

LA NUOVA LEGGE PROVINCIALE E LE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO: CONCESSIONI E FINANZA DI PROGETTO

Commento dell'avv. Velia Maria Leone, del Foro di Roma

[estratto da *Informator*, 3, 2008]



LEGGE PROVINCIALE 24 luglio 2008 n. 10 - B.U. 5 agosto 2008, n. 32, supplemento n. 2

1. Premessa. La nuova legge della Provincia Autonoma di Trento (la "PAT"), recante "*Modificazioni della legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26, in materia di lavori pubblici, e della legge provinciale 13 dicembre 1999, n. 6, in materia di sostegno dell'economia, approvata il 9 luglio 2008*", (la "Legge") costituisce - nella materia di cui trattasi, ossia il partenariato pubblico-privato - un notevole progresso non solo rispetto alle norme provinciali precedenti, ma anche rispetto alla disciplina nazionale che, specie su questi temi, ancora stenta a trovare un assetto stabile e soddisfacente.

La Legge introduce e disciplina le fattispecie più innovative derivanti dalle norme comunitarie, in particolare dalla Direttiva 2004/18/CE (la "Direttiva"), con l'intento di semplificare e rendere più flessibili le modalità procedurali previste per l'affidamento di contratti caratterizzati da una particolare complessità, quali i contratti di partenariato, ossia, nel caso di specie, i contratti di concessione.

Come riconosciuto anche a livello comunitario (¹), le operazioni di partenariato - ed i relativi contratti - si caratterizzano, normalmente, per i seguenti elementi:

- la durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una cooperazione tra il *partner* pubblico ed il *partner* privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare;
- la modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte dal settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti;
- il ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento). Il *partner* pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi;
- la ripartizione dei rischi tra il *partner* pubblico ed il *partner* privato, sul quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore pubblico. La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della

¹ Si veda il "*Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*" della Commissione del 30.4.2004 - COM(2004) 327 def.

capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi.

Tenendo a mente queste caratteristiche tipiche degli strumenti di partenariato, è convinta opinione di chi scrive che, in considerazione delle capacità professionali presenti nel territorio di riferimento - sia nel settore pubblico, sia in quello privato -, gli strumenti di derivazione comunitaria possano essere molto utili per l'ulteriore sviluppo e la modernizzazione del sistema giuridico dei contratti pubblici della PAT. Inoltre, avendo introdotto procedure che si attengono alle linee-guida tracciate dalla Direttiva - seppur introducendovi i necessari aggiustamenti - la PAT godrà dell'ulteriore vantaggio d'introdurre dei modelli giuridici che sono stati oggetto di ampio dibattito a livello comunitario e di cui la Direttiva rappresenta il miglior livello di armonizzazione ed attuazione.

Gli istituti di cui trattasi - segnatamente, il contratto di concessione, rispettivamente, ad iniziativa pubblica e ad iniziativa privata, ossia il *project financing* (il "PF") - costituiscono due esempi significativi di partenariato tra pubblico e privato e devono trovare una disciplina - anche a livello procedurale - che consenta di trarne pienamente i vantaggi. In particolare, tali vantaggi devono svilupparsi a livello economico-finanziario, giuridico ed operativo, anche in termini di valorizzazione dell'apporto innovativo che il privato può fornire all'amministrazione, consentendole di giovare dei più avanzati progressi tecnologici, progettuali, finanziari, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, efficacia, efficienza ed economicità che caratterizzano l'*agere* amministrativo.

Le disposizioni della Legge consentono di raggiungere tali obiettivi, superando quelle vischiosità amministrative e procedurali che, di converso, a livello di normativa nazionale impediscono, per ora, di utilizzare ed esprimere al meglio le potenzialità di tali istituti.

2. Il contratto di concessione: inquadramento generale. Il contratto di concessione di lavori - come definito dalla Direttiva - "*è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo*"⁽²⁾. La stessa Direttiva definisce il contratto di appalto di lavori - a cui la concessione è, dal punto di vista dell'oggetto, assimilata - come un contratto avente ad oggetto "*l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice*". Discende da questa definizione che l'elemento distintivo della concessione, rispetto all'appalto, è il diritto di gestire, che può essere - o meno - accompagnato da un prezzo. Il diritto di gestire - per essere tale da

² Art. 1, paragrafo 3 della Direttiva.

caratterizzare il contratto come concessione - deve necessariamente comportare l'assunzione di un rischio, in capo al concessionario.

A tale proposito, al fine di individuare il tipo di rischi che il privato deve assumere, occorre tenere presenti le condizioni evidenziate dall'Ufficio Statistico delle Comunità Europee (Eurostat), nella decisione del 2004 (la "Decisione")⁽³⁾. La Decisione raccomanda che una corretta definizione dei rischi nelle situazioni di partenariato pubblico-privato può considerarsi avvenuta solo ove si verifichino contemporaneamente due condizioni, ossia ove il privato si assuma:

- a. il rischio di costruzione, e
- b. il rischio di disponibilità, o quello di domanda.

Da ciò consegue, in termini contabili, che solo nel caso in cui il privato assuma i rischi che gli competono, il progetto potrà essere considerato "*off balance sheet*" da parte dell'autorità pubblica, contribuendo, così, a contenerne il livello di indebitamento.

Nel caso della concessione, l'onere finanziario in capo all'amministrazione risulta, in prima istanza, drasticamente ridimensionato. L'amministrazione non deve retribuire direttamente il concessionario per le prestazioni svolte, se non nel limitato margine della corresponsione di un prezzo aggiuntivo e solo eventuale. Tale prezzo è un *quid pluris*, corrisposto unicamente al fine di poter assicurare al concessionario il perseguimento - non il raggiungimento - dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della gestione, in relazione a specifici livelli di qualità da perseguire o tariffe da praticare, imposti dall'amministrazione quali oneri di realizzazione e gestione⁽⁴⁾.

A tal fine, l'affidamento della costruzione e della gestione di un'opera complessa al concessionario - il quale remunera il proprio investimento in un secondo momento attraverso i flussi di cassa futuri - presuppone la predisposizione di un accurato piano economico-finanziario di lungo termine ed il reperimento del capitale di rischio e di debito occorrente. La predisposizione di un piano finanziario che risponda a queste caratteristiche dipende, evidentemente, dalla maggiore, o minore, possibilità, per il concessionario, di intervenire sulla progettazione e sugli altri elementi del contratto, compresa la gestione. Ove gli elementi di partenza siano troppo rigidamente fissati dall'amministrazione, le possibilità di pervenire a predisporre un piano economico-finanziario adeguato sono minori.

Gli evidenti vantaggi del ricorso al contratto di concessione, in termini economici e contabili, nonché in termini di trasferimento del rischio di gestione sul concessionario, sono, tuttavia, conseguibili solo se:

³ Decisione 18/2004 del 11 febbraio 2004.

⁴ In altre parole, il contributo pubblico - in qualunque forma sia corrisposto - deve intervenire solo in funzione sussidiaria ed ove lo specifico progetto sconti una situazione di "*fallimento di mercato*", per via della tipologia di infrastruttura - *rectius*, sua incapacità di produrre reddito -, o per via dei flussi di cassa che non sono sufficienti, come potrebbe essere nel caso di tariffe che rispondono a logiche di interesse pubblico e non industriali o commerciali, ossia le c.d. tariffe controllate.

- a. il contratto è concepito in modo da poter essere utilizzato nelle situazioni in cui i vantaggi suddetti possono svilupparsi ed è corredato da una serie di strumenti contrattuali volti a garantirne la corretta operatività nel tempo, e
- b. la procedura di affidamento del contratto consente di cogliere pienamente il contributo del privato in termini progettuali, gestionali e finanziari, oltre che tecnici.

3. Contratto di concessione: confronto tra la normativa nazionale e la Legge. La normativa italiana disciplina la concessione - sotto il profilo contrattuale - nell'art. 143 del D.Lgs. 163/2006 (il "Codice").

Per quanto riguarda la disciplina contrattuale, la disciplina provinciale precedente ⁽⁵⁾ in materia di concessioni è stata rivista al fine di conferire, da un lato, una maggiore flessibilità - ad esempio sulla durata e sulle condizioni - ed una maggiore chiarezza - ad esempio per quanto riguarda la "*messa a disposizione*" degli immobili necessari alla realizzazione delle opere - e, dall'altro, di delimitare con maggiore precisione le caratteristiche del contratto di concessione, in termini di assunzione del rischio e di proporzionalità.

La Legge ha apportato quelle modifiche che rendono l'istituto in esame assolutamente coerente con il dettato comunitario, non solo con riferimento alla Direttiva, ma anche alle posizioni espresse dalla Commissione europea (la "Commissione") nelle diverse comunicazioni in materia ⁽⁶⁾.

In particolare, il nuovo articolo 49 ⁽⁷⁾ della Legge realizza, nello spirito delle operazioni di partenariato, una reale collaborazione tra pubblico e privato, da un lato, lasciando a quest'ultimo una maggiore iniziativa, sotto il profilo progettuale, e, dall'altro, evidenziando la necessità che quest'ultimo si assuma il rischio gestionale.

3.1. Programmazione e progettazione. Si deve evidenziare che l'oggetto dell'affidamento comprende, a norma dell'art. 49 della Legge, anche - di norma - la progettazione preliminare. Ciò non impedisce all'amministrazione - ove già ne disponga - di mettere a gara livelli di progettazione ulteriori, ma consente al concessionario di predisporre la propria offerta con la consapevolezza di poter intervenire su tutti gli aspetti rilevanti per la realizzazione dell'opera e la sua gestione funzionale ed economica. D'altra parte, questa ampia facoltà del concessionario è controbilanciata da una più accurata e attenta regolamentazione della fase di programmazione, ad opera dell'art. 6 della Legge.

⁵ Legge provinciale 26/99.

⁶ In particolare, ci si riferisce alla Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, in GUCE C 121 del 29 Aprile 2000 ed al Libro verde in materia di partenariato pubblico-privato, citato alla nota 1.

⁷ Si utilizza qui la numerazione quale risulterà dall'integrazione delle modifiche nella legge provinciale 26/99 consolidata.

L'art. 6 della Legge prevede, infatti, che *“Nell'ambito dei lavori pubblici la programmazione è assunta come metodo di governo, per garantire una realizzazione coordinata e razionale di opere pubbliche sul territorio, assicurando coordinamento, trasparenza e pubblicità nelle scelte assunte dalle amministrazioni (...)”*. Grazie a quest'attività, al momento della gara, le amministrazioni aggiudicatrici sono meglio in grado di controllare il processo di aggiudicazione del contratto, nonché le riverberazioni nella fase di gestione dello stesso, avendo indicato al mercato esattamente le esigenze da soddisfare. Attraverso una programmazione adeguata, l'amministrazione può, infatti, individuare gli elementi che intende le siano forniti dal mercato e distinguerli da quelli che, lei stessa, vuole stabilire *ex ante* e non modificare.

Questa è stata la linea seguita nel percorso di modifica che ha condotto all'adozione della Legge. L'art. 6 ha, infatti, introdotto la necessità di predisporre il *“documento preliminare di progettazione”*, il quale fornisce, a norma dell'art. 14 della Legge, un accurato quadro di certezze amministrative *ex ante* ⁽⁸⁾, in modo tale che, al momento dell'indizione della gara, il settore privato abbia la massima chiarezza sugli elementi costitutivi della domanda formulata dall'amministrazione cui l'offerta deve offrire una soluzione fattibile.

3.2. Profilo del rischio. La Legge precisa, in maniera inequivocabile, quale sia la reale natura della concessione, evidenziando, in diversi passaggi, l'importanza del mantenimento del rischio gestionale in capo al concessionario.

In primo luogo, l'art. 49, comma 9 della Legge pone il divieto di affidare concessioni che non abbiano ad oggetto la gestione funzionale ed economica dell'opera realizzata. Questo divieto non è ultroneo bensì molto utile, per evitare il seguitare della pessima abitudine di affidare come concessioni contratti che sono, in realtà, appalti di costruzione e manutenzione.

Ad ulteriore conferma della centralità del rischio gestionale, è previsto che l'eventuale prezzo, che l'amministrazione può corrispondere al concessionario, è ammissibile solo se *“obiettivamente necessario”*, nonché parametrato alla *“qualità dei servizi da prestare”*, e deve essere oggetto di confronto concorrenziale in sede di gara. Tale elemento è ulteriormente evidenziato nell'art. 49 della Legge, che su tale base, pone non solo il limite

⁸ In particolare, il documento preliminare di progettazione deve contenere *“i riferimenti alle norme urbanistiche in relazione alla fattibilità dell'opera, i vincoli ambientali, idrogeologici e paesaggistici derivanti da carte tematiche di sintesi, l'eventuale esistenza di vincoli di tutela storico-artistica, monumentale e archeologica ai sensi del decreto legislativo n. 42 del 2004, le norme di riferimento che individuano le caratteristiche tecnico-dimensionali, le motivazioni e gli obiettivi per la realizzazione dell'opera, la valutazione economico-finanziaria dell'intervento, comprensiva degli elementi che caratterizzano i costi di gestione dell'opera, i tempi per le procedure da seguire per la realizzazione dell'opera medesima.”*

all'eventuale prezzo ⁽⁹⁾, ma anche il parametro fondamentale per determinare la durata della concessione stessa ⁽¹⁰⁾ che, a differenza di quanto previsto nella disposizione nazionale ⁽¹¹⁾, non è predeterminata ed è espressamente prevista come una delle variabili modificabili nell'ambito della determinazione delle nuove condizioni di equilibrio del piano economico-finanziario, ove i presupposti di base dello stesso siano alterati.

4. Procedure di affidamento della concessione: confronto tra la normativa nazionale e la Legge.

4.1. La procedura ad iniziativa pubblica. Anche sulle procedure di affidamento della concessione – sia essa ad iniziativa pubblica, o ad iniziativa privata, ossia in “*project financing*” (il “PF”), la Legge propone soluzioni innovative, che la collocano in perfetta sintonia con la normativa comunitaria e che ovviano alle difficoltà attualmente riscontrabili nell'ambito della normativa nazionale.

Per quanto riguarda la concessione ad iniziativa pubblica, l'art. 144 del Codice prevede - come uniche alternative procedurali percorribili - la procedura aperta o quella ristretta. Queste due procedure sono, entrambe, molto rigide e prevedono che l'amministrazione abbia fissato già tutti gli elementi al momento del bando o, al più tardi, al momento della lettera d'invito (nel caso della procedura ristretta). Tale modalità procedurale non consente all'amministrazione di negoziare - né in sede di gara, né a seguito dell'aggiudicazione - le offerte dei concorrenti, al fine di ottenere quelle modifiche a lei più utili, e le impone di limitarsi a richiedere solo chiarimenti che non incidono sull'architettura, né, tanto meno, sulla soluzione tecnico-economica prospettata nelle offerte prodotte.

Una procedura così strutturata non consente di cogliere appieno le potenzialità del rapporto di partenariato che si dovrebbe instaurare con il privato, in quanto si limita ad un'inevitabile cristallizzazione dei contrapposti interessi - pubblico vs. privato - al momento della presentazione delle offerte, senza che la capacità tecnico-gestionale e progettuale dell'operatore economico possa arricchire il *petitum* dell'amministrazione. In tal modo, peraltro, si affievoliscono anche le possibilità, per il concessionario, di esercitare la propria capacità imprenditoriale per proporre soluzioni che garantiscano un migliore assetto della struttura economica, progettuale e gestionale del progetto.

⁹ Il comma 3, ultimo periodo recita: “*Il pagamento del prezzo non solleva il concessionario dall'assunzione dell'alea economico-finanziaria relativa alla gestione dell'opera*”.

¹⁰ Il comma 5 recita: “*La durata della concessione è fissata in funzione dell'ammortamento degli investimenti, comprensivi di un equo profitto, evidenziati nel piano economico-finanziario predisposto dal concessionario e approvato dal concedente*”

¹¹ Art. 143, comma 6 del Codice.

Tale irrigidimento non è, di converso, presente nella Legge, il cui art. 50 prevede - in linea con le norme comunitarie ⁽¹²⁾ - che le concessioni di lavori possano essere affidate anche a seguito di una procedura negoziata. La procedura negoziata consente, all'amministrazione, di ottenere offerte perfettamente rispondenti alle proprie esigenze, senza, per questo, contravvenire ai principi di trasparenza, concorrenza e parità di trattamento che regolano lo svolgimento delle gare.

Inoltre, il medesimo art. 50 stabilisce anche che la migliore offerta debba essere valutata sotto il profilo tecnico, economico e gestionale, nonché della redditività.

In sostanza, la Legge riporta l'istituto della concessione in linea con la sua funzione, nonché con il quadro giuridico comunitario che la prevede quale contratto da affidarsi con modalità più flessibili, rispetto all'appalto, proprio per consentire un contemperamento degli interessi ed un'allocatione dei rischi ottimali tramite il confronto tra parte pubblica e parte privata.

4.2. Il PF. La concessione ad iniziativa privata, in Italia, si identifica con il PF, da intendersi non tanto come istituto rifacentesi alla tradizione anglo-americana, quanto piuttosto alla tipologia introdotta dagli artt. 37-bis e seguenti della legge Merloni, poi riprodotti negli artt. 153 e ss. del Codice. Si tratta di un modello procedurale unico nel panorama internazionale ed ha già attratto varie critiche da parte della Commissione, soprattutto in relazione alla mancata gara per la selezione iniziale del c.d. promotore ed al diritto di prelazione di cui quest'ultimo beneficiava nella versione originaria della procedura ⁽¹³⁾.

A tale incongruenza normativa si aggiunge la prassi che si è sviluppata nel mercato italiano. Infatti, nonostante l'aumento della pubblicazione degli avvisi di ricerca del promotore, sono ben poche le procedure che si concludono con l'aggiudicazione del contratto di concessione di costruzione e di gestione. Tant'è che si può dire che, in questo caso, il tasso di mortalità delle procedure sia molto alto. Inoltre, vale rilevare che anche le procedure andate a buon fine, implicano dei tempi di gestazione molto lunghi - tra la pubblicazione dell'avviso e l'aggiudicazione della contratto -, destinati ad allungarsi ulteriormente ove si aggiungano anche i tempi necessari alla società di progetto - con cui si stipula il contratto di concessione - per

¹² Si veda Direttiva 2004/18/CE, art. 58, la quale non prevede alcuna procedura specifica per l'affidamento delle concessioni e si limita ad alcuni requisiti relativi al bando di gara ed ai termini.

¹³ Si veda la procedura d'infrazione conclusasi con la sentenza della Corte di Giustizia CE del 21 febbraio 2008 - causa C-412/04 - sul ricorso presentato dalla stessa Commissione contro l'Italia in relazione a diverse disposizioni della legge 109/1994 in materia di lavori pubblici, tra cui quella relativa al diritto di prelazione per il promotore, su cui, tuttavia, la Corte non si è pronunciata. Si veda, in seguito, la lettera di costituzione in mora inviata dalla Commissione all'Italia in data 30.01.2008, C (2008) 0108, in cui si evidenzia come, anche a seguito dell'eliminazione del diritto di prelazione, il promotore continui a godere di un trattamento privilegiato rispetto agli altri concorrenti, poiché è automaticamente ammesso all'ultima fase di negoziazione

sottoscrivere i contratti di finanziamento, c.d. *financial close*. A ciò si aggiunga che la procedura, così come attualmente prevista dal Codice - a seguito della modifica intervenuta con D.Lgs. 113/07, ossia il c.d. secondo decreto correttivo - è particolarmente complessa e frammentaria, suddivisa in diverse fasi, che ne compromettono l'efficacia.

A parte queste considerazioni procedurali, occorre evidenziare anche l'ulteriore patologia che si annida nell'istituto in esame. Le difficoltà di *budget* di cui soffrono molte amministrazioni mal si coniugano con la necessità di arricchire il patrimonio infrastrutturale di loro competenza. Quest'esigenza è acuita dalla necessità di offrire servizi pubblici di qualità o, comunque, in grado di rispondere alle diversificate esigenze dei cittadini-utenti finali. Questi fattori hanno, spesso, indotto le amministrazioni ad applicare l'istituto del PF anche ad infrastrutture che non si prestano ad una "*gestione economica*", segnatamente la cui gestione non produce redditi e deve essere sovvenzionata - in tutto o in parte - attraverso l'erogazione di contributi pubblici. Questo fenomeno porta alla sottoscrizione di contratti che pur presentandosi, *prima facie*, come concessioni, in realtà, hanno natura di appalti, poiché il privato non assume alcun rischio commerciale in relazione alla gestione del progetto ⁽¹⁴⁾.

Peraltro, gli espedienti oggetto di recenti interventi legislativi nazionali - oltre ad attrarre, come si è visto, ulteriore contenzioso comunitario - non hanno incontrato quel favore del mercato tale da giustificare lo sforzo ⁽¹⁵⁾. Di contro, specie l'enfasi sulla necessità di un contributo pubblico - non più visto come elemento residuale, quanto, piuttosto, costitutivo dell'intera operazione - congiuntamente alla de-enfaticizzazione della necessità che la pubblica amministrazione non si spogli della sua capacità di programmare gli interventi infrastrutturali hanno, in alcuni casi, prodotto effetti negativi sul territorio, rischiando di offrire il destro ad interventi di puro tenore speculativo.

A fronte del quadro delineato a livello nazionale, la Legge fornisce una risposta molto innovativa ed efficace ai menzionati problemi dell'assetto normativo nazionale, da cui si discosta notevolmente introducendo, in ossequio al dettato normativo comunitario, un percorso procedurale coerente con la Direttiva. Questa scelta è giustificata, a parte dal generale rispetto del principio di gerarchia delle norme, dalla preoccupazione di evitare di produrre normativa provinciale che sia oggetto di censure a livello comunitario.

¹⁴ Cfr. sezione A, nota n. 3 sulla Decisione Eurostat.

¹⁵ Parzialmente diverso è il giudizio sullo schema del c.d. terzo decreto correttivo del Codice, approvato dal Consiglio dei Ministri lo scorso 27 giugno (il "Terzo decreto"), il quale deve ancora passare al vaglio del Consiglio di Stato. Il Terzo decreto prevede una procedura molto semplificata, rispetto a quella attualmente in vigore, e potrebbe rivestire un certo interesse. Tuttavia, non si può ancora prospettare con certezza il momento della sua applicazione, né se l'assetto disegnato dal Terzo decreto supererà indenne le varie verifiche istituzionali a cui è subordinata la sua entrata in vigore.

Il percorso proposto dalla Legge riconduce con maggiore chiarezza il PF al regime delle concessioni, anche precisando la natura di concessione del contratto affidato nell'ambito di "operazioni di finanza di progetto" ⁽¹⁶⁾.

Gli artt. 50-*quater* e ss. individuano l'unico elemento distintivo del PF, rispetto alla normale concessione di lavori: l'iniziativa privata. In tale ottica, la Legge sottolinea la stretta interrelazione tra la procedura di affidamento e gli strumenti di programmazione. Si è già visto come la funzione di programmazione rivesta un ruolo centrale nella realizzazione dei lavori pubblici, in generale e nell'affidamento delle concessioni, in particolare ⁽¹⁷⁾. Per quanto riguarda le operazioni di PF, tale fase assume un ruolo ancora più decisivo: la programmazione è essenziale per individuare quali opere possano essere adatte ad un affidamento in concessione secondo questa modalità. A tale proposito, la Legge - art. 50-*quinquies* - precisa che possono essere affidati con tale modalità solo progetti in grado di produrre flussi di cassa reali. In questa maniera, si evitano ulteriori esborsi di denaro pubblico per opere che non sono in grado di finanziarsi attraverso una loro gestione economica. Solo a queste condizioni, i progetti suscettibili di essere realizzati mediante PF beneficiano di un'ammissione prioritaria al finanziamento provinciale ⁽¹⁸⁾.

Al fine di enfatizzare il ruolo partecipativo del privato, nonché di evitare quelle difficoltà procedurali che rendono inefficiente il PF a livello nazionale, la Legge prevede che l'affidamento avvenga con la procedura del dialogo competitivo, ritenuta la più adeguata a cogliere, da un lato, la capacità di iniziativa e di innovazione dei privati e, dall'altro, l'esigenza di regole che garantiscano la parità di trattamento ed il più ampio confronto concorrenziale.

La procedura s'incardina perfettamente nell'ambito di un corretto percorso di programmazione e di gestione del procedimento, secondo cui, entro 30 giorni dall'approvazione degli strumenti di programmazione, l'amministrazione deve informare il mercato della sua volontà di ricorrere allo strumento del PF, attraverso la pubblicazione di un avviso indicativo (l'"Avviso") che, così come prescritto nelle direttive comunitarie, deve indicare la volontà dell'amministrazione aggiudicatrice di sollecitare il mercato in merito alla realizzazione di opere pubbliche. L'Avviso non ha funzione d'indire la gara ma, semplicemente, di informare il mercato.

A seguito della pubblicazione dell'Avviso, entro un termine perentorio che garantisce, da un lato, la serietà ed affidabilità dell'Avviso e, dall'altro, il sollecito concatenarsi delle fasi procedurali - l'amministrazione deve pubblicare il bando che indice la gara per la scelta del promotore/concessionario.

A differenza della procedura per l'affidamento della concessione ad iniziativa pubblica - ai sensi degli artt. 50 e ss. della Legge - in questo caso il bando posto a base di gara ha un contenuto più scarno, così da stimolare

¹⁶ Si veda l'art. 50-*quater* della Legge.

¹⁷ Cfr. sezione *B.i.*

¹⁸ Ai sensi dell'art. 50-*sexies* della Legge.

l'innovatività del settore privato a fronte del beneficio di mantenere il controllo dell'operazione in capo alla pubblica amministrazione. In particolare, i contenuti sono quelli previsti dall'art. 33-*bis*, comma 5, della Legge, in materia di dialogo competitivo, ossia volti, unicamente, a rendere note le proprie necessità od obiettivi, definiti nel bando stesso o in un documento descrittivo, nel quale sono indicati anche i requisiti di ammissione al dialogo competitivo, i criteri di valutazione delle offerte e il termine entro il quale gli interessati possono presentare domanda di partecipazione alla procedura.

La gara vera e propria mira ad aggiudicare la concessione - non, semplicemente, a designare il promotore - ed avviene attraverso la procedura già prevista dall'art. 33-*bis* della Legge, ossia il dialogo competitivo.

Si tratta di una procedura innovativa, introdotta dalla Direttiva ⁽¹⁹⁾ utilizzabile per gli appalti "*particolarmente complessi*" ai sensi delle linee guida interpretative della Commissione ⁽²⁰⁾. Si deve segnalare che il limite al ricorso alla procedura del dialogo competitivo è stabilito dalla Direttiva unicamente con riferimento agli appalti. Nel caso delle concessioni ad iniziativa privata, ossia del PF, la complessità è insita nella modalità - di contenuto tecnico-finanziario - selezionata, pertanto, non è necessario motivare in modo stringente la presenza dei requisiti di complessità richiesti per gli appalti.

Inoltre, come già rilevato, l'affidamento delle concessioni, ai sensi della Direttiva, può avvenire secondo procedure meno formalizzate di quelle previste nella stessa Direttiva, purché sia preceduto da un'adeguata pubblicità, secondo il modello di pubblicazione di cui all'allegato VII B alla stessa, e siano rispettati i principi fondamentali di non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e mutuo riconoscimento. Ciò significa che la citata procedura - di cui all'art. 29 della Direttiva ed all'art. 33-*bis* della Legge - può essere utilizzata senza alcun limite nel caso del PF, nonostante la sospensione dell'operatività della stessa a livello nazionale ⁽²¹⁾.

Il dialogo competitivo consente di conferire la giusta importanza all'apporto ideativo del privato, colmando le asimmetrie informative tra pubblica amministrazione e mercato, tenendo conto della sua naturale evoluzione, anche, ma non solo tecnologica, e mitigando gli effetti del tempo necessario allo svolgimento della gara.

La procedura in esame - che l'art. 33-*bis* della Legge riproduce in maniera identica al corrispondente art. 58 del Codice ⁽²²⁾ - conduce, attraverso le

¹⁹ Art. 29 della Direttiva.

²⁰ Si veda, in particolare, la "*Explanatory note – competitive dialogue – classic directive*", documento CC/2005/04_rev 1 del 5.10.2005.

²¹ Il dialogo competitivo, secondo quanto disposto dall'art. 1, lett t) n. 4 del d. lgs. n. 113 del 31 luglio 2007 (il "Secondo Decreto correttivo"), si applica alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del Regolamento attuativo del Codice.

²² Cfr. nota n. 13 sulla procedura d'infrazione avviata dalla Commissione e nota n. 15 sul Terzo decreto.

diverse fasi concertative, alla riduzione del rischio amministrativo ed alla valorizzazione dei principi di efficienza ed economicità. In una prima fase, di dialogo, volta ad individuare e ben definire l'oggetto ed i contenuti del contratto da aggiudicare, tutti gli elementi delle proposte sono oggetto di negoziazione - individuale - con l'amministrazione, che può procedere per affinamenti progressivi e ridurre, man mano, sulla base di criteri obiettivi, i candidati con cui proseguire il dialogo stesso. Nella seconda fase, le offerte dei partecipanti - risultati idonei in base ai criteri di selezione, che sono quelli del concessionario, e non eliminati nel corso delle riduzioni progressive - sono cristallizzate e valutate secondo i criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il contenuto della proposta dei partecipanti al dialogo è del tutto assimilabile alla proposta del promotore ai sensi della normativa nazionale. Inoltre, attraverso il dialogo, tutti i contenuti sono discussi e negoziati con l'amministrazione aggiudicatrice - e questa negoziazione può andare molto al di là delle modifiche ammesse ai sensi dell'attuale art. 154 del Codice -, fino ad arrivare ad un nucleo contenutistico definito, assimilabile, secondo la terminologia della normativa nazionale, alla proposta dichiarata d'interesse pubblico.

In conclusione, sembra di poter affermare che la soluzione adottata dalla Legge sia in grado di semplificare, alleggerire le procedure e, auspicabilmente, rendere più agevole ed appetibile la partecipazione dei privati all'elaborazione delle proposte. Tutto ciò, nonostante - e forse anche grazie a - l'eliminazione di ogni riferimento al diritto di prelazione, che ha attirato tante critiche sulla normativa nazionale da parte della Commissione e, si ritiene, contribuito al fallimento di mercato dello strumento. In via incidentale, si noti anche come quella del dialogo competitivo sia la strada indicata, seppure in maniera indiretta, come preferenziale, per l'affidamento di concessioni caratterizzate dagli elementi di complessità finanziaria e durata del partenariato pubblico-privato, dalla stessa Commissione nel Libro verde sul partenariato pubblico-privato ⁽²³⁾.

²³ Cit. nota n. 1.