

## **Le novità introdotte dal Terzo Decreto Correttivo in tema di partenariato pubblico e privato - Cons. Roberto Proietti**

Il c.d. partenariato pubblico privato (PPP) consente alla pubblica amministrazione, mediante diverse forme di cooperazione tra settore pubblico e settore privato, di affidare ad un operatore privato, anche sulla base di uno specifico contratto, l'attuazione di un progetto per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e per la gestione del relativo servizio.

I progetti realizzabili attraverso forme di PPP possono essere classificati in base a tre principali **tipologie**:

- progetti dotati di una intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza (in tale tipologia di progetti, il coinvolgimento del settore pubblico si limita ad identificare le condizioni necessarie per consentire la realizzazione del progetto, facendosi carico delle fasi iniziali di pianificazione, autorizzazione, indizione dei bandi di gara per l'assegnazione delle concessioni e fornendo la relativa assistenza per le procedure autorizzative);
- progetti in cui il concessionario privato fornisce direttamente servizi alla pubblica amministrazione (è il caso di tutte quelle opere pubbliche - carceri, ospedali, scuole - per le quali il soggetto che le realizza e gestisce trae la propria remunerazione principalmente da pagamenti effettuati dalla pubblica amministrazione);
- progetti che richiedono una componente di contribuzione pubblica, in relazione ai quali i ricavi da utenza sono insufficienti ma la cui realizzazione genera rilevanti benefici sociali.

Il crescente sviluppo delle iniziative di Partenariato Pubblico-Privato nel settore delle infrastrutture e della gestione dei servizi pubblici locali, ha indotto la Commissione Europea ad una verifica delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni, al fine di valutare la necessità di un'apposita normativa per la cooperazione tra il pubblico ed il privato. E' stato così adottato, il 30 aprile 2004, il libro verde sui partenariati pubblico-privati. Tale documento definisce, in generale, i PPP come *"forme di cooperazione" tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un "servizio"*.

Nel nostro ordinamento la definizione di contratti di partenariato pubblico privato è stata introdotta dall'art. 15 ter del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 231 del 2 ottobre 2008, Supplemento ordinario n. 227), recante il terzo decreto "correttivo" del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture). Tale disposizione, esemplificativamente inserisce fra i contratti di detto tipo *la concessione di lavori e di servizi, la locazione finanziaria, il project financing, e le società miste, ovvero l'affidamento a contraente generale quando il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi*. Il citato articolo 15 ter dispone, inoltre, che alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat. A tal proposito, va segnalato che Eurostat propone (*Treatment of public-private partnerships* - decisione 11 febbraio 2004) che gli assets legati a forme di

PPP non siano classificati come attivo patrimoniale pubblico, e, pertanto, siano registrati fuori bilancio delle amministrazioni pubbliche (*off balance*), qualora vengano rispettate le seguenti due condizioni: 1) il partner privato si assume il rischio di costruzione; 2) il partner privato si assume almeno uno tra i rischi di disponibilità (rischio legato alla capacità del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità) e di domanda (rischio legato alla variabilità della domanda che non dipende dalla qualità del servizio, ma da altri fattori: presenza di alternative più convenienti, ciclo di business, nuove tendenze del mercato).

Ciò posto, passando a considerare le novità contenute nel Terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici, va considerato quanto segue in merito al c.d. **project financing**

Il d.lgs. n. 152/2008 ha riscritto la disciplina della finanza di progetto, concentrandola nell'art. 153 del codice, abrogando gli artt. 154 e 155. La **disciplina previgente** prevedeva una procedura che si articolava in tre fasi: 1) selezione della migliore proposta; 2) selezione delle due migliori offerte da sottoporre a selezione con la proposta; 3) trattativa privata con partecipazione del promotore e delle due migliori offerte. La valenza di tale procedura aveva perso rilievo con l'abolizione della prelazione in favore del promotore ritenuta, peraltro, insufficiente dalla Commissione europea la quale aveva rilevato che l'avviso indicativo delle opere, contenute nel programma triennale, suscettibili di realizzazione mediante finanza di progetto, non era soggetto a pubblicità in ambito comunitario e che il promotore aveva un'ingiustificata posizione di vantaggio, dovendo competere solo con due offerte.

La **nuova disciplina**, nel tenere conto dei rilievi comunitari, prevede diverse procedure, tenta un rilancio dell'istituto e prevede nuovamente il diritto di prelazione in favore del promotore, rischiando, in tal modo, l'avvio di una nuova procedura da parte della Comunità europea.

Resta nel nuovo articolo 153 quanto previsto dall'ultima parte del comma 1 del previgente articolo 153, vale a dire la figura del «proponente», che si distingue dal «promotore» in quanto il secondo formula una proposta per la realizzazione di *opere o lavori già previsti nello strumento programmatico*, mentre il primo formula una proposta di *intervento* per prevedere una opera di futura realizzazione, ovvero uno *studio di fattibilità da inserire in un programma in corso di formazione*. In sostanza, è possibile presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, a mezzo di studi di fattibilità, proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità (non presenti nella programmazione triennale di cui all'art. 128 ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente) che le amministrazioni sono tenute a valutare entro sei mesi dal loro ricevimento, adottando gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse.

L'intento di realizzare opere pubbliche con il concorso di capitali privati può essere perseguito seguendo diverse strade: 1) gara unica previo bando e senza prelazione; 2) gara doppia previo bando e con diritto di prelazione; 3) iniziativa del privato previo avviso e con doppia gara.

1. - Nel **project financing con gara unica previo bando** (non previo avviso) la stazione appaltante indice una gara per l'affidamento di una concessione riferita ad una specifica opera pubblica, senza progetto preliminare: in sostanza, si tratta di una concessione con progettazione (preliminare, definitiva ed esecutiva) affidata al concessionario. Tale procedura è prevista per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità inseriti nella programmazione triennale e nell'elenco annuale di cui all'art. 128 del codice, ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, finanziabili (in tutto o in parte) con capitali privati. Al riguardo, va segnalato che l'art. 128 è stato modificato per coordinarlo con il nuovo art. 153, prevedendo che le opere realizzabili mediante finanza di progetto possono essere inserite nell'elenco annuale anche se prive di progettazione preliminare, e sulla base del solo studio di fattibilità. Trattasi di procedura alternativa alla concessione di cui all'art. 143 del codice in cui l'amministrazione già dispone del progetto preliminare che pone a base di gara, mentre nella procedura in esame viene posto a base di gara uno studio di fattibilità.

La differenza rispetto al modello precedente (caratterizzato dalla pubblicazione a cura dell'amministrazione di un avviso recante tutte le opere pubbliche realizzabili con capitali privati e dalla possibilità per il promotore di presentare una proposta) risiede nel fatto che manca l'avviso generale ed è previsto un bando per ogni opera pubblica da realizzare.

Il *bando di gara* è pubblicato con le modalità di cui all'art. 66 ovvero di cui all'art. 122, secondo l'importo dei lavori, ponendo a base di gara lo studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice o adottato ai sensi del comma 19 (art. 153, comma 2). Oltre al contenuto previsto dall'art. 144 per le concessioni, il bando deve prevedere: - la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di chiedere al promotore prescelto di apportare al progetto preliminare (dallo stesso presentato) le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto; - l'aggiudicazione della concessione al promotore solo a seguito dell'accettazione delle modifiche progettuali e del conseguente adeguamento del piano economico-finanziario; - la facoltà dell'amministrazione, in caso di mancata accettazione da parte del promotore di apportare modifiche al progetto preliminare, di chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche da apportare al progetto preliminare presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso (art. 153, comma 3).

Viene scelto il promotore che presenta il miglior progetto preliminare, ma la concessione si può perfezionare solo a seguito dell'approvazione del progetto preliminare, il quale può necessitare di modifiche che il promotore è obbligato ad apportare in conformità alle indicazioni della stazione appaltante. Qualora questi non segua tali indicazioni, l'amministrazione può chiedere ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle stesse modifiche alle medesime condizioni proposte e non accettate dal promotore.

Qualora l'affidamento della concessione avvenga in favore di un soggetto diverso dal promotore originario, non si ha diritto di prelazione, ma solo diritto al rimborso delle spese (entro un importo stabilito dall'art. 153 del codice).

In sostanza, questa modalità di project financing si concretizza mediante una gara unica per l'affidamento di una concessione, articolata nelle fasi della scelta del promotore, nella negoziazione con il promotore delle modifiche al progetto preliminare, nella negoziazione con i successivi concorrenti in graduatoria se la prima negoziazione non va a buon fine.

L'art. 153, comma 10, del codice prevede, infatti, che l'amministrazione aggiudicatrice:

- 1) prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando;
- 2) redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta; la nomina del promotore può aver luogo anche in presenza di una sola offerta;
- 3) pone in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore, con le modalità indicate all'art. 97; in tale fase è onere del promotore procedere alle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'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;
- 4) quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula della concessione;
- 5) qualora il promotore non accetti di modificare il progetto, ha facoltà di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.

Solo se il progetto preliminare viene approvato con le modifiche progettuali richieste, si può stipulare il contratto di concessione (art. 153, comma 11).

Qualora risulti aggiudicatario della concessione un soggetto diverso dal promotore, il primo deve rimborsare al secondo le spese di cui all'art. 153, comma 9 del codice.

Poiché il quarto comma dell'art. 153 prevede l'applicazione, ove necessario, delle disposizioni di cui al D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (T.U. espropriazioni), deve ritenersi che al concessionario possa essere delegato il potere espropriativo.

Le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83 (art. 153, comma 4). L'esame delle proposte riguarda anche la qualità del progetto preliminare presentato, il valore economico e finanziario del piano ed il contenuto della bozza di convenzione (art. 153, comma 5). Il bando indica i criteri, secondo l'ordine di importanza (art. 153, comma 6).

Il *disciplinare di gara* indica, in particolare, l'ubicazione e la descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire, in modo da consentire che le proposte siano presentate secondo presupposti omogenei (art. 153, comma 7).

Sono ammessi a partecipare alla procedura solo i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario anche associando o consorziando altri soggetti, fermi restando i requisiti di cui all'art. 38 (art. 153, comma 8).

Le *offerte* devono contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da una banca nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Il regolamento detta indicazioni per chiarire e agevolare le attività di asseverazione ai fini della valutazione degli elementi economici e finanziari. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 c.c. Tale importo, non può superare il 2,5% del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara (art. 153, comma 9).

L'offerente deve garantire il mantenimento dell'offerta (art. 75) garantire la corretta esecuzione (art. 113), offrire la cauzione fissata dal bando in misura pari al 2,5% del valore dell'investimento desumibile dallo studio fattibilità (che serve a rimborsare, a carico dell'aggiudicatario, il promotore che non venga prescelto a causa del fallimento della negoziazione sulle modifiche al progetto preliminare) e la cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestare nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'art. 113 (la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale (art. 153, comma 13).

**2. -** La seconda procedura di realizzazione di opere pubbliche con il concorso di capitali privati consiste nel ***project financing con doppia gara previo bando e con diritto di prelazione***. Se le amministrazioni aggiudicatrici si avvalgono di tale procedura, non si applicano il comma 10, lett. d) ed e), il comma 11 e il comma 12, dell'articolo 153.

Anche tale *procedura* si caratterizza per la pubblicazione di un bando, e per l'affidamento di una concessione con progettazione integralmente a carico dal privato, ma si distingue dalla procedura precedentemente esaminata in quanto è prevista una doppia gara e il diritto di prelazione.

In tale procedura, che si articola in due gare ed è caratterizzata dal diritto di prelazione, l'amministrazione:

- 1) pubblica un bando precisando che la procedura non comporta l'aggiudicazione al promotore prescelto, ma l'attribuzione allo stesso del diritto di essere preferito al migliore offerente individuato, ove il promotore prescelto intenda adeguare la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa;
- 2) provvede all'approvazione del progetto preliminare in conformità al comma 10, lett. c);
- 3) bandisce una nuova procedura selettiva, ponendo a base di gara il progetto preliminare approvato e le condizioni economiche e contrattuali offerte dal promotore, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- 4) aggiudica il contratto in favore del promotore se non sono state presentate offerte valutate economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore;
- 5) ove, invece, siano state presentate una o più offerte valutate economicamente più vantaggiose di quella del promotore posta a base di gara, quest'ultimo può, entro quarantacinque giorni dalla comunicazione dell'amministrazione aggiudicatrice, adeguare la propria proposta a quella del migliore offerente, aggiudicandosi il contratto; in tale ipotesi, l'amministrazione aggiudicatrice

rimborsa al migliore offerente, a spese del promotore, le spese sostenute per la partecipazione alla gara, nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo;

- 6) se il promotore non adegua nel termine indicato la propria proposta a quella del miglior offerente individuato in gara, il contratto è aggiudicato in favore di quest'ultimo e l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al promotore, a spese dell'aggiudicatario, le spese sostenute nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo (art. 153, comma 15).

3. - La terza ed ultima modalità di realizzazione di opere pubbliche con il concorso di capitali privati consiste nel **project financing su iniziativa del privato previo avviso** che può articolarsi in tre procedure alternative con doppia gara.

Tale modalità è stata prevista al fine di evitare le conseguenze dell'eventuale inerzia dell'amministrazione la quale (nelle due procedure precedentemente esaminate) potrebbe restare inerte e non pubblicare i bandi che danno avvio alle procedure paralizzando, in tal modo, l'iniziativa privata. Rischio questo che non si correva precedentemente in quanto la previgente disciplina non prevedeva la pubblicazione di un bando ma solo un avviso generale e indicativo a seguito del quale l'iniziativa spettava ai privati.

Per superare ostacoli del genere è stata prevista una procedura ad iniziativa privata stabilendo che:

- 1) in relazione a ciascun lavoro inserito nell'elenco annuale, per il quale le amministrazioni aggiudicatrici non provvedano alla pubblicazione dei bandi entro sei mesi dall'approvazione dell'elenco, i soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8 possono presentare, entro e non oltre quattro mesi dal decorso di detto termine, una proposta avente il contenuto dell'offerta di cui al comma 9, garantita dalla cauzione di cui all'art. 75, corredata dalla documentazione dimostrativa del possesso dei requisiti soggettivi e dell'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara (art. 153, comma 16);
- 2) entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di quattro mesi, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono, anche nel caso in cui sia pervenuta una sola proposta, a pubblicare un avviso con le modalità di cui all'art. 66 ovvero di cui all'art. 122, secondo l'importo dei lavori, contenente i criteri in base ai quali si procede alla valutazione delle proposte;
- 3) le eventuali proposte rielaborate e ripresentate alla luce dei suddetti criteri e le nuove proposte sono presentate entro novanta giorni dalla pubblicazione di detto avviso;
- 4) le amministrazioni aggiudicatrici esaminano dette proposte, unitamente alle proposte già presentate e non rielaborate, entro sei mesi dalla scadenza di detto termine;
- 5) se il soggetto che ha presentato la proposta prescelta ai sensi del comma 16 non partecipa alle gare, l'amministrazione aggiudicatrice incamera la garanzia di cui all'art. 75;
- 6) nelle gare suddette si applica il comma 13 (art. 153, comma 17).

Occorre segnalare che l'art. 128, comma 6, del codice stabilisce, in generale, che nessuna opera può essere inserita nell'elenco annuale se non previa elaborazione del progetto preliminare, mentre la nuova disciplina del project

financing prevede che possono essere presentate proposte, contenenti un progetto preliminare, per opere che sono nell'elenco annuale. Tuttavia, nel terzo correttivo è stato chiarito che nell'art. 128, comma 6, per i lavori suscettibili di realizzazione mediante project financing, ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale è sufficiente il solo studio di fattibilità e non è necessario il progetto preliminare.

Le amministrazioni aggiudicatrici hanno tre alternative:

- a) qualora il progetto preliminare necessiti di modifiche e ricorrono le condizioni di cui all'art. 58, comma 2, del codice, è possibile indire un dialogo competitivo sulla base del progetto preliminare e della proposta; il promotore che non risulti aggiudicatario nella procedura di dialogo competitivo, ha diritto al rimborso, con onere a carico dell'affidatario, delle spese sostenute nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo;
- b) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, è possibile bandire una concessione ai sensi dell'art. 143, ponendo lo stesso progetto a base di gara ed invitando alla gara il promotore;
- c) qualora il progetto preliminare non necessiti di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, si può procedere ai sensi del comma 15, lett. c), d), e), f), ponendo lo stesso progetto a base di gara e invitando alla gara il promotore (art. 153, comma 16); al promotore che non risulti aggiudicatario nelle procedure di cui al comma 16, lett. b) e c), si applica quanto previsto dal comma 15, lett. e) ed f), del comma 18 dell'articolo 153 (diritto di prelazione).

Nel project financing su iniziativa del privato le diverse modalità procedurali sono caratterizzate dalla necessità o meno di modificare il progetto preliminare e possono concretizzarsi in tre diverse procedure connotate da una doppia gara.

La fase della presentazione della proposta (o delle proposte) è comune alle tre procedure e induce l'amministrazione a pubblicare un avviso in cui si indicano i criteri di valutazione delle proposte; da questo momento decorre un termine in cui chi ha già presentato una proposta la può rielaborare alla luce dei criteri di valutazione resi noti con l'avviso, mentre altri interessati possono presentare altre proposte; scaduti i termini, l'amministrazione valuta comparativamente le proposte e seleziona quella di pubblico interesse. Proprio sulla base della proposta valutata di pubblico interesse e corredata di progetto preliminare, si possono innestare tre diverse procedure.

Qualora il progetto preliminare necessiti di modifiche, ricorrendo le condizioni consistenti nella complessità dell'appalto (art. 58, comma 2, d.lgs. n. 163/2006), si può procedere mediante **dialogo competitivo**. Al riguardo, va segnalato che il terzo correttivo ha modificato l'art. 58 del codice stabilendo che il dialogo competitivo può riguardare anche l'affidamento di una concessione (oltre che l'affidamento di un appalto). Per questa procedura è previsto che il promotore non aggiudicatario non ha diritto di prelazione, potendo pretendere solo di rimborso delle spese.

In alternativa al dialogo competitivo, se il progetto preliminare non necessita di modifiche, l'amministrazione può indire una **concessione ex art. 143 codice**, o bandire una **gara secondo il secondo modello di project** descritto. In questi casi vi è diritto di prelazione.

Riguardo al project su iniziativa privata la nuova disciplina non prevede alcunché per l'ipotesi in cui il progetto preliminare presentato dal promotore necessiti di modifiche, ma non si possa utilizzare il dialogo competitivo. In tale ipotesi, o l'amministrazione blocca la procedura affermando che non vi sono proposte di pubblico interesse, ovvero si dovrebbe ritenere applicabile in via analogica il primo modello di project aprendo un confronto con il promotore per l'accettazione delle modifiche al progetto, passando a negoziare con gli altri proponenti qualora il promotore non accettasse le modifiche.

Per quanto riguarda, poi, la bozza di convenzione contenuta nell'offerta del promotore ovvero nella sua proposta (art. 153, comma 16) è opportuno prevedere un suo contenuto minimo tale da disciplinare i rischi dell'operazione. Ad esempio, il rischio di costruzione a carico del privato implica la previsione di disposizioni contrattuali volti a sanzionare dal punto di vista economico i vizi di progettazione, la consegna ritardata dell'opera; il rischio di disponibilità comporta un meccanismo di riduzione dei pagamenti pubblici a fronte di prestazioni non fornite o che presentino standard qualitativi inferiori rispetto al mercato; il rischio di domanda implica l'abolizione di clausole di garanzia del tipo minimo garantito.

Dubbi sussistono anche in merito al fatto che nell'ipotesi di cui all'art. 153, comma 16, lett. b) e c), vengono previste procedure di gara alle quali invitare anche il soggetto promotore, in contrasto con il principio - sancito anche dall'art. 90, comma 8 che esclude la partecipazione alle gare per l'affidamento dei lavori dei soggetti che hanno svolto l'attività di progettazione - volto a garantire la par condicio dei concorrenti partecipanti ad una gara di appalto.

**4. -** La nuova disciplina del project financing ha indotto il legislatore a modificare anche le norme dedicate al **promotore delle infrastrutture strategiche** (art. 175 del codice).

Al riguardo, è stato previsto che il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti pubblica sul sito informatico di cui al D.M. 6 aprile 2001, e nelle Gazzette Ufficiali italiana e comunitaria, la lista delle infrastrutture, inserite nel programma della legge obiettivo, per le quali i soggetti aggiudicatori intendono avviare le procedure di project financing.

Per ogni infrastruttura va indicato l'ufficio del soggetto aggiudicatore presso il quale gli interessati possono ottenere le informazioni ritenute utili.

Per completezza, va fatto cenno a qualche altro aspetto di interesse.

Circa le possibili **modifiche soggettive del proponente e del promotore**, nelle ipotesi di cui ai commi 16, 19 e 20 dell'articolo 153 del codice, i soggetti che hanno presentato le proposte possono recedere dalla composizione dei proponenti in ogni fase della procedura fino alla pubblicazione del bando di gara purché tale recesso non faccia venir meno la presenza dei requisiti per la qualificazione.

La mancanza dei requisiti in capo a singoli soggetti comporta l'esclusione dei soggetti medesimi senza incidere sulla validità della proposta, a condizione che i restanti componenti posseggano i requisiti necessari per la qualificazione (art. 153, comma 21).

In tema di **subentro e privilegio sui crediti**, sono stati modificati gli artt. 159 e 160 del codice.



L'articolo 159, relativo alla possibilità di subentro di un nuovo concessionario in caso di risoluzione del contratto per fatto dell'originario concessionario, è stato modificato eliminando il termine di novanta giorni decorrente dalla comunicazione della stazione appaltante di voler risolvere il contratto, entro cui va fatta la designazione del subentrante, e sostituendolo con un termine variabile, individuato nel contratto o, in mancanza, assegnato dall'amministrazione aggiudicatrice nella comunicazione scritta agli enti finanziatori della intenzione di risolvere il contratto.

Ne consegue che il termine per far cessare l'inadempimento del concessionario decorre da tale nuovo termine.

L'articolo 159 del codice si applica alle società di progetto costituite per qualsiasi contratto di partenariato pubblico-privato di cui all'art. 3, comma 15-ter del codice.

L'art. 253, comma 26-bis, del codice, in relazione all'articolo 159, comma 2, stabilisce che fino all'emanazione del decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, i criteri e le modalità di attuazione possono essere fissati dalle parti nel contratto.

L'articolo 160 (relativo al privilegio sui crediti), invece, è stato modificato operando un'estensione del privilegio generale sui beni mobili, che assiste i crediti dei soggetti che finanziano la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi.

Crediti del genere hanno privilegio generale, ai sensi degli artt. 2745 ss., c.c., oltre che sui beni mobili del concessionario, anche sui beni mobili delle società di progetto che siano concessionarie o affidatarie di contratto di partenariato pubblico privato o contraenti generali ai sensi dell'art. 176 del codice.

Oltre al project financing, occorre fare cenno alle altre forme di ppp presenti nel nostro ordinamento, tenendo conto delle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 152/2008.

In merito al c.d. **leasing in costruendo**, va detto che la legge finanziaria 2007 ha introdotto una disciplina, seppure non esaustiva, del leasing in costruendo, che costituisce una forma di finanziamento privato delle opere pubbliche: si tratta in particolare, di una forma di realizzazione per mezzo della quale un soggetto finanziario anticipa all'appaltatore i fondi per eseguire l'opera pubblica e, successivamente all'avvenuta esecuzione, viene ristorato dal soggetto appaltante attraverso la corresponsione di canoni periodici. Il leasing in costruendo, di fatto, altro non è che una forma di finanziamento all'appaltatore, con accollo dell'onere di restituzione dell'importo finanziato da parte dell'ente appaltante.

La regolamentazione dell'istituto, introdotta dalla legge finanziaria anzidetta, è oggi prevista dall'art. 160 bis del codice degli appalti, come modificato con il terzo decreto correttivo. In particolare, il comma 1 dell'art. 160 bis prevede la possibilità per i committenti tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici di ricorrere al contratto di locazione finanziaria *“per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità”* e specifica che il contratto di locazione finanziaria è un contratto pubblico di lavori. Si tratta di un

chiarimento opportuno in relazione agli appalti misti, poiché nella locazione finanziaria è presente il servizio finanziario oltre alla componente lavori.

Il successivo comma 2 del citato articolo 160 bis, prevede che il bando di gara deve determinare sia i requisiti di tipo economico, tecnico-realizzativo ed organizzativo dei soggetti partecipanti alla gara, sia le caratteristiche tecniche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione, nonché i parametri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il comma 3, dello stesso articolo 160 bis stabilisce che il soggetto partecipante alla gara *“può essere anche un'associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore ovvero un contraente generale”*. La norma precisa che, nel caso dell'ATI tra il soggetto finanziatore ed il soggetto realizzatore, ciascuno è essere responsabile per la relativa obbligazione assunta, escludendo in tal modo la solidarietà tra i soggetti che compongono l'associazione. E', inoltre, previsto che, in ipotesi di fallimento, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento da parte di uno dei soggetti costituenti l'associazione, l'altro possa sostituirlo, con l'assenso del committente, con altro soggetto che abbia i medesimi requisiti e caratteristiche del soggetto sostituito. Tale previsione non è chiara, poiché non si comprende quale sia la portata dell'assenso del committente: quest'ultimo può valutare l'opportunità o meno della sostituzione ovvero deve fornire l'assenso se il sostituto proposto dal componente dell'ATI ha i necessari requisiti di idoneità ?

La fase dell'esecuzione dei lavori non ha una specifica disciplina, nonostante le particolarità derivanti dall'esistenza del rapporto intercorrente tra i tre soggetti (il soggetto pubblico, la società di leasing, l'appaltatore).

Il nuovo comma 4-bis si occupa del tema della qualificazione, stabilendo che qualora concorra solo un soggetto finanziatore, costui deve essere un finanziatore autorizzato ai sensi del D.Lgs. 18 settembre 1993, n. 385, e deve dimostrare alla stazione appaltante che dispone, se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche in associazione temporanea con un soggetto realizzatore, dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto. Quindi, il soggetto finanziatore deve dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione per eseguire i lavori.

L'offerente contraente generale (art. 162, comma 1, lett. g), del codice) può partecipare anche ad affidamenti relativi alla realizzazione, all'acquisizione ed al completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità non disciplinati dalla parte II, titolo III, capo IV, del codice se in possesso dei requisiti determinati dal bando o avvalendosi delle capacità di altri soggetti. E' stato chiarito che il contraente generale che partecipa alla locazione finanziaria è quello qualificato con il sistema di qualificazione presso il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti per le infrastrutture strategiche. Il contraente generale qualificato ai fini delle infrastrutture strategiche, però, può partecipare anche all'affidamento di locazioni finanziarie per lavori che non siano infrastrutture strategiche.

Le modifiche introdotte con il d.lgs. n. 152/2008 hanno chiarito che la stazione appaltante pone a base di gara un progetto di livello almeno preliminare, mentre l'aggiudicatario provvede alla predisposizione dei successivi livelli progettuali e all'esecuzione dell'opera; quindi, non si può procedere mediante locazione finanziaria con progettazione preliminare a carico dell'esecutore (nuovo comma 4-ter dell'art. 160 bis). Inoltre, è stato chiarito che l'opera oggetto del

contratto di locazione finanziaria può seguire il regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi, e può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario (nuovo comma 4-quater dell'art. 160 bis).

In sostanza, l'opera rimane inizialmente di proprietà del locatore finanziario – passando in proprietà della stazione appaltante pubblica solo alla fine della locazione e sempre che venga esercitato il diritto di opzione – e, quindi, va ritenuta di proprietà privata, ma va considerata sostanzialmente pubblica, ai fini urbanistici (localizzazione sul territorio), edilizi (regime dei titoli abilitativi edilizi), ed espropriativi (per le opere pubbliche).

Sul piano giuridico l'operazione si configura come un contratto di appalto tra soggetto pubblico ed appaltatore ed un contratto di mutuo tra società di leasing ed appaltatore con accollo dell'onere di restituzione da parte del soggetto pubblico. Quindi, al rapporto di appalto dovrebbero applicarsi le regole sugli appalti pubblici (direzione dei lavori, registro di contabilità, riserve etc.), con la particolarità che i pagamenti da parte della società di leasing all'appaltatore dovrebbero di volta in volta venire autorizzati dal soggetto appaltante, con esonero di responsabilità.

Sorgono dubbi per l'ipotesi in cui che il soggetto finanziatore possa partecipare anche da solo alla gara, poiché ciò risulta essere non conforme alla disciplina di vigilanza nazionale della Banca d'Italia, che non consente alle banche/intermediari finanziari l'assunzione di rischi atipici rispetto all'attività finanziaria (es.: rischi inerenti la costruzione, il completamento e la vendita di un'opera pubblica). In casi del genere è previsto che il soggetto finanziatore assicuri la disponibilità dei mezzi necessari a realizzare l'opera, ricorrendo all'istituto dell'avvalimento, nonostante i soggetti finanziatori e le imprese di costruzione svolgano attività tra loro non omogenee.

Altro aspetto dell'articolo in esame che suscita critiche è quello relativo alla mancata indicazione dei controlli che la pubblica amministrazione è legittimata a svolgere sull'immobile da realizzare in *leasing*, così come previsto all'art. 160-bis, comma 4. Si potrebbe, infatti, verificare il caso che al termine della realizzazione dell'opera la pubblica amministrazione decida di non prendere in locazione il bene, lasciando al soggetto finanziatore il gravoso compito di cercare un nuovo locatore. Per evitare un simile rischio, è necessario che l'amministrazione stessa sia costantemente aggiornata sull'andamento dei lavori, sullo sviluppo del progetto e su ogni altro elemento rilevante che riguarda l'intervento.

La mancanza di una specifica disciplina normativa-regolamentare concernente tali aspetti, se da un parte rende più flessibile l'applicazione dello strumento - rimettendola alle previsioni del bando di gara ed alla disciplina contrattuale - dall'altra potrebbe portare ad un mancato impiego dello stesso a causa dell'elevato rischio di ricorsi da parte dei soggetti non aggiudicatari.

Peraltro, seppure è vero che nell'intraprendere un'operazione di *leasing*, la pubblica amministrazione può conseguire una serie di vantaggi (il reperimento delle risorse finanziarie da un soggetto privato; la realizzazione "chiavi in mano" dell'opera; la possibilità di eliminare i rischi finanziari legati alle perizie suppletive, alle revisioni dei prezzi e alle caratteristiche tecniche del bene stesso; la realizzazione dell'opera ad un costo certo e definito sin dal momento dell'aggiudicazione; la realizzazione e consegna dell'opera nei tempi prefissati, in quanto la società di *leasing* comincerà ad incassare i canoni solo dopo il collaudo dell'opera; la flessibilità di applicazione dello strumento in termini di impatto sul

bilancio pubblico; il potenziale trasferimento di parte dei rischi in capo alla società di *leasing* che provvederà a trasferirli negozialmente ai fornitori con cui avrà un rapporto di responsabilità diretto), tuttavia è pur vero che i potenziali vantaggi possono essere effettivamente conseguiti soltanto se la pubblica amministrazione esercita in modo ottimale il potere contrattuale derivante dal fatto che il fruitore, nonché finanziatore finale dell'operazione è l'amministrazione stessa. Conseguentemente, l'istituto potrebbe rivelarsi controproducente qualora i rischi del progetto ricadano sulla stazione appaltante, mentre, al contrario, al fine di assicurare la convenienza dell'operazione, la stazione appaltante dovrebbe assicurare il trasferimento di una certa quantità di rischi all'operatore privato.

In merito ai **lavori realizzati dal titolare del permesso di costruire**, tra le novità indotte dal terzo decreto correttivo, vi è la disciplina dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo.

In base al novellato articolo 32, I comma, lett. g), del codice, il titolare del permesso di costruire elabora la progettazione preliminare delle opere di urbanizzazione, che assume in via diretta (dal punto di vista economico) a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, e sulla base di detto progetto l'amministrazione indice una gara ai sensi dell'art. 55 per l'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori.

L'articolo 122 del codice, sempre nel testo novellato dal terzo decreto correttivo, dispone invece che per gli appalti sotto soglia comunitaria si applica la procedura prevista dall'art. 57, comma 6, e che l'invito è rivolto ad almeno 5 soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei.

La nuova impostazione della disciplina è dovuta in parte alle censure sollevate dalla Commissione europea rispetto al diritto di prelazione ed in parte alla nuova disciplina del project financing contenuta nel decreto legislativo n. 152/2008.

La Commissione europea ha contestato, sostanzialmente, la formulazione della norma previgente perché prevedeva il diritto di prelazione a favore del titolare del permesso di costruire che fosse promotore, soppresso dal secondo correttivo nella disciplina generale del promotore.

La norma previgente era stata criticata anche perché sembrava difficilmente ipotizzabile un promotore di opere di urbanizzazione, considerato che il promotore è un soggetto che diviene titolare di una concessione di costruzione e gestione, e quindi l'istituto riguarda prevalentemente opere suscettibili di gestione economica da parte del privato, mentre le opere di urbanizzazione, generalmente, non presentano tale caratteristica.

La disciplina è stata, quindi, riscritta, eliminando l'istituto del promotore e prevedendo due alternative:

- 1) il privato, titolare del permesso di costruire che preveda opere a scomputo, diventa soggetto aggiudicatore e indice un appalto secondo le previsioni del codice per l'affidamento dei lavori inerenti le opere di urbanizzazione;
- 2) la stazione appaltante pubblica indice un appalto-concorso sulla base del progetto preliminare presentato dal titolare del permesso di costruire; l'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il permesso di costruire presenti all'amministrazione stessa, in sede

di richiesta del permesso di costruire, un progetto preliminare delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto; l'amministrazione, sulla base del progetto preliminare, indice una gara con le modalità previste dall'art. 55 (procedure aperte e ristrette).

Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori.

L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per gli oneri di sicurezza.

In tale procedura il titolare del permesso di costruire, che presenta il progetto preliminare, ha due possibilità:

- a) redigere il solo progetto preliminare il cui costo va a scapito degli oneri di urbanizzazione;
- b) redigere il progetto preliminare il cui costo va a scapito degli oneri di urbanizzazione e partecipare alla procedura di appalto-concorso che la stazione appaltante indice sulla base del progetto preliminare.

In tale ipotesi, il titolare del permesso di costruire aggiudicatario, può portare a scapito degli oneri di progettazione i costi della progettazione definitiva ed esecutiva e dell'esecuzione.

Sotto il profilo comunitario non appare immune da censure il fatto che il progetto preliminare sia acquisito dalla stazione appaltante in via diretta dal titolare del permesso di costruire, al di fuori delle procedure di evidenza pubblica previste per i servizi di progettazione e i concorsi di progettazione. E' poiché per le amministrazioni locali la soglia comunitaria per l'affidamento dei servizi è pari a 206.000 euro, se il valore della progettazione preliminare è pari o superiore a tale soglia, l'affidamento dovrebbe avvenire con procedura di evidenza pubblica.

Inoltre, ai sensi dell'art. 90, comma 8, del codice, è prevista l'impossibilità per gli affidatari degli incarichi di progettazione, a partecipare all'affidamento di appalti o concessioni di lavori, a cui si riferisce l'attività di progettazione, sicché, al titolare del permesso di costruire che redige il progetto preliminare dovrebbe essere preclusa la partecipazione alla gara successiva per l'affidamento dei lavori sulla base di tale progetto preliminare. A meno che non si ritenga che l'art. 90, comma 8, possa essere derogato dall'art. 32, comma 1, lett. g), del codice.

Come detto, il d.lgs. n. 152/2008, è intervenuto anche sulla disciplina delle opere di urbanizzazione a scapito sotto soglia (art. 122, codice), in quanto la Commissione europea aveva contestato la relativa disciplina che prevedeva la possibilità di affidamento diretto, senza gara, delle opere di urbanizzazione primaria, mentre per quelle di urbanizzazione secondaria si applicava la disciplina dettata per le opere di urbanizzazione sopra soglia. Anche questa disciplina è stata riscritta, prevedendo per l'affidamento delle opere di urbanizzazione a scapito sotto soglia l'applicazione della procedura prevista dall'art. 57, comma 6, e specificando che l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei (art. 122, comma 8, codice).

In sostanza, è stata omogeneizzata la disciplina delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria, e per entrambe le tipologie, se sotto soglia, si applica la procedura negoziata senza bando, con il rispetto delle regole minime di cui all'art. 57, comma 6, del codice.

Per concludere sull'argomento, va detto che l'intera disciplina dei lavori realizzati dal titolare del permesso di costruire, fa sorgere dubbi sull'utilità di tale particolare procedura per le opere a scomputo, utilità che consiste nel consentirne l'esecuzione diretta da parte del titolare del permesso in veste di promotore. Ciò limita fortemente l'interesse concreto verso l'istituto da parte degli operatori dell'edilizia privata.

Peraltro, la norma nulla prevede circa la possibilità del titolare del permesso di costruire di partecipare alle procedure anzidette, né disciplina l'ipotesi in cui le gare non abbiano esito positivo, consentendo in tal caso espressamente il ricorso alla procedura negoziata con il titolare del permesso di costruire.

Cons. Roberto Proietti