

## Allargata la platea dei soggetti ammessi a proporre

**L**a legge 1° agosto 2002 n. 166, recante «Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti», nel perseguire l'obiettivo di introdurre dei correttivi alle criticità emerse nei primi anni di applicazione dell'istituto del promotore, ha apportato importanti modifiche agli articoli 37-bis e seguenti della "legge Merloni".

Più correttamente, occorre precisare che rilevanti innovazioni riguardano innanzitutto il contratto di concessione di lavori pubblici, strumento contrattuale dell'istituto del promotore, nonché ogni fase del procedimento: dalla programmazione, alla presentazione e valutazione delle proposte, alla gara di evidenza pubblica per l'aggiudicazione della concessione. Modifiche che, inserendosi sul precedente assetto normativo tentano di favorire lo sviluppo della finanza di progetto, superando quei vincoli normativi atti a scoraggiare le iniziative dei privati e allargando lo spettro dei possibili finanziatori. Ciò crea maggiori opportunità per gli investitori, definendo più chiaramente le procedure ed eliminando taluni vincoli.

Alla luce delle rettifiche apportate, l'iter procedurale dell'istituto del promotore risulta modificato così come segue.

### **Il coinvolgimento dei privati nella fase di programmazione**

La fase di programmazione di cui agli articoli 14 e seguenti della legge 109/1994 e seguenti, relativamente alle opere che possono essere finanziate con capitali anche privati, in quanto suscettibili di gestione economica, è aperta ai privati i quali, accanto ai soggetti pubblici, possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte di intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche, o di pubblica utilità, e studi di fattibilità. Tale possibilità, pur non determinando in capo alle amministrazioni alcun obbligo di esame e valutazione, rappresenta un ampliamento del principio della partecipazione dei privati al procedimento amministrativo, ora esteso anche alla fase di pianificazione e programmazione, sino a oggi espressamente esclusa ai privati (si veda, in tal senso, l'articolo 13, comma 1, della legge 241/1990).

La partecipazione attiva e spontanea del privato, che contribuisce non soltanto a identificare i bisogni di infrastrutture - secondo un processo di programmazione *bottom up* - ma individua concretamente una proposta di intervento o uno studio di fattibilità da inserire, a discrezione dell'amministrazione, nella programmazione triennale, costituisce uno stimolo per l'amministrazione e contribuisce a smuovere l'inerzia nella fase della programmazione. L'iniziativa del settore privato può cogliere aspetti che, dopo un attento

vaglio dell'amministrazione, possono rendere il progetto infrastrutturale più appetibile per il mercato e possono costituire, anche potenzialmente, la condizione di buona riuscita dell'affidamento del progetto.

L'adozione da parte delle amministrazioni delle proposte di intervento e degli studi ritenuti di pubblico interesse nei propri programmi, non fa sorgere in capo ai proponenti alcun diritto al compenso per le prestazioni effettuate o alla realizzazione degli interventi proposti.

### **Publicità dei programmi**

L'articolo 7 della legge 166/2002 introduce, all'articolo 37-bis della legge 109/1994, un nuovo comma 2-bis, relativo all'obbligatorietà e alle modalità di pubblicazione dei programmi triennali o degli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice, sulla base della normativa vigente. Viene espressamente indicato, anche in tale procedimento, il principio di pubblicità dei procedimenti amministrativi volto a favorire la partecipazione del maggior numero possibile di concorrenti. In particolare, è introdotto l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di pubblicare - entro 20 giorni dalla redazione dei programmi - la presenza di interventi realizzabili con capitali privati in un avviso indicativo, secondo le modalità di cui all'articolo 80 del Dpr 554/1999. Tale avviso deve essere affisso presso la sede delle amministrazioni aggiudicatrici per almeno 60 giorni consecutivi nonché, a decorrere dalla sua istituzione, sul sito informatico individuato con Dpcm, ai sensi dell'articolo 24 della legge 24 novembre 2000 n. 340, e, ove istituito, sul proprio sito informatico. L'avviso è trasmesso all'Osservatorio dei lavori pubblici che ne dà pubblicità. Le amministrazioni aggiudicatrici hanno, comunque, la facoltà di pubblicare lo stesso avviso facendo ricorso a differenti modalità, nel rispetto dei criteri di efficienza, efficacia, tempestività, trasparenza, correttezza e libera concorrenza tra gli operatori (articolo 1 della legge 109/1994).

Tale obbligo di pubblicità, normativamente sancito a carico delle amministrazioni aggiudicatrici, non risolve il problema della pubblicazione del cosiddetto "avviso di sollecitazione a proporre". Si tratta di un avviso nel quale non è semplicemente reso noto agli operatori del mercato l'elenco delle opere da realizzare anche con l'apporto di finanziamenti privati, ma di un avviso *ad hoc*, che dà pubblicità dell'avvio del procedimento da parte dell'amministrazione per la realizzazione di una particolare infrastruttura pubblica o di pubblica utilità. Nello stesso sono indicate le caratteristiche che la specifica infrastruttura da realizzare dovrebbe avere, tenuto conto delle esigenze e degli obiettivi dell'amministrazione aggiudicatrice,

## Il binomio con la Merloni

nonché dei requisiti minimi richiesti in relazione ai quali l'amministrazione potrà effettuare, con maggiore trasparenza, la valutazione e l'eventuale comparazione tra più proposte e motivare più adeguatamente la scelta di quella ritenuta di pubblico interesse.

La pubblicazione di tale avviso a proporre è rimessa, ancora una volta, alla discrezionalità e capacità delle amministrazioni aggiudicatrici, nonostante la centralità che riveste per una buona riuscita del procedimento del promotore, soprattutto se relativo a infrastrutture complesse.

**I nuovi soggetti promotori**

All'articolo 37-bis, comma 2, relativo ai soggetti idonei a presentare le proposte, sono state aggiunte due nuove categorie di soggetti ammessi: le fondazioni di origine bancaria e le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

Relativamente alle fondazioni di origine bancaria - aventi la natura giuridica di persone giuridiche private senza fini di lucro - il richiamo è indiretto, effettuato attraverso un rinvio legislativo: «la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i settori ammessi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c-bis), del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153».

Inserire, tra i settori ammessi per l'operatività delle fondazioni di origine bancaria, la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità, tenuto conto del rapporto prevalente con il territorio di appartenenza di tali soggetti, significa attribuire alle fondazioni bancarie un ruolo di impulso e sviluppo in tale settore, sia nella fase di programmazione, con la possibilità di presentare proposte di intervento o studi di fattibilità, sia nella fase di presentazione delle proposte stesse.

Il suddetto richiamo normativo, essendo inserito nel comma 2 dell'articolo 37-bis, che definisce i soggetti che da soli o «associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi» possono essere promotori di opere pubbliche, sta a significare che le fondazioni sono considerate o fra i soggetti promotori o fra gli enti finanziatori con cui ci si può associare o consorziare. La norma dà adito a qualche perplessità. Includere i lavori pubblici nei «settori ammessi» significa immettere un settore lucrativo tra i settori che non lo sono e che, per giunta, hanno rilevanza sociale. Significa immaginare che le fondazioni operino nel campo dei lavori pubblici come soggetti *no profit*, cioè come finanziatori a fondo perduto di imprenditori privati quali sono i promotori singoli o associati.

Il Legislatore sembra fare confusione tra *profit* e *no profit*. Sembra, inoltre, non tenere in debito conto la norma fondamentale, tipica di ogni regime delle fondazioni e presente nel Dlgs 153/1999 (articolo 3, comma 2) - norma non modificata dall'articolo 11 della legge 448/2001 - secondo la quale «non è consentito alle Fondazioni l'esercizio di funzioni creditizie; è esclusa altresì qualsiasi forma di finanziamento,

di erogazione o, comunque, di sovvenzione, diretta o indiretta, ad enti con fini di lucro o in favore di imprese di qualsiasi natura».

In ogni caso, data la natura *no profit* delle fondazioni, se può comprendersi il loro ruolo di promotore nelle fasi iniziali del procedimento - programmazione e presentazione delle proposte - poiché importante potrebbe rivelarsi la loro funzione propulsiva, più complesso diviene giustificare la loro presenza nella società di progetto e nella fase di gestione del contratto di concessione dei lavori pubblici.

Le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, l'altro nuovo soggetto promotore, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico locale dalle stesse perseguiti, possono presentare studi di fattibilità o proposte di intervento, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici.

La previsione delle Camere di commercio come soggetti promotori, se da un lato favorisce il ruolo di impulso di iniziative di sviluppo infrastrutturale, grazie all'apporto economico di soggetti pubblici locali, dall'altro trova un limite nella stessa struttura economico-finanziaria di tali enti. Tenuto conto, infatti, che la situazione contabile e finanziaria delle singole Camere di commercio non consente di assumere e garantire impegni finanziari a lungo termine, tali enti stanno studiando uno o più strumenti comuni di finanziamento a lungo termine e strumenti di garanzia, che possano favorire questo loro nuovo ruolo.

**Novità dell'iter procedurale**

Ulteriore elemento di semplificazione nella fase di presentazione delle proposte è l'allargamento dei soggetti idonei a effettuare l'asseverazione del piano economico-finanziario. Tale facoltà è, infatti, estesa in maniera non più esclusiva agli istituti di credito, ma anche alle società di servizi costituite dagli istituti di credito stessi e iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993 n. 385, o a società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939 n. 1966. Viene, altresì, demandato al regolamento il compito di dettare indicazioni volte a chiarire e agevolare l'attività di asseverazione che, nei primi anni di applicazione dell'istituto del promotore, ha costituito una delle maggiori criticità per la ricevibilità delle proposte. I piani economico-finanziari mancavano, spesso, del requisito, obbligatorio, dell'asseverazione bancaria e, quindi, erano considerate irricevibili, in quanto carenti di uno degli elementi essenziali costitutivi della proposta.

Al fine di favorire la presentazione di proposte, la legge ha inoltre previsto un'ulteriore scadenza infrannuale, oltre a quella del 30 giugno di ogni anno, fissata al 31 dicembre. Tale previsione, introdotta al fine di ottimizzare i tempi del procedimento, ha tutta-

via un limite. È possibile utilizzare la seconda data di scadenza solo nel caso in cui non siano state presentate proposte per il medesimo progetto. Ciò significa che, qualora sia stata presentata una proposta ritenuta irricevibile o non fattibile, non è possibile che il promotore possa ripresentarne un'altra corretta, relativa al medesimo intervento, entro la fine dello stesso anno.

L'introduzione del nuovo comma 2-ter all'articolo 37-bis, integra la procedura del promotore nella fase immediatamente successiva alla presentazione delle proposte, colmando un vuoto normativo che ha creato, in passato, notevoli difficoltà alle amministrazioni aggiudicatrici nella fase iniziale del procedimento, relativo alla ricevibilità e alla valutazione dei requisiti soggettivi e oggettivi della proposta. È previsto, inoltre, che entro 15 giorni dalla ricezione della proposta, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono:

a) alla nomina e comunicazione al promotore del responsabile del procedimento, che diviene il *trait d'union* tra l'amministrazione aggiudicatrice e il promotore;

b) alla verifica della completezza dei documenti presentati e a eventuale dettagliata richiesta di integrazione.

All'articolo 37-ter della legge 109/1994 vengono aggiunti, nell'unico comma, altri periodi. Il primo concerne la pronuncia dell'amministrazione aggiudicatrice che deve intervenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta. È, altresì, previsto che, qualora si renda necessario, il responsabile del procedimento concordi per iscritto con il promotore un più lungo programma di esame e valutazione. Il termine per la considerazione delle proposte, pur essendo ordinario, è tuttavia previsto a tutela del promotore, il quale ha interesse a ricevere notizie sulla valutazione della proposta nei tempi indicati. Un eventuale ritardo, infatti, fa sorgere, in capo al promotore, la legittima aspettativa di vedere accolta la propria proposta da parte dell'amministrazione, con rischio di impugnativa a carico dell'amministrazione nel caso in cui la proposta non sia stata dichiarata di pubblico interesse.

#### **Gara e modalità di affidamento della concessione di lavori pubblici**

Per quanto concerne la gara, l'articolo 7 della legge n. 166 elimina alcuni vincoli contenuti nell'articolo 37-*quater*, introducendo novità di rilievo. Circa l'indizione della gara, il modificato articolo 37-*quater*, prevede che essa non debba più avvenire entro il 31 dicembre di ogni anno, ma entro tre mesi dalla pronuncia di valutazione di cui all'articolo 37-*ter*. La gara può essere esperita oltre che con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche con la procedura di appalto-concorso. Nell'ipotesi in cui la gara sia esperita mediante appalto-concorso, il promotore risultato aggiudicatario è tenuto a versare all'altro soggetto, o agli altri due soggetti che abbiano

partecipato alla procedura negoziata, il rimborso delle spese sostenute e documentate nei limiti del 2,5% del valore dell'investimento.

Nella procedura negoziata, di cui all'articolo 37-*quater*, il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata più conveniente dall'amministrazione risultando aggiudicatario della concessione. Così recita l'ultimo periodo, introdotto nel comma unico dell'articolo 37-*ter*, relativo alla valutazione della proposta: «Nella procedura negoziata, di cui all'art. 37-*quater* il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione». In altre parole, tale previsione, ha introdotto il diritto di prelazione a favore del promotore - peraltro già previsto da alcune leggi regionali - nel caso in cui quest'ultimo decida di adeguare la propria proposta a quelle giudicate più convenienti.

Immettere tale norma all'interno del procedimento del promotore, se da una parte ha significato accogliere le richieste dei promotori preoccupati del rischio di soccombere in esito alla procedura negoziata e di vedere, così, vanificata l'attività svolta (salvo ottenere un limitato indennizzo), dall'altro rischia di creare rilevanti problemi giuridici. Primo fra tutti, la violazione del diritto della concorrenza e, in particolare, del principio di parità di trattamento tra gli offerenti che partecipano alla procedura di evidenza pubblica. Si ricorda la sentenza della Corte di giustizia (sezione quinta) 18 ottobre 2001 - causa C-19/00 (Siac Construction Ltd contro County Council of the County of Mayo) - che, nel risolvere una questione pregiudiziale in materia di criteri di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori sottolinea due principi fondamentali: il rispetto del principio della parità di trattamento degli offerenti e il principio - strumentale al primo - della notorietà dei criteri di aggiudicazione, che devono essere chiaramente menzionati nel bando di gara o nel capitolato d'oneri.

Inserire il diritto di prelazione nella procedura di evidenza pubblica significa negare il principio della parità di trattamento tra gli offerenti, favorendone - per disposizione normativa - uno in particolare, già prima dell'indizione della gara.

Verosimilmente il rischio di non vedersi aggiudicare la concessione, aggravato dall'introduzione, a parità di condizioni, del diritto di prelazione a favore del promotore, finirà per scoraggiare gli operatori del mercato dal partecipare a tali gare. Si rischia, di fatto, di annullare il rischio competitivo.

Il comma 6 dell'articolo 37-*quater* è stato abrogato dalla legge di riforma. I soggetti aggiudicatari della concessione non sono più tenuti ad appaltare a terzi una percentuale minima del 30% dell'importo di concessione. Si tratta di una modifica che è coerente con la nuova disciplina relativa alla concessione a iniziati-

va della pubblica amministrazione (si veda il nuovo articolo 2 della legge 109/1994), per la quale è stato abrogato l'obbligo per il concessionario di affidare almeno il 40% dei lavori oggetto della concessione, salva la possibilità per l'amministrazione concedente di imporre che sia affidata a terzi una percentuale minima del 30 per cento.

Alla stregua delle modifiche introdotte, il concessionario, ove qualificato per l'esecuzione dei lavori, può eseguire in proprio la totalità dell'intervento. In nessun caso, l'amministrazione concedente può imporre l'obbligo di affidare a terzi quota parte dei lavori.

#### **Società di progetto e differenziazione della compagine societaria**

Tentano parimenti di allentare i vincoli normativi dell'istituto del promotore, le integrazioni apportate dall'articolo 7 della legge n. 166, all'articolo 37-*quinquies*, concernente la società di progetto.

Per effetto del subentro della società di progetto nella concessione di lavori pubblici, il comma 1-*ter*, aggiunto all'articolo 37-*quinquies*, esplicita che tale subentro non costituisce cessione del contratto, per cui la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente. Nel caso, però, di versamento di un prezzo in corso d'opera, da parte della pubblica amministrazione, i soci della società restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti dell'amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito. In alternativa, la società di progetto può fornire alla pubblica amministrazione garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera, liberando in tal modo i soci. Le suddette garanzie cessano dalla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera.

Tale previsione normativa appare in contrasto con quella situazione giuridica, assicurata dalla società di progetto, che consente il beneficio della limitazione di responsabilità in capo ai soci. La peculiare situazione giuridica dei soci, che costituisce una delle caratteristiche imprescindibili del *project financing*, sembra, invece, essere negata dalla norma in esame, seppur temperata dall'alternativa di poter fornire garanzie bancarie o assicurative. In relazione all'assetto societario viene introdotta una differenziazione tra i soci.

L'onere a carico dei partecipanti alla gara in virtù dell'articolo 37-*quater*, di indicare nell'offerta la modalità di ripartizione delle quote o azioni della società di progetto, aveva introdotto un forte vincolo all'autonomia contrattuale delle parti, considerato che nulla veniva previsto in merito alla possibilità di modificazione dell'assetto societario.

L'articolo 37-*quinquies*, comma 1-*ter*, seconda parte, introduce due categorie di soci. I cosiddetti "soci d'opera", che hanno concorso a formare i requisiti di valutazione, che devono partecipare alla società e

garantire il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. Le banche e gli altri investitori istituzionali che non hanno fornito i requisiti di qualificazione per i quali, invece, l'ingresso al capitale sociale o lo smobilizzo delle partecipazioni possono avvenire in qualsiasi momento. Sarà, quindi, il contratto di concessione a stabilire le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di progetto.

Vale la pena, da ultimo, ricordare che, con l'obiettivo di favorire la costituzione delle società di progetto, l'articolo 9 della legge 166/2002, contiene una delega al Governo in materia di finanziamento delle società stesse. In forza di tale norma il Governo è delegato ad adottare, entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore della legge 166/2002, sentite le competenti Commissioni parlamentari, un decreto legislativo che miri ad agevolare, anche con opportune deroghe alle previsioni del codice civile in materia, il finanziamento bancario alle società di progetto concessionarie o contraenti generali.

#### **Effetti delle modifiche normative sul mercato**

Le modifiche introdotte dalla legge 166/2002 al procedimento del promotore hanno certamente l'obiettivo di semplificare l'istituto, al fine di incentivare l'intervento dei privati al finanziamento e alla realizzazione di infrastrutture pubbliche o di pubblica utilità, suscettibili di gestione economica. Quale sarà l'effetto concreto sul mercato potrà essere verificato soltanto successivamente ai primi anni di attuazione della legge.

In considerazione di quanto già precisato a proposito dell'introduzione del diritto di prelazione a favore del promotore, sembra che la riforma favorisca, in particolare, i promotori, incoraggiandoli alla presentazione di proposte, data la diminuzione del rischio a loro carico, di non vedersi aggiudicare il contratto di concessione al termine della procedura negoziata. Meno efficace, appare, invece, l'effetto sulla sollecitazione della concorrenza per il mercato, atteso che la suddetta previsione potrebbe scoraggiare gli operatori dalla partecipazione alla gara di evidenza pubblica per l'aggiudicazione della concessione di lavori pubblici. Un'amministrazione che sappia rivestire il ruolo di *project manager* o che riesca a dare garanzie e certezze al mercato, a esplicitare, con chiarezza, i propri obiettivi, le proprie esigenze e a pubblicizzare gli elementi di valutazione delle proposte, così da assicurare maggiore trasparenza e certezza alle regole del procedimento, potrà, concretamente, inviare segnali positivi al mercato. Soltanto tale atteggiamento, indipendentemente da qualsivoglia previsione normativa, potrà far acquisire agli operatori del mercato maggiore fiducia nell'amministrazione e favorire, come auspicato dalla novella legislativa, l'interesse e la crescita del mercato verso tale settore.

Rosalba Cori