

**LA PROCEDURA “MONOFASICA”
NEL NUOVO PROJECT FINANCING: PRIME RIFLESSIONI²**

*Massimo Gentile*¹

1. Con il **decreto legislativo 11 settembre 2008 n. 152** (meglio noto come terzo decreto correttivo del Codice dei Contratti), la disciplina della finanza di progetto è stata integralmente ridisegnata.

Le principali novità sono tutte concentrate nella fase di selezione del promotore ovvero di scelta del concessionario, nell’ambito delle quali viene, per talune ipotesi, **ripristinato anche l’istituto della prelazione**.

In pratica, la canonica ed unica via di attivazione della finanza di progetto prevista nella precedente disciplina è sostituita da una rosa di opzioni procedurali: **due a iniziativa pubblica** (articolo 153 commi da 1 a 15 del Codice) e **una iniziativa privata** (articolo 153, commi da 16 a 18 del Codice). Permane, inoltre la possibilità per il privato di presentare proposte nell’ambito della fase di programmazione (articolo 153 comma 19 e 20)

2. Per ciò che concerne **le due procedure ad iniziativa pubblica**, esse sono distinguibili per le diverse modalità di svolgimento:

- una prima (disciplinata ai commi da 1 a 14 dell’articolo 153), è caratterizzata da un percorso “**monofasico**” che prevede un’unica gara all’esito della quale è aggiudicata la concessione;
- una seconda (disciplinata al comma 15, il quale richiama comunque diverse previsioni dei precedenti commi), caratterizzata da un più **articolato**

¹ Associato dello Studio Legale Gentile-Varlaro Sinisi (www.studiogvs.it).

Dello stesso autore vedi anche “*Il project financing alla luce del D.lgs. 152/2008*” in corso di pubblicazione, DEI editore.

² In corso di pubblicazione su www.appaltiecontratti.it.

percorso suddivisibile in **due distinte fasi**, finalizzate rispettivamente alla individuazione del promotore e all'aggiudicazione del contratto al concessionario.

Non può sfuggire che la previsione di procedure ad iniziativa pubblica determina un sensibile avvicinamento della finanza di progetto al modulo procedurale di affidamento di una concessione di costruzione e gestione di stampo classico. Tale avvicinamento, è poi decisamente più marcato nella procedura <<monofasica>> come è attestato dallo stesso articolo 153 comma 1, in base al quale detta procedura costituisce “*alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi dell'articolo 143*”³.

La norma precisa che a base della gara viene posto uno **studio di fattibilità**. Ciò rappresenta uno degli elementi distintivi della procedura “monofasica” della finanza di progetto rispetto all'affidamento di una concessione tradizionale, atteso che, in relazione a quest'ultima, la stazione appaltante pone a base di gara un progetto preliminare o, qualora già nella sua disponibilità, uno stadio maggiormente avanzato di progettazione da completarsi o revisionarsi a cura del concessionario⁴

In considerazione della maggiore importanza che viene oggi ad assumere lo studio di fattibilità nell'ambito delle procedure di *project financing*, sarebbe utile **dare un percorso** alle amministrazioni per la predisposizione dello stesso. Già l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture aveva annunciato una propria determinazione contenente le indicazioni necessarie per l'elaborazione degli studi di fattibilità di opere da realizzare in project; oggi, con l'entrata in vigore del nuovo articolo 153 del Codice, tali indicazioni si rendono vieppiù necessarie ed improrogabili

In attesa di specifiche indicazioni, un riferimento utile al fine di individuare il contenuto minimo degli studi di fattibilità è la previsione di cui all'**articolo 128 comma 2** del Codice secondo cui, in detto studio, sono indicate con riferimento a ciascun intervento “*le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-*

³ A tal riguardo, il Consiglio di Stato, nel parere dell'Adunanza del 14 luglio 2008 sullo schema di decreto, ha rilevato che la norma così come concepita finisce con l'essere un inutile duplicato dell'istituto della concessione, di cui al Capo II del Codice.

⁴ Cfr. articoli 143 commi 1 e 2 del Codice.

finanziarie degli stessi” e contenuta “l’analisi dello stato di fatto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, e nelle sue componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche”⁵.

3. L’avvio della procedura avviene mediante pubblicazione di un bando di gara con le modalità previste dall’articolo 66 ovvero dall’articolo 122 in ragione dell’importo dei lavori.

Ne consegue che, nel caso di lavori di importo sotto la soglia comunitaria, troveranno applicazione le norme del Codice che prevedono **obblighi di pubblicità e di comunicazione** in ambito sopranazionale.

La già segnalata circostanza che a base di gara è posto uno studio di fattibilità, fa sì che l’importo dei lavori indicato in bando andrà ricavato proprio da detto studio e, quindi – in considerazione dell’estrema genericità che caratterizza tale documento - non potrà che avere carattere meramente indicativo, suscettibile di adeguamenti e modifiche (potenzialmente anche al rialzo) in sede di sviluppo del progetto.

Ciò comporta il pericolo di sottrarre talune procedure alle pertinenti forme di pubblicità sopranazionali. Potrebbe, infatti, verificarsi il caso di uno studio di fattibilità che riporta un ammontare dei lavori inferiore alla soglia comunitaria il quale, tuttavia, nella successiva sede progettuale, viene ad assumere una quantificazione maggiore di detta soglia.

Il bando di gara deve avere contenuto analogo a quello concernente l’affidamento di una concessione e, quindi, ai sensi dell’**articolo 144 comma 3**, contenere gli elementi indicati nel Codice, le informazioni di cui all’allegato IX B e ogni altra informazione ritenuta utile.

⁵ Secondo la giurisprudenza, lo studio di fattibilità ha natura essenzialmente programmatica e non progettuale ed è diretto ad “indicare le caratteristiche funzionali, tecniche gestionali ed economico-finanziarie” dei lavori da realizzarsi⁵. Lo studio di fattibilità costituisce dunque un documento che riporta a grandi linee, il “quadro tecnico-economico ed i profili amministrativi e contabili dell’opera pubblica, al fine di definire le condizioni della gara rispetto a tutti i partecipanti, di determinare il costo e di individuare le responsabilità tecniche, economiche, amministrative e contabili”(C. Stato, sez. IV, 9 maggio 2001, n. 2600)

In aggiunta a tale contenuto “ordinario”, nel bando dovrà essere adeguatamente specificato che l’amministrazione aggiudicatrice ha la **possibilità di richiedere al promotore prescelto**, di apportare al progetto preliminare, da esso presentato, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto e che, in tal caso, la concessione è aggiudicata al promotore solo successivamente all'accettazione, da parte di quest'ultimo, delle **modifiche progettuali** nonché del conseguente eventuale adeguamento del piano economico-finanziario.

Inoltre, sempre nel bando andrà specificato che, nel caso in cui il promotore **non accetti** di apportare le necessarie modifiche al progetto preliminare, l’amministrazione ha facoltà di chiedere progressivamente ai **concorrenti successivi in graduatoria** la disponibilità ad accettare dette modifiche, alle stesse condizioni proposte al promotore e rifiutate dallo stesso.

Le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell’**offerta economicamente più vantaggiosa** di cui all’articolo 83 del Codice. Oltre a quanto previsto dal menzionato articolo 83⁶, per il caso delle concessioni, l’esame delle proposte è esteso agli “*aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione*”.

L’inserimento tra i possibili criteri selettivi della valutazione del “*contenuto della bozza di convenzione*”, lascia qualche perplessità, attesa la difficoltà insita in una comparazione tra due schemi di convenzione. Ciò a maggior ragione se si consideri che gli elementi basilari del futuro rapporto contrattuale (la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare

⁶ Ai sensi dell’articolo 83 comma 1 “*Quando 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; (lettera così sostituita dall’articolo 1, comma 1, lettera i), d.lgs. n. 113 del 2007); 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*”.

agli utenti) già formano oggetto di autonoma valutazione. Il rischio è dunque quello di attribuire alla commissione giudicatrice una **discrezionalità eccessiva** e, sotto certi profili, priva di una effettiva giustificazione.

Al comma 6 dell'articolo 153 è specificato che i criteri selettivi prescelti dovranno essere indicati in bando, *“secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte”*.

A tal proposito si evidenzia che, in ossequio al dettato di cui all'articolo 83 comma 2 del Codice, nella concessione <<tradizionale>> è previsto che l'ente committente indichi la **ponderazione** relativa attribuita a ciascun elemento di valutazione, possibilmente attraverso l'individuazione di una soglia espressa con un valore numerico predeterminato.

Al successivo comma 2 del medesimo articolo 83, è precisato che, laddove la ponderazione attraverso il valore numerico sia ritenuta *“impossibile per ragioni dimostrabili”*, le stazioni appaltanti indicano in bando **l'ordine decrescente di importanza** attribuito a ciascun elemento di valutazione

La questione che si pone è quella di comprendere se la previsione di cui all'articolo 153 comma 6 costituisce una **deroga** al principio di cui all'articolo 83 comma 2 del Codice e, dunque, se le stazioni appaltanti siano unicamente tenute ad indicare l'ordine di importanza senza alcun obbligo di ponderazione attribuita a ciascun elemento.

A giudizio di chi scrive, un'interpretazione in tal senso determinerebbe un ingiustificato ampliamento del margine di discrezionalità dell'amministrazione in sede di valutazione delle offerte, in contrasto con i principi che impongono la trasparenza e preconnoscenza di tutte le condizioni del bando da parte degli operatori economici.

Appare dunque preferibile un'interpretazione in virtù della quale debbono ritenersi applicabili i principi di cui all'articolo 83 del Codice, al quale peraltro fa espressamente rinvio il comma 4 dell'articolo 153.

4. Il comma 7 dell'articolo 153 regola il contenuto del disciplinare di gara.

Il disciplinare di gara deve essere espressamente richiamato nel bando ed indicare l'ubicazione e la descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire.

Lo scopo è quello di superare la inevitabile lacunosità del contenuto dello studio di fattibilità, fornendo ai potenziali soggetti interessati ulteriori elementi utili ad inquadrare l'intervento oggetto di affidamento. Il tutto nel dichiarato intento di *“consentire che le proposte siano presentate secondo presupposti omogenei”*.

Tra i documenti a base di gara non figura il **piano economico finanziario (PEF)**, il quale dovrà invece essere prodotto da ogni singolo offerente in uno con il progetto preliminare.

L'assenza del PEF pone un **dubbio di fondo** circa l'effettiva attuabilità della procedura di affidamento ad iniziativa pubblica “monofasica”.

In particolare non è chiaro come - in assenza di un PEF - i singoli offerenti possano verificare i presupposti in base ai quali l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che, attraverso la gestione dell'opera, è possibile ottenere una remunerazione del capitale iniziale da investire.

In altri termini, **il rischio** che sembra delinarsi dalla lettura della norma, è l'avvio di procedure in assenza di elementi atti ad accertare la sostenibilità, sotto il profilo finanziario, dell'operazione di project, rimettendo al mercato ogni valutazione in proposito.

Non solo, ma i soggetti interessati, non avendo riferimenti atti a valutare la fattibilità dell'iniziativa, sono costretti ad investire risorse per eseguire gli studi di base occorrenti per individuare i dati minimi necessari per la stesura del PEF.

Ciò potrebbe costituire un **fattore disincentivante** per le imprese.

5. L'amministrazione aggiudicatrice con riferimento alle offerte pervenute nei termini indicati nel bando, procede all'esame e valutazione delle stesse.

La valutazione delle offerte deve essere condotta sulla base degli elementi individuati in bando di gara ai sensi dei commi 5 e 6 dell'articolo 153 del Codice.

Terminata la valutazione delle offerte presentate, viene redatta la graduatoria e nominato "promotore" il soggetto che ha presentato la migliore offerta.

Il **comma 10 dell'articolo 153** precisa che la nomina del promotore "può aver luogo anche in presenza di una sola offerta".

La disposizione appare ripetitiva del principio sancito in linea generale all'articolo 55 comma 3 del Codice, secondo il quale il bando di gara può prevedere che non si procederà ad aggiudicazione **nel caso di una sola offerta valida**, ovvero nel caso di due sole offerte valide, che non verranno aperte. Peraltro, anche in assenza di tale previsione, le stazioni appaltanti possono decidere, ai sensi dell'articolo 81 comma 3, di **non procedere all'aggiudicazione** se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto.

Con riferimento al progetto presentato dal promotore, l'amministrazione è tenuta ad avviare la procedura di approvazione ai sensi dell'articolo 97 del Codice.

Nella fase di approvazione è **onere del promotore** procedere alle modifiche necessarie per l'approvazione del progetto, nonché a tutti gli adempimenti di legge, anche ai fini della valutazione di impatto ambientale, senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo, né incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario.

La formulazione della norma non è adeguatamente chiara.

In primo luogo, non si comprende se "l'onere" del promotore di procedere alle modifiche progettuali sia correlato alla previsione di cui al comma 3 dell'articolo 153, in base alla quale l'amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di richiedere al promotore prescelto di apportare al progetto preliminare, da esso presentato, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto.

A giudizio di chi scrive le due previsioni sono **prive di una correlazione**.

In particolare, deve ritenersi che nella fase di approvazione del progetto – a differenza di quella successiva che porta alla stipula della concessione - il promotore

sia tenuto ad apportare, a proprie cure e spese, ogni modifica agli elaborati che risulti necessaria ai fini della positiva conclusione di detta fase. La previsione di cui al comma 10, a differenza di quella di cui al comma 3, considera, infatti, “**onere**” e non “**facoltà**” del concessionario quella di apportare dette modifiche.

In secondo luogo, la norma nulla dice in merito alle conseguenze derivanti da un eventuale rifiuto del promotore a modificare il progetto.

Non appare improprio che l’amministrazione, in presenza di un rifiuto del promotore, proceda alla revoca dell’assegnazione della qualifica di promotore ed alla conseguente escussione della cauzione provvisoria, passando ad interpellare direttamente coloro che seguono nella graduatoria di gara.

6. Una volta terminata la fase di approvazione del progetto, l’amministrazione procede alla **sottoscrizione della convenzione di concessione**.

Nel caso in cui il progetto non abbia subito modifiche nel corso dell’iter approvativo, l’amministrazione convocherà direttamente il promotore per la sottoscrizione della convenzione di concessione.

Viceversa, qualora il progetto approvato risulti differente rispetto a quello presentato in sede di gara, il promotore è legittimato a non accettare le modifiche apportate; conseguentemente l’amministrazione, in ossequio a quanto già indicato in sede di bando di gara, ha facoltà di richiedere progressivamente ai **concorrenti successivi** in graduatoria l’accettazione delle modifiche in questione, alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate da quest’ultimo.

Nel caso in cui qualcuno dei concorrenti posizionatisi alle spalle del promotore accetti le modifiche, il promotore ha diritto al pagamento, a carico dell’aggiudicatario, dell’importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell’ingegno di cui all’articolo 2578 del codice civile.

Si segnala che, stante il tenore della norma, lo “**scorrimento della graduatoria**” è una “**facoltà**” e non un obbligo dell’amministrazione; pertanto, in presenza di un

rifiuto del promotore, l'amministrazione potrebbe anche determinarsi nel senso di concludere la procedura intrapresa **senza aggiudicare la concessione**.

In tal caso, tuttavia, non è dato comprendere se l'amministrazione sia tenuta o meno a corrispondere al promotore le spese sostenute per la predisposizione dell'offerta. In considerazione della circostanza che la norma prevede la corresponsione di tali spese nel solo caso di aggiudicazione della concessione a soggetto diverso dal promotore, è plausibile che il promotore non possa accampare alcun diritto nei confronti dell'amministrazione.

Nel caso di accettazione da parte del promotore di dette modifiche, il medesimo promotore è tenuto all'eventuale adeguamento del piano economico-finanziario.

L'adeguamento è necessario ogniqualvolta le modifiche progettuali **incidano su presupposti posti a base del PEF**. Ad esempio, laddove il progetto modificato determini un innalzamento del costo di realizzazione dell'opera, sarà indispensabile rivedere ed adeguare il PEF, rettificando i parametri dei costi dell'investimento inizialmente stimati.

La norma non specifica se l'accettazione delle modifiche debba avvenire necessariamente alle medesime condizioni di cui all'offerta iniziale ovvero se sussistano spazi per eventuali adeguamenti di detta offerta.

A ben vedere, con riferimento al costo delle attività di modifica da apportare al progetto ai fini dell'approvazione, il legislatore ha chiaramente precisato che dette modifiche **non comportano alcun compenso aggiuntivo**, né incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario.

Una precisazione di tenore analogo non c'è in relazione alla fase di stipula della convenzione di concessione.

Il legislatore si è infatti limitato a prevedere l'obbligo dell'amministrazione di sottoporre le modifiche introdotte all'accettazione del promotore, riconoscendo a quest'ultimo la facoltà di rifiutare. Nulla è detto in merito alla possibilità che l'accettazione sia subordinata alla variazione delle condizioni di offerta.

La norma si limita semplicemente a sancire l'obbligo di adeguare il PEF in caso di necessità.

Un appiglio per sostenere la tesi della modificabilità delle condizioni originariamente offerte dal promotore è possibile ricavarlo dal dato letterale dell'articolo 153 comma 3 lett. b) del Codice.

Tale articolo - nel sottolineare che, nel caso in cui il promotore non accetti le modifiche apportate al progetto preliminare, l'amministrazione ha facoltà di interpellare i concorrenti successivi in graduatoria - precisa che, in tal caso, l'accettazione delle modifiche da apportare al progetto preliminare presentato dal promotore deve avvenire "alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso". Il riferimento alle condizioni "**proposte al promotore**", sembrerebbe far presumere l'esistenza di uno spazio di adeguamento della iniziale proposta da attuarsi su iniziativa dell'amministrazione.

In altre parole, uno spazio di adeguamento potrebbe sussistere, ma solo nell'ipotesi in cui sia l'amministrazione a considerare motivatamente indispensabile una revisione delle iniziali condizioni di offerta.

Ad ogni buon conto, in attesa di indicazioni sulla effettiva portata della norma in esame, appare opportuno evitare qualunque modifica "sostanziale" alle condizioni offerte e, tutt'al più, introdurre lievi adeguamenti, ove ciò risulti indispensabile per il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario,

Da ultimo, si rileva che la norma non assegna al promotore un termine entro il quale deve esprimere la propria accettazione ovvero il proprio diniego alle modifiche intervenute in corso di approvazione. Pertanto, appare buona regola in sede di bando di gara specificare il **termine massimo** che sarà assegnato al promotore ed, eventualmente, ai concorrenti che lo succedono in graduatoria, per accettare o meno le modifiche. Ciò al fine di evitare spiacevoli situazioni di empasse nel corso di svolgimento della procedura.

E' evidente che il termine assegnato dovrà essere sufficientemente congruo, onde consentire al promotore o agli altri soggetti che saranno interpellati di esaminare le modifiche e valutare con attenzione l'impatto economico delle stesse sull'investimento.