

Consulenza Legale Appalti

# Novità su concessione lavori e applicabilità ai project financing

Opere pubbliche e PPP, le modifiche codicistiche a seguito del “Decreto Salva Italia”

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

La disciplina codicistica in materia di concessioni di lavori pubblici e di finanza di progetto di cui agli artt. 143 e 153 del D.Lgs. 163/2006 ha subito, come noto, una serie di significative modifiche tra la fine del 2011 e l'inizio del 2012. L'intento del legislatore della riforma è stato quello di promuovere gli investimenti privati nella realizzazione delle grandi opere pubbliche e, quindi, di conseguenza, incentivare il ricorso alle forme di partenariato pubblico privato disciplinate dal Codice dei Contratti. In particolare, a seguito delle novità introdotte in materia di concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici, la disamina che segue verterà sull'applicabilità delle suddette modifiche anche alle varie forme di *project financing* che, in buona sostanza, costituisce una *species* del *genus* concessione.

## Le principali novità del DL 201/2011 “Salva Italia”

Entriamo quindi nel vivo delle principali novità del D.L. 6 dicembre 2011, 201, convertito in L. 214/2011, e del D.L. 24 gennaio 2012, 1, convertito in L. 27/2012.



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

Sul punto, prima di procedere a un'analisi comparativa, sembra utile richiamare brevemente i punti più salienti della riforma che hanno sostanzialmente riguardato le modalità di determinazione del corrispettivo delle concessioni. Modalità che valorizzano la figura del concessionario e che esprimono la *ratio* di incentivazione all'apporto di capitali privati nella realizzazione di infrastrutture pubbliche. In primo luogo, occorre ricordare che l'art. 42, comma 2, lett. b) e c), del D.L. 6 dicembre 2011, 201 e s.m.i. (cd. “Decreto Salva Italia”) ha modificato l'art. 143, commi 1 e 4, del Codice introducendo la facoltà per l'amministrazione di attribuire al concessionario, eventualmente, anche in via anticipata, la gestione funzionale ed economica anche di opere o parti di opere già realizzate purché direttamente connesse a quelle oggetto della concessione oggetto di affidamento e da ricomprendere nella stessa. La novità introduce un evidente vantaggio per il concessionario consentendogli di gestire immediatamente opere già realizzate e di ammortizzare allo stesso tempo l'onere finanziario connesso alla realizzazione dell'opera, prima che l'opera sia realizzata. Le disposizioni richiamate, tuttavia, non forniscono alcuna indicazione circa le tipologie di opere che potranno consentire una gestione interinale strumentale alla realizzazione ed alla gestione dell'opera principale. In secondo luogo, l'art. 42, comma 1, del Decreto Salva Italia ha modificato l'art. 143, comma 5, del Codice eliminando alcuni vincoli alla cessione di beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione a titolo di prezzo della concessione.

In particolare, la principale novità della riforma riguarda la soppressione del vincolo secondo cui tra i presupposti della cessione in proprietà o in godimento di beni immobili ricorreva anche quello della strumentalità, ovvero concessione all'opera da affidare in concessione. Il venir meno di tali obblighi implica, come diretto corollario, che la cessione, a titolo di prezzo, in proprietà o in diritto di godimento possa riguardare qualunque immobile di proprietà pubblica senza alcun vincolo funzionale o strumentale con l'opera oggetto di concessione. Sebbene la riforma abbia eliminato anche l'originario riferimento ai commi 6, 7, 8, 11 e 12 dell'art. 53 del Codice, in tema di permuta di immobili nell'ambito dell'appalto integrato successivamente al collaudo dell'opera, è dubbio che ciò possa interpretarsi come una deroga alla richiamata normativa. Si deve osservare, infatti, che l'art. 142, comma 3, del D.Lgs. 163/2006 stabilisce che alle concessioni si lavori pubblici si applicano, “salvo che non siano derogate”, le disposizioni del Codice dei Contratti, ivi incluse, pertanto quelle relative all'appalto integrato.

Con riferimento alla cessione di immobili in conto prezzo, il comma 5 dell'art. 143 del Codice ha subito un'ulteriore integrazione per effetto dell'art. 50, comma 1, lett. 0a), del D.L. 24 gennaio 2012, 1, convertito in L. 27/2012. In particolare, è stato introdotto un espresso richiamo alle gare indette ex art. 153 del Codice, in tema di finanza di progetto, specificando che, in tal caso, le modalità di utilizzazione e valorizzazione dei beni immobili trasferiti a titolo di prezzo devono essere definite dall'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito dello studio di fattibilità.

## L'applicabilità delle novità in materia di concessioni al project financing

Il richiamo alla connessa procedura della finanza di progetto pone l'interrogativo se e in che misura le modifiche apportate alla disciplina delle concessioni (in punto di gestione anticipata di opere già realizzate ovvero di trasferimento in proprietà o in godimento di immobili di proprietà pubblica a titolo di prezzo) siano applicabili anche nell'ambito del *project financing*.

Nello specifico, i principali dubbi applicativi riguardano la compatibilità delle riforme in tema di concessioni di lavori con quella peculiare forma di *project financing* di cui al comma 19 dell'art. 153 del Codice nota anche come *project financing* a iniziativa privata.

Al riguardo, si possono enucleare quattro distinte tipologie di *project financing*:

- una procedura a iniziativa pubblica con gara unica, previo bando e senza prelazione per il promotore, cd. “*sistema del promotore monofase*” (art. 153, commi 1-14);
- una procedura a iniziativa pubblica con doppia gara, previo bando e con diritto di prelazione per il promotore, cd. “*sistema del promotore bifase*” (art. 153, comma 15);
- una procedura a iniziativa privata con doppia gara, previo avviso a esito alternativo, cd. “*promotore additivo*” (art. 153, commi 16-18) caratterizzata dal fatto che l'amministrazione, dopo avere proceduto all'approvazione dell'elenco annuale delle opere incluse nella programmazione di cui all'art. 128, sia rimasta inerte per sei mesi non procedendo nel bandire nessuna gara;
- una procedura a iniziativa privata (art. 153, comma 19) scollegata dalla programmazione triennale ed annuale.

Le prime tre procedure (sub a, b, c) presuppongono che l'opera da realizzare sia inserita nella programmazione triennale e nell'elenco annuale di cui all'art. 128 del Codice. La procedura di affidamento si svolge sulla base di un mero studio di fattibilità dell'opera rimettendosi ai



partecipanti la redazione del progetto preliminare quale componente dell'offerta. La quarta procedura (sub d) comporta un'alternativa al suddetto procedimento, caratterizzandosi per il fatto di prevedere un meccanismo di affidamento di opere e lavori la cui corrispondenza ai bisogni dell'amministrazione, e la cui finanziabilità con capitale privato, non sia stata ancora valutata dall'amministrazione. E infatti, il soggetto privato si fa promotore non solo della progettazione di un'opera pubblica, ma della individuazione dell'opera stessa. Tale ultima procedura è stata integralmente riformata ad opera dell'art. 4, comma 2, lett. q), del D.L. 11 maggio 2011, 70, convertito in L. 12 luglio 2011, 106, che ha introdotto il diritto di prelazione per il proponente. I tratti peculiari di questa particolare forma di *project financing* inducono l'interprete a interrogarsi sulla concreta applicabilità delle novità in materia di remunerazione delle concessioni con riferimento (i) alla gestione in via anticipata di opere o parti di opere già realizzate, (ii) alla cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili nella disponibilità della stazione appaltante o allo scopo espropriati la cui utilizzazione o valorizzazione sia necessaria all'equilibrio economico-finanziario della concessione.

In linea generale, non sembrerebbero ricorrere preclusioni all'applicazione della speciale forma di remunerazione di cui all'art. 143, commi 1, 4 e 5, del Codice al *project financing* in generale.

Il *project financing*, nella sostanza, è una concessione i cui tratti differenziali rispetto all'art. 143 si collocano nella fase a monte dell'individuazione di opere pubbliche o di pubblica utilità. Per l'effetto, le forme di remunerazione previste per le concessioni dovrebbero trovare applicazione anche per le concessioni conseguenti a un *project financing*. Del resto, il comma 5 dell'art. 143 del Codice in tema di cessione di immobili a titolo di prezzo, ha espressamente richiamato la gara indetta ex art. 153 precisando che le modalità di utilizzazione e valorizzazione dei beni immobili ceduti a titolo di prezzo sono definite

dall'amministrazione nell'ambito dello studio di fattibilità. Il richiamo allo studio di fattibilità potrebbe sollevare dubbi in relazione alla applicabilità al *project financing* a iniziativa privata di cui al comma 19 dell'art. 153 della forma di remunerazione consistente nella cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili di cui l'amministrazione abbia la disponibilità o che siano stati allo scopo espropriati la cui utilizzazione ovvero valorizzazione sia necessaria all'equilibrio economico-finanziario della concessione, ciò in quanto, la procedura di cui al comma 19 prescinde dall'esistenza di uno studio di fattibilità da parte dell'amministrazione, individuando *ex novo* un'opera pubblica o di pubblica utilità. Di conseguenza, mancando lo studio di fattibilità, mancherebbe una previsione *ex ante* da parte dell'amministrazione volta (i) a individuare i beni immobili oggetto di cessione a titolo di prezzo e (ii) a definire le modalità di utilizzazione e valorizzazione degli stessi. Tale apparente problema in linea teorica è superabile laddove si consideri che il progetto preliminare oggetto di proposta di *project ex art. 153*, comma 19, una volta valutato di pubblico interesse da parte dell'amministrazione, è inserito nella programmazione triennale ovvero negli strumenti di programmazione dell'amministrazione medesima ed è posto in approvazione con le modalità di cui all'art. 97 del Codice. Ora, il comma 5, secondo periodo, dell'art. 143 stabilisce che le modalità di utilizzazione e di valorizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione unitamente all'approvazione ai sensi dell'art. 97 del progetto posto a base di gara. Di conseguenza, nel caso di *project ex art. 153*, comma 19, l'amministrazione potrà indicare le modalità di utilizzazione e valorizzazione dei beni in sede di approvazione del progetto proposto ex art. 97. Di fatto, però, l'amministrazione non potrà apportare modifiche sostanziali ai profili economico-finanziari (tra cui rientrano anche quelli attinenti alla valorizzazione di immobili per quali il proponente prefigura una cessione) della proposta presentata.

## I profili problematici

La mancata individuazione *a priori* dei beni immobili oggetto di cessione pone due ordini di questioni relative alla concreta applicabilità del comma 5 dell'art. 143 al *project* a iniziativa privata di cui all'art. 153, comma 19, del Codice. Anzitutto, il primo ostacolo è costituito dall'autonoma individuazione da parte del promotore dei beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione, ovvero che la stessa dovrà espropriare al fine di sollecitarne la cessione quale posta di prezzo nell'ambito del contratto di concessione. In secondo luogo, altro profilo problematico è costituito dal grado di dettaglio del piano economico finanziario in relazione ai profili di utilizzazione e gestione dei beni immobili di cui il proponente chiede la cessione. Effettivamente, infatti, il proponente non potrà limitarsi a indicare semplicemente i beni alla cui cessione aspira, ma dovrà specificare e motivare le ragioni per le quali i beni indicati siano tali da consentire l'equilibrio economico-finanziario, nonché, per l'effetto, dovrà specificare le modalità di utilizzazione e valorizzazione dei suddetti beni. Profili, questi, che l'amministrazione in sede di approvazione non può sindacare<sup>1</sup>.

Di conseguenza, qualora il progetto sotto il profilo economico-finanziario presenti profili non condivisi dall'amministrazione con riferimento (i) alla tipologia di beni immobili oggetto di cessione e (ii) all'utilizzazione e alla valorizzazione degli stessi, ciò si traduce in una divergenza tra amministrazione e promotore su aspetti e scelte di carattere sostanziale tale da determinare con ogni probabilità la mancata approvazione del progetto stesso.

## Conclusioni

In conclusione, l'intervento di riforma operato con il D.L. 201/2011 e con il D.L. 1/2012 risulta finalizzato a favorire l'apporto di capitale privato nella realizzazione e gestione di infrastrutture pubbliche. In questo senso, risultano significative le previsioni di cui all'art. 143 in punto di gestione anticipata di opere o parti di opere già realizzate ovvero della cessione a titolo di prezzo in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili, non connessi funzionalmente e strumentalmente all'opera oggetto di concessione. Previsioni che possono trovare applicazione anche nell'ambito del *project financing*, la cui *ratio* è proprio quella di attirare capitali privati nella realizzazione di infrastrutture pubbliche, ma che presentano alcune problematiche e sollevano alcuni dubbi in relazione alla concreta operatività per quanto concerne la specifica procedura del *project financing* a iniziativa privata di cui all'art. 153, comma 19, del Codice. Ciò in quanto la mancata individuazione *a priori* da parte dell'amministrazione dei beni oggetto di cessione e delle relative modalità di utilizzazione e valorizzazione rende maggiormente probabile che la proposta del promotore, con riferimento ai profili economico-finanziari, non sia appieno condivisa dall'amministrazione stessa; il che comporta un maggiore rischio di mancata approvazione del progetto stante l'impossibilità per l'amministrazione di apportare modifiche sostanziali alla proposta di *project*. ■■

<sup>1</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. III, 2 luglio 2001, n. 4729; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 20 febbraio 2004, n. 449; Tar Emilia-Romagna, sez. I, 20 maggio 2004, n. 762; Tar Puglia, Bari, sez. I, 5 aprile 2006, n. 1117.