

GENOVA, 16 AGOSTO 2007

D.Lgs. n. 113 del 31.7.2007: novità in tema di project financing

Con la presente, vorrei segnalarVi alcune importanti novità in tema di project financing (o finanza di progetto) introdotte in forza del recentissimo d.Lgs. n. 113 del 2007.

Occorre, fin da subito, precisare che il predetto decreto è stato pubblicato presso la Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 176 del 31.7.2007 e, pertanto, è entrato in vigore a partire dal giorno 1 agosto u.s..

Ciò si desume dalla disposizione di cui al suo art. 5, comma 1, ove dispone che *“Le disposizioni di cui al presente decreto Legislativo entrano in vigore a decorrere dal giorno successivo a quello della loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana”*.

Il Legislatore, quindi, ha determinato la parziale modifica del c.d. codice dei contratti pubblici (i.e. il d.Lgs. n. 163 del 2006), determinando anche la modificazione di alcune disposizioni legislative che trattano della materia del project financing.

In particolare, due sono le modifiche più importanti introdotte in tema di finanza di progetto.

A) Originariamente, il codice dei contratti pubblici (e, prima ancora, la legge n. 109 del 1994, vale a dire la c.d. legge Merloni), all'art. 153, comma 1, prevedeva che le scadenze entro le quali potevano essere presentate *“proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità”*, fossero due: il 30 giugno di ogni anno e, ove per tale data non fosse stata presentata alcuna proposta in relazione ad un determinato intervento, poteva essere sfruttato il successivo termine del 31 dicembre.

La presentazione delle proposte, in ogni caso, era consentita previa pubblicazione, da parte della Stazione Appaltante, di un avviso indicativo che pubblicizzasse la presenza, nei propri strumenti di programmazione delle opere pubbliche, di interventi realizzabili con capitale privato.

Avv. Lorenzo Bolognini
Abog. Irene Juárez Hernán

Successivamente all'entrata in vigore del d.Lgs. 113/07, il termine entro il quale le proposte possono essere presentate viene fatto decorrere dalla data di pubblicazione del predetto avviso indicativo: vale a dire entro 180 giorni dalla pubblicazione dello stesso.

In sintesi, non vi è più alcun riferimento a specifiche date dell'anno solare.

Mi permetto una breve nota di commento in merito a tale novità che ritengo possa essere valutata positivamente.

Infatti, secondo la mia esperienza, il vincolare la facoltà di assumere iniziative, mediante proposte di project financing, alla data del 30 giugno (ovvero a quella del 31 dicembre), era piuttosto limitativo.

Ciò valeva soprattutto per le Pubbliche Amministrazioni.

Se, infatti, fosse sorta l'esigenza realizzare un'opera pubblica (per esempio, un impianto natatorio), le Pubbliche Amministrazioni avrebbero dovuto seguire il rigido iter procedimentale che avrebbe imposto di attendere le date fissate *ex lege* al fine di avviare la gara pubblica.

Gli inconvenienti erano evidenti: ove la predetta esigenza fosse sorta, volendo esemplificare ancora, nel periodo di maggio o di giugno, si sarebbe dovuto attendere fino al 30 giugno dell'anno successivo per ricevere una proposta finalizzata a realizzare quell'opera (non vi sarebbero stati i tempi per apportare una variante al piano triennale delle opere pubbliche e procedere alla pubblicazione dell'avviso indicativo - che deve rimanere pubblicato per 60 giorni consecutivi - al fine di sfruttare il termine del 30 giugno dello stesso anno).

Tali inconvenienti sarebbero risultati ancora più evidenti nell'ipotesi in cui la stessa Pubblica Amministrazione (come spesso capita) avesse avuto a disposizione un finanziamento (per esempio regionale) ed avesse dovuto osservare una determinata scadenza per poterne approfittare: ove la scadenza fosse stata antecedente a quella (obbligata) del project financing, il finanziamento sarebbe stato inutilizzabile.

Avv. Lorenzo Bolognini
Abog. Irene Juárez Hernán

Con la modifica sopra illustrata, tali inconvenienti non sussistono o, quantomeno, sono ridotti.

In ogni occasione in cui sorgesse l'opportunità di realizzare un'opera pubblica sarà possibile apportare una variante al piano triennale delle opere pubbliche, pubblicare un avviso indicativo ed attendere la presentazione delle proposte di project financing decorsi 180 giorni dalla pubblicazione di quest'ultimo.

B) La seconda novità attiene al diritto di prelazione del promotore che, con il nuovo d.Lgs. 113/07, è venuto meno.

In estrema sintesi, il diritto di prelazione era tale per cui, ancorché l'offerta del promotore, all'esito dei rilanci proposti nella fase della procedura negozia, non fosse risultata quella economicamente più vantaggiosa, il promotore medesimo avrebbe potuto adeguare la propria offerta a quella economicamente più vantaggiosa presentata da altro offerente e, così, ottenere l'aggiudicazione della concessione.

Il codice dei contratti pubblici conteneva riferimenti al diritto di prelazione in alcune disposizioni legislative e, in particolare:

- all'art. 153, comma 3, ultimo periodo, ove era previsto che *“L'avviso deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'articolo 155, comma 1, lettera b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti”*;
- all'art. 154, comma 1, ultimi due periodi, ove era stabilito che *“Nella procedura negoziata di cui all'articolo 155 il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione”*.

Ebbene, le disposizioni legislative sopra riportate sono state integralmente abrogate dall'art. 1 del recentissimo d.Lgs. n. 113 del 2007 più volte citato.

Anche in questo caso, una brevissima nota di commento.

L'eliminazione del diritto di prelazione del promotore (che, probabilmente, è stato un atto dovuto, in quanto erano forti le pressioni in ambito

Avv. Lorenzo Bolognini
Abog. Irene Juárez Hernán

comunitario che propendevano per tale soluzione) è stata generalmente valutata negativamente.

Ciò se non altro in quanto il promotore è colui che assume l'iniziativa finalizzata a realizzare l'opera pubblica, sostenendo per primo ogni relativo onere: in sintesi, il promotore è colui che assume ogni sforzo al fine di ideare il progetto (da intendersi in senso lato e quindi, avuto riguardo agli aspetti architettonici, ma anche agli aspetti economico-finanziari, agli aspetti contrattuali ecc.) e, ciononostante, oggi non ha più alcuna garanzia di ottenere l'affidamento della concessione.

Occorre, tuttavia, sottolineare che la nota negativa sopra evidenziata è parzialmente temperata dal fatto che il promotore, nel caso non ottenga l'aggiudicazione, ha diritto al rimborso delle spese di redazione della proposta (diritto che non è previsto a favore di colui che presenta l'offerta nella procedura ristretta).

Mi pare opportuna un'ultima considerazione che trova ragion d'essere anche in alcune perplessità suscitate dal nuovo d.Lgs. negli operatori del settore.

Come sopra precisato, il citato decreto è entrato in vigore a partire dal 1.8.2007.

Dovrebbe escludersi che esso possa incidere in qualche modo sulle procedure già avviate a tale data, vale a dire su quelle per le quali sia già stato pubblicato l'avviso indicativo (che, pare opportuno ricordarlo, in forza della disciplina previgente doveva richiamare espressamente il diritto di prelazione del promotore).

Del resto, fermo restando che il d.Lgs. 113/07 non contiene alcuna espressa indicazione in forza della quale dovrebbe disciplinare anche le procedure già in corso al momento della sua entrata in vigore, deve valere il principio generale secondo il quale *“La legge non dispone che per l'avvenire”* e, quindi, *“non ha effetto retroattivo”* (art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale).

Avv. Lorenzo Bolognini