

PROJECT FINANCING: SI TORNA ALL'ANTICO

di *Massimo Gentile*¹

Il Decreto legge n. 70 del 2011 ha (ancora una volta) modificato la disciplina della finanza di progetto.

La modifica è a giudizio di chi scrive radicale e, sotto certi profili, costituisce una secca bocciatura del sistema originariamente delineato dall'articolo 153 del Codice dei contratti, così come modificato con il terzo decreto correttivo.

Invero, la principale modifica riguarda solo il comma 19 dell'articolo 153, ma la sua portata è potenzialmente in grado di offuscare tutto il sistema della finanza di progetto delineato dai precedenti commi del medesimo articolo.

Andiamo per gradi.

Innanzitutto, è utile rammentare che la precedente stesura del comma 19 contemplava la possibilità, da parte dei soggetti in possesso di specifici requisiti, di presentare, a mezzo di studi di fattibilità, proposte relative alla realizzazione di lavori non presenti nella programmazione della stazione appaltante. In caso di valutazione positiva da parte della stazione appaltante (da effettuarsi entro sei mesi dalla presentazione della proposta), detti studi di fattibilità potevano essere adottati nell'ambito della programmazione.

¹ Pubblicato su www.appaltiecontratti.it

La norma precisava che detta adozione non determinava alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni eseguite o alla realizzazione e gestione dei lavori.

Lo scopo della disposizione del Codice in parola era, dunque, solo quello di coinvolgere soggetti privati nel <<concepimento>> di opere pubbliche, senza che detto coinvolgimento potesse costituire un elemento di vantaggio nella (eventuale) successiva fase di affidamento.

Il c.d. <<decreto sviluppo>> stravolge l'istituto.

Più nel dettaglio, l'attuale comma 19, nel prevedere che la proposta deve essere corredata dal progetto preliminare e da altra documentazione partitamente individuata nel comma stesso, stabilisce che, in caso di valutazione positiva di detta proposta (da effettuarsi entro tre mesi dalla relativa presentazione), la stazione appaltante pone il progetto preliminare a base di una gara per l'affidamento di una concessione, *“alla quale è invitato il proponente, che assume la denominazione di promotore”*.

Il promotore è titolare del diritto di prelazione e, pertanto, qualora non risultasse aggiudicatario dell'appalto, può esercitare tale diritto corrispondendo all'aggiudicatario l'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta, nei limiti del 2,5% del valore dell'investimento.

Si è dunque sostanzialmente tornati al sistema delineato dalla Legge 109/1994, così come modificata dalla Legge 166/2002, che aveva suscitato forti perplessità a livello comunitario, proprio in considerazione del diritto di prelazione .

Ad avviso di chi scrive - al di là di ogni considerazione circa la rispondenza o meno del diritto di prelazione ai principi comunitari - la previsione del comma 19 ha finalmente ripristinato

una disciplina della finanza di progetto in linea con la peculiare finalità insita nell'istituto, che dovrebbe vedere nell'iniziativa del privato, e non della stazione appaltante, il momento di abbrivio della procedura di affidamento.

Iniziativa che, nella disciplina precedente alle modifiche introdotte con il decreto legge n. 70/2011, era del tutto marginale, tanto da considerare la finanza di progetto una (inutile) duplicazione delle ordinarie procedure di affidamento di concessioni di lavori pubblici.

In tal senso, non vi è chi non veda come l'ipotesi introdotta dal <<decreto sviluppo>> sia potenzialmente in grado di offuscare le complesse e articolate procedure previste dai restanti commi dell'articolo 153, le quali appaiono dunque destinate a perdere ogni rilevanza, rendendo la permanenza delle stesse nel contesto normativo priva di effettiva giustificazione.