

## **La finanza di progetto dopo il d.lgs. n.152/2008**

*Giuseppe Manfredi*

**1.**A metà degli anni settanta venne pubblicato un rapporto redatto per conto della Commissione Trilaterale sullo stato delle democrazie occidentali, consistente in una raccolta di studi curata da Michel Crozier e da Samuel Huntington intitolata “*La crisi della democrazia*”.

Tra le tesi che vi erano espresse un ruolo centrale spettava a quella secondo cui i regimi democratici erano destinati a entrare in crisi a causa del vero e proprio “sovraccarico decisionale” che sarebbe stato cagionato dall’eccesso di aspettative e di attese riposte dai cittadini nell’operato delle istituzioni governative.

Tutti sappiamo che nei decenni successivi sarebbero emerse svariate tendenze politiche e normative intese a scongiurare questo rischio: tendenze che vanno dalle politiche reaganiane e tatcheriane degli anni ottanta, intese a limitare tali aspettative mediante il contenimento del *Welfare State*, alle riforme degli apparati amministrativi secondo logiche aziendalistiche, intese a ottimizzare i costi dell’attività amministrativa necessaria per sovvenire a tali aspettative, *etc.*

Nondimeno, ad oggi le istituzioni pubbliche versano ancora in gravi difficoltà nel far fronte ad attese e aspettative sempre crescenti da parte di questo o di quel settore della società, e, quindi, devono fare i conti con ciò che è stato indicato come uno dei fattori di maggior rilievo dei recenti mutamenti registratisi nel diritto delle amministrazioni pubbliche, ossia con la crisi fiscale dello Stato.

Peraltro lo scollamento tra le richieste di beni e di servizi che vengono dalla società e i mezzi finanziari necessari per farvi fronte può divenire letteralmente drammatico nelle autonomie locali, le quali, da un lato, costituiscono il livello di governo maggiormente a contatto con i cittadini, che, quindi, è maggiormente esposto alle attese e alle pretese dei cittadini stessi; mentre, dall’altro lato, subiscono la mancata attuazione del nuovo art.119 della Costituzione, e, dunque, i crescenti vincoli alla loro capacità di spesa che vengono imposti dallo Stato e dalla Comunità europea.

**2.**Un modo pensato negli scorsi anni per fornire un qualche rimedio a questo scollamento è quello di assicurare alla collettività beni e servizi ricorrendo non tanto, o non solo, alle risorse che vengono dalla fiscalità generale, quanto piuttosto a capitali privati ottenuti su base volontaria, mediante diverse forme di collaborazione con gli operatori economici privati.

Il che però comporta l’esigenza di trovare un nuovo modo di rapportarsi ai privati, e, quindi, un ripensamento degli schemi tradizionali del diritto dei contratti delle pubbliche amministrazioni.

Ciò avviene in particolare mercé un allontanamento da quello che, a partire almeno dalle leggi di unificazione della metà dell’ottocento, è lo

schema consueto impiegato dagli enti pubblici per mettersi in rapporto con i privati fornitori di beni e servizi, che è stato efficacemente definito come il modello dello stato decisore imparziale.

Questo schema richiedeva - e richiede tuttora - che nella scelta dei privati contraenti le pubbliche amministrazioni si collochino su un piano completamente diverso, e separato, rispetto al mercato, agendo mediante meccanismi impersonali e il più possibile automatici, atti a comprimere il più possibile la discrezionalità amministrativa, e, quindi, il rischio di indebite preferenze per questa o per quella impresa.

L'archetipo di questo modo di rapportarsi al mercato consiste nell'aggiudicare i contratti tramite pubbliche gare che si svolgano secondo il criterio del prezzo più basso, ossia tramite un criterio che consente appunto una vera e propria automaticità della scelta.

In sostanza, rispetto agli operatori economici privati l'amministrazione deve rinchiudersi in una sorta di proverbiale torre d'avorio.

Come noto, l'originaria finalità di questo schema di comportamento era quella di garantire l'interesse pubblico a stipulare contratti alle migliori condizioni possibili, evitando che tali contratti diventassero null'altro che un'occasione di indebite elargizioni di pubblico denaro alle imprese che per qualche ragione - di simpatia personale, di affinità ideologica o partitica, o magari di vera e propria corruttela - possono esercitare un qualche tipo di condizionamento sui funzionari, onorari o professionali, chiamati a stipulare il contratto.

Ed è altrettanto noto che a questa finalità se ne è aggiunta anche un'altra, che risulta ormai quasi più rilevante della prima.

Soprattutto mercé l'influsso dei principi del diritto comunitario, si vuole evitare che l'aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione rappresenti un'occasione di distorsione delle logiche concorrenziali del mercato: in altri termini, si vuole fare sì che tutti gli operatori economici siano posti in un'identica posizione di partenza.

Pertanto, è proprio per questa ragione che nella disciplina dei contratti della pubblica amministrazione un'ampia serie di vincoli e di rigidità deriva appunto dal diritto comunitario, prima ancora che da norme elaborate autonomamente dal legislatore italiano.

Questa tendenza, si badi bene, è tuttora in atto, talché sarebbe in errore chi ritenesse superato il modello del decisore imparziale.

Per restare alle più recenti modifiche normative, basti pensare che è per effetto dei condizionamenti che sono venuti dall'ordinamento comunitario che da ultimo nel Codice dei contratti pubblici si è previsto l'obbligo di scegliere tramite apposite procedure di gara addirittura i soggetti incaricati di eseguire le opere di urbanizzazione.

Nondimeno, è proprio dallo stesso diritto comunitario che vengono pure sollecitazioni a discostarsi da tale modello nei settori in cui si avverte l'esigenza della collaborazione con gli operatori economici.

Il più tipico esempio di questa tendenza normativa è rappresentato senz'altro dall'istituto del dialogo competitivo, disciplinato dall'art.58 del Codice dei contratti pubblici, che costituisce appunto l'attuazione nel nostro ordinamento delle previsioni degli artt.11 e 29 della Direttiva

CE n.18 del 2004, e tramite cui – seppure in casi del tutto eccezionali, ossia quando occorre affidare “*appalti particolarmente complessi*” - la pubblica amministrazione per così dire individua addirittura i contenuti essenziali del contratto da stipulare attraverso il confronto con gli operatori economici privati.

**3.**La finanza di progetto, o, se si preferisce un anglicismo che ormai è entrato nell’uso corrente, il *project financing*, di cui qui ci occupiamo, è l’altro istituto che meglio connota la tendenza verso un modello di contrattazione pubblica che rispetto al modello tradizionale è decisamente più aperto al dialogo e al confronto con gli operatori economici privati.

A differenza del dialogo competitivo, qui però ci troviamo di fronte a un istituto che è il frutto di una elaborazione autonoma dal legislatore italiano.

Ed è forse anche per tale ragione che questo istituto è stato occasione di frizione con le istituzioni comunitarie, e probabilmente lo sarà anche in futuro.

In sostanza, tramite la finanza di progetto è stata recepita una tecnica finanziaria utilizzata soprattutto nei paesi anglosassoni (negli anni ottanta il governo inglese se ne era avvalso per attuare diversi interventi infrastrutturali in rilievo) al fine di realizzare un progetto mediante la capacità del progetto stesso stesso di produrre utili, e quindi, di autofinanziarsi.

Questa tecnica finanziaria è stata innestata su uno degli istituti più risalenti del nostro diritto dei contratti pubblici, ossia la concessione di opera pubblica, tramite la quale il privato che realizza l’opera per l’appunto si compensa con i proventi che derivano dall’opera stessa: tipicamente, tramite la tariffa versata dagli utenti fruitori dell’opera.

E’ però opportuno precisare che nella produzione normativa degli ultimi anni l’istituto della finanza di progetto in realtà costituisce solo un recepimento parziale, o spurio, della tecnica del *project financing*.

Sin dalle origini si è infatti previsto che tramite questo istituto possono essere realizzate opere che vengono finanziate in tutto o in parte con capitali privati: in altri termini, il legislatore ha inteso promuovere l’impiego dell’istituto non nelle sole opere cosiddette calde, ossia quelle (potenzialmente) produttive di reddito, ma anche nelle opere cosiddette fredde, ossia quelle che non sono redditizie (o, meglio, che non sono redditizie in misura tale da consentire una remunerazione delle risorse impiegate dai privati concessionari), e, quindi, ha previsto che gli interventi in questione possono essere in parte finanziati anche mediante capitali pubblici.

E pure nel vigente Codice dei contratti *ex* d.lgs. n.163/2006, se esaminiamo le norme in tema di concessione di lavori pubblici - l’istituto su cui, come detto, è stato innestato quello della finanza di progetto -, vediamo che nell’art.143, dopo che si è affermato nel comma 3 che “*la controprestazione a favore del concessionario consiste, di regola, unica-*

*mente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati”, nel comma 4 si corregge subito questa affermazione precisando che “tuttavia, il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo”, qualora i prezzi praticati agli utenti non consentano di raggiungere l’equilibrio economico-finanziario degli investimenti.*

A questo punto si potrebbe però sospettare che l’introduzione nel nostro ordinamento della finanza di progetto finisca per costituire una sorta di operazione di *restyling* con cui si è rinominato, ma solo molto parzialmente ammodernato l’istituto della concessione di costruzione e gestione al fine di renderlo più appetibile agli investitori privati.

In realtà, rispetto ai caratteri consueti della concessione la novità sostanziale della finanza di progetto risiede nel fatto che (come nel dialogo competitivo di cui s’è appena detto) gli operatori economici privati collaborano con l’amministrazione nell’individuare le caratteristiche degli interventi da realizzare: anche se, come vedremo fra poco, ciò avviene in modo e in misura diversi a seconda dei casi a seconda degli assetti normativi dell’istituto.

4. Come noto, l’istituto era stato previsto per la prima volta in uno degli interventi correttivi della legge c.d. Merloni n.109 del 1994, ossia la l. n.415 del 1998.

Nel decennio successivo la disciplina della finanza di progetto è stata però modificata più volte: prima, vigente la legge n.109, mediante la legge n.166/2002, poi in occasione dell’emanazione del Codice dei contratti, le cui norme sul punto sono state a loro volta modificate una prima volta mediante il c.d. secondo correttivo, ex d. lgs. n.113/2007, e, infine, più estesamente, dal d.lgs. n.152/2008, che ha abrogato gli artt.154 e 155 del Codice e ha interamente riscritto l’art.153.

Sulle ragioni di questa accentuata instabilità normativa è opportuno soffermarsi brevemente, dato che esse, lo vedremo fra poco, costituiscono un’efficace chiave di lettura anche della nuova disciplina dell’istituto.

La prima ragione di questa instabilità deriva dall’esigenza di assicurare la compatibilità della disciplina della finanza di progetto ai principi e alle norme dell’ordinamento comunitario.

La legge n.415/1998, nel disegnare la prima versione della disciplina, al fine di rendere più appetibile alle imprese la presentazione di proposte di infrastrutture da realizzare con capitali privati, aveva previsto il ben noto diritto di prelazione al promotore (oltre all’obbligo dell’aggiudicatario, se diverso dal promotore, di rimborsare a questi le spese di progettazione sostenute).

In sostanza, il soggetto che promuove la realizzazione di un intervento mediante finanza di progetto viene, per così dire, compensato non solo tramite il rimborso delle spese affrontate per la progettazione dell’intervento medesimo – ovvio: qualora in definitiva non ne risulti aggiudicatario -, ma anche tramite il riconoscimento del diritto di essere prefe-

rito, a parità di condizioni, a tutti gli altri soggetti aspiranti alla realizzazione dell'opera.

Com'era facilmente prevedibile, la Commissione europea ha tempestivamente censurato queste previsioni, in base alla considerazione che esse violano la *par condicio* tra le imprese, e, quindi, sono suscettibili di cagione una indebita alterazione del funzionamento del mercato.

Delle censure della Commissione si era tenuto conto nel c.d. secondo correttivo del Codice dei contratti, il già citato d.lgs. n.113/2007, che aveva appunto soppresso il diritto di prelazione.

Dopo l'intervento del 2007 secondo alcune rilevazioni statistiche (ma, come talvolta accade con le statistiche, non secondo altre) s'era però registrato un decremento degli interventi realizzati mediante la finanza di progetto.

Forse la ragione di questo – presunto - minore impiego dell'istituto da parte degli operatori economici privati risiedeva anche in altri fattori: ad esempio, la minore disponibilità degli istituti di credito (a cui l'odierna crisi finanziaria sembra consigliare atteggiamenti decisamente più cauti di quelli del passato) a fornire le garanzie necessarie per la realizzazione degli interventi in discorso.

Come che sia, è probabilmente per tale ragione che il terzo correttivo del Codice dei contratti ex d. lgs. n.152/2008 ha parzialmente reintrodotta il controverso diritto di prelazione.

A ciò ha forse contribuito pure un secondo dato, ossia il fatto che il ricorso che era stato promosso avanti la Corte di Giustizia dalla Commissione europea nei confronti della Repubblica Italiana per censurare il diritto di prelazione è stato respinto con la sentenza del 21.2.2008.

Ciò che, forse, è stato interpretato come il venire meno di un ostacolo alla reintroduzione dell'istituto: ma, con tutta probabilità, in modo alquanto avventato, dato che la Corte di Giustizia in realtà è giunta alla reiezione del ricorso non perché lo ritenesse infondato, ma, piuttosto, per un motivo meramente formale, dato che le osservazioni della Commissione sono state ritenute irricevibili per la mancata precisa indicazione delle norme comunitarie che si assumevano violate da questo aspetto della disciplina della finanza di progetto.

5.L'altra, e ancor più importante ragione dell'instabilità dell'istituto consiste nel fatto che persino in questo contesto l'apertura alla collaborazione e al dialogo con gli operatori economici privati di cui s'è detto non comporta affatto un integrale superamento del modello del decisore imparziale.

In astratto la soluzione ottimale per realizzare un dialogo siffatto sarebbe senz'altro un sistema di scelta del contraente impostato secondo gli schemi della trattativa privata cosiddetta pura, in cui l'amministrazione si comporta come un soggetto privato, e, pertanto, si rapporta ai privati senza alcun formalismo.

E' intuibile però che a questa stregua il rischio per gli interessi della collettività e per il mercato stesso sarebbe troppo elevato, dato che sarebbe

sin troppo facile che determinati interventi infrastrutturali vengano realizzati solo perché convengono a questo o a quell'operatore economico.

Per cui nella disciplina dell'istituto ci si è trovati a dover rinvenire un adeguato punto di equilibrio tra due esigenze difficilmente conciliabili.

Se infatti si esce dai consueti schematismi che, a seconda della prospettiva prescelta (o magari della moda culturale, o politico-culturale del momento), tendono a collocare ogni genere di disfunzione solo nel campo pubblico o solo in quello privato, ci si avvede che qua ci si trova di fronte a due rischi contrapposti: da un lato, quello che determinati interventi infrastrutturali vengano realizzati solo perché sono, o sembrano potenzialmente redditizi per le imprese private, anziché di effettiva utilità per la collettività; dall'altro lato, quello che invece non venga realizzato nessun intervento perché gli imprenditori non possono, o non vogliono sottostare a tutti i gravami imposti loro dal contraente pubblico.

Il che si traduce in due opposte esigenze: da un lato, quella di non mortificare tramite vincoli programmatici e procedurali troppo rigidi e defatiganti l'iniziativa e la creatività che gli imprenditori privati possono esercitare nel proporre interventi di *project*; dall'altro lato, quella di evitare che le esigenze di interesse collettivo a cui si vuole sovvenire tramite gli interventi infrastrutturali vengano offuscate dall'esigenza degli imprenditori privati di realizzare interventi redditizi.

Per dirla con le parole di un filosofo del secolo scorso, si potrebbe sostenere che anche qui, come in genere accade nelle questioni terrene, non tutte le cose buone sono compatibili, o, comunque, che esse sono compatibili solo con grande difficoltà.

Ora, gli strumenti che il legislatore ha a disposizione per evitare che il dialogo colle imprese venga a ledere gli interessi della collettività e le esigenze del mercato sono essenzialmente due.

Il primo è la programmazione dei lavori pubblici: al fine di evitare che la realizzazione di opere pubbliche costituisca solo l'occasione di favorire le estemporanee esigenze di un determinato operatore economico, si prevede che la stazione appaltante può realizzare solo ed esclusivamente le opere che ha previsto nei propri strumenti programmatici - ossia, negli assetti normativi vigenti, il programma triennale e l'elenco annuale dei lavori pubblici-.

Il secondo è il confronto tra le offerte dei vari operatori economici: tramite le pubbliche gare (e tramite tutti gli altri analoghi strumenti che nell'ordinamento vigente sono intesi all'attuazione dei principi di concorrenzialità e concorsualità) si dà alle diverse imprese la possibilità di concorrere per la realizzazione dell'intervento.

In sostanza, i diversi assetti normativi della finanza di progetto derivano dalla combinazione di questi due primi fattori con un terzo, costituito appunto dal dialogo con le imprese private nella definizione dell'intervento.

Durante gli scorsi anni il legislatore ha dunque sperimentato diverse combinazioni di questi tre fattori.

Per quanto qui più direttamente interessa, va ricordato che la versione originaria del Codice dei contratti pubblici prevedeva una forma di com-

binazione decisamente complessa, anzi, persino macchinosa, dato che essa si articolava in ben tre diverse fasi concorsuali.

In sostanza, potevano essere realizzati mediante finanza di progetto i soli interventi previsti nella programmazione dei lavori pubblici di ciascuna amministrazione.

Per precisione va detto che la programmazione non era del tutto refrattaria alle proposte di parte privata: il vecchio testo dell'art.153 prevedeva anzi la possibilità che anche i soggetti privati presentassero proposte di intervento in sede di redazione dei programmi dei lavori pubblici.

Ma al contempo si prevedeva che l'adozione di tali proposte non dava diritto ad alcun compenso in capo al proponente, e, soprattutto, che l'amministrazione non aveva neppure nessun obbligo di valutazione delle proposte medesime.

In relazione agli interventi previsti nella programmazione dei lavori pubblici, le imprese dotate dei requisiti di legge (consistenti per lo più nelle imprese legittimate a partecipare alle gare per l'affidamento delle concessioni) potevano fungere da promotore, ossia presentare proposte che si incentravano su uno studio di fattibilità dell'intervento.

*In nuce* i contenuti dello studio di fattibilità consistono negli elementi essenziali dell'intervento: l'inquadramento territoriale del progetto, l'analisi della domanda a cui si vuole sovvenire, la descrizione dell'intervento, l'analisi delle possibili alternative, l'analisi dei costi gestionali, *etc.*

Dopo la presentazione delle proposte iniziava una prima fase concorsuale, ove venivano valutate comparativamente le diverse proposte presentate, e veniva scelta quella ritenuta più rispondente al pubblico interesse.

La seconda fase concorsuale si apriva quando questa proposta veniva posta a base di una gara aperta alle imprese diverse da quella che aveva funto da promotore, presentando la proposta originaria.

La terza fase concorsuale si svolgeva poi tra il promotore e le imprese che nella fase concorsuale precedente avevano presentato le due migliori offerte.

**6.** Alla luce di tutto quanto sopra, risulta dunque abbastanza agevole comprendere le scelte operate dal legislatore nella riformulazione dell'art.153 del Codice.

Il primo dato di rilievo è che il legislatore, in luogo dell'unica procedura che era stata prevista nel 2006, ha introdotto ben quattro diversi schemi procedurali, in cui i tre fattori di cui s'è appena detto si combinano diversamente.

La compresenza di diversi schemi procedurali va valutata positivamente, dato che sembra significare che il legislatore è consapevole che non esiste una soluzione *bon à tout faire*, ma, piuttosto, soluzioni diverse a seconda delle diverse esigenze concrete cui di volta in volta si vuole sovvenire: il che dovrebbe dunque consentire una maggiore adattabilità e

flessibilità, e, quindi, una complessiva maggiore efficacia dell'istituto in parola.

Nondimeno, questo dato può contribuire a disorientare gli attori, pubblici e privati, del settore delle opere pubbliche, e, quindi, rende necessaria una chiara sistemazione delle diverse alternative disponibili.

Prima di esaminare partitamente i quattro schemi in discorso va però evidenziato che tre di questi schemi si segnalano per un'innovazione di rilievo in ordine alla redazione dello studio di fattibilità.

Mentre, come s'è appena visto, in precedenza la redazione dello studio di fattibilità spettava al privato promotore, ora invece si prevede che questo documento dev'essere redatto da parte dell'amministrazione procedente: tant'è che esso entra a far parte della programmazione dei lavori pubblici, dato che tramite una modifica dell'art.128 del Codice si è previsto che esso costituisce contenuto necessario dell'elenco annuale.

Al promotore compete invece solo la redazione di un documento progettuale di maggior dettaglio, ossia il progetto preliminare dell'opera.

Questa novità di primo acchito si presta a essere letta come un'espressione di una sorta di maggior dirigismo pubblico, e come una compressione del ruolo della creatività degli operatori privati: ciò che forse si accorda con il clima di minor fiducia per l'iniziativa privata che sembra essersi diffuso dopo l'inizio della crisi in cui versa l'economia.

A questa stregua, però, si corre il rischio che la disciplina odierna della finanza di progetto non lasci uno spazio sufficiente proprio per quel dialogo con gli operatori economici privati che, come s'è visto, costituisce il *proprium* dell'istituto, e che la programmazione dei lavori pubblici, dopo aver inglobato lo studio di fattibilità, risulti fin troppo stringente, e finisca col soffocare l'iniziativa privata.

V'è però da dire, da un lato, che questo aspetto di maggior dirigismo che si rinviene nei primi tre schemi trova una sorta di (almeno parziale) compensazione nel quarto schema procedurale, che, invece, si connota per un potenziamento del ruolo assegnato all'iniziativa privata.

E, dall'altro lato, che a ben vedere questa innovazione ha anche una valenza di semplificazione.

Essa infatti rende possibile lo snellimento della procedura intesa all'aggiudicazione dell'intervento di finanza di progetto: in luogo del vecchio procedimento che si articolava in tre distinte fasi concorsuali il nuovo testo dell'art.153 disegna infatti un procedimento unitario, oppure, in alternativa, un procedimento bifasico.

Il che, intuitivamente, consente di pervenire al traguardo dell'aggiudicazione in tempi sensibilmente più brevi e con costi minori di quanto non fosse in precedenza.

Il primo procedimento, a gara unica, disciplinato dai commi 1-14 del nuovo testo dell'art.153, è infatti nettamente più semplice di quello che era previsto nel vecchio testo.

In ordine agli interventi per cui la programmazione dei lavori pubblici prevede la possibilità di realizzazione mediante finanza di progetto, l'amministrazione procedente bandisce una procedura aperta, o una



procedura ristretta, da svolgersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Le imprese che concorrono alla procedura presentano dunque offerte che comprendono anche il progetto preliminare dell'intervento, e il miglior offerente viene nominato promotore.

A questo punto il progetto viene posto in approvazione da parte dell'amministrazione ai sensi dell'art.97 del Codice: se in questa sede il progetto non necessita di modifiche l'amministrazione procedente deve senz'altro aggiudicare il contratto al promotore.

Se, invece, il progetto richiede delle modifiche, e il promotore non accetta di realizzarle, si procede allo scorrimento della graduatoria, e il contratto viene aggiudicato al primo concorrente che accetta di realizzare il progetto modificato.

Da segnalare che, come in passato, se l'aggiudicazione non avviene a favore del promotore, questi ha diritto a ottenere dall'aggiudicatario il rimborso delle spese di progettazione, entro il limite del 2.5% del valore dell'investimento risultante dallo studio di fattibilità.

Il secondo schema procedurale, a doppia gara, disciplinato dal comma 15 del nuovo testo dell'art.153, costituisce una variante del primo – e, si badi bene, si connota per la reintroduzione del controverso diritto di prelazione -.

La prima gara – che si svolge secondo i sistemi e secondo il criterio previsti nello schema precedente – non si conclude con l'aggiudicazione, ma solo con l'individuazione del soggetto che viene nominato promotore.

Il progetto preliminare redatto dal promotore viene dunque posto a base della seconda gara (anche qui non vi sono variazioni in ordine ai sistemi di gara e al criterio di aggiudicazione), che evidentemente è aperta ai soli soggetti diversi dal promotore.

In esito allo svolgimento di questa seconda gara, possono verificarsi tre diverse ipotesi, dato l'aggiudicazione avviene: a) se non sono state presentate offerte economicamente più vantaggiose di quella del promotore, a favore del promotore; b) se sono state presentate offerte più vantaggiose di quella del promotore, la gara viene aggiudicata al promotore se questi entro 45 giorni esercita il diritto di prelazione rispetto al miglior offerente nella seconda gara, a condizione che si adegui alla migliore offerta; c) se sono state presentate offerte più vantaggiose di quella del promotore, e il promotore non esercita il diritto di prelazione, la gara viene aggiudicata al miglior offerente.

Anche la disciplina dei rimborsi risulta più articolata: in caso di esercizio del diritto di prelazione del promotore, questi rimborsa al miglior offerente le spese di partecipazione della gara; in caso di mancato esercizio del diritto di prelazione, è il promotore ad avere diritto al rimborso delle spese di progettazione.

7. Il terzo schema procedurale, disciplinato dai commi 16-18 dell'art.153, è stato efficacemente definito come procedimento a promotore

suppletivo, perché qui l'iniziativa di realizzare un intervento mediante finanza di progetto viene presa da un soggetto privato in caso di inerzia dell'amministrazione nell'attuare quanto previsto nella programmazione dei lavori pubblici.

Oggetto di questa procedura sono infatti gli interventi la cui realizzazione mediante finanza di progetto è sì prevista nel programma triennale e nell'elenco annuale dei lavori pubblici, ma per cui l'amministrazione entro sei mesi dall'approvazione del secondo documento non ha pubblicato nessun bando.

Entro i quattro mesi successivi alla scadenza del termine semestrale le imprese private possono presentare una proposta dotata dei contenuti previsti per le offerte nelle due procedure precedenti.

Nei sessanta giorni successivi l'amministrazione deve dunque pubblicare, con le modalità previste per la pubblicazione dei bandi di gara, un avviso in cui si rappresenta la possibilità (per i soggetti diversi dal presentatore della proposta originaria) di presentare proposte alternative, oppure (per il presentato della proposta originaria) di riformulare la proposta presentata.

Pur nel silenzio della legge, in applicazione del generale principio concorsualità è da ritenersi che nel caso in cui vengano presentate più proposte l'amministrazione dovrà necessariamente svolgerne una valutazione comparativa, in esito a cui verrà individuata quella ritenuta di pubblico interesse.

A questo punto l'amministrazione può seguire due procedure concorsuali alternative, in entrambe le quali la proposta ritenuta di pubblico interesse funge da base di gara: infatti, o bandisce una concessione di opera pubblica, ex art.143 del Codice, oppure bandisce una procedura che si svolge secondo lo schema della seconda gara del procedimento a doppia gara.

In entrambi i casi il promotore, che qui corrisponde al presentatore della proposta ritenuta di pubblico interesse, viene invitato a partecipare alla procedura.

Il quarto schema, disciplinato nei commi 19-20, come s'è anticipato più sopra è quello in cui l'iniziativa privata, compresa negli schemi precedenti, può riespandersi.

Esso in ultima analisi consiste in una modifica della previgente previsione sulla possibilità per i soggetti privati di presentare proposte di intervento in sede di redazione dei programmi dei lavori pubblici.

La principale novità rispetto al passato – la quale, appunto, può consentire quella maggior incisività del ruolo dell'iniziativa privata di cui s'è detto - è costituita dal fatto che nel nuovo testo dell'art.153 si prevede che, in ipotesi di presentazione da parte di soggetti privati di studi fattibilità di interventi non previsti nella programmazione, l'amministrazione è obbligata a valutare la relativa proposta entro sei mesi dal ricevimento dello studio, e, quindi, ad adottare nei propri programmi gli studi ritenuti di pubblico interesse.