

Appalti

Project financing, seguono il vecchio regime tutte le proposte presentate prima del 1° luglio

di Massimo Ricchi (*)

19 Maggio 2023

Il Dlgs 36/2023 non si esprime in modo esplicito ma procedere diversamente imporrebbe troppi oneri a imprese e Pa e sarebbe contrario al principio di risultato

Il nuovo codice, il Dlgs 36/2023 (il nuovo codice appalti), agli artt. 224-229 non regola esplicitamente la legge da applicare al procedimento in finanza di progetto tra il precedente Dlgs 50/2016 e il Codice stesso; è silenzioso e, come vedremo, anche tale omissione deve essere valorizzata al fine di individuare una regola ragionevole che esprima appieno il principio del risultato, che apre il Codice all'art. 1 e lo permea integralmente.

La finanza di progetto ad iniziativa privata del previgente codice, disciplinata nell'art. 183, comma 15, per quanto qui interessa non muta i capisaldi temporali riproposti nell'art. 193 del Codice. La finanza di progetto è un procedimento finalizzato all'individuazione del contraente di un contratto di concessione e/o di Ppp:

- 1) il procedimento si attiva con la presentazione da parte di un operatore economico qualificato di una proposta contenente un progetto di fattibilità, uno schema contrattuale con allegata la matrice dei rischi, un piano economico finanziario (Pef), l'asseverazione del Pef, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, una cauzione per la presentazione della proposta, etc. Qui basti sottolineare come la presentazione della proposta non solo comporti un considerevole sforzo economico con il coinvolgimento di diversi specialisti, ma che, inoltre, la proposta si concentra su un perimetro ben definito nell'oggetto della concessione;
- 2) la Pa ha un termine perentorio di tre mesi (art. 183, comma 15), in prima battuta, per nominare il Rup, verificare i requisiti di qualificazione del proponente e la completezza formale dei documenti presentati e, poi, entrare nella sostanza di quella proposta, espletando un fondamentale potere di modifica mediante richieste di integrazioni e variazioni per far corrispondere il progetto ai desiderata della Pa. Questa fase di negoziazione, sanzionata con la terminazione del procedimento in caso di diniego di adeguamento dell'operatore economico, segna la differenza con le "meccaniche" procedure di appalto ma, soprattutto, arricchisce e "centra" gli obiettivi che la Pa che vuol conseguire con l'esecuzione di quel contratto. Anche questa è una fase economicamente onerosa e di time spending a carico di entrambe la Parti (Pa e operatori economici), ci possono essere, infatti, diversi

rilasci integrali di Pef o di modifiche al progetto, al contratto e al documento della specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;

3) una volta che il perimetro, l'oggetto della concessione, viene "stabilizzato" e non sono più richieste modifiche anche a seguito di eventuali prescrizioni indicate in conferenza di servizi, la Pa dichiara fattibile la proposta. Questa dichiarazione consente di accedere ai passi successivi di approvazione del progetto, di inserimento nella programmazione triennale e annuale e, infine, della pubblicazione del bando di gara che apre la fase concorrenziale a cui deve partecipare anche il promotore.

I termini delle opzioni interpretative sono collocate nelle norme inserite nella Parte III del Libro V, Disposizioni transitorie, di coordinamento e abrogazioni, in particolare nell'art. 229, commi 1 e 2, del Codice che sanciscono che il codice entra in vigore, coi relativi allegati, il 1° aprile 2023 e che le disposizioni del codice, con i relativi allegati acquistano efficacia il primo luglio 2023.

Spetta all'art. 226 del Codice "salvare" i procedimenti che continuano ad essere disciplinati dal previgente codice rispetto alla data di efficacia del 1° luglio 2023, infatti il Codice stabilisce la regola generale che «le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso». E ancora l'articolo 226, comma 2, del Codice precisa che «a tal fine, per procedimenti in corso si intendono», elencando una casistica dalla lett. a) alla d), che prende in considerazione i procedimenti attivati prima del 1° luglio 2023, data di efficacia del Codice, o mediante la pubblicazione di bandi o avvisi o mediante avvisi di presentare le offerte qualora ci siano procedimenti senza previa pubblicazione del bando.

È evidente l'omissione dall'elenco del procedimento in finanza di progetto che, come è stato evidenziato sul piano normativo, si attiva con la presentazione della proposta.

A questo riguardo preliminarmente sono necessarie due osservazioni per una ricostruzione sistematica della regola di diritto intertemporale da applicare al caso della finanza di progetto:

1) il tenore della frase che specifica «per procedimenti in corso, si intendono » porta ad escludere non solo che l'elenco della casistica da a) a d) sia tassativo, è solo esemplificativo, infatti, la finanza di progetto non è stata contemplata ma, inoltre, che non sono tassativi gli indicatori temporali (pubblicazione del bando/avviso o spedizione dell'avviso a presentare offerte) per verificare se si collochino prima o dopo il 1° luglio 2023;

2) il codice previgente, invece, aveva scelto una linea rigorosa che non dava adito a dubbi quale fosse l'indicatore temporale da prendere in considerazione per verificare la vigenza del nuovo codice, si trattava della dichiarazione di pubblico interesse, equivalente all'odierna dichiarazione di fattibilità. Infatti, l'art. 216 comma 23, del d.lgs. 50/2016 stabiliva: «I progetti preliminari relativi alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità riguardanti proposte di concessione ai sensi dell'articolo 153 ovvero dell'articolo 175 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, per le quali sia già intervenuta la dichiarazione di pubblico interesse, non ancora approvati alla data di entrata in vigore del presente codice, sono oggetto di valutazione di fattibilità economica e finanziaria e di approvazione da parte dell'amministrazione ai sensi delle norme del presente codice». In breve il previgente codice, usando come indicatore temporale la data della dichiarazione di pubblico

interesse, rilasciata prima dell'efficacia del nuovo codice, dimostra che la tassonomia degli indicatori è una lista aperta e che quando il legislatore vuole prendere una decisione in merito al procedimento in finanza di progetto lo regola espressamente.

Il Codice questa volta, sembra che abbia omesso volontariamente di disciplinare il regime intertemporale della legge applicabile ai procedimenti in finanza di progetto, consentendo di aprire una riflessione sull'indice per considerare la finanza di progetto un procedimento in corso e, quindi, di poterlo assoggettare al codice previgente. La differenza di poter ricorrere al codice previgente non è di poco conto, perché il nuovo Codice è più oneroso per l'operatore economico e imporrebbe la ripresentazione della proposta rendendo inutilizzabile quella precedente con un aggravio di tempo e di costi per entrambe le parti, con buona pace dei correlati principi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa. Infatti, il Codice prescrive l'obbligo di presentare la progettazione di fattibilità tecnica economica i cui contenuti sono ben delineati nell'allegato 1.7 «Contenuti minimi del quadro esigenziale, del documento di fattibilità delle alternative progettuali, del documento di indirizzo della progettazione, del progetto di fattibilità tecnico economica e del progetto esecutivo». La sottoposizione della proposta al Codice comporterebbe la necessità di ripresentarla integralmente, "cestinando" l'oneroso investimento economico e temporale dell'operatore economico e della Pa nella fase di verifica che non si sia concretizzata nella pubblicazione del bando prima della data del 1° luglio 2023 di efficacia del Codice. La progettazione di fattibilità tecnica economica esige sostanzialmente due livelli di progettazione e altri elaborati, mentre il codice previgente richiedeva solamente il progetto preliminare. In questo modo la preclusione ad utilizzare il progetto preliminare "impone" di azzerare il procedimento pregresso e di ripresentare la proposta con un livello di progettazione adeguato, modificando a cascata tutti i documenti della proposta.

A questo punto è necessario rispondere alla domanda quando il procedimento in finanza di progetto può definirsi in corso per giustificare l'applicazione del codice previgente, che poi equivale a definire quando il procedimento si attiva: la risposta è al momento di presentazione della proposta. Il proponente presenta la proposta secondo le regole del codice previgente soprattutto elabora tutti i documenti seguendo quelle regole e la Pa è tenuta a rispettare il termine perentorio di tre mesi per addivenire alla dichiarazione di fattibilità. Le parti, ciascuna per le proprie incombenze, sono vincolate a presentare, a valutare, a modificare una proposta definita al momento della sua presentazione.

La finanza di progetto, per costante giurisprudenza, è distinta in due fasi autonome ma tra loro interdipendenti, la dichiarazione di fattibilità della proposta costituisce la base documentale per pubblicare il bando ed esperire la successiva gara competitiva. Gli indici di vigenza del procedimento legati alla pubblicazione del bando o dell'avviso o all'invio della avviso di partecipare previsti per gli affidamenti senza bando elencati nell'art. 226, comma 2, come è stato visto non sono applicabili alla finanza di progetto e, comunque, non ricoprono la gamma degli indici denotativi di attivazioni dei

procedimenti per reputarli «in corso» perché l'articolo non contiene un elenco tassativo e consente l'ampliamento della casistica.

A rigore nella finanza di progetto è consentita anche la pubblicazione di un avviso per sollecitare gli operatori economici a presentare delle offerte, tanto che il Codice ha "assorbito" questa prassi indicandola espressamente nell'art. 193, comma 11. Se per assurdo si dovesse accedere ad una interpretazione tassativa e letterale della norma che regola il diritto intertemporale verrebbero trattati in modo diverso due casi eguali: mentre l'avviso di sollecitazione della proposta pubblicata dalla Pa, a cui segue la presentazione della proposta, godrebbe del beneficio di qualificare il procedimento «in corso», quello della presentazione della proposta, esplicitamente previsto dal Codice, verrebbe escluso.

In sintesi il Codice non ha preso posizione su quale debba essere l'indice denotativo per ritenere la Finanza di progetto un procedimento in corso e ciò consente l'applicazione del previgente codice. La presentazione della proposta prima della data di efficacia del Codice può essere ritenuto l'indice denotativo di attivazione del procedimento perché, oltre ad essere consentito dalla mancanza di tassatività dei casi elencati, innesta un procedimento ben delineato dove la Pa deve pervenire a una dichiarazione di fattibilità nel termine perentorio di tre mesi.

Una diversa interpretazione sarebbe contraria al principio del risultato che costituisce attuazione del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità enunciati nell'art. 1 del Codice, si costringerebbero gli operatori e la Pa ad interrompere i procedimenti in corso, rendendo vani gli investimenti di entrambe le Parti in termini di costi e tempi, imponendo ad entrambe le parti di riattivare un procedimento che differisce esclusivamente per l'incremento del livello di progettazione da inserire nella nuova proposta.

() Avvocato, Direzione Legale Anas, già componente dell'Utfp - Pcm - Dipe - Cipe (2000-2013). Le opinioni contenute in questo contributo sono espresse dall'autore a titolo personale e non impegnano l'ente di appartenenza.*

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]

