

LA GESTIONE REDDITUALE DEL DEMANIO IDRICO REGIONALE IN FINANZA DI PROGETTO

ANTONIO CARULLO

SUMARIO: I. PREMESSA: L'ACQUA COME RISORSA DEL TERRITORIO.— II. IL DEMANIO IDRICO REGIONALE E LA DIFESA DEL SUOLO.— III. IL COORDINAMENTO TEMPORALE TRA GLI ATTI DI PIANIFICAZIONE.— IV. LA REALIZZAZIONE DELLE OPERE DI SICUREZZA IDRAULICA IN REGIME DI PROJECT FINANCING.— V. ASPETTI CONSEQUENTI.— VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. PREMESSA: L'ACQUA COME RISORSA DEL TERRITORIO

Il forte interessamento suscitato dalla risorsa idrica non solo a livello nazionale, ma soprattutto a livello comunitario (1) e mondiale (2) è la diretta conseguenza del valore che essa rappresenta e delle caratteristiche fondamentali che la connotano. L'acqua è, infatti, una risorsa vitale, insostituibile e finita (3)

(1) Si veda, per prima, la Carta europea dell'acqua, adottata dal Consiglio d'Europa il 6 maggio 1968, in *Ann. eur. amb.*, 1988, pp. 859 e ss..

(2) L'acqua ed i relativi problemi diventano oggetto di specifiche riflessioni a livello globale dal 1977, anno della prima Conferenza delle Nazioni Unite sull'Acqua (*UN Conference on Water*), tenutasi a Mar del Plata, allo scopo di fornire un resoconto globale sullo stato delle risorse idriche e le loro modalità di sfruttamento. Sull'evoluzione della *policy* globale in materia, si veda BISWAS A. K., *From Mar del Plata to Kyoto: a Review of Global Water Policy Dialogues*, in *Global Environmental Change*, n. 14/2004, pp. 81 e ss. e reperibile all'indirizzo web <http://www.thirdworldcentre.org/publi.html>. Per un'esaustiva rassegna in lingua italiana, si rinvia a LUGARESÌ N., *Diritto delle acque, principi internazionali, etica*, in LUGARESÌ N., MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La disciplina giuridica delle risorse idriche*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 17 e ss.

(3) Nella citata Carta europea dell'acqua agli artt. 1 e 2 si prende atto che «[n]on c'è vita senza acqua. L'acqua è un bene prezioso indispensabile a tutte le attività umane. [...] Essa è indispensabile all'uomo come bevanda e come alimento, per la sua igiene e come sorgente di energia, materia prima di produzione, via per i trasporti e base dell'attività ricreativa» (art. 1), che «[l]a disponibilità di acqua dolce non sono inesauribili [...]» ed è pertanto indispensabile «[...] preservarle, controllarle e, se possibile, accrescerle. [...]» (art. 2).

che costituisce tanto patrimonio dell'umanità (4), quanto dei singoli Stati ed è, quindi, rilevante per le rispettive sfere di sovranità (5).

I differenti problemi che si presentano in relazione a tale risorsa possono essere di diversa natura e, segnatamente, di natura politica o fisica (6). Senza soffermarsi sulle innumerevoli questioni giuridiche, che esulano dall'oggetto dell'intervento, le problematiche che intendiamo affrontare sono connesse a problematiche specifiche, ma non trascurabili, relative alle risorse indirette che possono derivare dall'uso dell'acqua, ossia al contesto ambientale, sotto il profilo quantitativo, alla sua redditualità. Ci si riferisce, in particolare, ai problemi connessi alla *siccità* e alla *carezza idrica*, da intendersi, rispettivamente, come riduzione temporanea della quantità disponibile dovuta a minori precipitazioni e quale situazione duratura in cui la domanda di acqua è superiore alle risorse idriche utilizzabili: in entrambi i casi da problema si può passare ad occasione reddituale.

Tali questioni, infatti, non rilevano solo con riferimento ai consumi di tale risorsa e, quindi, alla disponibilità della stessa in relazione al servizio idrico, ma hanno diretta incidenza sul territorio, soprattutto se rapportate a quelle problematiche relative all'ambiente ed al paesaggio (7) connesse alla scarsità delle precipitazioni, nonché a quella, sempre più attuale, della difesa del suolo conseguente alla urbanizzazione che porta con sé una crescente impermeabilizzazione del terreno.

L'acqua, considerata nella sua essenza e complessità, non è, quindi, solo una risorsa atta a soddisfare un bisogno essenziale, ma anche una risorsa del territorio e, quindi, delle Pubbliche Amministrazioni, che del territorio sono enti esponenziali. È proprio questo il peculiare punto di vista dell'intervento, che non avrà ad oggetto il servizio idrico integrato, ma tratterà, comunque, dell'acqua e del demanio idrico come risorsa per la Pubblica Amministrazione.

Da tali brevi considerazioni appare chiaro come il tema della gestione del demanio idrico sia strettamente connesso ad una pluralità di interessi pubblici che vanno dalla tutela dell'ambiente alla difesa del suolo; un aspetto par-

(4) Di nuovo la Carta europea dell'acqua afferma che questa «[...] *non ha frontiere* [e che rappresenta] *una risorsa comune la cui tutela richiede la cooperazione internazionale*» (art. 12).

(5) Sul punto, SANDRI S., *L'acqua: una risorsa strategica?*, in *Riv. giur. ambiente*, n. 1/2003, pp. 1 e ss.

(6) Per una tale classificazione dei problemi relativi alle risorse idriche, si veda LUGARESÌ N., *Diritto delle acque, principi internazionali, etica*, loc. cit., pp. 62 e ss.

(7) Per una esaustiva rassegna degli orientamenti della dottrina sulle nozioni di *paesaggio* ed *ambiente*, si veda CARPENTIERI P., *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2004, pp. 363 ss., ove l'autore, prendendo le mosse dall'elaborazione giuridica della nozione di ambiente operata da Giannini (GIANNINI M.S., «*Ambiente*»: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 1/1973, pp. 15 e ss.), ricostruisce la nozione di paesaggio.

ticolare è quello connesso alla redditività potenziale dell'acqua, in questi particolari contesti connessi alla realizzazione di opere pubbliche volte proprio a migliorarne il contesto territoriale.

II. IL DEMANIO IDRICO REGIONALE E LA DIFESA DEL SUOLO

Il tema della gestione del demanio idrico e della difesa del suolo (8) costituisce un problema antico, ma che trova oggi soluzioni differenti per il diverso

(8) Sulla difesa del suolo a livello nazionale, si vedano: R.D. 25 luglio 1904, n. 523 — Testo unico delle disposizioni di legge intorno alle opere idrauliche delle diverse categorie, in Gazz. Uff., 7 ottobre, n. 234; R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775 — Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici, in Gazz. Uff., 8 gennaio, n. 5; R.D. 9 dicembre 1937, n. 2669 — Regolamento sulla tutela di opere idrauliche di 1^a e 2^a categoria e delle opere di bonifica, in Gazz. Uff., 17 marzo 1938, n. 63; L. 18 maggio 1989, n. 183 — Norme per il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo, in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 25 maggio, n. 120; L. 3 marzo 1987, n. 59 — Disposizioni transitorie ed urgenti per il funzionamento del Ministero dell'ambiente, in Gazz. Uff., 4 marzo, n. 52; D.lgs. 1 marzo 1998, n. 112 — Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della *l. 15 marzo 1997, n. 59*, in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 21 aprile, n. 92; L. 11 dicembre 2000, n. 365 — Conversione in legge, con modificazioni, del *decreto-legge 12 ottobre 2000, n. 279* recante interventi urgenti per le aree a rischio idrogeologico molto elevato ed in materia di protezione civile, nonché a favore delle zone della Regione Calabria danneggiate dalle calamità idrogeologiche di settembre ed ottobre 2000, in Gazz. Uff., 11 dicembre, n. 288; L. 31 luglio 2002, n. 179 — Disposizioni in materia ambientale, in Gazz. Uff., 13 agosto, n. 189 (artt.16, 27, 29) e, da ultimo, il D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante il Testo Unico sull'ambiente, in Suppl. Ordinario n. 96/L alla Gazz. Uff. 14 aprile 2006, n. 88, laddove, all'art. 54, comma 1^o, si afferma che per difesa del suolo si intende «*il complesso delle azioni ed attività riferibili alla tutela e salvaguardia del territorio, dei fiumi, dei canali e collettori, degli specchi lacuali, delle lagune, della fascia costiera, delle acque sotterranee, nonché del territorio a questi connessi, aventi la finalità di ridurre il rischio idraulico, stabilizzare i fenomeni di dissesto geologico, ottimizzare l'uso e la gestione del patrimonio idrico, valorizzare le caratteristiche ambientali e collegate*»; per la Regione Emilia — Romagnna, si vedano: L.R. 6 luglio 1974 n. 27, recante interventi delle Regioni in materia di opere idrauliche nei corsi d'acqua dell'Emilia-Romagna; L.R. 18 luglio 1991 n. 17, sulla disciplina delle attività estrattive, B.U.R. 22 luglio 1991, n. 49; L.R. 25 maggio 1992 n. 25, recante le norme per il funzionamento dell'Autorità di Bacino del Fiume Reno, B.U.R. 27 maggio 1992, n. 65; L.R. 29 marzo 1993 n. 14 che disciplina l'istituzione dell'Autorità dei Bacini Romagnoli, B.U.R. 1 aprile 1993, n. 29; L.R. 19 aprile 1995 n. 45, che disciplina le attività e gli interventi della Regione in materia di protezione civile, B.U.R. 24 aprile 1995, n. 78; L.R. 21 aprile 1999 n. 3 di riforma del sistema regionale e locale (Artt. 98 e ss.), B.U.R. 26 aprile 1999, n. 52; L. R. 14 aprile 2004 n. 7, contenente disposizioni in materia ambientale, modifiche ed integrazioni a leggi regionali, B.U.R. 15 aprile 2004, n. 48; L. R. 7 febbraio 2005, n. 1, recante norme in materia di protezione civile e volontariato, che prevede l'istituzione dell'agenzia regionale di protezione civile, B.U.R. 8 febbraio 2005, n. 19; L. R. 17 febbraio 2005, n. 8, di modifica alla legge regionale 31 maggio 2002, n. 9 (disciplina dell'esercizio delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo e di zone di mare territoriale), B.U.R. 18 febbraio 2005, n. 32.

Sulla tutela dell'ambiente e difesa del suolo si veda la pronuncia della Corte costituzionale, 26 febbraio 1990, n. 85, in *Riv. giur. amb.*, 1990, ove la Corte rileva che la *difesa del suolo* cos-

rapporto economico che ha in relazione alle attività produttive ed, in particolare, all'attività edilizia.

Come noto, ai fini dell'individuazione dei beni appartenenti al demanio idrico (9) occorre avere riguardo tanto all'art. 822 c.c., ai sensi del quale il demanio idrico è costituito da fiumi, torrenti, laghi, quanto alle leggi speciali sulle acque pubbliche, quindi, da ultimo, all'art. 144 del D.lgs. n. 152/2006, a norma del quale appartengono al demanio (*id est*, sono pubbliche) «[t]utte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo [...]», così confermando l'impostazione *panpubblicistica* già adottata dal legislatore con il Testo unico sulle acque del 1933 (10) e, successivamente, rafforzata

tituisce un obiettivo da raggiungere attraverso una complessa pianificazione dei settori materiali coinvolti, più che una vera e propria materia. Si vedano, in dottrina: CICALA M., *La tutela dell'ambiente nel diritto amministrativo, penale e civile*, Torino, UTET, 1976; ACQUARONE G., *I principi delle politiche pubbliche per la tutela dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2003; CECCHETTI M., *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2000; CAMPOLO M., *Interessi ambientali e pianificazione del territorio*, Napoli, Editoriale scientifica, 1999; GARZIA G., *La difesa del suolo e il sistema di pianificazione nel nuovo Testo Unico*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 5/2006, pp. 452 e ss..

(9) Sui beni demaniali e la relativa disciplina si vedano: SANDULLI A.M., *Beni Pubblici*, in *Enc. dir.*, V Milano, Giuffrè, 1959, pp. 280 e ss.; COLOMBINI G., *Demanio e patrimonio dello Stato e degli enti pubblici*, *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, UTET, 1990, pp. 1 e ss.; MAZZAROLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G., *Diritto Amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2001, pp. 1114 e ss.; VIGNOCCHI G., GHETTI G., *Corso di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 707 e ss.; ARCIDIACONO L., CARULLO A., RIZZA G., *Istituzioni di diritto pubblico*, Bologna, Monduzzi, 2005, pp. 508 e ss.; DI LORENZO A., *I beni demaniali dei Comuni e delle Province*, I.C.A., 1952; AVANZI S., *Il nuovo demanio*, Padova, CEDAM, 2000; AAVV., *Beni demaniali e patrimoniali dello Stato*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1956; CUDIA C., *Le modificazioni del regime proprietario dei beni pubblici tra atti e fatti della Pubblica Amministrazione: orientamenti giurisprudenziali e sistema*, in *Foro Amm. TAR*, 2003, fasc. 12, pp. 3666 e ss.; VITALE S., *Responsabilità della P.A. per la custodia di beni demaniali e concorso di colpa del danneggiamento*, in *Giust. Civ.*, 1996, 6, 1711.

Sul demanio idrico, in particolare, si vedano: PERNIGOTTI U., *Acque Pubbliche — Parte Generale* (voce), in *Enc. dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 400 e ss.; PALAZZOLO S., *Acque Pubbliche* (voce), in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 34 e ss.; CERULLI IRELLI V., *Acque pubbliche* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1988, pp. 10 e ss.; BOLDON ZANETTI G., *La tutela ambientale delle aree di pertinenza dei corpi idrici e il divieto di sdemanializzazione*, in *Riv. giur. ambiente*, 2005, 5, 819; BROCCA M., *Il vincolo paesaggistico relativo ai «fiumi, torrenti e corsi d'acqua» ex art. 146, comma 1, lett.c), D.lgs. 490/1999: alcune problematiche*, in *Riv. giur. ambiente*, 2002, 3-4; CIVITARESE MATTEUCCI S., *La salvaguardia del regime fluviale tra pianificazione di bacino, poteri cautelari e prescrizioni idrauliche*, in *Riv. giur. ambiente*, 1996, 5, 715; URBANI P., *La pianificazione per la tutela dell'ambiente, delle acque e per la difesa del suolo*, in *Riv. giur. ambiente*, 2001, 2, 199.

(10) R. D. 11 dicembre 1933, n. 1775 — Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici, in *Gazz. Uff.*, 8 gennaio, n. 5, nella vigenza dal quale erano da considerarsi pubbliche «[...] tutte le acque sorgenti, fluenti e lacuali, anche se artificialmente estratte dal sottosuolo, sistemate o incrementate, le quali, considerate sia isolatamente per la loro portata o per l'ampiezza del rispettivo bacino imbrifero, sia in relazione al sistema idrografico al quale appartengono, abbiano od acquistino attitudine ad usi di pubblico generale interesse [...]». Il principale

dalle L. nn. 36 e 37 del 1994 (11). Il compito di gestire tali beni demaniali e, per quanto qui di interesse, di progettare, realizzare e gestire le opere idrauliche di qualsiasi natura e, quindi anche quelle di sicurezza idraulica, è stato attribuito alle Regioni ed agli enti locali con il D.lgs. n. 112/1998 (12). Nella stessa sede, sono state attribuite alle Regioni ed agli Enti locali anche le funzioni relative alle concessioni di estrazione di materiale litoide dai corsi d'acqua (13), trattandosi di attività che costituiscono parte integrante di interventi di difesa e sistemazione idraulica.

Sotto diverso profilo, è di tutta evidenza la diretta incidenza dell'attività estrattiva su altri interessi pubblici e, segnatamente, sulla tutela del paesaggio e dell'ambiente, nonché sull'assetto del territorio (14). Dalla considerazione di

criterio di identificazione dell'acqua pubblica era, quindi, l'attitudine della stessa ad usi di pubblico interesse (v. *amplius*, CUDIA C., loc. cit.). In giurisprudenza, si vedano, *ex pluribus*, le pronunce Cass., sez. III, 6 giugno 1998, n. 5607, in *Dir. e giur. agr. e amb.*, 1998, 408, T. sup. acque, 9 maggio 1990 n. 39, in *Cons. St.*, 1990, II, 967; T. sup. acque, 22 novembre 1990 n. 84, in *Cons. St.*, 1990, II, 1711; Cass., 15 marzo 1975 n. 1014, in *Mass.*, 1976; T. sup. acque, 25 maggio 1987 n. 22, in *Cons. St.*, 1987, II, 1043.

(11) Legge 5 gennaio 1994, n. 36 — Disposizioni in materia di risorse idriche, in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 19 gennaio, n. 14 (cd. Legge Galli) e Legge 5 gennaio 1994, n. 37 — Norme per la tutela ambientale delle aree demaniali dei fiumi, dei torrenti, dei laghi e delle altre acque pubbliche, in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 19 gennaio, n. 14. In particolare, mentre l'art. 1 della Legge Galli ha esteso la natura pubblicistica a «[t]utte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo [...]», l'art. 1 della l. n. 37/1994, ha attratto nell'orbita del demanio pubblico anche «[i] terreni abbandonati dalle acque correnti, [ossia fiumi e torrenti], che insensibilmente si ritirano da una delle rive portandosi sull'altra [...]», nonché a quelli «[...] abbandonati dal mare, dai laghi, dalle lagune e dagli stagni [...]». Per completezza, si ricordi che il Regolamento di attuazione della Legge Galli (D.P.R. 18 febbraio 1999 n. 238 — Regolamento recante norme per l'attuazione di talune disposizioni della l. 5 gennaio 1994, n. 36, in materia di risorse idriche, in Gazz. Uff., 26 luglio, n. 173), all'art. 1 ribadisce che «Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico tutte le acque sotterranee e le acque superficiali, anche raccolte in invasi o cisterne». Sul carattere *panpubblicistica* delle citate normative, si veda, CAPUTI JAMBRENGHI V., *Beni pubblici e di interesse pubblico*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F. A., SCOCA F. G., op. cit., pp. 1164 e ss..

(12) D.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 — Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della l. 15 marzo 1997, n. 59, in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 21 aprile, n. 92, del quale si vedano, in particolare gli artt. 86 e 89.

(13) Cfr. art. 89, comma 1°, lett. d), d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, cit..

(14) Si vedano, in proposito, le pronunce Consiglio Stato, Sez. VI, 20 novembre 1986, n. 865, in *Vita not.*, 1987, 211; Consiglio Stato, Sez. VI, 18 ottobre 1993, n. 742, in *Foro Amm.*, 1993, 2123; Consiglio Stato, Sez. IV, 04 febbraio 1997, n. 83, in *Foro Amm.*, 1997, 431; T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, 31 ottobre 2001, n. 583, in *Foro Amm.* 2001; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 30 luglio 2003, n. 3671, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2161; Cons. St., Sez. IV, 30 agosto 1993 n. 763, in *Riv. giur. ed.*, 1994, I, 129; Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 1997 n. 83, in *Urb. app.*, n. 8/1997, 920, con nota FANTIGROSSI U., *Cave ed urbanistica una questione ancora aperta*, ove si riconosce che l'attività estrattiva di cava è atta a determinare sostanziali modifiche ambien-

tali interessi pubblici, ulteriori rispetto a quello della produzione proprio dell'intrapresa estrattiva privata, è possibile rilevare la connessione tra la disciplina pubblicistica dell'attività estrattiva e quella preordinata alla tutela di quei territori sui quali detta attività insiste (15). Di qui la necessità di tutelare il territorio (ambiente e paesaggio) anche tramite lo strumento della pianificazione dell'attività estrattiva.

Nonostante, come si è anticipato, la realizzazione di opere di sicurezza idraulica (16) spesso comporti l'asportazione di materiali litoidei (17), manca un coordinamento tra la pianificazione dell'attività estrattiva e la difesa del demanio idrico: occorre affermare come interesse prioritario sia quest'ultimo, poi l'attività estrattiva, che ne deve rappresentare solo una eventuale conseguenza. Ciò in ragione della rilevanza dell'obiettivo sotteso difesa del demanio idrico, che è quello di assicurare la sicurezza degli alvei e la loro costante idoneità alla funzione svolta anche al verificarsi di eventi straordinari.

La realizzazione delle opere di sicurezza idraulica a tal fine necessarie richiede normalmente una rilevante disponibilità di risorse finanziarie, la cui scarsità — di natura sempre più strutturale — spinge a suggerire alle Amministrazioni preposte ad un ripensamento delle forme di realizzazione di tali interventi. Se obiettivo primario è la difesa del suolo, in via primaria occorre provvedere per realizzarlo con la minor spesa possibile e quindi valutare la possibilità di eseguire quelle opere che possono essere reddituali avvalendosi dei capitali privati, ricorrendo cioè a forme di *public private partnership* (PPP) (18).

tali e del territorio. In dottrina, si veda, per tutti, LEVI F., *Cave ed urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 1979, II, pp. 168 e ss., ove si evidenzia che «[l]a coltivazione di una cava è, insieme, attività economica ed attività che incide sull'assetto del territorio [...]».

(15) Sull'incidenza dell'attività estrattiva su tali interessi pubblici si veda FRANCIOSI F., *Il regime giuridico di cave e torbiere*, Milano, Giuffrè, 1997; conforme, AMOROSINO S., *Concessioni minerarie e tutela del territorio/paesaggio/ambiente*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 1/2003, pp. 3 e ss.. Per la giurisprudenza, cfr. *infra*, nota 15.

(16) Per opere di sicurezza idraulica devono intendersi quei manufatti realizzati al fine di contenere il «rischio idraulico» ovvero il rischio di inondazione da parte di acque provenienti da corsi d'acqua naturali o artificiali. A mero titolo di esempio si possono annoverare fra le opere di sicurezza idraulica le arginature, le risagomatura dei corpi idrici superficiali, e soprattutto le casse di espansione.

(17) Basti pensare alla realizzazione di casse di espansione.

(18) Il D.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 — Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62, in suppl. ordinario alla Gazz. Uff. 2 ottobre 2008, n. 231 (cd. terzo decreto correttivo del codice appalti) ha modificato l'art. 3 — definizioni del d.lgs. 163/06 introducendovi il comma 15-ter: «15-ter. Ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto

In particolare, è bene sottolineare come, al di là di quanto può apparire naturale e cioè opere pubbliche di difesa del suolo e, quindi, come tali, non reddituali, perché lavorazioni prive di gestioni positive sotto un profilo economico, di sovente e di fatto si ha che i materiali di scavo risultanti dai lavori di esecuzione delle stesse possono rappresentare momento di grande beneficio economico per le Amministrazioni preposte. Infatti, trattandosi di opere da realizzarsi in prossimità degli alvei dei corsi d'acqua, i materiali oggetto di escavazione risultano costituiti da beni quali sabbia, ghiaia ed altro materiale litoide che presentano un rilevante valore economico, in quanto di sicuro interesse per il settore edile e delle costruzioni. Orbene, la valorizzazione economica dei materiali risultanti dalla realizzazione delle opere di sicurezza idraulica può consentire di ricavare le risorse necessarie alla realizzazione stessa.

Per quanto attiene alla concreta configurazione di una tale *partnership*, occorre rivedere la prassi oggi diffusa che vede l'amministrazione attribuire prima al privato il titolo necessario allo svolgimento dell'attività estrattiva e, poi, disciplinare nella successiva convenzione le attività necessarie al fine di consentirle di sfruttare ai fini pubblici l'invaso derivante dall'attività di escavazione prevedendo in capo al privato oneri ulteriori in sostituzione di quelli naturali (quali oneri di ritombamento, ecc.), anche quelli relativi alla realizzazione di ulteriori lavori idraulici (quali la costruzione o la sistemazione di argini, di canali o la posa di tubature per scaricare le acque invasate) e cedere, poi, all'amministrazione l'invaso per fini pubblici, in quanto cassa di espansione, ovvero bacino di invaso. A titolo esemplificativo in Regione Emilia-Romagna si prevede che l'attività estrattiva, nell'ambito del demanio fluviale, sia subordinata all'ottenimento di una autorizzazione regionale normalmente discipli-

*una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat». Sul tema si rinvia agli atti del convegno «Il Partenariato Pubblico Privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni» — Firenze — 28 gennaio 2005 e disponibili all'indirizzo web www.iisa.it. In particolare, si vedano CHITI M.P., *Luci, ombre e vaghezze nella disciplina del Partenariato Pubblico— Privato* e MASSERA A., *Il Partenariato Pubblico-Privato e il diritto europeo degli appalti*.*

nante l'ammontare dei proventi dovuti alla Regione stessa sulla base della quantità del materiale estratto (19).

Normalmente per la realizzazione di casse di espansione o di bacini di invaso, la Pubblica amministrazione utilizza lo strumento dell'acquisizione gratuita al patrimonio idrico dell'intervento anche di sicurezza fluviale nel momento del rilascio del titolo autorizzativo regionale necessario per lo svolgimento dell'attività estrattiva disciplinato dalla convenzione accedente all'autorizzazione (20). Si opera, in tal modo, una sorta di compensazione *a monte* dell'effettuazione dei lavori fra il valore dell'investimento necessario al ripristino o ritombamento dell'invaso derivante dall'attività di scavo ed il presunto onere derivante dalla predisposizione dell'invaso per la nuova funzione pubblica di cassa di espansione o di bacino di invaso. In altri termini, dal valore dei benefici che dovrebbero essere riconosciuti al soggetto pubblico indicato in convenzione per il ripristino, viene sottratto il valore dell'opera di sicurezza idraulica o di predisposizione per la nuova funzione pubblica la cui realizzazione è affidata direttamente al privato titolare dell'autorizzazione. Tutti i lavori relativi all'intervento di messa in sicurezza idraulica sono ricompresi nell'ambito delle opere previste nel progetto di sistemazione finale della cava, senza che per questi sia esperita alcuna procedura ad evidenza pubblica.

Da ciò la problematica che oggi diviene evidente in relazione alla disciplina comunitaria e, di conseguenza, nazionale in ordine alla realizzazione di opere pubbliche ove vige il criterio inderogabile dell'evidenza pubblica.

Infatti se l'invaso viene considerato pubblico perché è destinato ontologicamente alla funzione pubblica e tutte le attività connesse sono preordinate alla realizzazione di un'opera pubblica, ne deriva immediatamente come la gara ad evidenza pubblica aperta al mercato sia la necessaria ottica in cui si debba porre l'amministrazione.

In questo caso, molti sono i profili di similitudine tra una tale impostazione e quella conseguente alla realizzazione di opere pubbliche a scomputo degli oneri di urbanizzazione, la cui previsione nell'ordinamento nazionale è stata oggetto, come noto, di due procedure di infrazione conclusesi con altret-

(19) Cfr. art. 2, commi 4° e 4-bis, Legge Regionale Emilia-Romagna 18 luglio 1991, n. 17, cit.

(20) Trattasi, questo, dello «[...] strumento in base al quale il soggetto che richiede l'autorizzazione assume l'obbligo di provvedere: a) all'esecuzione delle opere di collegamento della cava con le strade pubbliche; b) all'esecuzione delle opere che si rendano necessario per evitare danni ad altri beni ed attività; c) alla corretta attuazione del piano di coltivazione; d) all'esecuzione delle opere previste nel progetto di sistemazione finale della cava, nel rispetto delle prescrizioni tecniche e dei termini indicati nell'atto di autorizzazione; e) alla costituzione di congrue garanzie finanziarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione medesima [...]», ex art. 12, comma 1°, L. R. Emilia-Romagna, n. 17/1991, cit.

tante pronunce della Corte di Giustizia (21). A prescindere dalla differente natura delle opere, che nel caso di specie sono di messa in sicurezza idraulica e non di urbanizzazione, nonché dall'assenza di una specifica normativa che disciplini espressamente una tale prassi (22), appare di tutta evidenza come questa si sostanzi nella realizzazione diretta di un'opera pubblica da parte di un privato, non scelto con gara pubblica, ma individuato per il solo fatto di essere titolare di una concessione di estrazione e, quindi, in via diretta senza gara ad evidenza pubblica. Il che in evidente contrasto con le norme del Trattato relative alla corretta individuazione del contraente nel caso di domanda pubblica al mercato.

A ciò si aggiunga che proprio perché gli interventi di cui si tratta sono fin dall'origine da considerarsi *lavori pubblici* (23), una tale procedura appare contraria tanto alla normativa comunitaria dettata in materia quanto a quella nazionale di attuazione della stessa (24), nonché al principio enucleato dalla Corte di giustizia in occasione delle citate pronunce, in base al quale, «[...] non è sufficiente a escludere la realizzazione diretta dall'ambito di applicazione [della normativa comunitaria sui lavori pubblici], qualora risultino soddisfatti tutti gli elementi necessari affinché essa vi rientri [...]» (25).

(21) Ci si riferisce, alle pronunce C.G.C.E., Sez. VI, 12 luglio 2001, in causa C-399/98, in G.U.C.E. 29 settembre 2001, n. C 275/3, pubblicata anche dalla rivista *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 5/2001, pp. 815 e ss., con nota QUAGLIA M. A., *Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica*; *Id.*, Sez. II, 21 febbraio 2008, in causa C-412/04, *ivi*, 12 aprile 2008, n. C 92/2, pubblicata anche dalla rivista *Urb. app.*, n. 7/2008, pp. 809 e ss., con nota CONTESSA C., *La Corte di giustizia fra indicazioni (tardive) sulla legge Merloni e spunti (tempestivi) sul codice dei contratti*.

(22) Normativa che era, per contro, presente nel caso di realizzazione di opere pubbliche a scomputo degli oneri di urbanizzazione (cfr. art. 2, comma 5°, L. 11 febbraio 1994, n. 109 — Legge quadro in materia di lavori pubblici, in Gazz. Uff., 19 febbraio, n. 41, artt. 1 e 31 della L. 17 agosto 1942, n. 1150 — Legge urbanistica, in Gazz. Uff., 16 ottobre, n. 244 e artt. 3 e 11 della L. 8 gennaio 1977, n. 10 — Norme per la edificabilità dei suoli, in Gazz. Uff., 29 gennaio, n. 27).

(23) In particolare, la normativa dettata in materia di Lavori pubblici, nel definire l'ambito di applicazione della disciplina in essa contenuta sancisce che «[...] i «lavori» comprendono le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione, di opere [...]» e continua disponendo che «[...] per «opera» si intende il risultato di un insieme di lavori, che di per sé esplichino una funzione economica o tecnica. Le opere comprendono sia quelle che sono il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile di cui all'Allegato I, sia quelle di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica [...]» (cfr. art. 3, comma 8°, D.lgs. n. 163/2006 e s.mi).

(24) Ci si riferisce alla Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in G.U.C.E. 30 aprile 2004, n. 134 ed al citato D.lgs. n. 163/2006 e s.mi.

(25) Si vedano, in proposito, i punti 71-74 della pronuncia C.G.C.E., Sez. II, 21 febbraio 2008, in causa C-412/04, cit. ed il punto 66, della sentenza C.G.C.E., Sez. VI, 12 luglio 2001, in causa C-399/98, cit..

Ne discende che il ricorso ad un procedimento impostato così come sopra descritto sarà possibile solo nel caso in cui la decisione di destinare l'invaso ottenuto dall'attività di cava sia presa successivamente alla destinazione dell'area ad attività estrattiva (e, quindi, sia necessitata dalla già esistente situazione di fatto) e sia stata firmata la relativa convenzione con il cavatore; in tal maniera i lavori necessari alla realizzazione delle casse di espansione o dei bacini di invaso potranno essere strumentali alla sistemazione finale dell'area in quanto modificata da attività estrattiva, ossia connessi e conseguenti alle modificazioni della morfologia delle aree sulle quali viene esercitata attività estrattiva ed a tali trasformazioni del territorio necessariamente commisurati (26). Qualora gli interventi in questione richiedano la realizzazione di lavori ulteriori rispetto a quelli di sistemazione finale, allora tali opere non potranno che essere considerate pubbliche e, pertanto, esse dovranno essere realizzate secondo le norme nazionali e comunitarie dettate in materia di lavori pubblici.

Nell'ipotesi, invece, che la decisione di realizzare l'opera pubblica volta alla realizzazione delle casse di espansione o dei bacini di invaso sia precedente all'inizio dell'attività estrattiva, o, addirittura, alla pianificazione che consente detta attività, il problema di compatibilità con la disciplina comunitaria e nazionale si pone in tutta la sua evidenza: la scelta del contraente non è più imposta dalla situazione di fatto, dunque, l'unica possibilità di scelta sarà quella dell'evidenza pubblica.

III. IL COORDINAMENTO TEMPORALE TRA GLI ATTI DI PIANIFICAZIONE

Punto di partenza per la realizzazione degli interventi di cui si tratta è in necessario coordinamento tra l'attività di pianificazione territoriale generale (27) e di settore (28). Accanto agli strumenti urbanistici che fissano le diret-

(26) Si rilevi che un tale inquadramento non esclude che il soggetto privato debba essere individuato a seguito di una procedura ad evidenza pubblica che, seppur non tipizzata, sia comunque rispettosa dei principi fondamentali di parità di trattamento, pubblicità, non discriminazione, trasparenza e libera concorrenza. Infatti, da un lato si pone il tema dell'individuazione con modalità concorrenziali di un soggetto privato a cui viene attribuito un beneficio da parte della Pubblica amministrazione, dall'altro quello di scegliere il soggetto che possa garantire all'amministrazione le migliori condizioni contrattuali, quali il corrispettivo da riconoscere alla Regione, i tempi di realizzazione dell'opera, le soluzioni progettuali adottate e le relative caratteristiche ambientali.

(27) Trattasi di quegli strumenti con i quali ciascun Ente pubblico territoriale detta, per l'ambito di propria competenza, la disciplina di tutela e uso del territorio.

(28) Per piani settoriali si intendono quegli strumenti di pianificazione che integrano ed approfondiscono il quadro conoscitivo del piano generale del medesimo livello di governo con gli approfondimenti relativi al loro specifico campo di interesse.

tive generali di sistemazione del territorio a livello comunale e, per quanto attiene al coordinamento dei piani regolatori generali dei diversi Comuni, a livello provinciale e regionale, occorre, infatti, considerare i piani di settore e, per quanto qui di interesse, i piani di bacino (29), i piani delle attività estrattive (30), anch'essi articolati in funzione dei livelli di governo competenti, in comunale, provinciale e regionale.

In particolare, accanto allo strumento di pianificazione territoriale regionale che definisce gli obiettivi di sviluppo del territorio, nonché gli indirizzi e le direttive della pianificazione settoriale, vi sono il piano territoriale di coordinamento provinciale, che, articolando sul territorio le linee di azione della programmazione regionale, determina gli indirizzi generali di assetto del territorio, appunto, provinciale e lo strumento di pianificazione comunale che, conformandosi alle prescrizioni ed ai vincoli, dà attuazione agli indirizzi e alle direttive contenuti nei piani territoriali sovraordinati, delineando le scelte strategiche di assetto e sviluppo del territorio comunale. Dotato di rilevanza autonoma rispetto alla pianificazione urbanistica è il piano di bacino (31). L'esigenza di garantire che la finalità di tutela del suolo, attribuita a tale piano prima dalla l. 18 maggio 1989, n. 183 ed ora dal D.lgs. n. 152/2006, sia pregiudiziale e condizionante rispetto agli usi del territorio a fini urbanistici, civili, di sfruttamento dei materiali e di produzione è alla base della scelta del legislatore di sancire (i) il carattere immediatamente vincolante delle norme ivi contenute sia per le amministrazioni e gli Enti pubblici, sia per i soggetti privati, ove trattasi di prescrizioni dichiarate di tale efficacia dallo stesso piano (32), (ii) il necessario coordinamento al

(29) In particolare, al piano di bacino deve essere riconosciuto un valore di piano territoriale di settore e di strumento conoscitivo normativo e tecnico-operativo per la pianificazione e la programmazione degli interventi di conservazione, difesa e valorizzazione del suolo, nonché per la corretta utilizzazione delle risorse idriche, ex art 65, comma 1°, D.lgs. n. 152/2006. Si veda, in proposito, la pronuncia del Tribunale sup.re acque, 5 luglio 2005, n. 96, in *Foro amm. CDS*, 2005, 7/8, 2387, ove si ritiene che al piano in parola non può essere attribuita la natura di strumento attuativo dei singoli interventi e che i suoi contenuti (in materia di prevenzione di disastri idrogeologici) possono sovrapporsi ma non confondersi con quelli paesaggistici o ambientali.

(30) Trattasi, questo, dello strumento di programmazione in materia di ricerca e coltivazione delle sostanze minerali di cava, che, in quanto tale, contiene l'identificazione, tra l'altro, delle aree in cui è consentito l'esercizio dell'attività estrattiva, previa autorizzazione amministrativa. Sul punto, con specifico riferimento alla normativa della Regione Emilia-Romagna, si veda Cassazione civile, Sez. I, 16 maggio 2003, n. 7642, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5.

(31) In questi termini, T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 17 marzo 2006, n. 252, in *Foro amm. TAR*, 2006, 3, 933, ove si afferma la necessità di un'interpretazione rigorosa delle norme dei piani di bacino e di quelle di quelle connesse alla tutela dell'assetto idrogeologico del territorio, da compiersi anche alla luce degli interessi perseguiti e dei rischi connessi per la sicurezza pubblica.

(32) Sul punto, si veda, da ultimo, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 12 giugno 2008, n. 789, in *Red. amm. TAR*, 2008, 06.

piano di bacino dei piani e programmi di sviluppo socio-economico e di assetto ed uso del territorio, nonché (iii) la disciplina procedurale dell'adeguamento al piano in parola degli altri strumenti di pianificazione territoriale (33).

Alla luce di tali brevi considerazioni, appare chiaro che anche gli strumenti di pianificazione dell'attività estrattiva debbano essere coordinati o, quantomeno, non in contrasto, con la pianificazione di bacino. In particolare, la pianificazione settoriale dell'attività estrattiva è costituita, oltre che dallo strumento di pianificazione territoriale regionale, anche da un piano provinciale o infraregionale, attuativo per il settore di cui si tratta delle prescrizioni e delle previsioni del piano territoriale regionale e dei piani di bacino, nonché da un piano comunale redatto sulla base delle previsioni contenute nello strumento di pianificazione provinciale (34).

Pur nell'assenza di un espresso meccanismo di coordinamento tra la pianificazione di bacino e quella dell'attività estrattiva, si ritiene che l'obiettivo di difesa del suolo deve venire prima della pianificazione dell'attività estrattiva privata, condizionandone la definizione (35). In particolare, per quanto qui di interesse, nell'esercizio di tale funzione la Pubblica amministrazione competente individua le aree da destinarsi alla realizzazione di casse di espansione o di bacini di invaso nei Piani di Bacino e nel Piano Territoriale Regionale. Una volta individuati i possibili siti, la Pubblica amministrazione dovrebbe poter procedere all'esproprio di quelle aree che non fossero già nella sua disponibilità e che ritiene più convenienti sotto tutti i profili, innanzitutto, quello della sicurezza idraulica ed successivamente anche quello della convenienza economica del sito sotto un diverso profilo della capacità estrattiva di materiale avente rilevanza economica risultante dall'attività esecutiva.

Potrebbe, infatti, verificarsi l'ipotesi in cui la zona interessata da uno stesso intervento di difesa del suolo possa essere individuata tra una pluralità di aree

(33) Cfr. art. 65, D.lgs. n. 152/2006, cit..

(34) In proposito, si veda, a titolo esemplificativo, la L.R. Emilia-Romagna, n. 17/1991 e s.mi, cit. e Consiglio Stato, Sez. VI, 05 dicembre 1997, n. 1814, *Foro Amm.* 1997, 3122, ove, con specifico riferimento a tale testo normativo, si evidenzia che nella gerarchia degli strumenti di pianificazione delle attività estrattive, il piano delle attività estrattive di competenza comunale (P.A.E) deve ritenersi subordinato al piano territoriale regionale (P.T.R.), che definisce le scelte programmatiche in materia estrattiva, ed al piano infraregionale delle stesse attività, rientrante nella competenza provinciale (P.I.A.E.), per le finalità e nei limiti della quantificazione dei fabbisogni e dell'individuazione dei poli estrattivi di valenza sovracomunale.

(35) Sulla possibilità di vietare l'esercizio dell'attività di cava per esigenze di salvaguardia del territorio, si vedano le pronunce T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 30 luglio 2003, n. 3671, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2161; T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, 31 ottobre 2001, n. 583, in *Foro Amm.* 2001; Consiglio Stato, Sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 83, in *Foro Amm.*, 1997, 431; Cons. St., Sez. IV, 30 agosto 1993 n. 763, in *Riv. giur. ed.*, 1994, I, 129; Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 1997 n. 83, in questa *Rivista*, 1997, 431.

alternative, eventualmente differenti in termini di composizione del terreno o di quantità di materiale da estrarre ai fini dell'esecuzione dei lavori. Solamente nel caso in cui le aree individuate siano fungibili, ossia a condizione che la differente localizzazione dell'intervento non incida sul livello di sicurezza idraulica che l'esecuzione dell'opera permette di ottenere, l'Amministrazione potrà valutare anche l'ulteriore profilo della qualità e/o quantità del materiale litoide da estrarre che, come si è anticipato, costituisce il corrispettivo della prestazione. La realizzazione dell'opera potrà in questo caso essere anche idonea a far diminuire i costi per la collettività in relazione proprio al fatto che la difesa del suolo operata in quelle modalità e termini dia frutti ulteriori per la collettività oltre a quelli che sono perseguiti e connessi allo sfruttamento dell'opera realizzata (cassa di espansione, bacino d'invaso, ecc.). Non solo quindi vantaggi derivati dallo sfruttamento dell'opera, ma anche e soprattutto capacità per l'amministrazione di realizzare l'opera a costo zero e, a volte, con addirittura finanziamento di opere ulteriori rispetto a quelle connesse al solo invaso.

Da ciò un necessario coordinamento temporale fra le diverse attività pianificatorie connessa a questa particolare materia: prima la pianificazione delle opere pubbliche connesse alla difesa del suolo ed in particolare alla realizzazione delle casse di espansione e/o bacini per invasi, solo in un momento successivo la pianificazione connessa alle attività estrattive (PIAE), inserendo l'area interessata dall'intervento, affinché quest'ultima venga inserita e compresa fra le aree destinate ad attività estrattive privati.

La tempistica prospettata che vede l'espropriazione per pubblica utilità precedere l'elaborazione o la modifica del PIAE permette di superare le questioni che, in caso contrario, si porrebbero in relazione alla quantificazione dell'indennizzo. L'inserimento di una determinata area nel piano delle attività estrattive, infatti, ha come conseguenza il cambiamento della destinazione d'uso dell'area stessa, il cui valore, ad esempio, nel passaggio da uso agricolo a cava, aumenta a tal punto da rendere quasi impossibile un esproprio a fini di pubblica utilità delle aree connesse alla realizzazione di opere pubbliche per casse di espansione e/ o bacini per invasi; al contrario la semplice variazione della tempistica pianificatoria consentirebbe all'amministrazione di individuare a fini pubblici un'area priva di valore ulteriore rispetto a quello agricolo, con i conseguenti normali valori espropriativi, e, quindi, l'attività estrattiva discendente dalla realizzazione dell'opera verrebbe a costituire un pieno vantaggio economico per la collettività.

Ciò a prescindere dagli ulteriori aspetti che caratterizzano la fattispecie qui descritta e connessi alla diversa (e solitamente) maggiore possibilità di scavo che l'opera pubblica comporta consentendo un'esecuzione che va oltre

alle quote di profondità che normalmente vengono consentite all'attività estrattiva; l'amministrazione potrebbe così lucrare sugli ulteriori metri di scavo che la realizzazione della cassa di espansione o del bacino di invaso potrebbe comportare, la cui commercializzazione potrebbe permettere il finanziamento dei lavori necessari all'esecuzione di tali interventi, in particolare anche alla realizzazione delle opere di sicurezza idraulica.

IV. LA REALIZZAZIONE DELLE OPERE DI SICUREZZA IDRAULICA IN REGIME DI PROJECT FINANCING

Passando all'esame delle modalità di realizzazione delle opere di sicurezza idraulica, giova rammentare che lo schema *tradizionale* si articola in sviluppo del progetto dell'opera, individuazione di un contraente, tramite procedura ad evidenza pubblica, con il quale stipulare un contratto di appalto; il rapporto negoziale è fondato sul sinallagma contrattuale che vede da un lato l'esecuzione dei lavori da parte dell'impresa appaltatrice, e dall'altro la corresponsione del compenso pattuito in sede di gara da parte della pubblica amministrazione appaltante. È evidente che in tale caso la stazione appaltante deve necessariamente essere dotata della provvista necessaria per compensare l'esecuzione dei lavori.

L'impostazione sopra descritta consente un ribaltamento di questa impostazione in quanto l'Amministrazione può strutturare gli interventi in modo tale da finanziare i medesimi tramite la valorizzazione dei beni (materiali di scavo) risultanti dai lavori. I rapporti tra soggetto pubblico e soggetto privato saranno pertanto regolati da un sinallagma che prevede, quale prestazione, la realizzazione dell'intervento di messa in sicurezza fluviale e, quale corrispettivo, la possibilità di commercializzare il materiale litoide risultante dai lavori (36).

Posto che la finanza di progetto è istituto volto alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità con risorse totalmente o parzialmente a carico

(36) In particolare, dato che gli interventi in questione rientrano nella definizione di lavori recata dal D.lgs. n. 163/2006 e s.mi cit., il rapporto giuridico intercorrente tra la pubblica amministrazione ed il privato realizzatore dell'intervento è da ricondursi ad una delle tipologie negoziali espressamente previste dal testo normativo. In proposito, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (già vigilanza sui lavori pubblici) ha avuto modo di ribadire in diverse occasioni come le modalità di realizzazione delle opere pubbliche siano nominate e tipiche, e non siano pertanto ipotizzabili modalità che non risultino previste dalla legislazione primaria statale. Cfr. AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI LAVORI PUBBLICI, deliberazioni 4 dicembre 2002, n. 337, 29 gennaio 2003, n. 19, 17 febbraio 2004, n. 30, 5 maggio 2004, n. 80, 25 maggio 2005, n. 58; Id., determinazione 30 luglio 2002, n. 22, in Gazz.Uff. Serie Generale 3 settembre 2002, n. 206.

dei soggetti privati (37) tramite l'affidamento di contratti di concessione di lavori pubblici (38) e che questi ultimi sono definiti, a livello comunitario e dal D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, come contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo (39), appare chiaro che l'applicazione al caso in esame della fattispecie negoziale in questione — quindi, la possibilità di realizzare le opere di cui si tratta in regime di finanza di progetto — comporta la necessità di considerare la commercializzazione del materiale litoide risultante dalle escavazioni alla stregua della gestione dell'opera realizzata (40). Quest'ultima, infatti, non essendo

(37) In questi termini, DE ROBERTO A., *Gli obiettivi della procedura di cui agli artt. 37-bis, 37-ter e 37-quater della l. n. 109 del 1994*, in GIAMPAOLINO L., SANDULLI M.A., STANCANELLI G. (a cura di), *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla «Merloni-ter»*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 601. Si veda anche CASSETTA E., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 565, ove si parla di «sistema per l'esecuzione delle opere pubbliche caratterizzato dal ricorso al finanziamento dei privati».

Sulla finanza di progetto nei lavori pubblici, in generale, si rinvia a: DE SURY P., MISCALI M. (a cura di), *Project finance. Principi guida per la realizzazione di opere pubbliche*, Milano, Egea, 1995; BALDI M., DE MARZO G., *Il Project Financing nei lavori pubblici*, II ed., Milano, IPSOA, 2004; DE MARZO G., CARINGELLA F. (a cura di), *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano, IPSOA, 2003; FERRARI G.F., FRACCHIA F. (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, Milano, Egea, 2004; GIAMPAOLINO L., *Introduzione ad un corso sul project financing delle opere pubbliche: privato e pubblico nella disciplina dell'istituto*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, n. 4/2005; COMITATO INTERMINISTERIALE PROGRAMMAZIONE ECONOMICA — Unità Tecnica Finanza di Progetto, *Il ricorso alla finanza privata per la realizzazione di opere pubbliche — Introduzione alla finanza di progetto*, aprile 2002, reperibile sul sito http://www.utfp.it/docs/documenti/project_financing/introduzione.pdf; RABITTI G. L., *Project Finance e collegamento contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1996, II, 224 ss.; AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI LAVORI PUBBLICI, Atto di regolazione 18 luglio 2000, n. 34, in *Gazz. Uff.* 1° agosto 2000, n. 178.

(38) Cfr. art. 153, comma 1°, D.lgs. n. 163/2006, come riscritto dall'art. 1, comma 1°, lettera ee) del citato d.lgs. n. 152 del 2008, laddove è disposto che «Per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, [...], finanziabili in tutto o in parte con capitali privati, le amministrazioni aggiudicatrici possono, in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi dell'articolo 143, affidare una concessione ponendo a base di gara uno studio di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti».

(39) Cfr. art. 3, comma 6°, D.lgs. n. 163/2006 e s.mi, cit..

(40) Per completezza, occorre evidenziare che ai fini della realizzazione di tali interventi potrebbe parimenti essere stipulato un contratto di appalto tale per cui la controprestazione è costituita da una permuta avente ad oggetto il materiale litoide estratto nel corso dei lavori di sistema-

finalizzata all'erogazione di servizi che possano originare ricavi da utenza, non si caratterizza per l'attitudine a generare profitto da gestione, bensì da «valorizzazione» del materiale litoideo ricavato. E' una visione nuova dell'istituto, ma non esclusa della norma, soluzione che peraltro è in linea con la *ratio* dell'istituto perché trasferisce l'impegno economico dell'amministrazione al di fuori dei propri confini.

Tale peculiarità ha diretta incidenza su uno degli elementi essenziali del contratto, ossia sulla durata, la quale dovrà essere costituita dal tempo necessario alla realizzazione dell'intervento, nonché dalla validità dell'autorizzazione allo svolgimento di attività estrattiva, che, a sua volta, dovrà essere tale da permettere la remunerazione degli investimenti necessari alla realizzazione dell'intervento in questione, diluendo nel tempo necessario l'utilizzo del materiale ricavato.

V. ASPETTI CONSEGUENTI

La decisione dell'amministrazione di procedere alla realizzazione di opere di sicurezza idraulica e, segnatamente, di casse di espansione o di bacini di invaso in regime di finanza di progetto ha quale conseguenza, non potendo il soggetto pubblico ricorrere all'utilizzo generalizzato dell'invaso risultante dall'attività di cava, soprattutto allorché la decisione di realizzare l'opera pubblica precede l'attività di cava, il necessario esperimento di una delle procedure ad evidenza pubblica volte a consentire all'amministrazione di avere il bene in assenza di capitale pubblico (o con capitale molto ridotto) e disciplinate dall'art. 153 del D.lgs. n. 163/2006, come risultate a seguito delle modifiche da ultimo intervenute con il D.lgs. n. 152/2008 (cd. «terzo decreto correttivo»).

Ne discende che ai fini dell'affidamento del contratto relativo alla realizzazione di casse di espansione o di bacini di invaso in regime di finanza di progetto l'amministrazione aggiudicatrice potrà optare per l'esperimento tra due differenti procedure, una senza diritto di prelazione e l'altra, al contrario, con diritto di prelazione, entrambe precedute dalla pubblicazione di un bando ed a base delle quali è posto uno studio di fattibilità redatto dall'amministrazione stessa.

zione. Sul contratto di permuta ex artt. 1552 e ss., c.c., si vedano: RICCA L., *Permuta (dir. Priv.)* (voce), in *Enc. Giur.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 125 e ss.; OBERTO G., *Permuta* (voce), in *Dig. Disc. Priv.*, Sezione Civile XIII, Torino, UTET, 1995, pp. 368 e ss.; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, pp. 1101 e ss.; TRABUCCHI G. (a cura di), *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 2005, pp. 790 e ss.; GALGANO F., *Diritto Privato*, Padova, Cedam, 2004, pp. 531 e ss.; RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, Jovene, 1995, pp. 799 e ss..

La prima procedura disciplinata dalla citata norma ha inizio con la pubblicazione di un bando, la cui funzione è quella di sollecitare la presentazione di offerte che contemplino la realizzazione dell'intervento con risorse totalmente o parzialmente a carico dei concorrenti, che deve necessariamente contenere l'indicazione della possibilità attribuita all'amministrazione di richiedere al miglior offerente di modificare il progetto preliminare sulla base di quanto emerso in sede di approvazione, del fatto che il medesimo soggetto potrà risultare aggiudicatario solo in seguito all'accettazione delle modifiche progettuali e dell'adeguamento del piano economico-finanziario dell'intervento eventualmente conseguente (41), nonché la facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice di scorrere la graduatoria dei concorrenti, dalla stessa stilata a seguito dell'esame delle offerte pervenute, al fine di chiedere progressivamente alle imprese successive l'accettazione delle modifiche al progetto del promotore che lo stesso si è rifiutato di apportare ed alle condizioni a quest'ultimo offerte (42). Una volta ricevute le offerte nel termine fissato dal bando, l'amministrazione deve procedere alla valutazione delle stesse con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla redazione di una graduatoria ed alla nomina del promotore (43). L'amministrazione deve, poi, procedere a mettere in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore, secondo quanto disposto dall'art. 97 del Codice (44). La norma distingue, poi, le due ipotesi in cui il progetto preliminare necessiti o meno di modifiche ai fini dell'approvazione. Mentre con riferimento a questa seconda eventualità, l'amministrazione procede all'aggiudicazione ed alla stipula della concessione, nell'ipotesi contraria, l'amministrazione deve chiedere al promotore di accettare le modifiche necessarie all'approvazione del progetto e l'eventuale adeguamento al piano economico-finanziario. In caso di risposta positiva, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione (45). Qualora, per contro, esso non accetti, l'amministrazione aggiudicatrice richiederà ai concorrenti che seguono in graduatoria il miglior offerente l'accettazione delle modifiche al progetto preliminare presentato dallo stesso ed alle medesime condizioni ad esso offerte (46).

La seconda procedura di finanza di progetto disciplinata dal citato art. 153 del D.lgs. n. 163/2006, è articolata in una doppia gara, la prima volta all'individuazione del promotore, cui è attribuito il diritto di prelazione, e la

(41) Cfr. art. 153, comma 3°, lett. a), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(42) Cfr. art. 153, comma 3°, lett. b), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(43) Cfr. art. 153, comma 10°, lett. a) e b), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(44) Cfr. art. 153, comma 10°, lett. c), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(45) Cfr. art. 153, comma 10°, lett. d), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(46) Cfr. art. 153, comma 10°, lett. e), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

seconda all'aggiudicazione del contratto di concessione di lavori pubblici (47). Al di là del procedimento di cui si è detto, anche questo ha inizio con la pubblicazione di un bando che deve espressamente prevedere che la conclusione della procedura di gara non è l'aggiudicazione del contratto, bensì l'attribuzione al miglior offerente del diritto prelazione, ossia del diritto di adeguare la propria offerta a quella ritenuta dall'amministrazione aggiudicatrice più vantaggiosa, ad esito della seconda fase concorsuale, e di aggiudicarsi così il contratto. Le offerte pervenute entro il termine fissato nel bando sono valutate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ne viene stilata una graduatoria da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, che procede, poi, ad attribuire la qualifica di promotore al miglior offerente e a porre in approvazione il progetto preliminare dallo stesso presentato (48). La norma in parola, disciplina, poi, la seconda procedura concorsuale che l'amministrazione aggiudicatrice deve indire una volta concluso il procedimento di approvazione del progetto e che si svolge, anch'essa, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. A base di gara sono posti il progetto preliminare approvato, nonché le condizioni economiche e contrattuali desumibili dal piano economico-finanziario del promotore e dalla bozza di convenzione dallo stesso presentata (49). Pubblicato il bando, indetta ed esperita tale seconda gara, il procedimento, che termina con l'affidamento del contratto di concessione di lavori pubblici, si diversifica a seconda che siano state o meno presentate offerte economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore. Nell'ipotesi in cui non siano state presentate offerte più convenienti, in cui pare essere ricompresa l'eventualità in cui la seconda procedura concorsuale vada deserta, l'aggiudicazione verrà effettuata a favore del promotore. Nel caso in cui, invece, alla seconda procedura concorsuale siano state presentate offerte economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore, quest'ultimo può procedere ad adeguare la propria offerta a quella del miglior offerente, entro 45 giorni dalla comunicazione dell'Amministrazione aggiudicatrice relativa all'esito della seconda procedura di gara, risultando così aggiudicatario (50), ovvero non farlo, lasciando che il miglior offerente si aggiudichi il contratto (51).

Descritti sommariamente i principali profili procedurali della nuova disciplina della finanza di progetto (52), occorre ora valutare alcuni aspetti pecu-

(47) Cfr. art. 153, comma 15°, D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(48) Cfr. art. 153, comma 15°, lett. b), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(49) Cfr. art. 153, comma 15°, lett. c), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(50) Cfr. art. 153, comma 15°, lett. d) ed e), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(51) Cfr. art. 153, comma 15°, lett. f), D.lgs. n. 153/2006 e s.mi.

(52) Per un'approfondita disamina della nuova disciplina procedimentale di tale istituto sia consentito rinviare a CARULLO A., *La disciplina procedimentale della finanza di progetto come risultante*

liari della realizzazione di casse di espansione o di bacini di invaso, tramite il ricorso a tale istituto.

In primo luogo, occorre rilevare che i tempi necessari alla realizzazione dell'intervento ed alla commercializzazione del materiale scavato ed estratto potrebbero essere differenti e maggiori rispetto alle necessità della Pubblica amministrazione concedente circa la disponibilità dell'opera di sicurezza idraulica. Viene a tal fine in soccorso la stessa previsione che sancisce, quale criterio di valutazione delle offerte in relazione alle procedure di finanza di progetto, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La norma del D.lgs. n. 163/2006 che disciplina di tale criterio (53), come noto, reca un elenco esemplificativo degli elementi che possono costituire oggetto di valu-

dal terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici, in Riv. trm. app. (in corso di pubblicazione). Si vedano, inoltre, MACCOLINI V., Art. 153, in CARULLO A., IUDICA G. (diretto), Commentario breve al Codice dei contratti pubblici, Padova, CEDAM (in corso di pubblicazione); COLETTA A., Finanza di progetto e terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici, in www.giustamm.it.

(53) Si riporta, per comodità, il testo dell'art. 83 del D.lgs. n. 163/2006, cit., coordinato al terzo correttivo, ove è disposto che «[q]uando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo: a) il prezzo; b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditività; h) il servizio successivo alla vendita; i) l'assistenza tecnica; l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio; n) la sicurezza di approvvigionamento; o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti. 2. Il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato. 3. Le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 2 impossibile per ragioni dimostrabili, indicano nel bando di gara e nel capitolato d'oneri, o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri. 4. Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi. Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara. 5. Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa. Dette metodologie sono stabilite dal regolamento, distintamente per lavori, servizi e forniture e, ove occorra, con modalità semplificate per servizi e forniture. Il regolamento, per i servizi, tiene conto di quanto stabilito dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 marzo 1999, n. 117 e dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 novembre 2005, in quanto compatibili con il presente codice».

tazione (54), tra i quali sono espressamente annoverati «*la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione*».

Un secondo aspetto che deve essere oggetto di valutazione è l'individuazione dei soggetti ammessi alla procedura esperita ai fini dell'affidamento del contratto avente ad oggetto la realizzazione di casse di espansione o di bacini di invaso. Nel compiere tale valutazione, la Pubblica amministrazione concedente dovrà considerare la natura e la complessità dell'opera di messa in sicurezza idraulica da realizzare ed, in funzione di ciò, determinare, nel rispetto del principio di proporzionalità, i requisiti imprenditoriali, tecnici ed organizzativi necessari ai fini della partecipazione alla procedura di cui si tratta. Ne discende la necessità di valutare la complessità dei lavori di escavazione e di successiva sistemazione finale dell'area (55), nonché degli ulteriori lavori necessari, quali, a titolo esemplificativo, la costruzione o la sistemazione di argini, la realizzazione di impianti di pompaggio, di canali o, ancora, la posa di tubature per scaricare le acque invasate. Potrebbe, allora, ipotizzarsi la possibilità di ammettere la presentazione di offerte sia da parte di imprese dotate delle necessarie certificazioni che da parte di raggruppamenti, cui partecipano tanto imprese edili, quanto cavaatori, in possesso dei necessari requisiti imprenditoriali, tecnici ed organizzativi (56).

Con specifico riferimento alla fase di esecuzione del contratto, appare chiaro che, avendo questo ad oggetto la realizzazione di un'opera pubblica trovano applicazione le norme del D.lgs. n. 163/2006 disciplinati la materia e, segnatamente, quelle dettate in materia di direzione dei lavori e di collaudo (57).

L'operazione in esame, infine, si conclude con il collaudo finale dei lavori eseguiti, ai sensi di quanto disposto dall'art. 141 del D.lgs. n. 163/2006 e s.mi, nonché dal Titolo XII del D.p.r. n. 554/1999, la cui finalità è, come noto,

(54) Sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si vedano, per tutti, LIPARI M., *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urb. app.*, 2007, pp. 7 e ss.; DE NICTOLIS P., DE NICTOLIS R., *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in Sandulli M. A., DE NICTOLIS R., Garofoli R. (dir.), *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 2100 e ss.; VIVARELLI M. G., *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Riv. trim. app.*, n. 2/2007, pp. 385 e ss..

(55) Giova rammentare che, in forza delle normative regionali, dallo svolgimento dell'attività estrattiva in una determinata area consegue l'obbligo, in capo al soggetto che la esercita, di effettuare dei lavori di sistemazione finali, ossia quei lavori connessi e conseguenti alle modificazioni della morfologia delle aree sulle quali viene esercitata attività estrattiva. Si vedano, a titolo esemplificativo, gli artt. 11 e 12 della Legge Regionale Emilia-Romagna 18 luglio 1991, n. 17, cit..

(56) Per tali requisiti, si rinvia agli artt. 95-98 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 — Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, in *Suppl. ordinario* n. 66/L, alla *Gazz. Uff.* n. 98, del 28 aprile.

(57) Cfr. art. 130 e 141, D.lgs. n. 163/2006, cit..

quella di verificare e certificare la conformità dell'opera eseguita alle pattuizioni negoziali e alle regole dell'arte, nonché di verificare la corrispondenza dei dati risultanti dalla contabilità e dai documenti giustificativi fra di loro e con le risultanze di fatto, non solo per dimensioni, forma e quantità, ma pure per qualità dei materiali, dei componenti e delle provviste (58).

VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Come si è visto, il tema della gestione del demanio idrico e della difesa del suolo costituisce un problema antico, che oggi trova soluzioni differenti per il diverso rapporto economico che lo contraddistingue in relazione alle attività produttive ed, in particolare, all'attività edilizia. La soluzione che oggi è individuata e cioè l'utilizzo degli invasi realizzati dai cavitatori in esecuzione di attività di scavo ed utilizzate successivamente a fini pubblici non trova più possibilità di successo a seguito della sempre più condizionante presenza della normativa comunitaria e nazionale sulla necessaria evidenza pubblica che deve presiedere all'individuazione dell'appaltatore. Tale considerazione, unitamente all'assenza di una disponibilità finanziaria sufficiente a coprire i costi delle opere di sicurezza idraulica — casse di espansione o bacini di invaso ed opere complementari — impone una nuova visione del tema della difesa del demanio idrico e, segnatamente, la ricerca di soluzioni volte a coinvolgere il settore privato (*id est*, i capitali privati) ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico sotteso all'esecuzione delle opere in questione, in maniera radicalmente diversa da quanto accade oggi. Si rende, quindi, necessario, il ricorso a forme negoziali di assicurazione del corrispettivo che non comportino l'esborso di denaro da parte dell'Ente pubblico.

Gli obiettivi di sistemazione e di messa in sicurezza idraulica del territorio, potrebbero essere perseguiti mediante l'esecuzione di lavori pubblici remunerati dall'attività estrattiva ed, in particolare, tramite il ricorso a quella particolare forma di partenariato pubblico privato che è la finanza di progetto. Come noto, il D.lgs. n. 163/2006, che ne reca, ora, la disciplina procedurale, prevede che il procedimento di cui si tratta si concluda con l'aggiudicazione di un contratto di concessione di lavori pubblici. Ne discende che l'ap-

(58) Cfr. art. 187, co. 1o, D.P.R. n. 554/1999, cit.. Sul punto, si vedano: MUSOLINO G., *Il contratto di appalto*, Rimini, Maggioli, 2007, pp. 206 e ss.; TROTTA G., *Il collaudo*, in VILLATA R. (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, CEDAM, 2004, p. 885; CARINGELLA F., DALOISO R., GIAMPAOLO C., *Gli appalti di lavori pubblici: la legislazione sulle opere pubbliche: commento alla legge quadro e ai suoi regolamenti di attuazione*, Napoli, Esselibri, 2005, p. 270; CIANFLONE A., GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1064; PIACENTINI P. M., *Regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, Rimini, Maggioli, 2000, p. 234.

plicazione al caso in esame di tale fattispecie negoziale comporta la necessità di considerare la commercializzazione del materiale litoide risultante dalle escavazioni alla stregua della gestione dell'opera realizzata.

Come si è visto, la realizzazione di casse di espansione e di bacini di invaso in finanza di progetto richiede, *a monte*, un coordinamento tra le pianificazioni territoriale e di bacino e quella dell'attività estrattiva, anch'essa volta a garantire la difesa e la sicurezza del territorio, nonché degli altri interessi pubblici sui quali tale attività ha diretta incidenza. Sotto il profilo temporale, le prime dovrebbero essere elaborate in un momento antecedente rispetto al PIAE. Ciò al duplice fine (i) di consentire alla l'espropriazione del terreno interessato dall'opera al valore relativo all'originaria destinazione e (ii) di permettere il tempestivo avvio della procedura di espropriazione per pubblica utilità prima della destinazione urbanistica del terreno. Quest'ultimo aspetto è di rilevante importanza nell'ipotesi in cui l'opera in parola insista su di un territorio già destinato ad estrazione, in quanto l'esercizio di tale attività da parte del privato proprietario del fondo potrebbe pregiudicare la possibilità di coprire i costi dell'opera con la *valorizzazione* del materiale litoide di risulta.

Contraria all'eventualità in cui valore il citato materiale non sia sufficiente a consentire la realizzazione dell'intervento è quella che vede la quantità ed il valore di mercato del materiale estratto e commercializzato assicurare al concessionario guadagni superiori rispetto all'effettivo costo dell'intervento. Al verificarsi di tale ipotesi, la salvaguardia dell'integrità del patrimonio della Pubblica amministrazione potrebbe essere perseguita tramite l'affidamento al concessionario di lavori complementari (59) alla cassa di espansione o al bacino di invaso, ex art. 147 del D.lgs. n. 163/2006, che potrebbero essere volti a ridurre l'impatto ambientale dell'intervento, ovvero, ad accrescerne la qualità naturalistica.

In conclusione, si ritiene, quindi, importante sottolineare che, in luogo dell'attuale sistema programmatorio che consente all'amministrazione di trarre benefici solo indiretti dell'attività di cava (utilizzo dell'invaso risultante dall'escavazione), il ricorso all'istituto della finanza di progetto, una volta invertita

(59) In particolare, si deve trattare di opere che da un punto di vista tecnico-costruttivo rappresentino una integrazione dell'opera principale saldandosi inscindibilmente con essa, sì da giustificare l'affidamento e la relativa responsabilità costruttiva in capo ad un unico esecutore. Diversamente opinando, la mera suddivisione in stralci o lotti successivi verrebbe a legittimare l'affidamento a trattativa privata dell'intera opera alla impresa aggiudicataria del solo primo lotto con conseguente sostanziale vanificazione della pubblica gara. Si vedano, in proposito, le pronunce del Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 20 giugno 2000, n. 295, in *Comuni Italia*, 2000, 1436 e 3 febbraio 2000, n. 38, *ivi*, 1276.

la tempistica relativa alla programmazione territoriale, potrebbe agevolmente sopperire alle esigenze pubblicistiche per soddisfare la domanda di lavori pubblici in assenza della disponibilità finanziaria sufficiente a coprirne i costi di realizzazione; la sistemazione e la messa in sicurezza idraulica del territorio può avvenire sfruttando il valore del materiale litoide da estrarre ai fini della realizzazione dei lavori, ferme restando le esigenze di tutela ambientale e di integrità del patrimonio della Pubblica amministrazione.

