

Appalti

Project financing, semplificazioni e spazio agli investitori istituzionali

di Claudio Guccione

06 Aprile 2023

Possibilità di associazione o avvalimento integrale (con successivo subappalto) per soddisfare i requisiti. Ma per lo sviluppo dei contratti a capitali privati servono Pa (e funzionari) qualificati

Le novità in ordine alla disciplina della finanza di progetto contenuta nel nuovo Codice dei contratti pubblici iniziano con la rubrica dell'apposito articolo, il 193, inserito nel contesto del Titolo IV (nell'ambito del Libro IV, dedicato al partenariato pubblico privato), per l'appunto dedicato alla finanza di progetto e rubricato «Procedura di affidamento». In sostanza, se è pur vero che con l'espressione "partenariato pubblico privato" si intende comunemente un genus di contratti, ciò che oggi possiamo affermare con maggior convinzione rispetto al precedente codice che difatti lasciava qualche dubbio dedicando un articolo al contratto di Ppp (art.180), quello che con la detta rubrica si intende chiarire è che l'articolo sulla finanza di progetto è dedicato al procedimento di affidamento; mentre la disciplina contrattuale la si trova ora unitariamente prevista nel Titolo III – L'esecuzione delle concessioni. In sostanza, la separazione del Codice precedente tra la disciplina delle concessioni e quella dei contratti di Ppp, che aveva certamente dato origine a taluni dubbi interpretativi, viene conservata solo per quanto concerne le procedure di affidamento e non anche per la disciplina contrattuale.

Il procedimento di finanza di progetto

Si registra l'eliminazione della disciplina del project financing ad iniziativa pubblica di cui all'articolo 183, commi 1 – 14 del d.lgs. 50/2016, il che fa anche venir meno quella parziale sovrapposizione di procedimento che emergeva nel precedente codice rispetto all'affidamento delle concessioni tout court, poiché in entrambi i procedimenti ad iniziativa pubblica era previsto che tra i contenuti dell'offerta vi fosse il progetto definitivo. E anzi, anche per l'affidamento delle concessioni (su iniziativa pubblica) l'art. 185 del nuovo codice prevede che l'ente concedente ponga a base di gara almeno un progetto di fattibilità e che l'aggiudicatario provveda alla predisposizione del successivo livello progettuale, il che significa che all'aspirante concessionario non è più richiesto di offrire in gara un vero e proprio progetto ma, plausibilmente, varianti migliorative al progetto di fattibilità posto a base di gara, come previsto nel procedimento di finanza di progetto al comma 5 dell'art.193. La modifica in questione è senz'altro da salutare favorevolmente alla luce del fatto che negli ultimi anni i procedimenti di affidamento delle concessioni e quello di finanza di progetto ad iniziativa

pubblica erano stati surclassati – plausibilmente proprio a causa degli eccessivi oneri progettuali ivi previsti - dal crescente numero di procedimenti di project financing a iniziativa del privato. Rispetto al vecchio codice, un ulteriore novità consiste nella eliminazione della previsione della cauzione pari al 2,5% del valore dell'investimento a corredo della proposta, aspetto certamente positivo, visto che non era del tutto chiaro quale tipo di inadempimento coprisse la cauzione né la sua durata, plausibilmente pari ai tre mesi cui il promotore era vincolato nell'attesa della valutazione della fattibilità della proposta. Inoltre, è ora espressamente previsto (comma 11) che l'ente concedente possa sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative per la realizzazione dei progetti inclusi nella programmazione di cui all'articolo 175, comma 1, in sostanza trattasi dell'avviso pubblico di sollecitazione di proposte, nella prassi utilizzato dalle stazioni appaltanti anche con il conforto di talune pronunce giurisprudenziali.

I soggetti proponenti

Tra le modifiche di maggior rilievo si segnala la mancanza della disciplina dei requisiti per la presentazione di proposte di project financing. L'articolo 183, commi 8 e 17 del precedente codice stabiliva che i promotori dovessero avere i medesimi requisiti dei concessionari, o i requisiti per partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici anche per servizi di progettazione eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi. Tuttavia, nel precedente codice non vi era una disposizione che specificasse i requisiti del concessionario – il che ha spesso indotto le stazioni appaltanti ad applicare l'art. 95 del dpr n.207/20210 - rendendo dunque problematico individuare a priori i soggetti qualificati a presentare proposte di project financing. Ci si poteva dunque aspettare che il nuovo Codice si facesse carico di dettare una nuova disciplina dei requisiti del concessionario ed invece, certamente quale scelta consapevole, si è deciso di reiterare la precedente impostazione lasciando agli enti concedenti l'onere di individuare le condizioni di partecipazione nel bando (art.193, comma 5 del nuovo codice).

Con riguardo alle modalità con cui gli investitori istituzionali possono presentare proposte di finanza di progetto nel comma 1 dell'art. 193 è previsto che i medesimi, qualora privi dei requisiti richiesti dal bando, possano associarsi o consorziarsi, nella successiva gara, con operatori in possesso dei requisiti. La modifica è da accogliere con favore, tenuto conto che nella previgente disciplina era imposto agli investitori istituzionali, qualora privi dei requisiti tecnici, di associarsi con progettisti qualificati già in fase di presentazione della proposta, limitando, di fatto, l'intervento di tali soggetti per via della loro comprensibile scarsa propensione ad assumere responsabilità nei confronti delle amministrazioni al di fuori dell'ambito meramente finanziario. Inoltre, per incentivare la partecipazione degli investitori istituzionali alle operazioni di partenariato pubblico – privato, è stata introdotta la previsione per cui questi ultimi possano soddisfare, in sede di gara, la richiesta dei requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-professionali avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti e che possano subappaltare, anche integralmente, le prestazioni oggetto del contratto, chiarendo, in quest'ultimo caso, che il nominativo del

subappaltatore deve essere comunicato all'ente concedente entro il termine di presentazione dell'offerta.

È stato poi chiarito (comma 2) che l'ente concedente debba concludere la procedura di valutazione con provvedimento espresso, pubblicato sul proprio sito istituzionale e oggetto di comunicazione ai soggetti interessati. Inoltre, nel medesimo comma è stato precisato che le modifiche al progetto richieste al promotore potranno anche essere rimodulate sulla base di soluzioni alternative proposte dallo stesso promotore per recepire le indicazioni dell'ente concedente.

La gara

Tra le ulteriori novità, al comma 9 si prevede che al fine di incentivare l'innovazione, l'ente concedente debba tener conto, tra i criteri di valutazione, della quota di investimenti destinata al progetto in termini di ricerca, sviluppo e innovazione tecnologica. Con riguardo ai documenti da presentare in sede di offerta, la novità è la mancata menzione della bozza di convenzione, difatti vengono espressamente indicati soltanto il piano economico-finanziario, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione e le varianti migliorative al progetto di fattibilità posto a base di gara (comma 5).

Non è chiara la ragione di tale esclusione, considerato che, come noto, la bozza di convenzione è un elaborato particolarmente rilevante, anche in relazione alla verifica della corretta allocazione dei rischi tra pubblico e privato ai fini del mantenimento delle caratteristiche necessarie alla qualificazione del contratto come concessione.

Con riguardo alla disciplina delle garanzie da prestare in sede di gara (comma 6), si prevede che le offerte debbano essere corredate dalle garanzie di cui all'articolo 106 (ossia, la garanzia provvisoria, nella misura del 2% del valore dell'investimento) e che il soggetto aggiudicatario debba prestare la garanzia di cui all'articolo 117 (ossia, la garanzia definitiva), con la precisazione che dalla data di inizio dell'esercizio del servizio da parte del concessionario è dovuta una (ulteriore) cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 117 e che la mancata prestazione di tali garanzie costituisce grave inadempimento contrattuale.

Si tratta, in definitiva, di tre diversi tipi di garanzie: la prima, quella di cui all'articolo 106, da prodursi al momento della presentazione dell'offerta; la seconda operativa solo per il soggetto aggiudicatario; l'ultima per il concessionario all'avvio dell'espletamento del servizio.

Le prospettive

Le prospettive della finanza di progetto appaiono in gran parte legate alla volontà e capacità degli enti concedenti e, in seno ad esse, dei singoli funzionari. Il tema è quello noto della qualificazione delle stazioni appaltanti: anche per la progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti di Ppp è prevista come necessaria la qualificazione delle stazioni appaltanti (art. 62, comma 18), in particolare intermedia o di secondo livello (5 milioni di euro per i servizi, euro 5.382.000 per i lavori) o avanzata

o di terzo livello (senza limiti di importo). Per una adeguata gestione delle proposte di finanza di progetto occorrono concrete capacità nelle fasi salienti del "ciclo di vita" di un contratto di Ppp. In primis, la programmazione, in quanto se la proposta dell'operatore economico riguarda un oggetto non previsto in essa, a seguito della sua approvazione andrà inserita tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente.

Cruciale è poi la fase di valutazione della proposta che, come noto, comprende elaborati tecnici, contrattuali ed economico-finanziari, richiedendo quindi molteplici professionalità in capo ai funzionari incaricati delle valutazioni, salvo dotarsi di advisor esterni, come avviene quasi sempre nella prassi. Come è noto, la valutazione si incentra sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, sulle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, sulla efficiente allocazione del rischio operativo, sulle capacità di generare soluzioni innovative, nonché sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale, il tutto in chiave comparativa con l'appalto.

Vi è poi la fase di negoziazione. Il nuovo codice ha ripetuto la precedente dicitura secondo cui l'ente concedente valuta la proposta invitando se necessario il promotore ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. In realtà, a ben vedere, l'Amministrazione può richiedere modifiche non al solo progetto ma anche agli altri elaborati di cui la proposta consiste: bozza di convenzione, piano economico-finanziario asseverato ed il capitolato prestazionale/gestionale. Quindi l'ente concedente deve essere dotato di adeguate capacità negoziali ad ampio spettro.

Infine, una volta stipulato il contratto va poi monitorato nella sua corretta esecuzione al fine di verificare se vi siano inadempimenti rispetto alle performance cui ci si è impegnati che giustifichino la decurtazione del canone di disponibilità, per i contratti comprendenti un rischio sul lato dell'offerta, i cosiddetti contratti freddi (carceri, scuole, ospedali) o l'applicazione di penali. Dunque, anche l'attività di monitoraggio richiede competenze specifiche. Per quanto poi concerne le responsabilità dei singoli funzionari pubblici, da salutarsi con favore la previsione contenuta all'art. 2 sul principio della fiducia che ha delineato in maniera chiara i confini della colpa grave nell'ambito della responsabilità amministrativa, ciò che dovrebbe alleggerire la cosiddetta paura della firma. Tuttavia, non si può negare che, anche a causa della mancanza di uno specifico know-how in ordine ai contratti di Ppp, spesso emerge una certa riluttanza dei funzionari a cimentarsi in materia per optare per i terreni decisamente più arati dei contratti di appalto. Ed allora occorrerebbe forse ragionare sulla introduzione di uno specifico strumento di incentivazione, un meccanismo premiale per i procedimenti di finanza di progetto positivamente conclusi.

