

Appalti

Project financing, nella decisione di prima fase ampia discrezionalità alla stazione appaltante

di Roberto Mangani

14 Settembre 2023

Una sentenza del Tar Lecce ricorda un principio consolidato e permette di evidenziare le novità introdotte dal nuovo codice appalti

Nella procedura di project financing la fase preordinata alla scelta del soggetto promotore è caratterizzata da ampia discrezionalità, essendo finalizzata all'individuazione della proposta che meglio risponde al pubblico interesse. Tale scelta non va quindi effettuata sulla base di rigidi criteri di valutazione predeterminati, come è invece richiesto nella seconda fase che configura una vera e propria gara in cui la proposta del promotore viene messa in competizione con altre eventuali offerte.

Si è espresso in questi termini il [Tar Lecce, Sez. III, 11 agosto 2023, n. 1034](#), che nel ribadire alcuni principi giurisprudenziali affermatesi con riferimento alla disciplina del Dlgs 50/2016, offre l'occasione per verificarne l'attualità in relazione alla nuova disciplina del Dlgs 36/2023 nonché, in termini più generali, per evidenziare i profili di maggiore diversità di quest'ultima rispetto alle regole previgenti.

Il fatto

Una Asl aveva pubblicato un avviso per l'acquisizione di manifestazioni di interesse per la presentazione di proposte in project financing per la realizzazione di un nuovo ospedale. L'ente concedente, preso atto delle risultanze delle valutazioni operata dalla commissione tecnica, individuava con apposita deliberazione la proposta ritenuta maggiormente aderente al pubblico interesse. Tale deliberazione veniva impugnata davanti al giudice amministrativo da un altro operatore che aveva presentato una proposta alternativa.

Il ricorrente contestava la scelta in quanto avvenuta sulla base di un punteggio tecnico attribuito dalla commissione alla proposta individuata frutto di valutazioni errate, in quanto espressione di un esercizio irragionevole e sproporzionato della discrezionalità tecnica. Nello specifico, il ricorrente evidenziava i seguenti elementi ritenuti oggetto di errata valutazione. In primo luogo, l'idea progettuale del ricorrente risultava più approfondita e con significativi elementi migliorativi rispetto a quella scelta dall'ente concedente, che si attestava su contenuto minimo indicato nell'avviso. In secondo luogo la stessa proposta conteneva l'indicazione di apparecchiature e spazi idonei a garantire una maggiore capacità ai fini dello svolgimento del servizio. In terzo luogo indicava un

programma dettagliato di lavori da effettuare, con specificazione delle relative tempistiche e fasi di attuazione.

Secondo la tesi del ricorrente, l'insieme di questi elementi rendevano la sua proposta maggiormente conveniente per l'ente concedente, con la conseguenza che la stessa avrebbe dovuto essere preferita nella fase di scelta del promotore.

Il project financing quale procedura bifasica

Il giudice amministrativo ha respinto il ricorso. L'iter argomentativo sviluppato nella pronuncia prende le mosse dal consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la procedura di project financing si articola in due fasi funzionalmente collegate ma distinte nelle loro caratteristiche intrinseche. La prima fase, finalizzata alla selezione della proposta di pubblico interesse, ancorchè procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità, essendo finalizzata non alla scelta della migliore offerta tra una pluralità sulla base di criteri rigidi e predeterminati, ma alla valutazione della sussistenza di un interesse pubblico che giustifichi l'accoglimento della proposta formulata dal promotore. In considerazione di queste caratteristiche, la scelta effettuata dall'ente concedente in questa fase ha margini molto ristretti di sindacabilità in sede giurisdizionale.

Solo la seconda fase della procedura, finalizzata all'aggiudicazione della concessione e in cui la proposta del promotore viene messa in concorrenza con offerte alternative di eventuali altri operatori, è caratterizzata dai principi propri di una vera e propria gara ad evidenza pubblica.

L'autonomia della prima fase della procedura comporta peraltro che l'atto di scelta del promotore - determinando un immediato vantaggio per lo stesso - si caratterizza per essere lesivo della posizione di altri operatori che hanno presentato proposte alternative, e deve quindi essere immediatamente impugnato - senza attendere il completamento della seconda fase della procedura - da coloro che vogliono contestarne la correttezza.

Partendo da questi principi e applicandoli al caso di specie, il Tar Puglia evidenzia come la scelta della proposta del promotore doveva avvenire sulla base della maggiore rispondenza all'interesse pubblico, senza che dovessero venire in rilievo elementi quali il valore dell'investimento, il numero dei macchinari e spazi messi a disposizione o quello degli interventi chirurgici previsti. Tali elementi non costituivano infatti criteri di valutazione delle proposte pervenute, né tanto meno erano indicati come tali nell'avviso pubblicato dall'ente concedente. Tenuto conto di tali premesse, risulta priva di ogni vizio logico la scelta dell'ente concedente di preferire la proposta che - diversamente da quella del ricorrente - si basava su dati storici maggiormente attendibili, e che proprio in base a ciò prevedeva investimenti minori rispetto a quelli prospettati nella proposta del ricorrente. Allo stesso modo, non sono accoglibili le censure del ricorrente fondate sulla maggiore entità di apparecchiature e spazi proposti dal ricorrente ovvero sul maggiore volume e migliore articolazione degli investimenti da effettuare, proprio perchè la natura e i contenuti della proposta non possono essere assimilati a quelli di un'offerta in senso proprio, con la conseguenza che i criteri di valutazione sono necessariamente diversi.

Un secondo motivo di censura articolato dal ricorrente riguardava le modalità di espressione del giudizio espresso dalla Commissione tecnica incaricata di valutare le proposte. La contestazione riguardava la mancata espressione di un giudizio autonomo da parte di ogni commissario, con la conseguenza che i punteggi erano stati espressi solo nella seduta collegiale e spesso risultavano identici per tutti i commissari.

Anche questa censura è stata respinta dal giudice amministrativo. Ciò in quanto al caso in esame non sono applicabili i principi che la giurisprudenza ha elaborato con riferimento al metodo del così detto confronto a coppie, e che comporta che ogni commissario debba effettivamente esprimere un autonomo giudizio con il relativo punteggio. Di conseguenza assume valore l'altro principio espresso dalla giurisprudenza nell'ipotesi in cui non si tratti di confronto a coppie. Secondo tale orientamento l'insussistenza di una differenziazione tra i punteggi attribuiti dai singoli commissari non è di per sé sinonimo di reciproco condizionamento e come tale idoneo a viziare la valutazione, potendo anche essere giustificata in virtù di una naturale concordanza di valutazioni effettuate nell'abito di un collegio perfetto.

Le novità del Dlgs 36/2023

La disciplina del project financing è riportata nell'articolo 193 del Dlgs 36. Il nuovo codice, nel riprendere molti aspetti della procedura delineata dall'articolo 183 del Dlgs 50, ha in realtà operato anche una meritoria opera di sistematizzazione.

L'articolo 183, sotto il titolo omnicomprensivo «Finanza di progetto», regolamentava in realtà due ipotesi sostanzialmente diverse tra loro. I commi da 1 a 13 riguardavano l'affidamento di concessioni su iniziativa dell'ente concedente. I commi da 14 e seguenti si riferivano invece alla procedura di project financing in senso proprio, cioè quella attivata su iniziativa del promotore privato. In maniera più coerente e con un approccio sistematico condivisibile l'articolo 193 è dedicato esclusivamente alla procedura di affidamento relativa ad interventi da realizzare secondo lo schema tipico della finanza di progetto, e cioè su iniziativa del promotore. In questo senso, si ritrovano in tale articolo molte delle previsioni precedentemente contenute nei commi da 14 in poi dell'articolo 183 del Dlgs 50. Sia pure nella sostanziale continuità tra vecchia e nuova disciplina, quest'ultima contiene alcune novità significative che meritano di essere segnalate. La novità più rilevante riguarda la possibilità che le proposte possano essere presentate anche dai così detti investitori istituzionali come tali definiti dall'ordinamento, e cioè:

- a) Stato o enti pubblici (ma l'ipotesi non appare coerente con la natura della finanza di progetto);
- b) Organismi d'investimento collettivo del risparmio;
- c) Forme di previdenza complementare nonché enti di previdenza obbligatoria;
- d) Imprese di assicurazione, limitatamente agli investimenti destinati alla copertura delle riserve tecniche;
- e) Intermediari bancari e finanziari assoggettati a forme di vigilanza prudenziale;
- f) Soggetti e patrimoni indicati nelle precedenti lettere costituiti all'estero (a determinate condizioni);

- g) enti privati e società residenti in Italia che perseguano esclusivamente finalità mutualistiche;
- h) veicoli costituiti in forma societaria o contrattuale partecipati in misura superiore al 50 per cento dai soggetti indicati nelle precedenti lettere.

In realtà non si tratta di una novità in termini assoluti, in quanto già il Dlgs 50 – a seguito di una modifica intervenuta con la legge 55/2019 che aveva introdotto il comma 17 - bis – aveva consentito la presentazione di proposte da parte degli investitori istituzionali. L'elemento innovativo è costituito dal fatto che mentre nella precedente disciplina gli investitori, se privi dei necessari requisiti, dovevano associarsi già in fase di presentazione della proposta con soggetti che fossero in possesso dei requisiti per la progettazione, nel Dlgs 36 (articolo 193, comma 1) questa prescrizione è stata eliminata. Ne consegue che in base alla nuova disciplina gli investitori istituzionali possono presentare le loro proposte in via autonoma, fermo restando che se privi dei necessari requisiti per l'affidamento della concessione dovranno associarsi con soggetti che ne siano in possesso ai fini della partecipazione alla relativa gara.

La medesima norma prevede altresì che, in alternativa all'associazione, gli investitori istituzionali per colmare il loro deficit di qualificazione potranno ricorrere all'avvalimento ovvero subappaltare integralmente le relative prestazioni a soggetti qualificati, purchè i nominativi di questi ultimi siano comunicati in sede di gara.

Nulla viene invece detto in relazione ai requisiti dei promotori diversi dagli investitori istituzionali. Nel precedente regime normativo era stabilito che le proposte potevano essere presentate da soggetti in possesso dei requisiti propri dei concessionari ovvero dei requisiti per lo svolgimento dei servizi di progettazione. Questa previsione non è più riprodotta nel Dlgs 36. Considerato che nell'Allegato II.12 (articolo 33) è stabilito che se il promotore deve apportare modifiche al progetto originario deve comunque associare soggetti in possesso dei requisiti per la progettazione, se ne potrebbe dedurre che in fase di presentazione della proposta non siano richiesti né tali requisiti né quelli propri del concessionario.

Resta tuttavia il dubbio sulla correttezza di questa conclusione, nel senso che se così fosse risulterebbe depotenziata la ragione della norma specifica riservata agli investitori istituzionali, che manterrebbe la sua efficacia solo in relazione alla possibilità di avvalimento o di subappalto integrale. In ogni caso, l'esplicita ricomprensione degli investitori istituzionali tra i soggetti proponenti rappresenta indubbiamente un incentivo alla presentazione di proposte da parte di soggetti che, pur non avendo esperienza specifica nel settore delle concessioni, sono dotati di caratteristiche – specie finanziarie – che li rendono idonei a partecipare a operazioni di project financing.

