

**La Natura ed i limiti dell'azione della p.a. nella  
valutazione delle proposte dei privati nella finanza di  
progetto**

**INDICE** **1.** L'importanza "strategica" della fase di valutazione della proposta presentata dal privato nell'economia del procedimento per l'aggiudicazione di un project financing. - **2.** La valutazione della proposta nel project financing. - **3.** I parametri per la valutazione della proposta del promotore. - **4.** Le tesi del TAR Puglia nella sentenza 9.9.2004 n. 3877. - **5.** Le tesi del TAR Toscana nella sentenza 2.8.2004, n. 2860. - **6.** I limiti posti alla discrezionalità della p.a. nella valutazione della proposta del promotore. - **7.** La procedimentalizzazione della fase di valutazione della proposta.

**1. L'importanza "strategica" della fase di valutazione della proposta presentata dal privato nell'economia del procedimento per l'aggiudicazione di un project financing.**

L'istituto del *project financing* è di recente tornato all'attenzione del Giudice Amministrativo che, con le pronunce di cui sopra, ha approfondito – non senza qualche divergenza – gli aspetti salienti della fase di valutazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, della proposta del promotore così come disciplinata dall'art. 37 *ter* della Legge 11.02.1994, n. 109 e s.m.

Prima ancora, però, di esaminare nel dettaglio le predette pronunce, è quanto mai opportuno chiarire, in via del tutto preliminare, che, nell'economia della complessa procedura del *project financing*, la predetta "valutazione" assume un valore strategico capace di ripercuotersi sull'intero

procedimento di affidamento conferendo al promotore una indubbia posizione di vantaggio per l'aggiudicazione finale della concessione di lavori pubblici.

In particolare, l'art. 37 *ter* della Legge n. 109/1994, sì come integrato dall'art. 7 della Legge 1.8.2002, n. 166, prevede l'assegnazione al promotore, della titolarità di un diritto di prelazione in forza del quale questi, potrà vedersi aggiudicata la gara esclusivamente adeguando la propria offerta a quella reputata economicamente più vantaggiosa dall'amministrazione. È, dunque, evidente come la positiva valutazione della proposta conferisca all'imprenditore prescelto una indubbia posizione di vantaggio suscettiva di garantirgli, con alto grado di probabilità, l'aggiudicazione della concessione e ciò perché anche qualora le altre imprese concorrenti siano in grado di presentare varianti effettivamente migliorative della proposta costruita dal promotore, questa non potrebbe, comunque essere "fuori mercato" cosicché il promotore medesimo – eventualmente rinunciando ad un margine di utile più o meno apprezzabile – conserverebbe la possibilità di aggiudicarsi comunque la gara adeguandosi a tale offerta ed esercitando il diritto di prelazione.

Pur prescindendo, poi, dalle considerazioni di cui sopra, un ulteriore vantaggio per il proponente scaturisce dalla oggettiva difficoltà per una impresa terza, che concorre all'aggiudicazione finale sulla base della proposta prescelta,

adeguarsi competitivamente a quest'ultima che, evidentemente, è strutturata sulla base della capacità d'impresa del proponente prescelto sia sotto il profilo tecnico progettuale che per quanto riguarda l'aspetto propriamente economico-finanziario.

È bene, pertanto, fin d'ora far emergere un dato che appare inconfutabile nel "nostro" *project financing* e cioè che la valutazione della proposta del promotore assume un ruolo cruciale ai fini della scelta del concessionario potendo affievolire il livello della concorrenzialità espressa dalla fase della gara vera e propria di cui all'art. 37 *quater* della Legge n. 109/1994, ancorché a quest'ultima prodromica.

Ciò detto viene da domandarsi se non rappresenti forse un'aporia della norma la mancanza di una vera e propria disciplina della fase della valutazione della proposta; fatto sta che proprio tale carenza normativa genera la questione nella quale si è imbattuta la giurisprudenza, ossia se sia possibile rimettere alla più ampia discrezionalità dell'amministrazione un'attività, quale quella valutativa, che presenta così forti ripercussioni sull'esito finale della gara, o se forse la previsione normativa vada interpretata in senso tale da mitigare l'esercizio di tale discrezionalità.

## **2. La valutazione della proposta nel *project financing*.**

Non è certamente questa la sede per una disamina dell'istituto del *Project financing*<sup>1</sup>, ma è necessario comunque

---

<sup>1</sup> Per approfondimenti sul *project financing ex multis* si veda: M. BALDI – G. DE MARZO *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2001; R. PECORARIO *commento all'art. 37-*

soffermarsi a tracciare le linee essenziali della disciplina, quanto meno con riferimento alla specifica fase della valutazione della proposta.

La complessità degli adempimenti occorrenti per l'implementazione di un *project financing* può essere sintetizzata in due fasi distinte: quella della "promozione di opera pubblica" e quella del vero e proprio *project financing*<sup>2</sup>. Nella prima, regolamentata dagli artt. 37 *bis*, 37 *ter* 37 *quater* della Legge n. 109/1994 e s.m., l'amministrazione procedente provvede a valutare la proposta presentata (o le proposte presentate) sotto più profili dettagliatamente individuati dalla legge. Di seguito la medesima amministrazione procede all'indizione della gara ristrette per la selezione dei candidati che, nella successiva fase negoziata della procedura, saranno chiamati a confrontarsi con il promotore per l'aggiudicazione della concessione.

La seconda fase, regolamentata dagli artt. 37 *quinques* – 37 *nonies* della "legge quadro", riguarda, invece, più

---

*ter* in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, A. CLARIZIA – A. CARULLO (a cura di), Padova, 2004, 1671 ss.; DRAETTA - VACCA' *Il project financing*, Milano, 1997; P. DE SURY – M. MISCALI (a cura di) *Il project financing, principi guida per la realizzazione delle opere pubbliche*, Milano, 1995; G. IMPERATORI *Il project financing*, Milano, 1995 F. BENVENUTI – L. DEL FAVERO *Rischi e meccanismi di protezione in materia di project financing*; in *Dir. e prat. Soc.*, 2000, fasc. 6, 25; C. DE ROSE, *Il project financing: nozione possibili applicazioni pubblicitiche , loro compatibilità con l'ordinamento comunitario*, in *Cons. St.*, 1997, II, 307; S. AMOROSINO – R. SCIUTO *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti: la concessione di costruzione e gestione ed il promotore.*; in *Riv. Giur. Ed.*, 1999, II, 61; M. ROSSI *Il project financing per il finanziamento degli investimenti degli enti locali*; in *Il finanziamento degli investimenti*, Milano, 2003, 283 ss.; F. AMATUCCI, *Il project financing nelle aziende pubbliche*, Milano, 2002.

<sup>2</sup> Così TAR Puglia-Bari, III, 24.06.2004, n. 2993 in [www. Giustizia-amministrativa.it](http://www.Giustizia-amministrativa.it).

specificatamente il rapporto fra il promotore-concessionario e l'amministrazione aggiudicatrice.

Secondo un orientamento - sicuramente più specifico ma non contrastante con quello summenzionato - ogni operazione di project financing può essere articolata nelle seguenti fasi fondamentali: 1) l'identificazione dell'iniziativa; 2) la realizzazione dell'opera; 3) la gestione economica dell'opera<sup>3</sup>.

La fase *sub* 1) riguarda la definizione dell'architettura tecnico-progettuale ed economico-finanziaria dell'intervento che si intende realizzare ed in particolare l'identificazione del progetto, la raccolta delle informazioni relative, gli studi di prefattibilità e fattibilità, le risorse finanziarie. È forse superfluo sottolineare che si tratta di adempimenti di fondamentale importanza ai fini della individuazione dei contenuti della proposta e per il successo dell'operazione, in quanto ad essa è strettamente collegata non solamente la sostanziale definizione dell'intervento, ma anche la definizione dei contenuti degli stipulandi accordi contrattuali<sup>4</sup>. Tutti tali elementi vengono compendati in un documento nella prassi denominato *information memorandum*<sup>5</sup> generalmente integrato da un *term sheet* che delinea sinteticamente gli aspetti essenziali relativi al finanziamento dell'intervento, nonché da un *piano economico finanziario*

---

<sup>3</sup> In questi termini C. SALVATO, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi ed operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, 26 in U. DRAETTA-C. VACCA' (a cura di) op. cit.. In giurisprudenza riprende tale classificazione TAR Puglia-Bari., I, 9.9.2004, n. 3877 in [www.Giustizia-Amministrativa.it](http://www.Giustizia-Amministrativa.it).

<sup>4</sup> In questi termini G. IMPERATORI op. cit. 115.

<sup>5</sup> Definito come "un documento complesso e composito" da TAR Puglia n. 3877/2004 cit.

contenente i parametri della redditività dell'iniziativa. Tali documenti sono soggetti ad una verifica da parte dei potenziali finanziatori chiamati a verificarne la concreta fattibilità<sup>6</sup>, nonché ad una verifica da parte dell'istituto di credito<sup>7</sup> al fine del rilascio dell'asseverazione al piano economico-finanziario espressamente richiesta dall'art. 37 bis della legge 109/1994. È chiaro che la "riuscita" di un *project financing* è legata ad una serie di variabili che in sede di predisposizione del progetto vengono attentamente valutate mediante uno studio cd "di sensitività" il quale ultimo, appunto, è volto ad individuare le "varianti strategiche" ossia quei valori il cambiamento dei quali – seppur minimo – determinerebbe comunque una consistente variazione della *performance* del progetto. Tale studio individua, altresì, i limiti entro i quali potranno ritenersi sopportabili le variazioni delle predette varianti strategiche<sup>8</sup>. Come si è già accennato la ponderazione dei rischi connessi all'operazione da intraprendere incide direttamente anche sul contenuto delle clausole che regolamentano i rapporti negoziali fra le parti; in particolare, come è stato rilevato<sup>9</sup>, la prassi ha consolidato il contenuto di clausole contrattuali dimostratesi efficaci per la copertura dei rischi specifici che ruotano intorno all'operazione<sup>10</sup>. La ripartizione di tali rischi fra i diversi

<sup>6</sup> Tale studio è generalmente definito "studio di fattibilità".

<sup>7</sup> In qualità di *finacial advisor*.

<sup>8</sup> Si veda in proposito TAR Puglia-Bari n. 3877/2004 *cit*.

<sup>9</sup> PECORARI *op. cit.*, 1685ss.

<sup>10</sup> P. K. NEVITT *project financing* nella traduzione di P. DE SURY , 21 ss. individua le seguenti tipologie di rischi connessi ad un'operazione di *project financing*: 1) Rischio di credito; 2) rischio di costruzione; 3) rischio di mercato; 4) rischio finanziario; 5) rischio di

soggetti coinvolti in un'operazione di project financing assume comunemente la denominazione di *security package*<sup>11</sup>.

Di minore importanza, per la specifica questione in trattazione, sono le altre fasi di realizzazione dell'opera (*sub* 2) e di gestione economica della medesima (*sub* 3). In particolare la prima concerne specificatamente le fasi procedurali di aggiudicazione dell'intervento e di realizzazione dei lavori, mentre la seconda riguarda prettamente la gestione dell'opera realizzata ed involge generalmente tutti gli aspetti afferenti lo svolgimento dei diversi rapporti negoziali posti in essere.

### ***3. I parametri per la valutazione della proposta del promotore.***

Relativamente alla fase di presentazione e valutazione della proposta da parte del promotore, va preliminarmente rilevato che i lavori pubblici e/o di pubblica utilità da realizzare dovranno essere *“inseriti nella programmazione triennale di cui all'articolo 14, comma 2, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente”*.

La valutazione della proposta è espressamente disciplinata dall'art. 37 *ter* della legge n. 109/1994 – così come

---

cambio; 6) rischio politico. Per precisazioni sul punto si veda anche PECORARI, *op. cit.*, 1687 ss.

<sup>11</sup> Secondo G.B. NUZZI *Il project financing in Italia: esperienze e prospettive* in RCI, 1997, 688, il *security package* si concreta in “una proposta articolata di gestione dei rischi che stabilisce un insieme di regole ed impegni che consente in caso di difficoltà imprevista la soddisfacente continuazione dell'intervento”.

recentemente modificato dall'art. 7, della l. 1° agosto 2002, n. 166 – il quale individua i parametri ai quali l'amministrazione aggiudicatrice dovrà relazionarsi. Tale articolo dispone che: *“Le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse.”.*

La norma, dunque, impone all'amministrazione aggiudicatrice di valutare la proposta sotto tre diversi aspetti:

1) la valutazione di fattibilità della medesima<sup>12</sup>. Tale valutazione dovrà essere relazionata a determinati parametri espressamente indicati dal citato art. 37 *ter* quali: il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, la qualità progettuale, la funzionalità, la fruibilità dell'opera, l'accessibilità al

---

<sup>12</sup> È appena il caso di rilevare che tale valutazione di fattibilità, di spettanza della p.a. precedente, è del tutto distinta dallo studio di fattibilità, di spettanza del promotore, e parte integrante dell' *information memorandum*.

pubblico, il rendimento, il costo di gestione e di manutenzione, la durata della concessione, i tempi di ultimazione dei lavori della concessione, le tariffe da applicare, la metodologia di aggiornamento delle stesse, il valore economico e finanziario del piano ed il contenuto della bozza di convenzione.

2) La verifica circa l'assenza di elementi ostativi alla realizzazione della medesima.

3) La verifica, tipicamente funzionale, della rispondenza della predetta proposta all'interesse pubblico.

Ebbene le contrapposizioni fra i due orientamenti giurisprudenziali in esame si incentrano proprio sulla fase di valutazione della proposta e riguardano in particolare:

a) la natura di tale attività, considerata nella sua complessità, sì come regolamentata dall'art. 37 *ter* della Legge n. 109/1994 e s.m.i. ed in particolare se per essa si possa parlare di fattispecie unitaria ancorché a formazione progressiva ovvero piuttosto di una serie di attività autonome che presentino fra loro un collegamento esclusivamente funzionale;

b) l'incidenza rivestita, nell'economia della complessiva attività valutativa, dall'accertamento della rispondenza al pubblico interesse della proposta;

c) la procedimentalizzazione dell'attività di valutazione della proposte.

#### **4. Le tesi del TAR Puglia nella sentenza 9.9.2004 n. 3877**

Secondo la I Sezione della sede di Bari del TAR Puglia *“...la valutazione di fattibilità della proposta coincide con la valutazione globale di quegli elementi<sup>13</sup>, ne è la risultante, esprime in chiave riassuntiva e sintetica il giudizio tecnico economico e finanziario cui è chiamata l'amministrazione salvo l'apprezzamento di squisita discrezionalità e che compete in modo precipuo all'amministrazione della rispondenza della proposta all'interesse pubblico”.*

Emerge dunque, con immediatezza, dalla pronuncia in esame, una visione sì complessa della fase di valutazione della proposta, ma sostanzialmente dicotomica dei diversi accertamenti e/o valutazioni delle quali la stessa si compone ai sensi dell'art. 37 *ter* della Legge n. 109/1994. Difatti secondo il Tribunale l'apprezzamento tecnico discrezionale che deve condurre alla “valutazione di fattibilità” ed all'accertamento di elementi ostativi alla realizzazione della proposta sarebbe del tutto autonomo e distinto rispetto all'apprezzamento esclusivamente discrezionale della rispondenza della proposta al pubblico interesse, ancorché si tratti di apprezzamenti tutti compresi nell'ambito dell'operazione che il legislatore ha definito di “valutazione della proposta”. Siffatta impostazione trova, poi, conferma in un successivo passo della sentenza in questione nella quale è

---

<sup>13</sup> Quelli di cui all'art. 37 *ter* della Legge n. 109/1994.

precisato che: *“.....la stessa valutazione di fattibilità di una proposta non ne implica di per sé ancora la sua suscettività di essere posta in gara nella licitazione privata e nell'appalto concorso per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione, condizionata, invece, da un'ulteriore valutazione, di squisita discrezionalità, relativa alla rispondenza della proposta all'interesse pubblico...”*. Cosicché, prosegue il Tribunale, *“...potrebbe accadere che tra due o più proposte in comparazione, egualmente giudicate in modo favorevole, non sia quella migliore sotto il profilo tecnico, economico e finanziario, ad essere adottata, magari risultandone un'altra maggiormente rispondente all'interesse pubblico”*. In estrema sintesi secondo l'orientamento in esame la fase di valutazione della proposta da parte dell'amministrazione si scinderebbe a sua volta in una duplice fase: una valutazione tecnico-discrezionale della proposta ed una valutazione meramente discrezionale volta – quest'ultima - ad accertare la rispondenza della predetta proposta al pubblico interesse<sup>14</sup>. Quest'ultima a sua volta caratterizzata da “amplissima discrezionalità”, pur inserita dal legislatore nella complessa operazione della valutazione della proposta di *project financing*, rivestirebbe carattere autonomo e sovraordinato rispetto alla valutazione cd. di fattibilità; sicché potrebbe verificarsi il caso in cui la p.a., pur riscontrando la validità

---

<sup>14</sup> Trattasi di una impostazione che ha trovato accoglimento nella giurisprudenza dei TAR; si veda in particolare: TAR Puglia, III, 9.7.2004, n. 2993 in [www.Giustizia-amministrativa.it](http://www.Giustizia-amministrativa.it); TAR Campania-Na, 4.3.2004, n. 3130 in [www.Giustizia-amministrativa.it](http://www.Giustizia-amministrativa.it); TAR Em. Rom. – Bo, 20.05.2004, n. 762 [www.Giustizia-amministrativa.it](http://www.Giustizia-amministrativa.it) e TAR Veneto, 22.12.2003, n. 6266 [www.Giustizia-amministrativa.it](http://www.Giustizia-amministrativa.it)

tecnica della proposta, potrebbe escluderla sulla base di un apprezzamento squisitamente discrezionale di non rispondenza della medesima al pubblico interesse.

Per quanto concerne, invece, l'ulteriore profilo problematico della procedimentalizzazione della fase di valutazione della proposta il TAR Puglia precisa che: *“Non possono istituirsi analogie e parallelismi di sorta tra una gara di appalto a licitazione privata con aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, in cui, proprio in vista dell’aggiudicazione del contratto è imprescindibile che gli elementi valutativi siano graduati dalla lex specialis di gara in ordine d’importanza, o anche di un appalto concorso, ed una procedura selettiva intesa ad individuare una proposta di project financing. Certamente nulla vieta all’amministrazione di fissare nell’avviso di selezione, se ritiene, i valori numerici da aggregare agli elementi valutativi normativamente indicati, ma del pari nulla impone di farlo...”*.

In sostanza il Tribunale, sulla scorta della lettura della norma di cui all’art. 37 *ter* della Legge n. 109/1994, ritiene che non incomba sulla p.a. procedente un vero e proprio obbligo di procedimentalizzare la fase di valutazione della proposta in quanto la competizione che si dipana in tale fase non è certamente equiparabile a quella che si estrinseca nelle procedure ristrette quali la licitazione privata e l’appalto concorso. Tutto ciò non esclude, ovviamente, che

l'amministrazione procedetene possa autonomamente limitare il proprio margine di operatività fissando all'uopo delle specifiche regole procedurali, ma ciò non configura un obbligo. In ogni caso, precisa ancora il Tribunale, fatta eccezione per il sindacato sulla ragionevolezza delle limitazioni adottate dall'amministrazione quale spontaneo limite all'esercizio della propria discrezionalità, qualsivoglia altro apprezzamento afferente la fase della valutazione della proposta *"..sconfina nel merito tecnico della valutazione globale di fattibilità, inattuabile dal sindacato del G.A."*<sup>15</sup>.

### **5. Le tesi del TAR Toscana nella sentenza 2.8.2004, n. 2860.**

Sulle medesime questioni problematiche la Sezione II del TAR Toscana, con la sentenza in esame, sembrerebbe pervenire a conclusioni diametralmente opposte a quelle fatte proprie dal TAR Puglia.

Per quanto concerne la collocazione, nell'ambito dell'attività di valutazione della proposta, della fase di verifica della rispondenza al pubblico interesse di quest'ultima, il TAR precisa che solo all'esito delle valutazioni di fattibilità di cui all'art. 37 *ter* della Legge n. 109/1994, *"le amministrazioni individuano le proposte che ritengono di pubblico interesse"*. Difatti la procedura di esame delle proposte di *project financing* *"..pur se articolata in più fasi per evidenti esigenze*

---

<sup>15</sup> Nello stesso senso anche TAR Sicilia-Catania, II, 26.05.2004, n. 1489 in [www.Giustizia-amministrativa.it](http://www.Giustizia-amministrativa.it) secondo cui *"..l'indizione della gara è successiva alla conclusione della fase istruttoria e preparatoria, ed è subordinata alla previa individuazione di offerte rispondenti al pubblico interesse."*

*organizzative e, quindi, con formazione progressiva della determinazione finale, tuttavia conserva spiccati caratteri di unicità e globalità. Le varie fasi delineate dal disposto dell'art. 37 ter citato corrispondono ai vari complementari profili delle proposte che, per scelta legislativa devono essere valutati e verificati in ordine sia alla fattibilità di dette proposte, sia alla carenza degli elementi ostativi alla loro realizzazione, ed anche confrontati tra loro, in vista della complessiva valutazione finale di rispondenza o meno al pubblico interesse.".* Emerge, dunque, dalla pronuncia in esame una visione sostanzialmente unitaria dell'attività valutativa di cui all'art 37 ter della legge n. 109/94 nella quale dovrebbe escludersi qualsiasi relazione di pregiudizialità tra studio di fattibilità e verifica di elementi ostativi alla realizzazione dell'intervento da un lato e verifica della rispondenza al pubblico interesse dall'altro. Deve, di contro, ritenersi invece che, nella complessiva attività di valutazione che è demandata all'Amministrazione procedente, lo studio di fattibilità e la verifica di elementi ostativi rappresentano valutazioni il cui esito incide direttamente sulla rispondenza della proposta al pubblico interesse. In questo caso, tale rispondenza non risponderebbe a criteri latamente discrezionali; piuttosto la portata di tale discrezionalità dovrebbe ritenersi temperata dalla sussistenza di valutazioni di ordine tecnico e dunque integrare gli estremi della discrezionalità tecnica. Come

precisa il TAR Toscana la valutazione di cui all'art. 37 ter *"... va considerata nella sua inscindibile globalità quale esito unitario di un esame che, invece, per naturali esigenze istruttorie deve riguardare ciascuno dei vari profili nei quali la proposta si articola in connessione alle varie esigenze al cui soddisfacimento è mirata"*.

Giova fin d'ora rilevare la profonda diversità di tale impostazione rispetto a quella fatta propria dal TAR Puglia nella sentenza n. 3877/2004; quest'ultimo, infatti, distingue la valutazione in due fasi: quella relativa all'idoneità tecnica e quella relativa, invece, alla rispondenza della proposta al pubblico interesse, la quale ultima sarebbe del tutto autonoma rispetto alla prima.

Coerentemente con l'impostazione di cui sopra, volta a limitare la portata dell'apprezzamento discrezionale da parte della p.a., nella valutazione della proposta di cui all'art. 37 ter della Legge n. 109/1994, il TAR Toscana avalla apertamente la tesi della necessaria procedimentalizzazione di tale fase. In merito il Collegio toscano precisa: *"...non appare plausibile sostenere.....che la fase di scelta del promotore – pur con le sue peculiarità – non debba rispondere ai canoni procedurali che connotano le vere e proprie gare per la scelta del promotore in materia di opere e servizi pubblici..."*.

In tal senso depongono sia il nesso di presupposizione funzionale che lega la proposta del promotore, ritenuta di pubblico interesse, all'oggetto della gara successiva, nonché

la stessa previsione normativa di cui all'art. 37 *ter* della Legge quadro nella parte in cui richiede un esame comparativo delle proposte presentate. Ne consegue la necessità che, quale che siano i vincoli procedurali posti dalla specifica norma di legge, l'attività di valutazione della proposta andrebbe comunque svolta "*...all'insegna dei criteri di par condicio e di trasparenza*".

#### **6. I limiti posti alla discrezionalità della p.a. nella valutazione della proposta del promotore.**

Succintamente riproposti i contenuti dei diversi orientamenti del Giudice amministrativo, è necessario ora approfondire distintamente i diversi profili problematici che, come visto attanagliano la concreta applicazione della norma di legge. In particolare occorre in via preliminare chiarire se la valutazione di cui all'art. 37 *ter* della Legge 11.02.1994, n. 109 e s.m.i. possa ritenersi unitaria, ed in quanto tale comprensiva anche della verifica circa la rispondenza della medesima al pubblico interesse ovvero debba ritenersi sostanzialmente disgiunta in due fasi: quella in cui la valutazione dell'amministrazione è di ordine tecnico discrezionale e quella nella quale, invece, tale valutazione è di natura discrezionale amministrativa.

In verità la valutazione della proposta del promotore da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sembrerebbe palesarsi come attività unitaria sotto il profilo sia procedimentale che funzionale.

Difatti ferma restando l'oggettiva poliedricità degli accertamenti di cui tale valutazione si compone, il testo e la *ratio* della previsione normativa di cui all'art. 37 *ter* della Legge n. 109/1994 non sembrerebbero lasciare spazio a quella impostazione dicotomica avallata dal TAR Puglia secondo cui l'accertamento della rispondenza della proposta all'interesse pubblico sarebbe caratterizzata da ampia discrezionalità amministrativa e del tutto svincolata dalle valutazioni di ordine tecnico relative alla fattibilità ed alla verifica circa l'assenza di elementi ostativi per la sua realizzazione.

Con riferimento alla *ratio legis* dell'art. 37 *ter* della legge n. 109/1994 occorre rilevare che la fase della valutazione della proposta, prodromica rispetto alla fase della gara vera e propria di cui all'art. 37 *quater*, è strumentale all'interesse della p.a. procedente ad essere messa nelle condizioni di verificare la solidità della predetta proposta sia sotto il profilo economico che sotto quello tecnico progettuale, di modo che la scelta effettuata sia consapevole e responsabile<sup>16</sup>. Va, dunque, considerato che, nell'ottica del raggiungimento di tale obiettivo, la valutazione sia un'operazione che si prospetta unitaria quanto meno sotto il profilo funzionale del risultato ultimo da perseguire e nella quale l'accertamento

---

<sup>16</sup> Sulla necessità di garantire la consapevolezza della p.a. in un'operazione di project financing si veda R. PECORARIO *op. cit.*, 1690 ss. secondo il quale l'amministrazione non deve ridursi ad un "ruolo puramente notarile di adesione acritica, magari per esigenze politiche, all'avallo di iniziative che poi venga a risultare prive dell'effettiva capacità di autosostenersi.

sulla rispondenza all'interesse pubblico e strettamente collegata alle valutazioni di carattere tecnico individuate dall'art. 37 *ter*. A riprova di ciò valga rilevare che nell'originaria formulazione di tale articolo, sì come risultante nel d.d.l. n. 4420/red A.c. il legislatore non solo ricomprendeva nella valutazione della proposta anche la rispondenza della medesima al pubblico interesse, ma rimetteva, altresì, ad uno specifico organo tecnico l'esperimento dell'intera fase valutativa in esame ivi compresa tale rispondenza al pubblico interesse. Ciò evidentemente presupponeva la considerazione secondo cui la valutazione della rispondenza all'interesse pubblico non fosse autonoma e non avesse carattere squisitamente discrezionale, ma fosse parte integrante della complessa operazione valutativa ed in quanto tale circoscritta e comunque limitata dalle considerazioni e valutazioni di ordine tecnico. Se così non fosse la valutazione della rispondenza all'interesse pubblico non sarebbe potuta spettare alla Commissione all'uopo nominata, ma all'organo politico dell'amministrazione aggiudicatrice (nel caso di specie Consiglio comunale). Il fatto poi che l'eliminazione di tale inciso sia stata dettata dall'esigenza meramente organizzativa di non appesantire la procedura per la p.a., ma non anche da riconsiderazioni in merito alla natura dell'accertamento valutativo, induce a ritenere che quanto rilevato possa essere ancora oggi utile nell'attività

ermeneutica relativa all'art. 37 *ter* della legge n. 109/1994 Sulla scorta, invece, di una interpretazione meramente letterale del testo di legge va rilevato che nell'art. 37 *ter* il legislatore fa uso della congiunzione "e" per collegare alla valutazione di ordine tecnico quella funzionale della rispondenza al pubblico interesse il che vuol evidentemente significare che tale valutazione – ancorché non unica - si inserisce in un contesto di per se stesso unitario quale è appunto quello afferente la valutazione della proposta.

Cosicché, alla luce di tali considerazioni, appare difficile riconoscersi nelle argomentazioni esperite dal TAR Puglia nella Sentenza n. 3877/2004 nella parte in cui viene riconosciuta una sostanziale separazione fra la fase valutativa tecnica e quella funzionale della rispondenza al pubblico interesse. Difatti la valutazione di cui all'art. 37 *ter* della Legge n. 109/1994 è stata concepita dal legislatore come fase indiscutibilmente unitaria, ancorché strutturata in una pluralità di attività fra loro diversificate sotto il profilo contenutistico.

Il passo successivo è, allora, quello di verificare quale sia, in questa molteplicità, il ruolo che potrebbe essere attribuito all'accertamento della rispondenza della proposta al pubblico interesse. In particolare occorrerà verificare quali ne siano i contenuti e se esso possa mai ricoprire quella posizione di sovraordinazione che parte della giurisprudenza ha inteso

riconoscergli nella generale operazione di valutazione della proposta.

Per raggiungere tale risultato è necessario considerare la complessa regolamentazione della materia dei lavori pubblici che risulta dalla legge n. 109/1994 alle cui prescrizioni generali è soggetto, ovviamente, anche l'istituto del project financing. In particolare va considerato vi è un atto prodromico rispetto alla presentazione della proposta da parte del promotore; atto a mezzo del quale l'Amministrazione è chiamata a "materializzare" l'interesse pubblico da soddisfare, indicando le proprie esigenze e ad individuando i mezzi per farvi fronte ed in particolare le opere occorrenti per la loro soddisfazione, nonché l'entità e la natura delle risorse indispensabili al fine della loro realizzazione. Tale atto è la programmazione di cui all'art. 14 della legge n. 109/1994 che rappresenta l'atto fondamentale di individuazione degli obiettivi concreti da raggiungere da parte degli organi di governo di un ente pubblico<sup>17</sup>. In via generale l'attività di programmazione dell'attività amministrativa – ivi compresa ovviamente quella in materia di lavori pubblici - integra a tutti gli effetti una funzione amministrativa inquadrabile nell'alveo

---

<sup>17</sup> In questi termini Cons. St., V, 23.10.2002, n. 5824 in *Riv. Corte Conti*, 2002, f. 5, 221. Per quanto riguarda la natura e le funzioni della programmazione in generale v. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1982, 290 ss.; sulla specifica materia dei lavori pubblici *ex multis*: CERULLI-IRELLI V. *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1991, Parte III, Sez. I, 128 ss, G. DE MARZO, in *La riforma dei lavori pubblici* a cura di ANGELETTI, Torino, 2000, 250 ss; G. PESCE in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, a cura di F. CARINGELLA e G. DE MARZO Milano, 2004, 497 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI in *Manuale dei lavori pubblici* a cura di BARGONE-STELLA RICHTER, Milano, 2001.

della più ampia categoria delle funzioni di indirizzo e coordinamento<sup>18</sup> ed in quanto tale diretta a “prefigurare” l’azione amministrativa in ogni suo aspetto: dalla definizione degli obiettivi, alla sua attuazione ed, infine, alla sua verifica<sup>19</sup>.

La programmazione, dunque, “indirizza” l’operato dell’amministrazione sotto il profilo funzionale orientandola verso il raggiungimento di determinati obiettivi, e fungendo da indefettibile parametro di riferimento al fine di riscontrare l’effettività dell’instaurato nesso funzionale tra azione instaurata ed interesse pubblico.

La programmazione delle oo.pp., nell’esternare gli obiettivi di pubblico interesse che l’amministrazione intende conseguire, ne “prefigura” l’azione amministrativa nel settore e funge da strumento per una successiva verifica circa il raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Quando allora l’art. 37 *ter* della Legge n. 109/1994 introduce, nell’oggetto della attività di valutazione della proposta, anche la rispondenza di quest’ultima al pubblico interesse, tale inciso normativo non potrebbe che essere letto in simbiosi

---

<sup>18</sup> Così M.S. GIANNINI *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 607 ss.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*; Milano, 1995, 124 ss.

<sup>19</sup> G. AMATO in *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1991, 719 ss. definisce “la programmazione come prefigurazione dell’azione”. Ancora più esplicito sul punto sembra M. CARABBA *La programmazione (ad vocem)* in *NN.DD.II* (disc. Pub.), XII, 36 che in un tentativo di definizione in generale dell’attività di programmazione riconduce quest’ultima al seguente schema procedimentale: 1) determinazione di obiettivi fra loro compatibili e valutazione delle strategie alternative per il loro conseguimento (fase decisionale); 2) indicazione delle risorse, dei centri di responsabilità, dei procedimenti e dei tempi dell’attuazione (fase di attuazione); 3) misurazione e valutazione dei risultati (fase del controllo)

con quanto previsto dall'art. 14 della legge quadro. Cosicché la portata e l'estensione di tale attività vanno definite tenendo in considerazione i limiti che la predisposizione del programma pone a carico dell'amministrazione valutante. In particolare l'apprezzamento circa la maggior rispondenza all'interesse pubblico di una proposta ovvero la maggior rispondenza di una proposta rispetto alle altre, trova nei contenuti del programma triennale un suo indefettibile e vincolante parametro di riferimento. Considerata, inoltre, la rilevata natura di funzione di indirizzo che generalmente la dottrina assegna alla predetta programmazione, può aggiungersi, a quanto già detto, che il limite che da essa scaturisce a carico dell'attività valutativa esperita dalla p.a. consisterà nel fatto che l'idoneità della proposta al raggiungimento dell'obiettivo pubblico dovrà essere accertata non solamente sul piano astratto, ma anche su quello concreto.

In sostanza, nell'attività di valutazione, il pubblico interesse della proposta non dovrà essere inteso nella sua accezione significativa generica di "interesse della collettività" dal contenuto indefinito - il che consentirebbe, in verità, un margine piuttosto ampio per l'apprezzamento discrezionale pubblico - ma dovrà essere collegato a quello che è lo specifico interesse pubblico sì come emergente dal documento programmatico. Un primo limite, dunque, opponibile alla presunta lata discrezionalità della p.a. in sede

di valutazione della proposta, scaturisce dal fatto che, da tale attività, deve emergere che una determinata proposta sia in grado di soddisfare al meglio lo specifico pubblico interesse si come concretamente definito dal programma triennale di cui all'art. 14 della "Legge quadro".

Allora, tirando le fila del nostro discorso la valutazione di cui all'art. 37 *ter* della Legge n. 109/1994 impone sicuramente una prima valutazione afferente la fattibilità della proposta dal punto di vista tecnico, nella quale ogni elemento fra quelli indicati viene valutato di per se stesso a prescindere da qualsivoglia raffronto con l'opera pubblica programmata. Di seguito l'intervento proposto dovrà essere raffrontato con quello previsto nella programmazione triennale al fine di individuare se, ed in quale misura, il primo sia idoneo a soddisfare l'interesse pubblico programmato. E che tale raffronto presupponga un apprezzamento tecnico discrezionale lo si deduce dai contenuti dell'atto programmatico che presuppone quanto meno uno studio sintetico ed una valutazione di carattere tecnico ed economico dell'intervento da inserirvi.

Lo stesso dicasi nel caso in cui vi sia la necessità di raffrontare una pluralità di proposte; anche in questo caso il raffronto andrà effettuato fra le diverse proposte e l'intervento previsto nella programmazione al fine di individuare quale sia la più idonea a soddisfare quello specifico bisogno. Sulla necessità di tale collegamento

depone anche il dato normativo, difatti il 2° co. dell'art. 37 *bis* così come modificato dalla Legge n. 166/2002, prevede che i soggetti pubblici e/o privato possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito della fase di programmazione di cui all'art. 14, proposte d'intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche e/o di pubbliche utilità; le amministrazioni riceventi possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, solamente quelle proposte ritenute di pubblico interesse. La norma denota come, in qualsiasi caso, la valutazione del pubblico interesse di un determinato intervento è sicuramente prodromica e non successiva all'inserimento dello stesso nel programma triennale.

Non sfugge che in determinati casi l'oggetto dell'intervento pubblico possa essere ampliato rispetto a quanto previsto dal programma triennale<sup>20</sup>, ma ciò non esclude di per sé che la rispondenza del predetto intervento all'interesse pubblico debba avvenire sulla base dei dati e parametri oggettivi risultanti dalla programmazione medesima con particolare alla consistenza del "prezzo" gravante sulla p.a.. Anche in questo caso è possibile trovare conferma di quanto asserito nell'art. 37 *bis* della legge n. 109/1994 che impone alle amministrazioni aggiudicatrici di rendere pubblica la presenza negli stessi programmi di interventi realizzabili con capitale

---

<sup>20</sup> È questo il caso che si verifica nel *project financing* "cd "spurio" nel quale, al fine di garantire l'equilibrio economico finanziario dell'operazione è necessaria la corresponsione di un "prezzo" da parte della p.a.

privato in quanto suscettibili di gestione economica. Difatti ferma restando la indubbia strumentalità della prescrizione alla soddisfazione di interessi primari quali la trasparenza e la massima partecipazione alle gare, non avrebbe senso imporre alla p.a. di divulgare quegli interventi specifici suscettivi di gestione economica se poi, quest'ultima, in sede di valutazione potesse rifuggire da qualsivoglia riferimento all'interesse pubblico cui tale opera è strumentale così come inquadrato dal programma.

Vi è di più, in quanto l'art. 37 *bis* della Legge n. 109/1994 fa esplicito riferimento non solamente ai lavori inseriti nella programmazione triennale di cui all'art. 14, ma anche a tutti gli altri "strumenti di programmazione formalmente approvati dalla p.a.". È, dunque, chiaro che anche qualora l'intervento non sia previsto dal programma triennale specifico per le opere pubbliche, comunque la strumentalità del medesimo al pubblico interesse dovrà essere valutata dalla p.a. assurgendo quale parametro di riferimento un altro strumento di programmazione<sup>21</sup>.

In sostanza sembra difficile riconoscere, alla luce di tali considerazioni, quella che è stata definita "squisita discrezionalità" nella valutazione della rispondenza della proposta al pubblico interesse, né è possibile rinvenire una assoluta prevalenza di tale valutazione rispetto alla verifica di fattibilità. Sembra, invece, che possa piuttosto parlarsi di una

---

<sup>21</sup> Ad es. un piano attuativo.

“valutazione unitaria”, ancorché complessa ed a formazione progressiva<sup>22</sup>, nell’ambito della quale la valutazione di rispondenza al pubblico interesse è sicuramente parte integrante, ma non è sovraordinata rispetto alle altre verifiche, anzi ne rappresenta sostanzialmente la sintesi e, dunque il momento finale dell’accertamento, fungendo da *trait d’union* e verifica della rispondenza della proposta agli interessi pubblici estrinsecati dagli atti di programmazione.

### ***7. La procedimentalizzazione della fase di valutazione della proposta.***

L’altro punto controverso che si evince dalla lettura delle sentenze in esame riguarda l’aspetto della procedimentalizzazione (o meno) dell’attività di valutazione della proposta da parte del promotore, ove per procedimentalizzazione si fa riferimento alla indicazione di regole e parametri capaci di indirizzare l’azione amministrativa. Si tratta di un’autolimitazione strumentale alla soddisfazione dei principi di matrice comunitaria riconducibili alla tutela della concorrenza quali in particolare la trasparenza e la *par condicio* fra i concorrenti.

Secondo il TAR Toscana “..pur se l’art. 37 ter legge n. 109/1994 non procedimentalizza l’attività di valutazioni dell’amministrazione con espresso riferimento alle procedure di gara, tuttavia la necessità che tale valutazione si svolga all’insegna dei criteri di *par condicio* e di trasparenza

---

<sup>22</sup> Come chiarisce il TAR Toscana nella sentenza n. 2860/2004 *cit.*

*(richieste per il corretto svolgimento delle vere e proprie procedure di gara ) appare intrinseca alla stessa natura paraconcorsuale emergente nella scelta del promotore, quale attività volta a realizzare l'interesse pubblico alle migliori condizioni possibili per l'amministrazione aggiudicatrice"*<sup>23</sup>.

Di contro, invece, il TAR Puglia *"Non possono istituirsi analogie o parallelismi di sorta tra una gara d'appalto a licitazione privata con aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in cui, proprio in vista dell'aggiudicazione del contratto, è imprescindibile che gli elementi valutativi siano graduati dalla lex specialis di gara in ordine di importanza.....Certamente nulla vieta all'amministrazione di fissare nell'avviso di selezione, se ritiene, i valori numerici da aggregare agli elementi valutativi normativamente indicati; ma del pari nulla le impone di farlo"*<sup>24</sup>.

In sintesi la contrapposizione fra i due orientamenti cela una contraddizione di fondo circa la natura concorrenziale o meno della fasi di valutazione della proposta del promotore e, dunque, circa l'esigenza di preservare gli interessi collegati alla tutela della concorrenza che sono in questa insiti. In particolare mentre l'orientamento del TAR Toscana propende per una visione "sostanzialista" della fase di valutazione rilevandone la natura "paraconcorsuale", il contrapposto

---

<sup>23</sup> TAR Toscana sentenza n. 2860/2004 *cit.*

<sup>24</sup> Così TAR Puglia n. 3877/2004 *cit.*

orientamento del TAR Puglia può, invece, ritenersi “formalista” in quanto ancorato, così come sembra, al dato normativo della mancata indicazione di una specifica previsione normativa che imponga la procedimentalizzazione della fase in questione.

In realtà non appare sia possibile negare che la valutazione della proposta del promotore presenti in sostanza una valenza para- concorsuale ancorché essa sia inserita in un contesto procedimentale sicuramente più complesso del quale rappresenta esclusivamente una fase. Si tratta, però, di una fase sicuramente strategica e che ha assunto ancora più importanza dopo che la Legge n. 166/2002 ha concesso al promotore il diritto di prelazione, ossia il diritto, a parità di condizioni con gli altri concorrenti, a vedersi aggiudicata la contesa. Ciò, come detto, non esclude che da un punto di vista formale l’aggiudicazione della concessione di lavori pubblici intervenga solamente al termine dell’esperimento della doppia gara di cui all’art. 37 *quater* della Legge n. 109/1994, ma va del pari riconosciuto che la positiva valutazione della proposta, se non la si può identificare con una aggiudicazione anticipata, conferisce comunque al promotore una indubbia e considerevole posizione di vantaggio. In estrema sintesi se la fase disciplinata dall’art. 37<sup>ter</sup> Legge n. 109/1994, assume, nel contesto della procedura, una importanza strategica in quanto attribuisce al candidato prescelto tale posizione di vantaggio rispetto agli

altri concorrenti delle successive fasi, non è possibile negare ad essa una valenza concorsuale. Ne consegue, dunque, l'esigenza di tutelare i valori sottesi alla concorrenza tipici di ogni procedura concorsuale e propugnati dagli artt. 43-49 del Trattato Ce.

Si deve, peraltro, dare atto che la tesi della natura sostanzialmente concorsuale della fase di valutazione delle proposte trova consensi sempre maggiori nell'ambito del dibattito normativo sia nazionale che comunitario. Da quest'ultimo punto di vista sono di particolare interesse le indicazioni espresse dalla Commissione europea nel recente "Libro verde" relativo ai partenariati pubblico - privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici delle concessioni<sup>25</sup>. In particolare le istituzioni europee, nella disamina dei risvolti giuridici delle diverse forme assumibili dal cd. "partenariato pubblico-privato" (P.P.P.), si preoccupano principalmente di gettare le basi di una regolamentazione minima capace di garantirne lo sviluppo dei diversi istituti in condizioni di concorrenza effettiva e di chiarezza giuridica. Il principio a riguardo affermato dalla Commissione è che qualsiasi atto, a valenza negoziale ovvero unilaterale, in forza del quale un'impresa pubblica affida a terzi una determinata attività deve essere soggetto alle norme ed ai principi derivanti dal Trattato relativi ed in particolare ai principi di trasparenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e mutuo

---

<sup>25</sup> COM (2004) 327 del 30.04.2004.

riconoscimento<sup>26</sup>. Il fatto, poi, che la realizzazione di un lavoro pubblico e/o di pubblica utilità tragga origine da una iniziativa privata non muta la natura dei contratti da aggiudicare e le esigenze espresse dal principio della libera concorrenza. Sicchè per la Commissione europea due sono gli adempimenti minimi da rispettare:

- 1) deve essere garantito l'accesso di tutti gli operatori europei al progetto finanziato dall'iniziativa privata tramite una pubblicità adeguata assicurata nel relativo invito;
- 2) in seguito, qualora la Pubblica Autorità desideri attuare un progetto presentato essa deve organizzare la messa in concorrenza di tutti operatori economici potenzialmente interessati dallo sviluppo del progetto in questione, offrendo tutte le garanzie d'imparzialità alla selezione.

È di tutta evidenza che la fase di attuazione del progetto, cui fa riferimento la Commissione nel punto sub 2), abbracci – avuto riguardo al caso specifico del *project financing* della Legge n. 109/1994 - anche la fase di valutazione delle proposte in quanto quest'ultima, pur se prodromica all'aggiudicazione vera e propria, è comunque parte integrante della procedura selettiva e tanto più qualora si considerino i vantaggi, di cui sopra si è detto, attribuibili al promotore prescelto. Proprio a quest'ultimo proposito la Commissione specifica che le soluzioni normative nelle quali vengano attribuite al promotore del progetto determinati

---

<sup>26</sup> Si veda in proposito la comunicazione della Commissione europea relativa alla concessioni nel diritto comunitario pubblicata nella GUCE n. C 121 del 29 aprile 2000.

vantaggi competitivi (come la prelazione) dovranno essere attentamente analizzati al fine di scongiurare che gli stessi pregiudichino la parità di trattamento dei candidati. In estrema sintesi, dalle argomentazioni della Commissione, sembra potersi desumere non solo che l'attribuzione di un "vantaggio competitivo" (ad es. diritto di prelazione) potrebbe di per se stessa non essere conferente ai principi in materia di tutela della concorrenza propugnati dal Trattato Ce, ma anche che qualora essa sia stato già previsto dalla normativa di uno Stato membro, la scelta del soggetto che potrebbe beneficiarne imporrebbe le guarentigie tipiche della procedura concorsuale.

D'altra parte una soluzione al problema della selezione del partner privato nelle operazioni di P.P.P. viene direttamente fornita dalla stessa Commissione la quale avvalorata il ricorso all'innovativo istituto del "Dialogo competitivo" disciplinato dall'art. 29 della recente Direttiva 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 e relativa al coordinamento delle procedure d'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, di forniture, e di servizi<sup>27</sup>. A riguardo va posto in evidenza che i presupposti previsti dalla norma per l'operatività del dialogo competitivo sono per lo più sostanzialmente corrispondenti a quelli che generano il ricorso al *project financing*, ossia la "particolare complessità dell'appalto cui consegue l'incapacità di definire

---

<sup>27</sup> In Gazzetta ufficiale C.E. n. L 134 del 30/04/2004; pag. 114 – 240.

obiettivamente i mezzi tecnici che possono rispondere agli interessi della p.a. ovvero l'incapacità di stabilire le operazioni giuridiche e/o finanziarie proprie di un progetto. Peraltro la prima fase del dialogo, essendo diretta a consentire all'amministrazione procedente di individuare "le soluzioni che possano soddisfare le proprie necessità"<sup>28</sup>, presenta forti analogie con la fase di selezione della proposta in un'operazione di *project financing*. Diversamente da quanto avviene per quest'ultima, però, il dialogo è specificatamente impostato sui criteri di aggiudicazione di cui agli artt. 44-52 della citata Direttiva 2004/18 e, pertanto, sostanzialmente proceduralizzato. D'altra parte, tale proceduralizzazione rispecchia pienamente le esigenze di fondo del legislatore europeo volto comunque a salvaguardare che la selezione di un partner privato da parte del soggetto aggiudicatore, quale che sia la modalità utilizzata, avvenga nel rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento, e non metta a rischio i diritti che il Trattato conferisce agli operatori economici<sup>29</sup>. È dunque confermato che per il diritto derivato, anche qualora difetti una specifica regolamentazione per l'aggiudicazione di una determinata attività, l'amministrazione procedente non dovrebbe (e potrebbe) mai perdere di vista il rispetto dei

<sup>28</sup> Art. 29, par. 5, della Direttiva 18/2004.

<sup>29</sup> A riguardo è interessante riportare quanto disposto dalla Commissione nel citato "Libro verde sul PPP" (par. 26): "...i metodi strutturati di selezione devono essere salvaguardati in qualsiasi occasione, poiché contribuiscono a garantire l'obiettività e l'integrità della procedura sfociante nella scelta di un operatore. Ciò garantisce il buon utilizzo del denaro pubblico, diminuisce i rischi di pratiche poco trasparenti e rafforza la sicurezza giuridica necessaria all'attuazione di tali progetti."

principi cardine derivanti dagli artt. 43-49 del Trattato istitutivo Ce.

*Rebus sic stantibus*, con riferimento specifico alla fase di valutazione della proposta di cui all'art. 37 *ter* della legge n. 109/1994, ancorché per essa il legislatore statale non faccia alcuno specifico riferimento alle procedimentalizzazioni, non per questo le istanze a quest'ultima sottese e relative all'esigenza di tutelare la concorrenza fra gli operatori, potranno essere pretermesse dall'amministrazione procedente. Non è dunque certamente un caso che la Commissione europea abbia aperto una procedura di infrazione nei confronti del legislatore nazionale volta a censurare, fra l'altro, la mancata conformità della disciplina nazionale del *project financing* ai precetti della disciplina comunitaria in materia di appalti<sup>30</sup>. In particolare le Istituzioni comunitarie hanno rinvenuto in tale disciplina due fattori di criticità: uno relativo proprio alla scelta del promotore di un progetto finanziario che viene effettuata da una amministrazione pubblica senza esperire alcuna gara che lo metta in concorrenza con altri; l'altro in relazione al diritto del promotore stesso di essere preferito ai soggetti di cui all'articolo 37-quater, comma 1, lettera b), della legge Merloni, ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte più vantaggiose presentate dai predetti soggetti afferenti.

---

<sup>30</sup> Comunicazione della Commissione europea del 15 ottobre 2003 n. 2001/2182.

Le censure sollevate dalla Commissione hanno avuto il merito di porre alla ribalta anche del dibattito nazionale l'assoluta inconciliabilità con le esigenze di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, di una disciplina che consenta, da un lato all'amministrazione di scegliere il promotore privato di un progetto pubblico sulla base di una "squisita discrezionalità" ed in assenza di qualsivoglia - se non spontanea - procedimentalizzazione preventiva della propria attività e dall'altro al promotore di intervenire in sede di gara mediante un diritto di prelazione che gli consenta, comunque, di essere preferito agli altri concorrenti. Così facendo si consentirebbe ad un soggetto di aggiudicarsi la realizzazione di lavori e opere pubbliche in assenza di una gara con il rischio più che evidente di ledere le istanze sottese alla tutela della concorrenza.

Peraltro il dibattito parlamentare in corso relativo all'approvazione del Disegno della legge comunitaria 2004<sup>31</sup> ha permesso al legislatore di affrontare prontamente la questione e, per quanto la stesura definitiva della norma sia ancora in fase embrionale, è interessante rilevare gli spunti che da tale dibattito sono emersi. Un primo tentativo di soluzione si limita a prevedere che le amministrazioni precisino nei bandi di gara la facoltà del promotore di esercitare il diritto di prelazione in sede di aggiudicazione;

---

<sup>31</sup> D.d.l. n. 5179 A.c. recante "*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004.*". Il d.d.l. è stato trasmesso alla Camera in data 20.07.2004 ed attualmente all'esame della Commissione VIII (Ambiente e lavori pubblici).

tale adempimento pubblicitario in quanto strumentale alle esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa sarebbe in grado di risolvere i rischi che l'esercizio di tale diritto nasconderebbe per l'imparzialità dell'operato della p.a. e per la *par condicio* dei concorrenti. Di contro ben più penetranti – e forse maggiormente rispondenti alle istanze sottese alle censure della Commissione – sono invece le modifiche che sono state da più parti prospettate a tale impostazione. Emerge, in particolare la necessità che l'operato dell'amministrazione in sede di valutazione della proposta sia oggettivizzato mediante una compiuta e dettagliata enunciazione, già nell'avviso indicativo, dei criteri che dovranno essere utilizzati per la valutazione comparativa della proposta<sup>32</sup>.

D'altra parte nella complessa procedura del *project financing* strutturata dagli artt. 37 *bis* e ss. della Legge n. 109/1994, se la vera fase selettiva interviene nella fase di valutazione delle proposte presentate dai soggetti privati e, dunque, di scelta del promotore, in quanto quest'ultimo è titolare di un diritto di prelazione in sede di aggiudicazione della concessione, sembrano prospettarsi al legislatore nazionale

---

<sup>32</sup> Si veda in particolare la Seduta 525, 11.10.2004 della Commissione VIII presso la Camera. Esemplificativo è il contenuto dell'emendamento 14.8 (On. Lion, Vinello, Realacci ed altri) presentato all'art. 14 del d.d.l. n. 5179 relativo alle modifiche al *project financing* nel quale è statuito che: “L'avviso deve contenere i criteri in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte e, conseguentemente, alla scelta del promotore concessionario. Tali criteri sono comunque soggetti alle regole del trattato CE, in particolare a quelle in materia di libera circolazione delle merci, di libera prestazione dei servizi e di libertà di stabilimento, nonché ai principi generali di non discriminazione, di parità di trattamento, di proporzionalità e di trasparenza sottesi a tali norme.”.

due soluzioni al fine di garantire l'effettiva concorrenzialità del procedimento complessivamente considerato: 1) si elimina il diritto di prelazione in favore del promotore sì da rendere "effettiva" la competizione fra quest'ultimo e gli eventuali altri due concorrenti prescelti ai sensi dell'art. 37 *quater* della Legge n. 109/1994; 2) ovvero si rende effettiva tale competizione nella fase prodromica alla gara di cui all'art. 37 *quater* ossia nella fase di selezione del promotore. In quest'ultimo caso le esigenze di concorrenzialità fra gli operatori verranno garantite mediante la chiara enunciazione di criteri oggettivi di selezione.