



# CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica  
<https://rivista.camminodiritto.it>



## IL CONSIGLIO DI STATO SUL RITO E RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE NEL PROJECT FINANCING

*Attraverso la sentenza n. 9298, pubblicata il 27 ottobre 2023, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato esamina le fasi di una proposta di finanza di progetto e la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica.*

di **Davide Viola**  
IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO  
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile  
**Alessio Giaquinto**

Pubblicato, Giovedì 18 Gennaio 2024

 Abstract ENG

*Throught the ruling n. 9298, published on October, 27, 2023, the fifth section of the state counsil examines the phases of a project finance proposal and pre-contractual responsibility of a public administration*

**Sommario:** 1. Il project financing alla luce della nuova disciplina prevista dal D.lgs. n. 36/2023; 2. La sentenza n. 9298, pubblicata il 27 ottobre 2023, dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato; 3. La traslazione del rischio operativo; 4. La costituzione della società di scopo; 5. Conclusioni.

### **1. Il project financing alla luce della nuova disciplina prevista dal D. lgs. n. 36/2023**

Il legislatore ha dedicato l'intero libro IV del nuovo codice al Partenariato Pubblico Privato e alle Concessioni, entrato in vigore il 1 aprile 2023, ed efficace dal 1 luglio 2023.

L'attuale codice dedica alla Finanza di Progetto il Titolo IV sotto la denominazione di "Finanza di progetto" della Parte II dedicata "Ai contratti di concessione": in tal senso, sono previsti diversi procedimenti strumentali alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità secondo lo schema della concessione.

Gli strumenti previsti sono riconducibili al più ampio strumento del partenariato pubblico privato, rappresentando una modalità alternativa al finanziamento di opere pubbliche in cui la gran parte dell'investimento è posto a carico del privato.

Funzioni e competenze in materia di partenariato pubblico privato e di finanza di progetto, sono assegnate al Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica, il quale fornisce assistenza e supporto alle amministrazioni pubbliche <sup>[1]</sup>.

Per l'affidamento delle concessioni, il codice prevede due modalità alternative di realizzazione: l'affidamento di concessioni ad iniziativa pubblica disciplinata dall'art. 182 e la finanza di progetto ad iniziativa privata all'art. 193.

L'art. 182 prevede che l'ente concedente che intenda aggiudicare una concessione renda noto l'interesse attraverso la pubblicazione di un bando di concessione, precisando nel contratto i beni pubblici assegnati al concessionario per la gestione del servizio e nel bando i requisiti tecnici e funzionali che definiscono le caratteristiche dei lavori o servizi

oggetto del contratto.

L'art. 193 disciplina l'iniziativa da parte degli operatori economici, i quali possono presentare agli enti concedenti proposte finalizzate alla realizzazione di un progetto di interesse pubblico, anche non inserito nella programmazione delle opere pubbliche<sup>[2]</sup>.

## **2. La sentenza n. 9298, pubblicata il 27 ottobre 2023, dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato**

Nel caso in esame era stato proposto ricorso al Consiglio di Stato, verso una sentenza resa dal Tar Campania, Sez. I, del 24 ottobre 2016 n. 4838: la controversia scaturiva tra una società e il Comune di Caserta in merito alla proposta di un operatore economico per l'esecuzione di un progetto secondo il modello del project finance finalizzato al recupero di un'area.

La Giunta aveva inizialmente valutato la sussistenza dell'interesse pubblico con la delibera n. 104 del 2014, poi annullata d'ufficio con delibera n. 14 del 2015 del Commissario Straordinario del Comune di Caserta: avverso quest'ultima, la società ricorreva in giudizio chiedendone l'annullamento e il risarcimento dei danni subiti.

Il Comune di Caserta, costituitosi in giudizio, eccepiva l'irricevibilità dell'appello in quanto notificato oltre il termine previsto dal codice di rito in tema di appalti pubblici.

Il Consiglio di Stato nel rigettare l'eccezione di rito proposta dal Comune di Caserta, ha ricostruito i singoli sub procedimenti di un progetto finanziato secondo il project financing, operando una distinzione tra le singole fasi:

In primis, l'amministrazione pubblica valuta la sussistenza dell'interesse pubblico alla realizzazione di progetto presentato dal promotore. In caso di esito positivo, la realizzazione del progetto viene inserita all'interno della programmazione triennale delle opere, previa approvazione del progetto preliminare. Infine è indetta la gara per il progetto dichiarato di pubblico interesse, esperita secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, soggetta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica. L'ormai prevalente orientamento giurisprudenziale definisce l' iter del project financing "una fattispecie a formazione progressiva": articolata in più fasi funzionalmente collegate e interdipendenti, non autonome, né separabili le une dalle altre <sup>[3]</sup>.

L'art. 193 prescrive che l'ente concedente esprima la propria valutazione entro 90 giorni dalla presentazione della proposta: ove necessario invita il promotore ad apportare delle

modifiche al progetto per la sua approvazione; se le modifiche richieste non sono inserite la proposta viene respinta.

La procedura di valutazione si conclude con un provvedimento espresso pubblicato sul sito istituzionale, poi comunicato ai soggetti interessati.

Nel bando di gara, l'amministrazione indica che il soggetto promotore il cui progetto è posto a base di gara può esercitare un diritto di prelazione, qualora l'offerta sia aggiudicata ad altro operatore economico, nel termine di 15 giorni dalla comunicazione di aggiudicazione.

Per esercitare il diritto di prelazione è necessario che l'offerta sia dichiarata ammissibile e si collochi in graduatoria in una posizione diversa dalla prima <sup>[4]</sup>, alle medesime condizioni tecniche ed economiche offerte dall'aggiudicatario.

Non è ammesso combinare aspetti di proposte differenti, né offrire condizioni equivalenti, ma le stesse condizioni <sup>[5]</sup>.

Se invece il diritto di prelazione non è esercitato, al promotore è riconosciuto il rimborso delle spese sostenute nel limite fissato del 2,5 dell'investimento.

Al promotore e ai concorrenti è richiesto di presentare unitamente all'offerta una bozza di convenzione ed un piano economico-finanziario asseverato, indicando le caratteristiche del servizio e della gestione e le varianti migliorative al progetto posto a base di gara.

A parere del Consiglio di Stato, il procedimento posto alla sua attenzione era in una fase antecedente alla gara vera e propria finalizzata all'affidamento, tale da escludere, contrariamente a quanto sostenuto dal Comune di Caserta l'applicabilità degli artt. 119 e 120 c.p.a <sup>[6]</sup>.

Anche a seguito di dichiarazione di pubblico interesse del progetto presentato dal promotore, per la pubblica amministrazione non sussiste alcun obbligo di dar corso alla procedura di gara per l'affidamento della concessione: l'opportunità di eseguire il progetto, rinviarlo e non eseguirlo è sottratto al sindacato giurisdizionale <sup>[7]</sup>.

Pertanto, in capo al privato vi era soltanto una mera aspettativa (non giuridicamente tutelata), condizionata a valutazioni di esclusiva competenza dell'amministrazione in merito all'opportunità di contrarre o meno <sup>[8]</sup>.

Nel caso di responsabilità precontrattuale, il risarcimento del danno dovrebbe essere quantificato tenendo conto dell'interesse contrattuale negativo, comprensivo del danno emergente (le spese sostenute nel corso delle trattative) e il lucro cessante, inteso come mancato guadagno rispetto ad eventuali altre occasione di contratto che la parte dimostri di aver perso.

La richiesta della società promotrice circa la violazione dei principi di buona fede e correttezza non era tale da generare un'aspettativa, idonea a far emergere una posizione differenziata e qualificata: essendo il procedimento in una fase antecedente all'affidamento vero e proprio, non è idoneo a far maturare un ragionevole affidamento circa la stipula del contratto <sup>[9]</sup>.

### **3. La traslazione del rischio operativo**

La finanza di progetto come forma alternativa di collaborazione tra pubblica amministrazione e privati rappresenta un valido strumento rispondente alle sempre più pressanti esigenze dello Stato di contenere la spesa pubblica, anche in conseguenza dei vincoli comunitari.

Elemento caratterizzante i contratti di concessione è l'aspetto legato al rischio operativo (inteso come mancata garanzia di rientro dall'investimento) connesso alla realizzazione dei lavori e alla successiva gestione dell'opera o del servizio posto in capo all'operatore economico.

La concessione è un contratto a titolo oneroso necessariamente stipulato per iscritto a pena di nullità, tra l'amministrazione che affida l'esecuzione di lavoro o la gestione di servizi ad uno o più operatori economici: il corrispettivo consiste nel diritto di gestione dei lavori o servizi, che rappresenta la causa del contratto.

La concessione dev'essere abbastanza lunga da garantire al privato di rientrare degli investimenti sostenuti, ma anche di avere un arco temporale durante il quale poter maturare un utile attraverso la gestione del servizio o dell'opera.

Nel piano economico finanziario gli operatori economici attraverso dei bilanci previsionali devono dimostrare la redditività del piano di investimento attraverso appositi indici, utili a dimostrare i flussi di cassa attesi, la capacità del progetto di autofinanziarsi e i livelli di bancabilità intesa come capacità di reperire risorse sul mercato finanziario.

Nel progetto deve sussistere un equilibrio economico finanziario in grado di coprire i costi operativi e di investimento, ed essere sostenibile garantendo il rimborso del debito ed una congrua remunerazione per il capitale investito.

La precedente normativa, per i progetti di partenariato pubblico privato imponeva un limite massimo del 49% dell'investimento alla contribuzione pubblica, che può assumere diverse forme: frequenti sono i casi di pagamento di un canone di disponibilità, del trasferimento della proprietà di immobili o la costituzione di un diritto reale di godimento su questi, la cessione di aree pubbliche, ma anche il rilascio di garanzie o di misure di defiscalizzazione.

Tale limite non è più previsto nell'attuale codice: i vincoli in materia di contabilità pubblica in linea con la decisione Eurostat prevedono che tali operazioni (off balance) possono essere considerate fuori dal bilancio delle amministrazioni pubbliche, se l'investimento pubblico è tale da non annullare il rischio operativo in capo all'operatore economico<sup>[10]</sup>.

L'alea relativa alla gestione in capo al concessionario è ciò che distingue il contratto di concessione dal contratto di appalto: in quest'ultimo è riconosciuto un corrispettivo rappresentato dal prezzo, nella concessione il corrispettivo è il diritto di gestione dell'opera.

Il rischio operativo è quello derivante da fattori eccezionali, non prevedibili né imputabili alle parti.

Importante elemento distintivo è se il rischio è posto dal lato della domanda o dell'offerta: nel primo caso il calo della domanda e conseguentemente dei ricavi è posto in capo al concessionario.

Tipico esempio è quello delle opere calde in cui nella gestione dell'opera o del servizio, gli introiti del concessionario derivano dall'imposizione di una tariffa all'utenza.

Il rischio dal lato dell'offerta, d'altra parte, sussiste nelle opere fredde in cui i servizi richiesti sono forniti all'amministrazione pubblica dal concessionario: il corrispettivo non è erogato se l'opera o il servizio sono indisponibili, o se non sono raggiunti i livelli qualitativi e quantitativi imposti dal contratto.

In questi casi sono solitamente apposte clausole contrattuali o penali che riducono o annullano il corrispettivo dovuto all'operatore economico nei periodi di ridotta o mancata

disponibilità dell'opera o del servizio richiesto.

#### **4. La costituzione della società di scopo**

L'art. 194 prescrive obbligatoriamente, nel caso di affidamenti sopra soglia, che gli operatori economici aggiudicatari di un contratto di concessione secondo lo schema della finanza di progetto, costituiscano una società di scopo (definita nell'ambito finanziario special vehicle purpose) in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche in consortile.

Qualora il progetto sia realizzato da più operatori economici, nell'offerta dovrà essere indicata la rispettiva quota di partecipazione nel capitale sociale della società costituita, pena l'esclusione dalla gara.

Attraverso la costituzione di un patrimonio dedicato esclusivamente alla commessa, requisito imprescindibile per ottenere risorse finanziarie da parte dei finanziatori, si attua una separazione giuridica, economica e finanziaria, attuando un trasferimento del rischio al progetto stesso.

L'art. 195 disciplina in tal senso le modalità di emissione e finanziamento attraverso obbligazioni e titoli di debito per finanziare la realizzazione dell'infrastruttura o delle opere connesse al servizio di pubblica utilità: ai sensi del comma 4 del citato articolo, il collocamento dei titoli deve avvenire nel termine massimo di 18 mesi ovvero nel rispetto del termine indicato dal contratto di concessione.

La società subentra nel contratto di concessione senza la necessità di una cessione del contratto, né di approvazione o autorizzazioni: è responsabile dei versamenti del prezzo attuati dall'ente concedente, ferma restando la responsabilità solidale dei soci con la società, per l'eventuale rimborso del contributo percepito.

I soci sono liberi da responsabilità nel caso in cui la società di scopo fornisca all'amministrazione idonee garanzie bancarie ed assicurative per la restituzione delle somme versate in corso d'opera.

Il contratto di concessione regola le modalità di cessione delle quote della società di scopo da parte dei soci, con divieto di cessione da parte dei soci qualificanti prima del collaudo definitivo, e le modalità di sostituzione dei soci che perdano i requisiti di qualificazione nel corso dell'esecuzione del contratto.

## 5. Conclusioni

La finanza di progetto, così come altre procedure per l'affidamento di concessioni, rappresentano valide procedure, idonea a soddisfare le esigenze non sono delle amministrazioni pubbliche, ma anche degli operatori privati.

La maggiore attenzione negli ultimi anni al contenimento della spesa pubblica ha favorito l'emergere di procedure alternative: le competenze necessarie per far fronte a tali affidamenti in diversi settori, ha rappresentato inizialmente un ostacolo al loro utilizzo, che però è divenuto ultimamente più frequente in considerazione dell'esigenza di valorizzare l'ingente patrimonio pubblico.

---



## Note e riferimenti bibliografici

---

[1] La presente nota a sentenza esamina i diversi profili sottoposti all'esame del Consiglio di Stato ed intende far luce sulle complessità insite dell' istituto di derivazione anglosassone del project financing

[2] Si segnala la presenza di molti contributi in dottrina: P.K. NEVITT, Project Financing, trad. it. ad opera di P. DE SURY, Bari, 1987; DRAETTA U. - VACCÀ C. (CUR.), Il Project Financing: caratteristiche e modelli contrattuali, Milano, 1997; A. TULLIO, La finanza di progetto: profili civilistici, Milano, 2003; IMPERATORI G., Il project financing, Una tecnica, una cultura, una politica, Milano, 1995; T.V. RUSSO, P. MARCHETTI, Manuale di diritto e tecnica del project financing, Napoli, 2010; E. PICOZZA, La finanza di progetto (project financing) con particolare riferimento ai profili pubblicistici, Torino, 2005; G. MORBIDELLI, Finanza di progetto, Torino, 2004; P. CARRIÈRE, Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano, Padova, 1999

[3] Cons. St., Ad. Plen., 15 aprile 2010, n. 2155; Cons. St., Ad. Plen., 28 gennaio 2012, n. 1; Cons. St., 24 ottobre 2023, n. 9210

[4] Cons. St., Sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005; Cons. St., Sez. V, 5 dicembre 2022, n. 10627

[5] Cons. St., 24 ottobre 2023, n. 9210

[6] Cons. St., Ad. Plen., 27 luglio 2016 n. 22

[7] Cons. St., Sez. V, 23 novembre 2018, n. 6633; Cons. St., Sez. V, 4 febbraio 2019, n. 820

[8] Cons. St., Sez. V, 4 febbraio 2019, n. 820

[9] Cons. St., Sez. V, 12 luglio 2021, n. 5274; Cons. St., Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21

[10] Nel 2004 La Commissione Europea ha pubblicato il libro verde "Relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni"

---

\* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=10149>