

Normativa e Infrastrutture

Il project financing a iniziativa privata

Nessun diritto di prelazione se il promotore non raggiunge il punteggio tecnico minimo: lo stabilisce il Consiglio di Stato con la sentenza n. 1005/2020

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

Il L'istituto della finanza di progetto consente, secondo la sua definizione codicistica, la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità con il concorso di capitali privati. Tuttavia, per espressa previsione dell'art. 179, comma 3 del D.Lgs. n. 50/2016 si ritiene che la disciplina di riferimento sia applicabile, nei limiti di compatibilità, anche per i servizi. Come noto, si tratta di una procedura con previa pubblicazione di bando, alternativa all'affidamento in concessione, in cui sinergie pubbliche e private collaborano nell'elaborazione dei diversi livelli progettuali necessari per la realizzazione delle opere. In particolare, l'art. 183 del Codice dei contratti pubblici di riferimento ricollega la distinzione tra le due tipologie di project financing - ad iniziativa pubblica e ad iniziativa privata - alla natura pubblicistica o privatistica del soggetto che realizza il primo livello progettuale. Mentre, infatti, nel project ad iniziativa pubblica è previsto che l'Amministrazione pon-

ga a base di gara il progetto di fattibilità, affidando poi ai concorrenti l'elaborazione degli ulteriori livelli di progettazione, nel caso del project ad iniziativa privata (ai sensi dell'art. 183, comma 15, D.Lgs. n. 50/2016) è il soggetto privato, cd. proponente, che predispone anche tale primo progetto.

In quest'ultima ipotesi, la norma di riferimento prevede che l'Amministrazione aggiudicatrice valuti, entro il termine perentorio di tre mesi, siffatta proposta, esprimendo un giudizio di pubblico interesse e di fattibilità tecnica ed economica. A questo punto, si svolge una iniziale fase di interlocuzione tra privato e stazione appaltante in cui quest'ultima può richiedere eventuali modifiche alla proposta da inserire poi negli appositi strumenti di programmazione. Segue la fase della gara vera e propria con l'avvio della procedura alla quale è invitato a partecipare anche il proponente. Nel caso in cui quest'ultimo non risultasse aggiudicatario, la norma garantisce comunque la sua facoltà di esercitare il diritto di prelazione, dichiarando "di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario". In ogni caso, è fatto salvo il diritto del proponente al rimborso, a carico dell'eventuale diverso aggiudicatario, delle spese sostenute per la proposta. Ciò nel rispetto dei limiti generali enunciati nel comma 9 dell'art. 183 del D.Lgs. n. 50/2016, secondo cui "il piano economico-finanziario, oltre a prevedere il rimborso delle spese sostenute per la predisposizione del progetto di fattibilità posto a base di gara, comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. L'importo complessivo delle spese di cui al periodo precedente non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara". È proprio su questi ultimi due profili del diritto di prelazione e del rimborso delle spese sostenute che ha inciso una recente sentenza del Consiglio di Stato (la n. 1005 del 10 febbraio 2020), confermando la decisione assunta in primo grado dal competente TAR.

Il caso e il giudizio di primo grado

Successivamente alla dichiarazione di pubblico interesse della proposta presentata da un operatore del settore ai sensi dell'art. 183, comma 15, D.Lgs. 50/2016, il Comune di Pordenone ha bandito una procedura aperta per l'affidamento della concessione di servizi relativi alla gestione di una piscina comunale, ponendo a base di gara la proposta del promotore, come previsto dalla richiamata disposizione normativa. La lex specialis di gara prevedeva il criterio di aggiudicazione dell'offerta

economicamente più vantaggiosa e, nell'ambito di tale criterio, la c.d. soglia di sbarramento, in base alla quale le offerte che sotto il profilo tecnico-qualitativo non avessero ottenuto un punteggio minimo non sarebbero state ammesse alla successiva fase di valutazione dell'offerta economica.

La predetta clausola è, notoriamente, finalizzata a garantire la più elevata qualità possibile delle offerte presentate e produce l'effetto di far considerare qualitativamente inadeguata l'offerta che non supera la soglia minima indicata. Secondo la giurisprudenza consolidata (cfr. da ultimo, TAR Lazio, 22 luglio 2019, n. 978), il fine ultimo della soglia di sbarramento è quello di garantire che la gara si svolga tra offerte aventi tutte un elevato livello qualitativo, escludendo quindi che l'aggiudicazione possa avvenire a favore di un operatore economico la cui offerta che non possiede tali garanzie qualitative, ancorché sia economicamente conveniente. Detta clausola si pone, in ultima analisi, come espressione del più generale principio costituzionale di buon andamento. Ciò chiarito sulla c.d. soglia di sbarramento, con riguardo alla procedura di gara del caso de quo, la lex specialis prevedeva - coerentemente al dato normativo - che al promotore fosse riconosciuto il diritto di prelazione. A seguito della valutazione delle offerte quella del promotore non otteneva il punteggio tecnico minimo e, dunque, non superava la soglia di sbarramento, venendo esclusa. L'ente concedente procedeva, quindi, all'aggiudicazione a favore di altro concorrente. Tuttavia, tale originaria aggiudicazione diveniva inefficace in ragione del positivo esercizio del diritto di prelazione da parte del proponente. Difatti, nonostante l'offerta di quest'ultimo fosse stata esclusa, l'ente concedente aveva comunque riconosciuto la facoltà di prelazione, aggiudicando conseguentemente la gara al promotore. La decisione assunta dal Comune veniva contestata davanti al giudice amministrativo dall'originario aggiudicatario, sulla base dell'assunto secondo cui, nel caso di specie, il diritto di prelazione non si sarebbe potuto riconoscere per insussistenza dei presupposti necessari: il medesimo, infatti, presupporrebbe una "partecipazione effettiva" da intendersi quale presentazione di una offerta idonea ad essere comparata con le altre, dando luogo ad un confronto concorrenziale.

Il ricorso veniva accolto dal Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia, secondo cui la norma di riferimento implicherebbe la partecipazione del promotore a tutte le fasi di gara e il suo inserimento in graduatoria, lasciando intendere che debba sussistere una relazione diretta tra promotore e aggiudicatario. Il godimento di una posizione qualificata, conseguente all'utile collocamento in graduatoria, appare, secon-

OSSERVATORIO NORMATIVO

- Legge 28 febbraio 2020, n. 8 (in G.U. n. 51 del 29 febbraio 2020 - Suppl. Ord. n. 10; in vigore dal 1° marzo 2020) - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, recante "Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica".
- Deliberazione della Giunta Provinciale di Trento del 21 febbraio 2020, n. 220, recante "Adozione delle linee guida sull'applicazione dell'articolo 26, comma 1, della legge provinciale 9 marzo 2016, n. 2 in seguito alla sentenza

della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 26 settembre 2019";

- Deliberazione della Corte dei Conti - sez. regionale di controllo per il Veneto, 22 gennaio 2020 n. 20, recante "Incentivo funzioni tecniche per le locazioni finanziarie".
- Deliberazione ANAC del 15 gennaio 2020, n. 25, recante "Indicazioni per la gestione di situazioni di conflitto di interessi a carico dei componenti delle commissioni giudicatrici di concorsi pubblici e dei componenti delle commissioni di gara per l'affidamento di contratti pubblici".
- Circolare dell'Agenzia delle entrate del 12 febbraio 2020, n. 1/E, recante "Articolo 4 del decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 2019, n. 157 - primi chiarimenti".

do il TAR, quale presupposto imprescindibile per poter esercitare il diritto di prelazione. Altrimenti ragionando, infatti, si rischierebbe di avallare un grave vulnus alla corretta concorsualità e par condicio, concedendo al promotore il vantaggio di giovarsi in ogni caso del diritto alla prelazione, anche quando magari lo stesso presenti un'offerta di mera forma, senza aver contribuito in alcun modo e in maniera effettiva al confronto concorrenziale. Sulla base di tali argomentazioni, pertanto, il Collegio adito concludeva per l'annullamento degli atti che avevano ammesso l'operatore economico promotore, anziché escluderlo, all'esercizio del diritto di prelazione. Avverso tale decisione di primo grado - TAR Friuli Venezia Giulia, sentenza n. 67 del 12.2.2019 - il promotore proponeva appello davanti al Consiglio di Stato.

Le motivazioni del Consiglio di Stato

La questione che si è posta all'attenzione dei Giudici di Palazzo Spada è dunque se, nel caso in cui l'offerta del promotore non abbia superato la soglia di sbarramento, al promotore medesimo vada comunque riconosciuto il diritto di prelazione, ovvero se tale riconoscimento debba ritenersi precluso, con la conseguenza che l'aggiudicazione resta in capo al vincitore della procedura di gara. Il Consiglio di Stato, nel confermare la sentenza resa dai Giudici di primo grado, con la sentenza n. 1005 del 10 febbraio 2020 ha ritenuto di aderire alla seconda tesi tra le due appena prospettate. Alla base di questa conclusione si pone una serie di argomentazioni, alcune delle quali particolarmente innovative. In primo luogo, la sentenza qui in commento muove dal fatto che la procedura di gara prevista nell'ambito del project financing resta assoggettata ai principi generali delle gare pubbliche e, più specificamente, a quelli delle gare rette dal criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che tende naturalmente a privilegiare gli elementi qualitativi delle offerte. In secondo luogo, i Giudici hanno evidenziato il fatto che a maggior ragione questo vale nel caso di specie, in cui la specifica procedura di gara scrutinata ha ulteriormente valorizzato tali elementi qualitativi, introducendo nella propria lex specialis una soglia di sbarramento. Di conseguenza, Palazzo Spada ha dedotto che il mancato raggiungimento del punteggio tecnico minimo contemplato rende l'offerta del promotore ex se inidonea ad essere valutata nel suo complesso.

Nell'interpretare ed applicare la disciplina che regola

le procedure di project financing non può non considerarsi, prosegue il Consiglio di Stato, la necessità di preservare l'effettiva concorrenzialità della gara, la quale, riprendendo le argomentazioni già spese dal TAR, sarebbe pregiudicata dal riconoscimento del diritto di prelazione in capo al promotore anche nell'ipotesi in cui la sua offerta risulti palesemente inadeguata. Il diritto di prelazione deve essere riconosciuto, secondo il dettato dell'art. 183, comma 15, al solo "promotore non aggiudicatario" e tale non può definirsi il soggetto estromesso dalla procedura e dalla graduatoria finale.

Il Supremo Consesso amministrativo si è poi spinto oltre, andando a pronunciarsi anche relativamente al diritto al rimborso delle spese che normalmente spetterebbe al promotore non aggiudicatario, nella misura massima del 2,5% dell'investimento, in caso di mancato esercizio del diritto di prelazione. Difatti, l'appellante nel proporre la propria impugnazione ha introdotto l'argomentazione secondo cui l'esclusione della facoltà di prelazione si tradurrebbe anche in posizione di vantaggio per l'aggiudicatario che, in tal caso, non sarebbe onerata dell'obbligo di pagamento al promotore delle spese sostenute per la presentazione della proposta. Sul punto, il Collegio ha precisato che il diritto al rimborso non spetti in ogni caso e incondizionatamente al promotore. In particolare, tale pagamento a carico dell'effettivo aggiudicatario si rende dovuto soltanto quale effetto della rinuncia del proponente all'esercizio del diritto di prelazione. Tuttavia, sempre secondo il Collegio, la rinuncia al diritto non può che postulare necessariamente la venuta ad esistenza del diritto stesso e ciò non può dirsi nelle ipotesi come quella del caso di specie. Pertanto, la conclusione delle argomentazioni illustrate nella sentenza in commento e qui brevemente illustrate è che se l'offerta del promotore non supera la soglia di sbarramento in sede di valutazione tecnica, il diritto di prelazione non può riconoscersi in capo all'operatore economico stesso e nessun rimborso sarà dovuto per le spese sostenute per la formulazione della proposta iniziale.

Conclusioni

Dalla pronuncia appena considerata emergono con evidenza alcune criticità, idonee ad irrompere nell'ambito di applicazione dell'istituto della finanza di progetto ad iniziativa privata. Bisogna riconoscersi che escludere il diritto di prelazione del proponente in conseguenza al mancato superamento di una soglia di sbarramento

potrebbe avere l'effetto positivo di indurre gli operatori economici ad elaborare offerte tecnicamente più apprezzabili. Tuttavia, non possono nemmeno trascurarsi le ricadute negative che le statuizioni di siffatta pronuncia indubbiamente producono in capo al soggetto proponente. Secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato, al verificarsi dell'ipotesi considerata il proponente verrebbe privato di entrambe le garanzie che lo strumento del project financing normalmente gli assicura. Difatti, oltre all'esclusione del diritto di prelazione, la pronuncia in esame ha incidentalmente concluso anche per la perdita del conseguente diritto al rimborso per le spese sostenute per la predisposizione della proposta fino, come noto, all'importo pari al 2,5% del valore dell'investimento. Appare legittima ed apprezzabile la scelta di voler valorizzare offerte dall'elevato livello qualitativo, tuttavia non possono eliminarsi del tutto le tutele che incentivano gli operatori a formulare proposte e che rendono appetibile la finanza di progetto ad iniziativa privata. Pertanto, a sommo giudizio di chi scrive, la conclusione raggiunta non appare condivisibile, in quanto contraria alla ratio dell'introduzione del diritto di prelazione quale incentivo e ricompensa ai privati per collaborare all'interesse pubblico. Come noto, infatti, il diritto di prelazione attribuito al promotore, come anche il rimborso delle spese per la predisposizione della proposta, è stato introdotto dal legislatore come specifico meccanismo di compensazione per il privato che sostiene ingenti spese per la progettazione di un'opera di propria iniziativa oltre che quale riconoscimento in qualche misura dei diritti dell'ingegno derivanti dall'elaborazione del medesimo progetto. Ricollegare l'esercizio di tale diritto all'ottenimento di uno specifico punteggio in gara equivarrebbe a vanificarne totalmente la ratio: il beneficio, infatti, deriva dall'iniziativa avuta nell'interesse pubblico, non dalla qualità della successiva offerta in gara. Tale iniziativa, perché il fine della norma possa dirsi rispettato, dovrebbe essere sempre ricompensata con la prelazione od il rimborso delle spese, a prescindere dal punteggio conseguito nella successiva gara. Né, contrariamente a quanto ipotizzato dalle sentenze in esame, una tale conclusione sarebbe distorsiva della concorrenza, consentendo al promotore di presentare un'offerta meramente formale: i Giudici, infatti, sembrano non considerare che il promotore ha un reale interesse a tentare di aggiudicarsi anche la gara con un'offerta apprezzabile, in quanto in caso contrario l'esercizio del diritto di prelazione è "a pagamento", derivandone l'onere di pagare all'aggiudicatario le spese per la predisposizione dell'offerta risultata vincitrice.

Non è da escludersi, dunque, che il mancato riconoscimento del diritto di prelazione in queste ipotesi e, soprattutto, del diritto al rimborso delle spese possa legittimamente far sorgere il diritto del promotore alla proposizione in sede civile di una azione per indebito arricchimento nei confronti dell'Amministrazione. Del resto, il proponente nella predisposizione della proposta ha investito risorse ed energie, spendendo il proprio know-how, che non possono rimanere prive di qualsivoglia riconoscimento. Ad ogni modo, occorrerà ora attendere e verificare se l'orientamento inaugurato dal Consiglio di Stato con la sentenza qui in commento troverà spazi di conferma ovvero resterà un unicum nel panorama giurisprudenziale nazionale. ■

potrebbe avere l'effetto positivo di indurre gli operatori economici ad elaborare offerte tecnicamente più apprezzabili. Tuttavia, non possono nemmeno trascurarsi le ricadute negative che le statuizioni di siffatta pronuncia indubbiamente producono in capo al soggetto proponente. Secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato, al verificarsi dell'ipotesi considerata il proponente verrebbe privato di entrambe le garanzie che lo strumento del project financing normalmente gli assicura. Difatti, oltre all'esclusione del diritto di prelazione, la pronuncia in esame ha incidentalmente concluso anche per la perdita del conseguente diritto al rimborso per le spese sostenute per la predisposizione della proposta fino, come noto, all'importo pari al 2,5% del valore dell'investimento. Appare legittima ed apprezzabile la scelta di voler valorizzare offerte dall'elevato livello qualitativo, tuttavia non possono eliminarsi del tutto le tutele che incentivano gli operatori a formulare proposte e che rendono appetibile la finanza di progetto ad iniziativa privata. Pertanto, a sommo giudizio di chi scrive, la conclusione raggiunta non appare condivisibile, in quanto contraria alla ratio dell'introduzione del diritto di prelazione quale incentivo e ricompensa ai privati per collaborare all'interesse pubblico. Come noto, infatti, il diritto di prelazione attribuito al promotore, come anche il rimborso delle spese per la predisposizione della proposta, è stato introdotto dal legislatore come specifico meccanismo di compensazione per il privato che sostiene ingenti spese per la progettazione di un'opera di propria iniziativa oltre che quale riconoscimento in qualche misura dei diritti dell'ingegno derivanti dall'elaborazione del medesimo progetto. Ricollegare l'esercizio di tale diritto all'ottenimento di uno specifico punteggio in gara equivarrebbe a vanificarne totalmente la ratio: il beneficio, infatti, deriva dall'iniziativa avuta nell'interesse pubblico, non dalla qualità della successiva offerta in gara. Tale iniziativa, perché il fine della norma possa dirsi rispettato, dovrebbe essere sempre ricompensata con la prelazione od il rimborso delle spese, a prescindere dal punteggio conseguito nella successiva gara. Né, contrariamente a quanto ipotizzato dalle sentenze in esame, una tale conclusione sarebbe distorsiva della concorrenza, consentendo al promotore di presentare un'offerta meramente formale: i Giudici, infatti, sembrano non considerare che il promotore ha un reale interesse a tentare di aggiudicarsi anche la gara con un'offerta apprezzabile, in quanto in caso contrario l'esercizio del diritto di prelazione è "a pagamento", derivandone l'onere di pagare all'aggiudicatario le spese per la predisposizione dell'offerta risultata vincitrice.



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