

# Fulvio ROCCO

Consigliere del T.A.R. per il Veneto

già Professore a contratto di diritto pubblico  
Presso l'Università degli Studi di Trieste

## LA FINANZA DI PROGETTO NEI SERVIZI PUBBLICI E GLI APPALTI INTEGRATI SOTTOPOSTI AL DOPPIO VOTO

**SOMMARIO:** 1. Cenni definitori del *project financing* e sua evoluzione nell'ordinamento positivo italiano quale strumento per il finanziamento, la realizzazione e la gestione di opere pubbliche. 2. La finanza di progetto nei servizi pubblici nella dottrina antecedente o coeva all'entrata in vigore del D.L.vo 163 del 2006. 3.1. La disciplina della finanza di progetto nei servizi pubblici secondo l'art. 278 della bozza del regolamento di attuazione del D.L.vo 163 del 2006. 3.2. Gli elementi della proposta. 3.3. La valutazione della proposta da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. 3.4. La scelta del concessionario. 3.5. Il rinvio residuale all'art. 30, comma 4, del Codice, nonché alle altre disposizioni del Codice e del Regolamento. 3.6. La finanza di progetto nei servizi relativi ai beni culturali.

1. Negli ordinamenti di *common law* il *project financing* è correntemente inteso quale operazione di finanziamento a lungo termine, che consiste nell'utilizzo di una società neocostituita (cosiddetta SPC, *Special Purpose Company*), la quale serve a mantenere separati gli *assets* del progetto da quelli dei soggetti proponenti l'iniziativa d'investimento, ossia i cosiddetti *promoters* ("promotori")<sup>1</sup>.

La SPC viene finanziata sia da capitale *equity*, ossia da azioni, fornito generalmente dai promotori e che usualmente non eccede l'ammontare del 15-20%, sia da capitale di debito, ossia da obbligazioni (*bonds*), per il rimanente 80-85%, normalmente ottenuto da un *pool* di banche.

In questo modo, attraverso l'imputazione di attività e di passività, alla SPC è possibile mantenere un controllo più stretto sull'andamento del progetto.

Il *project financing*, in tal modo, viene a configurarsi quale strumento per tutelare gli interessi dei soci promotori, i quali sono così "schermati" dall'eventuale fallimento del progetto stesso<sup>2</sup>.

Detto altrimenti, la SPC è un'entità giuridicamente distinta da quella propria dei promotori di progetto, con la conseguenza della separazione dei flussi generati dal progetto da quelli relativi alle altre attività dei promotori medesimi, con la conseguenza che nel caso di fallimento del progetto il finanziatore non potrà rivalersi sui beni del promotore diversi da quelli della società di progetto e – simmetricamente – nell'ipotesi di fallimento del promotore la società di progetto seguirà a sussistere perseguendo le proprie finalità<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cfr., *ex multis*, in termini generali sull'istituto SCOTT L. HOFFMAN, *The Law & Business of International Project Finance* (3rd ed. 2007, Cambridge Univ. Press), nonché M. SORGE, *The nature of credit risk in project finance*, BIS Quarterly Review, december 2004, ag. 91. Cfr., altresì, <http://www.projectfinancemagazine.com> e <http://www.people.hbs.edu/besty/projfinportal>.

<sup>2</sup> Questo effetto segregativo tra le risorse proprie dei *promoters* e gli *assets* del progetto appare omologa alla segregazione che, sempre nei sistemi di *common law*, si ottiene tra i beni del patrimonio del del *trust*, i quali, sebbene "intestati a nome del trustee", non fanno parte del patrimonio di quest'ultimo e "costituiscono una massa distinta" (cfr. art. 2 della Convenzione internazionale sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja l'1 luglio 1985 e resa esecutiva nell'ordinamento italiano con L. 16 ottobre 1989 n. 364), con la conseguenza che i creditori personali del *trustee* non possono pignorare o sequestrare i beni che il costituente ha devoluto al *trustee* medesimo.

Lo strumento del *project financing* è soprattutto impiegato nei contesti di *common law* per quei progetti per loro natura più complessi, quali la realizzazione di centrali elettriche o di nuove attività estrattive, dove alti sono i rischi ambientali, tecnici, politici ed economici.

Il *project financing* è stato - per l'appunto - inizialmente utilizzato negli Stati Uniti negli anni '20, con una serie di progetti concentrati nel settore elettrico, venendo peraltro abbandonato con l'avvento della grande crisi economica del 1929.

La fortuna dell'istituto risale agli anni '80, quando il governo britannico avviò una serie di riforme della pubblica amministrazione, volte a modificarne le regole alla ricerca di una maggiore efficienza, separando in maniera più marcata l'amministrazione dalla sfera politica e assimilando i rapporti amministrativi ai contratti di diritto privato.

Questo processo è stato rafforzato dall'avvio delle privatizzazioni, inducendo il governo medesimo a istituire nel 1992 il *Private Finance Initiative*, un programma volto a promuovere un maggior coinvolgimento dei privati nel finanziamento delle infrastrutture.

Nel 2000 l'ammontare di finanziamenti infrastrutturali attivati con capitali privati ha superato in Gran Bretagna gli attuali 30 miliardi di euro.

Il crescente interesse per il *project financing* si inserisce, pertanto, nell'ambito dell'evoluzione del settore finanziario delle economie industrializzate, contraddistinta notoriamente da un maggiore rigore nella finanza pubblica e da una drastica riduzione della spesa pubblica, compresa quella per investimenti, con gravi ripercussioni sul processo di ammodernamento e adeguamento infrastrutturale.

Il *project financing* rappresenta un fenomeno tuttora in piena evoluzione e si inserisce nel più generale dibattito sull'orientamento dell'azione pubblica secondo criteri di economicità ed efficienza<sup>4</sup>.

Anche i progetti di ricerca possono correntemente beneficiare di questo sistema di finanziamento, dato che i finanziatori in *equity* possono garantirsi sulla proprietà della SPC, la quale detiene la titolarità su ogni risultato (brevetti o altro) del progetto di ricerca.

Quest'ultima notazione risulta oltremodo significativa per evidenziare che il *project financing*, di per sé - e proprio in quanto strumento di finanziamento<sup>5</sup> - è deputato a fornire risorse non soltanto per la realizzazione di opere, ma anche per lo svolgimento di servizi.

Nondimeno, la formale recezione del *project financing* nella disciplina dell'evidenza pubblica italiana ha inizialmente ed essenzialmente riguardato i soli lavori "*lavori pubblici*" ovvero "*di pubblica utilità*", stante il fatto che per effetto dell'art. 11 della L. 11 novembre 1998 n. 415 sono stati aggiunti nel *corpus* della L. 11 febbraio 1994 n. 109 - intitolata, per l'appunto, "Legge quadro in materia di lavori pubblici" - gli artt. 37-bis, 37-ter e ss., recanti la normazione del nuovo istituto,

---

<sup>3</sup> Così B. BRUCOLI, *Project Financing*, in *Dizionario di Diritto Amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA, Trebaseleghe (Paova), 2008, Vol. III, pag. 129.

<sup>4</sup> Cfr. per l'insieme di tali notizie sull'utilizzo dell'istituto negli Stati Uniti e in Gran Bretagna G. DI GIACOMO, <http://www.aggiornamentisociali.it/0406lessico.html>. Cfr. pure T. BOERI - R. COHEN R. *Analisi dei progetti di investimento*, Milano 2001; B. CARAPPELLA., *Il Project Financing: un percorso per la Pubblica Amministrazione*, Milano 2001; CNEL, *Finanziamento delle Opere Pubbliche: il Project Financing*, Roma 2002; G. IMPERATORI, *Il Project Financing. Il finanziamento di progetti di investimento: una tecnica, una cultura, una politica*, Milano 1995.

<sup>5</sup> Da un punto di vista strettamente finanziario è possibile classificare le strutture di *project financing* in funzione della tipologia di rivalsa dei soggetti finanziatori sugli azionisti della Società di Progetto. In particolare, correntemente si identificano le seguenti tipologie di operazioni. 1) operazioni "*senza rivalsa*" (*without recourse*): operazioni di *Project Financing* in cui è esclusa la rivalsa dei finanziatori sugli azionisti; in questo caso le banche operano secondo logiche non tradizionali accollandosi rischi vicini a quelli imprenditoriali, alternativamente, esistono soggetti terzi che forniscono singolarmente o in modo combinato appropriate garanzie; 2) operazioni con "*rivalsa limitata*" (*limited recourse*): operazioni di *project financing* in cui la rivalsa dei finanziatori sugli azionisti è limitata nel tempo, o nell'ammontare o nella qualità; 3) operazioni con "*rivalsa piena*" (*total recourse*): operazioni di *project financing* in cui la rivalsa dei finanziatori sugli azionisti della Società di Progetto è totale. Cfr. sul punto [http://www.utfp.it/project\\_financing.htm](http://www.utfp.it/project_financing.htm).

puntualmente tradotto nella forma italiana di “*finanza di progetto*” e deputato a riconoscere al soggetto imprenditoriale prescelto dalla pubblica amministrazione una concessione avente ad oggetto la costruzione dell’opera con il conseguente titolo a gestirla, onde poter con ciò ottenere il rientro delle spese sostenute per la realizzazione dell’opera medesima e il profitto economico della propria attività<sup>6</sup>.

Tale materiale normativo è stato quindi riprodotto e, poi, ulteriormente e più volte modificato nell’art. 153 e ss. del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 153<sup>7</sup>.

2. E’ stato tuttavia denotato in dottrina che l’impiego – dapprima nel contesto letterale degli artt. 37-quinquies e 37 – sexies della L. 109 del 1994 e, quindi, negli artt. 156 e 157 del D.L.vo 267 del 2000, recanti le disposizioni in tema di le società di progetto - della disgiuntiva “o” tra la locuzione “*gestione dell’infrastruttura*” e la locuzione “*gestione di un servizio di pubblica utilità*” indicava, nella disciplina una differenziazione tra la gestione dell’opera e l’erogazione di un servizio di pubblica utilità; e ciò, in quanto la distinzione tra concessione di servizi pubblici e concessione di lavori pubblici si ravvisa nell’oggetto prevalente del contratto, ossia l’erogazione del servizio pubblico per la concessione di servizi pubblici e la realizzazione dell’opera nella concessione di lavori pubblici, laddove – in quest’ultima evenienza – la gestione costituisce unicamente uno strumento sostitutivo del corrispettivo, finalizzato alla remunerazione dell’opera<sup>8</sup>.

D’altra parte – prosegue lo stesso autore – “il *project financing*”, in quanto tecnica di finanziamento di un’unità economica, a prescindere dal dato normativo, è una tecnica che può ben essere realizzata anche nel settore dei pubblici servizi, non dovendosi identificare necessariamente il progetto in termini costruttivi, ma come progetto riferito ad una attività economica<sup>9</sup>: ciò che si richiede è che il progetto deve in defettibilmente avere per oggetto un servizio “nuovo”, con la precisazione – peraltro – che tale requisito non potrebbe riferirsi all’affidamento, in quanto per i servizi già affidati vale l’esclusione dall’applicazione della norma conseguente alla previsione nel

<sup>6</sup> Cfr. artt. 19 e 37-ter della L. 109 del 1994 e successive modifiche. In Italia le prime operazioni di finanza di progetto sono state realizzate a seguito della liberalizzazione del mercato della produzione dell’energia elettrica, delineata agli inizi degli anni novanta dalla legge 9/91 e dalla legge 10/91. Secondo stime fornite dall’Associazione Bancaria Italiana, tali operazioni hanno permesso la realizzazione di impianti di cogenerazione per un controvalore stimato di circa 5 miliardi di Euro. Cfr. sul punto [http://www.utfp.it/project\\_financing.htm](http://www.utfp.it/project_financing.htm). Correntemente, le opere pubbliche finanziabili tramite *project financing* possono essere classificate come segue: a) Opere “calde”, dotate di un’intrinseca capacità di generare flussi di reddito tali da consentire di far fronte all’indebitamento contratto per la realizzazione dell’opera e alla remunerazione del capitale investito; generalmente si tratta di opere in cui l’acquirente del servizio prodotto è la collettività e vengono imposte agli utenti tariffe a livello di mercato; b) opere “fredde”, che richiedono una componente di contribuzione pubblica perché i redditi generati non sono sufficienti a coprire l’investimento sostenuto; questo è il caso, ad esempio, di servizi a tariffazione sull’utenza in cui prevale la funzione sociale e non vengono applicate tariffe adeguatamente remunerative; in questo caso le risorse integrative fornite dalla Pubblica Amministrazione vengono erogate al concessionario tramite un contributo a fondo perduto o un’integrazione dei ricavi; c) opere “a diretta utilizzazione della Pubblica Amministrazione”, per le quali il soggetto privato che le realizza e le gestisce fornisce direttamente servizi alla Pubblica Amministrazione e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa Amministrazione sulla base dei volumi e della qualità delle prestazioni offerte; esempi di opere fredde possono essere carceri, scuole, ospedali. Cfr. *amplius* <http://www.project-finance.it>

<sup>7</sup> Le modifiche sono state introdotte con il D.L.vo 31 luglio 2007 n. 113 e, quindi, con il D.L.vo 11 settembre 2008 n. 152. La complessità del relativo quadro normativo ha indotto l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha emanare in proposito anche le determinazioni 14 gennaio 2009 n. 1, 20 maggio 2009 n. 3 e 20 maggio 2009 n. 4.

<sup>8</sup> Cfr. M. BALDI, *Il project financing*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Vol. II, *Normativa speciale per i lavori pubblici, settori speciali*, a cura di R. De NICTOLIS, Milano, 2007, pag. 268.

<sup>9</sup> Cfr. *ibidem*. L’autore cita a conforto della propria tesi anche M. ZOPPOLATO, in AA.VV., *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)- Commento alla L. 11 febbraio 1994 n. 109 con le modifiche sino alla L. 1 agosto 2002 n. 166*, Milano, 2003, pag. 589, nonché F. CARINGELLA, in AA.VV., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici (testo coordinato con le modifiche apportate dalla L. 18 novembre 1998 n. 415)*, a cura di F. CARINGELLA, Milano, 199, pag. 1255

bando della facoltà o dell'obbligo di costituire la società di progetto; e, se così è, dovrebbe pertanto ricavarsi la conseguenza dell'applicabilità della disciplina in questione ai servizi per i quali la realizzazione delle opere sia strumentale alla gestione dei servizi stessi, per cui la "novità" del servizio si collega alla realizzazione dell'opera strumentale alla gestione.

La disposizione in esame, comunque, non va intesa in senso letterale: ossia la "novità" del servizio non implica necessariamente l'istituzione del servizio per la prima volta<sup>10</sup>.

Né costituirebbe ostacolo all'interpretazione che ammette l'attività della Società di progettazione anche al solo progetto di finanza relativo alla gestione del servizio, disgiuntamente dalla realizzazione dell'opera, la circostanza che l'art. 157 del D.L.vo 163 del 2006, laddove disciplina l'emissione di obbligazioni da parte della società di progetto, si riferisce testualmente alle società costituite al fine di "realizzare e gestire una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità"; né – ancora – sarebbe di ostacolo la circostanza che l'art. 30 del medesimo D.L.vo 163 del 2006 esclude l'applicazione alle concessioni delle disposizioni del codice non espressamente ivi richiamate: ciò, infatti, non sarebbe decisivo per escludere l'applicabilità della disciplina della società di progetto alle concessioni di servizi, essendo stato il tutto originato da un difettoso coordinamento tra le diverse disposizioni, conseguente alla non sempre felice immissione nel *corpus* normativo del D.L.vo 163 del 2006 della disciplina precedentemente contenuta nella L. 109 del 1994 e successive modifiche, e non già da una reale volontà del legislatore delegato a redigere il nuovo codice dei contratti pubblici<sup>11</sup>.

Va soggiunto che la dottrina testè riassunta trovava – e trova – un conforto di tipo sistematico in quella giurisprudenza secondo la quale la concessione di lavori pubblici non esaurisce – di per sé - tutti i casi in cui la Pubblica Amministrazione può affidare l'esecuzione di opere pubbliche congiuntamente al servizio cui queste ultime sono destinate, dovendo rinvenirsi la differenza tra le varie ipotesi nel tipo di nesso di strumentalità che lega la gestione del servizio alla realizzazione dell'opera: pertanto sussiste la concessione di lavori pubblici qualora la gestione del servizio è strumentale alla costruzione dell'opera, in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla sua realizzazione, nel mentre sussiste la concessione di servizi pubblici nel caso inverso, ossia allorché l'espletamento dei lavori è strumentale alla gestione di un servizio pubblico, sotto i profili della manutenzione e dell'implementazione di un'opera già esistente<sup>12</sup>.

3.1. L'art. 278 del Regolamento attuativo del D.L.vo 163 del 2006, attualmente sottoposto al controllo preventivo da parte della Corte dei Conti a' sensi dell'art. 3, lett. c), della L. 14 gennaio 1994 n. 20, e - pertanto - non ancora in vigore, di per sé risolve la questione dell'applicabilità della finanza di progetto anche alle concessioni di servizi in quanto reca una disciplina intitolata, in tal senso, "*Finanza di progetto nei servizi*".

La disciplina stessa va pertanto riguardata quale attuazione, nella particolare evenienza della finanza di progetto di un servizio pubblico, delle notoriamente scarse disposizioni legislative contenute nell'art. 30 del medesimo D.L.vo 163 del 2006, secondo le quali:

a) le disposizioni del Codice dei contratti pubblici non si applicano alle concessioni di servizi, ad eccezione delle disposizioni della parte IV del Codice stesso, recante la disciplina del contenzioso, e - "in quanto compatibile" - il suo art. 143, comma 7<sup>13</sup>;

---

<sup>10</sup> Cfr. sul punto A. MASCOLINI, *Il project financing nella legge quadro sui lavori pubblici*, in *Contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, n. 2/1999, pag. 186.

<sup>11</sup> Cfr. M. BALDI, op. cit., pag. 269 e ss.

<sup>12</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 settembre 2000 n. 4795 e, più recentemente ma negli stessi termini, Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2008 n.1600. In entrambi i casi è stata affermata la natura di servizio, e non di lavoro, delle prestazioni di manutenzione e di implementazione degli impianti esistenti contemplata nei riguardi del concessionario dell'illuminazione cimiteriale).

b) la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio; il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare;

c) la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio; il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare;

c) la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato istitutivo dell'Unione Europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi;

d) sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza e restano ferme, purché conformi ai principi dell'ordinamento comunitario, le discipline specifiche che prevedono, in luogo delle concessione di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici;

e) se un'amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che - a sua volta - non è un'amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi aventi ad oggetto l'esercizio di un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

Se - a ben vedere - la scelta di devolvere la disciplina materiale della finanza di progetto negli affidamenti dei servizi pubblici ad una fonte regolamentare formalmente attuatrice delle disposizioni testè riportate non risulta, di per sé, violare alcuna riserva legislativa, allo stesso tempo va denotato che la scelta stessa si sostanzia nell'introduzione nell'ordinamento di una fonte normativa di per sé "debole", anche se indiscutibilmente cogente per tutte le pubbliche amministrazioni a' sensi dell'art. 1 del medesimo regolamento<sup>14</sup>, comunque non dotato, per quanto

---

<sup>13</sup> In forza del quale "l'offerta e il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione".

<sup>14</sup> Cfr. *ivi*, commi 2 e ss: "2. Ai sensi dell'articolo 5, comma 1, del Codice, le amministrazioni e gli enti statali applicano le disposizioni del presente regolamento. 3. Ai sensi dell'articolo 5, commi 1 e 2, del Codice, le Regioni a statuto ordinario, e ogni altra amministrazione o soggetto equiparato, diversi dai soggetti di cui al comma 2, applicano, in quanto esecutive o attuative di disposizioni rientranti, ai sensi dell'articolo 4, comma 3, del Codice, in ambiti di legislazione statale esclusiva, le disposizioni del presente regolamento: a) della parte I (disposizioni comuni); b) della parte II (contratti pubblici relativi a lavori nei settori ordinari) ad esclusione del titolo I (organi del procedimento e programmazione), dell'articolo 120, commi 3 e 4, dell'articolo 121, comma 6; c) della parte III (contratti pubblici relativi ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria nei settori ordinari), ad esclusione dell'articolo 252, comma 1; d) della parte IV (contratti pubblici relativi a forniture e ad altri servizi nei settori ordinari), ad esclusione del titolo I (programmazione e organi del procedimento) e dell'articolo 282, commi 1 e 2; e) della parte V (contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori speciali) ad esclusione dell'articolo 342; f) della parte VI (contratti eseguiti all'estero) ad esclusione dell'articolo 344; g) della parte VII (disposizioni transitorie e abrogazioni). 4. Ai sensi dell'articolo 10 della legge 10 febbraio 1953, n. 62, i soggetti di cui al comma 3, applicano, in quanto esecutive o

disposto dall'art. 5, comma 1, dello stesso D.L.vo 163 del 2006 (cfr. *ivi*: "Lo Stato detta con regolamento la disciplina esecutiva e attuativa del presente codice in relazione ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di amministrazioni ed enti statali e, limitatamente agli aspetti di cui all'articolo 4, comma 3, in relazione ai contratti di ogni altra amministrazione o soggetto equiparato"), di disposizioni omologhe a quelle già contemplate dall'art. 3 della L. 11 novembre 1994 n. 109 e successive modifiche per il regolamento a suo tempo approvato con D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 e che sarà abrogato dopo l'entrata in vigore del nuovo regolamento di esecuzione del D.L.vo 163 del Codice<sup>15</sup>.

3.2. Ciò posto, il comma 1 dell'anzidetto art. 278 reca la disciplina del contenuto della proposta che il soggetto aspirante alla concessione di servizi da aggiudicare in regime di finanza di progetto deve presentare all'amministrazione aggiudicatrice.

Tale proposta deve contenere uno studio di fattibilità, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato dai soggetti indicati dall'art. 153, comma 9, del Codice (ossia da banche), una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché l'indicazione degli elementi di cui all'articolo 83, comma 1, del Codice, menzionante a sua volta, "a titolo esemplificativo", gli elementi che contraddistinguono la "natura", l'"oggetto" e le "caratteristiche" del contratto che conseguirà da un procedimento di scelta mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>16</sup>, e delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice.

---

attuative di disposizioni rientranti, ai sensi dell'articolo 4, comma 2, del codice, in ambiti di legislazione regionale concorrente, fino a quando le Regioni non avranno adeguato la propria legislazione ai principi desumibili dal Codice, le disposizioni del presente regolamento: a) della parte II, titolo I (organi del procedimento e programmazione); b) dell'articolo 120, commi 3 e 4; c) dell'articolo 121, comma 6; d) dell'articolo 252, comma 1; e) della parte IV, titolo I (programmazione e organi del procedimento); f) dell'articolo 282, commi 1 e 2; g) dell'articolo 342. 5. Le disposizioni di cui al presente regolamento si applicano alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e Bolzano limitatamente alle disposizioni che attuano norme del codice che rientrano nella competenza legislativa statale esclusiva anche nei confronti di dette regioni e province autonome".

<sup>15</sup> Cfr. *ivi*, commi 1 e ss.: "1. È demandata alla potestà regolamentare del Governo, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della L. 23 agosto 1988, n. 400, con le modalità di cui al presente articolo e secondo le norme di cui alla presente legge, la materia dei lavori pubblici con riferimento: a) alla programmazione, alla progettazione, alla direzione dei lavori, al collaudo e alle attività di supporto tecnico-amministrativo con le annesse normative tecniche; b) alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici, nonché degli incarichi di progettazione; c) alle forme di pubblicità e di conoscibilità degli atti procedurali, anche mediante informazione televisiva o trasmissione telematica, nonché alle procedure di accesso a tali atti; d) ai rapporti funzionali tra i soggetti che concorrono alla realizzazione dei lavori e alle relative competenze. 2. Nell'esercizio della potestà regolamentare di cui al comma 1 il Governo, entro il 30 settembre 1995 adotta apposito regolamento, di seguito così denominato, che, insieme alla presente legge, costituisce l'ordinamento generale in materia di lavori pubblici, recando altresì norme di esecuzione ai sensi del comma 6. Il predetto atto assume come norme regolatrici, nell'ambito degli istituti giuridici introdotti dalla normativa comunitaria vigente e comunque senza pregiudizio dei principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, la presente legge, nonché, per quanto non da essa disposto, la legislazione antimafia e le disposizioni nazionali di recepimento della normativa comunitaria vigente nella materia di cui al comma 1. Il regolamento è adottato su proposta del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con i Ministri dell'ambiente e per i beni e le attività culturali, sentiti i Ministri interessati, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, nonché delle competenti Commissioni parlamentari, che si esprimono entro sessanta giorni dalla trasmissione dello schema. Sullo schema di regolamento il Consiglio di Stato esprime parere entro quarantacinque giorni dalla data di trasmissione, decorsi i quali il regolamento è emanato. Con la procedura di cui al presente comma si provvede altresì alle successive modificazioni ed integrazioni del regolamento. 3. Il Governo, nell'ambito delle materie disciplinate dal regolamento, attua, con modifiche al medesimo regolamento, le direttive comunitarie nella materia di cui al comma 1 che non richiedono la modifica di disposizioni della presente legge". In buona sostanza, quindi, il D.P.R. 554 del 1999 si configurava, a differenza del regolamento di prossima vigenza, quale fonte direttamente integrativa e modificativa della legge, secondo una logica alquanto "massimalista" di delegificazione. A sommosso di chi scrive, l'attuale tendenza di abbandono di tale sistema di produzione normativa è encomiabile, in quanto giova alla stessa chiarezza della gerarchia delle fonti normative e al doveroso ripristino - indispensabile in ogni democrazia - della competenza parlamentare nell'approvazione delle leggi.

Va da subito evidenziato che, in tal senso, la disciplina regolamentare riproduce, nella sostanza, il testo dell'art. 153, comma 9, del Codice laddove indica gli elementi costitutivi dell'offerta redatta dal soggetto aspirante alla concessione di servizi mediante finanza di progetto, sostituendo il progetto preliminare con uno studio di fattibilità, confermando la richiesta del piano economico-finanziario asseverato da una o più banche, nonché la richiesta della specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

Le richieste di indicazione degli elementi di cui all'art. 83, comma 1, del Codice e delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice sono – viceversa – requisiti del tutto nuovi e ulteriori che vengono contemplati dalla fonte regolamentare, i quali peraltro dovranno opportunamente essere considerati dal promotore (nonché dalla stessa amministrazione aggiudicatrice) come opportunamente riferiti all'intrinseca necessità del servizio pubblico.

Ad un primo esame del testo del regolamento così come disponibile a chi scrive, non consta che in esso siano state introdotte quelle "indicazioni" pur previste dall'art. 153, comma 9, del Codice come da ultimo sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. ee) del D.L.vo 11 settembre 2008 n. 152 "per chiarire e agevolare le attività di asseverazione ai fini della valutazione degli elementi economici e finanziari" sia da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia – soprattutto – da parte delle banche: circostanza, questa, che si ripercuote negativamente anche sulla stessa complessiva funzionalità dell'articolo in esame e dello stesso istituto della finanza di progetto nella sua (a tutt'oggi) preminente applicazione nell'ambito delle concessioni per la realizzazione e la gestione di opere pubbliche.

Sempre ad avviso di chi scrive, sarebbe stato – altresì - preferibile che nell'articolo in esame fossero dettagliati gli elementi costitutivi dello studio di fattibilità.

L'ultima parte del comma 1 dispone che "la proposta deve pure indicare l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione, nel limite di cui all'art. 253, comma 9, ultimo periodo, del Codice".

Tale frase reca un errore materiale, in quanto il richiamo va viceversa riferito all'art. 153, comma 9, ultimo periodo, del Codice, il quale dispone, per le offerte di finanza di progetto relative a concessioni di lavori, il piano economico-finanziario deve indicare pure l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte stesse, il quale "non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara".

Il limite stesso è, dunque, esteso anche alle proposte di finanza di progetto relative a concessioni di servizi pubblici.

Si apre, tuttavia, l'ulteriore questione se anche nei piani economico-finanziari relativi a tali concessioni deve pure essere considerato, come viceversa disposto in via espressa dallo stesso art. 153, comma 9 ma penultimo periodo (non, quindi, richiamato testualmente dall'articolo del regolamento ora in esame), anche il costo dei "diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 del codice civile"<sup>17</sup>.

A sommosso avviso di chi scrive la risposta dovrebbe essere positiva, trattandosi di disposizione di principio naturalmente da estendersi in via analogica alla fattispecie, anche in considerazione del comma 5 dello stesso art. 278 qui in esame (cfr. *ivi*: "per tutto quanto non

---

<sup>16</sup> E, cioè, nel testo come da ultimo modificato dall'art. 1 del D.L.vo 31 luglio 2007 n. 113: a) il prezzo; b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditività; h) il servizio successivo alla vendita; i) l'assistenza tecnica; l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio, n) la sicurezza di approvvigionamento; o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.

<sup>17</sup> L'art. 2578 c.c. dispone che "all'autore di progetti di lavori di ingegneria o di altri lavori analoghi che costituiscono soluzioni originali di problemi tecnici, compete, oltre il diritto esclusivo di riproduzione dei piani e disegni dei progetti medesimi, il diritto di ottenere un equo compenso da coloro che eseguono il progetto tecnico a scopo di lucro senza il suo consenso".

espressamente regolato dal presente articolo si applicano le disposizioni del codice e del regolamento in quanto compatibili”).

3.3. Il comma 2 dell’art. 278 del Regolamento dispone che, “qualora l’amministrazione aggiudicatrice si avvalga della facoltà di cui all’articolo 271”- ossia approva annualmente un programma per l’acquisizione di beni e servizi a valere per il successivo anno finanziario - “è ammessa la presentazione di proposte con riferimento a servizi non indicati nel programma. Le amministrazioni valutano le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento e possono adottare, nell’ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse; l’adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla gestione dei servizi. Ove le amministrazioni adottino gli studi di fattibilità, si applicano le disposizioni del presente articolo”.

La disciplina surriferita trova il proprio presupposto nella ben più complessa normazione contenuta nell’attuale testo dell’art. 156 del D.L.vo 163 e relativa all’inoltro da parte del promotore di proposte non contemplate nel piano triennale delle opere pubbliche, ossia di un atto di pianificazione inderogabilmente obbligatorio per tutte le amministrazioni competenti alla loro realizzazione.

Nel caso in cui l’amministrazione aggiudicatrice utilizzi invece lo strumento facoltativo del programma per l’acquisizione di beni e servizi, il promotore può presentare una proposta di finanza di progetto per una concessione di servizio non indicata nel programma.

L’obbligo per l’amministrazione di valutare la proposta risulta testualmente circoscritta nel termine di sei mesi dal ricevimento della proposta stessa: termine, questo, ordinario a parere di chi scrive, ma dalla cui violazione potrebbe conseguire pure la proposizione innanzi al giudice amministrativo, da parte del promotore, dell’azione di cui all’art. 31 c.p.amm. approvato con D.L.vo 2 luglio 2010 n. 104, essendo comunque obbligatoria da parte dell’amministrazione medesima una risposta, anche negativa, a’ sensi dei generali principi contenuti negli artt. 2 e 3 della L. 7 agosto 1990 n. 241 e successive modifiche.

L’adozione degli studi di fattibilità della proposta implica la materiale recezione della proposta stessa nel programma, ma non comporta alcun diritto del proponente ad un compenso per la redazione della proposta, né un suo diritto a gestire il servizio.

Il comma 3 dell’art. 278 precisa, inoltre, che “la fattibilità delle proposte presentate è valutata, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sotto il profilo della funzionalità, della fruibilità del servizio, della accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico del piano e del contenuto della bozza di convenzione; è verificata, altresì, l’assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione”.

Tali parametri di valutazione sono, ovviamente, inderogabili per ogni amministrazione aggiudicatrice, e il relativo procedimento, con la configurazione delle conseguenti competenze a provvedere dovrà essere normato nell’ambito dei rispettivi poteri di auto-organizzazione, fermo comunque restando che per quanto attiene agli Enti Locali l’approvazione dell’eventuale programma annuale per l’acquisizione di beni e servizi a valere per il successivo anno finanziario dovrebbe essere ragionevolmente ricondotta, a’ sensi dell’art. 42, comma 2, del T.U. approvato con D.L.vo 18 agosto 2000 n. 267 ad una competenza dell’organo consiliare.

Nell’ipotesi di presentazione di più proposte, esse, al fine dell’individuazione del promotore, “vengono valutate comparativamente nel rispetto dei principi di cui all’articolo 30, comma 3, del Codice”, ossia “nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale ... e con predeterminazione dei criteri selettivi”.

Il problema fondamentale per l’applicazione di tale invero scarna disciplina legislativa di principio, che la fonte regolamentare avrebbe dovuto – semmai – dettagliare senza limitarsi a



richiamarne il contenuto è rappresentato dall'individuazione dei "principi desumibili dal Trattato" e "dei principi generali relativi ai contratti pubblici" che si configurano quale espressione dei testè citati principi di "trasparenza", "adeguata pubblicità", "non discriminazione", "parità di trattamento", "mutuo riconoscimento" e "proporzionalità": e ciò anche con riferimento alla circostanza che il secondo "considerando" della direttiva 2004/18/CE, "l'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata" - a prescindere dalla circostanza che l'aggiudicazione medesima avvenga per un valore superiore o inferiore alla soglia comunitaria - "al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza".

Le stesse considerazioni valgono per la disciplina della gara informale, che parimenti sarebbe stato auspicabile fosse espressa nel Regolamento medesimo, almeno nelle sue linee di principio.

Ad avviso di chi scrive, l'applicazione dei predetti principi presuppone, ad esempio, la pubblicità delle sedute dell'organo giudicante la gara allorquando apra buste recanti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice<sup>18</sup>, nonché, ove l'amministrazione medesima intenda ottenere delle modifiche rispetto al contenuto dei progetti presentati, l'obbligo di formulare la relativa richiesta a tutti i concorrenti, come del resto espressamente disposto dall'attuale testo dell'art. 153, comma 3, del Codice<sup>19</sup>.

3.4. La stessa problematica di fondo si ripropone anche per la disciplina contenuta nel susseguente comma 4, laddove si afferma che "ai fini della scelta del concessionario, le amministrazioni aggiudicatrici procedono ad indire una gara informale ai sensi dell'articolo 30, comma 3, del codice, cui viene invitato anche il promotore, ponendo a base di gara la proposta presentata dallo stesso".

Nel medesimo comma si dispone, altresì, che "nella fase di scelta del concessionario, il promotore può adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In tal caso il promotore risulterà affidatario della concessione".

Tale disciplina risulta, pertanto, ancora una volta conforme a quella propria dell'art. 15, lett. f), del Codice nel suo attuale testo.

3.5. Nello stesso comma 4 dell'articolo in esame è contenuta un'ulteriore clausola di carattere generale, consistente nel rinvio all'art. 30, comma 4, del Codice, laddove si dispone che "sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza".

Pertanto, nell'evenienza che per determinati settori di servizi, retti da discipline speciali (ad esempio, quelle contenute nella direttiva 200/17/CE), siano vigenti regimi che più ampiamente tutelino la concorrenza, i regimi medesimi risultano cogenti anche nei riguardi della disciplina regolamentare suesposta.

Il comma 5 dell'articolo stesso reca, invece, la seguente ed ulteriore clausola generale: "per tutto quanto non espressamente regolato dal presente articolo si applicano le disposizioni del Codice e del Regolamento in quanto compatibili".

E' già stato evidenziato in proposito, al § 3.1., un possibile utilizzo di tale clausola per quanto segnatamente attiene al computo nei piani economico-finanziari presentati dai promotori anche del costo dei "diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 del codice civile".

L'area di utilizzazione di tale ultima clausola risulta, peraltro, intuitivamente più vasta.

<sup>18</sup> Cfr., *ex multis* sul relativo principio Cons. Stato, Sez. V, 13 ottobre 2010 n. 7470.

<sup>19</sup> Cfr. ad es., per un'applicazione di tale principio, Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 2010 n. 1663.

Gli esempi più macroscopici riguardano la possibilità, anche per la finanza di progetto per servizi pubblici, di costituire società di progetto alla stessa guisa dell'art. 156 del Codice, nonché il diritto del promotore soccombente in gara di ottenere da parte del soggetto affidatario il rimborso delle spese sostenute per la predisposizione della proposta (cfr. art. 153 Codice cit., commi 12 e 16 del testo attuale).

3.6. Da ultimo, va evidenziato che a' sensi del comma 5, la disciplina sin qui esposta si applica anche ai contratti di servizi di cui all'articolo 197, comma 3, del Codice, ossia "all'affidamento di lavori e servizi relativi ai beni culturali, nonché alle concessioni di cui agli articoli 115 e 117 del D.L.vo 22 gennaio 2004 n. 42<sup>20</sup>".

---

<sup>20</sup> L'art. 112 del D.L.vo 22 gennaio 2004 n. 42, nel testo sostituito dall'art. 2, comma 1, lettera hh) del D.L.vo 24 marzo 2006 n.156 e, quindi, modificato dall'art. 2, comma 1, lettera vvv) del D.L.vo 26 marzo 2008 n. 62, è intitolato "Forme di gestione" e così dispone: 1. Le attività di valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica sono gestite in forma diretta o indiretta. 2. La gestione diretta è svolta per mezzo di strutture organizzative interne alle amministrazioni, dotate di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile, e provviste di idoneo personale tecnico. Le amministrazioni medesime possono attuare la gestione diretta anche in forma consortile pubblica. 3. La gestione indiretta è attuata tramite concessione a terzi delle attività di valorizzazione, anche in forma congiunta e integrata, da parte delle amministrazioni cui i beni pertengono o dei soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, qualora siano conferitari dei beni ai sensi del comma 7, mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti. I privati che eventualmente partecipano ai soggetti indicati all'articolo 112, comma 5, non possono comunque essere individuati quali concessionari delle attività di valorizzazione. 4. Lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali ricorrono alla gestione indiretta al fine di assicurare un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali. La scelta tra le due forme di gestione indicate ai commi 2 e 3 è attuata mediante valutazione comparativa in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia, sulla base di obiettivi previamente definiti. La gestione in forma indiretta è attuata nel rispetto dei parametri di cui all'articolo 114. 5. Le amministrazioni cui i beni pertengono e, ove conferitari dei beni, i soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, regolano i rapporti con i concessionari delle attività di valorizzazione mediante contratto di servizio, nel quale sono determinati, tra l'altro, i contenuti del progetto di gestione delle attività di valorizzazione ed i relativi tempi di attuazione, i livelli qualitativi delle attività da assicurare e dei servizi da erogare, nonché le professionalità degli addetti. Nel contratto di servizio sono indicati i servizi essenziali che devono essere comunque garantiti per la pubblica fruizione del bene. 6. Nel caso in cui la concessione a terzi delle attività di valorizzazione sia attuata dai soggetti giuridici di cui all'articolo 112, comma 5, in quanto conferitari dei beni oggetto della valorizzazione, la vigilanza sul rapporto concessorio è esercitata anche dalle amministrazioni cui i beni pertengono. L'inadempimento, da parte del concessionario, degli obblighi derivanti dalla concessione e dal contratto di servizio, oltre alle conseguenze convenzionalmente stabilite, determina anche, a richiesta delle amministrazioni cui i beni pertengono, la risoluzione del rapporto concessorio e la cessazione, senza indennizzo, degli effetti del conferimento in uso dei beni. 7. Le amministrazioni possono partecipare al patrimonio dei soggetti di cui all'articolo 112, comma 5, anche con il conferimento in uso dei beni culturali che ad esse pertengono e che siano oggetto della valorizzazione. Al di fuori dell'ipotesi prevista al comma 6, gli effetti del conferimento si esauriscono, senza indennizzo, in tutti i casi di cessazione dalla partecipazione ai soggetti di cui al primo periodo o di estinzione dei medesimi. I beni conferiti in uso non sono assoggettati a garanzia patrimoniale specifica se non in ragione del loro controvalore economico. 8. Alla concessione delle attività di valorizzazione può essere collegata la concessione in uso degli spazi necessari all'esercizio delle attività medesime, previamente individuati nel capitolato d'onere. La concessione in uso perde efficacia, senza indennizzo, in qualsiasi caso di cessazione della concessione delle attività. 9. Alle funzioni ed ai compiti derivanti dalle disposizioni del presente articolo il Ministero provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica". A sua volta, l'art. 117 del medesimo D.L.vo 42 del 2004, intitolato a' sensi dell'art. 2, comma 1, lett. zzz) del D.L.vo 26 marzo 2008 n. 62 "Servizi per il pubblico", così dispone: "1. Negli istituti e nei luoghi della cultura indicati all'articolo 101 possono essere istituiti servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico. 2. Rientrano tra i servizi di cui al comma 1: a) il servizio editoriale e di vendita riguardante i cataloghi e i sussidi catalografici, audiovisivi e informatici, ogni altra materiale informativo, e le riproduzioni di beni culturali; b) i servizi riguardanti beni librari e archivistici per la fornitura di riproduzioni e il recapito del prestito bibliotecario; c) la gestione di raccolte discografiche, di diapositive e biblioteche museali; d) la gestione dei punti vendita e l'utilizzazione commerciale delle riproduzioni dei beni; e) i servizi di accoglienza, ivi inclusi quelli di assistenza e di intrattenimento per l'infanzia, i servizi di informazione, di guida e assistenza didattica, i centri di incontro; f) i servizi di caffetteria, di ristorazione, di guardaroba; g) l'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali, nonché di iniziative promozionali. 3. I servizi di cui al comma 1 possono essere gestiti in forma integrata con i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria. 4. La gestione dei servizi medesimi è attuata

Anche in questo caso la disciplina regolamentare si limita a richiamare il contenuto della sovrastante fonte legislativa senza disporre alcunché in ordine alla sua concreta attuazione: e ciò nonostante che l'art. 197, comma 3, del Codice disponga che il relativo affidamento avvenga, per l'appunto, "secondo le modalità stabilite" al riguardo "dal regolamento".

4. L'art. 53 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 162 e successive modifiche disciplina – tra l'altro – l'istituto dei cc.dd. "appalti integrati".

In tale evenienza, l'oggetto dell'appalto si identifica non con la mera esecuzione dei lavori, ma con "la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice"; ovvero, "previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta", con "la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice".

In tale seconda evenienza, "lo svolgimento della gara è effettuato sulla base di un progetto preliminare, nonché di un capitolato prestazionale corredato dall'indicazione delle prescrizioni, delle condizioni e dei requisiti tecnici inderogabili. L'offerta ha ad oggetto il progetto definitivo e il prezzo. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva, per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori".

"Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione ... gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. ... (Se) l'appaltatore si avvale di uno o più soggetti qualificati alla realizzazione del progetto, la stazione appaltante può indicare nel bando di gara le modalità per la corresponsione diretta al progettista della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione, al netto del ribasso d'asta, previa approvazione del progetto e previa presentazione dei relativi documenti fiscali del progettista. ... Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, l'esecuzione può iniziare solo dopo l'approvazione, da parte della stazione appaltante, del progetto esecutivo"<sup>21</sup>.

L'insieme di tali disposizioni è ora completato dalla fonte regolamentare, sia pure innescando anche per questa ben diversa materia il problema, già dianzi evidenziato al § 3.1., della "debolezza" della nuova disciplina integratrice.

Innanzitutto, varie disposizioni del Regolamento evidenziano le specificità dell'appalto integrato, come – ad esempio – l'obbligo, per i concorrenti, di precisare nel dettaglio lo sviluppo della progettazione esecutiva se la gara ha per oggetto la progettazione definitiva, quella esecutiva e l'esecuzione dei lavori (cfr. art. 24, comma 3), nonché l'obbligo di presentare in sede di offerta il cronoprogramma dei lavori (cfr. art. 41, comma 2).

Inoltre, sempre in tal senso, l'art. 92, comma 6, del Regolamento individua i requisiti di capacità che devono essere posseduti dalle imprese o dai progettisti coinvolti nell'appalto integrato, dovendo considerare che negli appalti integrati è necessaria l'attestazione SOA di qualificazione per progettazione e costruzione.

A tale proposito, pertanto, ivi si dispone che "i requisiti per i progettisti previsti dal bando ai sensi dell'articolo 53, comma 3, del codice devono essere posseduti dalle imprese attestate per prestazioni di sola esecuzione, attraverso un progettista associato o indicato in sede di offerta in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis), g) e h), del codice"<sup>22</sup>, e sono costituiti in rapporto all'ammontare delle spese di progettazione:

---

nelle forme previste dall'articolo 115. 5. I canoni di concessione dei servizi sono incassati e ripartiti ai sensi dell'articolo 110".

<sup>21</sup> Cfr. al riguardo il testo dell'art. 53 cit., come modificato dal D.L. vo 31 luglio 2007 n. 113 e successivamente dal D.L.vo 11 settembre 2008 n. 152.

<sup>22</sup> Cfr. *ivi*: "d) da liberi professionisti singoli od associati nelle forme di cui alla L. 23 novembre 1939 n. 1815, e successive modificazioni, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni

a) dai requisiti indicati all'articolo 263 qualora l'importo delle spese di progettazione sia pari o superiore a € 100.000;

b) dai requisiti indicati all'articolo 267, qualora l'importo delle spese di progettazione sia inferiore a € 100.000<sup>23</sup>.

---

mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa; e) dalle società di professionisti; f) dalle società di ingegneria; f-bis) da prestatori di servizi di ingegneria ed architettura di cui alla categoria 12 dell'allegato II A stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi; g) da raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere d), e), f), f-bis) e h) ai quali si applicano le disposizioni di cui all'articolo 37 in quanto compatibili; h) da consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nel settore dei servizi di ingegneria e architettura, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, e che abbiano deciso di operare in modo congiunto secondo le previsioni del comma 1 dell'articolo 36. È vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile. Ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse, il fatturato globale in servizi di ingegneria e architettura realizzato da ciascuna società consorziata nel quinquennio o nel decennio precedente è incrementato secondo quanto stabilito dall'articolo 36, comma 6, della presente legge; ai consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 36, commi 4 e 5 e di cui all'articolo 253, comma 8.

<sup>23</sup> art. 263: 1. I requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di partecipazione alle gare sono definiti dalle stazioni appaltanti con riguardo: a) al fatturato globale per servizi di cui all'articolo 252, espletati negli ultimi cinque esercizi antecedenti la pubblicazione del bando, per un importo variabile tra 2 e 4 volte l'importo a base d'asta; b) all'avvenuto espletamento negli ultimi dieci anni di servizi di cui all'articolo 252, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo globale per ogni classe e categoria variabile tra 1 e 2 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, calcolato con riguardo ad ognuna delle classi e categorie; c) all'avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi di cui all'articolo 252, relativi ai lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo totale non inferiore ad un valore compreso fra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, calcolato con riguardo ad ognuna delle classi e categorie e riferiti a tipologie di lavori analoghi per dimensione e per caratteristiche tecniche a quelli oggetto dell'affidamento; d) al numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni (comprendente i soci attivi, i dipendenti, i consulenti su base annua iscritti ai relativi albi professionali, ove esistenti, e muniti di partiva IVA e che firmino il progetto, ovvero firmino i rapporti di verifica del progetto, ovvero facciano parte dell'ufficio di direzione lavori e che abbiano fatturato nei confronti della società offerente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA, e i collaboratori a progetto in caso di soggetti non esercenti arti e professioni), in una misura variabile tra 2 e 3 volte le unità stimate nel bando per lo svolgimento dell'incarico. 2. I servizi di cui all'articolo 252 valutabili sono quelli iniziati, ultimati e approvati nel decennio o nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, ovvero la parte di essi ultimata e approvata nello stesso periodo per il caso di servizi iniziati in epoca precedente. Non rileva al riguardo la mancata realizzazione dei lavori ad essa relativi. Ai fini del presente comma, l'approvazione dei servizi di direzione lavori e di collaudo si intende riferita alla data della deliberazione di cui all'articolo 234, comma 2. Sono valutabili anche i servizi svolti per committenti privati documentati attraverso certificati di buona e regolare esecuzione rilasciati dai committenti privati o dichiarati dall'operatore economico che fornisce, su richiesta della stazione appaltante, prova dell'avvenuta esecuzione attraverso gli atti autorizzativi o concessori, ovvero il certificato di collaudo, inerenti il lavoro per il quale è stata svolta la prestazione, ovvero tramite copia del contratto e delle fatture relative alla prestazione medesima. 3. Ai fini di cui al comma 1, lettere b) e c), il bando indica le eventuali ulteriori categorie, appartenenti alla stessa classe, che possono essere utilizzate al fine di comprovare il possesso dei requisiti richiesti. 4. I concorrenti non devono trovarsi altresì nelle condizioni previste dall'articolo 253 del presente regolamento e dall'articolo 38 del codice".

art. 267: "1. I servizi di cui all'articolo 252 il cui corrispettivo complessivo stimato, determinato secondo quanto stabilito dall'articolo 262, sia inferiore a 100.000 euro, sono affidati dalle stazioni appaltanti secondo le disposizioni di cui all'articolo 91, comma 2, del codice e del presente articolo. 2. I soggetti da invitare, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, sono individuati tramite elenchi di operatori economici ovvero sulla base di indagini di mercato, assicurando altresì il rispetto del criterio della rotazione. 3. L'avviso per l'istituzione dell'elenco di operatori economici è pubblicato con le modalità di cui all'articolo 124, comma 5, del codice. Nell'avviso le stazioni appaltanti indicano le classi e le categorie, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle tariffe professionali, nonché le fasce di importo in cui si intende suddividere l'elenco; le stazioni appaltanti richiedono ai soggetti interessati i *curricula*, redatti secondo l'allegato N; nell'avviso, in rapporto all'importo

Le imprese attestare per prestazioni di progettazione e costruzione devono possedere i requisiti di cui alla lettera a) ovvero alla lettera b) attraverso l'associazione o l'indicazione in sede di offerta di un progettista scelto tra i soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis), g) e h), del codice, laddove i predetti requisiti non siano dimostrati attraverso il proprio staff di progettazione.

L'art. 120 definisce, quindi, il peso ponderale minimo da attribuire alla parte tecnico-qualitativa delle offerte negli appalti integrati, stabilendo che non può mai essere inferiore a 65 punti (su 100 disponibili) e l'art. 145, comma 5, stabilisce la possibilità che la stazione appaltante non preveda nel contratto l'indicazione di penali da applicare in caso di ritardato adempimento degli obblighi contrattuali.

La disciplina più pregnante di completamento dell'art. 53 del Codice va, peraltro, identificata nell'art. 168 del Regolamento, laddove si dispone – tra l'altro – che per gli appalti integrati aventi ad oggetto il progetto preliminare e tutti gli adempimenti ad esso successivi, la stipula del contratto deve avvenire dopo l'acquisizione di eventuali pareri necessari e l'approvazione, da parte della stazione appaltante, del progetto definitivo presentato come offerta di gara.

Nella fase di interazione tra il responsabile del procedimento e l'aggiudicatario sono acquisiti i pareri necessari e l'amministrazione può richiedere all'appaltatore di adeguare il progetto, dovendo in caso di rifiuto, annullare l'aggiudicazione.

Una volta stipulato il contratto, l'aggiudicatario deve redigere il progetto esecutivo, nell'ambito del quale possono essere recepite anche eventuali variazioni.

Il progetto esecutivo è approvato dalla stazione appaltante, la quale, ove non ritenga di provvedere al riguardo, "avvia la procedura di cui all'articolo 136 del Codice", ossia – previa acquisizione ed esame delle deduzioni dell'appaltatore in contraddittorio – dispone la risoluzione del contratto.

Sia il progetto definitivo che il progetto esecutivo sono assoggettati a validazione.

---

della classe e categoria dell'elenco, nonché alla natura e alla complessità delle attività da svolgere, può essere richiesto un requisito minimo relativo alla somma di tutti i lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie di lavori in cui si intende suddividere l'elenco. 4. La documentazione relativa al requisito di cui al comma 3, ultimo periodo, con riferimento ad ogni singolo lavoro, è predisposta secondo l'allegato O, indicando il soggetto che ha svolto il servizio e la natura delle prestazioni effettuate. Sono valutabili i servizi di cui all'articolo 263, comma 2. 5. Con l'avviso di cui al comma 3, ai soggetti che intendono essere iscritti all'elenco è richiesto di fornire il nominativo del professionista o dei professionisti che svolgeranno i servizi con la specificazione delle rispettive qualifiche professionali nonché con l'indicazione del professionista incaricato dell'integrazione delle prestazioni specialistiche. 6. Gli operatori economici sono tenuti ad informare tempestivamente le stazioni appaltanti rispetto alle eventuali variazioni intervenute nel possesso dei requisiti. Gli elenchi sono sempre aperti all'iscrizione degli operatori economici dotati dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante e sono periodicamente aggiornati dalle stesse, con cadenza almeno annuale. 7. L'indagine di mercato è svolta previo avviso pubblicato sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7, del codice, nell'albo della stazione appaltante, nonché eventualmente sul profilo del committente, ove istituito, per un periodo non inferiore a quindici giorni. L'avviso deve indicare i requisiti minimi che devono essere posseduti dai soggetti per potere essere invitati a presentare offerta; i requisiti sono indicati con riferimento alla specificità del servizio da affidare; nell'avviso, in rapporto all'importo della classe e categoria del servizio da affidare, nonché alla natura e alla complessità delle attività da svolgere, può essere richiesto un requisito minimo relativo alla somma di tutti i lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie di lavori cui si riferisce il servizio da affidare. Si applicano i commi 4 e 5. 8. Per l'affidamento del servizio specifico, la selezione, dall'elenco o tramite l'indagine di mercato, tra gli operatori economici in possesso dei requisiti, dei cinque o più soggetti cui rivolgere l'invito, può essere effettuata dalle stazioni appaltanti attraverso modalità di scelta, quale ad esempio il sorteggio. Gli operatori economici selezionati sono invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione mediante una lettera di invito contenente gli elementi essenziali costituenti l'oggetto della prestazione, il relativo importo presunto, il termine per la ricezione delle offerte, il tempo massimo per l'espletamento dell'incarico e ogni altro ulteriore elemento ritenuto utile, nonché i criteri di valutazione delle offerte; alla lettera di invito può essere allegata una nota illustrativa delle prestazioni. 9. La scelta dell'affidatario è resa nota mediante la pubblicazione dell'esito della selezione sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7, del codice entro un termine non superiore a quello indicato nell'articolo 65, comma 1, del codice. 10. I servizi di cui all'articolo 252 il cui corrispettivo complessivo stimato, determinato secondo quanto stabilito dall'articolo 262, sia inferiore a 20.000 euro possono essere affidati secondo quanto previsto dall'articolo 125, comma 11, secondo periodo, del codice, nel rispetto dell'articolo 125, comma 10, primo periodo".

Nel medesimo art. 168 sono contenute disposizioni omologhe anche per l'appalto integrato avente ad oggetto il progetto definitivo e gli adempimenti susseguenti.

In entrambi i casi, inoltre, dalla data di approvazione del progetto esecutivo decorrono i termini previsti per la consegna dei lavori.

In tal modo, pertanto, il Regolamento ha in effetti completato puntualmente la trama normativa dell'istituto, introducendo inevitabilmente delle soglie di doppio controllo (peraltro in alcun modo prefigurate dall'art. 53 del Codice) circa il soddisfacente contenuto dei diversi livelli di progettazione al fine di evitare che il progettista-appaltatore possa sottrarsi alle proprie responsabilità invocando - in modo del tutto incongruo - la già positivamente intervenuta validazione del proprio precedente elaborato progettuale.