

ALMA LUCIA GIUSEPPINA TARANTINO
Avvocato, Dottore di ricerca in Istituzioni e politiche comparate Università degli Studi di Bari
Aldo Moro
avv@almatarantino.it

LA FINANZA DI PROGETTO: PECULIARITÀ ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

PROJECT FINANCE: PECULIARITIES IN LIGHT OF THE NEW PUBLIC PROCUREMENT CODE

SINTESI

Il presente contributo esprime alcune riflessioni sulla disciplina dell'istituto della finanza di progetto ripercorrendone le evoluzioni a valle della successione in poco tempo di testi normativi e correttivi che ne hanno determinato una complessiva revisione. La finanza di progetto rappresenta una modalità di finanziamento sempre più diffusa nel settore delle opere pubbliche e dei servizi, di interesse per quegli enti pubblici costretti a scontrarsi con una progressiva riduzione della disponibilità delle risorse per realizzare pubblici interventi spesso di elevata complessità tecnica. Nonostante interventi di semplificazione, la recente riforma sembra non aver superato i vizi della precedente disciplina attraverso una serie di disincentivazioni degli investitori privati. Permangono quindi criticità sull'effettiva *vis* attrattiva dell'istituto nei confronti dei potenziali promotori.

ABSTRACT

This paper expresses some reflections on the discipline of the project finance institute, retracing its evolutions following the succession in a short time of regulatory and corrective texts that have determined a comprehensive revision. Project finance represents an increasingly widespread financing method in the sector of public works and services, of interest to those public bodies forced to face a progressive reduction in the availability of resources to carry out public interventions often of high technical complexity. Despite simplification interventions, the recent reform seems not to have overcome the flaws of the previous discipline through a series of disincentives for private investors. Critical issues therefore remain on the effective attractiveness of the institute towards potential promoters.

PAROLE CHIAVE: Project financing, d.lgs. n. 36/2023 e d.lgs. n. 209/2024 - opportunità e criticità-.

KEYWORDS: Project financing, Legislative Decree No. d.lgs. n. 36/2023 and n. 209/2024, opportunities and critical issues.

INDICE: 1. Introduzione. – 2. Origini ed evoluzioni della disciplina. – 3. La mutata natura giuridica e la nuova disciplina. – 3.1. Sul regime transitorio. – 3.2. La revisione della procedura. – 4. Protagonismo del privato a supporto delle scelte amministrative: opportunità e criticità.

1. Introduzione

La finanza di progetto o *project financing* rappresenta una modalità di finanziamento per così dire “a capitale privato” di opere pubbliche e di servizi a fronte del calo di investimenti, della progressiva riduzione della disponibilità di risorse pubbliche nonché della mancanza, spesso, nella pubblica amministrazione di competenze tecniche idonee a provvedere alla realizzazione e gestione di determinati interventi.

È uno strumento che consente la realizzazione di progetti di grande impatto e rilevanza economico e sociale, caratterizzato da una struttura finanziaria complessa e da un’allocazione di rischi particolarmente dettagliata¹. Può essere quindi definito -sotto il profilo finanziario- da un lato come una tecnica di finanziamento di un progetto in cui il creditore guarda principalmente al *cash flow* ed alla redditività dello stesso, come fonte per la restituzione del debito, ed ai beni del progetto come unica garanzia di prestito²; dall’altro -sotto il profilo giuridico- come una fattispecie negoziale atipica, sommatoria di singoli contratti che ne costituiscono la struttura complessa.

In buona sostanza, il tragitto procedimentale necessario per coinvolgere capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche sembrerebbe aver preso il nome della meta, ovvero del risultato a cui tende quindi “finanza di progetto”, anche se le due cose sono e devono rimanere distinte³.

Siamo nel contesto dell’avvenuto riconoscimento di un processo di privatizzazione del diritto amministrativo inteso nella diffusione all’interno dell’amministrazione sia di una visione privatistica della cosa pubblica sotto il profilo degli strumenti utilizzabili per l’attività (i c.d. modelli contrattuali), e sia dei nuovi parametri e dei nuovi concetti introdotti per la misurazione dei successivi risultati dell’attività rispetto alle finalità istituzionali (ad esempio, la performance)⁴.

L’attrattività di tale strumento negli ultimi anni muove dal fatto che con esso la pubblica amministrazione ha potuto affidare la progettazione, realizzazione e gestione di opere pubbliche a soggetti privati dietro impegno degli stessi

1 A. CERMELE, *Realizzazione e gestione delle opere pubbliche con la finanza di progetto*, 19.07.2024, in www.altalex.com.

2 R. CORI, G. MARINUZZI, I. PARADISI, W. TORTORELLA in *Partenariato pubblico privato e project financing: il contesto di riferimento*, in M. Nicolai, I. Paradisi, W. Tortorella (a cura di), *Partenariato pubblico privato e project finance*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2024, p. 35.

3 Osservatorio dei contratti pubblici, 2012, in www.territorio.regione.emilia-romagna.it/osservatorio/Project-financing/cose-il-project-financing.

4 F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell’azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, 4, pp. 549-578; C. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, in C. Franchini, F. Tedeschini (a cura di), *La nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell’attività contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 4 e ss.; C. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in Id. (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, p. 54.

a realizzare l'opera ed a garantirne il corretto funzionamento per un determinato periodo di tempo, con accollo dei relativi rischi, in cambio della possibilità di remunerarsi mediante la gestione della stessa.

Questo meccanismo è risultato incentivante sia per la parte pubblica, considerando l'operazione fuori bilancio ed estranea ai limiti dell'indebitamento pubblico⁵, sia per quella privata⁶ in grado di massimizzare i profitti con una gestione del progetto efficiente e virtuosa. Per ciò autorevole dottrina⁷ saluta l'istituto in esame come un'ancora di salvezza per gli Enti pubblici che, per mancanza di denaro e perché in ogni caso bloccati nelle loro possibilità di spesa dal c.d. patto di stabilità interno⁸, hanno bisogno di realizzare investimenti di medio e lungo termine. Rimangono comunque aperti i profili di criticità determinati dalla successione in poco tempo di testi normativi e correttivi che hanno determinato una complessiva revisione della disciplina dell'istituto. Perché se da un lato si è sentita la necessità di intervenire in ottica di semplificazione delle procedure incrementando l'efficienza degli affidamenti, dall'altro si è ritenuto di ritornare ad una visione di maggiore garanzia in ottica di concorrenza degli operatori economici alla procedura di selezione. La questione è rilevante perché nel prossimo futuro, con il venire meno delle risorse straordinarie del P.N.R.R., il ricorso a capitali privati diventerà strategico⁹.

2. Origini ed evoluzioni della disciplina

Tecnicamente la finanza di progetto rientra tra quelle fattispecie riconducibili ai partenariati pubblici privati di tipo contrattuale¹⁰ comprensivi dei con-

⁵ Per tale ragione può essere considerata un'operazione di contabilità pubblica prevedendo un meccanismo di trasferimento del rischio che viene cancellato dal bilancio pubblico.

⁶ E tra i privati non si dimentichino anche i cittadini, ultimi beneficiari dei servizi attuati.

⁷ F. MERUSI, *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in G. Morbidelli (a cura di), *Finanza di progetto*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 13 e ss.; M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in Id. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009, p. 5; F. MONTANI, *Project financing, inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 1-9; E. PICOZZA (a cura di), *La finanza di progetto (project financing) con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 2050. Cfr. altresì M.G. VIVIARELLI, *Unitarietà o autonomia delle fasi del project financing: due orientamenti a confronto*, in *Il corriere del merito*, 2011, n. 1, pp. 99-106, secondo cui tale istituto è lo strumento cui ricorrere per riempire il vuoto lasciato dal fallimento dello Stato come principale o forse anche esclusiva fonte delle risorse finanziarie per la realizzazione di infrastrutture.

⁸ Il *project financing* è "off balance": non altera gli indici di indebitamento, non irrigidisce il bilancio dell'ente e non genera nessuna spesa se non per un'eventuale partecipazione al capitale di rischio della società progetto.

⁹ L. PERFETTI, *Sul "Correttivo" al Codice dei contratti pubblici. Ovvero sulle tensioni tra politica e tecnica, tra potere e contratto*, in *Urbanistica ed appalti*, 2025, 1, p. 12.

¹⁰ Il termine partenariato pubblico privato contrattuale è un'espressione di matrice europea che indica quella forma di cooperazione tra pubblico e privato avente ad oggetto il finanziamento o la realizzazione di un'infrastruttura o la gestione o la fornitura di un servizio o più in generale lo svolgimento di un compito pubblico, mediata attraverso un contratto che disciplina le reciproche obbligazioni - Libro verde relativo ai partenariati pubblico o privati e dal diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, Bruxelles 30 Aprile 2004,

tratti di concessione, ovvero a quelle forme di cooperazione tra partner pubblico e 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 servizio¹¹.

Dal punto di vista definitorio, la sua traduzione letterale “finanza di progetto” non esprime il suo significato e non ne rivela il potenziale; d'altronde neppure il legislatore si era occupato di individuarne una definizione lasciando piuttosto che la stessa fosse desumibile attraverso la descrizione delle operazioni di aggiudicazione e finanziamento. Abbiamo dovuto attendere il d.lgs. n. 209 del 2024, correttivo al d.lgs. n. 36 del 2023, per assistere alla eliminazione, con l'art. 174, di quelle incertezze interpretative del passato sulla qualificazione di tale istituto rispetto alle forme concessorie previste dal sistema della contrattualistica pubblica, e quindi per avere conferma che la finanza di progetto rientra in una particolare modalità contrattuale di finanziamento strutturato attraverso cui può esser realizzata una concessione a sua volta *species* del P.P.P.¹².

Ma in verità il modello della finanza di progetto affonda la propria ispirazione nell'esperienza dei sistemi giuridici del *common law*, ed in particolar modo negli strumenti della *private finance initiative*¹³ e della *private finance transaction*¹⁴ sia

COM 2004-; il P.P.P. di tipo contrattuale rappresenta quei rapporti tra soggetto pubblico e privato che si invernano in un rapporto di carattere negoziale di contenuto non organizzativo. Cfr.: C. CONTESSA, *PPPC: Modello Generale*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2019, V, pp. 207-212. Un esempio di P.P.P. contrattuale è la concessione (di lavori pubblici).

11 Commissione europea, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico – privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e in edich jeurs*, Bruxelles, 30 Aprile 2004, COM (2004). M.P. CHITI, voce *Partenariato pubblico – privato*, in *Enc. giur., Il Diritto*, Vol. X, Milano, 2007, p. 690 e ss. Siamo nelle forme di espressione ed articolazione della cosiddetta sussidiarietà orizzontale da cui il ruolo sussidiario della società civile nell'esplicazione delle attività di interesse generale e quindi anche nell'esercizio di funzioni e servizi pubblici e sociali, in B. RAGANELLI, *La finanza di progetto*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 1322 e V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 72. Per vero secondo alcuni studiosi il partenariato pubblico privato non comporterebbe una sostituzione della parte pubblica totale con quella privata mantenendo in ogni caso l'amministrazione un ruolo propulsivo direttivo e di controllo, cfr. C. CONTESSA, *PPPC: modello generale*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., p. 210.

12 Il Partenariato Pubblico-Privato (P.P.P.) è un'operazione economica consistente nella stipula di accordi tra enti pubblici e soggetti privati per la realizzazione, gestione o finanziamento di opere e servizi di interesse pubblico. Il P.P.P. su “*iniziativa privata*”, che implica la compartecipazione del privato sin dal momento della progettazione del P.P.P. con la formulazione di una proposta, vede il proprio affidamento disciplinato dall'art. 193 del libro IV, Parte II, Titolo IV rubricato “*Finanza di progetto*”; in www.programmazioneeconomica.gov.it/it/il-partenariato-pubblico-privato/il-ppp-come-si-fa/.

13 Strumento finalizzato al finanziamento degli ospedali del National Health Service attraverso il ricorso a capitali privati. P.K. NEVITT, *Project financing*, Bari, supplemento al n. 23, Luglio - Settembre 1987, quaderni n. 15, *riv. trim.di econ.*, traduz. present. di Paul De Sury, p. 13.

14 E.C. BUJEVICH, Y.S. PARK, *Project financing and the in International financial markets*, Boston, Kluwer Academic 1997, p. 87 e ss.; A. FLORIS, *Linee storiche ed evolutive del project financing*,

pur con i dovuti distinguo: infatti il P.F.I. inglese non si configura esattamente come un contratto, né come una procedura di selezione o di affidamento, ma come una modalità di realizzazione delle opere pubbliche per i lavori complessi¹⁵. Probabilmente tale differenza muove dal fatto che a livello nazionale si è voluto costruire uno schema giuridico rigido basandolo su un modello di azione che come concepito nel *project finance initiative* anglosassone risultava invece innovativo, di natura dinamica e rispondente ad esigenze di flessibilità di mercato¹⁶.

Ciò nonostante possiamo concludere che sotto il profilo finanziario l'espressione è stata utilizzata per fare riferimento a un concetto economico che identifica un'operazione di finanziamento di particolare unità economica¹⁷ nella quale il finanziatore fa affidamento sui flussi di cassa e sugli utili della stessa opera come fonte del rimborso del prestito anziché sulla capacità di indebitamento dei soggetti promotori dell'iniziativa stessa; mentre dal punto strettamente giuridico, per richiamare una fattispecie negoziale atipica con causa complessa ovvero la sommatoria di singoli contratti (di fornitura, di appalto, di finanziamento, di garanzia, di società, di concessione di costruzione e di gestione) che ne costituiscono di poi la struttura¹⁸. Orbene ciò detto, vi è che nei riferimenti correnti il modello italiano del *project financing* nella sua fase embrionale si è innestato su quello delle concessioni -di costruzione e gestione¹⁹- e di poi

6.10.2003, in www.altalex.com.

15 B. RAGANELLI, *Partenariato pubblico o privato ed opere pubbliche in Europa. La ricerca di un equilibrio tra regole e flessibilità*, Convegno Roma 29 ottobre 2008, in <https://www.itaca.org/documenti/finanza/Studi%20I-Com%20Partenariato%20Pubblico-Privato%20ed%20Opere%20Pubbliche%20in%20Europa.pdf>; V. LOPILATO, *Trust e project financing dopo la Merloni ter*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001, p. 338.

16 Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847.

17 Alternativa rispetto alla tradizionale forma di *corporate finance* in cui l'affidamento creditizio avviene in considerazione della consistenza patrimoniale del finanziato e della titolarità dei beni che fungono da garanzia; cfr. in B. RAGANELLI, *op.cit.*, 2019, p. 1327.

18 G. FIDONE, B. RAGANELLI, *Il partenariato pubblico-privato e la finanza di progetto*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 737 ss.; B. RAGANELLI, *Il partenariato pubblico privato e la finanza di progetto (artt. 183-186)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 1327-1330; R. DIPACE, *Il partenariato pubblico privato nel diritto amministrativo in trasformazione*, in N. Longobardi (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 32-38.

19 A. BARGONE, P. STELLA RICHTER, *Manuale del diritto dei lavori pubblici*, in prefazione, Milano, Giuffrè, 2001. Sul piano sostanziale nella concessione di costruzione e gestione dell'opera, l'amministrazione concedente affida ad un soggetto estraneo alla sua organizzazione la costruzione di un'opera e la gestione di un pubblico servizio ad essa connesso. La realizzazione dell'opera rappresenta, quindi, una fase strumentale e preordinata alla gestione del servizio, cfr. G. VERDE, *La concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici, il project financing e l'affidamento a contraente generale nella normativa vigente*, in www.diritto.it/wp-content/uploads/old2022/articoli/amministrativo/verde7.pdf. Nel *project financing*, come nella concessione, i proventi derivanti dalla gestione e dallo sfruttamento dell'opera e le eventuali entrate ulteriori previste a vario titolo (contributi, finanziamenti, ecc.) nonché le utilità economiche indotte devono essere tali da ricoprire in un certo lasso di tempo gli

anche del P.P.P.²⁰ come maturati a seguito dell'influenza della visione europea sui modelli di collaborazione pubblico-privato.

E operando un breve *excursus* storico si dimostrerà che la finanza di progetto non dà vita a un istituto nuovo sottratto ai principi in materia di affidamento di lavori pubblici, ma a un sistema di realizzazione di questi ultimi²¹ che si basa sulle comuni norme che regolano la concessione²².

Quindi possiamo anticipare che la finanza di progetto non è un istituto giuridico autonomo ma bensì può essere considerato, come per definizione che fu resa dall'ex Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici²³, un sistema di realizzazione delle opere pubbliche innestato sul collegamento funzionale tra molteplici rapporti giuridici (contratti di finanziamento, di appalto, concessioni), risultando espressione di una complessa ed eterogenea struttura contrattuale.

Pur essendo opportunatamente distinto dal modello concessorio classico da considerarsi come uno dei possibili esiti della procedura amministrativa di affidamento disciplinata dal codice di contratti²⁴ (oggi ex artt. 182-187), ovvero il contratto di concessione come l'oggetto di affidamento tramite una procedura di gara, il *project financing* ne è una forma di affidamento-finanziamento (a seconda del profilo giuridico o finanziario da cui si guarda l'istituto) ricca di

investimenti sostenuti ed assicurare un margine di guadagno.

20 A.N.A.C., determinazione 16.10.2002, n. 27. Cfr. V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021, vol. I, pp. 1222-3.

21 Perché si può concludere con l'affidamento di un contratto di concessione di lavori pubblici e servizi o con un contratto di appalto (e al tempo stesso la concessione di costruzioni e gestione come in origine sorta costituiva già un rapporto contrattuale che formalizzava tutte le operazioni di finanza e di progetto).

22 Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847.

23 Cfr.: Atto di regolazione n. 34 del 18 luglio 2000 in www.anticorruzione.it/-/atto-di-regolazione-n.-34-del-18/07/2000-rif.

24 *In primis* vi è che la concessione di lavori pubblici in origine si caratterizzava per il fatto che l'amministrazione affidasse ad un soggetto estraneo alla sua organizzazione il compito di provvedere alla costruzione e alla gestione dell'opera pubblica senza effettuare il pagamento di quest'opera ma consentendo al concessionario di sfruttare economicamente le stesse. Si trattava di opere realizzate in ambito ferroviario o autostradale per le quali la gestione era destinata alla produzione di un'utile pubblico. In questo contesto la scelta del concessionario in ragione dei poteri pubblici trasferiti al privato nella funzione di gestione dell'esercizio del pubblico servizio avveniva in maniera fiduciaria senza il rispetto delle regole di evidenza pubblica. Sulla natura giuridica della concessione al termine di una disputa dottrinarica tra sostenitori della tesi pubblicistica e dall'altro lato della tesi privatistica, alla luce dell'intervenuta direttiva 2014 / 23 / UE, si è finito per ricondurre la concessione nell'ambito dei contratti di diritto pubblico, per la contrattualizzazione delle concessioni di servizi e lavori pubblici, formalizzando il passaggio della concessione contratto al contratto di concessione. Cfr. D. D'AMICO, *Natura giuridica e riparto di giurisdizione delle concessioni pubbliche: in particolare, delle concessioni di beni pubblici*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2021. Attualmente l'ordinamento prevede due tipi di concessione: la prima riferita al ricorso al mercato, la seconda con utilizzazione diretta dell'opera da parte della pubblica amministrazione concedente; si anticipa che a questo ultimo tipo di contratto si giunge attraverso una procedura di selezione del contraente avviata su iniziativa del privato legalmente definita già nel 2008 -a seguito del d.lgs. n. 152 del 2008, terzo correttivo al codice dei contratti pubblici- come rientrante nel metodo della finanza di progetto. Cfr. <https://territorio.regione.emilia-romagna.it/osservatorio/Project>.

autonome caratteristiche²⁵.

Sotto il profilo giuridico l'istituto della finanza di progetto è stato in Italia oggetto di molteplici interventi normativi.

La prima disciplina si riconduce alla cosiddetta Merloni *ter* (legge n. 415 del 1998)²⁶ concernente prevalentemente la fase pubblicistica dello strumento, in modifica alla legge quadro sui lavori pubblici (legge n. 109 del 1994)²⁷. Tale normazione concepì la finanza di progetto come fattispecie di affidamento di una concessione *sui generis* per la realizzazione di opere pubbliche su proposta del promotore²⁸. Significativa è stata l'emanazione di poi della legge n. 166 del 2002, la cosiddetta Merloni *quater*, contenente sostanziali modifiche alla disciplina precedente in relazione al diritto di prelazione del promotore con l'obiettivo di introdurre incentivi alla partecipazione dei privati ad operazioni finalizzate alla costruzione e gestione di opere pubbliche²⁹. Ad essa ha fatto seguito la legge comunitaria del 2004³⁰ e la legge n. 15 del 2005 che ha introdotto modifiche alla disciplina in materia di avviso indicativo e di diritto di prelazione del promotore.

Successivamente, al fine di rimeditare l'intera struttura della finanza di progetto, il legislatore italiano ne inserì la disciplina nel codice dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 163 del 2006, questa a sua volta modificata con il d.lgs. n. 152 del 2008³¹, e con il d.l. n. 1 del 2012 conv. in l. n. 27 del 2012. Per vero il codice del 2006 non ha saputo cogliere l'occasione per dare il giusto valore a

25 B. RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico-privato: un quadro generale*, in www.giustamm.it, 2021. ¶ Quindi trattasi di «una procedura che enuclea due serie procedimentali strutturalmente autonome ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale, la prima di selezione del progetto di pubblico interesse e la seconda di gara di evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità. La seconda serie, più precisamente, è distinta nelle subfasi di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di eventuale esercizio da parte del promotore del diritto di prelazione», Cons. Stato, V, 10 febbraio 2020, n. 1005, T.A.R. Puglia - Lecce, sez. III, 11 agosto 2023, n. 1034. G. SERRA, *Il partenariato pubblico - privato nella filosofia del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2024, V. 13, 2, p. 870 e ss.

26 Fece seguito la creazione dell'Unità tecnica finanza di progetto presso il Cipe ai sensi dell'articolo 7 della legge n. 144 del 1999 con il compito di assistere e supportare le pubbliche amministrazioni in materia di finanza di progetto -norma poi soppressa dalla legge di stabilità del 2016, legge 28 dicembre 2015, n. 208-.

27 Cfr. anche la legge 21 dicembre 2001, n. 443, la c.d. "Legge Obiettivo", a cui va il merito di aver introdotto una accelerazione all'utilizzo del *project financing* nel settore delle grandi infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale per la modernizzazione del Paese individuando, a regime speciale, forme di deroghe a molte delle procedure previste dalla legge Merloni, nonché il d.lgs. n. 190 del 20 agosto 2002 che della prima ne chiariva i contenuti, l'ambito di applicazione e gli schemi procedimentali.

28 L'art. 37/*bis* della Legge Merloni ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento dei lavori pubblici la figura del "promotore", cioè di quel soggetto dotato di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, che presenta alle amministrazioni pubbliche proposte di realizzazione di opere pubbliche da finanziare con risorse totalmente o parzialmente a proprio carico.

29 Disposizione risultata non conforme al diritto europeo, cfr.: Commissione europea, procedura di infrazione n. 2182 del 2001.

30 La legge 18 aprile 2005, n. 62, "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee".

questa operazione complice probabilmente anche una iniziale diffidenza dell'amministrazione ad interloquire coi privati.

In tale contesto si è assistito all'emanazione del pacchetto Direttive 2014 in tema di *public procurement* e in particolar modo all'adozione della Direttiva n. 23/2014/UE che ha consentito una armonizzazione di disciplina in tema di concessione.

La visione europea delle concessioni e del P.P.P. infatti si è nel tempo intrecciata con la disciplina nazionale della finanza di progetto fino ad accompagnare il legislatore nazionale a definire in ultima battuta nel 2023 quest'ultima come una modalità di finanziamento dei contratti riconducibili al *genus* del partenariato pubblico privato.

L'accresciuta rilevanza economica dei modelli contrattuali aveva spinto il legislatore europeo ad eleggere le concessioni a modello negoziale equiordinato ai contratti pubblici di appalto.

Con la Direttiva 2014/23/UE³² (cui seguiranno la n. 24 e 25/2014) è stata delineata una prima regolamentazione organica delle concessioni di lavori e di servizi e definito l'inquadramento della stessa come un rapporto giuridico unitario di tipo contrattuale preceduto da una fase procedimentale ad evidenza pubblica.

Le nuove Direttive europee del 2014 sugli appalti e sulle concessioni, introducendo una nuova definizione dei contorni dell'evidenza pubblica -complice anche un contesto favorevole all'utilizzazione dei modelli consensuali funzionali alla realizzazione dell'interesse pubblico-, hanno poi rivolto un'attenzione particolare al coinvolgimento del privato nell'erogazione dei servizi pubblici e nella realizzazione delle infrastrutture dando così avvio all'utilizzo di forme di collaborazione tra pubblico e privato nella dimensione anche partenariale.

La definizione di partenariato pubblico privato era stata inizialmente affidata al solo Libro verde della Commissione europea del 30 aprile 2004 e ai documenti elaborati dall'Eurostat, quindi non ad una definizione cogente nel diritto comunitario; vi è però che pur se nella Direttiva n. 2014/23/UE mancavano specifiche disposizioni definitorie sullo stesso, ad essa va attribuito il merito di aver operato una omogeneizzazione concettuale tale da includere nel modulo di azione delle concessioni anche i contratti di P.P.P. in cui il principale paga-

31 R. GRECO, *La natura giuridica delle procedure di project financing dopo il terzo decreto correttivo al Codice degli appalti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2009.

32 Con tale direttiva si è provveduto a dettare una disciplina a livello europeo per i contratti di concessione per offrire una certezza giuridica della materia e optare per una unione dei regimi applicabili alle concessioni di servizi a quelle dei lavori. Alla stessa si attribuisce anche il merito di aver sottoposto alle medesime regole di affidamento sia la concessione di lavori che quelle di servizi superando la dicotomia posta tra esse; ciò partendo dal presupposto che l'aspetto gestionale è comune ad entrambe le fattispecie. Di poi, con il recepimento delle direttive europee n. 23, n. 24, n.25 del 2014, il legislatore nazionale ha dovuto operare un riordino complessivo della materia dei contratti pubblici introducendo una disciplina organica delle concessioni, nonché del partenariato pubblico privato nel rispetto dei principi della concorrenza (cfr.: d.lgs. n. 50/2016).

tore sia la sola amministrazione (per cui la remunerazione del concessionario provenga solo dalla stessa e non da una tariffazione di pluralità di utenti)³³.

Quindi le concessioni costituiscono l'archetipo del contratto di partenariato caratterizzandosi per la complessità dell'oggetto costituito dall'accorpamento di tutte le fasi di realizzazione di un progetto e per la centralità della fase di gestione dell'opera o del servizio tale da poter giustificare la durata lunga del contratto in funzione del tempo necessario per ammortizzare l'investimento da parte del concessionario e garantire la congrua remunerazione dell'investimento³⁴.

Bisognerà attendere il d.lgs. n. 163 del 2006 per avere anche per il P.P.P. una piena definizione, sulla scia degli indici di riconoscimento già individuati dalla Commissione europea nel Libro verde del 2004. Di poi con la comunicazione della Commissione europea del 19 novembre 2009 fu "sdoganata" anche con una fonte di diritto cogente l'utilizzazione del partenariato pubblico privato come strumento per mobilitare investimenti pubblici e privati, per favorire la ripresa economica e i cambiamenti strutturali di lungo termine.

Mancava ancora una disciplina organica di sintesi della materia che arriverà di poi con il d.lgs. n. 50 del 2016, ed in particolare con l'art. 180³⁵ delineante una serie di contratti eterogenei il cui elemento comune è rappresentato dalla funzione di attrarre risorse private di natura organizzativa e finanziaria per realizzare e gestire opere o servizi pubblici connessi con l'assunzione del rischio imprenditoriale, economico, finanziario in capo al privato.

Secondo il codice dei contratti pubblici del 2016 infatti la finanza di progetto costituiva (ex artt. 182, c. 1., e 183 c. 1 e c. 16) una modalità di finanziamento dei contratti di P.P.P. nonché di una concessione.

Al termine di tale breve *excursus* si è giunti quindi ad evidenziare come la visione europea delle concessioni e del P.P.P. si siano nel tempo intrecciate con la disciplina nazionale della finanza di progetto fino ad accompagnare il legislatore nazionale a definire quest'ultima come una modalità di finanziamento dei contratti di partenariato pubblico privato.

Ma arriviamo ai giorni nostri: con il codice del 2023, il d.lgs. n. 36 del 2023, il legislatore ha sistematizzato e semplificato l'intera disciplina della finanza di progetto collocando la relativa disciplina nella parte dedicata ai contratti di concessione nel libro sul P.P.P.

33 M. GUARDAPASSI, *Le concessioni ed il partenariato pubblico privato*, in A. Meale (a cura di), *Manuale breve dei contratti pubblici*, Pisa, Pacini, 2019, p. 338.

34 R. CORI, G. MARINUZZI, I. PARADISI, W. TORTORELLA, *op. già cit.*, p. 57.

35 Art. 180, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016: «Nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti». Quindi merito del codice del 2016 l'inquadramento anche della concessione nell'ambito del *genus* del partenariato pubblico privato di tipo contrattuale. Cons. Stato, sez. I, parere del 28 aprile 2020, n. 823.

Ne sembrava così chiarita definitivamente la natura di schema procedurale finanziario utilizzato per l'affidamento di concessioni. Perché è il medesimo contratto di concessione che può essere finanziato sia in *corporate financing* che in *project financing*.

Detto ciò, con il decreto correttivo d.lgs. n. 209 del 2024 il legislatore è intervenuto nuovamente sul tema operando una complessiva revisione sistematica della disciplina del P.P.P. e trasversalmente anche dell'istituto del *project financing* presente nel d.lgs. n. 36 del 2023.

Il correttivo in questione ha inteso rimodulare l'istituto della finanza di progetto nell'ottica di incrementare l'efficienza degli affidamenti e promuovere la contendibilità delle concessioni favorendo la più ampia partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara, nonché consentire ai concedenti di verificare appieno la fattibilità della proposta anche in relazione all'affidabilità del proponente. Come risulta dalla relazione illustrativa e dalla relazione tecnica al nuovo codice, la disposizione è motivata da un lato per dare attuazione agli impegni assunti con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza P.N.R.R. e per chiarire le modalità applicative dell'istituto per incentivarne ulteriormente l'utilizzo, e dall'altro in considerazione dei rilievi sollevati dalla Commissione europea con la procedura d'infrazione INFR (2018)2273 per quanto al diritto di prelazione (di cui si tratterà in seguito nello specifico)³⁶.

L'introdotta P.N.R.R. e la conseguente esigenza di realizzare connessi progetti performanti si è dimostrato uno stimolo importante per il rinnovo della disciplina del *project financing*³⁷.

A tal fine essenziale è stata l'attenzione rivolta all'attività di programmazione delle opere pubbliche in stretta relazione con quella economica-finanziaria dell'Ente al fine di operare il collegamento tra la programmazione dei lavori pubblici con la progettazione. In questa prospettiva la valutazione preventiva dell'efficacia e dell'efficienza amministrativa e la valutazione costi-benefici diventano parametri vincolanti per le scelte che si effettuano in sede di programmazione³⁸.

36 «Non conformità del diritto italiano alle Direttive 2014/23/EU, 2014/24/EU and 2014/25/EU, e agli articoli 49 e 56, T.F.U.E.», mediante l'introduzione di specifiche disposizioni che mirano ad assicurare la trasparenza e la pubblicità durante la procedura di selezione delle proposte di progetto di fattibilità.

37 G. SIVIERI, *Con il PNRR il rilancio del project financing*, 2023, in www.citynext.it/2023/10/24/con-il-pnrr-il-rilancio-del-project-financing/. «Con il "Next Generation EU", più noto come recovery fund o recovery plan, l'Unione europea ha messo a disposizione degli Stati membri complessivamente settecentocinquanta miliardi di euro, ad integrazione del quadro finanziario 2021- 2027, al fine di realizzare un percorso di ripresa economica post-pandemia. Il fronte del PNRR si esaurirà nel 2027 [...] Di conseguenza l'apporto degli operatori privati, in termini di capitale e di rapidità di progettazione e esecuzione è fondamentale per dar vita a progetti orientati alla performance, generando reddito e spostando il rischio del contratto sul privato, meglio strutturato per la sua gestione».

38 www.odcec.torino.it/public/convegni/con1342.pdf.

3. La mutata natura giuridica e la nuova disciplina

Come già anticipato, il legislatore ha confermato che il *project financing* rappresenta una forma particolare di realizzazione della concessione attraverso l'articolo 174, comma 3, esplicitando che lo stesso è un istituto ascrivibile al *genus* della *species* del P.P.P., eliminando le incertezze interpretative del passato sulla qualificazione dello stesso come "autonomo" rispetto alle altre forme concessorie previste dal sistema della contrattualistica pubblica. Infatti è stabilito che lo stesso contratto di concessione può essere realizzato attraverso le forme del *project financing*.

Questa specificazione assume in realtà un rilievo dogmatico non trascurabile perché se da un lato ha posto fine a un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale sorto in seguito all'entrata in vigore del nuovo codice³⁹, dall'altro ha anche generato dubbi di natura processuale sulla corretta individuazione del rito da applicare alle relative controversie.

Nello specifico, come sollevato dalla recente giurisprudenza⁴⁰, nella vigenza della nuova disciplina infatti la visione del *project financing* come una modalità di finanziamento della concessione fa sì che lo stesso -a prescindere dalla fase in cui si trova la procedura-, rientri nel novero delle concessioni di servizi sottoposte al rito speciale di cui all'art. 120 del d.lgs. n. 104 del 2010. In tal caso viene superata la precedente posizione della giurisprudenza in forza della quale, laddove la procedura del *project financing* non avesse superato la prima fase e quindi nessuna procedura competitiva per l'affidamento fosse venuta ad esistenza, non avrebbe trovato applicazione alla relativa controversia il rito speciale degli appalti⁴¹. Di qui la significatività della introduzione di una previsione

³⁹ La complessità riferita all'istituto in commento è determinata dalla commistione tra potere autoritativo e attività di diritto privato dell'amministrazione da un lato, e dall'intervento di finanziamenti privati nella realizzazione di opere di pubblico interesse dall'altro; la struttura bifasica con una prima parte assimilabile al procedimento amministrativo volto all'individuazione del promotore, e la seconda ad una procedura ad evidenza pubblica rendeva il *project financing* non inquadrabile in nessuna definizione già esistente nel nostro ordinamento finendo per esser ricondotto in un complesso di numerosi contratti aventi cause e oggetti diversi ma facenti tutti parte di un unitario schema progettuale. G. FAZIO, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1988, Vol. I, p. 12; P. LASELVA, *Natura giuridica del project financing: indagine sull'applicabilità della disciplina dell'azione amministrativa alla finanza di progetto ad iniziativa privata*, in *Riv. Giur. Europea*, 2021, Vol. IV, n. 1, pp. 97-144 e http://rivistagiuridicaeuropea.edicampus-edizioni.it/wp/wp-content/uploads/2021/07/RGE_2021-1-SELVA.pdf. La struttura "bifasica" dell'istituto ha stimolato nel corso degli anni anche un acceso dibattito giurisprudenziale afferente all'unitarietà o, in alternativa, all'autonomia dei due momenti caratterizzanti il *project financing* ad iniziativa privata. Cfr. T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, 28 luglio 2010, n. 28920; Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2009, n. 3319; Id., ord., 23 settembre 2008, nn. 4972 e 4973; Dibattito concluso con il pronunciamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 1, del 28 gennaio 2012, su rimessione del Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7277.

⁴⁰ T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. I, 10 febbraio 2025, n. 311.

⁴¹ Si supera l'orientamento giurisprudenziale fino a quel momento consolidato che escludeva l'applicabilità del rito di cui all'art. 120 c.p.a. alla prima fase della procedura di *project*

espressa in tema di individuazione della norma *ratione temporis* applicabile ai procedimenti in corso.

Ebbene, tale conclusione come resa dalla succitata giurisprudenza, muove dalla modifica morfologica e sistematica dell'istituto apportato dal correttivo n. 209 del 2023. «Infatti diversamente dalla finanza di progetto disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016 suddivisa in tre fasi quella della scelta della proposta quella dell'inserimento dell'opera dichiarata di pubblico interesse nella programmazione triennale e quella che prevede l'indizione della gara sul progetto approvato di cui solo l'ultima sottoposta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica», il nuovo codice del 2023, con il correttivo del 2024, «ha disciplinato la finanza di progetto agli artt. 193, 194, 195 collocati all'interno della parte seconda dedicata ai contratti di concessione posto che tale strumento altro non è se non una peculiare modalità di finanziamento delle concessioni».

Ma la questione non è ancora del tutto superata alla luce per vero di pronunciamenti in discontinuità con gli innovativi recenti orientamenti sanciti l'irrelevanza della sottoposizione della fase preliminare della finanza di progetto alle medesime regole delle procedure di evidenza pubblica; e ciò ritenendosi essenzialmente immutata la struttura complessa della procedura di *project financing* enucleante due serie procedimentali strutturalmente autonome ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale: la prima di valutazione e approvazione del progetto di fattibilità rispondente al pubblico interesse e la seconda di gara di evidenza pubblica sulla base del detto progetto⁴².

Orbene, detto ciò, nello specifico della nuova disciplina vi è che il d.lgs. n. 209 del 2024 s.m.i., meglio noto come "Correttivo" al codice dei Contratti Pubblici -il d.lgs. n. 36 del 2023-, ha introdotto significative modifiche alla di-

financing poiché, ad oggi, tale procedura rientra, a prescindere dalla fase in cui si trova, nell'invio delle concessioni sottoposte al predetto rito speciale accelerato.

42 T.A.R. Friuli Venezia Giulia - Trieste, sez. I, 16 aprile 2025, n. 147, secondo cui «non persuade quanto opinato al riguardo da recente giurisprudenza (T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 10 febbraio 2025, n. 311), atteso che la circostanza che nel nuovo codice dei contratti la finanza di progetto costituisca, secondo la relazione di accompagnamento, "un capitolo 'interno' alla disciplina della concessione" non depriva l'istituto del suo caratteristico sviluppo bi-fasico, il cui primo segmento - che qui rileva - è, del tutto, estraneo ed antecedente, sotto il profilo temporale e logico, alla procedura di affidamento propriamente detta, i cui soli atti ricadono nell'ambito di operatività degli artt. 119, comma 1, lettera a), e 120 c.p.a. A nulla rileva, dunque, che il codice qualifichi il partenariato pubblico-privato quale "operazione economica" ovvero che tale istituto costituisca una modalità di finanziamento della concessione (ovviamente se e quando effettivamente affidata), atteso che, ai sensi dell'art. 119, comma 1, lett. a), del c.p.a., che costituisce ineludibile regola interpretativa del successivo art. 120 c.p.a. (che reca, per l'appunto, "Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'articolo 119, comma 1, lettera a)"), al rito abbreviato sono soggetti solo "i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture" e non le concessioni in sé e per sé considerate. Conta, piuttosto, che la prima fase della procedura di cui all'art. 193 d.lgs. n. 36 del 2023 (nel testo vigente *ratione temporis*), che si conclude con l'approvazione del progetto di fattibilità e il suo successivo inserimento tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente, non è, in alcun modo, annoverabile tra le procedure di affidamento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2023, n. 10758 e n. 9298/2023 cit.). G. CASAMASSIMA, *Il carattere bi-fasico del project financing: la fase preliminare non è una procedura di affidamento*, in www.italiappalti.it, 24 aprile 2025.

sciplina del *project financing* con l'obiettivo di semplificare una normazione particolarmente complessa relativa alle operazioni di partenariato pubblico-privato, ovvero, la previsione espressa del regime transitorio ex art. 225 *bis* c. 4, ed a livello di procedura: il ripristino della specificazione dei due modelli di presentazione delle proposte su iniziativa pubblica e/o privata, la revisione della procedura di affidamento delle concessioni con struttura bifasica e la nuova applicazione del diritto di prelazione.

In primis, in generale nel modello di azione della finanza di progetto tre sono gli elementi distintivi rinvenibili ovvero la centralità del progetto, l'autonomia economica giuridica dello stesso, l'individuazione di un equilibrato piano di riparto dei rischi dello stesso.

Per porre in essere un'operazione di *project financing* infatti è necessario che il progetto risulti idoneo per generare un flusso di cassa costante per un dato periodo di tempo che consenta di coprire i costi iniziali e i costi operativi, nonché di rimborsare il debito e remunerare il capitale investito⁴³. A tale proposito si richiama la distinzione tra le opere cosiddette fredde e quelle calde⁴⁴: le prime caratterizzate da una predominante funzione sociale che non consente l'applicazione di tariffe idonee a consentire il recupero dei fondi impiegati e le seconde da un taglio organizzativo di tipo imprenditoriale con costi e ricavi⁴⁵.

Per quanto all'autonomia economica giuridica del progetto è evidente che il finanziamento debba essere imputato ad un soggetto giuridico autonomo ovvero alla società di progetto che ha come oggetto sociale esclusivo la realizzazione e la gestione dello stesso. In questo modo di fatto la società di scopo gestisce l'intervento sotto l'aspetto economico finanziario in modo distinto rispetto al soggetto partecipante alla procedura, e di poi anche all'aggiudicatario⁴⁶. Il *ring fence* consente di garantire stabilità al meccanismo volto a convogliare i flussi di cassa realizzati dal progetto per ripagare i debiti contratti attraverso proprio la separazione del fabbisogno finanziario del progetto dai bilanci dei

43 Da ciò la necessità di una preventiva indagine diretta a valutare la finanziabilità del progetto cioè la capacità dello stesso ad avere e produrre *cash flow* sufficienti a coprire i costi operativi, remunerare il finanziamento e fornire un congruo margine di profitto al promotore.

44 P. MANTINI, *Il partenariato pubblico privato verso il contratto standard*, in *GiustAmm.it*, 2019, n. 3; G. SABBATO, *La società di progetto – Le società per la gestione dei servizi pubblici locali – Analisi del project nei vari settori*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2008.

45 Nel tempo abbiamo anche assistito all'utilizzo della denominazione opere miste come via di mezzo tra le calde e le fredde che richiedono entrate tariffarie e contributi pubblici, con rischio operativo solo parzialmente trasferibile.

46 La società di scopo di fatto mira a realizzare il principio del *ring fence* -c.d. recinzione ad anello- in base al quale si realizza una separazione dei flussi finanziari generati dall'opera che si intende realizzare tenendo ben distinti il fabbisogno finanziario del promotore da quello della società di scopo. In questo modo il debito contratto per il finanziamento non entra nello stato patrimoniale dei promotori, mantenendo così inalterata la loro capacità di indebitamento nei confronti del sistema bancario e assicurando che le risorse destinate al rimborso dei finanziamenti non vengano utilizzate per le finalità estranee al progetto. All'attualità si rinvia al contenuto dell'art. 194 del d.lgs. n. 36 del 2023 come modificato.

promotori⁴⁷.

Infine, ulteriore elemento distintivo è dato dalla individuazione di un equilibrato piano di riparto dei rischi del progetto affinché le garanzie del finanziamento vengano rappresentate dai suoi *assets* e dalla concessione di eventuali garanzie, e non dal patrimonio del promotore. Perché anche se i rischi connessi all'operazione vengono identificati e poi ripartiti tra i soggetti che sono coinvolti proporzionalmente al rischio di impresa, il rischio complessivo del progetto non deve gravare integralmente su nessuno dei soggetti coinvolti, ma su tutti pro quota. Quindi è fondamentale la valutazione della capacità di rimborso del debito basata su previsioni di reddito dell'iniziativa finanziata e non sull'affidabilità economico – patrimoniale del promotore. La cosiddetta *risk analysis* è decisiva nelle operazioni di tal fatta soprattutto per il conseguimento del *value for money* inteso come margine di convenienza di un'operazione in finanza di progetto rispetto a un appalto “tradizionale”⁴⁸.

3.1. Sul regime transitorio

Una delle novità apportate dal correttivo al codice dei contratti del 2023 è stata l'introduzione dell'art. 225 *bis* intitolato “Ulteriori disposizioni transitorie” che al comma 4 affronta la questione relativa alla disciplina transitoria applicabile alle procedure di *project financing* avviate nella vigenza del codice dei contratti pubblici ante riforma del 31.12.24.

La norma prevede che le disposizioni di cui all'art. 193 disciplinanti le procedure di affidamento in concessione di lavori o servizi mediante finanza di progetto, la cui entrata in vigore coincida con quella della disposizione di modifica, quindi al 31.12.24, non si applichino ai procedimenti di finanza di progetto in corso alla medesima data (per cui invece la soggiacenza alla precedente disciplina), ovvero alle procedure per le quali è stata già presentata da un soggetto promotore una proposta di fattibilità per la realizzazione di interventi mediante finanza di progetto, ovvero l'ente concedente abbia già pubblicato avvisi di sollecitazione ai privati a farsi promotori di iniziative volte alla realizzazione di progetti inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato.

Tale introduzione è significativa se si considera che l'omissione di disciplina sul regime intertemporale della legge applicabile alla finanza di progetto che caratterizzava il decreto legislativo n. 36 del 2023 *prima facie* aveva avviato una *querelle* sull'individuazione del momento di attivazione del procedimento e quindi sull'applicabilità o meno ai procedimenti in corso della previgente previ-

⁴⁷ R. CORI, G. MARINUZZI, I. PARADISI, W. TORTORELLA, *op. già cit.*, p. 37.

⁴⁸ Il rischio può essere insito nell'incertezza dei risultati futuri esaminati all'interno di un orizzonte temporale definito e nella probabilità di accadimento dello stesso e connesso poi alla capacità del soggetto, a cui lo stesso è stato allocato, di porre in essere tutte le attività di prevenzione e mitigazione volte alla minimizzazione degli effetti del rischio.

sione di cui al d.lgs. n. 50 del 2016⁴⁹, e visto il *favor* di quest'ultima per quanto agli oneri documentali gravanti sugli operatori economici.

Il Codice del 2023 infatti aveva introdotto un incremento del livello di progettazione a carico dell'operatore economico a presentazione della proposta di *project financing* con aggravio di tempo e di costi per entrambe le parti in apparente spregio dei principi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa. Di qui la significatività della questione.

La soluzione era di poi intervenuta in seguito all'emanazione del parere dell'A.N.A.C. n. 63 del 2024 reso sul punto, secondo cui, ex art. 225, comma 9, del codice, le previsioni del d.lgs. n. 50 del 2016 continuavano ad applicarsi ai procedimenti in corso ovvero per quelle procedure per le quali fosse stato formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il codice aveva acquistato efficacia, quindi ai procedimenti per i quali fosse stato affidato un incarico di progettazione prima del 1° luglio 2023. Quindi in tali casi per la redazione del progetto e per tutti gli aspetti correlati disciplinati dalla norma continuava a trovare applicazione l'articolo 23 del d.lgs. n. 50 del 2016. «*Per gli incarichi affidati o da affidarsi successivamente alla data sopra indicata, valgono invece le previsioni in materia di progettazione dettate dal d.lgs. 36/2023. Con specifico riferimento all'affidamento del contratto d'appalto, volto ad individuare il soggetto esecutore dei lavori oggetto della progettazione (...) deve farsi riferimento alla disciplina transitoria contemplata nell'art.226 del d.lgs. 36/2023*»⁵⁰.

Più articolata era invece la soluzione proposta nel caso in cui la stazione appaltante, oltre ad aver ricevuto la proposta, ne avesse anche dichiarato la fattibilità tecnica ed economica ed il pubblico interesse provvedendo ad inserire nella programmazione triennale delle opere pubbliche l'intervento oggetto della proposta ex articolo 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, prima dell'entrata in vigore del codice del 2023. In tal caso la disciplina di riferimento ai sensi del parere succitato sarebbe stata quella del d.lgs. del 2016 per tutti gli aspetti correlati alla progettazione (ex art. 225, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023). Il tutto fermo restando che la successiva gara per l'affidamento del contratto sarebbe stata comunque disciplinata dal codice del 2023 con conseguente necessità di procedere prima della stessa all'adeguamento alle nuove previsioni per quanto agli elaborati progettuali.

Orbene, detto ciò, la questione appare sul punto quieta alla luce del correttivo del 2024.

3.2. La revisione della procedura

⁴⁹ Il d.lgs. n. 36 del 2023, all'articolo 226, ha prescritto per tutte le procedure che le disposizioni di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso, considerando gli stessi le procedure e i contratti per i quali i bandi o gli avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia.

⁵⁰ Parere A.N.A.C. n. 63 del 2023.

Il nuovo testo, se rende più immediata la distinzione tra la finanza di progetto su iniziativa privata e quella su iniziativa pubblica dell'ente concedente, sembrerebbe aver aumentato la complessità della procedura recependo i vizi della normazione precedente⁵¹.

Tra le principali novità si evidenziano: l'introduzione di un progetto di fattibilità a contenuto ridotto al fine di alleggerire gli importanti oneri iniziali della proposta e rendere più agevole la circolazione delle idee progettuali; la previsione, in caso di iniziativa privata, di una manifestazione preliminare di interesse con la quale gli "aspiranti" promotori possono richiedere all'ente concedente informazioni e dati necessari per la predisposizione della proposta. A ciò aggiungasi la previsione di una fase preliminare di valutazione comparativa tra la proposta del promotore e quelle pervenute da altri operatori anche con eventuale ricorso all'istituto della conferenza di servizi preliminare. Ed infine, l'estensione del diritto di prelazione, tradizionalmente riservato al promotore, anche agli altri proponenti.

La principale innovazione apportata dal correttivo è rappresentata dalla revisione dell'art. 193 disciplinante la procedura di affidamento delle concessioni in *project financing*.

In *primis* vengono individuate due fasi della procedura:

la prima fase con previsione di presentazione della proposta del promotore e, all'esito di una valutazione comparativa con eventuali ulteriori proposte presentate da soggetti terzi (i Proponenti), si conclude con l'individuazione del progetto da mettere a base di gara quale progetto di pubblico interesse⁵².

Quindi, in una prima fase «se l'iniziativa è promossa da un unico promotore l'ente concedente assegna un termine non inferiore a 60 giorni per la presentazione di proposte da parte di altri operatori economici ed individua la proposta o le proposte di interesse pubblico sulla base di una valutazione comparativa, la sottopone a valutazione di fattibilità o ad eventuale convocazione di conferenza di servizi preliminare infine individuando la proposta da sottoporre a gara»⁵³.

51 Procedura lunga, caratterizzata da molteplicità di adempimenti procedurali, in assenza di garanzie per il privato presentatore del progetto in merito all'affidamento dell'incarico ed alla realizzazione del progetto per ampia discrezionalità della p.a. Queste le criticità sollevate dagli addetti al mestiere.

52 Per vero con l'art. 193, comma 2, il legislatore ha introdotto anche una fase preliminare c.d. di manifestazione di interesse obbligatoria per le amministrazioni pubbliche e facoltativa per il promotore, codificando una fattispecie suggerita dall'A.N.A.C., attraverso la quale il promotore stesso può richiedere le informazioni e i dati necessari per la formulazione della proposta. Qualora l'ente concedente ritenga sussistere un interesse pubblico preliminare alla elaborazione della proposta trasmette all'operatore economico le informazioni richieste e ne dà notizia sul proprio sito istituzionale a beneficio di altri eventuali interessati a proporre a loro volta nuove proposte. Ma di ciò si tratterà nel dettaglio a seguire.

53 A. TOMASSETTI, Commento all'art. 193, *La nuova disciplina del Project financing*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici d.lgs. 36 del 2023 aggiornato al decreto correttivo*, Molfetta, Nel diritto Editore, 2025, pp. 1105-1106. In tal modo si anticipa il momento comparativo rispetto a quello dell'espletamento della procedura di gara.

La seconda fase, con previsione di messa a gara del progetto individuato all'esito della valutazione comparativa della fase precedente e approvato dall'ente concedente; quindi, all'ente concedente il compito di porre «a base di gara il progetto di fattibilità tecnico – economico selezionato, riconoscendo il diritto di prelazione all'operatore che ha proposto il progetto»⁵⁴.

In linea con quanto nel precedente codice vi è che l'affidamento in concessioni di lavori o servizi mediante finanza di progetto può intervenire su iniziativa privata oppure del concedente pubblico⁵⁵.

L'art. 193 per quanto alla prima fase prevede che l'affidamento possa avvenire previa formulazione di una proposta privata inviata su impulso dello stesso privato (proposta privata spontanea in senso stretto -art. 193, comma 3-) per proposte incluse e non nella programmazione triennale⁵⁶ delle esigenze pubbliche⁵⁷ idonee ad esser soddisfatte con le forme del partenariato pubblico-privato, oppure su impulso dell'ente concedente mediante avviso pubblico di sollecitazione dei privati a formulare proposte (art. 193, comma 16, la cosiddetta iniziativa privata in senso lato) facendosi promotori di iniziative in P.P.P. per interventi già inseriti nella programmazione triennale⁵⁸.

«Anche gli investitori istituzionali di cui all'articolo 32, comma 3, del d.l. n. 78 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 122 del 2010, nonché i soggetti di cui all'articolo 2, n. 3), del regolamento (UE) 2015/1017 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 giugno 2015, possono formulare le proposte di cui al primo periodo» dell'art. 193 «salva la necessità, nella successiva gara per l'affidamento dei lavori o dei servizi, di associarsi o consorzarsi con operatori economici in possesso dei requisiti richiesti dal bando, qualora gli stessi investitori istituzionali ne siano privi, o mediante l'utilizzazione dell'istituto dell'avvalimento o del subappalto»⁵⁹. Per gli investitori istituzionali, dunque, a differenza di quelli privati, resta la possibilità di formulare le proposte nella fase preliminare anche sen-

⁵⁴ A. TOMASSETTI, *op. cit.*, p. 1106.

⁵⁵ L. PERFETTI, *Sul correttivo al codice dei contratti pubblici. Ovvero sulle tensioni tra politica e tecnica, tra potere e contratto*, in *Urbanistica ed appalti*, 2025, 1, p. 13, cit.

⁵⁶ In questo caso non trova applicazione l'obbligo di preventiva pubblicazione di un avviso ai sensi del comma 16.

⁵⁷ Elemento, questo, di novità rispetto al passato.

⁵⁸ Quindi, mentre l'iniziativa pubblica prevede la pubblicazione di un avviso per sollecitare la presentazione delle proposte, l'iniziativa privata consente all'operatore economico di proporre dei progetti spontanei anche per interventi che non sono inclusi nella programmazione triennale opere pubbliche.

⁵⁹ Per far fronte alla necessità di attestare il possesso dei requisiti correlati ai lavori o ai servizi oggetto del contratto gli operatori economici potranno nella fase successiva di gara associarsi o consorziarsi con operatori economici in possesso di questi requisiti ricorrendo all'avvalimento anche integrale delle capacità di altri soggetti, oppure ricorrendo al subappalto integrale in fase esecutiva; ma in questo caso dovranno comunicare il nominativo del subappaltatore con il consenso di quest'ultimo all'ente concedente entro la scadenza del termine per presentare l'offerta.

za possedere i requisiti di partecipazione alla gara»⁶⁰ e senza obbligo di preventiva manifestazione di interesse.

Nel dettaglio sulla proposta vi è che la stessa contiene un progetto di fattibilità; la stessa viene valutata dall'Ente Concedente e di poi approvata prima di essere posta a base della gara per l'affidamento del contratto di P.P.P.

Con riferimento alla fase della proposta si evidenzia l'avvenuta eliminazione dell'obbligo di presentazione della cauzione pari al 2,5 % dell'ammontare dell'investimento previsto che costituiva il disincentivo alla presentazione delle stesse in considerazione alla necessità di rinnovare la stessa per tutta la durata della procedura⁶¹.

Se la proposta è formulata dal 1° gennaio 2025 in poi è previsto che la stessa contenga un progetto di fattibilità "semplificato/light"⁶² redatto in coerenza con l'articolo 6-bis dell'allegato I.7., una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione e l'indicazione dei requisiti (prima indicati come generali e speciali)⁶³ del promotore⁶⁴.

Il progetto di fattibilità selezionato al termine degli iter comparativi con eventuali ulteriori proposte sarà integrato per divenire P.F.T.E. e posto in approvazione.

L'ente concedente, come già accennato, a seguito della sua ricezione e laddove verifichi l'esistenza di un interesse pubblico (preliminare) alla elaborazione della proposta, trasmette i dati e le informazioni richiesti all'operatore economico interessato; gli stessi sono resi disponibili a tutti gli interessati tramite pubblicazione nella sezione "*Amministrazione trasparente*" del proprio sito istituzionale⁶⁵. Questa appare come una novità: una semplice sollecitazione al mer-

60 Il Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 27 novembre 2024 (numero affare 01427/2024), parere sullo Schema di decreto legislativo recante "Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36", *www.giustizia-amministrativa.it*.

61 A. TOMASSETTI, *op.cit.*, p. 1106.

62 Altra innovazione è riferita al progetto di fattibilità. Il correttivo è intervenuto sull'allegato I.7 al Codice Appalti (al quale rinvia l'art. 193, c. 3) al fine di semplificare la progettazione richiesta per la presentazione di una proposta di P.P.P., con l'inserimento dell'art. 6-bis, della previsione di un "progetto di fattibilità per la finanza di progetto" semplificato rispetto ai contenuti del P.F.T.E. normalmente richiesto dal Codice Appalti. A seguito dell'introduzione del correttivo inoltre è stata superata la questione relativa alla omessa indicazione di dicitura "progetto di fattibilità tecnico-economica" in favore del solo "progetto di fattibilità" che aveva sollevato dubbi sulla possibile elaborazione di un *tertium genus* rispetto al documento previsto nell'art. 41. Unica criticità è insita nel dato per cui posticipando, dunque, valutazioni più accurate in una fase successiva di selezione possano emergere incertezze sui costi reali dell'opera.

63 Il Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 27 novembre 2024, *op. cit.*

64 www.programmazioneeconomica.gov.it/it/il-partenariato-pubblico-privato/il-ppp-come-si-fa/.

65 Sembrerebbe restare esclusa dal vincolo di trasparenza l'ipotesi di una manifestazione di interesse a cui l'ente concedente non intenda fornire un riscontro positivo perché attinente a un progetto ritenuto non prioritario o attuale o per cui non sono disponibili elementi di valutazione, v. A. TOMASSETTI, *op.cit.*, p. 1106.

cato a presentare proposte alternative a quella del promotore al fine di rendere contendibile e soggetto alle regole del mercato anche l'approvazione della proposta da inserire negli strumenti di programmazione, con il relativo e ambito diritto di prelazione⁶⁶.

La P.a. indica di poi un termine per la presentazione da parte di altri operatori di proposte relative al medesimo intervento. Sul punto per vero pare assente una previsione sulla tempistica data all'amministrazione in merito alla conclusione dell'operazione di verifica dell'eventuale interesse pubblico della proposta.

Al fine del rispetto dei principi di trasparenza della procedura, previa verifica dell'interesse pubblico alla proposta e della relativa coerenza con la programmazione triennale del P.P.P., è previsto poi che tutte le proposte pervenute alla pubblica amministrazione debbano essere pubblicate secondo le modalità istituzionali con indicazione di un termine non inferiore a 60 giorni - commisurato alla complessità del progetto - per la presentazione di proposte relative al medesimo intervento da parte di altri operatori economici⁶⁷.

Si apre la seconda fase della procedura con la valutazione comparativa delle proposte pervenute al cui esito segue l'individuazione di quella di maggior interesse pubblico che diventa la base della gara pubblica da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Infatti entro 45 giorni dalla scadenza dei 60 giorni succitati (fissato ad altri operatori per la presentazione di ulteriori proposte), l'ente concedente individuerà in forma comparativa uno più proposte da sottoporre alla procedura di valutazione (art. 193, comma 5).

Il promotore e i proponenti possono essere invitati ad apportare modifiche (c.d. rimodulazione in fase di sola valutazione della proposta) al progetto di fattibilità, piano economico finanziario e allo schema/bozza di convenzione necessarie per la loro approvazione (art. 193, comma 6). Per garantire maggiore trasparenza ed equità nel processo decisionale è prevista una valutazione preliminare delle proposte basata sulla loro fattibilità tecnica ed economica con la possibilità per l'ente concedente di convocare una conferenza di servizi preliminare (ex art. 14 della legge n. 241 del 1990) per acquisire pareri e autorizzazioni necessarie.

66 S. DOTA, A. BERTELLI (a cura di), *Decreto legislativo n. 209/2024 (cd. correttivo appalti) - prime linee guida operative e schema di regolamento per affidamenti sottosoglia aggiornato*, in <https://www.anci.it/wp-content/uploads/2025/03/Quaderno-correttivo-appalti-DEF.pdf>, marzo 2025.

67 Art. 193, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023 come modificato dall'art. 57 del Correttivo d.lgs. n. 209 del 2023. «*Previo verifica dell'interesse pubblico alla proposta e della relativa coerenza con la programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1, l'ente concedente dà notizia nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale della presentazione della proposta e provvede, altresì, ad indicare un termine, non inferiore a sessanta giorni, commisurato alla complessità del progetto, per la presentazione da parte di altri operatori economici, in qualità di proponenti, di proposte relative al medesimo intervento, redatte nel rispetto delle disposizioni del comma 3*».

Questo meccanismo unitamente al rafforzamento delle esigenze di trasparenza della procedura sono considerati elementi di innovazione del nuovo codice introdotto a seguito delle osservazioni rese dal Consiglio di Stato in sede di parere al testo di modifica.

Se il promotore o i proponenti non apportano le modifiche e integrazioni richieste per recepire le indicazioni del concedente entro il termine indicato le proposte si considereranno respinte con provvedimento motivato. Ed in sede di gara la competizione di fatto pare si giochi proprio sulle varianti migliorative al progetto di fattibilità tecnico – economica⁶⁸ e sulle eventuali modifiche allo schema di convenzione.

Il progetto di fattibilità così selezionato è integrato, se necessario in funzione dell'oggetto dell'intervento, con gli ulteriori elaborati richiesti dall'articolo 6 dell'allegato I.7, e poi approvato⁶⁹.

All'esito dell'insieme di queste fasi, l'amministrazione entro 60 giorni, differibili fino a 90 per esigenze comprovate istruttorie, conclude con provvedimento motivato⁷⁰ la procedura di valutazione (che in caso di pluralità di proposte ammesse si svolge in forma comparativa). Gli esiti di tale valutazione sono pubblicati sul sito istituzionale dell'ente, e degli stessi è data comunicazione ai soggetti interessati.

L'ente concedente prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando e redige una graduatoria nominando aggiudicatari il soggetto (promotore o altro proponente) che ha presentato la migliore offerta sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; poi viene posto in approvazione successivo il livello progettuale elaborato dall'aggiudicatario.

Sia nel caso di proposta spontanea, sia nel caso di proposta sollecitata da un avviso pubblico di un ente concedente, formulata prima o dopo il 1° gennaio 2025, l'art. 193 prevede la possibilità di assegnare al promotore, prevedendolo nel bando che disciplina la gara da espletarsi a valle della procedura di approvazione della proposta, il c.d. "diritto di prelazione" e cioè il diritto ad essere preferito al miglior offerente; tale diritto può essere esercitato entro 15 giorni

⁶⁸ Permanente è ancora nell'allegato I.7. il dato per cui i documenti della proposta tengano conto delle analisi inerenti alla sostenibilità ambientale/compatibilità paesaggistica e fattibilità economica dell'opera in relazione ai contesti territoriali di incidenza. Sul punto non possono ritenersi superate le conclusioni rese dall'A.N.A.C. già con la determinazione n. 10 del 2015 in materia di *project financing* tesa a suggerire, nella fase di approvazione dei progetti, forme di garanzie di coinvolgimento degli utenti e dei residenti interessati al fine di scongiurare forme di opposizione delle comunità locali interessate e garantire nel contempo la massima trasparenza degli atti procedurali. Pertanto risulterebbe utile, anche al di fuori delle ipotesi in cui prescritto per le opere significative in ragione della particolare rilevanza sociale dell'intervento e del suo impatto sull'ambiente e sul territorio, il ricorso al dibattito pubblico di cui all'articolo 40 oltre le ipotesi tassative di cui all'allegato I.6.

⁶⁹ <https://www.programmazioneeconomica.gov.it/it/il-partenariato-pubblico-privato/il-ppp-come-si-fa/>.

⁷⁰ Anche sul punto si evidenzia l'innovazione apportata dal correttivo con cui il provvedimento di conclusione del procedimento non è più indicato come espresso ma come motivato (comma 6).

dalla comunicazione di aggiudicazione della gara a patto che il promotore garantisca l'adeguamento della propria offerta alle migliori condizioni offerte dall'aggiudicatario.

Orbene tale istituto viene riconosciuto applicabile in favore, innovativamente, non solo del promotore ma anche degli altri proponenti (la cui proposta sia stata selezionata e posta base di gara) in recepimento delle osservazioni del Consiglio di Stato, nonché dei pronunciamenti giurisprudenziali recenti⁷¹, favorendo il principio concorrenziale. È stata confermata anche in sede di correttivo l'eliminazione della previsione secondo la quale nel bando l'ente concedente poteva alternativamente porre in essere il riconoscimento al promotore di un punteggio premiale al ricorrere dei presupposti di legge rispetto al diritto di prelazione.

Se il promotore o il proponente non risulta aggiudicatario della procedura, ha 15 giorni di tempo per esercitare la prelazione dalla comunicazione dell'aggiudicazione e ottenere l'affidamento della concessione alle stesse condizioni offerte dal miglior offerente. In caso di mancata aggiudicazione o di non esercizio della prelazione, il promotore o il proponente hanno diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta comprensive anche dei diritti delle opere di ingegno nei limiti di cui al comma 8 dell'art. 193 del d.lgs. n. 36 del 2023⁷².

4. Protagonismo del privato a supporto delle scelte amministrative: opportunità e criticità

In conclusione, nonostante le modifiche normative succitate, permangono criticità sulla disciplina della finanza di progetto come innovata per quanto alla effettiva *vis* attrattiva dell'istituto nei confronti degli investitori privati. La riforma sembrerebbe aver recepito quei vizi della precedente disciplina che la rendevano inefficiente attraverso una serie di disincentivazioni dei soggetti terzi potenziali promotori.

Il legislatore sembra aver erroneamente considerato la sola prelazione come il principale mezzo di incentivazione per l'imprenditore alla procedura, non tenendo conto invero della bancabilità di progetti⁷³, della tempistica di realizzazione dell'opera e della certa ripartizione delle responsabilità procedurali tra tali

⁷¹ La V^a sezione del Consiglio di Stato, ordinanza del 25 novembre 2024, n. 9449, ha ritenuto di dover demandare alla C.G.U.E. l'onere di pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto europeo della clausola di prelazione contenuta nell'art. 183, comma 15, di cui al precedente codice -d.lgs. n. 50 del 2016- che, nell'ambito di una procedura di *project financing*, attribuisce al proponente che non risulta aggiudicatario la facoltà di esercitare la clausola di prelazione e subentrare così nella posizione del primo in graduatoria. Il Collegio, considerata la possibilità che la prelazione possa sovvertire l'esito di una gara pubblica se esercitata dal promotore, in spregio ai principi di parità di trattamento e di apertura al mercato, ha sollevato dubbi sulla compatibilità della clausola di prelazione con la direttiva n. 2014/23/UE ovvero se la stessa sia espressione di puntuale recepimento dei principi di diritto eurounitario.

⁷² <https://www.programmazioneeconomica.gov.it/it/il-partenariato-pubblico-privato/il-ppp-come-si-fa/>. Non si può superare il 2,5% del valore dell'investimento nel rimborso delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta.

mezzi; il tutto avendo per di più forse perso l'occasione di re-introdurre una previsione di termini di azione perentori⁷⁴.

Una soluzione per superare tale criticità avrebbe potuto essere quella di semplificare ulteriormente il procedimento per accelerare l'attività di *permitting*, quella complessa serie di procedure amministrative che valutano l'opera da realizzare nelle sue diverse fasi di progettazione, realizzazione ed esecuzione. E ciò non solo attraverso l'accelerazione/snellimento degli iter procedurali, ma anche attraverso la preferenza del modulo negoziale⁷⁵ rispetto a quello di evidenza pubblica -sia pur per fattispecie tipiche-. Per vero, esempi di discipline "semplificate" rispetto alla normazione della procedura ad evidenza pubblica nazionale (salve le previsioni europee) si erano già registrati.

In tema di attuazione di progetti di grande interesse pubblico significativa è la disciplina introdotta dalla legge n. 84 del 1994 ex art. 18 *bis* e s.m. che ha apportato un'importante innovazione legata alle forme di intervento finanziario da parte di soggetti privati per le opere portuali, prima incentrate in via esclusiva su un sistema di natura pubblicistica⁷⁶. Ed infine all'art. 13, comma 4, del d.l. n. 104 del 2023 conv. in l. n. 136 del 2023 disciplinante i poteri del Commissario straordinario nominato dal Governo ove necessario ai fini dell'esercizio dei propri compiti in materia di realizzazione di programmi di in-

⁷³ Ossia la sua conformità a produrre nell'arco di tempo un piano flussi di cassa (*cash flow*) sufficiente a coprire tutte le spese operative, rimborsare i finanziatori e generare un utile di impresa al promotore dell'operazione: in altre parole il progetto deve essere *self-liquidating*.

⁷⁴ Rispetto al d.lgs. n. 50 del 2016 non si fa più riferimento al "termine perentorio di tre mesi per la valutazione della fattibilità della proposta", ma si è tornati ad utilizzare la dicitura "entro".

⁷⁵ Per vero autorevole dottrina aveva affermato in tempi non sospetti che l'irrigidimento delle forme del procedimento non consente una piena attuazione di tutti i principi costituzionali rilevanti nell'attività amministrativa, cogliendo un nesso inscindibile tra la flessibilità dell'azione amministrativa e l'efficienza della stessa e dunque del valore costituzionale del buon andamento di cui all'articolo 97 della Costituzione; cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, in G. Serra, *op.cit.*, p. 882.

⁷⁶ L'art. 18 *bis*, comma 5, prevede infatti che «Per la realizzazione delle opere e degli interventi di cui al comma 1, le Autorità di sistema portuale^o possono, in ogni caso, fare ricorso a forme di compartecipazione del capitale privato, secondo la disciplina della tecnica di finanza di progetto di cui all'articolo 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163^o e successive modifiche ed integrazioni, stipulando contratti di finanziamento a medio e lungo termine con istituti di credito nazionali ed internazionali abilitati, inclusa la Cassa depositi e prestiti S.p.A.». «Si è affermato dunque, in un sistema fino ad allora caratterizzato da un modello di finanziamento esclusivamente pubblico, un vero e proprio capovolgimento di prospettiva che ha portato all'affermazione del principio della privatizzazione della realizzazione delle opere portuali, dunque ad un significativo elemento di apertura verso l'apporto di contributi finanziari da parte dei privati che avrebbe dovuto determinare, come accaduto in parte nel resto della realtà europea, la definizione di nuovi scenari per il rilancio degli investimenti nelle infrastrutture portuali», cfr. A. MARCHETTI, *Il project financing quale strumento per la realizzazione e il finanziamento delle infrastrutture portuali: genesi e prospettive di un modello di partenariato pubblico privato in assestamento*, in *federalismi.it*, 2019, 1, p. 13. È opportuno evidenziare sul punto che il nuovo codice appalti -d.lgs. n. 36 del 2023- ha espunto dalla disciplina della finanza di progetto tutti i riferimenti alla nautica di diporto presenti nell'art. 183 del d.lgs. n. 50 del 2016 affidandone quindi la relativa applicabilità della disciplina alla sola norma di settore.

vestimento esteri di interesse strategico nazionale in deroga alle disposizioni del codice dei contratti (sia pur non ai vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea).

Sta di fatto che il ricorso al *project financing* risulterebbe all'oggi ancora marginale.

Una delle principali problematiche emergenti attiene all'incerta realizzabilità delle opere attraverso tale istituto a causa dell'ampio potere discrezionale in capo all'amministrazione in grado di poter vanificare -come sostenuto da autorevole dottrina⁷⁷- gli impegni di progettazione, sviluppo ed elaborazione in virtù della sussistenza dell'esercizio del potere di revoca delle procedure.

E sulla spettanza in capo alla stazione appaltante del potere di revoca in autotutela «*suffraga la spiccata latitudine discrezionale di questo potere, cui sottese valutazioni di sostenibilità e convenienza si prestano ad un sindacato giurisdizionale estremamente limitato*»⁷⁸. Resta insindacabile nel suo nucleo duro quindi la valutazione di convenienza di una operazione di P.P.P., da intendersi -come anzidetto- nella complessiva sostenibilità economica dell'operazione anche solo in termini di entità, tempistica e modulazione degli oneri che la sua esecuzione porrebbe a carico della amministrazione.

Sul punto recente giurisprudenza amministrativa⁷⁹ si è espressa ribadendo la necessità di operare una lettura evidentemente restrittiva delle procedure di *project financing* laddove idonee a determinare dannosità per il pubblico erario al fine di evitare la trasformazione dei pubblici servizi in occasione di lucro garantito per il settore creditizio in danno dell'equilibrio delle pubbliche finanze (c.d. finanziarizzazione speculativa dei pubblici servizi).

Per vero la questione era stata affrontata anche dalla giustizia contabile evidenziando la responsabilità a carico dei dirigenti protagonisti della sottoscrizione di convenzione a seguito di procedura di finanza di progetto, rei di aver posto in esser una operazione svantaggiosa ed antieconomica per l'amministrazione⁸⁰.

Di poi, sul legittimo affidamento maturato in capo al promotore magari frustrato dopo esser stato coinvolto per lungo tempo nel progetto con costi e oneri sopportati, vi è che lo stesso potrà esser considerato recessivo rispetto all'interesse pubblico primario della sostenibilità di bilancio aziendale. E riguardo all'operatore economico, dapprima selezionato nella fase pre-procedimentale della procedura di *project financing* in quanto presentatore di una proposta rite-

⁷⁷ L. PERFETTI, *op. cit.*, 2025, 1, p. 12.

⁷⁸ Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2024, n. 9701.

⁷⁹ T.A.R. Puglia - Bari, sez. II, 28 febbraio 2024, n. 237, confermata in appello con sentenza del Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2024, n. 9701.

⁸⁰ Corte Conti, sez. Giur. Veneto, 15 aprile 2024, n. 30, secondo cui «*Il piano finanziario deve rivestire un ruolo essenziale e centrale nella proposta di project financing e così le relative voci che concorrono a definirne l'equilibrio, e non è ammissibile la sottrazione del piano economico finanziario ad una seria valutazione di sostenibilità da parte della stazione committente*».

nuta d'interesse, che successivamente abbia visto revocata una procedura già indetta il legislatore ha posto una serie di rimedi per alleviare parzialmente il peso degli oneri sostenuti, alcuni dei quali a titolo di rimborso di costi; ciò sia pur ribadendo l'alea della possibile non realizzazione della proposta.

D'altronde la presentazione della proposta non comporta l'insorgere di un dovere di dare corso alla procedura di individuazione del promotore perché l'amministrazione rimane titolare del potere di valutazione della stessa per la tutela dell'interesse pubblico i cui esiti si articolano in un ventaglio di possibili soluzioni attraverso valutazioni attinenti al merito amministrativo, tra cui l'opportunità di affidare il progetto per la sua esecuzione o anche di rinviare la sua realizzazione o di non procedere affatto⁸¹. Infatti, come anche affermato da recente giurisprudenza in tema di *project financing*, anche dopo l'approvazione della proposta non sorge un distinto, speciale ed autonomo rapporto che porti l'amministrazione a dare corso in ogni caso alla procedura finanziata dal progetto pena la sua responsabilità precontrattuale. La valutazione della necessità di realizzazione dell'opera deve essere rimanente, nel senso che l'amministrazione deve valutarne fino all'affidamento l'attualità e la convenienza senza condizionamenti neppure tramite contatti informali da parte del promotore.

Quindi ciò che si rendeva necessario nel nuovo testo di disciplina era il prevedere una valutazione in contraddittorio in cui, a fronte di un interesse preliminare manifestato e dello sviluppo di un progetto, pianificata un'iniziativa e acquisite le conoscenze economiche e tecniche insorgende dalla proposta, vi fosse un'assunzione di un impegno reciproco. Nella normativa come introdotta invece è previsto a carico dell'amministrazione, all'esito della presentazione della proposta e verificato l'interesse pubblico della stessa (in assenza di termini fissi a riguardo), non una dichiarazione di pubblico interesse, ma l'eccitazione di un confronto concorrenziale di altre proposte sempre nel dubbio in merito all'effettiva esistenza di un procedimento destinato a proseguire e alla valutazione del pubblico interesse dello stesso⁸².

Forse esemplificativa sul punto avrebbe potuto esser la disciplina vigente per l'ammodernamento o costruzione di impianti sportivi dove significativa è la concentrazione, accelerazione e semplificazione dell'iter procedimentale affidato alla formula collegiale della conferenza di servizi (sia preliminare che decisoria) ai fini della valutazione del pubblico interesse e della dichiarazione di pubblica utilità della proposta progettuale sottoposta dal promotore⁸³.

Infine, se è vero che nella disciplina del Codice come riformato all'esito delle varie fasi di valutazione l'amministrazione è chiamata a concludere con provvedimento motivato la procedura di valutazione che in caso di pluralità di

81 Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2021, n. 368, T.A.R. Toscana - Firenze, sez. I, 4 marzo 2025, n. 345 e Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2025, n. 4358.

82 L'art. 193, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede la pubblicazione della stessa proposta al fine di sollecitare la presentazione «da parte di altri operatori economici in qualità di proponenti di proposte relative al medesimo intervento».

83 Cfr. l'art. 4 del d.lgs. n. 38 del 2021 come modificato dal d.lgs. n. 120 del 2023.

proposte ammesse si svolgerà in forma comparativa, e che all'esito di ciò è previsto che la procedura segua come da tradizione la celebrazione della gara, altrettanto significativa è l'assenza di indicazioni sui tempi di indizione della stessa. Chiaramente la competizione in sede di gara verterà fondamentalmente sulle varianti migliorative a progetto di fattibilità tecnico – economica e sulle eventuali modifiche allo schema di convenzione; ciò in assenza di previsioni in merito all'esame sulla effettiva eseguibilità delle stesse. Ma anche su questo laddove le proposte migliorative dovessero contenere degli elementi tecnologici coperti da brevetto o privativa, l'esercizio della opzione di prelazione in capo al promotore sarebbe probabilmente non attuabile.

In conclusione, forse all'oggi il maggior danno che possa essere arrecato all'interesse pubblico dalla mancata attuazione della procedura della finanza di progetto è proprio connesso alla mancata realizzazione dell'opera pubblica attraverso il supporto delle risorse private.

E ciò specie in quegli ambiti di intervento dove la carenza di competenze tecniche di alta specializzazione nelle pubbliche amministrazioni renderebbe necessaria la capacità progettuale dei privati; ci si riferisce alle operazioni di innovazione tecnologica che passano dalla digitalizzazione dei servizi pubblici (nelle *smart city*)⁸⁴. IlE la stessa A.N.C.E.⁸⁵ sul punto ha di recente auspicato la possibilità per gli enti locali di coinvolgere i privati nelle proposte di intervento da presentare nell'ambito dei bandi per la rigenerazione urbana, incentivando le operazioni di partenariato pubblico-privato anche con strumenti di natura non prettamente pubblicistica (es. accordi operativi).

Non ci resta che attendere quindi la prova dei fatti.

84 In www.agendadigitale.eu/smart-city/smart-city-tecnologie-e-partnership-al-servizio-delle-comunita-urbane, 5 maggio 2025. L'integrazione di tecnologie avanzate nelle smart city migliora l'efficienza dei servizi pubblici, la sostenibilità e la qualità della vita. In tal senso, il Partenariato Pubblico-Privato rappresenta un'opportunità per finanziare questi progetti.

85 Cfr. in www.ancefoggia.it/rigenerazione-urbana-ance-bene-limpegno-a-promuovere-un-programma-nazionale-sulla-rigenerazione-urbana-prioritario-migliorare-il-rapporto-tra-stato-regioni-e-enti-locali, ottobre 2024.