

Project financing

# La cessione dei beni immobili della p.a. nel *project financing* dopo la L. 166/2002

di MASSIMO RICCHI (\*)

**Il lavoro, esaminando l'evoluzione dell'istituto del prezzo nei contratti di concessione di costruzione e gestione dalla Merloni *ter* alla Merloni *quater*, si propone di individuare e risolvere i principali problemi applicativi di un'amministrazione locale che voglia intraprendere un procedimento di *project financing* ad iniziativa privata (ex artt. 37-*bis* e ss. della L. 109/94) o pubblica (ex art. 20, comma 2 della L. 109/94), conferendo dei beni immobili in luogo del contributo pubblico per realizzare un particolare assetto urbanistico del proprio territorio.**

## Le premesse

La determinazione n. 22/2002 del 30 luglio 2002 (1) dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici (Autorità) è stata una parziale delusione per tutte quelle amministrazioni che, utilizzando gli artt. 37-*bis* ss. della L. n. 109/94 e s.m.i. (Legge) o *project financing* ad iniziativa privata, erano interessate a porre in essere delle procedure per la costruzione e gestione di opere pubbliche o di pubblico interesse, cedendo beni immobili di proprietà ai concessionari.

L'Autorità nella determinazione si è limitata, infatti, a richiamare il principio di tassatività dei contratti di appalto e di concessione in uso alla p.a. per realizzare i lavori pubblici o di pubblica utilità, enunciato nel comma 01, art. 19 della Legge. Per cui, ad avviso dell'Autorità, alle amministrazioni aggiudicatrici non è consentito realizzare le opere pubbliche con modelli giuridici e schemi procedurali non tipizzati dalla Legge.

Per uscire da un equivoco ricorrente, si deve chiarire che il *project financing* ad iniziativa privata, regolato dagli artt. 37-*bis* e ss. della Legge e il *project financing* ad iniziativa pubblica, regolato dall'art. 20, comma 2 della Legge, sono, di fatto, schemi procedurali finalizzati all'individuazione di un concessionario, che fanno uso del contratto di concessione ex art. 19, comma 2 della Legge, e non sono contratti autonomi.

La parziale delusione è stata suscitata dal fatto che il caso emblematico, utilizzato dall'Autorità per sussumerne il principio di tipizzazione dell'azione amministrativa, è molto particolare. Sembra che l'Autorità non sia voluta entrare nel merito della questione e si sia limitata ad analizzare e cassare un *casus* di (apparente) facile soluzione.

Il quesito, a cui l'Autorità ha negato la praticabilità fa riferimento «ad alcune gare d'appalto, caratterizzate dal

fatto che Stazione Appaltante affida all'iniziativa privata il compito di realizzare con capitale privato opere pubbliche o di interesse pubblico, previa vendita del terreno pubblico all'impresa proprietaria dell'immobile, con il solo vincolo della destinazione dell'opera al servizio pubblico, e percepisce un canone di affitto da parte dell'Amministrazione conduttrice dell'edificio».

Il caso analizzato è quello di un *leasing* immobiliare in cui l'Amministrazione non solo deve cedere il terreno su cui verrà costruita l'opera pubblica, ma, inoltre, è tenuta a corrispondere un canone per la sua fruizione perdendone per sempre la titolarità.

Un caso che unisce così tanti risvolti problematici per la p.a. è raro nella pratica, anche se sotto il profilo economico può essere conveniente (2).

Una spiegazione di questo atteggiamento dell'Autorità è possibile rinvenirlo nell'inatteso entusiasmo degli operatori della materia per un'altra sua determinazione, la n. 20/2001 (3). In questa determinazione si ammetteva che l'amministrazione potesse cedere in proprietà superficiaria una porzione di un parcheggio pubblico per 99 anni - ma è chiaro il *lapsus calami*, ai sensi della leg-

## Note:

(\*) Esperto legale presso l'Unità Tecnica Finanza di Progetto - CIPE. Le opinioni e i commenti del presente lavoro non intendono rappresentare le posizioni dell'Ente di appartenenza.

(1) La determinazione è consultabile nel sito [www.autoritalavoripubblici.it](http://www.autoritalavoripubblici.it).

(2) Il riferimento è all'analisi di *public-private sector comparator*, che permette di evidenziare quale siano i vantaggi economici della p.a. a seconda del percorso amministrativo che intende intraprendere, comparando i valori in termini di costi di un'opera o attraverso il tradizionale appalto pubblico con gestione diretta, o individuando un privato concessionario tenuto alla costruzione e gestione dell'opera, a cui corrispondere un canone periodico.

(3) Vedi *infra* par. «La soluzione interpretativa dell'Autorità».

ge Tognoli, art. 9, n. 122/1989 gli anni sono 90 - al concessionario, in cambio della realizzazione dell'opera e della gestione del parcheggio stesso. La determinazione è sembrata innovativa (lo è ancora), permettendo la realizzazione dell'opera in cambio di una porzione dello stesso immobile in proprietà e con la facoltà di alienarlo. Ma l'Autorità, probabilmente, ha ritenuto eccessiva l'interpretazione data del principio, per cui a cercato di ricondurla, con questa determinazione, ad un orientamento più rigoroso. Ha riconosciuto, infatti, alla facoltà per il concessionario di alienare la proprietà superficaria della stessa opera realizzata, ammessa dalla legge Tognoli (peraltro molto rigorosa nei presupposti di applicabilità), solo la dignità di schema giuridico tipizzato da una legge e non principio di generale applicazione.

La necessità per l'Autorità di ricondurre *ad unum* l'interpretazione era tanto più urgente quando, a pochi giorni dalla determinazione 22/2002, la L. 1° agosto 2002, n. 166 modificava la Merloni *ter*, innovando proprio in materia di cessione di beni immobili ai concessionari e rivisitando completamente l'istituto del prezzo o contributo pubblico.

### Il prezzo nella Merloni-*ter*, i problemi applicativi e la soluzione interpretativa

Prima di esaminare la nuova disciplina è opportuno ripercorrere le problematiche di fronte alle quali si trovava un'amministrazione vigente la Merloni *ter* che, all'interno della procedura di *project financing* ad iniziativa privata (art. 37-*bis* ss.) ma anche pubblica (art. 20, comma 2), avesse voluto assimilare il prezzo o il contributo pubblico ad un bene immobile di proprietà dell'amministrazione stessa. Il caso era ed è molto sensibile perché, nonostante le amministrazioni ricorrono al contratto di concessione di costruzione e gestione, proprio in mancanza di risorse finanziarie, le opere spesso risultano essere, comunque, piuttosto tiepide (4) ed è necessario erogare un contributo pubblico o prezzo in modo da aumentarne la redditività e l'appetibilità per gli investitori privati. Tra le risorse delle amministrazioni pubbliche, nella cronica insufficienza di disponibilità finanziarie, si trovano numerosi beni immobili senza una concreta destinazione d'uso pubblicistica, evidentemente poco valorizzati. L'interesse, che si cercava di comporre, era quello di offrire questi immobili in conto prezzo o contributo pubblico ai concessionari, operazione che trovava il consenso dei privati, i quali avevano le capacità di valorizzarli, come nel caso di un particolare immobile situato all'interno del centro storico, di un'area fabbricabile, etc.

#### Il prezzo

Un'operazione di *project financing*, ex artt. 37-*bis* ss. della Legge, si realizza tramite l'affidamento di un contratto di concessione di lavori pubblici, regolato dall'art. 19, comma 2 della Legge. Tale norma, in attuazione della diret-

tiva 93/37/CEE (5), prevede che nella concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici, la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera realizzata. Ai sensi della Merloni *ter* nel caso in cui fossero stati previsti prezzi o tariffe amministrati, controllati o predeterminati, il soggetto concedente poteva corrispondere un prezzo, avente la finalità di assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, con i seguenti presupposti:

- a) non superare il valore pari al 50% dell'importo totale dei lavori;
- b) essere corrisposto a collaudo effettuato in un'unica rata o in più rate annuali, costanti o variabili.

Il prezzo, inteso come contributo pubblico erogato dall'amministrazione al concessionario, si aggiunge alla controprestazione, che consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente i lavori realizzati. Il prezzo versato al concessionario era giustificato, ex art. 19, comma 2 della Merloni *ter*, in presenza dei c.d. «prezzi amministrati», e cioè in tutti quei casi in cui l'amministrazione sosteneva, parzialmente, il costo della gestione della concessione, affinché il prezzo delle prestazioni diminuisse per l'utente ad un livello predeterminato dall'amministrazione per il perseguimento di proprie politiche sociali (6).

#### L'alienazione dei beni come prezzo nell'appalto pubblico

Le amministrazioni pubbliche si accorsero ben presto come non fosse possibile innestare nei procedimenti di *project financing* ad iniziativa pubblica e privata lo schema di alienazione degli immobili in luogo del prezzo di cui all'art. 19, comma 5-*ter* della Legge. Nonostante l'istituto fosse regolato nello stesso articolo che disciplina il contratto di concessione, era evidente l'incompatibilità delle due procedure. L'art. 19, comma 5-*ter* della Legge prevede la possibilità di sostituire, totalmente o parzialmente, le somme di danaro costituenti il prezzo dell'appalto di sola costruzione di un'opera pubblica, con la cessione in proprietà dei beni immobili appartenenti

#### Note:

(4) Le opere tiepide sono quelle la cui redditività non permette, in un arco di tempo predeterminato, di remunerare il capitale investito per la costruzione e la loro gestione attraverso i flussi di cassa generati dalla vendita dei servizi.

(5) L'art. 1 *sub d*) della Dir. 93/37/CEE del 14 giugno 1993, pubblicata in GUCE il 9 agosto 1993, entrata in vigore il 5 luglio 1993, prevede che «la concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di cui alla lettera a) (appalti di lavori pubblici), ad eccezione del fatto che la controprestazione in lavori consiste nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

(6) R. Caranta, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di F. Caringella, Milano, 1999, 512; G. Leone, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. Carullo - A. Clarizia, Padova, 2000, Tomo I, 614; M. Zoppolato, in *Legge quadro sui lavori pubblici*, D. Tassan Mazzocco - C. Angeletti - M. Zoppolato, Milano, 1999, 121.

all'amministrazione nel caso in cui non assolvano più funzioni di pubblico interesse.

Questa incompatibilità procedurale emerge specialmente laddove, nel caso di appalto di opere pubbliche, è ammessa anche l'offerta disgiunta (o quella del costruttore delle opere o quella dell'acquirente dell'immobile), circostanza, questa, impossibile da attuarsi nei procedimenti di affidamento (*project financing* ad iniziativa privata e pubblica) del contratto di concessione di costruzione e gestione, che ammettono esclusivamente l'offerta congiunta per la realizzazione dell'opera e per l'acquisizione dell'immobile. In sintesi si può affermare che l'applicazione di tale norma è limitata soltanto al contratto di appalto e non è estensibile, in via analogica, al contratto di concessione di lavori pubblici che costituisce una fattispecie del tutto diversa; questa considerazione è avvalorata dal rilievo che l'art. 19, comma 5-ter della Legge e l'art. 83 del D.P.R. n. 554/99 (il «Regolamento») si riferiscono al *nomen juris* dell'appalto e non del contratto di concessione (7).

#### **La soluzione interpretativa dell'Autorità**

La determinazione n. 20/2001 dell'Autorità sembra accogliere il carattere di «fungibilità» del prezzo - inteso sia come apporto in termini pecuniari sia diritti su immobili - con riguardo esclusivamente al procedimento ex artt. 37-bis ss. della Legge. Rileva l'Autorità «che l'art. 19, comma 2 della Legge, quando si riferisce al prezzo intende riferirsi esclusivamente ad una prestazione a carattere pecuniario». Però, sottolinea l'Autorità «l'art. 37-bis della Legge pur riferendosi all'istituto del contratto di concessione, di cui all'art. 19, comma 2 della Legge, da esso si discosta nell'uso della locuzione «con risorse totalmente o parzialmente a carico dei privati». Il Legislatore dunque si allontana dal concetto giuridico di «prezzo» per prevedere una forma di concorso da parte dell'ente concedente che può assumere forme molto diverse fra le quali può ricomprendersi la concessione del diritto di superficie di aree di proprietà dell'amministrazione stessa». *Mutatis mutandis*, sostituendo, cioè, la cessione del diritto di superficie, relativo alla medesima opera pubblica costruita dal concessionario, con la cessione della proprietà piena di altro bene patrimoniale disponibile dell'amministrazione, sembra proprio che il concetto di fungibilità del prezzo abbia trovato il *placet* dell'Autorità e, quindi, la conferma della sua legittimità anche se solo per il *project financing* pubblico. Questa nuova logica «*proteiforme*» del prezzo, e cioè di un concetto duttile che permette di includervi tutto ciò che possa costituire un'utilità economica in senso lato, costituisce un'eccezionale volano per la praticabilità dei procedimenti di *project financing* con dei rischi che verranno esaminati.

#### **La compatibilità con la disciplina degli enti territoriali**

Non c'era nessuna norma che vietava esplicitamente di

considerare come contributo pubblico un qualsiasi bene suscettibile di apprezzamento economico, ciò che poteva contrastare, invece, erano le norme che regolano l'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche. Per cui la ricostruzione del prezzo «fungibile» imponeva una verifica di compatibilità con la disciplina che regola l'alienazione dei beni appartenenti agli enti territoriali. L'art. 12, comma 2 della L. n. 127 del 15 maggio 1997 (8), stabilisce che «i comuni e le province possono procedere alle alienazioni del proprio patrimonio immobiliare anche in deroga alle norme di cui alla L. 24 dicembre 1908, n. 783, e successive modificazioni, nonché alle norme sulla contabilità generale degli enti locali, fermi restando i principi generali dell'ordinamento giuridico contabile. A tal fine sono assicurati criteri di trasparenza e adeguate forme di pubblicità per acquisire e valutare concorrenti proposte di acquisto, da definire con regolamento dell'ente interessato». Questa disposizione esonera gli enti territoriali dalle farraginose norme prebelliche in materia di amministrazione del patrimonio e della contabilità generale dello Stato e, allo stesso tempo, fissa alcuni principi imprescindibili in materia di alienazione di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio disponibile, in particolare:

- si deve sempre procedere con una gara ad evidenza pubblica valutando le offerte di possibili concorrenti, con esclusione, pertanto, della trattativa privata;
- si deve procedere garantendo idonee forme di pubblicità.

Questi due importanti criteri devono coordinarsi con i principi di gestione indicati all'art. 192 del D.Lgs. n. 267/2000 (9) «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali», dove è indicato che «La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa, indicante:

- a) il fine che con il contratto si intende perseguire;
- b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali;
- c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base.

Si applicano in ogni caso, le procedure previste dalla normativa della Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano».

Il coordinamento e il rispetto di queste disposizioni permette all'amministrazione di intraprendere la proce-

#### **Note:**

(7) In tal senso M. Zoppoloto, in op. cit., 121; D. Galli, in *Il regolamento della legge sui lavori pubblici*, D. Tassan Mazzocco - C. Angeletti - M. Zoppoloto - A. Costantini - D. Galli - C. Guccione - F. Leggiadro, Milano, 2000, 280; R. Caranta, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, cit., 521.

(8) «Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa», pubblicato in G.U. del 17 maggio 1997, *Supplemento Ordinario*, n. 98/L.

(9) «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali», pubblicato in G.U. n. 227 del 28 settembre 2000, *Supplemento Ordinario*, n. 162.

dura ex artt. 37-bis ss. della Legge, stipulando un contratto di concessione di costruzione e gestione e, contemporaneamente, di alienare il patrimonio disponibile dell'amministrazione al concessionario. L'amministrazione aveva l'onere di motivare l'utilizzo di una sola procedura concorsuale per la stipulazione di due contratti, sostenendo che il contratto di alienazione era funzionale alla realizzazione delle opere pubbliche mediante il contratto di concessione di costruzione e gestione. L'alternativa di procedere mediante un'asta pubblica all'alienazione dei beni immobili e poi finanziare la concessione di costruzione e gestione con il ricavato, era farraginoso e deprimeva l'interesse dei privati. È evidente che il concessionario voleva aggiudicarsi l'appalto di concessione solo se acquisiva le aree o l'immobile cui era interessato. L'unica strada per assicurare potenzialmente il successo della gara di concessione delle opere pubbliche, ricordando che questo è l'interesse principale dell'amministrazione, era quella di alienare le aree del patrimonio disponibile al concessionario. L'unico percorso possibile era quello di utilizzare una sola procedura per la stipulazione di due contratti, quello di concessione e quello di alienazione, subordinando il secondo al primo in virtù dell'interesse principale dell'amministrazione alla realizzazione delle opere pubbliche. Quest'ultima riflessione sull'interesse principale da perseguire, permetteva di superare le perplessità riguardo alla limitazione della concorrenza per l'alienazione dei beni immobili, a causa del fatto che gli offerenti potevano qualificarsi solo con i requisiti stringenti stabiliti per i concessionari dagli artt. 98 e 99 del Regolamento. Il contratto di concessione e il contratto di alienazione sono contratti collegati la cui coesistenza ed il nesso di funzionalità avevano trovato, nell'ipotesi di procedimento ex artt. 37-bis ss. della Legge, oramai, anche l'avallo dell'Autorità. Il procedimento concorrenziale ad evidenza pubblica per l'alienazione dei beni immobili con le relative forme di pubblicità veniva garantito mediante la doppia gara prevista dagli artt. 37-bis ss. della Legge. Inoltre, per queste considerazioni era legittimo alienare i beni immobili anche con lo schema procedimentale concessorio, ex art 20, comma 2 della Legge, invece, escluso, a dire il vero senza motivazioni convincenti, dalla precitata determinazione dell'Autorità.

### La nuova formulazione del prezzo nell'art. 19, comma 2 della Merloni-quater

L'art. 19, comma 2 della Legge con riguardo al prezzo-contributo pubblico è stato profondamente riformato dalla L. n. 166/02, infatti, è stato eliminato il limite massimo di erogazione del prezzo (10) (prima il 50% del valore delle opere) ed, inoltre, la concedibilità del prezzo-contributo è stata sganciata dall'imposizione al concessionario di praticare delle tariffe o prezzi amministrati, controllati o predeterminati (11).

La *ratio legis* è quella di aumentare lo spazio di utilizzabilità dei procedimenti di *project financing* eliminando il più possibile i vincoli alla loro diffusione.

Ciò che interessa in questa sede è che la nuova Legge abbia dato un'interpretazione autentica del prezzo-contributo pubblico, togliendo l'Autorità dall'incombenza di fornire un'interpretazione sostenibile che giustificasse l'operazione.

Molti erano gli operatori che chiedevano un'interpretazione coraggiosa specialmente le amministrazioni locali, che di fronte alla penuria di risorse economiche ed in presenza di opere tiepide, volevano poter mettere mano al proprio patrimonio immobiliare per finanziare, mediante il procedimento di *project financing* ad iniziativa privata e pubblica, rispettivamente ex artt. 37-bis ss. e art. 20, comma 2 della Legge, delle nuove opere pubbliche o di pubblico interesse.

La nuova definizione del prezzo nel nuovo art. 19, comma 2 della Legge: «A titolo di prezzo, i soggetti aggiudicatori possono cedere in proprietà o diritto di godimento beni immobili nella propria disponibilità o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già indicati nel programma di cui all'art. 14».

Prima di tutto viene accolta l'interpretazione «fungibile» del prezzo che può essere qualsiasi utilità suscettibile di apprezzamento economico sia esso finanziamento, diritto di godimento o diritto di proprietà o altro (garanzie, scomputo degli oneri di urbanizzazione etc.).

Poi, viene sancita astrattamente una suddivisione dei beni immobili che possono trasformarsi in prezzo, a seconda che siano strumentali o connessi all'opera da affidare in concessione o che non abbiano questa caratteristica.

La differenza è importante perché gli immobili qualificati per la loro strumentalità o connessione all'opera pubblica sono i soli che autorizzano l'amministrazione ad esercitare dei poteri eccezionali in due casi:

a) quando si deve procedere ad espropriazione forzata per acquisire la proprietà degli immobili;

b) quando si può procedere all'alienazione di beni disponibili senza doverli inserire ed indicare nella programmazione triennale. La previsione della Legge, in questo caso, ha senso solo se la si distingue dalla previsione successiva dei beni cedibili solo se inseriti in pro-

#### Note:

(10) M. Ricchi, *I limiti della concessione nelle procedure di project financing*, in questa *Rivista*, 2002, 153. Sull'eliminazione dei limiti con riguardo alla «Legge obiettivo», G. Pasquini, *Il project financing*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2002, 469 ss.

(11) Vedi il dibattito sulle problematiche generate dalla Merloni quater a seguito dell'eliminazione dei limiti di contribuzione pubblica e di durata delle concessioni, F. Titomanlio, *Direttive ancora lontane: tutti i lavori in gara se il gestore non è costruttore*, in *Edilizia e Territorio*, 2002, 21, 15.

grammazione e inseriti nell'avviso di cui al comma 2-bis dell'art. 27-bis della Legge.

È possibile ipotizzare che la Legge faccia riferimento ai beni immobili che ancora non sono venuti ad esistenza e che verranno costruiti dal concessionario. Perciò, se non sia disposto diversamente i beni immobili costruiti dal concessionario sono, appunto, di proprietà dell'amministrazione che può prevederne l'alienazione, almeno in parte, al concessionario stesso a titolo di prezzo.

Gli altri beni immobili sono quelli che, non assolvendo più alcuna utilità per l'amministrazione di appartenenza, sono disponibili ad essere alienati e devono essere indicati nella programmazione di cui all'art. 14 della Legge. L'amministrazione, quindi, potrà poi scegliere se venderli all'asta pubblica, o cederli in conto prezzo associandoli ad un appalto tradizionale o ad una concessione da affidare tramite *project financing* ad iniziativa privata o pubblica.

Gli scenari che apre questa nuova impostazione sono interessanti perché le procedure di *project financing* non solo possono essere mirate alla realizzazione di una singola opera ma anche, e qui è la novità interessante, ad attuare la pianificazione territoriale, per settori, dei Comuni. Come in tutte le novità anche qui si possono annidare pericoli di strumentalizzazioni, tuttavia, consapevoli di ciò, è proprio l'analisi e la riflessione su operazioni già in atto che permette di mitigare l'eventuale uso distorto e di proporre alcuni limiti alla prassi applicativa a sostegno delle pubbliche amministrazioni.

### La nuova identità del prezzo-contributo pubblico: un caso concreto

La Legge, con questa importante apertura sulla qualificazione del prezzo-contributo pubblico, intesa come una qualsiasi utilità suscettibile di valutazione economica, avallando l'interpretazione sin qui sostenuta, ha escluso l'interpretazione angusta del solo finanziamento in danaro. Tuttavia, questa interpretazione, oramai autentica, ripropone all'operatore diversi problemi applicativi. È importante, pertanto prefigurare un caso *standard* in cui le amministrazioni possano riconoscersi ed individuare e risolvere le principali problematiche di attuazione riferibili al prezzo «fungibile».

### Un caso standard (12) di pianificazione territoriale

In una procedura di *project financing* ad iniziativa privata, il promotore è interessato ad acquisire un immobile o un'area edificabile appartenente all'amministrazione stessa in conto contributo pubblico, per realizzare e gestire un'opera pubblica mediante un contratto di concessione di costruzione e gestione (13).

Si ipotizzi, ed è il caso più complesso, una grande zona appartenente all'amministrazione all'interno della quale si trovano delle isole edificabili, alcune di proprietà dell'amministrazione stessa altre appartenenti ai privati. Lo

sviluppo dell'intera zona necessita della realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria, di un parco pubblico, di impianti sportivi, di parcheggi a raso, di scuole, etc., ma a causa delle restrizioni di bilancio, l'amministrazione non può stanziare gli investimenti necessari. L'amministrazione è consapevole che l'importante sviluppo per la città non si è innescato ad iniziativa dei soggetti privati per la mancanza del tessuto infrastrutturale pubblico tale rendere appetibile l'investimento. Infatti, l'analisi della domanda dei potenziali acquirenti di residenze in una zona non servita e senza strutture sociali e servizi è molto limitata. Questa situazione genera un circolo vizioso che difficilmente si interrompe, perché né la parte pubblica né quella privata fanno il primo passo. In questa situazione di stasi, la proposta di un promotore, ai sensi dell'art. 37-bis della Legge (14), può essere l'iniziativa vincente (15) che soddi-

#### Note:

(12) In realtà non esiste una pianificazione eguale all'altra così come non esiste un solo strumento di pianificazione territoriale, ciò che è replicabile è l'attuazione della pianificazione attraverso il *project financing* ad iniziativa pubblica e privata. Ci può essere, infatti, una pianificazione semplice e ridotta per la quale è necessaria solo una puntuale modifica al PRG, ma potrebbe esserci anche una pianificazione complessa come quella rappresentata, che necessita di una proposta per il recupero del patrimonio edilizio ed urbanistico esistente o per il rilancio produttivo di un'area (piano di recupero urbano, piano di recupero di insediamenti abusivi, programmi di riqualificazione urbana, piano per gli insediamenti produttivi, programma integrato di intervento etc.). Tutti questi piani, la cui predisposizione può essere di iniziativa pubblica o privata ma la cui approvazione è squisitamente pubblica, possono essere posti in gara con i procedimenti di *project financing* per una loro concreta attuazione ed ottimizzazione. La sentenza TAR Sardegna n. 1288 del 30 novembre 2001, riconoscendo l'utilizzazione del procedimento *ex artt. 37-bis ss.* della Legge con riguardo ai settori esclusi di cui al D.Lgs. n. 158/95, mette in luce la versatilità del procedimento e conforta l'ipotesi prospettata nell'articolo. Infatti, poiché il procedimento *ex artt. 37-bis ss.* della Legge garantisce trasparenza e concorrenza è possibile «innestarlo» per ottimizzare, con procedura di gara, i pacchetti di proposte urbanistiche per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblico interesse indipendentemente dalla loro tipologia e complessità.

(13) Per la programmazione dei lavori pubblici delle amministrazioni, M. Baldi, *Programmazione amministrativa e project financing nella disciplina dei lavori pubblici*, in questa Rivista, 2001, 1049 ss.; M. Baldi - G. De Marzo, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2001, 7 ss. Sulla pianificazione territoriale attraverso modelli consensuali: P. Urbani - S. Civitarese M., *Diritto Urbanistico*, Torino, 2000; ancora più specificatamente riconoscendo al *project financing* la natura di strumento di pianificazione consensuale in cui i privati contribuiscono non solo finanziariamente ma, anche con idee e progetti di pianificazione territoriale P. Urbani, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000, 149; A. M. Balestrieri, *Project financing e trasformazioni del territorio*, in *Rivista Trim. App.*, 2001, 671 ss.; M. Baldi - G. De Marzo, op. cit., 90 ss.

(14) Ma la situazione è perfettamente fungibile nel caso in cui l'amministrazione voglia impostare un *project financing* ad iniziativa pubblica, *ex art. 20*, comma 2 della Legge, predisponendo una pianificazione territoriale corredata da progettazione preliminare da porre a base di gara.

(15) A seguito della L. 166/2002, che ha modificato il comma 1 dell'art. 37-bis della Legge, i soggetti privati e pubblici estranei all'amministrazione procedente possono presentare proposte d'intervento già in fase di programmazione, senza che queste vincolino la p.a. al loro esame, valutazione ed adozione nel programma triennale *ex art. 14* della Legge. Tuttavia, tale opportunità permette al privato di far riflettere l'amministrazione sulla rea-

(segue)

sfa gli interessi di entrambi i soggetti. La proposta prevede che il concessionario si obblighi alla costruzione di tutte le opere pubbliche e di pubblico interesse, comprensive delle infrastrutture di urbanizzazione primaria e secondaria e provveda alla gestione per tutto il periodo della concessione di quelle opere c.d. «calde» da cui è possibile trarre un profitto. La gestione verrà assicurata solo per le opere «calde» (parcheggi, impianti sportivi, abitazioni da dare in locazione privilegiata, cinema multisala, spazi commerciali) ma non di quelle «fredde», prive cioè della possibilità di sfruttamento economico (parco, infrastrutture, scuola, etc.) che verranno consegnate immediatamente all'amministrazione al termine della loro costruzione. Poiché il reddito proveniente dalla gestione delle opere «calde» non permette il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario, il promotore chiede che gli venga corrisposto il prezzo, previsto dal comma 2, dell'art. 19 della Legge, fino al raggiungimento di una situazione di equilibrio che non faccia cessare il rischio inerente all'operazione (16). La particolarità della proposta consiste nel fatto che l'amministrazione non dispone di tale somma liquida e, pertanto, il privato propone che in sostituzione del prezzo gli siano cedute alcune isole di proprietà dell'amministrazione all'interno dell'area da sviluppare, a cui sono stati associati i relativi diritti edificatori.

### I principali problemi applicativi

Per un'amministrazione locale coniugare il nuovo concetto di prezzo «fungibile», specialmente quando l'immobile è rappresentato da un'area fabbricabile, con il *project financing* ad iniziativa privata o pubblica evidenzia i seguenti problemi:

- a) l'immobile deve essere ceduto ad un valore congruo, altrimenti si concretizza un danno erariale;
- b) in ogni caso, il prezzo, sotto forma di cessione dell'immobile, che l'amministrazione può corrispondere non può superare un valore massimo indicato dall'amministrazione stessa in sede di bando;
- c) occorre assicurare un meccanismo che preveda la possibilità, da parte dei concorrenti, di poter chiedere un contributo pubblico inferiore a quello massimo indicato dall'amministrazione e che, a tale offerta di riduzione del prezzo, debba essere assegnato un maggior punteggio ai fini della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- d) poiché secondo la Legge il prezzo-contributo pubblico pecuniario versato in corso d'opera al concessionario è garantito o dalla responsabilità solidale dei soci della società di progetto o da garanzie bancarie ed assicurative fino al collaudo, dovrebbe essere strutturata una garanzia che tenga conto della diversa natura del prezzo/bene immobile e che, perciò, permetta di cederne subito la proprietà prima della realizzazione delle opere pubbliche senza compromettere l'amministrazione in un'operazione azzardata.

### Il valore di cessione dell'immobile

La determinazione del prezzo di cessione è elemento essenziale nella procedura di alienazione dei beni immobili appartenenti all'amministrazione, e tale valore deve essere congruo in rapporto alle condizioni di mercato e l'eventuale errore nella sua determinazione produce la nullità del contratto (17). Un criterio per la determinazione del valore dei beni immobili, oggetto di alienazione da parte degli enti pubblici, è indicato dall'art. 83, comma 6 del Regolamento e precisa che, nel caso di procedura di appalto remunerata con la contestuale alienazione del bene pubblico, «il valore dei beni immobili da trasferire a seguito della procedura di gara è determinato da responsabile del procedimento sulla base dei criteri estimativi desumibili dalle norme fiscali». Il valore così determinato dell'immobile e dei diritti edificatori, per evitare di incorrere in responsabilità erariali, deve essere posto a base di gara con l'avvertimento esplicito di escludere l'ammissibilità di offerte in ribasso.

### La fluttuazione del valore dell'immobile ceduto a titolo di prezzo

L'amministrazione è tenuta a fissare, in ogni caso, l'ammontare massimo del contributo pubblico che intende corrispondere al concessionario. Solitamente questo valore è equivalente al valore stimato del bene immobile, ma potrebbe essere anche inferiore, sufficiente per garantire l'equilibrio economico finanziario dell'operazione e mantenere il rischio a carico del concessionario.

Nell'ipotesi in cui il potenziale concessionario stimi e, pertanto, offra un valore dell'immobile da ottenere in proprietà superiore al limite massimo di contribuzione pubblica fissata nel bando, il prezzo, rappresentato dal valore degli immobili da acquisire in proprietà, diventa chiaramente esuberante rispetto al limite consentito dall'amministrazione.

L'espedito, per far rientrare il valore del contributo

#### Note:

(segue nota 15)

lizzazione di un nuovo assetto del territorio mediante il *project financing* ad iniziativa privata, anche con possibilità di successo di inserimento in programmazione.

(16) Sul mantenimento del rischio in capo al concessionario anche in presenza della corresponsione del prezzo si sofferma la Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, pubblicata in GUCE il 29 aprile 2000, e chiarisce che «rientrano sempre nella nozione di concessione le ipotesi in cui lo Stato paghi un prezzo in contropartita dei lavori effettuati, purché esso non elimini il rischio inerente la gestione. Precisando che il diritto di gestire l'opera può essere accompagnato da un prezzo, la direttiva lavori indica che la remunerazione del concessionario deve provenire dalla gestione». Questa precisazione è stata ripresa dalla circolare n. 3944, del 1° marzo 2002, emanata dal Ministro per le politiche comunitarie, pubblicata in G.U. n. 102 del 3 maggio 2002. Come si può intuire diventerà centrale, nell'analisi della legittimità dei procedimenti di aggiudicazioni delle concessioni, la valutazione della permanenza del rischio in capo al concessionario, anche in presenza di contribuzione pubblica molto rilevante pari 100% dell'investimento complessivo in opere.

(17) Cass. 2856/1984 e Corte Conti 63/1995.

nella limite massimo prefissato dall'amministrazione, è di obbligare il concorrente aggiudicatario a corrispondere in danaro all'amministrazione il valore dell'immobile eccedente il limite ammesso di contribuzione pubblica.

### **Il prezzo come elemento concorrenziale**

Deve essere salvaguardato il principio concorrenziale, sancito nel Regolamento agli artt. 85 a), 87 a) e 91, commi 1 e 2, che rinvia all'art. 21, comma 2, sub b)1 della Legge, per cui l'ammontare del prezzo-contributo, richiesto all'amministrazione dal potenziale concessionario, deve essere posto a base di gara, con gli altri criteri elencati, per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Per far ciò, il concorrente può ben richiedere all'amministrazione un prezzo-contributo inferiore a quello corrispondente al valore offerto per gli immobili, però la differenza tra il prezzo richiesto all'amministrazione e il valore offerto per gli immobili dovrà saldarlo finanziariamente in caso di aggiudicazione. L'amministrazione potrà, quindi, valutare con un punteggio ponderale maggiore il concorrente che gli chiederà un contributo pubblico inferiore a quello posto a base d'asta.

### **Il tempo della cessione della proprietà**

Il momento per corrispondere il prezzo-contributo che, secondo la Merloni *ter*, poteva essere versato al concessionario tassativamente a collaudo effettuato in un'unica rata o in più rate annuali costanti o variabili, è stato completamente modificato dal nuovo comma 1-*ter*, dell'art. 37-*quinques* della Legge.

La superata disciplina, contenuta nell'art. 19, comma 2 della Merloni *ter*, era stata introdotta dalla L. n. 415/98 per riconoscere all'amministrazione un forte controllo sul concessionario. Il fatto di garantire il pagamento del prezzo solo a collaudo svolgeva la funzione di sollecitare il concessionario alla realizzazione dell'opera con i propri mezzi in modo da avviare quanto prima la fase gestionale. In questo modo si evitava che la costruzione dell'opera fosse realizzata in parte con i soldi pubblici, assimilando la concessione all'appalto, con la conseguenza che in caso di fallimento del progetto l'amministrazione avrebbe perso il proprio contributo senza contropartita.

L'art. 37-*quinques*, comma 1-*ter* della Legge riconosce al concessionario di poter ricevere il prezzo anche in corso di esecuzione dei lavori, tuttavia, a tale evenienza sono state imposte necessariamente alcune garanzie. La prima riguarda la necessità per il concessionario, sia esso singolo o presente in ATI, di costituire una società di progetto, realizzando quello che gli economisti chiamano il *ring fence* (18). In altre parole nei procedimenti di *project financing* la costituzione di una società di progetto realizza di per sé una garanzia per la riuscita del procedimento fatto che autorizza, pertanto, l'anticipazione del prezzo in corso di esecuzione dei lavori. La seconda, riguarda il fatto che il rimborso del contributo pubblico,

erogato in corso d'opera, è garantito *ex lege* dalla responsabilità solidale dei soci della società di progetto, fino a quando non sarà emesso il certificato di collaudo delle opere.

Per attenuare l'invasività di quest'ultima garanzia ai soci è permesso di sostituire la propria garanzia solidale per la restituzione del prezzo erogato in corso d'opera, con garanzie bancarie ed assicurative possibilmente c.d. «a prima richiesta».

### **Un'ipotesi da scartare**

È evidente che in caso di contributo pubblico «fungibile» la natura immobiliare del prezzo impone una riflessione sull'opportunità di estendere l'ammissibilità della cessione immobiliare al concessionario prima dell'esecuzione dei lavori anche se supportata dalle garanzie previste dalla legge in particolare dell'accensione della polizza a prima richiesta. Questa polizza dovrebbe garantire l'amministrazione della restituzione del valore degli immobili ceduti nel caso in cui il concessionario non proceda alla costruzione dell'opera pubblica. In verità, una polizza così strutturata garantisce parzialmente l'amministrazione e solo del valore degli immobili ceduti. In altre parole potrebbe essere conveniente per il concessionario divenire immediatamente titolare delle aree con i relativi diritti edificatori o degli immobili e non onorare la costruzione di tutte le opere pubbliche, fuoriuscendo dalla concessione. Questo denegato scenario può avverarsi tutte le volte in cui la quotazione di mercato delle cubature costruite in proprio sulle aree cedute dall'amministrazione o dell'immobile a seguito di ristrutturazione, remunerati, in caso di vendita, il concessionario di un valore superiore alla condanna al risarcimento danni per inadempimento della concessione, permettendogli di liberarsi dalla necessità di realizzare le opere pubbliche e dalla prolungata fase gestionale senza danni non sostenibili.

### **La soluzione convenzionale**

Una delle ragioni perché i promotori nel *project financing* ad iniziativa privata insistono sull'ottenimento immediato delle aree in proprietà come contributo pubblico, è perché hanno la possibilità di accendere garanzie ipotecarie a favore dei finanziatori, o per alienarle a loro volta ad un buon offerente già in fase di costruzione delle opere pubbliche.

Si deve ricercare una disciplina convenzionale che permetta all'amministrazione di non privarsi dell'utile strumento sollecitatorio e di controllo previsto dalla Legge, ma allo stesso tempo permetta al concessionario di co-

#### **Nota:**

(18) Il *ring fence* si realizza mediante la costituzione di una società di progetto ed il suo isolamento giuridico in modo tale che il patrimonio dei promotori sia separato da quello della società e che i flussi di cassa del progetto siano separati da entrate e uscite dei singoli promotori. Vedi G. Imperatori, *Il Project Financing*, Il Sole 24 ore, Milano, 1998, 47 ss.

stituire in garanzia gli immobili realizzati o alienarli *medio tempore*, tenendo presente, comunque, che la finalità principale del contratto è la realizzazione e, soprattutto, la gestione delle opere pubbliche o di pubblica utilità.

L'architettura contrattuale potrebbe essere la seguente:

1. l'amministrazione concede gli immobili/contributo pubblico in diritto di superficie o di usufrutto sino al momento del collaudo delle opere pubbliche, quando il collaudo verrà eseguito positivamente potrà formalizzarsi l'alienazione anche della nuda proprietà del prezzo ricevuto;
2. questo meccanismo giuridico ha il pregio di permettere al concessionario di costruire i fabbricati mantenendone la titolarità o di ristrutturare gli immobili garantendosi un diritto reale. In questo modo il concessionario potrà accendere le garanzie immobiliari per eventuali finanziatori o alienare la proprietà superficiaria o il diritto di usufrutto e, allo stesso tempo, permette all'amministrazione di rispettare il dettato della Legge che le impone la corresponsione del prezzo sottoforma di cessione delle aree o dell'immobile anche in corso di esecuzione dei lavori delle opere pubbliche;
3. nel caso in cui venga meno il contratto di concessione di costruzione e gestione (inadempimento del concessionario, fallimento, etc.) prima del collaudo delle opere pubbliche, devono essere regolate pattizamente le conseguenze in modo tale che l'amministrazione in questa evenienza non venga pregiudicata. Secondo la Suprema Corte (19) «in materia di diritto di superficie a tempo determinato e in specie nell'ipotesi costitutiva con facoltà del concessionario di procedere alla costruzione di un manufatto, se non è consentito all'autonomia negoziale derogare agli effetti dell'accessione automatica che si determina all'atto dell'estinzione del diritto, è invece consentito provvedere convenzionalmente circa il carattere della gratuità o meno della devoluzione prevista dall'art. 953 c.c., nonché circa l'attribuzione delle spese richieste dalla demolizione della costruzione e circa la configurazione di un diritto del superficiario sui materiali da costruzione quale mero diritto di credito, e non quale espressione di *ius in rem* non più esistente». In altre parole, in caso di conclusione anticipata della concessione, si vuole evitare che l'amministrazione sia costretta a corrispondere al concessionario (o al curatore fallimentare) l'indennità di arricchimento senza causa per l'effetto dell'accessione al proprio suolo delle opere o delle ristrutturazioni intraprese costruite dal concessionario. Con le disposizioni pattizie si può evitare questa evenienza, imponendo al concessionario o la riduzione in pristino, oppure, nel caso in cui l'amministrazione sia interessata ad acquisire i manufatti costruiti dal concessionario o le ristrutturazioni realizzate, a consentirgli la facoltà di acquisto, corrispondendo un'indennità senza automatismi o, in alternativa, sancire la devoluzione gratuita di quanto costruito o ristrutturato.

## Conclusioni

La conclusione dell'indagine sull'ipotesi per l'amministrazione di poter versare, in luogo di danaro, un proprio bene patrimoniale disponibile, incrementa notevolmente le possibilità di utilizzo del *project financing* ad iniziativa privata e pubblica tuttavia, come abbiamo già rilevato all'interno di questa analisi, se il processo non venisse gestito con pieno rispetto della Legge, l'asse dell'interesse verrebbe spostato sull'operazione immobiliare (20) piuttosto sulla necessità delle amministrazioni di avere delle infrastrutture pubbliche gestite da privati.

---

### Note:

(19) Cass. 1369/1980.

(20) Un'attenta riflessione rivela che il «motore» economico che attrae gli investimenti privati in queste iniziative di pianificazione territoriale, da realizzare mediante i contratti di concessione di costruzione e gestione, non è più, esclusivamente, il reddito ricavabile dalla gestione dell'opera pubblica. Infatti, accanto alla tradizionale redditività da gestione se ne affianca un'altra, quella della valorizzazione del contributo pubblico ceduto sotto forma di immobile. La differenza economica tra il valore dell'immobile con i relativi diritti edificatori e/o il cambiamento di destinazione d'uso, così come quantificato dalla p.a. in sede di determinazione del contributo pubblico, e il valore delle cubature edilizie costruite o ristrutturate, in proprio dal concessionario, diventa il nuovo motivo di interesse economico per gli investitori che rende «calde» le iniziative in *project financing*.