

L'art. 37bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. prevede, al piú, il concorso pubblico mediante il pagamento di un prezzo sul valore dell'opera realizzata, non mediante il pagamento di un canone periodico per l'erogazione del servizio (nella specie, manutenzione degli impianti elettrici). Pertanto non è riconducibile al suddetto articolo la fattispecie in cui risulta del tutto assente il profilo, pure essenziale nella concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche (a tale rapporto conduce infatti il cd. project financing), dello sfruttamento economico del bene da parte del concessionario, risolvendosi, il suo utile, nel solo introito di un canone periodico a carico dell'amministrazione concedente. Il combinato disposto degli articoli 37bis e 19, commi 2 e 2ter, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. dimostra che non può ammettersi una tale configurazione del rapporto concessorio attuato mediante finanza di progetto. Né a diverse conclusioni può condurre il recente inserimento del comma 2ter nell'art. 19 della citata legge Merloni ad opera della legge n. 166 del 2002 (secondi il quale "Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti al concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera"), in quanto, nel fattispecie in esame, non vi è alcuna traccia dell'assunzione dell'alea economico-finanziaria da parte del concessionario. Come osservato da condivisibile giurisprudenza (TAR Molise, 30 agosto 2002, n. 724), laddove l'intenzione delle parti, prefigurata negli atti preparatori e definita nel contratto stipulato, appare diretta all'affidamento del servizio piuttosto che all'esecuzione di lavori, viene operato una sorta di rovesciamento della logica della finanza di progetto, nel senso che non è la gestione a fungere da corrispettivo dei lavori, ma sono i lavori che l'impresa deve eseguire a costituire corrispettivo (parziale) dell'affidamento del servizio. In altri termini, mentre la legge prevede che i lavori siano compensati unicamente con la gestione ed eventualmente anche con un prezzo, nella fattispecie in esame è la gestione ad essere compensata con l'esecuzione di lavori e con un prezzo (canone annuo).