

Appalti

Project financing, nel nuovo codice appalti semplificazioni e norme ad hoc

di Roberto Mangani

13 Febbraio 2023

Rispetto alla disciplina attuale lo schema di decreto varato dal governo chiarisce meglio le misure dedicate alle iniziative avviate su proposta dei privati: ecco le novità

Lo schema del nuovo codice dei contratti contiene uno specifico Titolo (il Titolo IV della Parte I del Libro IV) dedicato alla finanza di progetto. In particolare gli articoli da 193 a 196 si occupano della procedura di affidamento e della società di scopo, inerenti gli interventi da realizzare appunto secondo la formula della finanza di progetto.

La riforma ha svolto una meritoria opera di semplificazione del quadro legislativo vigente, ma soprattutto ha isolato le disposizioni dedicate esclusivamente al project financing in senso proprio, cioè le iniziative avviate su proposta di un privato e non su sollecitazione dell'amministrazione, ancorché l'esito finale della procedura porti comunque all'affidamento di una concessione. Viene in questo modo eliminata una distorsione presente nell'attuale formulazione dell'articolo 183 del D.lgs. 50/2016 che declina la finanza di progetto secondo una duplice articolazione: i primi 14 commi si riferiscono all'ipotesi in cui l'iniziativa proviene direttamente dall'ente pubblico, che procede a mettere a gara un progetto ai fini del successivo affidamento della concessione. Accanto a questa ipotesi – che potremmo definire project financing a iniziativa pubblica – i successivi commi da 15 a 20 disciplinano invece quella che più propriamente può essere qualificato come project financing, e cioè l'ipotesi in cui l'iniziativa proviene dal privato che in via autonoma propone all'amministrazione la realizzazione di un'operazione ricorrendo a questa specifica modalità.

In realtà questa doppia disciplina non appare coerente con le caratteristiche tipiche del project financing – che ricalcano quelle proprie della proposta a iniziativa privata – ma è anche generatrice di confusione.

Infatti, il così detto project financing a iniziativa pubblica viene disciplinato come uno strumento alternativo all'affidamento di una concessione, come risulta evidente dall'inciso contenuto all'articolo 183, comma 1 dove viene previsto che le amministrazioni possano ricorrere alla finanza di progetto in alternativa all'affidamento di una concessione tradizionale, ai sensi di quanto disciplinato nella precedente parte III. Mentre in realtà questa alternatività non sembra sussistere, considerato che anche nella concessione tradizionale vi deve comunque essere la presenza di capitali privati e l'assunzione del rischio in capo al concessionario, per cui l'unico elemento che effettivamente sembra

caratterizzare il project financing – che comunque si traduce nell'affidamento di una concessione (oltre che di altre forme di partenariato pubblico privato) - è che lo stesso si incardini sull'iniziativa del privato in qualità di proponente.

Ne consegue che la scelta operata nello schema del nuovo codice diretta a riservare le norme sulla finanza di progetto alla sola ipotesi di interventi proposti dal privato appare la più coerente, considerato anche che tale scelta consente di semplificare la relativa disciplina con indubbio giovamento in termini di leggibilità della stessa.

La procedura di affidamento

La disciplina dell'iter procedurale contenuta all'articolo 193 risulta snellita in maniera significativa rispetto alle previsioni vigenti. Nel contempo, gli elementi essenziali di tale disciplina rimangono sostanzialmente inalterati. La procedura prende avvio con la proposta che viene presentata dall'operatore privato e che ha ad oggetto la realizzazione in regime di concessione di lavori o dello svolgimento di servizi. La proposta deve contenere, quali elementi essenziali, un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione e un piano economico – finanziario asseverato, nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Contenuto analogo a quello oggi indicato dall'articolo 183, comma 15 del D.lgs.50.

La proposta è soggetta alla valutazione dell'ente (potenzialmente) concedente che si deve esprimere tempestivamente (oggi è previsto un termine perentorio di tre mesi). In sede di valutazione l'ente concedente può richiedere al proponente di apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per l'approvazione. Il proponente può apportare le modifiche ovvero proporre soluzioni alternative, ma se non vengono soddisfatte le richieste dell'ente la proposta si intende respinta. Una volta approvato il progetto di fattibilità, lo stesso viene posto a base di gara, che viene aggiudicata utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Alla gara possono partecipare gli operatori in possesso dei requisiti richiesti dal bando – che sono quelli previsti per i concessionari – che devono essere posseduti anche dal promotore. A quest'ultimo è attribuito il diritto di prelazione, che opera secondo il medesimo meccanismo ad oggi vigente: a valle dell'individuazione dell'aggiudicatario, il promotore può esercitare il diritto di prelazione alle medesime condizioni contenute nell'offerta dell'aggiudicatario, e in caso di esercizio deve corrispondere all'aggiudicatario l'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la presentazione dell'offerta, nei limiti del 2,5 per cento del valore dell'investimento.

Al contrario, in caso di mancato esercizio del diritto di prelazione è l'aggiudicatario che deve corrispondere al promotore le spese da quest'ultimo sostenute per la presentazione della proposta quali risultanti dal piano economico finanziario e comunque sempre nel limite del 2,5 per cento del valore dell'investimento.

Il soggetto promotore

Sotto questo profilo vi è una novità significativa rispetto alla disciplina vigente. Attualmente il comma 17 dell'articolo 183 del D.lgs. 50 stabilisce che possono presentare le proposte i soggetti in

possesso dei requisiti di cui al precedente comma 8 (oltre che i soggetti qualificati per i servizi di progettazione, eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi). In sostanza, chi intende presentare le proposte e assumere la qualifica di promotore deve già possedere i requisiti richiesti per i concessionari. Questa previsione non si ritrova nell'articolo 193 dello schema del nuovo Codice. Si deve quindi ritenere che non vi siano requisiti specifici che devono essere posseduti ai fini della presentazione della proposta, fermo restando che per la partecipazione alla successiva gara per l'affidamento della concessione – o, più propriamente, ai fini dell'affidamento della concessione in virtù dell'esercizio del diritto di prelazione – il soggetto promotore dovrà associarsi o consorziarsi con altri operatori in possesso dei requisiti richiesti dal bando.

Tali requisiti non potranno che essere quelli previsti per l'affidamento della concessione, come tali individuati all'Allegato II.12 dello schema del nuovo Codice, all'articolo 33. Si tratta dei requisiti già attualmente previsti, e cioè fatturato, capitale sociale, servizi affini – nelle misure rapportate all'entità dell'investimento – cui si aggiungono i requisiti necessari per gli esecutori dei lavori qualora il concessionario intenda provvedervi direttamente con la propria organizzazione di impresa.

In sostanza, nessuna particolare preclusione ai fini della presentazione della proposta, ma per assumere eventualmente la qualifica di concessionario il promotore che non sia già di per sé in possesso dei requisiti previsti per l'affidamento della concessione dovrà associarsi o consorziarsi con altri soggetti in possesso dei requisiti stessi.

Se questa ricostruzione è corretta, perde di significato la specifica previsione – riproposta sulla base delle norme vigenti – che consente la presentazione delle proposte da parte degli investitori istituzionali di cui all'articolo 32 del Decreto legge 78/2010. Si tratta dei fondi immobiliari chiusi partecipati dallo Stato e da altri enti pubblici, da organismi collettivi del risparmio, da enti di previdenza, imprese di assicurazione, intermediari bancari e finanziari vigilati, nonché società partecipate in misura almeno pari al 50% dai soggetti indicati. Come detto questa disposizione riproduce quanto attualmente previsto dal comma 17 – bis dell'articolo 183 del D.lgs. 50. La previsione era stata introdotta dalla legge 55/2019 proprio per consentire ai soggetti indicati di presentare proposte di project financing anche se non in possesso dei requisiti che, in virtù del precedente comma 17, sono oggi richiesti ai promotori. Ma nel momento in cui tali requisiti non sono più richiesti in termini generalizzati nella nuova disciplina, questa norma derogatoria non trova più il suo senso compiuto.

Residuano tuttavia due diversità. La prima è che gli investitori istituzionali, oltre ad associarsi e consorziarsi con altri operatori in possesso dei requisiti, possono anche ricorrere all'avvalimento per colmare il proprio deficit di qualificazione. La seconda è che gli investitori istituzionali hanno la facoltà di subappaltare anche integralmente le prestazioni oggetto della concessione, purché indicano il o i nominativi del/i subappaltatore/i entro la scadenza del termine di presentazione delle offerte per l'affidamento della concessione. Va peraltro evidenziato che sia il ricorso all'avvalimento

che al subappalto ricevono ormai un'applicazione generalizzata, per cui anche sotto questo profilo le previsioni hanno una limitata rilevanza derogatoria.

Società di progetto

L'articolo 194 dello schema del nuovo codice riproduce sostanzialmente le disposizioni in tema di società di progetto ad oggi contenute nell'articolo 184 del D.lgs. 50. L'unica diversità è prevista al comma 1, laddove viene stabilito che il bando "prevede che l'aggiudicatario costituisca una società di scopo", con un'indicazione che appare di carattere prescrittivo. L'attuale formulazione del comma 1 dell'articolo 184 indica invece che il bando deve prevedere la possibilità di costituzione della società di progetto, che resta però una facoltà che il concessionario può – ma non deve – esercitare.

Rimangono invece invariate le altre disposizioni in tema di capitale sociale minimo da indicare nel bando, di indicazione in sede di offerta delle quote di partecipazione di ciascun componente il raggruppamento concessionario (nel caso sia tale), di possibilità di affidamento diretto dei lavori e servizi ai soci, di subentro automatico della società nella concessione e di limiti relativamente alla circolazione delle partecipazioni azionarie.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE