fatto che la nomina di promotore potesse essere attribuita in modo pienamente discrezionale dalla p.a. rendendo di fatto la successiva gara una gara fittizia, dove la scelta effettiva di quale soggetto possa ottenere la commessa era rimessa alla fine nelle mani del promotore. Quindi, fino a tempi recenti, vigeva una disciplina che si scontrava con i principi ispiratori della stessa: rendere attrattivo l'istituto senza però prevedere strumenti idonei a realizzare tale scopo.

Recentemente il legislatore, consapevole delle difficoltà derivanti dalla nuova impostazione, ha conferito delega al governo per sostituire e riscrivere l'art. 193 d.lgs. n. 36/2023, tenendo conto della necessità di dover garantire la trasparenza della procedura e il conseguente obiettivo di rendere lo strumento attrattivo per gli operatori economici.

Il testo è stato interamente sostituito dal Decreto correttivo n. 209/2024, prevedendo tra le varie novità la reintroduzione della finanza di progetto ad iniziativa pubblica e una diversa regolamentazione della procedura ad iniziativa privata volta a rafforzare le tutele dell'evidenza pubblica[140].

In particolare, la nuova disposizione[141] prevede, sin dalla fase antecedente alla formale presentazione di una proposta, obblighi di trasparenza rafforzati in capo all'ente concedente. Infatti, se ai fini dell'elaborazione di una proposta l'operatore economico dovesse presentare all'ente concedente una preliminare manifestazione di interesse accompagnata dalla richiesta di chiarimenti per la predisposizione della

[140] G.F. MAIELLARO, *Verso il Correttivo del Codice dei contratti pubblici: riflessioni e prospettive sulla imminente riforma,* in *appaltiecontratti.it,* 30/12/2024.

[141] Art. 57, d.lgs. n. 209/2024 (Sostituzione dell'articolo 193 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36).

ISSN 2036-7821

stessa e ne venisse riscontrato il pubblico interesse, dovrà essere disposta, a cura dell'ente, la pubblicazione delle informazioni scambiate con l'O.E. nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale.

La *ratio* è di dare pubblicità a tutte le attività e scambi di informazioni che avvengono tra un ente concedente e l'impresa interessata, sin dalla fase embrionale del rapporto in questione. A tal fine, anche nell'eventualità in cui sia la pubblica amministrazione, ai sensi del comma 16, a sollecitare l'iniziativa dell'operatore privato, è previsto che siano pubblicate sul sito istituzionale dell'ente le eventuali integrazioni documentali, richieste dal singolo operatore, al fine di renderle disponibili a tutti gli interessati.

Segue all'eventuale preliminare manifestazione di interesse, la procedura della "doppia gara" in senso stretto, in cui il legislatore è intervenuto affinché l'amministrazione rispettasse un metodo di scelta del soggetto promotore (beneficiario del diritto di prelazione) maggiormente garantista nei confronti dei proponenti diversi dal primo.

In particolare, la norma oggi distingue tra promotore, ossia colui che propone per primo una proposta di realizzazione in concessione in *project financing* di propria iniziativa, e proponente, cioè chi propone un progetto successivamente alla proposta presentata dal primo e relativa al medesimo intervento. Infatti, ai sensi del quarto comma, "previa verifica dell'interesse pubblico alla proposta e della relativa coerenza con la programmazione del" PPP *ex* art. 175, comma 1, l'ente concedente comunica, tramite la sezione <<Amministrazione trasparente>> del proprio sito istituzionale, l'avvenuta presentazione della proposta e stabilisce un termine, non inferiore a sessanta giorni e proporzionato alla complessità del progetto, entro il quale altri operatori economici, in qualità di proponenti, possono presentare proposte relative al medesimo intervento, redatte nel rispetto delle disposizioni del comma 3.

La disciplina prevede quindi un'anticipazione parziale della prima proposta nei confronti dei successivi proponenti, garantendo loro la massima trasparenza. Su questa base, i proponenti potranno formulare le proprie proposte, pur senza conoscere nei dettagli i contenuti prima.

Tra le altre novità, in relazione ai soggetti abilitati a presentare proposte, la disposizione estende le prerogative concesse agli investitori istituzionali anche agli operatori economici interessati, concedendo loro la possibilità di associarsi o consorziarsi con altri operatori in possesso dei requisiti richiesti dal bando, di avvalersi anche integralmente delle capacità di altri soggetti o infine di subappaltare anche integralmente le prestazioni oggetto del contratto di concessione[142].

Il quinto comma dispone che, decorso il termine per la presentazione delle ulteriori proposte, l'ente concedente dovrà individuare, in forma comparativa, entro quarantacinque giorni, una o più proposte tra quelle presentate dal promotore e dai

[142] Art. 57, comma 3, d.lgs. 209/2024.

ISSN 2036-7821

proponenti da sottoporre alla procedura di valutazione prevista dal sesto comma. L'individuazione deve avvenire "[…] sulla base di criteri che tengano conto della fattibilità delle proposte e della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici e finanziari ai fabbisogni dell'ente concedente […]"[143].

Il testo sottolinea l'importanza di garantire una comparazione effettiva in presenza di più proposte, esigenza spesso trascurata in passato. In assenza di una chiara prescrizione normativa sulla necessità di confrontare le proposte, accadeva infatti che le amministrazioni ignorassero del tutto le alternative presentate. Sul punto, questione che sarà ulteriormente approfondita, la giurisprudenza si è dimostrata poco uniforme: talvolta sosteneva l'obbligatorietà di una comparazione approfondita, mentre in altre occasioni riteneva sufficiente un semplice esame preliminare delle proposte, senza la necessità di avviare una vera istruttoria per valutarle.

La norma precisa, inoltre, che nella valutazione delle diverse proposte l'ente concedente dovrà tenere conto dei principi generali di cui al Libro I, Parte I, Titolo I.

All'esito della fase di tale fase, l'ente concedente deve comunicare ai soggetti interessati la proposta o le proposte individuate dandone poi notizia sul proprio sito istituzionale.

È inoltre possibile che al promotore e ai proponenti venga richiesto di apportare, se necessario, modifiche al progetto di fattibilità, al piano economico-finanziario (PEF) e allo schema di convenzione, al fine di consentirne l'approvazione, pena il respingimento delle proposte con provvedimento motivato.

In tale fase, l'ente concedente può decidere di indire una conferenza di servizi preliminare affinché si esprima sul progetto di fattibilità tecnica ed economica per verificare se vi sono le condizioni per ottenere gli atti di assenso necessari nei confronti del progetto definitivo[144].

Si prevede poi che la procedura di valutazione, da effettuare in forma comparativa in presenza di più proposte, si concluda entro sessanta giorni con provvedimento motivato, da pubblicare sul sito istituzionale per darne comunicazione ai soggetti interessati.

Una volta selezionato, il progetto di fattibilità viene eventualmente integrato con i documenti richiesti ai sensi dell'art. 6 dell'Allegato I.7 e, dopo l'approvazione definitiva, deve essere inserito negli strumenti di programmazione dell'ente concedente.

Infine, per garantire ulteriormente la piena pubblicità della procedura, il comma ottavo della nuova disposizione specifica che quando il progetto di fattibilità tecnica ed economica (o il progetto di cui all'art. 4-bis dell'Allegato I.7) viene posto a base di gara, gli obblighi di trasparenza devono essere assolti nel rispetto dell'art. 35 del

[143] Art. 57, comma 5, d.lgs. 209/2024.
[144] Art. 14, comma 3, L. n. 241/1990.

ISSN 2036-7821

Codice.

La procedura prosegue con la precisazione che il promotore o il proponente può, all'esito della gara, esercitare il diritto di prelazione.

Pertanto, l'istituto della prelazione continua ad esistere e non viene messo in discussione, nonostante i crescenti dubbi, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, circa la sua compatibilità con il diritto europeo, proprio per la sua idoneità a comprimere il principio di concorrenza. Peraltro, la nuova disciplina sembra ormai svuotare di significato e di giustificazione la presenza di tale diritto, diminuendone il senso e la sua funzione originaria; sul punto si tornerà a nei successivi paragrafi.

Per quanto riguarda la reintroduzione della finanza di progetto ad iniziativa pubblica, la normativa prevede che l'ente concedente possa sollecitare, attraverso un avviso pubblico, i privati a farsi promotori di iniziative finalizzate alla realizzazione di interventi inclusi negli strumenti di programmazione del PPP. In tal caso, agli operatori economici viene concesso un termine minimo di sessanta giorni per la presentazione delle proposte, e la procedura si svolge in conformità con le disposizioni relative alla procedura di finanza di progetto ad iniziativa privata, in particolare con i commi 10, 11, 12 e 13.

Con la riforma dell'articolo 193 si è cercato, pertanto, di procedimentalizzare una fase che antecedentemente era lasciata alla piena discrezionalità della p.a., per dare maggiori garanzie di trasparenza agli operatori economici e ampliare le possibilità per questi ultimi di tutelarsi in sede giurisdizionale[145]. Difatti nella prima formulazione della norma, l'unico termine previsto (tra l'altro non più perentorio, come previsto invece dall'art. 183, d.lgs. n. 50/2016) coincideva con i 90 giorni per la valutazione della proposta presentata da un operatore economico, da effettuare sulla base del pubblico interesse della stessa e della sua fattibilità, senza ulteriori specificazioni relative a questi parametri e senza che venissero prese in considerazione le posizioni degli altri proponenti, di cui si parlava solo in relazione alla successiva fase di gara pubblica intesa in senso stretto.

Con il Decreto correttivo, invece, vengono indicati sia i principi di riferimento che le modalità di valutazione[146] del pubblico interesse e della fattibilità della proposta, ed inoltre vengono stabilite tempistiche per lo svolgimento di una procedura che risulta ora significativamente più complessa e articolata,

In sintesi con il Decreto correttivo sono stati introdotti oneri di pubblicità e trasparenza a favore degli operatori economici in modo tale che questi possano verificare l'*iter* procedimentale che conduce l'ente concedente all'attribuzione del

[145] È evidente che, quanto più un'attività è procedimentalizzata, tanto più il giudice può esercitare il suo sindacato su questa, con giudizio di legittimità, verificando la corrispondenza dell'operato amministrativo alla legge che regola il potere della p.a. sulla materia, senza invece poter entrare nel merito delle scelte discrezionali.

[146] Art. 57, comma 5, d.lgs. 209/2024.

ISSN 2036-7821

diritto di prelazione in capo ad uno dei soggetti proponenti; tuttavia non sempre la trasparenza attira le imprese e gli investitori, ed infatti nel prosieguo della trattazione si vedrà che talvolta la pubblicità esasperata degli atti può avere l'effetto contrario di disincentivare gli operatori economici dal presentare dei progetti che potrebbero rappresentare un'anticipazione dell'idea progettuale a favore degli altri contendenti, con l'effetto di vanificare gli sforzi del primo proponente.
La nuova procedura, infatti, evidenzia, non solo una maggiore trasparenza, ma anche un aggravio sotto il profilo procedurale, con iter più articolati e dilatati nel tempo, rischiando così di compromettere sia l'efficacia del risultato sia l'incentivazione dell'istituto.
Diventa quindi essenziale per il legislatore individuare un equilibrio tra l'esigenza di garantire la massima trasparenza e quella di incentivare l'istituto, evitando eccessivi formalismi e lungaggini tipici di altre procedure concorsuali; due obiettivi non sempre conciliabili e che, se mal ponderati, rischiano di entrare in conflitto.

5.1. Criticità relative alla procedura di affidamento ex art. 193, D.lgs n. 36/2023, come modificata dal d.lgs. n. 209/2024.

Il primo tema su cui è d'uopo soffermarsi concerne gli oneri pubblicitari introdotti dal Decreto correttivo. In particolare, il riferimento è diretto al secondo e quarto comma del nuovo art. 193, in cui si prevede la pubblicazione, nella sezione "Amministrazione Trasparente" del sito istituzionale dell'ente, sia delle informazioni e i dati scambiati con l'ente concedente in relazione alla preliminare manifestazione di interesse, sia della proposta presentata ai sensi del terzo comma dal promotore. La pubblicità ha lo scopo di rendere trasparente l'attività dell'amministrazione e di stimolare quindi le imprese a presentare proposte nell'ambito del medesimo intervento, garantendo loro il tempo necessario alla predisposizione delle stesse (minimo sessanta giorni).
Il *punctum dolens* di tale previsione risiede nella circostanza che, se da un lato l'onere pubblicitario ha la finalità di incentivare la partecipazione alle operazioni di P.F., rendendo l'istituto maggiormente conforme ai principi di *par condicio*, trasparenza, concorrenza e cos' via, dall'altro lato rischia di produrre un effetto deterrente nei confronti del primo proponente, ossia il promotore. La sua proposta, infatti, potrebbe essere resa accessibile a tutti gli operatori economici interessati, consentendo loro sia di elaborare una proposta *ex novo*, sia di adattare una proposta preesistente, traendo spunto da quella pubblicata, minimizzando gli sforzi innovativi e diminuendo comunque di gran lunga le *chances* per il primo proponente di ottenere la prelazione.
La conseguenza di tali dinamiche è che il promotore iniziale, potrebbe essere disincentivato a presentare una proposta originale. Questo perché altre imprese avrebbero l'opportunità di affinare le proprie proposte avendo a disposizione la

ISSN 2036-7821

proposta principale, ritenuta di interesse dall'amministrazione pubblica e pertanto pubblicata sul sito istituzionale dell'ente concedente ed eventualmente le indicazioni generali già note contenute nella programmazione ex art. 175, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

Per giunta, agli operatori interessati è concesso un termine ampio per presentare le loro proposte; infatti, il limite di sessanti giorni, indicato dalla norma, corrisponde a un termine minimo che l'amministrazione deve concedere, ben potendo, quest'ultima, dilazionare i tempi discrezionalmente, commisurando il termine alla complessità del progetto.

È possibile quindi che la stessa amministrazione, sia per garantire la massima partecipazione che per avere a disposizione più progetti tra cui scegliere, decida di prolungare i tempi, compatibilmente con l'esigenza di soddisfare l'interesse pubblico, concedendo un periodo più ampio alle imprese interessate per elaborare le proprie proposte successive.

Si determina in questo modo, un vantaggio notevole nei confronti delle successive proponenti,

determinato dalla circostanza che il diritto di prelazione potrebbe essere attribuito a un proponente che ha presentato una proposta con sforzi minori rispetto agli sforzi sostenuti dal primo promotore. Questo meccanismo finirebbe per snaturare il diritto di prelazione che, come noto, ha la funzione di premiare il promotore che sostiene "il rischio ideativo e quello di predisposizione dell'offerta (nel caso di partecipazione alla gara)"[147].

Inoltre, il rischio si rinviene anche quando si tratta di proposte già inserite nella programmazione. In questi casi, infatti, è plausibile che diverse imprese, pur avendo conoscenza delle esigenze pubbliche elencate in programmazione, decidano di non elaborare immediatamente una proposta. Esse potrebbero, infatti, preferire attendere la pubblicazione di una proposta già avanzata, sfruttando il tempo, di sessanta giorni minimo, per sviluppare e perfezionare un progetto proprio, basandosi anche sulle informazioni rese disponibili dalla proposta pubblicata.

La norma, dunque, non specificando il grado di pubblicità richiesto nell'inserimento della proposta nella sezione "Amministrazione Trasparente" del sito istituzionale dell'ente, mette a rischio il livello di partecipazione degli operatori economici alle procedure in oggetto. Dalla disposizione non è chiaro se la p.a. possa limitarsi all'obbligo di segnalare la presentazione di una proposta da parte di un promotore oppure se la pubblicazione debba avere ad oggetto informazioni più dettagliate relative alla proposta iniziale. In particolare, se la proposta consistesse in un'iniziativa privata diretta, sembrerebbe imprescindibile fornire maggiori dettagli, dato che non si tratterebbe di un progetto già incluso nella programmazione.

[147] TAR Lombardia, Milano, Sez. I, Sent. n. 196, 29/01/2024.

ISSN 2036-7821

Di conseguenza, finché la norma non sarà più chiara sul punto è possibile affermare che il timore di vedere vanificati gli sforzi profusi per la predisposizione di una proposta, a causa del tempo e della pubblicità concessi agli altri operatori economici per presentare a loro volta proposte alternative, induce a ritenere più conveniente attendere anziché essere i primi a presentarla. È preferibile, infatti, lasciare che un altro soggetto presenti per primo la propria proposta e, successivamente, sfruttare le eventuali informazioni rese pubbliche ai sensi del secondo comma, nonché il contenuto del progetto pubblicizzato ai sensi del quarto comma, per perfezionare e presentare una proposta già predisposta in via preliminare, sviluppata sulla base delle esigenze individuate in fase di programmazione.

Inoltre, la procedura risulta scoraggiante per il prolungamento notevole dei tempi: oggi è previsto che, prima che il progetto venga posto a base di gara, debbano trascorrere minimo tre mesi e mezzo dalla pubblicazione della prima proposta, mentre nella disciplina precedente tre mesi erano il termine massimo per valutate le proposte. In particolare, sessanta giorni decorrono dal momento in cui si da notizia della presentazione della prima proposta da parte del promotore (previa valutazione del pubblico interesse) e quarantacinque giorni coincidono con il termine entro il quale, una volta pervenute tutte le proposte, l'ente concedente deve individuare la proposta da porre e a base di gara.

Tempo che di fatto risulterà prolungato, sia per il periodo necessario alla valutazione del pubblico interesse della prima proposta, sia perché i sessanti giorni che decorrono dalla pubblicazione di quest'ultima coincidono con un termine minimo che l'amministrazione deve concedere agli offerenti, ben potendo quest'ultima stabilire in relazione all'entità del progetto un termine superiore.

È evidente, quindi, che se la pubblicità in questione fosse limitata a una notizia generica e se il tempo disponibile fosse effettivamente contingentato, la soluzione individuata dal legislatore potrebbe rivelarsi positiva, in quanto non scoraggerebbe eccessivamente il primo proponente.

Ma se, invece, l'obbligo pubblicitario richiesto risultasse, come sembra, più incisivo, e i tempi procedurali non si potessero limitare, emergerebbero criticità legate all'attrattività della procedura per investitori e imprese, con un conseguente pregiudizio per l'efficienza dell'azione amministrativa.

Inoltre, la nuova impostazione dell'art. 193 finisce per incentivare forzatamente la presentazione di ulteriori proposte, anche nei casi in cui la prima risulti già pienamente conforme alle esigenze pubbliche.

Il legislatore, forse erroneamente, ha ritenuto che in tal modo si favorisca la concorrenza tra le imprese. In realtà, un'effettiva dinamica concorrenziale si sviluppa attraverso procedure snelle e accessibili, capaci di attrarre operatori economici e investitori, piuttosto che forzando artificiosamente la partecipazione di un numero

ISSN 2036-7821

elevato di soggetti a una gara[148]. Il meccanismo delineato dalle nuove disposizioni appare tutt'altro che snello e, infatti, è d'uopo sottolineare che con questa nuova impostazione vi è stata quasi una trasposizione della fase di gara in un momento antecedente alla gara vera e propria in cui il promotore può esercitare il diritto di prelazione, a causa degli eccessivi formalismi nella fase para-comparativa. Infatti, la previsione per cui l'ente concedente deve dare notizia sul proprio sito istituzionale dell'avvenuta presentazione di una proposta di *project financing* indicando un termine per le altre imprese interessate a presentare proposte, ricorda nella sostanza la pubblicazione di un avviso o di un bando in cui si invitano gli operatori economici interessati a presentare offerte per l'aggiudicazione di un contratto pubblico.

Questa circostanza risulta di gran lunga disincentivante per gli operatori economici che si avventurano nelle operazioni di finanza di progetto, soprattutto se si tratta di proposte ad iniziativa privata diretta, ossia dei casi in cui l'operatore economico non avanza una proposta già presente in programmazione ma elabora un progetto senza neppure avere la certezza che lo stesso risulti di pubblico interesse per l'ente concedente, ragione per cui dovrebbero invece essere premiati sia il rischio legato alla fase di ideazione sia quello connesso alla preparazione dell'offerta.

La necessità di promuovere l'iniziativa degli operatori privati è confermata dal fatto che, qualora il promotore non si aggiudichi la commessa e non eserciti la prelazione, avrebbe diritto al rimborso, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno; in tal senso si conferma che l'attività di predisposizione della proposta rappresenta un'attività in cui l'operatore economico investe sia in termini di *know-how* che di risorse economiche, motivo per cui risulta necessario prevedere una forma di riconoscimento o tutela per il suo impegno.

Tuttavia, l'avviso che invita altri operatori economici a presentare proposte sulla base della prima, finisce per snaturare il senso del *project financing* ad iniziativa privata, il cui scopo è premiare l'iniziativa dei privati nel fornire alle pubbliche amministrazioni progetti che queste ultime non sarebbero in grado di sviluppare autonomamente; infatti attraverso l'avviso si comunica non solo che un operatore economico si già è attivato in tale direzione, ma anche le modalità con cui lo ha fatto. In questo modo, l'idea del primo proponente viene messa a disposizione di tutti gli altri operatori, finendo per essere sacrificata e non valorizzata come dovrebbe.

Si pone, in tal senso, un problema di tutela degli investimenti effettuati dal promotore, il quale, per sviluppare un progetto da presentare alla pubblica amministrazione, sostiene un impegno non trascurabile e impiega ingenti risorse, senza neppure avere la garanzia di vedersi riconosciuta la prelazione.

[148] Cfr., in tal senso, L. LORENZONI, *L'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore nella finanza di progetto,* in *Giornale di diritto amministrativo,* n. 2, 1° marzo 2024, p.253.

ISSN 2036-7821

La nuova impostazione sembrerebbe prevedere, quindi, una doppia gara, con prevalenza della prima sulla seconda, contrariamente a quanto avvenuto finora. Infatti, oggi la prima fase, in cui si individua il progetto da mettere a gara e si attribuisce il diritto di prelazione, si trasformerebbe in una gara per la selezione dell'operatore che, tra i vari proponenti, sarà incaricato di realizzare il progetto, mentre la seconda fase si ridurrebbe a una mera competizione sul prezzo tra i diversi concorrenti, con la conseguenza di rallentare l'attività delle amministrazioni in virtù di una duplicazione delle procedure.

A ciò si aggiunge il fatto che, sebbene il legislatore sia intervenuto per garantire l'imparzialità delle procedure, la fase di valutazione della fattibilità della proposta non è stata ancora ad alcun criterio predeterminato, essendo rimessa alla discrezione della stazione appaltante l'individuazione dei parametri per valutare la realizzabilità tecnica ed economica del progetto, senza alcuna specificazione del legislatore in merito. Ripercorrendo l'iter normativo, il correttivo nella sua prima versione prevedeva che l'ente concedente valutasse, "anche in forma comparativa", la fattibilità delle proposte ed entro sessanta giorni concludesse la procedura con provvedimento espresso, da pubblicare sul proprio sito istituzionale.

Sul punto il C.d.S. nel suo parere alla prima versione del Decreto correttivo ha sottolineato che l'attività di selezione delle proposte, quando ne ricorrano le condizioni, dovrebbe avvenire in forma "*effettivamente comparativa*"[149], di conseguenza la stazione appaltante dovrebbe analizzare e confrontare le diverse proposte in modo sistematico, utilizzando criteri specifici, oggettivi e predeterminati.

Quindi, per assicurare il pieno rispetto della *par condicio* non era sufficiente la generica formulazione prevista dall'articolo 48, sesto comma[150] della prima versione del Decreto correttivo. La disposizione, infatti, faceva riferimento ad un'eventuale comparazione ("*anche in forma comparativa*") tra le diverse proposte che pervenivano all'ente concedente, ma i giudici di Palazzo Spada hanno sottolineato la necessità che il legislatore imponesse all'ente concedente la predeterminazione di criteri specifici su cui basare il provvedimento conclusivo della procedura. Solo in questo modo si sarebbe reso più agevole per i diversi operatori un'eventuale tutela giurisdizionale, facilitata infatti dalla circostanza che la stazione appaltante si fosse auto-vincolata al rispetto di determinati criteri e a determinate modalità di valutazione rese trasparenti; in tal caso un eventuale discostamento dell'attività dell'ente concedente dalle regole di riferimento avrebbe potuto essere facilmente sindacato dal g.a. sulla base di un semplice giudizio di legittimità

Il testo definitivo del correttivo quindi, in accoglimento delle doglianze dei giudici di

[149] Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 27/11/2024, n. 1463.

[150] Art. 48, comma 6, schema di decreto legislativo recante "disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, N. 36".

ISSN 2036-7821

Palazzo Spada, ha citato genericamente i criteri nella parte in cui afferma che "l'ente concedente, […] individua in forma comparativa, sulla base di criteri che tengano conto della fattibilità delle proposte e della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici e finanziari ai fabbisogni dell'ente concedente, una o più proposte […]"[151].

Da questa formulazione, tuttavia, non emerge chiaramente il momento in cui i suddetti criteri debbano essere formulati, né con quali strumenti e neppure quale grado di discrezionalità debba rimanere in capo all'ente concedente nella loro definizione.

Sembrerebbe, dal dettato normativo, che l'ente concedente debba prevedere di caso in caso i criteri per individuare il soggetto che otterrà la prelazione, ma tale sistema mal si attaglia alle ipotesi di finanza di progetto ad iniziativa privata diretta, poiché come si vedrà nel paragrafo dedicato alle varie ipotesi risolutive, è contrario ad ogni logica e ad ogni principio stabilire criteri di valutazione se non si conosce l'oggetto da valutare. Infatti, l'ente concedente non avendo inserito tali proposte nella programmazione, non sarà in grado di conoscere gli eventuali progetti che gli operatori economici presenteranno e quindi sarà impossibilitato a determinare i criteri di selezione degli stessi.

Di contro, se l'ente concedente individuasse tali criteri una volta pervenute le proposte, si determinerebbe una violazione del principio di predeterminazione dei criteri. Infatti, esaminando proposte non previse negli strumenti di programmazione, presentate, quindi, spontaneamente dagli operatori, l'ente si troverebbe a formulare i criteri sulla base delle stesse, finendo per influenzare l'esito finale della gara, in violazione al principio della predeterminazione dei criteri, figlio del più ampio principio di trasparenza[152].

D'altronde, è importante sottolineare che, come sarà esaminato più avanti, la giurisprudenza amministrativa sul punto ha sempre sostenuto la necessaria discrezionalità di cui devono godere gli enti concedenti, affermando che questa fase è finalizzata alla selezione di proposte che, prima di tutto, devono rispondere agli interessi pubblici[153]. Pertanto, in base alla giurisprudenza predominante, l'obiettivo principale delle pubbliche amministrazioni dovrebbe essere, e rimanere, il perseguimento dell'interesse pubblico, che prescinderebbe in questa sede dalla formulazione di criteri, soprattutto qualora l'oggetto della valutazione non sia determinabile in un momento antecedente[154]. Su questo punto si tornerà sia nell'analisi della giurisprudenza amministrativa che nel paragrafo in cui si esplorano possibili soluzioni alternative a quelle introdotte dal legislatore.

---

[151] Art. 57, comma 5, d.lgs. n. 209/2024.
[152] Art. 12, L. n. 241/1990; art. 83, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.
[153] G. BARONE, *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p.3.
[154] Cons. Stato, Sez. V, 4 giugno 2023 ordinanza n. 5615.

ISSN 2036-7821

Infine, è d'uopo sottolineare che la norma, nel lasciare ampia discrezionalità in capo alla stazione appaltante, nella sua prima versione non aveva neppure richiesto che il provvedimento conclusivo della procedura para-comparativa fosse adeguatamente motivato, prescrivendo la conclusione della fase con un "provvedimento espresso". Oggi, quanto meno, il testo del Decreto correttivo, nella sua ultima versione, impone all'ente concedente di adottare un provvedimento motivato, per rendere note, in modo chiaro, le ragioni di fatto e di diritto delle proprie determinazioni in ordine alla scelta di un operatore privato in luogo di un altro. In questo modo si evitano ripercussioni negative per il proponente non selezionato, che altrimenti potrebbe incontrare difficoltà in sede giudiziale, poiché l'unico strumento per monitorare l'esercizio della discrezionalità amministrativa consiste nel richiedere alla pubblica amministrazione di motivare in modo congruo le proprie scelte, così da poterne verificare la coerenza e la razionalità da parte del g.a. Quanto maggiore è il grado di discrezionalità riconosciuto alla pubblica amministrazione, tanto più dettagliata deve essere la motivazione delle sue decisioni[155].

In sintesi, con il Decreto correttivo si è rimediato al rischio che questa procedura, come delineata nella prima versione dell'art. 193, d.lgs. n. 36/2023 potesse essere oggetto di censura a livello comunitario, procedimentalizzando in modo più dettagliato le operazioni di *project financing*, imponendo tempistiche più ampie e oneri pubblicitari tipici della gara pubblica tradizionale.

Se è vero che in passato il legislatore non forniva alcuna indicazione sulle modalità per selezionare il promotore, lasciando, anche per giurisprudenza consolidata, piena discrezionalità alla pubblica amministrazione, è altrettanto vero che ora tali indicazioni sono state fornite (determinanti in tal senso sono gli oneri pubblicitari), ma in modo talmente rigido da trasformare la fase para-comparativa in un vero e proprio modulo concorrenziale.

Il legislatore, ha previsto un meccanismo alquanto farraginoso che non solo disincentiva le proposte, ma le rende anche meno spontanee, in un cero senso sterilizzando la fantasia innovativa degli operatori privati: l'amministrazione non si limita più ad accogliere proposte, ma le ricerca attivamente, esasperando il principio di concorrenza che, nella disciplina precedente, era invece messo a rischio.

Dall'impostazione attuale ne deriva il legittimo dubbio se, in una disciplina impostata in questo modo, abbia ancora senso mantenere il diritto di prelazione. Di fronte a una nuova regolamentazione che di fatto istituisce una gara per ottenere il beneficio della prelazione, quanto rimane incentivante tale diritto per la presentazione di proposte in *project financing*, considerando, inoltre, che i trattamenti preferenziali riservati ai proponenti dei progetti stimolerebbero le imprese a investire risorse e competenze nello sviluppo di proposte, migliorando così notevolmente

[155] M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo,* cit. p. 171.

ISSN 2036-7821

l'efficienza dell'amministrazione?[156]
La risposta potrà emergere solo nel tempo, attraverso l'applicazione pratica dell'istituto.
Nel frattempo, si può affermare che, nonostante gli sforzi del legislatore, la disciplina continua ad avere delle lacune, dovute alla difficoltà del bilanciamento tra diverse esigenze: il rispetto del principio di concorrenza, messo in dubbio dalla disciplina della prelazione, la necessità di incentivare la proposizione di proposte da parte delle imprese, le esigenze di pubblicità e trasparenza e il rischio di scoraggiare gli operatori economici per gli eccessivi formalismi.
Sul tema della prelazione è interessante poi esaminare come, negli ultimi anni, si siano pronunciati i giudici sia nazionali che comunitari. In alcune occasioni, questi hanno ritenuto opportuna la scelta del legislatore di preservare un'ampia discrezionalità in capo agli enti concedenti, mentre in altre hanno manifestato preoccupazione per i rischi che tale approccio potrebbe comportare in termini di tutela degli operatori economici.

6. Dialogo tra Corti.

La procedura "para-comparativa" che precede la gara nell'ambito della procedura di finanza di progetto è stata oggetto di numerosi interventi da parte della giurisprudenza amministrativa.
In diverse occasioni, le Corti hanno ribadito che l'amministrazione, in tale fase, gode del massimo grado di discrezionalità. Ciò si deve al fatto che l'ente concedente è chiamato non solo a svolgere una valutazione tecnica riguardante la fattibilità della proposta, ma anche una valutazione di natura politica, finalizzata a verificare la corrispondenza della proposta all'interesse pubblico, valutazione che richiede quindi un autonomo apprezzamento da parte dell'amministrazione.
In particolare, l'amministrazione deve accertare se la proposta in esame rappresenti la modalità più efficace per perseguire l'interesse pubblico e tale valutazione è caratterizzata da un alto tasso di discrezionalità, rispetto alla quale il sindacato del giudice amministrativo trova ingresso solo difronte a sintomi macroscopici di eccesso di potere[157].Si è così affermato che siccome la fase preliminare di scelta del promotore "*non è soggetta […] alle regole rigorose di una vera e propria gara, ma, al contrario è caratterizzata da maggiore elasticità e libertà da formalismi, ne consegue che l'amministrazione esercita in tale fase 'un alto grado' ovvero il 'massimo margine' di discrezionalità se non, addirittura, 'una valutazione di merito' ed una scelta eminentemente*

[156] V. E. IOSSA, *Le iniziative private*, in Full Report - *Armonizzazione delle procedure negli investimenti in infrastrutture sostenibili,* PIARC, 2021, in *piarc-italia.it*.
[157] *Ex multis*, TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 28 febbraio 2018, n. 328.

ISSN 2036-7821

politica"[158]. Dunque è pacifico, per parte dei giudici amministrativi, che una scelta di questo tipo non possa essere ricondotta entro rigidi schemi procedurali poiché, in questa fase, *"ciò che rileva è esclusivamente l'interesse dell' Amministrazione ad includere le opere e i servizi proposti dal privato negli strumenti di programmazione, all'uopo nominando "promotore" il soggetto imprenditoriale il cui progetto sia risultato maggiormente aderente ai desiderata e agli interessi dell'Ente: nella prima fase, pertanto, gli interessi privati rimangono, per così dire, sullo sfondo, non essendosi ancora entrati nella fase della procedura pubblica di selezione finalizzata a consentire alle imprese interessate il conseguimento del sostanziale bene della vita, costituito dalla aggiudicazione di una pubblica commessa*"[159].

In virtù del fatto che gli interessi del privato rimangono sullo sfondo, la giurisprudenza è conforme nel ritenere che la pubblica amministrazione non abbia alcun obbligo di dare corso alla successiva procedura di gara una volta nominato il promotore, ed anzi si ritiene che in capo a quest'ultimo, a seguito della dichiarazione di fattibilità e pubblico interesse, non si maturi alcun diritto, ma semplicemente una mera aspettativa, condizionata alle successive valutazioni della p.a.[160]

Per i giudici è chiaro quindi che il privato che svolge attività prodromiche alla presentazione di una proposta si assume il rischio che tale proposta non venga scelta o che, anche se scelta, non dia luogo all'apertura della successiva fase concorsuale vera e propria.

Rischio che potrebbe essere mitigato dalla previsione di parametri su cui l'amministrazione debba basare la propria scelta o comunque da un obbligo motivazionale *ex post* in capo a quest'ultima, così da rendere note al privato le ragioni della mancata scelta, ovvero di una scelta alternativa[161].

La giurisprudenza, tuttavia, è rimasta a lungo ferma nel ritenere che l'operatore che si avventura in attività di *project financing* non meriti particolari tutele dinanzi alla mancata nomina di promotore in quanto "*la fase preliminare di individuazione del promotore,* […], *ancorché procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, in quanto intesa non già alla scelta della migliore tra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 10 febbraio 2020, n. 1005)*[162].

Considerazioni queste che ben si attagliavano ad un sistema abituato a considerare

[158] TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 23 aprile 2008, n. 1552.

[159] TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 28 marzo 2019, n. 279.

[160] Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 2019, n. 820.

[161] D'altronde è pacifico che ogni provvedimento amministrativo debba essere motivato, salvo che si tratti di un atto normativo o a contenuto generale (art. 3, L. 7 agosto 1990, n. 241); ed infatti, grazie alle novità introdotte dal decreto correttivo, oggi è previsto che la procedura si concluda, anche in caso di esito negativo, con un provvedimento motivato.

[162] Cons. Stato, Sez. V, 4 giugno 2023 ordinanza n. 5615.

ISSN 2036-7821

l'ipotesi di una singola proposta in relazione ad una specifica iniziativa e che tutelano al massimo livello la libera determinazione dell'amministrazione circa l'effettiva volontà di darvi corso o meno, senza che l'impegno profuso dal privato potesse minimamente incidere sulle valutazioni relative al perseguimento dell'interesse pubblico, lasciato al libero apprezzamento dell'amministrazione, nemmeno mediante il condizionamento che potrebbe derivare dall'obbligo di motivazione.

Nel quadro delineato dal nuovo Codice, tuttavia, lo scenario più plausibile è altro, atteso che le disposizioni con finalità incentivanti dell'istituto, tra cui ad esempio l'obbligo di pubblicità preventiva in ordine ai fabbisogni da soddisfare mediante finanza di progetto, avranno come conseguenza naturale la concomitante presentazione di più proposte in relazione alla medesima iniziativa; evenienza questa sino ad oggi relegata alla mera casualità che due o più imprenditori maturassero la stessa idea e per di più all'interno del medesimo arco temporale.

Va da se che, in presenza del diritto di prelazione che si accompagna alla nomina a promotore (riservata al proponente la soluzione prescelta), la successiva fase di gara non è in grado di assicurare realmente la concorrenza; o quanto meno assicura gli effetti benefici della concorrenza se riguardata con la lente della parte pubblica, che beneficia di più proposte economiche da comparare e scegliere, ma non con quella del privato, le cui *chances* di aggiudicazione della concessione restano *ab initio* frustrate dal possibile esercizio dell'opzione riservata al promotore.

In questo modo, l'eccessiva discrezionalità rischiava di disincentivare eventuali spinte dei privati a presentare proposte, comportando il venir meno di quel senso di collaborazione che è proprio del *project financing* poiché il privato rimaneva in balia di una scelta assolutamente discrezionale, unilaterale e insindacabile della p.a., che finiva per condizionare il risultato atteso dallo sforzo profuso in termini di costi e idee.

Peraltro all'amministrazione, nella prima versione del Codice, non veniva nemmeno imposto un vero e proprio dialogo con i diversi operatori economici affermandosi che "*sull'amministrazione incombe l'onere di procedere ad una valutazione comparativa delle proposte […] riservando a ciascuna di esse pari considerazione, ma non anche di attivare il contraddittorio procedimentale- previsto dall'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016* (poi art. 193 d.lgs. n. 36/2023 n.d.r.*)- ogni qualvolta pervenga una proposta di progetto ovvero per il solo fatto di aver attivato il dialogo nei confronti di un determinato proponente*"[163].

Dunque, si riteneva che seppur formalmente fosse necessaria una comparazione, sostanzialmente era sufficiente una valutazione "*condotta in termini […] globali e sintetici*"[164].

[163] TAR Campania, Sez. I, 10 maggio 2022, n. 3179.
[164] Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2024, n. 1443.

ISSN 2036-7821

Sul tema è stata più di una volta chiamata a pronunciarsi la Corte di Giustizia dell'Unione europea.

La prima volta, nel 2004, la Commissione europea ha proposto ricorso alla Corte di Giustizia, per censurare la normativa italiana in materia di *project financing*; ritenendo che gli artt. 37 bis, 37 ter e 37 quater della legge n. 109/1994, nel disciplinare il diritto di prelazione in capo al promotore, non fossero rispettosi del principio di parità di trattamento poiché conferirebbero al promotore il vantaggio di modificare la propria proposta anche in una fase successiva alla gara al fine di adeguarla a quella aggiudicata. Nel 2008 la Corte, in risposta alle suddette censure, ha dichiarato irricevibile il ricorso, affermando che le censure sollevate dalla Commissione non indicavano quali "direttive e/o disposizioni del Trattato la Repubblica italiana avrebbe precisamente violato commettendo asseritamente una violazione del principio di parità di trattamento"[165]. Di conseguenza, il legislatore italiano, dopo aver cercato di adeguarsi ai rilievi della Commissione europea sollevati nell'ambito di una procedura d'infrazione attivata nel 2002, ha reintrodotto nel 2008 il diritto di prelazione. Questo diritto era stato inizialmente modificato e successivamente rimosso nel 2007 con il secondo correttivo al Codice dei contratti pubblici allora vigente[166].

La Corte di Giustizia UE è stata chiamata a pronunciarsi, nuovamente, in virtù di due diversi rinvii pregiudiziali del Consiglio di Stato.

Una prima volta il Consiglio di Stato[167]ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale nei seguenti termini: "*se l'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 è contrario al diritto UE e in particolare ai principi di pubblicità, imparzialità e non discriminazione contenuti sia nel Trattato che nei principi UE, propri di tutte le procedure comparative, laddove interpretato così da consentire trattamenti discriminatori in una procedura di attribuzione del diritto di prelazione, senza predefinizione dei criteri e comunque senza comunicazione dei medesimi a tutti i concorrenti ma solo ad alcuni di essi, quanto meno al decorso dei tre mesi di urgenza previsti da tale articolo*".

Nell'ordinanza il Consiglio di Stato si è pronunciato incentrando il *decisum* sulla procedura di finanza di progetto e ha voluto escludere che la fase di scelta del promotore potesse consistere in un confronto concorrenziale sottoposto ai principi delle gare pubbliche, affermando che si tratta di uno "*strumento tramite il quale l'amministrazione definisce di concerto con il privato un obiettivo di interesse pubblico da*

[165] Corte di Giustizia UE, Sez. II, 21 febbraio 2008, nella causa C-412/04.

[166] Il legislatore ha apportato una prima modifica all'istituto della prelazione, con la legge n. 62 del 18/04/2005, disponendo che fossero delineati dei criteri, all'interno dell'avviso di sollecitazione, per valutare comparativamente le diverse proposte e che fosse preannunciata la facoltà, rimessa in capo al promotore, di esercitare un diritto di prelazione. In un secondo momento è stata prevista la pubblicazione di tali criteri e dell'esistenza del diritto di prelazione negli atti programmatori della p.a. ad opera del d.lgs. n. 163/2006; ed infine nel 2007, con il d.lgs. n. 113 il diritto di prelazione è stato rimosso.

[167] Cons. Stato, Sez. V, 4 giugno 2023 ordinanza n. 5615.

ISSN 2036-7821

realizzare;[…]"[168] e che ciò è confermato dal fatto che l'amministrazione, come già affermato, non ha l'obbligo di indire la gara una volta nominato il promotore[169].
La Corte di Giustizia non si è però pronunciata nel merito dell'opinione del Consiglio di Stato, dichiarando la manifesta irricevibilità della questione pregiudiziale[170].
Ciononostante, la stessa V sezione del C.d.S. ha ritenuto successivamente[171] di dover richiamare, al fine di avallare la propria interpretazione, la pronuncia della Corte europea nella parte in cui si afferma che la prima fase della procedura di finanza di progetto "*non è «un modulo di confronto concorrenziale sottoposto al principio delle procedure di evidenza pubblica […]".* A dire il vero sembrerebbe che quanto citato dalla Corte europea avesse il solo fine di mettere in luce un'incongruenza nella formulazione del rinvio pregiudiziale da parte del collegio nazionale.
Da questa esperienza giurisprudenziale è possibile concludere che vi sia una certa chiusura delle corti nazionali ad ammettere soluzioni diverse. Il C.d.S in quell'occasione ha infatti voluto trovare conferma alle proprie tesi da parte degli organi europei e nonostante la conferma non fosse arrivata, ha ritenuto di estrapolarla in modo forzoso con richiami inesatti.
La questione è stata recentemente riaperta, in virtù di un nuovo rinvio pregiudiziale disposto sempre dalla V sezione del C.d.S.[172] nei confronti della Corte di Giustizia dell'Unione europea.
Questa volta il Collegio si è interrogato direttamente sull'istituto della prelazione in sé, dubitando della sua compatibilità con il dritto eurounitario, come d'altronde era già avvenuto in passato.
Il quesito specifico posto alla Corte europea è *"se i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli artt. 49 e 56 TFUE, nonché la direttiva n. 2014/23/UE, interpretati alla luce dei principi di proporzionalità, buona amministrazione ed efficienza, e l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, per il caso in cui la Corte lo ritenga applicabile, osti alla disciplina nazionale della prelazione, contenuta nell'art. 183 comma 15 d.lgs. 50/2016"* (oggi: art. 193, d.lgs. n. 36/2023).
In realtà ne la Direttiva n. 2014/23/UE ne le norme dei Trattati fanno espresso riferimento alla prelazione, ma neppure la vietano.
Tuttavia, il Collegio rileva che nonostante tale diritto coincida con la piena attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale *ex* art. 118 Cost. promuovendo l'iniziativa

[168] Cons. Stato, Sez. V, 4 giugno 2023 ordinanza n. 5615.
[169] Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2018, n. 6633.
[170] La domanda è stata ritenuta irricevibile poiché il giudice nazionale ha rappresentato in maniera succinta i fatti e ha fornito in modo lacunoso il quadro normativo di riferimento, non spiegando inoltre la rilevanza dei principi del diritto dell'Unione europea per la causa e non collegando tali principi alla normativa nazionale applicabile. Inoltre, non sono stati forniti elementi sufficienti per valutare se la concessione, oggetto della controversia rientrasse nelle Direttive 2014/23/UE o 2006/123/CE.
[171] Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2024, n. 1443.
[172] Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 2024, ordinanza n. 9449.

ISSN 2036-7821

del privato nei confronti dell'attività pubblica, produce, d'altra parte, possibili effetti anticoncorrenziali nella gara che si svolge a valle della procedura di finanza di progetto.

Tra questi: garantisce l'aggiudicazione del promotore anche se non ha presentato l'offerta migliore, di conseguenza non premia l'offerta preferibile per l'ente concedente, ma premia il solo sforzo profuso del privato che ha elaborato per primo una proposta. In aggiunta la disciplina della prelazione non richiede che la proposta abbia un carattere innovativo, né come qualità intrinseca dell'oggetto della proposta né in relazione alla novità dello stesso rispetto all'attività precedentemente svolta dall'amministrazione.

Il collegio sottolinea inoltre che la disciplina non presuppone una trasparenza iniziale riguardo alla posizione di privilegio riservata al promotore. Infatti, il diritto di prelazione viene reso noto solo successivamente, con l'avvio della gara tramite una specificazione nel bando, sebbene esso sorga in un momento precedente a tale comunicazione.

Infine, il collegio osserva, come già sottolineato più volte nella presente trattazione, che la disciplina (come delineata nel Codice precedente e nella prima versione del nuovo[173]) manca di garanzie e moduli procedimentali nel caso in cui più promotori presentino una proposta, non essendo prevista alcuna regola che stabilisca le modalità di scelta del soggetto cui verrà riconosciuto il beneficio della prelazione.

Ne consegue che anche in seno alla giurisprudenza sono emersi timori in relazione a tale impostazione. Un'analisi più approfondita delle decisioni giurisprudenziali rivela, infatti, che si registra un'apertura nel riconoscere che, nella fase preliminare del *project*, gli operatori economici vengano di fatto sottoposti a un confronto implicito tra loro. Ne deriva, pertanto, l'esigenza di attribuire a tale fase maggiori garanzie, e quindi la necessità di avanzare delle ipotesi di soluzioni idonee a cercare un equilibrio tra l'assenza di una disciplina normativa specifica[174] e l'espletamento di una gara, che risulterebbe sproporzionato rispetto allo scopo e costituirebbe un appesantimento della procedura che già ne prevede una in una fase successiva.

Tra le pronunce che mostrano un'apertura in tal senso, vi è la sentenza del 13 febbraio del 2024 con cui il Consiglio di Stato, Sez. V[175], sostiene e dà per scontato che una comparazione, qualora pervengano più proposte in *project financing* all'ente concedente, debba comunque essere svolta, pur ritenendo che debba avvenire in forma succinta.

Dunque, la giurisprudenza non esclude del tutto una fase comparativa, anzi la

[173] Rispettivamente: art. 183, d.lgs. n. 50/2016 e art. 193, d.lgs. n. 36/2023.
[174] Come previsto nella prima impostazione dell'art. 193 d.lgs. n. 36/2023.
[175] Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2024, n. 1443.

ISSN 2036-7821

qualifica come un onere che ricade in capo alla pubblica amministrazione[176]. Di conseguenza in questa fase, poiché è necessario procedere a una valutazione delle diverse proposte per verificarne la corrispondenza a interesse pubblico, diventa importante rispettare alcuni principi fondamentali[177], pur se l'ampiezza del parametro assunto resta naturalmente refrattaria all'esercizio di una piena tutela giudiziaria[178].

Sul punto è la stessa Sezione del Consiglio di Stato che, con diversa pronuncia, richiede il rispetto di determinati principi nella fase di nomina del promotore, sebbene escluda si tratti di un modulo di confronto concorrenziale[179]. E infatti nella sentenza si legge che "*anche nella fase preliminare di individuazione del promotore, proprio perché connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, e comunque procedimentalizzata, s'impone l'applicazione dei principi generali dell'attività amministrativa, in primis di pubblicità e di trasparenza, nonché di non discriminazione e parità di trattamento tra tutti gli operatori economici interessati, in quanto funzionale alla migliore cura dell'interesse pubblico […]*"[180].

Dunque, con quest'ultima pronuncia il Consiglio di Stato da una parte esclude la necessità che si adottino gli specifici principi dell'evidenza pubblica, pena la duplicazione di una gara, dall'altra però invita le amministrazioni a rispettare i principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, con la finalità di ampliare il più possibile "*il novero delle proposte tra le quali esercitare la scelta del project financing […]*". Ciò implica la necessità di garantire la massima attuazione dei suddetti principi, che non possono soccombere dinanzi al risultato amministrativo[181]senza, d'altra parte, esasperarli al punto da generare effetti disincentivanti, come già accennato.

A tal fine risulta di particolare importanza il parere del Consiglio di Stato sulla prima bozza soggetta a bollinatura del Decreto correttivo al d.lgs. n. 36/2023. Proprio in merito all'individuazione selettiva della proposta, è stato affermato che questa debba, quando ne ricorrano le condizioni, avvenire in forma "*effettivamente comparativa e con modalità oggettive e trasparenti, sulla base di criteri predeterminati e con*

[176] TAR Campania, Napoli, Sez. I, 10 maggio 2022, n. 3179.

[177] L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, richiamando la propria giurisprudenza, afferma nella sentenza n. 1 del gennaio 2012 che "*La presenza di aspetti di stretta discrezionalità amministrativa non elide la necessità di rispettare alcune essenziali regole di trasparenza e ragionevolezza, tanto più rilevanti quando la valutazione delle proposte si svolga in un contesto comparativo* […]".

[178] E. PARISI, *Selezione del promotore e tutela giurisdizionale nel project financing a iniziativa privata,* in *Diritto Processuale Amministrativo*, Giuffrè, 2018, fasc. 4.

[179] Si segnala un orientamento contrario, Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741, secondo cui "*è ius receptum che la procedura di scelta del promotore, pur dovendo articolarsi come confronto concorrenziale tra più proposte, non è soggetta, in linea generale, alle regole rigorose di una vera e propria gara, essendo al contrario caratterizzata da maggiore elasticità e libertà dai formalismi*".

[180] Cons. Stato, V, 18 gennaio 2024, n. 257.

[181] Cfr. A. POLICE e M. IMMORDINO (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit.

ISSN 2036-7821

formale esito provvedimentale costitutivo, suscettibile di impugnazione in sede giurisdizionale da parte degli operatori controinteressati".

Questo tema, tuttavia, non trova risposta adeguata nelle modifiche introdotte dal legislatore, con il Decreto Correttivo al vigente Codice, mettendo la prima proposta al servizio di tutti, rendendo la procedura macchinosa, prolungando i tempi e, infine, non fornendo nemmeno indicazioni chiare sui tanto discussi criteri predeterminati.

In materia, infine, non mancano naturalmente le pronunce della Corte di Giustizia che riconoscono la portata generale dei principi che governano le procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Tali principi, infatti, devono essere rispettati in ogni circostanza, anche qualora l'aggiudicazione dell'appalto non rientri, per valore, nell'ambito di applicazione della Direttiva in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. La Corte, in tal modo, ribadisce l'obbligo di conformarsi alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE, con particolare riferimento ai principi della parità di trattamento, non discriminazione e all'obbligo di trasparenza[182].

La normativa nazionale per come è stata impostata nella prima versione del d.lgs. n. 36/2023 non sembrava indirizzare gli enti pubblici in tal senso.

D'altronde è la stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea ad aver affermato che se, da un lato, anche in assenza di una procedura di gara, per gli affidamenti vige un obbligo di trasparenza finalizzato a garantire la massima pubblicità, la concorrenza e il controllo sull'imparzialità della procedura[183], dall'altro lato gli Stati membri hanno un potere discrezionale nel prevedere le modalità con cui deve essere garantito il rispetto dell'obbligo di trasparenza, richiesto in tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici[184].

Se però il legislatore nazionale è libero di adottare le modalità che ritiene più opportune al fine di garantire il rispetto dei principi comunitari, questa discrezionalità non può tuttavia sfociare nella totale assenza di disciplina che ha caratterizzato sino a poco fa il nuovo Codice dei contratti pubblici.

Il Decreto correttivo si colloca in questo contesto, introducendo le prime aperture verso un miglioramento della disciplina vigente. In particolare, per la prima volta vengono esplicitamente previsti degli oneri pubblicitari, finalizzati a garantire un livello minimo di trasparenza nell'espletamento delle procedure. Tuttavia, come è stato osservato, tali previsioni non risultano pienamente adeguate.

Sarà a questo punto dirimente l'intervento della Corte Europea in risposta all'ultimo rinvio disposto dal C.d.S.[185], che se dovesse stabilire che l'istituto della prelazione sia

[182] Corte di Giustizia Europea, Sez. IV, 14/07/2022, n. 436/20.
[183] Sent. 13/11/2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punto 25 e la giurisprudenza ivi citata.
[184] Sent. 27.11.2019, C-402/18, EU:C:2019:1023.
[185] Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 2024, ordinanza n. 9449.

ISSN 2036-7821

contrario al diritto comunitario, renderebbe superflue le criticità sollevate in questa sede in merito alla disciplina della prima fase della finanza di progetto. In tale ipotesi, si renderebbe necessario ripensare *ex novo* le modalità più idonee per l'affidamento della concessione attraverso lo strumento del *project financing*, eliminando il privilegio rappresentato dalla prelazione.
Diversamente, qualora la Corte decidesse di confermare la validità della prelazione, ritenendola di fondamentale importanza per incentivare la concorrenza e favorire lo sviluppo del mercato dei contratti pubblici, si imporrebbe comunque l'introduzione di garanzie adeguate a evitare di scoraggiare i successivi proponenti, evitando al contempo di introdurre oneri pubblicitari eccessivi o procedure troppo rigide che potrebbero avere l'effetto contrario e scoraggiare la presentazione della proposta iniziale.
In assenza di sufficienti garanzie per i proponenti successivi, questi ultimi potrebbero infatti essere dissuasi dal presentare proposte per timore che l'aggiudicazione venga inevitabilmente rimessa al beneficiario della prelazione; e d'altra parte, un'eccessiva attenzione verso i proponenti successivi, come avviene con la nuova disciplina introdotta dal Decreto correttivo, potrebbe disincentivare il primo proponente. Quest'ultimo, infatti, sapendo che la sua proposta sarà immediatamente anticipata e fungerà pressoché da avviso pubblico per altre proposte, e considerando anche le lungaggini della procedura e gli oneri economici significativi, potrebbe essere riluttante a compiere il primo passo.
Pertanto, si dovrebbero prevedere strumenti di tutela adeguati sin dalla fase antecedente all'attribuzione del diritto di prelazione, al fine di garantire un effettivo equilibrio tra il privilegio accordato e la parità di accesso al procedimento, senza però snaturare la *ratio* del *project financing*, ossia premiare l'iniziativa privata senza compromettere la spontaneità e la competitività della prima proposta, con il renderla immediatamente accessibile a tutti i soggetti interessati. Inoltre, è fondamentale evitare di trasformare una procedura, originariamente snella e attrattiva per gli investimenti rapidi, in un meccanismo eccessivamente complesso e macchinoso.

7. Proposte de jure condendo.

La procedura di affidamento delineata dall'art. 193 del d.lgs. n. 36/2023 non garantiva una tutela adeguata agli operatori economici nella fase di valutazione da parte dell'ente concedente in merito alla nomina del promotore, lasciando un evidente *vulnus* normativo. La norma non forniva alcuna indicazione circa le modalità di valutazione della fattibilità e dell'interesse pubblico dei progetti nell'ipotesi in cui più operatori economici presentassero proposte concorrenti.
Per colmare questa lacuna, il Decreto correttivo, ha introdotto obblighi più stringenti di trasparenza e pubblicità durante l'intera fase preliminare alla gara.

ISSN 2036-7821

Tuttavia, anche questa impostazione potrebbe avere conseguenze potenzialmente negative. Infatti, come già illustrato, potrebbe scoraggiare gli operatori dal presentare per primi una proposta, per il timore di una potenziale anticipazione legata alla pubblicazione della proposta stessa, che condurrebbe gli altri proponenti a presentare proposte sul modello della prima, con miglioramenti anche minimi, senza grandi sforzi in termini di *know-how*, creatività ed investimenti.
Inoltre, la maggiore complessità della procedura rischia di snaturare la vera essenza del *project financing*, un istituto concepito per essere flessibile e orientato alla rapidità, in nome del progresso e dell'innovazione.
In aggiunta, enfatizzando la trasparenza del procedimento e allungandone i tempi, il legislatore ha voluto incentivare forzatamente la presentazione di proposte da parte di altri operatori, alterando lo scopo del *project financing* a iniziativa privata diretta, il cui presupposto fondamentale è premiare proprio l'originalità dell'idea e l'intraprendenza di chi la concepisce e la propone.
Infine, la nuova disciplina ha sostanzialmente trasformato la fase para-comparativa per ottenere la prelazione in una procedura di gara ad evidenza pubblica, rendendo inutile il vantaggio stesso della prelazione.
La prelazione rappresentava il "compenso" che il promotore riceveva in fase di gara per aver concepito l'idea di realizzare un'opera o fornire un servizio, elaborando il progetto di fattibilità e il relativo piano economico-finanziario (PEF). Questo sistema consentiva al promotore di aggiudicarsi la concessione attuativa della propria idea anche nel caso in cui non avesse vinto la gara.
Ma ora che il primo proponente deve gareggiare per ottenere la prelazione, si pone il quesito sulla reale utilità e vantaggio che tale istituto offre rispetto agli altri concorrenti.
Il diritto di prelazione nasce con la funzione di premiare l'attività del primo proponente, partendo dal presupposto che sia naturale affidare il contratto a chi lo ha ideato e strutturato. Tuttavia, se il sistema attuale non garantisce più una reale corsia preferenziale al promotore, emerge la necessità di interrogarsi sull'effettiva utilità del mantenimento della prelazione nel nostro ordinamento o sulla necessità di individuare una disciplina che consenta alla prelazione di mantenere la propria rilevanza, considerato che rappresenta uno strumento fondamentale per garantire risposte efficienti nel mercato.
Infatti, con la prelazione da un lato, si garantisce che gli sforzi del promotore non vengano vanificati da offerte "fotocopia"[186] presentate da altri concorrenti,

[186] I concorrenti della seconda fase tendono a presentare offerte cosiddette "fotocopia", caratterizzate da miglioramenti minimi rispetto alla proposta del promotore. Queste offerte non richiedono un reale impegno in termini di efficienza e non apportano miglioramenti significativi né sotto il profilo qualitativo né sotto quello economico. Ciò è dovuto al fatto che la legge non impone livelli minimi di miglioramento, consentendo così agli offerenti di perseguire una strategia di "minimax", ovvero il minimo sforzo necessario per proporre offerte che

ISSN 2036-7821

conducendo le imprese a investire nel mercato del *project financing* e spingendole ad offrire strumenti sempre più innovativi per il benessere del paese, sia in termini di competitività globale che di crescita interna. Dall'altro, con la prelazione si assicura una continuità operativa per l'amministrazione, che stipula il contratto con un operatore con cui ha collaborato sin dalle fasi iniziali, garantendo in tal modo maggiore efficienza nell'esecuzione del progetto.

D'altronde questo secondo vantaggio trova giustificazione nell'obiettivo del perseguimento del risultato, che oggi rappresenta lo scopo principale nell'affidamento dei contratti pubblici.[187]

Una logica simile è condivisa nel sistema anglosassone, che tende a valorizzare la reputazione consolidata del contraente uscente. Accade spesso, infatti, che nell'ambito degli appalti pubblici, l'operatore uscente venga favorito, per cui gli enti concedenti, dopo aver esaminato le offerte, tendono a concedergli una seconda *chances*, invitandolo a presentare una nuova proposta, purché questa non si discosti eccessivamente da quella del vincitore. Tale approccio si basa sul fatto che le diseconomie legate al passaggio di gestione spesso superano i vantaggi di un'offerta al ribasso presentata dall'aggiudicatario, per cui diviene più conveniente garantire una continuità nel rapporto piuttosto che affidare il contratto a un nuovo operatore con possibili effetti controproducenti. Nel sistema anglosassone, dunque, prevalgono i principi di efficienza ed economicità[188] rispetto a quello della *par condicio*, quando ciò risulta ragionevolmente giustificato[189].

Sul diritto di prelazione si può altresì osservare che, sebbene possa apparire come un vantaggio competitivo ingiustificato a favore del promotore, che può sino alla fase finale modificare la propria proposta per adeguarla a quella vincente, in realtà, oltre alle ragioni già esposte che ne dimostrano la legittimità e la convenienza, è possibile avanzare ulteriori argomentazioni desumibili direttamente dalla normativa.

In primo luogo, il concorrente aggiudicatario che venga eventualmente escluso dalla procedura a seguito dell'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore, ha diritto a un rimborso. Tale rimborso consiste nel pagamento, a carico del promotore, delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta, entro il limite del 2,5% del valore dell'investimento. Questo meccanismo garantisce che la partecipazione alla gara comporti un costo minimo per i concorrenti, poiché l'attività svolta per la predisposizione dell'offerta è

migliorano in modo quasi impercettibile quella del promotore, ma sufficienti per ottenere l'aggiudicazione. Cfr. sul punto M. RICHI, *Il Diritto Di Prelazione Nel Codice Dei Contratti: Finanza Di Progetto, Efficienza, Law & Economics*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. communit.*, fasc. 1, 2011, pag. 139.

[187] Art. 1 d.lgs. n. 36/2023.

[188] A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 551 ss.

[189] M. RICHI, *Il Diritto Di Prelazione Nel Codice Dei Contratti: Finanza Di Progetto, Efficienza, Law & Economics*, cit.

ISSN 2036-7821

adeguatamente compensata. Tale previsione, quindi, dovrebbe incentivare la partecipazione alla procedura selettiva, mantenendo vivo il principio della concorrenza, anche in presenza del diritto di prelazione.
In secondo luogo, è opportuno sottolineare che l'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore non comporta automaticamente un'accettazione incondizionata della sua proposta originaria, ma al contrario, il promotore è tenuto ad adeguare la propria proposta a quella ritenuta migliore dalla stazione appaltante. Si conferma in tal senso la logica della continuità operativa: l'esercizio della prelazione non vuole che il promotore venga preferito arbitrariamente o esclusivamente in virtù del suo ruolo iniziale, al contrario, la preferenza accordata al promotore si basa su criteri di efficienza e operatività. Infatti, pur valorizzando l'iniziativa del primo proponente, è richiesto comunque che egli adegui e migliori la propria proposta, allineandola con quella dell'aggiudicatario.
In tal modo, il diritto di prelazione si configura come uno strumento che non solo tutela gli interessi del promotore, ma garantisce altresì l'equilibrio tra la valorizzazione dell'iniziativa privata e il rispetto del principio di concorrenza, senza compromettere la qualità dell'offerta selezionata[190].
Infine, è d'uopo ricordare che la prelazione viene attribuita sulla base di un duplice giudizio: da un lato politico, legato all'interesse pubblico, e dall'altro tecnico, relativo alla fattibilità della proposta. Pertanto, anche in assenza di criteri rigidi per la sua attribuzione, essa potrebbe comunque essere considerata conforme ai principi di imparzialità e *par condicio* precedentemente menzionati.
Tuttavia, come è stato già evidenziato, sia in dottrina sia in giurisprudenza vi sono orientamenti discordanti sulla legittimità di tale istituto. Emblematico è il recente intervento della V Sezione del Consiglio di Stato che ha sottoposto alla Corte di Giustizia Europea la questione relativa alla conformità di questo istituto alla normativa comunitaria.
Alla luce di tali premesse, nel contesto del *project financing*, appare possibile avanzare diverse ipotesi di soluzioni alternative rispetto alla disciplina delineata dal legislatore.
Da un lato, si possono individuare soluzioni che preservano il diritto di prelazione, prevedendone la permanenza nell'ordinamento; dall'altro, è possibile prospettare alternative che ne prevedano l'eliminazione, sia in linea con l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che ne contesta la legittimità, sia in ragione del fatto che l'attuale disciplina ne renderebbe superflua l'esistenza.
Partendo dalle ipotesi che contemplano la prelazione, è necessario trovare un

[190] A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, in F.G. SCOCA, F. ROVERSI MONACO E G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Giappichelli, Torino, 2007, pagg. XXIV, 1-364.

ISSN 2036-7821

equilibrio tra il principio di concorrenza, che rischia di essere compromesso dalla prelazione stessa, soprattutto in assenza di criteri prefissati per la sua attribuzione, e la necessità di incentivare l'uso di questi strumenti, che, come già sottolineato, possono generare una maggiore competitività a livello nazionale, grazie al capitale, ma soprattutto al *know-how*, apportato dai soggetti privati.

A tal fine, è necessario distinguere preliminarmente due situazioni diverse: la prima riguarda il caso in cui la pubblica amministrazione inserisca in programmazione esigenze idonee ad essere realizzate attraverso la finanza di progetto e il privato presenti una proposta basandosi su queste; la seconda, invece, concerne le iniziative avanzate direttamente dal privato, al di fuori di quelle in programmazione.

Con riferimento alla prima ipotesi, occorre considerare che, poiché è l'amministrazione a richiedere l'intervento del privato[191], essa è consapevole delle proprie esigenze e conosce, almeno in linea generale, il tipo di intervento necessario. In tale contesto, si potrebbe dunque ipotizzare che, qualora l'amministrazione solleciti il privato per la realizzazione di un'opera, essa stessa, possa definire, almeno in via generale, i criteri per la presentazione delle proposte. Il legislatore, come già evidenziato, ha fatto riferimento a criteri[192], ma non ha chiarito né il momento in cui l'amministrazione debba definirli né gli strumenti da utilizzare per la loro formulazione.

Nello specifico, potrebbe considerarsi l'ipotesi di stabilire taluni criteri già nella fase di programmazione.

I diversi enti potrebbero, infatti, adottare criteri a maglie larghe all'interno degli atti programmatori, che stabiliscano con un certo grado di elasticità le priorità da valorizzare in un determinato settore.

Poiché il *project financing* è una modalità di affidamento delle concessioni che predilige la speditezza e l'innovazione, è opportuno prevedere criteri non troppo stringenti, in modo da lasciare in capo all'ente concedente un margine di discrezionalità nella selezione del progetto di interesse. In caso contrario, questa fase preliminare rischierebbe di trasformarsi in una vera e propria procedura selettiva, già prevista in una fase successiva, scoraggiando così i primi proponenti dal presentar le loro proposte. Questa fase dovrebbe quindi consistere in una prima scrematura, che garantisca determinate tutele per i partecipanti ma che riservi le principali garanzie alla fase di gara successiva. Sarebbe dunque utile adottare criteri flessibili, attraverso un approccio che preveda da un lato un *modus operandi* valido per tutte le tipologie di proposta, dall'altro dei parametri per guidare la selezione, riferiti al settore di interesse. Ad esempio, si potrebbero introdurre metodi standardizzati, come,

[191] Sia in modo indiretto, ossia semplicemente inserendo le proprie esigenze in programmazione, che in modo diretto, ossia sollecitando il privato *ex.* art. 57, comma 16, d.lgs. n. 209/2024, tramite avviso pubblico.

[192] Art. 57, comma 5, d.lgs. n. 209/2024.

ISSN 2036-7821

l'organizzazione di una seduta pubblica per la verifica dei documenti contenti le diverse proposte, l'adozione di un sistema di analisi comparativa applicabile agli elementi fondamentali che caratterizzano ciascuna proposta. Tra i parametri generali di valutazione, si potrebbero includere: le valutazioni delle esternalità, come i costi necessari per mitigare gli impatti negativi sull'ambiente o la valutazione dell'impatto sociale di un determinato progetto; la valorizzazione della voce relativa ai costi dell'intero ciclo vita, che ricomprendono anche i costi d'acquisto, di manutenzione e di smaltimento; la rilevanza dell'innovazione tecnologica delle proposte, nonché l'aderenza di queste agli interessi dell'ente. Infine, all'interno degli atti programmatori potrebbero essere inserite informazioni più dettagliate sul tipo di intervento richiesto, come le capacità contributive dell'ente rispetto al settore in questione o la rilevanza degli aspetti tecnici, gestionali e realizzativi.

La seconda situazione, ossia i casi di finanza di progetto ad iniziativa privata diretta, presenta problematiche di maggiore complessità. Infatti, in tali circostanze, l'ente concedente non ha inserito alcuna proposta nella propria programmazione e, pertanto, si presume sia digiuno di informazioni, anche generali, rispetto al progetto presentato dal privato. Ne consegue l'impossibilità di delineare criteri specifici riferiti al settore o al singolo progetto, ciò in quanto risulta complesso definire parametri e criteri preventivi senza una conoscenza degli interventi da realizzare.

Nel diritto amministrativo, tuttavia, vige il principio della predeterminazione dei criteri nei casi in cui la pubblica amministrazione attribuisca un vantaggio economico ai privati[193]. Di conseguenza, l'amministrazione procedente è tenuta, anche in questo caso a definire in anticipo le modalità e i criteri di attribuzione[194], garantendo così trasparenza e prevedibilità dell'azione amministrativa[195]. Nel caso di specie, però, se da una parte risulta problematico stabilire criteri *ex ante* per la nomina del promotore, del pari problematica risulterebbe l'individuazione degli stessi una volta che i progetti siano stati presentati, perché sarebbero inevitabilmente influenzati dalle caratteristiche già note dei progetti stessi, falsando così la concorrenza e violando lo stesso principio di predeterminazione, la cui finalità è proprio quella di definire i criteri in anticipo, prima che le offerte siano conosciute, proprio allo scopo di evitare qualsiasi forma di condizionamento[196].

Qualora l'ente concedente formulasse i criteri per selezionare il promotore *ex post*, ossia dopo aver ricevuto più proposte, si finirebbe infatti per anticipare di fatto le preferenze dell'amministrazione in sede di confronto tra proposte, proprio perché i criteri, formulati sulla base dei progetti già presentati, resterebbero anche

[193] Art. 12, L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 83, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.

[194] Cons. Stato, Ad. Plen. 18 gennaio 2012, n. 1.

[195] A. POLICE, *Prevedibilità delle scelte e certezza dall'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 697 ss.

[196] S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Padova, 2002, p. 188.

ISSN 2036-7821

inconsapevolmente condizionati dall'interesse suscitato da questi, finendo per influire sull'esito finale[197].

Per assicurare la parità di trattamento e la massima trasparenza nella fase di nomina del promotore sembra allora debba preferirsi una soluzione diversa. Quando l'amministrazione procede alla scelta del promotore e non conosce preventivamente l'oggetto della proposta potrebbe limitarsi a indicare i motivi per cui ha scelto quel determinato operatore e quel progetto e i motivi per cui non ha scelto gli altri contendenti. La soluzione ipotizzata consisterebbe in questo caso nel richiedere all'ente concedente solamente un obbligo motivazionale rinforzato (*ex post*), mediante il quale specificare le ragioni delle proprie scelte e le valutazioni o gli obiettivi posti a base delle stesse. Quest'obbligo motivazionale diverrebbe lo strumento più idoneo all'attuazione dei principi non solo eurounitari di cui si è parlato ma anche nazionali di cui all'art. 97 Cost., che prescrive che l'attività amministrativa debba essere informata e finalizzata all'imparzialità e al buon andamento. È grazie all'indicazione dei motivi sottostanti una scelta che la p.a., da una parte, può legittimare la propria attività, garantendo la massima trasparenza nei confronti dei consociati, dall'altra, può dare ingresso in qualche misura al sindacato del giudice che, dalla eventuale illogicità della parte motiva, può trarre elementi sintomatici del cattivo esercizio del potere[198]. A riguardo la disciplina previgente (ossia l'art. 183, d.lgs. n. 50/2016) non contemplava un provvedimento conclusivo della procedura ed infatti il giudice amministrativo aveva ritenuto che "*non […] si sarebbe dovuto necessariamente concludere con l'obbligo di concludere la procedura con provvedimento negativo*"[199]. Oggi però la nuova disciplina[200] nella sua prima versione richiedeva che l'attività di valutazione si concludesse con un provvedimento espresso e nella sua versione finale[201] richiede *apertis verbis* la conclusione della procedura con un provvedimento motivato. Diviene pertanto più agevole[202] oggi richiedere una motivazione quantomeno congrua a supporto di tale provvedimento, senza esigere dall'amministrazione la formulazione di criteri che la stessa non sarebbe in grado di formulare e che anzi, se formulati a proposte già presentate, rischierebbero di compromettere il principio di concorrenza. Una motivazione chiara,

---

[197] A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, in V. SPAGNUOLO VIGORITA E R. MARRAMA (diretta da), *Problemi attuali di diritto amministrativo*, Esi, Napoli, 1997, pagg. 1-364.

[198] B. G. MATTARELLA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2023.

[199] TAR Campania, Napoli, Sez. I, 10 maggio 2022, n. 3179.

[200] Art. 193, comma 2, D.lgs. n. 36/2023.

[201] Art. 57, comma 6, d.lgs. n. 209/2024.

[202] Anche se, come noto, ai sensi dell'art. 3, L. 7 agosto 1990, n. 241, ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato (salvi i casi di cui al secondo comma), per cui anche quando la motivazione non è espressamente prevista dalla singola disposizione, è comunque implicitamente richiesta in virtù della legge sul procedimento amministrativo.

ISSN 2036-7821

precisa e coerente, invece, consentirebbe di rendere trasparente l'*iter* decisionale dell'ente, offrendo agli operatori economici, ma soprattutto ai giudici, gli strumenti necessari per valutare l'eventuale cattivo esercizio del potere amministrativo, in termini di discriminazione o sproporzionalità.

D'altronde è la Corte di Giustizia che, interpretando la Direttiva in materia di concessioni[203], ha affermato che la stessa non impone una disciplina specifica agli Stati membri, lasciandoli liberi di prevedere le modalità che ritengono più opportune al raggiungimento dello scopo pubblico nel rispetto degli obblighi di trasparenza, pubblicità e imparzialità[204].

Venendo invece alle ipotesi che non prevedono la prelazione, è possibile identificare due tipologie di interventi che ne dispongono l'eliminazione dal sistema, in conformità con i dubbi di costituzionalità sollevati sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza[205].

Il primo tra questi consisterebbe nell'introduzione del sistema cd. alla cilena. Questo sistema era già stato proposto dal Consiglio di Stato nello schema al Codice del 2023, e prevedeva l'inserimento di un punteggio premiale che sostituisse il diritto di prelazione[206].

Il meccanismo prevederebbe che il promotore, una volta nominato, avrebbe il diritto all'attribuzione di un punteggio aggiuntivo in relazione alla fase di gara vera e propria che dovrebbe stimolare le imprese a concorrere per superare tale punteggio.

Questa modalità farebbe dipendere l'esito della gara dai soli criteri oggettivi determinati nel bando per ottenere i punteggi, e non dalla scelta discrezionale, rimessa in capo al promotore, di esercitare la prelazione.

Il sistema non garantirebbe la continuità del rapporto tra p.a. e operatore economico, di cui si è discusso, ma assicurerebbe un maggiore rispetto del principio di concorrenza.

Infatti mentre la presenza del diritto di prelazione spingerebbe gli altri concorrenti ad avanzare offerte competitive dal punto di vista economico piuttosto che qualitativo, costringendo il promotore ad abbandonare l'idea di esercitare tale diritto per l'impossibilità di garantire quelle stesse condizioni offerte dall'aggiudicatario, il sistema del punteggio premiale garantirebbe che i vari concorrenti presentino offerte qualitativamente valide in vista del superamento del punteggio attribuito al promotore.

Dunque, l'introduzione di questo sistema non solo promuoverebbe l'innovazione e il progresso ma assicurerebbe maggiore imparzialità nello svolgimento della

[203] Direttiva n. 2014/23/UE.

[204] Sent. 27.11.2019, C-402/18, EU:C:2019:1023.

[205] Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 2024, n. 9449.

[206] Art. 193, comma 4, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici".

ISSN 2036-7821

procedura.
Il secondo intervento alternativo postulerebbe una trasformazione dell'intera disciplina. Come più volte detto oggi la disciplina è particolarmente macchinosa, al punto da suggerire l'inutilità della prelazione e la necessità di ridisegnare l'intero modello per conciliare l'esigenza di innovazione e di raggiungimento del risultato, con la necessità di garantire la concorrenza.
Pertanto, i due obiettivi possono essere raggiunti promuovendo prima di tutto una semplificazione della procedura, e quindi riducendo le fasi selettive e poi inserendo criteri forti per l'unica selezione prevista.
Più nello specifico la proposta riformulerebbe la disciplina sulla scia del dialogo competitivo, *ex* art. 74 d.lgs. n. 36/2023, impostandola nei seguenti termini.
La prima fase prevederebbe la formulazione di criteri generici e indicazioni di massima per la presentazione di proposte in sede di programmazione, quando il progetto vi rientra.
Se il invece, il progetto non rientra negli strumenti di programmazione della p.a., allora i criteri e le informazioni dovranno essere formulati in un secondo momento, ossia nella fase in cui gli operatori possono presentare una preliminare manifestazione di interesse *ex* art. 193, comma 2, come modificato dal Decreto correttivo. Infatti, nell'attuale disciplina, questa fase è facoltativa, ma rendendola obbligatoria si consentirebbe all'ente di avere un primo contatto con il progetto di riferimento, in virtù delle informazioni sommarie scambiate con il primo preponente, e di poter quindi individuare indicazioni da fornire agli operatori, senza però conoscerne la proposta definitiva del promotore.
La formulazione dei criteri avrebbe esclusivamente lo scopo di effettuare una prima selezione per permettere agli operatori economici di attivare un dialogo con l'ente concedente. Quindi per garantire maggiore rapidità, sarebbe sufficiente che le imprese presentassero autocertificazioni attestanti i requisiti richiesti, senza necessità di un controllo immediato da parte della pubblica amministrazione poiché tale verifica sarà effettuata in sede di gara.
Tra i criteri e le informazioni, necessari all'instaurazione del dialogo con l'ente, vi saranno solamente l'indicazione del settore merceologico di riferimento (previsto in programmazione o individuato dopo la manifestazione di interesse), del tipo di intervento proposto, le esigenze che si intendono perseguire, i requisiti da soddisfare ed altre informazioni come la durata indicativa della procedura nonché eventuali premi o pagamenti per i partecipanti al dialogo.
Concesso un tempo minimo di adesione, l'amministrazione potrà avviare un dialogo con i diversi proponenti. Con essi si discuteranno diverse soluzioni che potrebbero soddisfare le esigenze dell'ente, in particolare, verrebbero definiti gli aspetti dell'intervento e i mezzi più idonei per realizzarlo. Il dialogo dovrebbe avvenire

ISSN 2036-7821

separatamente con ciascuna impresa, ma con l'obbligo per l'amministrazione di fornire le stesse informazioni ad ogni operatore economico, così da garantire la parità di trattamento tra questi[207]. Una volta individuate le soluzioni migliori a soddisfare l'interesse pubblico, i partecipanti verrebbero invitati a formulare un'offerta finale, che tenga conto delle soluzioni discusse in sede di dialogo, specificando che la posposta definitiva sarà individuata secondo il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa, ossia il miglior rapporto tra qualità e prezzo. A ciò si aggiunge che in relazione alla specifica tipologia di lavoro o servizio, nell'individuazione della posposta, l'ente dovrebbe prendere in considerazione l'apporto della stessa in termini di innovazione, sviluppo e digitalizzazione[208].

Una volta selezionato il contraente, potrà condursi con quest'ultimo una negoziazione volta a definire, di concerto con l'amministrazione concedente, gli altri contenuti dell'offerta con il completamento delle clausole contrattuali, purché ciò non determini una modifica degli elementi fondamentali dell'offerta o dell'intervento da realizzare e purché la possibilità di modulazione del contenuto contrattuale sia prevista in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara[209].

Dunque, riprendendo la disciplina del dialogo competitivo prevista per gli appalti pubblici, si potrebbe introdurre una regolamentazione strutturata per garantire la concorrenza nella selezione dell'operatore economico, aspetto di fondamentale importanza per il legislatore, che aveva a tal fine previsto un doppio livello di gara: una per la scelta del promotore e un'altra per la definizione del progetto.

Questa disciplina semplificherebbe notevolmente il processo, mantenendo le garanzie necessarie alla tutela degli operatori economici.

Infatti, sarebbe garantito il principio di *par condicio competitorum* da parte della p.a., per il fatto di fornire informazioni identiche ai diversi concorrenti, e al contempo si manterrebbe riservato il contenuto specifico del dialogo, evitando che vi sia una conoscenza reciproca delle rispettive proposte. Inoltre, a tutti gli operatori verrebbe offerta la possibilità di elaborare un progetto in linea con gli interessi della pubblica amministrazione, in virtù degli incontri informali effettuati con l'ente concedente. Successivamente, verrebbe indetta una gara per la selezione dell'operatore economico e, una volta conclusa la gara, il progetto potrà essere ulteriormente perfezionato, nel rispetto del vincolo di non modificabilità degli elementi essenziali, al fine di valorizzare esigenze di innovazione e progresso.

8. Conclusioni.

Le ipotesi risolutive prospettate sono nel segno di una particolare attenzione per i

[207] M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., p. 436.
[208] Art. 193, comma 13, d.lgs. n. 36/2023, versione modificata dal d.lgs. 209/2024.
[209] Art. 120, d.lgs. n. 36/2023.

ISSN 2036-7821

principi di trasparenza e sindacabilità dell'azione assicurati mediante il faro della concorrenza.

Va da sé che frequentemente il rispetto di valori la cui osservanza postula la presenza di ulteriori regole procedimentali possa entrare in conflitto con le esigenze di speditezza, efficacia ed efficienza dell'azione.

Il bilanciamento fra queste due direttrici non sempre è agevole e occorre domandarsi allora se le soluzioni proposte siano coerenti o meno con l'impianto assicurato dal nuovo Codice dei contratti pubblici, che sembra propendere piuttosto, seppur con molte contraddizioni[210], per il raggiungimento di obiettivi coincidenti con la volontà contrattuale dell'amministrazione, anche a discapito del perseguimento di altri principi.

In particolare, il principio della concorrenza nell'impostazione del nuovo Codice sembrerebbe dover recedere difronte al "primario"[211] principio del risultato. In dottrina il dibattito è acceso e si ritiene che la nuova primazia del principio del risultato sia giustificata da una serie di fattori interni alla storia politica, economica e sociale italiana[212]. Uno dei motivi determinanti può sicuramente essere ricondotto alla reazione del legislatore nei confronti delle politiche comunitarie. Negli ultimi decenni, infatti, si è avvertita l'influenza dell'Unione europea, che, con un'impostazione orientata alla promozione della concorrenza, ha perseguito l'obiettivo prioritario di garantire la libertà di accesso mercato, anche nell'ambito dei contratti pubblici, contesto in cui emerge la necessità di bilanciare tale principio con altri valori di pari rilievo, primo tra tutti il famoso buon andamento[213] della pubblica amministrazione. Il legislatore nazionale, con la prima versione del Codice del 2023 avrebbe dunque voluto restituire centralità a una disciplina finalizzata al soddisfacimento del committente pubblico, in particolare del suo interesse a concludere un contratto con gli operatori economici e darne tempestiva esecuzione, in linea con gli obiettivi propri delle antiche norme di contabilità[214]. Obiettivi questi

[210] Preme sottolineare che non sempre nella disciplina di dettaglio sembri prevalere il principio di risultato. Si pensi all'art. 122 del Codice che consente di risolvere un contratto già concluso se la stazione appaltante si avvede che l'appaltatore andava escluso dalla gara; si crea in questo modo non solo un *deficit* di certezza del diritto, ma anche un problema di riparto di giurisdizione, con effetti negativi sul raggiungimento del risultato, che coincide con l'affidamento e l'esecuzione di un lavoro, di una fornitura o di un servizio. Si può pensare allora che il vero errore da parte del legislatore sia stato quello di cristallizzare un principio nella prima parte del codice, quando i principi in realtà andrebbero desunti dall'intera disciplina. In questo modo si è imposto come primario il principio di risultato, rendendo d'altra parte ancora più difficile la sua concretizzazione in assoluto.

[211] Art. 1, comma 4, D.lgs. n. 36/2023.

[212] Cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; L.R. Perfetti, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, p. 5 ss.; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *astrid-online.it*, 2023.

[213] Art. 97, comma 1, Cost.

[214] H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, judicium.it, settembre 2023.

ISSN 2036-7821

che interessano meno l'Unione europea, in quanto il buon andamento della pubblica amministrazione, il rendimento ottimale in termini di tempestività e miglior rapporto tra qualità e prezzo non sono fattori di competenza dell'UE[215].

Un secondo fattore sociopolitico si rinviene nella necessità per le pubbliche amministrazioni di riappropriarsi di quella discrezionalità che a lungo gli è stata sottratta in virtù di un clima di piena sfiducia nei suoi confronti[216]. Infatti, negli anni Novanta, a seguito degli scandali di Tangentopoli, gli obiettivi principiali del legislatore nazionale sono stati quelli di eliminare la corruzione e garantire la massima trasparenza, mettendo sullo sfondo il principio del risultato o addirittura mortificandolo[217]. Negli anni si è così generato il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", come si afferma nella Relazione di accompagnamento alla prima versione del nuovo Codice, consistente nel timore da parte dei funzionari pubblici di agire per le possibili conseguenze negative di tipo amministrativo, civile, penale e contabile. Timore che ha finito per aggravare le storture di un sistema nel quale il legislatore si è spinto ad invadere gli ambiti riservati all'amministrazione[218], perché ad una fase inziale, nella quale l'invasione era volta a comprimere i margini di discrezionalità del funzionario pubblico, si è accompagnata la volontà della stessa burocrazia, dalla quale, inutile negarlo, proviene la quasi totalità di proposte di legge, di approntare testi normativi con l'obiettivo di dettagliare al massimo l'attività amministrativa allo scopo di affrancare il funzionario da responsabilità penali ed erariali.

Dunque, alla luce di queste vicende si giustificherebbe la nuova impostazione codicistica, che cristallizza il principio del risultato e lo qualifica come prioritario nella gerarchia[219] dei primi dodici articoli del Codice[220].

Infatti, secondo una prima lettura dell'articolo 1 del D.lgs. n. 36/2023, sembrerebbe che il principio del risultato debba prevelare sul rispetto della concorrenza.

Ciò si può evincere dal secondo e quarto comma ove si legge che: "la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile (...)"; e il termine 'funzionale' potrebbe essere inteso nel senso che la concorrenza sia un mezzo per raggiungere il principio del risultato, e dunque che il rispetto della prima resti subordinato al compimento del secondo. La concorrenza assumerebbe rilievo in tutte le fasi fino a quella esecutiva, ma la sua importanza verrebbe ridotta a mero strumento volto al conseguimento di un altro interesse, ossia la realizzazione

---

[215] R. GRECO, *Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo Codice dei contratti pubblici,* in *giustizia-amministrativa.it*, 2023.

[216] G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *astrid-online.it*, 2023.

[217] R. GRECO, *Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo Codice dei contratti pubblici,* cit.

[218] L. CARBONE, *La genesi del Codice*, in C. CONTESSA E P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, ES, Napoli, 2023, p. 12.

[219] M. A. SANDULLI, *Prime Considerazioni sullo schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *l'amministrativista.it*, 2022.

[220] Art. 1, comma 4, D.lgs. n. 36/2023.

ISSN 2036-7821

dell'opera, la fornitura di un servizio e l'acquisizione di una fornitura[221].
Nel quarto comma si afferma poi che il principio di risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione. E dunque, si conferma che quando la pubblica amministrazione svolge attività volte all'affidamento di un contratto pubblico, dovrebbe dare priorità al perseguimento del principio del risultato mentre il principio di concorrenza resterebbe strumento al servizio del primo[222].
Corollario di questa impostazione è la circostanza che alla concorrenza non sia riservato un autonomo articolo, restando relegata insieme ad altri principi gerarchicamente secondari rispetto a quello del risultato[223].
In tale contesto, le innovazioni introdotte dal Decreto correttivo faticherebbero a trovare spazio, poiché mirano a garantire la parità tra gli operatori economici nelle operazioni di *project financing*, nel rispetto del principio di concorrenza, anche a discapito della celerità dell'azione amministrativa.
Ed invero, avallando tale interpretazione dell'articolo 1 si giustificherebbe, in termini di coerenza strutturale, l'impostazione inziale del nuovo Codice che prevedeva una disciplina più snella all'art. 193 con la finalità di garantire un risultato immediato nell'affidamento dei contratti pubblici[224] anche al fine di garantire maggiori spazi di manovra alle pubbliche amministrazioni, sottraendole di fatto al sindacato del giudice amministrativo vista l'assenza di criteri che predeterminavano l'azione e potessero valere quale parametro per il sindacato successivo.
È necessaria un'ulteriore precisazione: molta della giurisprudenza menzionata ha trattato la questione relativa alla carenza di disciplina per la nomina del promotore facendo riferimento alla normativa previgente ossia il D.lgs. n. 50 del 2016.
Seguendo l'interpretazione secondo cui il principio del risultato deve prevalere sul rispetto della concorrenza, non solo si giustificherebbe l'impostazione originaria di cui all'art. 193 del D.lgs. n. 36/2023, ma si giustificherebbe ancora di più la reticenza del giudice nazionale nel qualificare la scelta del promotore come fase concorsuale, in virtù del fatto che il Codice del 2016 non dava al principio del risultato la stessa importanza data dal d.lgs. n. 36/2023 ed anzi lì il principio di concorrenza trovava la sua massima espansione. E dunque questa interpretazione si giustificherebbe ancora di più oggi di quanto non fosse prima, per l'assenza dello stesso articolo 1 nel precedente Codice degli appalti pubblici.
In realtà tale interpretazione poteva risultare problematica poiché, secondo il dettato

[221] S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *l'amministrativista.it*, 2023, p. 2.
[222] G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, cit.
[223] Art. 3, d.lgs. n. 36/2023.
[224] Come richiesto dall'art. 1 letto in combinato disposto con l'art. 4 del D.lgs. n. 36/2023.

ISSN 2036-7821

normativo[225], il principio di risultato dovrebbe guidare l'amministrazione nell'esercizio della sua attività discrezionale, rischiando così di comprimere anche a livello processuale gli spazi di tutela dell'interesse legittimo dinanzi all'indiscutibile volontà contrattuale della pubblica amministrazione che oggi riceve piena legittimazione in virtù dell'articolo 1 del nuovo Codice[226].

Il legislatore quindi nel 2024 ha preso coscienza di tali problematiche, ed ha adottato una disciplina correttiva dell'articolo 193 che vincola l'attività dell'amministrazione all'interno di schemi più rigidi. Tuttavia, così facendo rischia di produrre un effetto contrario e paradossale, poiché nel tentativo di tutelare la concorrenza, e quindi di attirare imprese e investitori ad entrare nel mercato del *project financing*, si finisce per disincentivare le proposte da parte di questi ultimi a causa della mancanza di flessibilità che è invece propria dell'istituto in questione. Tra le soluzioni avanzate nel presente elaborato, quella che consente, nelle operazioni di finanza di progetto ad iniziativa privata diretta, alla pubblica amministrazione di limitarsi a fornire una motivazione esaustiva, potrebbe rappresentare un valido compromesso. Tale approccio garantirebbe la necessaria flessibilità nelle operazioni, senza lasciare spazi ad atteggiamenti discriminatori da parte degli enti concedenti, pur conservando il controverso diritto di prelazione.

Tuttavia, qualora si accetti che la sola motivazione sia sufficiente, sarebbe imprescindibile offrire una diversa interpretazione all'art. 1 del Codice, che possa riportare su un piano di parità i due principi in questione, assicurando che la p.a., nell'affidamento di un contratto, contempli il rispetto della concorrenza come un obiettivo di eguale importanza rispetto al perseguimento del risultato, salvaguardando così entrambe le esigenze[227].

Con una diversa lettura delle norme sui principi, si potrebbe affermare quindi che l'articolo 1 del Codice indichi, nel primo comma, che il raggiungimento del risultato sia vincolato al rispetto del principio di concorrenza e trasparenza, ponendo in serio dubbio che il risultato possa essere raggiunto derogando alla disciplina concorrenziale e violando le regole di trasparenza. Il dettato normativo, in questa accezione, potrebbe suggerire che il principio di concorrenza costituisca un limite[228] alla tempestiva realizzazione del risultato, ossia l'affidamento e l'esecuzione del contratto.

La lettura del secondo comma potrebbe essere rivisitata nel senso di interpretare la

---

[225] Art. 1, comma 4, d.lgs. n. 36/2023.

[226] D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, cit., p 55.

[227] L'art. 97 della Costituzione pone sullo stesso piano i principi di buon andamento e imparzialità senza delineare alcuna gerarchia tra questi.

[228] H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici,* in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, cit.

ISSN 2036-7821

funzionalità come 'necessità'; con quest'ultima accezione si intenderebbe che la concorrenza tra gli operatori è necessaria al raggiungimento del principio del risultato, e quindi è imprescindibile per questo scopo. Si è affermato infatti in dottrina che solo la concorrenza può assicurare un risultato migliore, senza la quale il risultato stesso sarebbe sicuramente inferiore, quanto meno in termini di qualità ed economicità della prestazione, poiché la concorrenza prima ancora di essere un mezzo, consisterebbe in un metodo e in un limite[229]. Tuttavia, questa determinazione non è sempre confermata dalle norme di dettaglio del codice, che se in alcuni casi tutela pienamente la concorrenza, in altre disposizioni normative invece la bilancia con altri principi o la sottopone persino a limitazioni[230].

Di conseguenza questa seconda interpretazione, ponendo sullo stesso piano il principio di risultato e il principio di concorrenza, assicurerebbe una maggiore tutela agli operatori economici sia dal punto di vista sostanziale che processuale. Infatti, così interpretando i primi articoli del codice[231], l'impostazione risulterebbe maggiormente coerente con il dettato costituzionale, che all'art. 97 pone sullo stesso piano i principi del buon andamento e dell'imparzialità, contrariamente al dettato formale del nuovo Codice che nell'art.1, comma 3 menziona solo il primo, dimenticandosi del secondo.

Infatti, come è noto, dal principio del buon andamento discende il principio del risultato, in quanto esso impone all'amministrazione di agire secondo criteri di economicità, rapidità, efficacia ed efficienza, al fine di realizzare l'interesse pubblico in modo ottimale, e con il minor spreco di risorse possibile.

Dal principio di imparzialità discende, invece, il principio di concorrenza, poiché esso richiede all'amministrazione di agire scevra da condizionamenti e favoritismi, garantendo così la parità di trattamento tra i diversi operatori economici e assicurando una concorrenza leale tra di essi.

Entrambi i principi devono essere rispettati in egual misura.

In questo quadro si ritiene sommessamente che possano trovare albergo le soluzioni prospettate al fine di rendere trasparente e sindacabile l'attività delle amministrazioni chiamate a valutare le proposte di finanza di progetto e scegliere il promotore destinatario del diritto di prelazione.

Al contrario, come già evidenziato, mantenendo l'attuale disciplina sarebbe opportuno interrogarsi sull'utilità del diritto di prelazione, che, nella forma in cui è attualmente previsto, risulta non più funzionale al raggiungimento del suo scopo.

---

[229] H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici,* in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, cit.

[230] S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 13-17.

[231] Artt. 1,2,3 e 4 D.lgs. n.36/2023.

ISSN 2036-7821