

GENOVA, 3 SETTEMBRE 2007

**Gli effetti del d.Lgs. n. 113 del 31.7.2007**

E' ormai noto che il nostro Legislatore, con il recentissimo d.Lgs. n. 113 del 2007, ha parzialmente modificato il c.d. Codice dei Contratti Pubblici (i.e. il d.Lgs. n. 163 del 2006), determinando importanti novità anche in tema di *project financing*.

Tali modifiche possono essere così sintetizzate:

- a) eliminazione delle scadenze fisse per la presentazione delle proposte del 30.6 e, subordinatamente, del 31.12, di ogni anno, con previsione della possibilità di presentare le medesime proposte decorsi 180 giorni dalla pubblicazione dell'avviso indicativo;
- b) eliminazione di ogni riferimento al diritto di prelazione del promotore.

I contenuti del nuovo decreto Legislativo sono ormai noti.

Pertanto, ritenendo superfluo soffermarsi ulteriormente su tali contenuti, pare quanto mai opportuna una prima riflessione (per quanto possibile a distanza di poco più di un mese dall'entrata in vigore del predetto decreto) sugli effetti che, in concreto, potranno essere determinati da questa mini-riforma del *project financing*.

Alcuni operatori del settore (intendo riferirmi a quella parte di operatori che tendenzialmente opera in qualità di proponente) hanno manifestato un certo allarmismo alla notizia che il promotore non avrebbe più avuto la garanzia di ottenere l'aggiudicazione della concessione sfruttando l'esercizio del diritto di prelazione.

E', quindi, su questa novità che intenderei concentrare, almeno per il momento, l'attenzione.

Avv. Lorenzo Bolognini  
Abog. Irene Juárez Hernán

L'idea che sembra diffondersi è quella secondo la quale la partecipazione a procedure di finanza di progetto non sia più per nulla allettante e che, quindi, il *project financing* sia destinato a morire.

Altri operatori del settore (questa volta mi riferisco a coloro che, normalmente, operano come consulenti) paiono disorientati.

Infatti, il decreto è entrato in vigore ormai da poco più di un mese e, pur apportando novità di un certo rilievo, non si leggono commenti di natura tecnica in proposito: i siti internet specializzati, generalmente, si limitano a riportare la notizia nuda e cruda dell'intervento della nuova normativa, divulgandone il contenuto.

E' pur vero che ciò potrebbe essere imputabile al fatto che il periodo feriale non si è ancora del tutto concluso.

In ogni caso, si percepisce un'insolita atmosfera.

E' come se fosse esplosa una bomba atomica e tutti si fossero rifugiati nei loro bunker e non accennassero ad uscire allo scoperto per paura delle radiazioni.

Se fosse scoppiata una bomba atomica, la paura delle radiazioni sarebbe più che giustificata.

Ma è proprio questo il punto: l'entrata in vigore del decreto 113 non può paragonarsi allo scoppio di una bomba atomica.

Non pare realistico il fatto che una procedura, quale quella del *project financing*, nel recentissimo passato apprezzata con entusiasmo, capace, negli ultimi anni, di dare reviviscenza al settore degli appalti pubblici e che stava conoscendo un momento di fortissimo sviluppo, oggi, possa essere considerata in via di estinzione e ciò per effetto di una riforma che, per quanto importante, non ha intaccato né la sostanza né la logica della procedura stessa.

Con ciò non vorrei dire che l'eliminazione dell'istituto della prelazione non corrisponda ad una penalizzazione per il *project financing*.

Avv. Lorenzo Bolognini  
Abog. Irene Juárez Hernán

Una penalizzazione sì, ma bisogna riflettere per verificare la reale portata di tale penalizzazione.

Occorre fare, quindi, alcune considerazioni.

1) Il diritto di prelazione costituiva una forte rassicurazione per chi intendeva formulare proposte di *project financing*, di ottenere l'aggiudicazione della concessione.

Tuttavia, se ci si mette dal punto di vista del proponente tale rassicurazione era soggetta ad alcuni limiti.

Infatti, nessuno poteva essere sicuro che alla data del 30 giugno (data che, è opportuno ricordarlo, con la eliminazione dei termini del 30.6 e del 31.12, oggi non ha più significato) sarebbe stato l'unico a presentare una proposta.

Quindi, non si può dire che, prima della riforma, il *project financing* era una procedura sicura.

Al contrario: proseguendo il ragionamento si può addirittura giungere alla conclusione che le rassicurazioni non erano molte (probabilmente non molte più di quante ce ne si possa aspettare successivamente alla riforma).

Infatti, prima dell'intervento del d.Lgs. 113 era probabile che fossero più di uno gli operatori che presentassero una proposta per un medesimo intervento da affidare in concessione e ciò proprio in virtù del fatto che tali operatori tendevano a sentirsi maggiormente rassicurati dal diritto di prelazione del promotore.

Ebbene, chi, al 1° luglio (i.e. il giorno dopo la scadenza del termine per la presentazione delle proposte), si ritrovava la concorrenza di altre proposte non godeva certamente di una posizione comoda: infatti, come noto, soprattutto la fase c.d. della "trattativa", finalizzata alla selezione della proposta fattibile e di pubblico interesse, in quanto fase scarsamente regolamentata e nella quale la discrezionalità della Stazione Appaltante aveva ampio spazio non dava molte garanzie di successo.

E la cosa più preoccupante è che, chi non otteneva la qualifica di promotore, perdeva su tutti i fronti: né aveva possibilità di aggiudicarsi la concessione e

Avv. Lorenzo Bolognini  
Abog. Irene Juárez Hernán

neppure aveva diritto al rimborso delle spese sostenute per la predisposizione della proposta.

Il tutto si sarebbe ridotto ad una esperienza amara e fallimentare.

Eppure, questo rischio era gestito con tranquillità.

Oggi, se la concorrenza – alla scadenza del termine per la presentazione delle proposte - sarà realmente ridotta per effetto del decreto 113 (anche se ritengo che il proponente avveduto tale era e tale dovrebbe rimanere anche dopo l'entrata in vigore del predetto decreto), sarà più agevole conquistare la posizione di Promotore e ciò, quantomeno, darà la certezza del recupero delle spese di predisposizione della proposta.

Non solo. Quel proponente che, prima della riforma, non avendo ottenuto il giudizio di fattibilità e pubblico interesse per la propria proposta, come detto, avrebbe fatto un “buco nell'acqua” in tutto e per tutto, oggi potrà giocare nuovamente le sue carte riproponendosi nella fase della procedura ristretta.

2) E' pur vero che, superata la prima fase e ottenuto il giudizio di fattibilità e di pubblico interesse per la propria proposta, quello che, a questo punto, poteva essere chiamato a buon diritto “Promotore” non aveva più grossi ostacoli da superare: il diritto di prelazione offriva ampie garanzie di successo.

In realtà, anche questa affermazione non va de tutto esente da censure.

Infatti, è pur vero che nella vigenza della vecchia normativa erano rari i casi in cui qualcuno si proponeva quale *competitor* nella procedura ristretta (precedentemente chiamata licitazione privata) cosicché la procedura negoziata, effettivamente, risultava trovare spazio più nei libri che nella realtà dei fatti.

Tuttavia, nelle rare ipotesi in cui la procedura negoziata doveva essere realmente affrontata dal promotore - mi si conceda l'espressione poco elegante ma perfettamente calzante – il tutto si riduceva ad “un bagno di sangue”.

Avv. Lorenzo Bolognini  
Abog. Irene Juárez Hernán

Soprattutto se si considera che nelle rare occasioni in cui un *competitor* si affacciava alla gara era per vincerla, perché realmente era interessato all'iniziativa (la Merloni *quater* aveva escluso il suo diritto ad ottenere il rimborso delle spese di redazione dell'offerta e, quindi, l'aspettativa di tale rimborso non costituiva più un valido incoraggiamento).

Il meccanismo è facile da spiegare: il *competitor*, consapevole che il promotore avrebbe potuto esercitare il diritto di prelazione, per ostacolare l'esercizio di tale diritto, non poteva che proporre un rilancio, nel vero senso della parola, esagerato.

Talvolta, tale rilancio, poteva avere ad oggetto condizioni poco realistiche, ma se la stazione appaltante non si fosse premurata di adottare preventivamente (attraverso la *lex specialis* della gara) soluzioni finalizzate a mettersi al riparo da offerte impossibili, a fronte di un rilancio di tali proporzioni, il *competitor* non poteva che risultare il miglior offerente.

Il promotore, quindi, si trovava ad avere due sole alternative:

- a) o mollare la presa ed accontentarsi del rimborso delle spese di predisposizione della proposta (diritto che è opportunamente sopravvissuto anche a seguito della riforma);
- b) ovvero, se l'ottenimento della concessione fosse stato fondamentale per la sua politica aziendale, non poteva che adeguarsi all'offerta del *competitor*, essendo costretto ad accettare condizioni "inaccettabili".

In conclusione, il proponente di luglio, a mio avviso, non doveva sentirsi tanto più tranquillo del proponente di agosto ovvero il proponente di agosto non deve sentirsi tanto meno tranquillo del proponente di luglio.

3) Si può fare ancora una considerazione basata su elementi molto concreti.

Il proponente, in molte occasioni, si sentiva incoraggiato anche dallo speciale rapporto che instaurava con la stazione appaltante.

Il *project financing*, infatti, è uno degli esempi emblematici di partenariato pubblico/privato.

A maggior ragione quei *project financing*, piuttosto frequenti, che prendevano inizio attraverso l'esercizio di quella facoltà che era stata

Avv. Lorenzo Bolognini  
Abog. Irene Juárez Hernán

introdotta dalla Merloni *quater* e, poi, mantenuta anche all'art. 153 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Mi riferisco al caso in cui il privato suggeriva all'Amministrazione Aggiudicatrice l'inserimento di un'opera nel piano triennale delle opere pubbliche per avere la possibilità, entro il successivo 30 giugno, di presentare una proposta con tanto di progetto preliminare, piano economico-finanziario e bozza di convenzione.

Soprattutto in tali ipotesi, chi aveva dato impulso alla procedura, poteva godere di un certo credito nei confronti della Stazione Appaltante: si veniva a creare un rapporto di reciproca fiducia dovuto soprattutto al fatto che l'iniziativa nel suo complesso (sul piano progettuale, economico-finanziario, procedurale ecc.) veniva costruita, passo per passo, in stretta collaborazione.

Pertanto, soprattutto questo tipo di proponente tendeva a sentirsi maggiormente rassicurato anche nell'eventuale confronto con altre proposte presentate al 30 giugno e, quindi, fino al giudizio di fattibilità e pubblico interesse.

Se tale proponente affrontava con minori ansie la prima fase dell'iter ci sono argomentazioni ragionevoli per potersi affermare che lo stesso proponente, ancora oggi, possa godere di quel sentimento di maggior distensione anche nella fase della procedura negoziata (che, sebbene decisamente più probabile, continua a rimanere eventuale).

Infatti, la procedura negoziata non trova una disciplina rigorosa e dettagliata se non in forza della *lex specialis* che, caso per caso, è stabilita dalla Stazione Appaltante.

In sintesi, se la proposta è stata sostanzialmente costruita insieme all'Amministrazione, quest'ultima, se avveduta, strutturerà la procedura negoziata intervenendo sia sugli elementi c.d. quantitativi ma soprattutto sugli elementi c.d. qualitativi, in modo tale che la medesima proposta possa essere superata soltanto da un progetto realmente serio e migliorativo sotto tutti gli aspetti (non solo quelli economici che, in una concessione, non sempre contano molto dal punto di vista dell'interesse pubblico).

Avv. Lorenzo Bolognini  
Abog. Irene Juárez Hernán

4) E' presumibile che uno dei principali effetti del d.Lgs. 113/07 sarà dato da una forte rivitalizzazione della fase della procedura ristretta: la fase disciplinata dall'art. 155, comma 1, lett. a), del d.Lgs. 163/2006 e s.m.i.

Molti aspiranti concessionari staranno alla finestra ed aspetteranno, verosimilmente con minor dispendio di energie, per entrare nel gioco in tale seconda fase.

Nessuno potrebbe denigrare un simile atteggiamento.

Tuttavia, occorre verificare a fondo se questo sarà un atteggiamento in tutto e per tutto conveniente.

In primo luogo, come si è già avuto modo di osservare, il *competitor* non potrà godere dello stesso rapporto di fiducia con la Stazione Appaltante di cui gode il promotore: pertanto avrà sempre e comunque minor credito e minori chances di vittoria.

Non solo. Non è così certo che il partecipare alla procedura ristretta implichi realmente un notevole risparmio di energie e, soprattutto, di costi.

Infatti, in primo luogo, è presumibile che la fase della procedura ristretta e, poi, della procedura negoziata divenga più complessa perché più importante e delicata: soprattutto se le Amministrazioni Aggiudicatrici metteranno in gara anche gli elementi c.d. qualitativi dell'offerta, non saranno sufficienti studi superficiali per confezionare un'offerta realmente competitiva.

Inoltre, è probabile (anzi, giuridicamente corretto) che il *competitor* non risparmi la fatica inerente la predisposizione di uno dei più complessi documenti di proposta e/o di offerta, vale a dire il piano economico finanziario.

Infatti, l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (già Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici) con Determinazione n. 4 del 2002, ha messo in evidenza quanto segue:

*“Va ulteriormente osservato che, ai sensi dell'art. 37 quater della legge 109/1994 e s.m., a base di tale gara deve essere posto il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni, nonché i valori degli elementi*

Avv. Lorenzo Bolognini  
Abog. Irene Juárez Hernán

*necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore. Ed è di tale documentazione, pertanto, che la stazione appaltante ha l'obbligo di assicurare la piena conoscibilità da parte dei soggetti interessati alla relativa partecipazione, laddove, invece, va mantenuto riservato il piano economico-finanziario proprio del promotore in quanto afferente alle sue scelte imprenditoriali, alla sua organizzazione di impresa (sotto il profilo finanziario e patrimoniale), alle sue strategie ed in generale a quelle informazioni economiche che caratterizzano le ragioni e le valutazioni stesse del promotore rispetto al mercato”.*

Ciò equivale a dire che il *competitor* non potrà essere messo nelle condizioni di poter “copiare” il piano economico-finanziario allegato alla proposta ma sarà tenuto a presentarne uno di sua elaborazione.

Non Solo. La medesima Autorità di Vigilanza, con precedente Atto di Regolazione n. 34 del 2000, ha stabilito che anche il piano economico-finanziario presentato in sede di procedura ristretta debba essere asseverato:

*“(…) occorre rilevare che se è pur vero che le proposte presentate dai concorrenti alla successiva gara si basano sulla proposta del promotore, già valutata dall'amministrazione e posta a base della gara stessa, va opportunamente evidenziato che anche le offerte dei concorrenti debbono consentire all'amministrazione una valutazione delle stesse in termini non difforni da quanto è accaduto per la proposta del promotore. E poiché l'attività di asseveramento è volta ad assicurare in primo luogo la coerenza del piano economico-finanziario in relazione agli elementi di cui all'art. 85, comma 1, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, ne consegue che sarà necessario che anche le proposte dei concorrenti siano corredate da un piano economico finanziario asseverato da un istituto di credito nei limiti in cui risultino modificati il valore degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa”.*

Colui che intende partecipare alla procedura ristretta pertanto, deve quantomeno farsi carico degli oneri inerenti la predisposizione del piano economico-finanziario e del relativo asseveramento.

Avv. Lorenzo Bolognini  
Abog. Irene Juárez Hernán

L'offerta del *competitor*, quindi, non potrà essere frutto di una mera "scopiazzatura" ma lo stesso *competitor*, vale ribadirlo, dovrà necessariamente ponderare a fondo la sua offerta.

Tutto ciò implica dispendio di energie, di risorse e, naturalmente, costi.

A questo punto del ragionamento è importante ricordare che se il *competitor* dovesse aggiudicarsi la concessione sarebbe tenuto a rimborsare la spese di predisposizione della proposta a favore del Promotore ma se l'aggiudicatario, invece, fosse il Promotore, quest'ultimo nulla dovrebbe al *competitor* che avrebbe palesemente lavorato – e speso – per niente, rimanendo, come si dice, con "un pugno di mosche".

5) E' fuori di dubbio che l'eliminazione del diritto di prelazione renderà la procedura più agguerrita e, sicuramente, più vivace.

E' agevolata la competizione anche nelle ultime fasi dell'iter procedimentale e, quindi, non saranno ammessi errori.

E' più probabile che, soprattutto quando le gare saranno ben organizzate dalle Stazioni Appaltanti, l'aggiudicazione avverrà realmente a favore di colui che avrà presentato l'offerta migliore.

Anche questo potrebbe essere visto come un vantaggio: il proponente – ipotizzando che sia lui ad acquisire la posizione di concessionario – dovrebbe ottenere l'aggiudicazione in forza di una proposta ben calibrata anche in virtù degli aggiustamenti effettuati nel corso della procedura (per esempio attraverso i rilanci adeguatamente studiati e, poi, proposti in sede di procedura negoziata) con conseguenti notevoli vantaggi.

Infatti, è accaduto spesso che le proposte non siano state valutate con sufficiente attenzione e, quindi siano state penalizzanti per gli stessi Promotori aggiudicatari della concessione che, durante l'esecuzione del contratto, si sono trovati di fronte notevoli difficoltà.

Quanto più la proposta è ben calibrata, tanto più sarà agevole dare esecuzione al contratto di concessione senza troppe difficoltà perché saranno pochi gli imprevisti.

Avv. Lorenzo Bolognini  
Abog. Irene Juárez Hernán

A questo punto, si potrebbero tirare le somme, almeno per quanto è possibile nell'imminenza dell'entrata in vigore della nuova disciplina.

Il "nuovo" *project financing* non risulta essere così rischioso per il ponente come si potrebbe, *prima facie*, pensare.

Il proponente conserva notevoli vantaggi: non soltanto vantaggi frutto di specifiche disposizioni normative ma anche vantaggi di fatto di cui il *competitor* non potrà mai godere.

Se è pur vero che il proponente, con l'eliminazione del diritto di prelazione, ha perso parte delle sue garanzie di successo, è indubitabile che la posizione di *competitor* non sarà mai comoda come quella del proponente.

Il proponente che, poi, diventi Promotore a tutti gli effetti, godrà sempre di maggior credito agli occhi della Stazione Appaltante, avrà sempre una più profonda conoscenza di ogni aspetto dell'intervento di costruzione e gestione che la medesima Stazione Appaltante avrà messo in gara (cosa che lo agevolerà di molto nella gestione della procedura negoziata) e potrà sempre e comunque godere di quella sacrosanta prerogativa data dal diritto al rimborso delle spese di predisposizione della proposta.

Se, al proponente, le cose non dovessero andare così bene da divenire Promotore (perché la sua proposta non viene selezionata) avrà comunque la possibilità di tentare di mettere a frutto il suo lavoro partecipando alla procedura ristretta.

Sicuramente - pare opportuno sottolinearlo ancora - non bisogna mai perdere di vista il grosso vantaggio dato dal diritto di ottenere il rimborso delle spese di predisposizione della proposta: l'imprenditore che si è specializzato nella c.d. finanza di progetto e si è strutturato per partecipare sistematicamente a tale tipologia di gare di appalto mediante presentazione di proposte ex art. 153 del Codice dei Contratti Pubblici, potrà mantenere ferma questa sua politica aziendale con la consapevolezza che, nelle ipotesi in cui sarà sconfitto in sede di procedura negoziata, i suoi costi saranno nulli perché godrà sempre dei rimborsi oggetto di una sua esclusiva prerogativa.

Quello stesso imprenditore, se decidesse di modificare la sua strategia attendendo che sia bandita la gara mediante procedura ristretta per fare la

Avv. Lorenzo Bolognini  
Abog. Irene Juárez Hernán

sua offerta, non è da escludere che subirebbe delle grosse perdite perché i costi sostenuti per predisporre l'offerta rimarranno integralmente a proprio carico se non dovesse vincere sul Promotore.

Ancora una riflessione.

C'è da chiedersi se il *project financing* che, tendenzialmente, era di gran lunga preferito rispetto alle gare tradizionali, allo stato attuale, sia destinato a non reggere più il confronto.

A tale domanda risponderai negativamente.

Infatti, il *project financing* è sempre stato caratterizzato dalla peculiarità di dare ampio spazio all'iniziativa privata.

Come si diceva, in questa caratteristica (che, peraltro, costituisce l'essenza di tale tipo di procedura) l'istituto non è stato modificato e dei relativi vantaggi si può beneficiare ancora oggi.

E' comprensibile che alle modifiche apportate dal d.Lgs. 113/07 si guardi con diffidenza e, soprattutto, che tale decreto sia oggetto di commenti polemici.

Le modifiche potevano essere apportate con maggior cura e con maggior coinvolgimento delle parti interessate.

Inoltre, non v'è dubbio che, ad oggi, la figura del Promotore risulti penalizzata.

Tuttavia, tale penalizzazione deve essere misurata correttamente.

Ciò è quanto dovrebbe fare l'operatore accorto: misurare correttamente gli effetti probabili delle novità introdotte e non chiudere la porta alla finanza di progetto ma semplicemente adeguare il proprio approccio a tale istituto in ragione delle predette innovazioni.

In conclusione, non si vuole sostenere che le riflessioni sopra sviluppate abbiano un valore assoluto.

Infatti, chi conosce la materia è consapevole che le operazioni realizzate con il sistema del *project financing* possono essere le più disparate e gli interessi riposti in tali operazioni possono avere, a seconda degli operatori, differente valenza.

Per tali ragioni, con riferimento ad ogni operazione potrebbero essere compiuti ragionamenti - inerenti gli effetti del decreto 113 – diversi.

Ci sono interventi per tipologie di opere pubbliche che hanno maggiore mercato e interventi per opere che suscitano minore interesse.

Occorrerebbe anche considerare, caso per caso, il valore dell'intervento.

Inoltre, le valutazioni sugli effetti della riforma potrebbero variare anche in funzione della natura e delle caratteristiche del potenziale proponente ma anche in funzione dell'approccio che tale ipotetico proponente tende ad assumere nei confronti della finanza di progetto (alcuni operatori sono tendenzialmente interessati ad alcune specifiche iniziative e perseguono lo scopo di aggiudicarsi le relative concessioni e solo quelle, altri operatori sono generalmente interessati alle iniziative di *project financing* e adottano strategie finalizzate alla partecipazione diffusa alle gare, senza troppe discriminazioni).

In ogni caso, chi, fino ad oggi, ha manifestato interesse per il sistema della finanza di progetto non dovrebbe limitarsi ad una valutazione superficiale, ma, considerando anche le proprie specifiche aspettative, analizzare a fondo la sostanza delle modificazioni introdotte, senza chiudere gli occhi di fronte alle nuove opportunità che da esse potrebbero derivare.

Lorenzo Bolognini