

“Promotore: procedimento ad iniziativa privata o pubblica?”*

di Rosalba Cori

L'istituto del promotore è stato oggetto – sin dalla sua introduzione nella legge quadro in materia di lavori pubblici, ad opera della c.d. legge Merloni-ter (L. n. 415/1998) – di un vivace dibattito dottrinale e di numerose pronunce sia della giurisprudenza amministrativa che dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

L'interesse che tale istituto ha suscitato e continua ad avere tra gli operatori del settore è dovuto certamente alla introduzione del *project financing* quale modello innovativo per il finanziamento (tipicamente senza oneri finanziari per la PA) e la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità ma anche alla complessità del procedimento amministrativo, articolato in più fasi, finalizzato all'affidamento del contratto di concessione di costruzione e gestione.

L'istituto, come introdotto nel nostro ordinamento giuridico, si sostanzia nell'individuazione, grazie alle figure del promotore e dei finanziatori, di forme di finanziamento privato ai fini della realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità proposta dal promotore, la cui realizzazione e gestione vengono affidate attraverso un contratto di concessione di lavori pubblici. È chiara la contiguità dell'istituto con la forma classica della concessione di costruzione e gestione di cui all'articolo 143 del Codice dei contratti pubblici, con la quale condivide la finalità di ottenere un coinvolgimento di capitali privati nella realizzazione di infrastrutture e di servizi pubblici.

La differenza si concentra, tuttavia, nella circostanza che la concessione di costruzione e gestione ex art. 143 fa perno su un'attività promozionale dell'amministrazione pubblica, mentre il *project financing* ruota attorno all'attività promozionale di un soggetto privato.

Il tema che affronta questo testo è quello di verificare se alcune novelle legislative, che hanno modificato le modalità di avvio del procedimento del promotore abbiano trasformato quest'ultimo da procedimento ad iniziativa privata a tipico procedimento ad iniziativa pubblica, tradizionalmente attivato dall'amministrazione precedente.

L'Autrice è avvocato presso l'Unità tecnica finanza di progetto (CIPE).

BREVE *EXCURSUS* NORMATIVO SULLE MODALITÀ DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO DEL PROMOTORE

La legge istitutiva del promotore (legge n. 415/1998) – che ha introdotto gli artt. 37-*bis* e ss nella legge Merloni – prevedeva che “*entro il 30 giugno di ogni anno*” i soggetti dotati di idonei requisiti così come specificati dalle norme, potessero presentare alle AA proposte relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, inserite nella programmazione triennale ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall’AA sulla base della normativa vigente.

Inizialmente, dunque, condizione sufficiente per la presentazione delle proposte era che l’infrastruttura da realizzare fosse stata previamente individuata dall’amministrazione ed inserita in uno degli strumenti di programmazione.

Il termine 30 giugno – quale unica scadenza prevista *ex lege* per la presentazione delle proposte – è stato definito dall’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici come termine perentorio a tutela della concorrenza volto ad assicurare, in particolare, il rispetto dei principi della trasparenza e della *par condicio* tra i promotori.

L’art. 14 della legge Merloni, relativo alla programmazione dei lavori pubblici, contestualmente modificato dalla suddetta legge 415/1998, prevedeva che “*in particolare le AA individuano con priorità i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica*” (c. 2) e che “*il programma triennale deve prevedere un ordine di priorità tra le categorie di lavori, nonché un ulteriore ordine di priorità all’interno di ogni categoria. In ogni categoria sono comunque prioritari i lavori di manutenzione, di recupero del patrimonio esistente, di completamento di lavori già iniziati, nonché gli interventi per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario*” (c. 3) (norme attualmente trasfuse nell’art. 128, cc.2 e 3 del Codice dei contratti pubblici).

Tali norme, finalizzate a sottolineare la centralità della programmazione triennale nella realizzazione delle opere pubbliche sono volte, altresì, ad incentivare le amministrazioni all’utilizzazione dello strumento della finanza di progetto.

Successivamente, l’art. 7 della legge n. 166/2002, ha modificato, tra l’altro, l’art. art. 37-*bis*, prevedendo che “*le proposte sono presentate entro il 30 giugno di ogni anno oppure, nel caso in cui entro tale scadenza non*

siano state presentate proposte per il medesimo intervento, entro il 31 dicembre”.

La legge ha introdotto altresì il comma 2-*bis* al medesimo articolo 37-*bis*, prevedendo che “*entro venti giorni dall’avenuta redazione dei programmi di cui al comma 1*, le AA rendono pubblica la presenza negli stessi programmi di interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica, pubblicando un avviso indicativo con le modalità di cui all’articolo 80 del Regolamento mediante affissione presso la propria sede *per almeno sessanta giorni consecutivi*, nonché pubblicando lo stesso avviso, a decorrere dalla sua istituzione, sul sito informatico individuato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell’art. 24 della legge 24 novembre 2000, n. 340 e, ove istituito, sul proprio sito informatico. L’avviso è trasmesso all’Osservatorio dei lavori pubblici che ne dà pubblicità. Fermi tali obblighi di pubblicazione, le AA hanno facoltà di pubblicare lo stesso avviso facendo ricorso a differenti modalità, nel rispetto dei principi di cui all’articolo 1, comma 1, della presente legge”.

La modifica normativa, relativamente alla fase di avvio del procedimento del promotore prevedeva, quindi, due grosse novità. La prima concerne l’introduzione di un secondo termine entro il quale presentare le proposte finalizzato ad offrire al mercato, considerata la complessità della documentazione da redigere, un più ampio lasso temporale per la predisposizione della proposta. Tale termine è stato identificato dall’Autorità quale unico termine di proroga legislativamente previsto. La seconda novità è relativa all’obbligo di pubblicazione – per almeno sessanta giorni consecutivi – di un avviso indicativo, che rende pubblica la presenza nei programmi, di interventi da realizzare in *project financing*.

Più recentemente, al fine di conformarsi alle osservazioni formulate dalla Commissione europea su taluni aspetti del procedimento del promotore e risolvere la procedura di infrazione n. 2182 del 2001, il legislatore nazionale con la legge comunitaria per il 2004 (legge n. 62/2005), ha provveduto ad integrare la disciplina in materia di PF ed, in particolare, la disposizione concernente il contenuto dell’avviso pubblico.

L’art. 24 della citata legge comunitaria ha aggiunto all’art. 37-*bis*, comma 2-*bis*, della legge Merloni alcuni periodi volti ad indicare il contenuto minimo dell’avviso indicativo. In particolare, viene preciso che quest’ultimo deve contenere i criteri, nell’ambito di quelli indicati dall’articolo 37-*ter*, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse

proposte. L'avviso deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti presentatori delle due migliori offerte nella precedente fase di gara, che partecipano alla procedura negoziata, ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti.

In altre parole deve essere indicata l'esistenza del diritto di prelazione a favore del promotore a parità di condizioni con l'offerta ritenuta migliore nell'ambito della procedura negoziata.

Queste ulteriori modifiche hanno contribuito ad innovare, nella sostanza, l'istituto della finanza di progetto.

Il legislatore ha, infatti, riconosciuto la natura para-concorsuale della fase di valutazione della proposta, in cui l'amministrazione aggiudicatrice procede alla individuazione della proposta di pubblico interesse da porre a base della successiva fase di gara per l'aggiudicazione del contratto di concessione.

Ciò è avvenuto in linea non soltanto con quanto espresso dalla Commissione europea in sede di procedura di infrazione, ma anche con quanto ritenuto dalla giurisprudenza amministrativa interna – ancor prima della modifica normativa – che aveva riconosciuto la “natura concorsuale” della fase di valutazione del pubblico interesse delle proposte (Cfr. TAR Piemonte, Sez. I, 23 marzo 2005, n. 651; T.A.R. Toscana, Sezione II, 2 agosto 2004, n. 2860).

L'avviso indicativo diviene, così, elemento fondamentale del procedimento del promotore, finalizzato non soltanto a rendere l'*iter* più trasparente, indicando i parametri cui l'AA si dovrà attenere nella valutazione, ma anche precisando i limiti e le condizioni che l'AA pone ai privati nell'elaborazione della proposta.

Ovviamente tanto più dettagliate saranno le indicazioni contenute nell'avviso tanto minore potrà essere l'apporto innovativo e ideativo dei privati, salvo che l'Amministrazione stessa non specifichi la possibilità di integrare o modificare gli elementi inseriti nell'avviso (TAR Puglia, Bari, Sez. I, 9 settembre 2004, n. 3877).

Il Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006) ha abrogato la legge Merloni e, conseguentemente l'art. 37-*bis* della legge, riproducendone interamente il contenuto nell'art. 153. La disciplina, così come da ultimo modificata, risulta pertanto invariata.

In seguito all'abrogazione del D.M. 25 ottobre 2005, recante la discipli-

na transitoria relativa all'avviso indicativo (*“Disciplina delle procedure in corso i cui avvisi indicativi, pubblicati prima della data del 31 gennaio 2005, non contengano l'indicazione espressa del diritto di prelazione a favore del promotore”*), l'articolo 253 (*“Norme transitorie”*), il comma 26 del Codice dispone, con riferimento agli avvisi indicativi, pubblicati prima del 31 gennaio 2005, che non contengano l'indicazione espressa del diritto di prelazione, le modalità per la successiva pubblicazione.

Sin qui la ricostruzione normativa delle modalità di avvio del procedimento del promotore.

Da tale ricostruzione emerge la diversa importanza assunta – in seguito alla successione delle modifiche normative – dai termini relativi alla presentazione delle proposte.

Nella disciplina iniziale dell'istituto, essendo sufficiente per la presentazione delle proposte l'inserimento dell'opera negli strumenti di programmazione approvati dall'AA, la previsione di un termine fissato *ex lege* rispondeva ad una precisa *ratio*.

Successivamente, divenuto obbligatorio l'avviso, i termini assumono un rilievo meramente formale, ben potendo essere fissati nel medesimo avviso. Come da più parti auspicato, potrebbero essere previsti dei “termini a scorrimento”, ovvero la fissazione di un *termine minimo* necessario per la predisposizione delle proposte, che inizi a decorrere dalla data di pubblicazione dell'avviso ed un successivo termine di proroga nel caso in cui entro la prima data indicata nell'avviso non siano state presentate proposte per il medesimo intervento. Tutto ciò nel rispetto delle esigenze proprie dell'amministrazione aggiudicatrice, della peculiarità del progetto, delle richieste del mercato e degli operatori privati.

In tal senso, infatti, sono alcune leggi regionali di attuazione alla legge quadro in materia di lavori pubblici nonché alcuni disegni di legge presentati – o ripresentati – nell'attuale legislatura, aventi ad oggetto la riforma della finanza di progetto.

Discorso diverso va fatto, invece, relativamente all'introdotta obbligatorietà dell'avviso, che risponde all'esigenza comunitaria e nazionale di tutela della concorrenza – anticipata alla fase di presentazione e valutazione delle proposte – finalizzata ad assicurare agli operatori economici l'effettività dei principi di pubblicità, *par condicio*, non discriminazione, leale concorrenza e proporzionalità.

L'AVVIO DEL PROCEDIMENTO NELLA PRASSI

Passando ad esaminare gli esiti della concreta attuazione delle norme relative all'avvio del procedimento del promotore, si devono segnalare non poche criticità.

In particolare, la *proroga del termine* di deliberazione del bilancio di previsione degli enti pubblici, ad opera di leggi che vengono riproposte annualmente, in molti casi non consente il contemporaneo rispetto, da parte delle AA, delle disposizioni dei commi 1 e 3 dell'art. 153 del Codice, i quali rispettivamente prevedono il 30 giugno quale scadenza per la presentazione delle proposte e l'obbligatorietà della pubblicazione dell'avviso indicativo per almeno sessanta giorni consecutivi.

Trattandosi di disposizioni normative, entrambe previste da fonte primaria e, parimenti, inderogabili, il mancato rispetto di una di esse da parte dell'amministrazione potrebbe, comunque, essere sindacabile per violazione di legge.

Tenuto conto di ciò, a legislazione vigente le A.A. sono tenute a rispettare tutti i vincoli normativamente preposti alla fase di avvio del procedimento, ovvero:

- 1) pubblicare entro venti giorni dall'avvenuta approvazione dei programmi l'avviso indicativo;
- 2) rispettare il termine minimo di pubblicità di sessanta giorni dell'avviso, secondo le modalità normativamente previste;
- 3) prevedere, nel caso in cui entro tale scadenza non siano state presentate proposte per il medesimo intervento, la data del 31 dicembre.

In quest'ultimo caso, la frase "*nel caso in cui entro tale scadenza non siano state presentate proposte per il medesimo intervento*" può interpretarsi sia nel senso di motivi inerenti l'amministrazione (ritardi nell'approvazione dei programmi, nella redazione dell'avviso, nella pubblicazione, ecc.), sia di motivi concernenti il mercato (disinteresse per l'infrastruttura da realizzare; necessità di un lasso temporale maggiore per la predisposizione della proposta, difficoltà ad organizzare la compagine associativa per la presentazione dell'intervento, ecc.).

Qualora, ad esempio, un'AA a causa del ritardo nell'approvazione del bilancio di previsione e della programmazione, pubblichi l'avviso il 20 maggio, entro il termine del 30 giugno non si è concluso il periodo di 60 giorni pubblicazione dell'avviso. Ricorre in tale circostanza la fattispecie del punto 3); quindi, al fine del rispetto dei termini di pubblicazione, tra-

scorsa inutilmente la data del 30 giugno, potrà essere utilizzato solo ed esclusivamente il termine di proroga del 31 dicembre.

Non appare corretta, invece, la previsione di proroghe dei termini discrezionalmente indicati dalle AA nell'avviso indicativo.

Né parimenti può considerarsi il 31 dicembre quale prima data utile per presentare le proposte, qualora non sia stato considerato come primo termine quello del 30 giugno per il medesimo procedimento.

Qualora, infine, un'AA riceva una proposta entro il termine del 30 giugno in assenza della pubblicazione di un avviso, l'A. dovrà dichiarare irricevibile quella proposta perché pervenuta in violazione di una norma imperativa ed in violazione dei principi dell'ordinamento giuridico a tutela della concorrenza.

CONSIDERAZIONI SULLA NATURA PUBBLICA O PRIVATA DELL'ISTITUTO DEL PROMOTORE

Tutto ciò precisato sulla natura dell'avviso e sull'attuale funzione meramente formale assunta dai termini per la presentazione della proposta, viene mossa all'istituto del promotore, così come venutosi a delineare nella fase di avvio del procedimento, una fondamentale obiezione. Stante l'obbligatorietà di pubblicazione di un avviso ad opera delle AA per poter legittimamente presentare una proposta, non si è più innanzi ad un procedimento che vede il privato quale promotore dell'intera iniziativa progettuale, ma innanzi ad un procedimento ad iniziativa pubblica.

In realtà è ormai pacifico in dottrina che ciò che qualifica il procedimento del promotore come ad iniziativa privata è la predisposizione, ad opera di quest'ultimo, di tutta la documentazione che costituisce la proposta che, qualora dichiarata di pubblico interesse, viene fatta propria dall'amministrazione e posta a base della successiva gara per l'aggiudicazione della concessione.

Nel procedimento ad iniziativa pubblica, finalizzato all'affidamento della concessione di lavori pubblici ai sensi dell'art. 144 del Codice, è l'amministrazione aggiudicatrice che predispone tutta la documentazione da porre a base di gara e, dunque, che controlla tutto il procedimento, potendo affidare al privato, da un punto di vista progettuale, anche soltanto la revisione della progettazione redatta dall'AA, oltre al finanziamento, alla realizzazione ed alla gestione dell'opera. È l'AA che condiziona, attra-

verso le scelte progettuali, economico-finanziarie e giuridiche, l'impostazione dell'intero progetto.

L'apporto ideativo ed innovativo del privato, nel procedimento del promotore sta, invece, nella redazione del progetto e di tutta la documentazione da predisporre a corredo della proposta.

Resta pubblica, invece, la fase di programmazione e la scelta dell'infrastruttura da realizzare, nonché le modalità attuative.

Tuttavia anche in questa fase il legislatore ha aperto un varco all'iniziativa privata.

La citata legge n. 166/2002, aggiungendo alcuni periodi al primo comma dell'articolo 37-*bis* dell'abrogata legge Merloni, ha infatti previsto che "soggetti pubblici e privati possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito della fase di programmazione, proposte d'intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e studi di fattibilità. Questa presentazione non determina, in capo alle amministrazioni, alcun obbligo di esame e valutazione". Tuttavia le amministrazioni possono adottare, nei propri programmi, tali proposte e studi se ritenuti di pubblico interesse.

Vero è che l'adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti. Tuttavia al privato è attribuito un ruolo d'impulso, finalizzato a smuovere l'inerzia della pubblica amministrazione anche nella fase programmatica, tradizionalmente prerogativa esclusiva della PA.

Il privato proponente – qualora la proposta sia stata inserita nel programma triennale – potrà partecipare alle procedure per la realizzazione e gestione dell'opera in *project financing*, con buone *chance* di aggiudicazione atteso il vantaggio competitivo derivante dalla ideazione dell'opera e da specifico *know how* su tutti gli aspetti del progetto.

CONCLUSIONI

L'introduzione dell'obbligo di pubblicazione dell'avviso indicativo quale *conditio sine qua non* per la presentazione delle proposte ed il contemporaneo rispetto dei termini perentori indicati dalla legge, non snatura, a nostro avviso, la peculiarità del promotore, quale procedimento ad iniziativa privata nel senso innanzi precisato.

Vale comunque precisare, in conclusione, che l'obbligo dell'avviso e della definizione dei parametri di selezione delle proposte potrebbe non esse-

re agevole, atteso che al momento della redazione dell'avviso non esiste alcun livello di progettazione a disposizione dell'AA. Molto dipenderà, dunque, dal grado di approfondimento degli studi di fattibilità degli interventi inseriti nel programma triennale dei lavori pubblici, inteso anche quale momento attuativo degli studi di fattibilità.

Un'Amministrazione che decide di realizzare un'opera per il soddisfacimento di taluni bisogni pubblici, per scegliere la modalità attuativa più conveniente, in termini di efficacia, efficienza ed economicità, dovrà realizzare degli accurati studi di fattibilità, finalizzati a dimostrare, tra l'altro, anche il valore delle scelte effettuate (c.d. *Value for Money* – VFM).

Tali studi di fattibilità – nell'ambito di operazioni realizzabili in finanza di progetto in quanto suscettibili di gestione economica – dovrebbero aumentare la razionalità del processo decisionale pubblico in relazione alla convenienza di forme di *partnership* con i soggetti privati ed in particolare alla effettiva convenienza del ricorso al *Project Financing*.

Ciò al fine di dimostrare la “creazione di valore” per la collettività, riuscendo ad ottimizzare lo sfruttamento delle risorse scarse a disposizione dell'A. ed ottenendo il miglior risultato possibile in relazione agli obiettivi che l'A. – nell'esercizio del proprio potere discrezionale – ha fissato.

Il valore delle scelte effettuate dall'Amministrazione è, in molti Paesi europei, oggetto di valutazione tramite l'utilizzo di metodologie *ad hoc*, tra cui un modello denominato *Public Sector Comparator* (PSC), nato nei Paesi anglosassoni. Tale modello è di estremo interesse per gli operatori del settore pubblico in quanto consente di supportare le decisioni di convenienza circa l'utilizzo del *Project financing* o di strumenti di finanziamento alternativi che prevedono il ricorso a capitali privati, valutandone l'impatto in termini economici, tramite la quantificazione ed allocazione dei rischi del progetto.

Sulla rilevanza della fase di analisi e studio circa le più convenienti modalità realizzative di una infrastruttura e del relativo servizio da erogare, appare sensibile anche il legislatore italiano che, nello schema del secondo decreto correttivo del Codice, prevede l'obbligatorietà per i soggetti aggiudicatori – relativamente alle c.d. infrastrutture strategiche – di redigere studi di fattibilità. Viene precisato che tali studi sono diretti a verificare, per le infrastrutture che presentano un potenziale ritorno economico derivante dalla gestione dell'opera stessa, *le forme per il ricorso a capitali privati ed i presupposti per la concreta attuabilità*.

In conclusione, vale ribadire che anche nel procedimento del promotore

re, seppur ad iniziava privata, risulta di primaria importanza il ruolo attivo dell'amministrazione pubblica, sin dalla fase a monte del procedimento relativa alla programmazione, alla redazione degli studi di fattibilità ed alla conseguente scelta della più conveniente modalità realizzativa dell'opera.

L'A. quale soggetto della *partnership* pubblico-privata ha non soltanto la responsabilità di curare il pubblico interesse nella realizzazione di opere pubbliche e nell'erogazione dei servizi, controllando e valutando l'intero processo, ma anche quella di porsi quale soggetto consapevole ed autorevole, in grado di offrire garanzie di certezza e stabilità al mercato, ai privati promotori, ai finanziatori.

Ci troviamo certamente innanzi ad una *nuova sfida* per le amministrazioni pubbliche, non sempre all'altezza delle nuove e complesse funzioni attribuite, ma anche ad un'occasione nella direzione di quella crescita e rinnovamento dell'amministrazione pubblica che – inaugurata con le leggi di semplificazione degli anni Novanta del secolo scorso – sta faticosamente ma progressivamente andando avanti.

* Relazione presentata al convegno IGI su “*Lavori pubblici tra riforma e controriforma*”, Roma, 28 febbraio 2007.