

Consulenza Legale Appalti

Lavori pubblici e project financing: le novità del Decreto del Fare

L'intervento del DL 69/2013 su disciplina delle concessioni e partenariato-pubblico privato

Claudio Guccione**Avvocato****Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati**

Il Decreto Legge 21 giugno 2013 n. 69, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia", noto anche come "Decreto del fare", (convertito nella Legge 9 agosto 2013 n. 98), nel tentativo di rilanciare le infrastrutture, interviene nuovamente sulla disciplina delle concessioni di lavori pubblici. L'obiettivo è quello di agevolare la realizzazione di opere infrastrutturali, mediante le forme di partenariato pubblico-privato, che, stante la scarsità di risorse pubbliche, risulta essere lo strumento più adeguato per il coinvolgimento di soggetti privati e dei relativi capitali, nel settore delle opere pubbliche. L'articolo 19 del decreto in oggetto, interviene in particolare sugli articoli 143 e 144 del DLgs 163/2006.

Autorizzazioni: onere dichiarativo per le PA

La prima tra le modifiche introdotte dal DL n. 69, la cui portata innovativa risulta essere meno rilevante rispetto alle altre, riguarda le ipotesi in cui l'amministrazione con-

cedente preveda, a favore del concessionario, la cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili, già nella sua disponibilità o espropriati, "la cui utilizzazione ovvero valorizzazione sia necessaria all'equilibrio economico-finanziario della concessione". Senonché, proprio al fine di rendere effettivo e maggiormente efficace il processo di utilizzazione e valorizzazione di un immobile, così come previsto dal comma 5 dell'articolo 143 del Codice degli appalti pubblici, il legislatore ha previsto l'inserimento nel medesimo comma 5 di una prescrizione per cui, l'amministrazione concedente, all'atto della consegna dei lavori, deve dichiarare "di disporre di tutte le autorizzazioni, licenze, abilitazioni, nulla osta, permessi o altri atti di consenso comunque denominati previsti dalla normativa vigente e che detti atti sono legittimi, efficaci e validi".

La ratio di tale intervento normativo deve essere individuata nel fatto che, molto spesso, tra le cause più frequenti di ritardi, incertezze o inefficienze nella fase esecutiva, vi è proprio la mancanza di tutti quegli atti amministrativi necessari per la realizzazione degli interventi, siano essi volti all'utilizzazione o alla valorizzazione dell'immobile, con il conseguente rischio di arrecare ingenti danni all'intera operazione. In tal modo si cerca di ovviare a eventuali problematiche che possono sorgere in corso d'opera, poiché, predisponendo le relative autorizzazioni già a partire dal momento della consegna dei lavori, il concessionario si vedrà garantita *ab origine* la possibilità di utilizzare e valorizzare gli immobili che gli vengono attribuiti.

Di certo, il giudizio su una modifica di tal genere, non può che essere positivo, se si considera l'obiettivo che intende perseguire: maggiori garanzie per il concessionario e minore rischio di veder fallire l'intera operazione, a causa di inefficienze. D'altro canto, però, occorre osservare come la disposizione in esame possa portare a qualche complicazione dal punto di vista operativo. Infatti, l'amministrazione concedente sarà gravata da un vero e proprio onere dichiarativo, che si traduce non solo nell'obbligo di provvedere a fornire tutti gli atti autorizzativi necessari per procedere con l'esecuzione degli interventi in questione, ma anche di garantire che detti atti siano "legittimi, efficaci e validi". Inoltre, non si può parlare di effettiva garanzia di fattibilità per le attività di utilizzazione e valorizzazione, considerato che alcuni tra gli atti richiesti sono necessariamente collegati alla tipologia di intervento che si intende realizzare, e quindi solo successivi all'elaborazione progettuale dell'intervento stesso.

L'equilibrio economico-finanziario degli investimenti

Nell'ambito delle concessioni pubbliche, assume una valenza fondamentale il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'investimento, dal quale dipende il successo dell'operazione stessa. Equilibrio che si cerca di mantenere costante mediante la configurazione di una serie di condizioni e di valutazioni, racchiuse nel piano economico-finanziario, che, da un lato, compara costi e ricavi del progetto, e dall'altro, la capacità di copertura del debito dello stesso. Eventuali variazioni dei presupposti e delle condizioni di tale equilibrio possono comportare esiti non auspicabili per il progetto. Senonché, stante la rilevanza che tali elementi di natura economico e finanziaria rivestono nell'ambito dell'intera operazione, il legislatore si è soffermato sul punto, ampliando la casistica delle modifiche che possono giustificare un intervento di riequilibrio del piano economico-finanziario. Il riformato comma 8 dell'articolo 143 prevede, infatti, che il principio per il quale il privato, al quale non sono imputabili le variazioni, abbia il diritto di rivedere le condizioni della concessione, in caso di alterazione dell'equilibrio economico-finanziario, debba essere esteso a tutte le modifiche derivanti da norme legislative e regolamentari che, introducendo meccanismi innovativi, "comunque incidono sul piano economico finanziario". In altri termini, non si fa più riferimento alle modifiche derivanti da condizioni nuove per l'espletamento dell'attività oggetto della concessione, prevedendo una formulazione della disposizione in commento più ampia e generale. Risulta necessario precisare che, in sede di conversione del decreto, è stato approvato un emendamento che ha introdotto un'unica condizione, in base alla quale l'incidenza delle modifiche normative sull'equilibrio economico-finanziario deve essere valutata dal Cipe, previo parere del Nars.

Inoltre, all'articolo 143 viene inserito il comma 8-bis, che impone un preciso obbligo al momento della redazione della convenzione. Quest'ultima, infatti, dovrà contenere "ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui al comma 8" dell'articolo in esame, (i) la definizione dei presupposti e delle condizioni di base del piano economico-finanziario, (ii) la definizione di equilibrio economico-finanziario sulla base di "indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito", (iii) l'indicazione puntuale di modalità e tempistiche per l'espletamento degli adempimenti connessi alla revisione. Emerge chiaramente come la funzione delle novità introdotte dal Decreto del Fare sia quella di definire quali siano i presupposti e le condizio-



L'avvocato Claudio Guccione è referente scientifico dell'Executive Master in Management delle Imprese di Costruzione della LUISS Business School (claudio.guccione@peilex.com)

Opinione Legale



ni di equilibrio all'interno del PEF, tali da giustificare una rideterminazione delle condizioni della concessione, al fine di evitare successive contestazioni in fase di esecuzione e gestione dell'intervento.

Il reperimento delle risorse: coinvolgimento preventivo degli operatori economici

Tra le novità introdotte dal DL 69 risulta particolarmente degna di nota la previsione in virtù della quale si tenta di concretizzare un maggiore coinvolgimento di banche ed istituti finanziari nell'operazione, già dall'avvio della procedura di gara indetta per l'affidamento della concessione. Si tratta di una tematica che trae spunto da una delle più frequenti problematiche relative alle concessioni, vale a dire il reperimento delle risorse finanziarie necessarie per la realizzazione dell'opera. Risorse che, mediante lo strumento del partenariato pubblico-privato, derivano sempre più spesso da capitali privati. Obiettivo ultimo è, senza dubbio, quello di garantire non solo il reperimento di tali risorse ma anche un adeguato livello di bancabilità dell'iniziativa, quale presupposto per la prosecuzione ottimale del progetto. Infatti, nel caso in cui l'iniziativa non dovesse essere portata a termine poiché non finanziabile, tanto il concedente pubblico quanto il concessionario privato ne trarrebbero un ingente danno. Tale maggiore coinvolgimento trova il suo fondamento nel dettato dei nuovi commi 3-bis e 3-ter dell'articolo 144 del Codice degli appalti pubblici. Occorre preliminarmente distinguere tra l'ipotesi in cui la concessione venga affidata mediante la procedura ristretta, disciplinata dal comma 3-bis dell'articolo 144 del Codice e l'ipotesi in cui si tratti di procedura aperta, così come previsto dal comma 3-ter del medesimo articolo.

Nel primo caso si parla di consultazione preliminare: la

stazione appaltante può, prima della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, indire una consultazione preventiva con gli operatori economici chiamati a partecipare. In questo modo, la pubblica amministrazione può, fin da tale fase preliminare, sia verificare la sussistenza di eventuali profili di criticità dal punto di vista finanziario, sia adeguare gli atti di gara alle indicazioni ricevute dagli operatori consultati; potendo, altresì, fissare un nuovo termine per la presentazione delle offerte, non inferiore a trenta giorni dalla comunicazione agli interessati. Si tratta di un espediente avente l'evidente finalità di anticipare gli eventuali problemi nel reperimento delle risorse finanziarie, ai quali di frequente il concessionario deve far fronte nella successiva fase esecutiva. Occorre, però, precisare che tale consultazione non può assumere quel carattere di esaustività che sarebbe auspicabile, poiché numerosi aspetti emergono nella successiva fase di erogazione del finanziamento.

In caso di procedura aperta, invece, ai sensi del comma 3-ter dell'articolo 144, il bando di gara può "prevedere che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziari di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione", sempre tenendo in considerazione il piano economico-finanziario. È proprio mediante tale manifestazione di interesse che si verrebbe a realizzare quel maggiore coinvolgimento delle banche, quale obiettivo dell'intervento normativo in questione. Tale previsione, però, non determina il sorgere di un vero e proprio obbligo, se si considera il fatto che le banche non sono disponibili ad assumere impegni vincolanti in una fase progettuale non sufficientemente approfondita. Si tratta, in ogni caso, di una facoltà lasciata alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice. In entrambi i casi, per la prima volta, dunque, l'istituto finanziatore diventerebbe formalmente uno degli atto-

ri con cui la pubblica amministrazione si trova a dover dialogare, ottenendo così un coinvolgimento più incisivo degli istituti finanziari stessi.

La norma prevede inoltre che le disposizioni relative alla consultazione preliminare e alla bancabilità dell'opera debbano trovare applicazione, "al fine di assicurare adeguati livelli di bancabilità e il coinvolgimento del sistema bancario nell'operazione", non solo alle concessioni di costruzione e gestione di cui all'articolo 143 del Codice degli appalti pubblici, ma anche alle concessioni su proposta del promotore, disciplinate dall'articolo 153 e a quelle nell'ambito delle infrastrutture strategiche, di cui agli artt. 174 e 175 del DLgs. 163/2006. Inoltre, con riferimento alle iniziative in project financing, è opportuno precisare che le suddette norme non trovano applicazione nelle ipotesi in cui il bando sia stato già pubblicato, o le proposte siano state già dichiarate di pubblico interesse alla data di entrata in vigore del Decreto del Fare.

Risoluzione per mancata sottoscrizione del finanziamento

Non meno rilevante è, poi, la novità introdotta al comma 3-quater dell'articolo 144 del Codice degli appalti, ai sensi del quale viene previsto un termine massimo di due anni per garantire il finanziamento. Si legge, infatti, che l'ente concedente debba dare evidenza nel bando del fatto che il contratto di concessione conterrà una clausola di risoluzione dello stesso "in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento o della sottoscrizione o collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 157" entro un termine preciso e, in ogni caso, non superiore a ventiquattro mesi dall'approvazione del progetto definitivo. Rimane comunque salva la possibilità di procedere con il reperimento delle risorse finanziarie ne-



cessarie, mediante altre forme di finanziamento, previste dall'ordinamento vigente, sempre a condizione che vengano sottoscritte entro il medesimo termine. Ciò al fine di evitare le conseguenze derivanti dalla risoluzione del contratto stesso. Infatti, si prevede anche che, nell'ipotesi in cui il capitale reperito sia sufficiente alla realizzazione solo parziale dell'opera in programma, il contratto possa rimanere in vita solo in relazione a tale parte, purché si tratti di *"uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale"*.

La *ratio* della norma è ancora una volta quella di garantire il buon andamento dell'operazione ed, in particolare, l'intento è quello di evitare un'empasse nella realizzazione dell'opera, dovuta alla mancata stipulazione di un vero e proprio contratto di finanziamento, nonostante in sede di gara l'istituto finanziatore abbia manifestato il proprio interesse al progetto. Se, da un lato, considerate le finalità che la norma intende perseguire, la previsione in esame risulta funzionale a garantire l'effettiva realizzazione dell'opera, dall'altro, non possono essere sottovalutati gli effetti eccessivamente gravosi che l'inserzione di una tale clausola porta con sé. Infatti, come espressamente previsto dal comma 3-*quater* dell'articolo in esame, *"il concessionario non avrà diritto ad alcun rimborso delle spese sostenute, ivi incluse quelle relative alla progettazione definitiva"*.

Nuove strutture strategiche e defiscalizzazione

L'articolo 19 del DL n. 69 apporta delle modifiche anche all'articolo 33 del DL 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito con modificazioni dalla Legge 17 dicembre 2012, n. 221), intervenendo, dunque, sulla defiscalizzazione delle opere da realizzare in *project financing*, senza contribu-

ti pubblici. In primo luogo, la norma opera un abbassamento dell'importo minimo delle opere infrastrutturali di rilevanza strategica nazionale, oggetto di contratti di partenariato pubblico-privato, da 500 milioni di euro a 200 milioni, riconoscendo al soggetto titolare del contratto di partenariato *"un credito di imposta a valere sull'IRRES e sull'IRAP generate in relazione alla costruzione e gestione dell'opera"*. Tali agevolazioni fiscali, però, sono riconosciute al concessionario a patto che si verifichino tre condizioni, vale a dire, (i) l'approvazione della progettazione definitiva entro il 31 dicembre 2016, (ii) la non sussistenza di contributi pubblici a fondo perduto per la realizzazione e dell'opera, e (iii) l'accertamento della non sostenibilità del piano economico-finanziario, da parte del Cipe, previo parere del Nars.

In secondo luogo, la norma prevede un'ulteriore agevolazione, per la quale il concessionario sarà esente dal pagamento del canone di concessione, *"nella misura necessaria al raggiungimento dell'equilibrio del piano economico-finanziario"*. Anche in questo caso occor-

re l'approvazione definitiva entro il 31 dicembre 2016 e la verifica della non sostenibilità del piano, ma viene eliminato il rinvio alla delibera del Cipe.

Infine, sempre ai sensi del riformato articolo 33, comma 2, del DL 179/2012, il Cipe, previo parere del Nars e di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, procede con l'elaborazione di un elenco nel quale vengono individuate tutte quelle opere che *"conseguono le condizioni di equilibrio economico-finanziario necessarie a consentirne il finanziamento, e il valore complessivo delle opere che possono accedere alle agevolazioni"*. Il tutto in conformità con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato.

Si tratta, peraltro, di misure alternative a quelle previste dall'articolo 18 della legge 183/2011 n. 183, che ha ad oggetto la defiscalizzazione, senza limiti di importo, per le nuove infrastrutture da realizzare mediante contratti di partenariato pubblico-privato, per la realizzazione delle quali sono previsti contributi pubblici a fondo perduto. ■■

OSSERVATORIO NORMATIVO

■ **Delibera del Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica numero 57/2013 del 2 agosto 2013, recante "Relazione sull'attività svolta dall'Unità Tecnica Finanza di Progetto nell'anno 2012. (13A07876)", pubblicato in Gazzetta Ufficiale numero 231 del 2 ottobre 2013.**

■ **Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 23 maggio 2013, recante "Indivi-**

duazione delle categorie di beni e servizi per i quali le pubbliche amministrazioni sono tenute a procedere alle relative acquisizioni attraverso strumenti di acquisto informatici, ai sensi dell'articolo 1, comma 158, della legge 24 dicembre 2012, numero 228. (13A07898)", pubblicato in Gazzetta Ufficiale numero 232 del 3 ottobre 2013.