

LA REALIZZAZIONE DELLE INFRASTRUTTURE (artt. 172-175; 177-181)

Stefano Gattamelata

1. Considerazioni preliminari sull'utilizzo di istituti e modelli nel settore delle grandi opere.
2. La società pubblica di progetto.
3. Le proposte di intervento: il promotore.
4. Le modalità di realizzazione dell'opera: la concessione.
5. Aggiudicazione e collaudo.
6. Insediamenti produttivi e infrastrutture private strategiche per l'approvvigionamento energetico.

1. CONSIDERAZIONI PRELIMINARI SULL'UTILIZZO DI ISTITUTI E MODELLI NEL SETTORE DELLE GRANDI OPERE

La questione relativa alla realizzazione delle grandi infrastrutture rileva per l'impatto che esse hanno (o meglio dovrebbero auspicabilmente avere) sulla società civile in genere, e quindi sia sulle sue varie componenti dinamiche (in particolare su quelle economiche), sia sugli istituti giuridici volti alla loro attuazione che hanno delle peculiarità rapportate proprio all'importanza (sotto il profilo tecnico-realizzativo) di dette opere. Ed allora, seppure alcune delle considerazioni che seguono hanno ad oggetto profili trattati nei capitoli precedenti, tuttavia esse vanno qui necessariamente inserite e quindi lette rapportandole alla realtà che la normativa in commento appunto disciplina. Tale "realtà" trova il suo presupposto in una più ampia disciplina di settore e di essa ne è il compimento, ponendosi come occasione evolutiva di alcuni degli istituti tipici delle opere pubbliche e come sede privilegiata per l'elaborazione di modelli di partenariato pubblico privato, astrattamente in grado di fornire risposte giuridiche nuove in chiave di compartecipazione pubblico-privato, ovvero di amministrazione condivisa, ispirata cioè (sempre in via teorica) ad un dinamismo che mira a superare le farraginosità della macchina amministrativa. Ma il problema – sia consentito – è proprio qui: gli istituti e i modelli nella sostanza applicati, hanno semplificato il sistema ed hanno permesso la costruzione di grandi opere? La risposta trascende il profilo strettamente giuridico ed è davanti ai nostri occhi. Ed allora la lettura che qui viene data di tali istituti e modelli vuole – oltretutto descriverli – anche far riflettere sul loro corretto utilizzo, sui relativi esiti e sulle correlate prospettive di stimolo del mercato.

Ecco dunque che primariamente va evidenziata quella che innanzi si è definita come «realtà normativa» nella quale il sistema delle grandi infrastrutture si colloca.

Sotto tale profilo, va sottolineato che l'impianto normativo del Capo in commento recepisce¹ (con i necessari adattamenti) il d.lgs. 27 agosto 2002, n. 190, recante attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443 (c.d. «legge-obiettivo») per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale, e delle successive modifiche ed integrazioni².

Al fine di favorire lo sviluppo e la competitività del sistema economico, la legge obiettivo ha promosso la costruzione di grandi opere pubbliche e private per la modernizzazione del Paese, sulla base di un vasto ed ambizioso programma di interventi, che ha visto il CIPE includervi ventuno «Infrastrutture Strategiche» e circa centosedici «Grandi Opere»³. Così tale normativa ha prospettato schemi articolati di azione, che – per un verso – contemplano l'interazione dei diversi soggetti (amministrazioni centrali e locali, enti economici, società pubbliche o partecipate, concessionari e *general contractors*) a vario titolo impegnati nell'opera, secondo procedure di concertazione idonee a comporre interessi pubblici e privati; e – per altro verso – ancorano risultati e progetti finanziari a precise scadenze temporali; è proprio in tale contesto che molta importanza è stata attribuita a diversi istituti utilizzati per la realizzazione delle opere, ed in particolare al *project finance*, al contraente generale ed alla concessione.

Nella citata «realtà normativa» presupposta alla questione che ci occupa, rilevano altresì quelle forme di cooperazione tra le Autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura (o la fornitura di un servizio), note come «Partenariato Pubblico Privato» (PPP).

Con la formula «PPP» si rinvia invero ad una vasta gamma di modelli di cooperazione tra settore pubblico e settore privato⁴, tutti caratterizzati dall'unico co-

¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. consultiva per gli atti normativi, Ad. 6 febbraio 2006, n. 355.

² Tra le quali è particolarmente rilevante il d.lgs. 17 agosto 2005, n. 189, intitolato «*Modifiche e integrazioni al d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, in materia di redazione ed approvazione dei progetti e delle varianti, nonché di risoluzione delle interferenze per le opere strategiche e di preminente interesse nazionale*». Il Regolamento poi, all'art. 2, individua le sue stesse disposizioni che si applicano al sistema delle infrastrutture strategiche e degli insediamenti produttivi.

³ Cfr. delibera CIPE 21 dicembre 2001, n. 121/2001 con la quale si è disposta l'approvazione ai sensi dell'art. 1, comma 1, legge n. 443/2001 del programma delle «*infrastrutture pubbliche e private e degli insediamenti produttivi di carattere strategico e di preminente interesse nazionale per la modernizzazione del Paese*». In dottrina tale programma è stato analizzato sia sotto l'aspetto sostanziale (cfr. A. ARALDI, *Grandi opere per battere la carenza di infrastrutture*, in *Ammin. civ.*, 2007, p. 37 nonché *Grandi opere e legge obiettivo: un perimetro vigilato*, in *Nuova rass.*, 2006, p. 2269) sia sotto l'aspetto del controllo e della vigilanza (cfr. B. DEIDDA, *La vigilanza nella costruzione delle grandi opere – Ruolo e compiti dell'organo di vigilanza alla luce delle recenti normative, anche di contrasto del lavoro nero*, in *Riv. amb. lav.*, 2007, 6, p. 27).

⁴ Modelli trattati in dottrina e tuttavia ancora da esplorare nelle potenzialità. Per tutti, e senza pretesa di esaustività, si rinvia a E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 915; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in merito al c.d. «partenariato pubblico privato (ppp)»*, in *Giust. amm.*, 2006, 7; M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-*

mune denominatore per cui progettazione, realizzazione, gestione e finanziamento dell'opera pubblica o di pubblica utilità sono affidati, in tutto o in parte, al settore privato, così da ovviare alle restrizioni di bilancio che sovente vincolano l'azione statale. Così, mentre il privato reperisce i finanziamenti per la realizzazione dell'opera, 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, nonché sul controllo del raggiungimento di questi obiettivi.

Questo il contesto nel quale le disposizioni del Codice si inseriscono e che hanno come presupposto; questa dunque la citata «realità normativa» ove il Codice impinge. Ed allora torna la domanda sui risultati ottenuti e quindi sulla effettiva «riuscita» degli istituti e dei modelli accennati (e di seguito meglio approfonditi). Una domanda la cui risposta non è univoca: uno scenario complesso infatti si pone innanzi all'osservatore, certamente con ombre ma anche con luci il cui ravvivarsi dipende non tanto dall'utilizzo di un modello o di un altro, quanto dalla scelta di quello più adeguato ed aderente alla realtà locale, nonché dalla reale volontà dell'amministratore di raggiungere l'obiettivo.

Così il citato programma di interventi, e con esso gli istituti utilizzati, hanno mostrato aspetti di criticità sotto molteplici profili, tanto che l'avanzamento dei progetti è apparso lento e disomogeneo⁵.

Si è invero riscontrato che uno dei principali ostacoli alla effettiva realizzazione delle opere è stato indubbiamente l'insufficienza dei finanziamenti; e questo nonostante la previsione di strumenti (quali – si è detto – il *project financing*) che fanno appello al capitale privato. La ricorrente scarsità di fondi ha dunque prodotto «*la limitazione dei progetti alle disponibilità contingenti, con gravi difetti di funzionalità o l'interruzione delle opere prima del loro completamento*»⁶. In alcuni casi, poi, «*il piano finanziario già definito è stato consistentemente modificato a seguito di onerose varianti progettuali imposte dalla valutazione di impatto ambientale, di guisa che il costo originariamente previsto a carico di privati è notevolmente aumentato; ciò che ha reso necessaria l'integrazione di finanziamenti pubblici verificandosi, altrimenti, una situazione di non remunerabilità dell'investimento e di conseguente abbandono*»⁷.

Conseguenza della ristrettezza delle risorse impiegabili è stato l'accentuato frazionamento in lotti e stralci delle grandi infrastrutture: «*piuttosto che concentrare i fondi disponibili su obiettivi completi, si è preferito infatti il frazionamento in nu-*

privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, p. 167; M. CLARICH, *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, in AA.VV. *Il dialogo competitivo ed i possibili riflessi sul p.p.p.*, Roma, 2006; M.P. CHITI, voce *Partenariato pubblico-privato*, in *Enc. giur.*, vol. X, Milano, 2007, p. 690; M. RICCHI, *La regolazione di un'operazione di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. amm.*, 2007, p. 149.

⁵ Cfr. Corte conti, Sezione centrale di controllo sulle Amministrazioni dello Stato, *Indagine sullo stato di attuazione della Legge-obiettivo (legge 21 dicembre 2001, n. 443) in materia di infrastrutture ed insediamenti strategici*; determinazione del 15 giugno 2007, in *Riv. Corte conti*, 2007, 3, p. 23. Per un approfondimento sull'effettiva incidenza nella pratica del programma degli interventi e più latamente della nuova normativa, si rinvia agli Atti del convegno tenutosi in Consiglio di Stato il 19 ottobre 2007, *Il Codice dei contratti: un anno dopo*.

⁶ Cfr. Corte conti, Sezione centrale di controllo sulle Amministrazioni dello Stato, *Indagine*, cit.

⁷ Cfr. Corte conti, Sezione centrale di controllo sulle Amministrazioni dello Stato, *Indagine*, cit.

merosi rivoli, spesso secondo un criterio di riparto "a pioggia", accettandosi come inevitabile l'incertezza temporale e quantitativa sulla disponibilità delle risorse necessarie al completamento»⁸.

Ma il profilo economico non è stato l'unico aspetto di debolezza del sistema. Sono state nei fatti riscontrate notevoli carenze sul piano progettuale, ed una generale difficoltà di tradurre a livello operativo le intese raggiunte a livello politico, nonché una frequente assenza di controlli e di coordinamento tra i progetti in corso.

Le descritte patologie operative hanno sovente allontanato nel tempo il raggiungimento degli obiettivi, pregiudicando la compatibilità economica delle iniziative e dando vita ad un cospicuo contenzioso⁹. In questo quadro pare evidente che per superare le criticità è necessario migliorare proprio quegli aspetti che hanno sollevato maggiori perplessità in fase attuativa, e dunque le modalità di finanziamento dovrebbero essere caratterizzate da una tempistica certa e breve, evitando inspiegabili (ma frequenti) pause procedurali ovvero "fermate" (di mesi interi) presso questo o quell'altro ufficio, con una duplicazione valutativa inutile; di converso una particolare attenzione andrebbe posta alla fase progettuale, alla cui maggiore accuratezza corrisponderebbe la migliore realizzazione dell'opera, evitando contenziosi lunghi ed onerosi, con un effetto distorsivo del mercato.

Nonostante le criticità emerse e gli auspici di revisione normativa appena descritti, è da ritenere che gli istituti ed i moduli di partenariato innanzi illustrati – se correttamente applicati – siano in grado di offrire risultati positivi. E non è un caso se ad esempio il ricorso al PPP sta diffondendosi sempre più, a livello europeo ed internazionale, e ciò in quanto:

i) il settore privato è posto nelle condizioni di fornire le proprie capacità manageriali, commerciali ed innovative nella progettazione, finanziamento, costruzione e gestione di infrastrutture di pubblica utilità, ottenendone un ritorno economico. La fase di gestione dell'opera, che rappresenta il necessario risultato di una

⁸ Cfr. Corte conti, Sezione centrale di controllo sulle Amministrazioni dello Stato, *Indagine*, cit.

⁹ Per un quadro attuale, cfr. *Secondo Rapporto sulle infrastrutture in Italia*, 29 maggio 2009, realizzato dall'Ance.

La ricerca è stata condotta su un campione di 196 interventi, scelti tra opere pubbliche di importo superiore ai 10 milioni di euro, ed è consistita nell'analisi di tutte le fasi in cui si articola l'iter realizzativo di un'opera pubblica. Lo studio ha consentito di quantificare i tempi necessari per le tre fasi progettuali (preliminare, definitiva ed esecutiva), per la pubblicazione del bando, per lo svolgimento della gara e per la consegna dei lavori all'impresa aggiudicataria. Sono stati considerati, inoltre, i tempi per la realizzazione delle opere e per il successivo collaudo.

Ebbene: è emersa una preoccupante lentezza nel processo di realizzazione delle opere considerate, in tutte le diverse fasi; sarebbero necessari, ad esempio, circa 4 anni e mezzo per completare la progettazione di opere di importo inferiore ai 50 milioni di euro e quasi 6 anni per quelle opere di importo superiore. Ed in questo contesto le maggiori criticità non afferiscono la fase tecnica di redazione progettuale, ma il processo autorizzativo, risultando legate alla definizione e condivisione delle priorità, alle difficoltà nel reperimento dei finanziamenti ed ai tempi di svolgimento della Conferenza dei Servizi sul progetto definitivo.

Così delle 196 opere monitorate, 144 hanno raggiunto la fase di cantiere e di queste 65 mostrano lavori in corso e solo 79 risultano terminate. Queste ultime, mediamente, hanno accumulato un ritardo nella fase di cantiere quantificabile in 292 giorni (9 mesi), pari al 43,2% del tempo contrattuale (senza considerare eventuali sospensioni e/o proroghe).

corretta progettazione e costruzione, costituisce elemento di primaria importanza, in quanto soltanto una gestione efficiente e di qualità consente di generare i flussi di cassa necessari a rimborsare il debito contratto e remunerare gli azionisti;

ii) il settore pubblico trae beneficio, in termini economico-finanziari, dalla presenza dei privati, attraverso una riduzione del proprio impegno finanziario complessivo e, più in generale, da un miglioramento della qualità di servizi erogati.

Ecco allora che sulle cennate linee deve dirigersi l'attenzione dell'operatore, del legislatore, ma soprattutto dell'amministratore che tali modelli ed istituti deve conoscere ed apprezzare¹⁰ per comprenderne l'utilizzo e quindi per poter operare la scelta più appropriata per l'intervento da realizzare.

2. LA SOCIETÀ PUBBLICA DI PROGETTO

Operate queste premesse di ordine generale è ora opportuno soffermarsi sul commento dell'articolato normativo, non dimenticando l'approccio critico e pratico sin qui utilizzato. Così alla luce di quanto descritto nei capitoli che precedono, pare non opportuno soffermarsi sulle indicazioni del CIPE¹¹, e quindi sull'approvazione del progetto, che comporta il riconoscimento della compatibilità ambientale dell'opera, il perfezionamento della presupposta intesa Stato-Regioni nonché l'approvazione del programma della risoluzione delle interferenze.

Ciò che qui rileva per comprendere le peculiarità della disciplina relativa alla realizzazione delle grandi infrastrutture è "l'attività" del soggetto aggiudicatore all'esito dell'approvazione CIPE¹² che deve, in primo luogo, porsi il problema dell'eventuale sua necessaria (ovvero opportuna) interazione con altri soggetti pubblici comunque interessati al progetto e, in secondo luogo, valutare se sollecitare la presentazione di proposte per la realizzazione delle opere di propria competenza da parte di uno o più soggetti promotori; solo successivamente potrà essere individuato il soggetto realizzatore dell'infrastruttura¹³.

¹⁰ P. SIRACUSANO, *Il significato del principio di sussidiarietà nel procedimento per l'approvazione delle grandi infrastrutture: l'esigenza di garanzia degli interessi comunali*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 1449.

¹¹ Indicazioni che si fondano su una programmazione adottata anche di concerto con le Regioni; cfr. Corte cost. 16 luglio 2004, n. 233.

¹² Indicativa – al fine di chiarirne la valenza – è la deliberazione CIPE del 2 dicembre 2005 approvativa del primo programma delle opere strategiche.

¹³ Sulla realizzazione delle infrastrutture strategiche, esemplificativamente e rinviando anche alle considerazioni contenute al par. 6 che segue, si ricordano: A. CIANFLONE-G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, p. 1415 ss.; G. MONTEDORO-R. DIPACE, *Gli appalti di opere*, Milano, 2003, p. 189 ss.; F. CALARCO, *Appalti pubblici di lavori*, in *Il Sole 24 Ore*, 2002, p. 575 ss.; M. BALDI-G. DE MARZO, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2004, p. 633 ss.; F. CARINGELLA-G. DE MARZO (a cura di), *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano, 2003, p. 1929 ss.; V. ELIA, *Infrastrutture strategiche a tre anni dalla riforma: analisi e prospettive*, in *Riv. amm. appalti*, 2004, p. 211; M.C. LEPORE, *Promotore e contraente generale delle infrastrutture strategiche*, in M. SANINO, *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Torino, 2006.

In questo contesto, e cioè successivamente alla approvazione (definitiva *ex art.* 166 del Codice) da parte del CIPE della proposta del soggetto aggiudicatore, e nell'ipotesi in cui il progetto preveda, ai fini di una sua «*migliore utilizzazione ... l'attività coordinata di più soggetti pubblici, si procede attraverso la stipula dell'accordo di programma tra i soggetti pubblici stessi e, ove opportuno, attraverso la costituzione di una società pubblica di progetto*»; figura quest'ultima introdotta dall'art. 5 *ter*, d.lgs. n. 190/2002 (come modificato dal d.lgs. n. 189/2005) ed ora recepita dall'art. 172 del Codice.

Una figura giuridica nuova e per certi aspetti innovativa, ma anche problematica, che conferma per un verso la predilezione del legislatore per l'utilizzo di moduli societari per la realizzazione di utilità pubbliche, e, per altro verso, alcune difficoltà (già in passato manifestatesi) volte a calare lo schema societario (ancor più alla luce delle recenti riforme del Titolo V del c.c.) in un contesto pubblicistico, coniugandolo cioè con profili – quali, ad esempio, l'assenza dello scopo di lucro – non facilmente con esso compatibili.

La finalità di un tale soggetto giuridico è, comunque, assimilabile, pur con alcune differenze e peculiarità, a quella della società di progetto, regolata dagli artt. 156 e 176, comma 10¹⁴, ed al cui commento si rinvia; così basti evidenziare che per i profili non specificamente disciplinati dall'art. 172 in esame, è ai principi regolatori di detta società di progetto che si deve fare riferimento. Certo è che, come tale ultima società, quella pubblica di progetto «*risponde alla esigenza di creare un'unica entità economica con personalità giuridica e propria capacità economica e patrimoniale, con oggetto sociale*» però, non più «*delimitato alla realizzazione e gestione dell'opera*»¹⁵, ma anche alla promozione di dette attività, al coordinamento tra soggetti pubblici eventualmente interessati (art. 172, *comma* 3)¹⁶; essa promuove poi il finanziamento dell'opera.

Invero la versione precedente del comma 3 stabiliva che la società pubblica partecipasse al finanziamento; e del resto ciò sembra comunque ancora possibile dal

¹⁴ Ed innanzi regolata dall'art. 37 *quinquies*, legge n. 109/1994, introdotto dalla legge n. 166/2002, e dall'art. 19, comma 2 *quater* di quest'ultima. Tale società è possibilmente ed usualmente disciplinata, in alcuni dei suoi aspetti più caratterizzanti, dal bando di gara, subentrando quindi essa stessa nel rapporto concessorio ed eseguendo in proprio i lavori mediante i propri soci. In materia si rinvia, per i primi commenti, a A. MAZZA LABOCETTA, *Lavori relativi ad infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi. Commento agli artt. 161-194, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, in *www.giustamm.it*; S. SCOTTI-CAMUZZI, *Spianata la strada alle società di progetto per la realizzazione delle opere pubbliche*, in *Guida al diritto*, 2002, 37, p. 109 e V. LANDI, *Le società di progetto nella legge n. 415/1998*, in *Resp. com. impresa*, 2001, p. 61.

¹⁵ A. CHIURATO, *Il partenariato pubblico-privato nella realizzazione e gestione di strutture sanitarie: opportunità e problemi*, in *Riv. amm. appalti*, 2003, p. 107, in particolare p. 123; A. DEFLORIO, *Il partenariato pubblico-privato nella sanità: il caso dell'ospedale di Mestre*, in *Ragiusan*, 2008, 287, 62; G. ROMAGNOLI, *Società di progetto e società miste: problemi applicativi e prospettive future*, in *Riv. amm. Veneto*, 2004, p. 110; S. ROSTAGNO, *Società miste: la via del consiglio di stato fra modello in house e partenariato pubblico-privato*, in *Giust. amm.*, 2007, p. 333, quale nota a *Cons. Stato*, Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456/07, in *Foro it.*, 2007, III, 611, a sua volta annotata da SIMONETTI.

¹⁶ Come modificato dal terzo decreto correttivo del Codice, approvato in via definitiva dal Consiglio dei ministri in data 1° agosto 2008.

tenore del comma 1, il quale prevede che la società possa realizzare gli interventi avvalendosi dei finanziamenti deliberati dal CIPE in suo favore.

L'attività di promozione dell'iniziativa cui pure la società è deputata specificamente dal comma 3 va dunque letta come integrativa di quella alla stessa attribuita dal comma 1.

Così sono alcuni aspetti problematici di tale peculiare modello societario, che pare opportuno evidenziare. In particolare e sotto un primo profilo, pare opportuno chiedersi quando e perché una tale società debba essere istituita; sotto un secondo profilo non può non notarsi che, a dispetto della sua qualificazione come "società", quella pubblica di progetto non ha scopo di lucro e tuttavia è attributaria delle competenze necessarie a realizzare, e successivamente gestire, l'infrastruttura (per cui essa è costituita e nella quale trova la sua stessa ragione di esistere) e le opere ad essa strumentali o connesse (art. 172, *comma 1*); sotto un terzo profilo, va evidenziato che nonostante la sua natura "pubblica", oltre al soggetto aggiudicatore (dalla cui iniziativa essa sorge) ne possono far parte «altri soggetti interessati» tra cui, in particolare «le camere di commercio, industria e artigianato nonché le fondazioni bancarie» (art. 172, *comma 2*).

È preliminare chiedersi quando la società pubblica di progetto possa essere necessaria e quindi quando essa debba essere costituita su iniziativa del soggetto aggiudicatore; in altre parole c'è da chiedersi quando essa può essere ritenuta funzionale allo scopo e cioè alla realizzazione del progetto, posto che il legislatore ha subordinato la sua costituzione ad una *valutazione di opportunità* da parte dello stesso soggetto aggiudicatore, ed ha posto, *in alternativa alla sua istituzione, la stipula di un accordo di programma*.

Ebbene: è alla *ratio* della società pubblica di progetto che bisogna fare riferimento per rispondere a tale domanda e verificare, nel concreto, quando effettivamente sia necessario (o meno) l'utilizzo di uno *special purpose vehicle* quale è appunto la società in esame. Ed allora appare evidente che ove sia praticabile l'accordo di programma appare poco comprensibile la ragione per la quale una tale società debba essere costituita, ben potendo il soggetto aggiudicatore utilizzare un sistema di concertazione e di azione consensuale snello e non oneroso quale è appunto l'accordo di programma¹⁷; ma nell'ipotesi in cui la volontà dell'amministrazione precedente non sia utilmente realizzabile attraverso il surrichiamato strumento procedimentale (ecco dunque la valutazione discrezionale circa l'opportunità della sua istituzione), può essere necessario costituire detta società, attuando così il progetto attraverso modalità meno proceduralizzate, immaginando un soggetto autonomo che, seppure *longa manus* del soggetto aggiudicatore, possa più liberamente operare sul mercato, utilmente coinvolgendo altri soggetti. Si potrebbe così immaginare che il ricorso a tale peculiare modulo societario miri per un verso a coinvolgere nel progetto soggetti che non possano o non debbano ne-

¹⁷ Sull'accordo di programma, tra i molti apporti, si rinvia a F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, ed alle indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali *ivi* riportate.

cessariamente prendere parte ad un accordo di programma (si pensi alle fondazioni bancarie, ma anche ad altri soggetti pubblici “interessati”) e, per altro verso, a coniugare all’attività di progettazione quella di realizzazione dell’intervento edificatorio (la società in commento è, ad esempio, autorità espropriante) e quindi la successiva attività di gestione dell’opera realizzata. Ed in questo senso la società pubblica di progetto proprio perché “specificata” appare più appropriata rispetto ad altri moduli di società a partecipazione pubblica¹⁸, non idonei a utilmente perseguire uno scopo così complesso ed articolato.

Una società, dunque, che ha la sua ragion d’essere nello scopo realizzativo (la specificazione “di progetto” va concretata, intendendosi di *un* progetto specifico) e che configura un *modello societario atipico* riconducibile – come detto e pur con alcune specificità – alla società di progetto¹⁹, e più latamente al modello delle società miste e magari, per la presenza di uno scopo specifico, alle Società di trasformazione urbana²⁰, da cui tuttavia diverge, tra l’altro, sia perché quest’ultima è costituita (facoltativamente, a meno che non sia espressamente previsto nella *lex specialis*) dall’aggiudicatario (concessionario o contraente generale) dopo l’aggiudicazione, sia per la natura dei soggetti ad essa partecipanti.

Tale ultimo profilo rappresenta un ulteriore motivo di riflessione: invero quella che ci occupa è una società che, al di là della sua denominazione, totalmente pubblica potrebbe anche non essere, se è vero – come è vero – che vi possono partecipare oltre alle camere di commercio, le fondazioni bancarie²¹. Ed in effetti, men-

¹⁸ Conosciute nel nostro sistema già da decenni e qualificate compiutamente con riguardo agli enti locali a partire dalla legge n. 142/1990, oggi dall’art. 22 così come sostituito dal d.lgs. n. 267/2000.

¹⁹ Infatti la stessa società di progetto è costituita specificamente per un determinato progetto, ed è lo strumento attraverso il quale si realizza un’opera attraverso la finanza di progetto; cfr. V. FARINA, *Società di progetto e general contractor*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 303; S. PRESILLA, *La società di progetto: struttura portante nel project financing*, in *Nuova rass.*, 2004, p. 2402; S. RODRIGUEZ, *I principi dell’evidenza pubblica e il project financing*, in *Giur. it.*, 2005, p. 622; G. FISCHIONE, *L’esecuzione dei lavori da parte della società di progetto concessionaria di costruzione e gestione*, in *Arch. giur. OO.PP.*, 2004, p. 1465.

²⁰ Attualmente disciplinate dal testo unico degli enti locali, d.lgs. n. 267/2000, all’art. 120, così come modificato dall’art. 44, legge n. 166/2002 («*Collegato infrastrutture*» alla finanziaria 2002); si richiama altresì la circolare del Ministero dei lavori pubblici 11 dicembre 2000, n. 622. Le S.T.U. si distinguono dalle società miste per il particolare oggetto sociale, che nel caso delle S.T.U., pur rimanendo nell’ambito dei servizi pubblici, consiste più specificamente nel progettare e realizzare interventi di trasformazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti. In dottrina, cfr. G. GUZZARDO, *Urbanistica consensuale e società di trasformazione urbana*, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, II, 3; A. DI LASCIO, *La società di trasformazione urbana quale strumento di urbanistica «consensuale»*, in *Ammin. it.*, 2008, p. 789; D. PETRUZZI, *Le società di trasformazione urbana: profili evolutivi del recupero e della riqualificazione urbana*, *Nuova rass.*, 2006, p. 1483; A.M. BALESTRERI, *Considerazioni in tema di società di trasformazione urbana*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, p. 513; M.C. D’ARIENZO, *La società di trasformazione urbana: uno strumento ordinario di governo del territorio fondato sulla stabile collaborazione tra pubblica amministrazione ed imprenditori privati*, in *Riv. giur. ed.*, 2006, I, p. 205; G. LEONE, *Società di trasformazione urbana e procedure espropriative*, *Foro amm. Tar*, 2004, p. 3643; C. VITALE, *Società di trasformazione urbana e riqualificazione urbana nell’urbanistica per progetti*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 591.

²¹ Sulle fondazioni bancarie, L. CIMELLARO, *Le fondazioni bancarie fra pubblico e privato*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, p. 1091; F. GRANDE STEVENS, *Fondazioni bancarie*, in *Encicl. dir.-Annali*, Milano,

tre per le camere di commercio la natura pubblica è chiaramente individuabile²², così non è per le fondazioni bancarie, che – seppure prive di scopo di lucro – non hanno necessariamente soci pubblici né hanno natura pubblica, e per le quali, comunque, la realizzazione di infrastrutture costituisce ambito materiale entro cui possono svolgere la propria attività (c.d. settori ammessi) e verso cui possono dunque destinare il reddito, nei modi e nelle forme previste dalle norme in vigore (art. 172, comma 6).

E dunque la denominazione societaria “pubblica” non pare si fondi sulla sua possibile composizione ovvero sulla provenienza del capitale sociale, quanto piuttosto sulla sua natura e funzione; dunque su un’accezione di “pubblico” più ampia ed evolutiva; un’accezione finalistica e funzionale dove sono centrali il progetto e la sua utilità per la collettività (cioè per il pubblico). E tale interpretazione – seppure a prima lettura – pare rispondere al dato normativo, giustificando la valutazione discrezionale per la sua costituzione, e consentendo di poter modulare le tipologie di intervento in funzione dei diversi interessi pubblici da perseguire e mediante strumenti del diritto privato, in collaborazione con i privati alcuni, peculiari, in *partnership*, altri, esternamente, attraverso modalità di finanziamento alternativo.

Sotto il *profilo dell’attività* – secondo la norma di legge – la società pubblica di progetto ha la competenza per la realizzazione dell’intervento, ed anzi «lo realizza», effettuandolo in nome proprio e per conto dei propri soci e mandanti; a tale fine, la società è altresì titolare del potere di espropriare ed utilizzare le aree interessate dall’infrastruttura, curandone il relativo procedimento ablatorio. Ed in effetti (art. 172, comma 3) tale società è soggetto aggiudicatore nonché organismo di diritto pubblico²³ ai sensi del Codice (cfr. art. 3, comma 26).

Il legislatore – come accennato – prevede che detta società *non abbia scopo di lucro*; e questo palesa uno di quei problemi di compatibilità tra la società in esame e lo schema tipico societario²⁴; a ciò aggiungasi che non è chiaro come si possa con-

2007, I, p. 608; E.L. CAMILLI, *Fondazioni (ex) bancarie e fondazioni (ancora) bancarie alla luce della sentenza della corte costituzionale n. 438/07* (Nota a Corte cost., 20 dicembre 2007, n. 438), in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 325; G. MUCCIARELLI, *Attività e impresa nelle fondazioni bancarie*, Giuffrè, Milano, 2005; M. SANINO, *Le fondazioni bancarie: ultimo atto?*, Torino, 2004; M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie: dalla holding creditizia all’ente non-profit*, Bologna, 2001.

²² Ai sensi dell’art. 1, comma 1, legge n. 580/1993; cfr. L. FIORENTINO (a cura di), *Le camere di commercio*, Rimini, 2005.

²³ La nozione di organismo di diritto pubblico ha subito in questi anni un’evoluzione correlata alla legislazione nazionale e soprattutto comunitaria, via via ampliandosi nella sua accezione. Non è questa la sede per soffermarsi su detta evoluzione e sugli elementi costitutivi di un organismo di diritto pubblico, cosicché ci si limita ad alcuni, non esaustivi, rinvii. Si vedano dunque ed oltre al lavoro monografico di B. MAMELI, *L’organismo di diritto pubblico*, Milano, 2003, i lavori di R. GAROFOLI, voce *Organismo di diritto pubblico*, in *Il diritto-Encicl. giur.*, vol. X, 2007, p. 570; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007; L.R. PERFETTI-A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio d’impresa*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 135; F. BRUNETTI, *La c.d. teoria della contaminazione dell’attività commerciale o industriale svolta dall’organismo di diritto pubblico*, e V. ELIA, *La vis attractiva della nozione di organismo di diritto pubblico: il caso di Autostrade s.p.a.*, in *Riv. amm. appalti*, rispettivamente 2005, p. 231 e 2003, p. 203; A. TOSI, *Organismo di diritto pubblico e riparto di giurisdizione*, in *Riv. amm.*, 2004, p. 1105.

²⁴ Invero la questione dell’ammissibilità di società di tal fatta è ampiamente dibattuta in dottrina

ciliare l'assenza di scopo di lucro con la realizzazione di un intervento della portata di quelli in esame. Del resto anche dalle modalità di finanziamento potrebbero sorgere problemi tra i soci, considerando i rispettivi apporti, la natura degli stessi e la loro durata, eventualmente comparandole alle utilità che si dovessero raggiungere (o non raggiungere).

A ben vedere, infatti, per quanto riguarda le risorse necessarie all'esecuzione dell'opera, è prevista la deliberazione di finanziamenti da parte del CIPE nonché la possibilità per gli enti pubblici interessati di sovvenzionare – tramite accordo di programma – l'esecuzione dell'infrastruttura, cedendo (al soggetto aggiudicatore ovvero) alla società pubblica di progetto beni immobili di proprietà o allo scopo espropriati con risorse finanziarie proprie (art. 172, *comma 4*). Ciò pare avere un senso solo se l'ente pubblico (definito) "interessato" e, come tale, soggetto conferente, sia socio nella società pubblica di progetto, cosicché detto conferimento abbia una natura societaria e sia inserito in tale contesto. Così il conferimento immobiliare da parte dell'ente pubblico interessato, potrebbe avere una sua logica ed utilità (nell'ottica societaria appena descritta), se consiste – ad esempio – nell'area dove sarà allocata l'opera o parte di essa, assurgendo tale elemento (e cioè il possesso dell'area ovvero la possibilità di una sua pronta acquisizione) a parametro di valutazione circa l'opportunità della costituzione della società ovvero del coinvolgimento societario dell'ente medesimo.

I finanziamenti alle società da parte degli enti pubblici-soci possono essere corrisposti per l'intera durata del piano economico-finanziario (art. 172, *comma 5*); a tale scopo devolvendo i proventi di propri tributi o altre fonti di reddito, fra cui: *a*) da parte dei comuni, i ricavi derivanti dai flussi aggiuntivi di oneri di urbanizzazione o infrastrutturazione ed ICI, indotti dalla infrastruttura; *b*) da parte della Camera di commercio, industria e artigianato, una quota della tassa di iscrizione, allo scopo aumentata, ai sensi della legge 29 dicembre 1993, n. 580.

Il legislatore prevede poi che *anche i soggetti privati* (definiti "interessati") possono contribuire all'esecuzione dell'opera, attraverso la cessione di immobili di loro proprietà²⁵ o con «*specifiche forme di contribuzione alla spesa*», mediante appositi accordi procedurali (art. 172, *comma 7*). Una tale contribuzione (a meno che non provenga da una fondazione bancaria) non può essere intesa come conferimento societario (perché – si è detto – la partecipazione di un soggetto privato alla società pubblica di progetto è esclusa), cosicché bisogna affidarsi a quella che oggi viene definita «urbanistica consensuale»²⁶ per comprendere il

per esse assumendosi una sorta di neutralità dello strumento societario; su di esse, definite «società non impresa», si sofferma M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 561, in particolare par. 3.

²⁵ Un'ipotesi che ricorda le previsioni introdotte dalla c.d. Merloni *ter* (legge n. 415/1998), che ha aggiunto l'art. 19.5 *ter* e *quater*, e, quindi dall'art. 83, d.P.R. n. 554/1999; sul punto si veda M. LOMBARDO, *Appalto congiunto all'acquisizione di immobili*, e S. GATTAMELATA *Immobili dismessi e opere pubbliche: un'occasione perduta o dimenticata?*, in *Riv. amm. appalti*, rispettivamente 2005, p. 3 e 2002, p. 105.

²⁶ Per tutti, cfr. P. URBANI, *Urbanistica consensuale. La disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Torino, 2000.

significato di detta contribuzione, appunto effettuata attraverso accordi procedurali.

È in tale contesto che si comprende la cessione volontaria di quegli immobili che, funzionali all'opera, potrebbero più facilmente contribuire a far sì che il progetto si realizzi (con un guadagno temporale e perciò economico evidente) se appresi mediante conferimento volontario del proprietario piuttosto che a seguito di procedimento espropriativo (promosso dalla società ovvero dall'ente locale eventuale socio), immaginando ad esempio e quale corrispettivo per la cessione, l'utilizzo di compensazioni edificatorie senza oneri per l'amministrazione. Nello stesso contesto potrebbe inserirsi ad esempio la *vendita di cosa futura* (ai sensi dell'art. 1472 c.c.), in cui il privato si fa carico della materiale realizzazione degli edifici destinati ad ospitare servizi pubblici, con l'impegno anticipatamente assunto da parte dell'amministrazione ad acquistare gli immobili una volta realizzati, per ivi gestire direttamente le attività di pubblico interesse previste²⁷; con ciò raggiungendo il medesimo risultato ottenibile per mezzo di un appalto, ma ad un costo ritenuto inferiore. E tuttavia, proprio per evitare un aggiramento della normativa sulle procedure ad evidenza pubblica, l'elaborazione giurisprudenziale dell'ultimo decennio, sia del Consiglio di Stato che della Corte dei conti, ha circondato la possibilità di ricorrere all'acquisto di cosa futura in luogo dell'appalto di vincoli e cautele tali da poter ipotizzare l'ausilio di tale istituto solo se il bene oggetto del negozio presenti caratteristiche tali da renderlo *un unicum* non acquisibile in altri modi²⁸.

²⁷ La compravendita di cosa futura, quando l'acquirente è una pubblica amministrazione e l'oggetto della compravendita è un immobile da destinare a finalità istituzionali, si configura in maniera molto simile ad un appalto di opere pubbliche (cfr. U. CARNEVALI, *Vendita di cosa futura e appalto: criteri distintivi* (Nota a Cass., sez. trib., 20 aprile 2006, n. 9320), in *Contratti*, 2007, p. 21), poiché l'amministrazione dovrà necessariamente sottoporre al venditore le proprie specifiche esigenze, che potrebbero comportare un adattamento più o meno accentuato del progetto iniziale, e dovrà successivamente riservarsi di "accettare" l'immobile, una volta costruito, mediante un'attività di verifica della corrispondenza fra opera e progetto un'attività paragonabile ad un vero e proprio collaudo.

²⁸ Cfr., tra le tante, Corte conti, Sez. contr., 15 febbraio 1993, n. 16; id. 19 settembre 1995, n. 121; id. 24 novembre 1995, n. 150; TAR Lazio, Sez. II, 12 novembre 1993, n. 1390; Cons. Stato, Sez. III, 11 maggio 1999; Id., Ad. gen., 17 febbraio 2000, n. 2.

In proposito, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (cfr. deliberazione 9 giugno 2004, n. 105, avente ad oggetto «*Acquisti di cosa futura, gestione dell'INAIL*», cui la sentenza n. 31/2005 della Sezione V del Consiglio di Stato fa esplicito rinvio) ha ritenuto che non fosse consentito realizzare opere pubbliche o di pubblico interesse o destinate ad un uso pubblico mediante schemi procedurali differenti rispetto a quelli specificamente disciplinati dalla legge quadro e, più in generale, dalla normativa di settore (il riferimento era all'art. 19, legge n. 109/1994 e s.m. che stabiliva espressamente che i «*lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici ...*»). Sulla base di tale premessa, l'articolato contributo dell'Autorità si collega direttamente al parere dell'Ad. gen. del Cons. Stato 17 febbraio 2000, n. 38/1999, secondo cui il ricorso alla compravendita di cosa futura, disciplinato dall'art. 1472 c.c., costituisce un'ipotesi eccezionale e marginale per l'acquisizione di immobili da parte di pubbliche amministrazioni; queste ultime infatti devono sempre valutare preventivamente la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione delle opere pubbliche e, solo ove ne verifichino la non praticabilità in relazione a specialissime, motivate e documentate esigenze di celerità, funzionalità ed economicità, possono scegliere, appunto, di acquisire l'immobile secondo la procedura della compravendita di cosa futura.

Anche più recentemente si è affermato che il ricorso a tale istituto – segnatamente per un edificio da costruire – da parte della P.A. è tuttora ammissibile, anche alla luce della più recente legislazione

3. LE PROPOSTE DI INTERVENTO: IL PROMOTORE

Si è innanzi detto che una volta valutate (e se del caso attuate, secondo le modalità descritte) le interazioni con altri soggetti pubblici, il soggetto aggiudicatore deve procedere alla sollecitazione del mercato al fine di acquisire proposte di realizzazione dell'opera. Proposte di intervento, dunque, che vedono protagonista il soggetto titolare delle stesse, ovvero il "promotore"²⁹.

Anche nel settore delle infrastrutture strategiche, dunque, il legislatore conferma – con una previsione *ad hoc* – l'opzione preferenziale in favore del c.d. *project financing* (o finanza di progetto), particolare ed (ancora) innovativa (pur se già ampiamente utilizzata) tecnica di finanziamento delle opere pubbliche che trova il proprio istituto antesignano nella concessione di costruzione e gestione, e che si caratterizza essenzialmente per il fatto di originare dall'iniziativa privata, sia pure concernendo un'opera inserita nella programmazione dell'amministrazione (che quindi della specie deve comunque prevedere tra le opere realizzande quella di cui si discute; anche a prescindere dalle relative modalità realizzative)³⁰.

Una tecnica di finanziamento nella «*quale si intrecciano aspetti di agilità tipici dell'attività imprenditoriale e procedure ad evidenza pubblica poste a tutela dell'imparzialità e dell'affidamento*»³¹, che non è riconducibile ad un unico ed unitario schema negoziale ma che si sviluppa, piuttosto, attraverso una pluralità di negozi tra loro collegati (fino anche ad arrivare alla costituzione di una società di progetto), tutti finalizzati al compimento di interventi infrastrutturali (o meglio di *quello* specifico intervento) resi possibili grazie al coinvolgimento di finanziatori privati (i pro-

sui lavori pubblici, ma soltanto nei limiti assai ristretti in cui l'opera da acquisire costituisca, secondo un ampliamento motivato e documentato apprezzamento della stessa amministrazione, un bene infungibile, con riguardo alle sue caratteristiche strutturali e topografiche, ovvero un *unicum* non acquisibile in altri modi, ovvero a prezzi, condizioni e tempi inaccettabili per il più solerte perseguimento dell'interesse pubblico, così da comportare l'impraticabilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione delle opere pubbliche (così Cass., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656). Sul punto, come commento a tale sentenza, si rinvia a M. CLARICH-G. FIDONE, *La giurisdizione in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: rilevanza della distinzione tra appalto e vendita di cosa immobile futura*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1388.

²⁹ Sul *project financing*, si veda V. CESARONI, *La finanza di progetto*, in *Riv. amm.*, 2009, 119; P. CARRIÈRE, *Finanza di progetto (project financing) (diritto privato)*, in *Encicl. dir.-Annali*, Milano, 2007, I, 597, nonché F. CARINGELLA-G. DE MARZO (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., p. 194; E. CASETTA, *Manuale*, cit., p. 557; M. CERRITELLI, *Finanza di progetto e margini di modificabilità dei piani economico-finanziari in sede di valutazione della proposta* e C. DI MARZIO, *Il Project Financing. La legge, il regolamento, e le determinazioni dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in *Riv. amm. appalti*, rispettivamente 2004, p. 51 e 2003, p. 203; G. FIDONE, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Roma, 2006; G. FIDONE, *Finanza di progetto. La valutazione della proposta e la scelta del promotore*, in *Riv. giur. ed.*, 2006, fasc. 2, p. 77; S. RODRIGUEZ, *I principi dell'evidenza pubblica e il project financing*, in *Giur. it.*, 2005, p. 622.

³⁰ Così A. CHIURATO, *Il partenariato pubblico-privato*, cit., p. 107.

³¹ Così R. CRISCUOLI, *Project financing: promotore, concessionario e modificazioni soggettive*, in *Riv. amm.*, 2004, p. 1253. Conferente al presente lavoro è altresì il contributo di G. GUZZO, *Art. 21 nonies l. 241/1990 e aspettativa del promotore (il potere di annullamento d'ufficio della pubblica amministrazione nel project financing tra garanzie partecipative e discrezionalità amministrativa)*, in *App. e Contr.*, 2007, 1, p. 45.

motori, o *sponsor*). Incentivare il ricorso ad un simile strumento – e dunque aprire ai privati settori tradizionalmente pubblici – è stata ed è un'operazione indubbiamente opportuna a fronte di un contesto politico-economico quale quello italiano, caratterizzato, da un lato, da una elevata domanda (ed esigenza) di infrastrutture pubbliche e, dall'altro, da una contrazione delle risorse statali disponibili; e tanto più opportuna appare la partecipazione di investitori privati agli interventi di cui al Capo in commento, ove si consideri l'ingente impegno economico che detti interventi presuppongono, la notevole complessità tecnica della progettazione e la successiva esecuzione dell'opera. Dunque un "meccanismo" che consente alla collettività di beneficiare di una data opera pubblica (o, meglio, di uso pubblico) con limitati costi a suo carico, a fronte di un impegno economico prevalente o esclusivo di un soggetto terzo che riceve benefici da detto investimento con i proventi della successiva gestione dell'opera stessa (oltreché dall'incremento positivo della propria immagine e visibilità, profilo oggi certo non secondari).

Uno strumento – il *project financing* – che promuove forme di cooperazione e confronto tra operatori pubblici e privati, e che ben si concilia con i processi di liberalizzazione che hanno caratterizzato la recente evoluzione dell'assetto amministrativo, ove alla sfera pubblica sono per lo più attribuiti compiti di programmazione e quindi di regolazione, mentre ai soggetti privati (nei quali il "pubblico" è comunque spesso presente) è demandata la gestione del servizio (nel caso di specie connesso a grandi infrastrutture), incentivandosi così il livello di efficienza ed innovazione e dando impulso ad un sistema di mercato maggiormente competitivo.

Non si vuole né ci si può dilungare sul modello della finanza di progetto, contemplato in via generale dall'art. 153, al cui commento si rinvia per una più dettagliata esposizione dell'istituto.

In questa sede però ci si sofferma sulla figura particolare del "*promotore di infrastrutture*" [di cui all'art. 175 (che ha recepito, previo adattamento, l'art. 8, d.lgs. n. 190/2002, emanato in attuazione della legge n. 443/2001, c.d. «legge obiettivo»)], per il quale si è delineata una normativa specifica diretta ad assicurare un *iter* procedurale più snello e veloce, in deroga alla normativa generale, applicabile «*ove non diversamente disposto*» (come prescritto dall'art. 161, comma 6).

Un *iter* – quello speciale di cui si parla – invero complesso che si compone – in via di sintesi – di quattro fasi: 1) programmazione degli interventi da realizzare; 2) presentazione della proposta da parte del promotore; 3) valutazione della proposta; 4) gara di assegnazione della concessione.

L'art. 175 nulla di specifico dispone in merito alla *programmazione*, che dunque deve intendersi soggetta alla disciplina generale ed attribuita in capo ai pubblici poteri, i quali debbono farsi interpreti delle esigenze della collettività, identificando gli interventi da realizzare in via prioritaria, onde soddisfare i bisogni dei cittadini utenti.

In merito alle *modalità di avvio del procedimento*, l'art. 175 (comma 1) stabilisce l'attivazione del mercato tramite una sollecitazione pubblica delle proposte, da acquisirsi ai sensi dell'art. 153, che è compito del Ministero delle infrastrutture (e dei trasporti) curare; sollecitazione da realizzarsi mediante pubblicazione – sul sito informatico ministeriale nonché sulle Gazzette ufficiali italiana e comunitaria – della

lista delle infrastrutture (di cui all'art. 162) per le quali il soggetto aggiudicatore ritiene appunto opportuno avviare le procedure di cui all'art. 153 citato; quindi, nella sostanza a stimolare la presentazione di proposte.

In altre parole, esaurita la fase della programmazione degli interventi, l'amministrazione aggiudicatrice trasmette al Ministero il progetto preliminare delle infrastrutture di competenza, e qualora per un determinato progetto intenda procedere tramite *project financing* e dunque intenda sollecitare eventuali promotori, ne dà comunicazione ai fini della pubblicazione dell'avviso nei modi sopra indicati (così come pure ribadito dall'art. 165, comma 1). Il Ministero non entra nel merito della scelta degli interventi da inserire nella lista (poiché già inseriti nel programma), cosicché essa pare rimessa *ab origine* alle singole amministrazioni competenti e si inserisce nell'attività di programmazione innanzi svolta dall'amministrazione centrale proprio con riguardo alla realizzazione delle infrastrutture strategiche pubbliche e private (ai sensi dell'art. 1, legge n. 443/2001). Attività programmatica frutto di un'intesa con le Regioni interessate³², ma che ben può essere frutto di un'individuazione di priorità e di interventi effettuata unilateralmente dal governo³³, in effetti «*competente all'individuazione e alla localizzazione delle infrastrutture e insediamenti strategici*», in quanto opera «*secondo finalità di riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale e d'intesa con le Regioni e le Province autonome interessate*»³⁴. Ne deriva che (a differenza di quanto previsto dall'art. 153) non sono ammissibili proposte per opere non inserite nella lista consegnata al Ministero né quindi (tanto meno) per opere non contemplate nella citata programmazione.

Con riferimento ai *tempi procedurali* il testo (almeno nella sua ultima stesura) nulla dice³⁵, cosicché si deve fare riferimento a quanto statuito dalla normativa generale che prevede scadenze ben precise per la presentazione della proposta (entro il 30 giugno ovvero il 31 dicembre di ciascun anno), da proporre entro termini perentori (*comma 2*).

È invero possibile che un soggetto promotore (art. 175, *comma 2*) avanzi proposte non conformi alla tempistica del Codice; ma ciò consente al Ministero – senza

³² Interessante può essere la problematica in esame nell'ottica degli enti locali; si rinvia sul punto a A. VIGNUDELLI, *La disciplina della finanza di progetto dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 487; S. MANGIAMELI (a cura di), *Servizi pubblici locali*, Torino, 2008.

³³ Cfr. Corte cost. 1° ottobre 2003, n. 303.

³⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1893.

³⁵ In precedenza – cioè nelle diverse redazioni del Codice succedutesi negli ultimi anni – era infatti prevista – relativamente ai tempi – una disciplina in deroga a quella generale (sull'argomento ed a commento delle leggi nn. 166/2002 e 190/2002, si veda R. DE NICTOLIS, *Novità in materia di lavori pubblici*, in particolare n. 20, in *www.giustizia-amministrativa.it*). L'art. 175 disponeva che la eventuale proposta dovesse pervenire all'ente aggiudicatore entro il termine ultimo dalla stessa indicato (e palesato in sede di avviso unitamente all'indicazione dell'ufficio competente a ricevere le proposte e a fornire informazioni agli interessati) che non poteva essere inferiore a quattro mesi. Detto termine avrebbe dovuto ragionevolmente essere di volta in volta calibrato sulla base delle difficoltà di realizzazione dell'opera nonché degli adempimenti preliminari alla presentazione della proposta. Una volta fissato, il termine era perentorio, tanto che le proposte pervenute oltre la sua scadenza non sarebbero state prese in esame.

che tuttavia su di esso gravi alcun obbligo valutativo – di inserire la nuova proposta nella successiva lista degli interventi.

Il procedimento così descritto, seppur in un settore di concorrenza piuttosto rigida per l'importanza delle opere realizzande e quindi per il ristretto numero di operatori in grado di eseguirle, ha risvolti positivi sia nell'ottica dell'amministrazione, sia in quella del mercato. Per un verso, esso responsabilizza l'amministrazione, che dovrà avvedersi di fornire "percorsi" temporali calibrati per ogni singolo progetto; solo così infatti potrà consentire agli operatori di formulare proposte percorribili e concrete. Per altro verso, proprio gli operatori sono chiamati – nell'aderire, o, meglio, nel presentare la proposta – a rispettare l'intervento nelle sue linee guida e nei suoi tempi previsti; e proprio tempi ragionevoli e quindi coerenti con l'importanza del progetto e tuttavia celeri, stimolano la concorrenza fra operatori.

Posto che l'art. 175 non fornisce alcuna indicazione particolare sul contenuto della proposta, deve in proposito ritenersi applicabile la normativa generale; completa, dunque, dei requisiti da quest'ultima prescritti, la proposta viene sottoposta ad una procedura valutativa ben più snella rispetto a quella prevista nelle versioni precedenti del Codice³⁶.

Il soggetto aggiudicatore promuove, se necessaria³⁷, la procedura di v.i.a. (valutazione di impatto ambientale) e quella di localizzazione urbanistica, secondo la scansione procedurale illustrata all'art. 165 (cui si rinvia). In tal caso, il promotore integra il progetto preliminare con lo studio d'impatto ambientale e quant'altro necessario alle predette procedure³⁸.

³⁶ Invero, precedentemente all'ultima revisione del Codice, la proposta era sottoposta ad una duplice valutazione, che, così come strutturata, rallentava il procedimento allungando i tempi approvativi. E se è vero che è questa una fase delicata e determinante, è pur vero che essa deve avere durata certa e ragionevole; cosicché alcune modifiche erano certamente auspicabili. Ecco allora che, ad esempio avrebbe potuto essere opportuna la prescrizione di una valutazione (almeno parziale) effettuata dal soggetto aggiudicatore (comma 3) su una «griglia di elementi» predefiniti, che avrebbe diminuito il susseguirsi di analisi discrezionali, sovente inutilmente ripetitive.

Una prima valutazione (nel previgente art. 175, comma 3) era condotta dal soggetto aggiudicatore, ai sensi dell'allora art. 154; questi esaminava la fattibilità, la qualità progettuale nonché l'assenza di elementi ostativi, unitamente alla completezza della documentazione a corredo; ove fosse stata ravvisata la convenienza e dunque il pubblico interesse della proposta, lo stesso soggetto aggiudicatore procedeva.

³⁷ In alcuni casi, la normativa regionale sottopone tale valutazione ad organi regionali, cosicché il promotore deve tenere conto di tale circostanza; cfr. Cons. Stato 24 gennaio 2006, n. 2123 e Cass., Sez. Un., 2 marzo 2006, n. 6584.

³⁸ Pare opportuno a questo riguardo e proprio con riferimento alla natura strategica dell'opera, ricordare la sentenza 18 gennaio 2006, n. 610 (cfr. *Quot. giur. IPSOA*, 9 marzo 2006), con cui la VI Sezione del Consiglio di Stato ha affermato una sostanziale insindacabilità degli atti di alta amministrazione con riguardo alla v.i.a.; in altre parole tali atti sono connotati da una discrezionalità tale da renderli immuni non solo dalla massima parte delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, ma anche dei vizi dei pareri tecnici e tecnico-discrezionali ad essi presupposti (quali ad esempio la valutazione d'impatto ambientale che «anche se finalizzato a migliorare la trasparenza della decisione finale, consentendo di acquisire gli elementi necessari ad un corretto bilanciamento tra danni e benefici derivanti dall'esecuzione dell'opera pubblica, costituisce, tuttavia, mero strumento di supporto tecnico alla decisione finale»), in quanto – come detto – meri strumenti di supporto per la scelta politica e non già antecedenti logico-giuridici della stessa.

L'attività istruttoria prosegue (art. 175, *comma 4*) con una valutazione effettuata dal CIPE, il quale esamina la proposta unitamente al progetto preliminare – nei tempi e nei modi di cui all'art. 165 – valutandone l'aspetto economico e finanziario³⁹.

Se il CIPE non ritiene di approvare la proposta (con decisione motivata), la rimette al soggetto aggiudicatore, eventualmente suggerendo a questi se iniziare una nuova istruttoria o realizzare l'opera con una procedura diversa dal *project financing*; in ogni caso, è previsto il rimborso al promotore dei costi dell'integrazione del progetto con VIA e localizzazione urbanistica richiesta dal soggetto aggiudicatore.

In caso di approvazione da parte del CIPE, invece, l'*iter* procedurale si completa (art. 175, *comma 5*) con la gara ad evidenza pubblica di cui all'art. 153 (cui si rinvia), regolata – secondo il Codice – dall'art. 177⁴⁰ (su cui peraltro ci si soffermerà nel prosieguo), finalizzata all'individuazione del concessionario⁴¹.

4. LE MODALITÀ DI REALIZZAZIONE DELL'OPERA: LA CONCESSIONE

Dunque all'esito della gara per la realizzazione dell'infrastruttura⁴², sarà individuato il soggetto realizzatore dell'opera (che ben potrebbe coincidere con il promotore). Ebbene: ai sensi dell'art. 173, due sono le modalità di realizzazione delle infrastrutture: a) attraverso la *concessione di costruzione e gestione*; b) ovvero attraverso l'*affidamento dell'opera ad un contraente generale*.

Nel rinviare l'esame della modalità *sub b*) al successivo capitolo, il presente paragrafo è dedicato all'*istituto della concessione di lavori pubblici* (art. 3, comma 11), ovvero quel contratto a titolo oneroso (ampiamente noto agli operatori ed utilizzato da anni)⁴³ tra una pubblica amministrazione concedente ed un privato concessionario, avente ad oggetto la progettazione e l'esecuzione di lavori pubblici unitamente alla loro gestione economica e funzionale. Un contratto che, pur presentando caratteristiche simili ad un appalto pubblico di lavori, tuttavia se ne differenzia strutturalmente in quanto: a) il corrispettivo dei lavori per il concessionario

³⁹ Detta valutazione – proprio nell'ottica dello snellimento delle procedure – avrebbe potuto essere se non omessa tuttavia ridimensionata, sia perché la competenza istituzionale del CIPE è maggiormente correlata alla preventiva fase di valutazione della necessità dell'opera e della sua copertura finanziaria piuttosto che ad una funzione di valutazione prettamente tecnica (e quindi svolta in una fase più avanzata), sia perché la scelta dello stesso Codice sembra (o meglio avrebbe dovuto) essere proprio volta semplificare alcuni passaggi, come emerge dall'art. 179.

⁴⁰ Invero nella stesura pubblicata il 2 maggio 2006 il riferimento era all'art. 176 ed era erroneamente effettuato, posto che esso disciplina il *general contractor*; trattavasi di un mero errore di trasposizione, dovendo ragionevolmente detto riferimento effettuarsi all'art. 177 (come del resto era già nel d.lgs. n. 190/2002).

⁴¹ Il Codice rinvia poi a "Regolamenti" la disciplina di alcune previsioni di dettaglio indicate all'art. 180, operando invece all'art. 181 alcune indicazioni di coordinamento normativo. Ebbene: l'art. 180, comma 1, è attuato dall'art. 2.2 del Regolamento che impone ai soggetti aggiudicatori di indicare negli atti di gara le disposizioni di esso stesso Regolamento quivi elencate.

⁴² P. URBANI, *Infrastrutture tra Stato, regioni e privati concessionari*, in *Riv. amm. appalti*, 2001, p. 151.

⁴³ L'istituto è noto, cosicché non pare utile dilungarsi su di esso e ci si limita ad un rinvio manualistico. Per tutti si veda, E. CASETTA, *Manuale*, cit., p. 554.

consiste unicamente nel diritto di gestire e sfruttare economicamente i lavori realizzati (oppure, come si vedrà, in tale diritto accompagnato dalla corresponsione di un prezzo); gestione che non spetta invece all'appaltatore, il quale riceve (esclusivamente) un corrispettivo a fronte della sola realizzazione di un bene specifico; *b*) l'alea della gestione grava sul concessionario (nei termini appresso indicati) e non – come nell'ipotesi di appalto – sull'amministrazione aggiudicatrice che ha deciso di realizzare l'opera.

Invero la concessione di costruzione e gestione nel settore delle infrastrutture, come normata dall'art. 174⁴⁴, è delineata come un istituto con caratteristiche peculiari ed autonome.

La norma richiamata preliminarmente sottolinea che – come nell'istituto generale – è il concessionario ad assumere a proprio carico il *rischio di gestione dell'opera* (art. 174, *comma 1*), così ribadendo il carattere imprescindibile di due elementi dell'istituto in esame: *a*) la gestione, che deve sempre accompagnare l'esecuzione dell'opera (*a*) differenza – lo si sottolinea sin d'ora – che nell'affidamento a contraente generale, che cura solamente la fase esecutiva), cosicché la concessione può essere utilmente impiegata solo se l'opera consenta detta gestione e sia in grado di generare rendimenti che ripaghino il concessionario; *b*) l'alea di tale gestione che grava sul concessionario.

L'art. 174 peraltro lascia inalterate le modifiche apportate dal d.lgs. n. 190/2002 in tema di prezzo e durata della concessione.

Con riguardo alla *durata*, si codifica l'abolizione del limite infratrentennale precedentemente vigente, cosicché l'estensione temporale della concessione non è più soggetta ad alcun vincolo; diversamente, la normativa che disciplina i settori ordinari stabilisce che la concessione abbia di regola durata non superiore a trenta anni, salva la possibilità per la stazione appaltante di fissare un termine superiore al fine di garantire l'equilibrio economico-finanziario dell'intervento del concessionario (cfr. art. 143, commi 6 e 8).

Allo stesso modo, circa il c.d. "*prezzo*" della concessione, si codifica l'eliminazione del limite della quota di contributo pubblico che il soggetto concedente può assicurare al concessionario, nonché la soppressione della correlazione fra contributo pubblico e sussistenza di tariffe (o prezzi) imposti al concessionario (o comunque controllati).

Se dunque in precedenza la predetta quota non poteva oltrepassare il tetto del 50% dell'importo totale dei lavori, la normativa vigente non pone più alcun limite alla corresponsione del contributo, che è sempre possibile, in aggiunta – come detto – al corrispettivo primario spettante al concessionario, e cioè il diritto di gestire l'opera percependo i proventi che vengono dall'utenza.

L'eventualità della corresponsione di un ulteriore compenso, nonché l'individuazione della durata della concessione – la cui rispettiva fissazione è rimessa al bando di gara – vengono stabiliti discrezionalmente dall'amministrazione aggiudicatrice.

⁴⁴ Che ha codificato l'art. 7, d.lgs. n. 190/2002, derogando così alla disciplina di carattere generale di cui all'art. 143.

catrice sulla base del piano economico-finanziario – in relazione alle caratteristiche peculiari della singola operazione – in modo tale che di volta in volta sia perseguito l'equilibrio tra i costi dell'esecuzione e i proventi derivanti dalla gestione; una durata ed un prezzo che sono parametri di aggiudicazione (come previsto dall'art. 177, comma 4, cui si rinvia), e che i concorrenti potranno modificare (in ribasso) onde presentare un'offerta che possa risultare più vantaggiosa e dunque vincente.

Nella determinazione del prezzo eventualmente da accordare ad integrazione dei proventi di gestione, il soggetto aggiudicatore deve altresì tenere conto della eventuale prestazione di beni e servizi ricevuta dal concessionario relativamente all'opera concessa, secondo le previsioni del bando di gara.

L'art. 174 prosegue disciplinando (comma 2) le *procedure di appalto* per la scelta del concessionario nonché i rapporti tra quest'ultimo ed i propri appaltatori (oppure il proprio contraente generale); rapporti che sono di diritto privato, dunque disciplinati dal contratto e soggetti al codice civile.

Con riguardo alle procedure di appalto, il legislatore opera una serie di rinvii. Più in particolare, richiama la disciplina di cui all'art. 147, che circoscrive le ipotesi di affidamento diretto di lavori complementari al concessionario, ipotesi al di fuori delle quali l'art. 174 vieta alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere ad estensioni di lavori (comma 4). Richiama altresì gli artt. 148-151 che disciplinano gli appalti aggiudicati dai concessionari stessi, distinguendo a seconda che questi ultimi siano o meno amministrazioni aggiudicatrici⁴⁵.

Ed ancora, in tema di affidamento a terzi di una parte di lavori, l'art. 174 rinvia agli obblighi ed alle facoltà del concessionario stabiliti dall'art. 146⁴⁶.

La disposizione rinvia infine al Regolamento attuativo del Codice (cfr. artt. 3, comma 47, e 5, comma 5, lett. g)) per le norme di qualificazione di appaltatori e subappaltatori (cfr. Parte II, Titolo III e IV del Regolamento), nonché alla disciplina sulle verifiche antimafia, che devono essere condotte nei confronti di affidatari e subaffidatari di lavori, secondo le normative vigenti, che restano ferme ai sensi dell'art. 247.

L'*esecuzione dei lavori* è svolta direttamente dal concessionario oppure – come innanzi illustrato – tramite affidamento a terzi in percentuali prestabilite; affida-

⁴⁵ Ed infatti, in relazione ai lavori eseguiti da terzi, solamente il concessionario/amministrazione aggiudicatrice è tenuto a rispettare le disposizioni del Codice in tema di affidamento ed esecuzione di appalti di lavori pubblici; il concessionario che non fosse anche amministrazione aggiudicatrice evidentemente non soggiace a dette disposizioni, pur dovendo però rispettare le prescrizioni in tema di pubblicità dei bandi e di termini per la ricezione delle candidature e delle offerte.

⁴⁶ A tale proposito va sottolineato che – eliminato l'obbligo precedentemente vigente di affidare all'esterno una percentuale minima di lavori – attualmente è la stazione appaltante a scegliere in via alternativa se: *a*) imporre al concessionario di affidare a terzi appalti corrispondenti ad una percentuale minima del 30% del valore globale dei lavori (evidentemente ritenuta sufficiente a rendere l'affidamento economicamente interessante per i terzi); percentuale che deve essere indicata nel bando di gara e nel contratto di concessione, e che i candidati hanno la facoltà di aumentare in sede di offerta; *b*) invitare i candidati a dichiarare la percentuale del valore globale dei lavori che eventualmente intendano affidare a terzi; in tal caso dunque può anche avere luogo l'affidamento a terzi della totalità dei lavori, tanto più qualora il concessionario operi tramite contraente generale, che – come si vedrà nel capitolo seguente – agisce di regola mediante terzi esecutori.

mento che può essere effettuato dallo stesso concessionario o dal contraente generale di cui il concessionario si dovesse servire. In quest'ultima ipotesi, l'art. 174 (*comma 3*) prevede l'applicazione delle previsioni di cui all'art. 176, commi 7, 8, 9 (cui si rinvia), in tema di verifiche e controlli sulla qualificazione e sull'attività svolta dai terzi affidatari del contraente generale⁴⁷.

Per la nozione di "terzo", l'art. 174 rimanda a quanto stabilito dall'art. 149, comma 3, per cui non si considerano come tali né le imprese che si fossero raggruppate o consorziate per ottenere la concessione, né le imprese ad esse collegate, né, ancora, i soci del concessionario che avesse costituito una società di progetto. È fatto obbligo comunque di evidenziare, in apposito elenco, i nominativi delle imprese collegate alle candidature per la concessione; elenco che dovrà essere aggiornato in relazione ai successivi cambiamenti che eventualmente intervenissero fra le imprese stesse⁴⁸.

5. AGGIUDICAZIONE E COLLAUDO

L'aggiudicazione delle concessioni e degli affidamenti a contraente generale avviene mediante procedura ristretta⁴⁹, ai sensi dell'art. 177 (*comma 1*), il quale riproduce – con talune modifiche – il contenuto degli artt. 10 e 20 *octies*, d.lgs. n. 190/2002⁵⁰; una disposizione, quella in esame, in cui il legislatore conferma l'esclusione – ai fini dell'aggiudicazione delle opere per la realizzazione delle infrastrutture in commento – dell'utilizzo delle procedure aperte, che evidentemente non sono apparse idonee ad assicurare quella accurata selezione dei concorrenti che la notevole difficoltà tecnica e complessità degli interventi rende necessaria⁵¹. Ecco la conferma di un sistema rigido della concorrenza, tutt'ora giustificato dalle peculiarità delle opere realizzande.

In merito alle modalità di svolgimento della procedura ristretta, è stabilito che per l'affidamento delle concessioni debba essere posto a base di gara il progetto preliminare; qualora si ricorra all'affidamento a contraente generale, invece, a base di gara può essere posto anche il progetto definitivo, applicandosi – per espresse rinvio – l'art. 53, comma 2, lett. c) (art. 177, *comma 2*).

⁴⁷ Il quale – nel caso sia un'impresa collegata al concessionario – deve a sua volta assicurare il subaffidamento a terzi delle quote ad essi riservate in sede di gara ovvero in sede di estensione dei lavori in concessione, secondo le modalità indicate negli artt. 146-151 sopra richiamati.

⁴⁸ Nel precedente testo era previsto – al comma 5 – che la disciplina in commento derogava agli artt. 56 e 57 in tema di procedura negoziata, nonché all'art. 132, disciplinante le varianti in corso d'opera; l'abrogazione è dovuta ad un allineamento alle posizioni della Commissione Europea.

⁴⁹ Sulla nozione, cfr. E. CASSETTA, *Manuale*, cit., p. 533.

⁵⁰ Si badi che dai modi di aggiudicazione a procedura ristretta, scompare il riferimento all'appalto concorso invece presente nella previgente formulazione; e questo appare coerente con l'attività pregressa svolta dal soggetto aggiudicatore per giungere all'affidamento.

⁵¹ L'utilizzo della trattativa privata è previsto unicamente in tema di promotore; cfr. art. 175 che rinvia all'art. 155, il quale al fine di aggiudicare la concessione prescrive lo svolgimento di licitazione privata seguita da procedura negoziata.

Con riguardo ai concorrenti che partecipano alla gara, l'art. 177 (*comma 3*) ribadisce l'applicazione del c.d. meccanismo della "forcella" (su cui torneremo con riferimento al contraente generale), in forza del quale è nella facoltà dell'ente aggiudicatore stabilire il numero minimo e massimo dei soggetti da invitare alla procedura ad evidenza pubblica; numero che sarà di volta in volta individuato in base alla rilevanza ed al grado di complessità dell'intervento infrastrutturale da porre in essere. Il ricorrere o meno a detto meccanismo finalizzato ad assicurare un iter procedurale più elastico – si ripete – è facoltativo, essendo rimesso alla scelta discrezionale delle stazioni appaltanti che, se del caso, devono formalizzarlo nel bando di gara.

Circa le modalità dell'operatività della "forcella", va segnalato che se le domande di partecipazione alla procedura dovessero superare il numero massimo da essa stessa prestabilito (nel bando; ed anche qui c'è una conferma del mercato "ristretto" di operatori), la stazione appaltante provvede ad una sorta di "preselezione" per ammettere alla gara vera e propria il numero massimo previsto; in altre parole, nell'ipotesi appena delineata, l'ente aggiudicatore provvede ad individuare i soggetti che poi saranno invitati alla gara attraverso la redazione di una graduatoria di merito, compilata sulla base di criteri oggettivi (non discriminatori e pertinenti all'oggetto del contratto) e predeterminati – si badi bene – nel bando di gara (nel quale, quindi, deve essere previsto non già il solo meccanismo della "forcella", ma anche i criteri per la sua stessa applicazione, paventandosi l'ipotesi della preselezione).

In ogni caso, la norma prescrive che debbano essere invitati concorrenti in numero tale da garantire una effettiva concorrenzialità, individuandoli nel numero minimo di cinque (numero che dunque deve essere rispettato, a meno che l'opera non sia così complessa che i soggetti qualificati e idonei siano di numero inferiore); dunque un numero che per un verso è assiomaticamente idoneo a garantire la concorrenza (e ciò lascia perplessi), e per altro verso è inferiore rispetto a quello previsto per i settori ordinari⁵², in ossequio alle esigenze di celerità procedurale (e tuttavia non certo presenti nelle fasi che precedono quelle in esame), correlate alla procedura negoziata⁵³.

L'individuazione dell'aggiudicatario può avvenire tramite il criterio o del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 177, *comma 4*). Quest'ultima si determina tramite la valutazione complessiva di molteplici fattori, esemplificativamente indicati nel medesimo Codice, e precisamente: del prezzo; del valore tecnico ed estetico delle varianti; del tempo di esecuzione; del costo di utilizzazione e manutenzione; nel caso di concessione, dei fattori di cui all'art. 174, *comma 2* (*rectius*, *comma 1*, quali il prezzo, la durata nonché l'eventuale prestazione di beni o servizi; su cui v. par. 1.2. che precede)⁵⁴; della maggiore entità,

⁵² Dove sono previsti dieci o venti partecipanti, se l'importo di lavori supera i quaranta milioni di euro; cfr. art. 62, *comma 2*.

⁵³ Sulle modalità delle sedute della Commissione di gara, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2007, n. 2333 e 19 aprile 2007, n. 1790.

⁵⁴ Il rinvio «*all'art. 174, comma 2*» appare errato; il richiamo deve piuttosto intendersi all'art.

rispetto a quella prevista dal bando, del prefinanziamento che il candidato è in grado di offrire; ed infine di elementi ulteriori rispetto a quelli innanzi elencati, che il soggetto aggiudicatore potrà di volta in volta individuare in relazione alle caratteristiche peculiari dell'opera da realizzare.

L'ultima parte della norma in esame si compone di una serie di richiami così in questa sede ci si limita ad illustrarla in maniera ragionata.

Per i soggetti aggiudicatori che operano negli ambiti di cui artt. 208-214 (e segnatamente energia termica, gas, elettricità, acqua, servizi di trasporto, servizi postali, combustibili, porti e aeroporti) è prevista l'applicazione, per quanto non previsto dall'art. 177, delle norme della Parte III relativa ai contratti di lavori nei settori speciali (*comma 5*)⁵⁵; per tutti gli altri soggetti aggiudicatori si applicano, sempre per quanto non previsto dall'articolo in commento, le norme della Parte II che costituiscono attuazione della direttiva n. 2004/18 (*comma 6*). Ed ancora, per l'affidamento di servizi (*comma 7*), il legislatore rinvia all'art. 164, che appunto disciplina l'affidamento di incarichi di progettazione e di altri servizi pertinenti all'infrastruttura.

Circa la *fase esecutiva* non vengono dettate regole specifiche, ad eccezione che per il *collaudo*, normato dall'art. 178, che richiama espressamente la disciplina generale *ex art.* 141 (cui si rinvia), per ciò che concerne modalità e termini di svolgimento (*comma 1*); dunque, il collaudo finale dovrà avvenire entro sei mesi dall'ultimazione dei lavori, salvi casi di particolare complessità dell'opera individuati dal Regolamento di attuazione del Codice (cfr. art. 3, comma 47 ed art. 5, comma 5, lett. *s*) nonché Parte II, Titolo X del Regolamento) per i quali il termine può essere elevato sino ad un anno; al medesimo Regolamento è altresì rimessa l'individuazione dei requisiti dei collaudatori nonché delle modalità di effettuazione e di certificazione del collaudo stesso.

In merito alle modalità di svolgimento, l'art. 178 (*comma 2*) precisa che per le infrastrutture di grande rilevanza o complessità (che, a dire il vero, sembrerebbero tutte quelle interessate dal Capo IV in commento) le *commissioni di collaudo*, composte ai sensi dell'art. 141, comma 4, (e sulle quali quindi è superfluo soffermarsi) possono servirsi – previa autorizzazione del soggetto aggiudicatore – di *strutture tecniche esterne* specializzate nel settore, che procedano all'istruttoria. Una opzione che è finanziata da fondi annualmente a ciò destinati dalla legge finanziaria (cfr. art. 162, comma 1, lett. *e*), del Codice), ma che impone una riflessione sulle modalità del suo utilizzo. Essa, ragionevolmente, dovrebbe trovare la propria giustificazione in una comprovata carenza delle professionalità necessarie all'interno della stessa Commissione di collaudo (aspetto questo rilevante ai fini dell'esclusione di ipotesi di danno erariale e quindi di responsabilità ammi-

174, comma 1, che appunto menziona l'eventuale prestazione di beni e servizi da parte del concessionario.

⁵⁵ Non si può dimenticare nell'ambito della ridefinizione del settore energetico ed in esso, con specifico riguardo alle grandi opere, che la legge 23 luglio 2009, n. 99 sullo «sviluppo e internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia», oltre a disciplinare la materia sotto il profilo sostanziale, all'art. 41, ha attribuito la cognizione a conoscere delle relative controversie comunque attinenti alle procedure e ai provvedimenti della P.A. ad esse afferenti, in via esclusiva al TAR del Lazio.

nistrativa). Una tale ipotesi dovrebbe non ricorrere usualmente in una Commissione – quale è quella di collaudo – composta da soggetti di specifica qualificazione professionale commisurata alla tipologia e categoria degli interventi, alla loro complessità ed al relativo importo; invero essa potrebbe eccezionalmente ricorrere, in ipotesi di collaudo di un'opera assolutamente peculiare e con caratteristiche tecniche tali che la Commissione non potrebbe autonomamente verificare. Certo è che la norma debba essere intesa in senso restrittivo, sia sotto il cennato profilo dell'eccezionalità dell'opera, sia sotto il profilo della responsabilità per il collaudo (di cui l'istruttoria fa parte integrante ed in esso viene assorbita).

Per l'affidamento di tali incarichi di supporto (così come, del resto, per i collaudatori), sono prescritte incompatibilità ed in particolare è prescritto che l'incaricato non debba avere rapporti di collegamento con chi ha progettato, diretto, sorvegliato o eseguito in tutto o in parte l'infrastruttura. Nulla è invece stabilito circa le modalità di affidamento di tale peculiare incarico; se da un lato dunque la disposizione potrebbe essere letta nel senso di escludere procedure di gara, dall'altro si potrebbe applicare il comma 7 dell'art. 177 innanzi menzionato, che per l'affidamento di servizi funzionali all'infrastruttura (come appunto potrebbe essere inteso il servizio svolto dalle strutture esterne di collaudo) rinvia alle procedure di gara di cui all'art. 164. Invero – così come innanzi inteso – tale incarico è conferito dalla Commissione di collaudo (seppure con l'assenso del soggetto aggiudicatore), ed il costo è sostenuto da fondi pubblici, cosicché una procedura ristretta ad evidenza pubblica (magari anche la trattativa privata) pare comunque consigliabile ed auspicabile, stante l'importanza delle opere da collaudare che giustificano l'eccezionalità del ricorso a tale supporto tecnico, e la esistenza di principi generali non contraddetti da normativa specifica, che sempre devono ispirare il comportamento dell'azione amministrativa⁵⁶.

6. INSEDIAMENTI PRODUTTIVI E INFRASTRUTTURE PRIVATE STRATEGICHE PER L'APPROVVIGIONAMENTO ENERGETICO

Come indicato nell'art. 161, comma 1, il Capo IV del Codice disciplina anche quegli insediamenti produttivi e infrastrutture strategiche – individuate a mezzo del programma di cui all'art. 1, comma, 1, della citata legge n. 443/2001 (c.d. «legge obiettivo») – che sebbene abbiano natura privata rivestono comunque un preminente interesse nazionale⁵⁷.

⁵⁶ Per completare la descritta disciplina va considerato che è sopravvenuto il d.l. n. 185/2008, c.d. «decreto anticrisi», conv. in legge n. 133/2008, che, all'art. 20 ha introdotto delle norme straordinarie per la velocizzazione delle procedure esecutive di progetti di quelle opere di cui alla legge n. 443/2001, cioè appunto delle opere strategiche. Così, seppure per particolari ipotesi «straordinarie» correlate all'urgenza nel provvedere, la disciplina speciale quivi prevista non solo detta previsioni di natura procedurale, ma dispone anche in termini di procedimento e di relativo accesso, nonché in materia processuale delineando (comma 8) un processo con termini ridotti rispetto a quelli ordinari.

⁵⁷ L'argomento è affrontato dalla già richiamata relazione della Corte conti, sez. centr. contr. Sta-

L'art. 179 dispone che l'attività istruttoria finalizzata all'approvazione dei relativi progetti segua le modalità specificate dagli artt. 165-166, disciplinanti l'approvazione del progetto preliminare (con particolare riferimento alla procedura di v.i.a. ed alla localizzazione) e del progetto definitivo (unitamente alla dichiarazione di pubblica utilità), al cui commento si rinvia per una puntuale analisi dell'*iter* procedurale da essi tratteggiato⁵⁸; la disposizione precisa altresì che contestualmente all'approvazione del progetto definitivo, ovvero con successiva eguale procedura, il realizzatore dell'insediamento produttivo o dell'infrastruttura privata strategica può richiedere e conseguire tutte le autorizzazioni ed i permessi necessari all'esercizio dell'insediamento stesso (*comma 1*)⁵⁹.

Nell'ambito della generale categoria delle infrastrutture private sopra accennata, il legislatore ne individua una particolare: quella delle infrastrutture private finalizzate all'approvvigionamento energetico (*comma 2*)⁶⁰.

Dal punto di vista procedurale, occorre sottolineare come l'*iter* di approvazione del progetto per le opere necessarie all'approvvigionamento energetico sia articolato in un'unica fase, venendo opportunamente meno la dicotomia progetto preliminare/progetto definitivo.

La sequenza procedimentale (*comma 3*) prevede una prima fase di presentazione del progetto al Ministero; più in particolare, è stabilito che il soggetto aggiudicatore – entro il termine di sei mesi dall'approvazione del programma – sia tenuto a trasmettere il progetto delle infrastrutture di competenza al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e al Ministero delle attività produttive; Ministeri

to gestione, 19 luglio 2007, n. 17/Rel./G. (in *Riv. Corte conti*, 2007, 4, p. 15), mentre il Cons. Stato, sez. per gli atti normativi, nel parere del 17 settembre 2007, n. 3362 (in *Arch. giur. OO.PP.*, 2007, p. 1279), evidenzia l'opportunità che il redigendo Regolamento preveda che la qualificazione del contraente generale valga non solo per le infrastrutture strategiche, ma altresì per il leasing finanziario per le opere pubbliche. In dottrina molti sono gli apporti. Tra essi si segnalano: G. BASSI-S. PASQUINI, *Gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e proprietà delle infrastrutture strategiche: un binomio incompatibile nella prospettiva di privatizzazione*, in *App. e Contr.*, 2008, 8, p. 56; C. LAMBERTI, *Lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi*, in *Urb. App.*, 2006, fasc. 10, pp. 1121-1146; V. ELIA, *Infrastrutture strategiche a tre anni dalla riforma: analisi e prospettive*, in *Riv. amm. appalti*, 2004, p. 211; M. GIOVANNELLI, *Concessione di costruzione di infrastrutture strategiche senza gara e risarcimento del danno* (Nota a TAR Lombardia, Sez. III, 2 novembre 2004, n. 5575), in *Urb. App.*, 2005, p. 468; I. LUCE-S. LUCE, *Le infrastrutture strategiche per l'ammodernamento del paese*, in *App. urb. ed.*, 2004, p. 323; S. MEZZACAPO, *Commento al d.lgs. 4 settembre 2002 n. 198, disposizioni volte ad accelerare la realizzazione delle infrastrutture di telecomunicazioni strategiche per la modernizzazione e lo sviluppo del paese, a norma dell'art. 1, comma 2, legge 21 dicembre 2001, n. 443*, in *Guida al diritto*, 2002, 42, p. 14.

⁵⁸ Si segnalano al riguardo, per la loro rilevanza, le pronunce Corte cost. 26 gennaio 2004, n. 36 e 29 gennaio 2004, n. 49, sulle quali si sofferma R. CARANTA, *Appalti pubblici ed opere pubbliche tra competenza statale e competenza regionale*, in *Giur. it.*, 2004, p. 1056.

⁵⁹ Preme qui rilevare che sono previsti meccanismi di finanziamento prioritario per gli interventi inclusi nel programma per le infrastrutture strategiche, disciplinati dall'art. 194, al cui commento si rinvia.

⁶⁰ Il comma 7 nella precedente stesura stabiliva che alla materia si applicavano le disposizioni di cui alla Parte III del Codice sui settori speciali; il nuovo testo deriva dalla indicazione della Commissione secondo cui una tale previsione confliggeva con la direttiva n. 2004/17/CE (Parte III). Sul punto, per un quadro generale, si rinvia a S.A. FREGO LUPPI, *L'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio delle infrastrutture energetiche*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 459.

che svolgono di concerto le funzioni amministrative previste dal Capo IV relative alla realizzazione e all'esercizio delle infrastrutture strategiche per l'approvvigionamento energetico (*comma 6*). A differenza di quanto previsto dalla normativa generale, la trasmissione del progetto può essere curata anche dal concessionario o dal contraente generale, per conto dello stesso soggetto aggiudicatore.

Il progetto è inviato altresì alle amministrazioni interessate rappresentate nel CIPE ed alle ulteriori amministrazioni competenti a rilasciare permessi e autorizzazioni necessari alla realizzazione ed all'esercizio delle opere, nonché ai gestori di opere interferenti; soggetti che possono prendere parte alla Conferenza di servizi appresso descritta, con la facoltà di presentare motivate proposte di adeguamento, richieste di prescrizioni all'atto della approvazione del progetto, o richieste di varianti che non modifichino le caratteristiche essenziali delle opere e le relative caratteristiche prestazionali e funzionali individuate in sede di progetto; nel caso si verifichino interferenze (*comma 8*) si applicano le procedure di cui all'art. 170 cui si rinvia).

Qualora la natura dell'intervento da realizzare richieda una procedura di v.i.a., il progetto sarà corredato da tutti gli elementi necessari ai fini dello svolgimento della predetta valutazione, che si svolgerà secondo quanto prescritto dall'art. 183 (cui si rinvia), e dovrà altresì essere corredato dallo studio di impatto ambientale (reso pubblico secondo le procedure vigenti).

L'avvio del procedimento, anche ai fini della dichiarazione di pubblica utilità, sarà comunicato dal soggetto aggiudicatore o, per esso, dal concessionario o contraente generale, ai privati interessati ai sensi della legge n. 241/1990, con le stesse forme previste per la v.i.a. dall'art. 5, d.P.C.M. n. 377/1988 (appunto recante la regolamentazione delle pronunce di compatibilità ambientale di cui all'art. 6, legge n. 349/1986).

L'*iter* procedurale prosegue con l'istruttoria svolta in seno alla Conferenza di servizi convocata dal Ministero entro 30 giorni dal ricevimento del progetto (*comma 4*); conferenza che deve concludersi entro il termine perentorio di 90 giorni e nella quale – come detto – le amministrazioni competenti ed i gestori di opere interferenti possono presentare proposte e richieste relative al progetto, che saranno valutate dal Ministero delle infrastrutture, unitamente ai chiarimenti e/o integrazioni presentate dal soggetto aggiudicatore, entro i 40 giorni successivi alla conclusione della conferenza stessa.

Esaminate le risultanze istruttorie, il Ministero formula la propria proposta al CIPE che, nei 30 giorni successivi, approva con eventuali adeguamenti o prescrizioni il progetto definitivo.

Un provvedimento di approvazione che include anche l'intesa sulla localizzazione ed il provvedimento di compatibilità ambientale, che nella normativa generale sono invece ricompresi nel provvedimento che approva il progetto preliminare⁶¹.

Un'approvazione (*comma 5*) che sostituisce, anche ai fini urbanistici ed edilizi, ogni altra autorizzazione, approvazione, parere e nulla osta comunque denominato; che costituisce altresì dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza

⁶¹ Sul punto, cfr. G. MONTEDORO-R. DI PACE, *Gli appalti*, cit., p. 349.

delle opere, e che consente la realizzazione e l'esercizio delle infrastrutture strategiche per l'approvvigionamento energetico e di tutte le attività previste nel progetto approvato. Si comprende quindi il recente intervento legislativo (cfr. comma 26 dell'art. 27, legge 23 luglio 2009 n. 99), che, nell'integrare il già citato *comma 6*, attribuisce allo stesso soggetto aggiudicatore (quindi per la funzione esercitata, così come per le medesime ragioni funzionali avviene – come visto – per le società di progetto) la titolarità sia di poteri espropriativi, sia di poteri autorizzatori di varianti da apportare al progetto definitivo approvato dal CIPE, e ciò sia in sede di progetto esecutivo sia in sede di realizzazione delle opere; e ciò in coerenza con la "tipologia" dell'approvazione di cui al comma 5 e in chiara esplicitazione della volontà di accelerare i tempi per la realizzazione dell'opera incidendo sull'attività di natura procedimentale.

Tornando infine al procedimento, ed all'attività di acquisizione dei pareri, si segnala – a conferma della *ratio* dell'intervento legislativo appena illustrato – che in caso di dissenso della Regione⁶² o Provincia autonoma si provvede con le procedure illustrate al comma 6 dell'art. 165.

⁶² Proprio le Regioni, come accennato in nota che precede, hanno censurato in un recente passato la stessa potestà statale di disciplinare specificamente tale materia, individuando nell'intervento del legislatore nazionale una violazione degli artt. 117 e 118 Cost. sostenendo una violazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza perché in tal modo si consentirebbe «alle presunte esigenze di esercizio unitario individuate dalla legge statale, e richieste dallo stesso art. 118 per conferire funzioni amministrative a livelli di governo diversi dai Comuni, una deroga al riparto della potestà legislativa prescritto dall'art. 117». La Corte costituzionale (tra le molte ci si riferisce alla sentenza Corte cost. 10 ottobre 2003, n. 303) ha comunque dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate affermando che «quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato. Ciò non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa, giacché il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto» (2.1.): così I. MASSA PINTO, *Nota in margine alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale: una «opinione concorrente»*, in *Giur. it.*, 2004, p. 1568.

