

GENOVA, 25 OTTOBRE 2007

Società di progetto e concessioni di servizi

La società di progetto, strumento al quale gli aggiudicatari di una concessione non dovrebbero mai rinunciare, può essere costituita anche per l'espletamento di una concessione di soli servizi, tra cui la gestione di una piscina, ed anche quando la Stazione Appaltante abbia ommesso di prevedere tale facoltà nel bando di gara.

Nell'esercizio della mia attività professionale, in più di un'occasione, mi è capitato di imbattermi in un problema che, pertanto, a questo punto, considero ricorrente e meritevole di un approfondimento.

L'argomento in questione attiene alla società di progetto e il problema è quello che attiene alla facoltà di costituzione di tale società ai fini dell'espletamento di una concessione di servizi (quale quella inerente la gestione di una piscina o, più in generale, di un impianto sportivo).

Prima di entrare nel vivo della questione, è utile sviluppare una breve premessa in tema di società di progetto.

Di tale tipologia di società si è iniziato a sentir parlare soprattutto con lo sviluppo del project financing.

Le operazioni di project financing, infatti, nella più tipica delle ipotesi, prevedevano che un gruppo di soggetti (normalmente, specie nelle operazioni meno complesse quali quelle finalizzate alla realizzazione ed alla gestione di impianti sportivi, un costruttore ed un gestore) si associassero nell'ambito di un c.d. raggruppamento temporaneo di imprese ai meri fini della partecipazione alla gara, con l'intento di costituire, tra essi, una società ad *hoc*, ove avessero ottenuto l'aggiudicazione della concessione di costruzione e gestione per la quale il project financing era stato bandito.

Avv. Lorenzo Bolognini
Abog. Irene Juárez Hernán

La società – appunto, appartenente alla tipologia delle c.d. società di progetto – così costituita diveniva il soggetto concessionario, subentrando automaticamente al raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario ed affidava l'esercizio delle prestazioni oggetto di concessione (in estrema sintesi, la costruzione e la gestione) a favore dei suoi soci.

I vantaggi erano notevoli.

I soci della società di progetto, vale a dire le imprese che avevano partecipato alla gara, potevano realizzare l'operazione con un soggetto costituito ad *hoc*, scaricando tutte le responsabilità collegate alla medesima operazione su tale soggetto.

Vale la pena ricordare che la società di progetto può essere costituita sottoforma di società a responsabilità limitata o di società per azioni, vale a dire una società “con autonomia patrimoniale perfetta” della cui attività, i soci rispondono esclusivamente nei limiti della quota di capitale sociale sottoscritta: a mero titolo di esempio, i soci non sono personalmente coinvolti nell'eventuale fallimento della società e non possono subire “aggressioni” a carico del proprio patrimonio personale da parte dei creditori della società medesima.

Non solo. La società di progetto era – ed è - strumento che agevolava – ed agevola - di molto la regolamentazione dei rapporti tra le imprese partecipanti alla gara nonché soci della stessa che, secondo gli equilibri di forza tra le imprese stesse stabiliti, avevano la possibilità di stipulare patti parasociali finalizzati alla determinazione della misura del controllo e dell'ingerenza che ciascuna delle medesime imprese avevano la facoltà di esercitare nei confronti della società e, di conseguenza, nei confronti dell'iniziativa congiuntamente assunta.

Si veniva a creare, quindi, un unico centro di imputazione di interessi in relazione ad una specifica ed unitaria operazione mediante la creazione di un soggetto giuridico nuovo, caratterizzato da notevole dinamismo e capace, anche attraverso accordi interni tra i soci – accordi anch'essi dinamici – di adeguarsi costantemente alle varie esigenze inerenti la regolamentazione dei rapporti intercorrenti tra le imprese partecipanti all'iniziativa: per fare alcuni ipotetici esempi, si potevano determinare (con soluzione che giudico

opportuna se non indispensabile, anche preventivamente rispetto alla partecipazione alla gara) le modalità di assegnazione delle cariche sociali, le condizioni alle quali le imprese socie, su incarico della società di progetto, avrebbero espletato le prestazioni oggetto della concessione e, nel corso dell'espletamento della medesima concessione, se opportuno, si potevano modificare i patti in funzione delle sopravvenute esigenze.

A ciò si può aggiungere che, spesso, la costituzione di un soggetto nuovo, creato ad *hoc*, poteva consentire di beneficiare delle agevolazioni fiscali di volta in volta disponibili in funzione della normativa vigente che non sarebbero state riconosciute in capo alle imprese partecipanti alla gara, adeguando gli statuti delle società di progetto a tali normative ed alle caratteristiche specifiche delle operazioni da realizzare (tale considerazione interessa soprattutto le iniziative riguardanti impianti sportivi, cosicché si poteva, per esempio, costituire una società sportiva dilettantistica per godere degli sgravi fiscali riservati esclusivamente a tale tipologia di società).

I benefici erano notevoli anche per l'amministrazione concedente che, in questo modo, veniva ad avere un unico interlocutore anziché tanti interlocutori quante erano le imprese che avevano partecipato alla gara e, quindi, un unico soggetto nei confronti del quale rapportarsi.

Dal punto di vista della regolamentazione normativa dell'istituto della società di progetto, in un primo tempo, occorre fare riferimento alle norme della c.d. Merloni *ter* (i.e. la legge n. 415/1998): tale legge, introducendo nell'ordinamento italiano l'istituto del project financing (mediante l'integrazione della legge n. 109 del 1994 con gli articoli 37-*bis* e seguenti), aveva introdotto anche l'articolo 37-*quinquies* che, appunto, conteneva la gran parte della disciplina inerente la società di progetto.

L'inserimento contemporaneo degli istituti del project financing e della società di progetto, aveva fatto sì che si sviluppasse la tendenza ad utilizzare quest'ultimo istituto soltanto per la finanza di progetto: l'impressione era quella per cui project financing e società di progetto fossero istituti indissolubili e che necessariamente dovessero procedere congiuntamente.

In realtà, non era così – e non è così.

Avv. Lorenzo Bolognini
Abog. Irene Juárez Hernán

Ciò era stato messo in evidenza dalla giurisprudenza che, seppur non copiosa sull'argomento, si è espressa in maniera inequivocabile:

“La società di progetto (S.P.V.), peraltro non esclusiva nell'ordinamento italiano del project financing (potendo essere costituita anche nella “semplice” concessione di costruzione e gestione di infrastrutture e servizi di pubblica utilità), subentra a titolo originario al concessionario, o realizzatore (che di solito finisce per coincidere col promotore), e ad essa è affidata, come già visto, la gestione dell'opera una volta realizzata” (T.A.R. Puglia-Bari, n. 3879 del 2004) (la sottolineatura è mia)

Del resto, a tale conclusione si giunge considerando proprio le prime battute del testo dell'art. 37-*quinques* della citata legge 109 del 1994, introdotto in forza della Merloni *ter*, che, infatti, disponeva:

“Il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile”.

Si parlava di *“bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità”* cosicché la locuzione *“o”* inserita tra le parole *“realizzazione”* e *“gestione”*, chiariva immediatamente che la società di progetto poteva – anzi doveva – essere contemplata sia per le concessioni che includessero prestazioni di costruzione e di gestione sia per le concessioni che includessero soltanto prestazioni di gestione di una infrastruttura o di un servizio.

Ciò significa che anche i bandi finalizzati all'affidamento di una concessione di servizi doveva – e deve - prevedere che il concessionario avesse – ed abbia - la facoltà, ovvero l'obbligo, di costituire una società di progetto per l'espletamento della medesima concessione.

La circostanza per la quale non era del tutto ricorrente la previsione di tale facoltà anche per le concessioni di servizi (e, quindi, nei relativi bandi di gara), probabilmente, era dovuta anche al fatto che, all'epoca, la concessione di servizi non era stata ancora codificata.

La giurisprudenza, tuttavia, aveva ben chiaro da tempo quali fossero le peculiarità della concessione di servizi, come istituto del tutto distinto dal mero appalto di servizi.

Infatti, prima dell'intervento del nuovo "codice degli appalti" (i.e. il d.Lgs. n. 163 del 2006), la concessione di servizi non era dotata di una disciplina legislativa specifica ma il suo riconoscimento nell'ambito dell'ordinamento giuridico, ancorché pacifico e consolidato, era solo ed esclusivamente di fonte giurisprudenziale.

A mero titolo di esempio, riporto una massima estratta da una sentenza del Consiglio di Stato che definisce la concessione di servizi mettendone in evidenza i caratteri distintivi rispetto al mero appalto di servizi:

“Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sull'utente mediante la riscossione di un canone o tariffa, allora si ha concessione: è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi. Pertanto un servizio pubblico si rivela quale appalto di servizi quando il suo onere sia interamente a carico dell'amministrazione, mentre se il servizio venga reso non a favore dell'amministrazione ma di una collettività indifferenziata di utenti, e venga almeno in parte pagato dagli utenti all'operatore del servizio, allora si è in ambito concessorio” (C. Stato, sez. VI, 15.5.2002, n. 2634, in Cons. Stato, 2002, I, 1133).

Riconoscendo la concessione di servizi come istituto autonomo e dotato delle proprie peculiarità (più facilmente assimilabili a quelle della concessione di costruzione e gestione piuttosto che a quelle dell'appalto di servizi), risulta più agevole pensare che, come previsto dal più volte citato art. 37-*quinquies*, legge 109 del 1994, anche per tale ipotesi potesse essere contemplata la costituzione di una società di progetto.

Il concessionario di un servizio gestisce il servizio pubblico nei confronti degli utenti (terzi rispetto al concedente) e viene ripagato degli investimenti a tal fine sostenuti mediante i ricavi derivanti dalla gestione: tale schema risulta essere perfettamente confacente all'opportunità di costituire una società *ad hoc* che si faccia carico degli investimenti ed acquisisca i ricavi di gestione secondo un *business plan* riferito al medesimo soggetto ed accuratamente predisposto in via preventiva affinché siano preventivamente

Avv. Lorenzo Bolognini
Abog. Irene Juárez Hernán

valutati tutti i rischi di impresa relativi alla realizzanda operazione commerciale.

Venendo all'assetto normativo attuale, come si diceva, nel 2006, il Legislatore ha emanato il c.d. "*codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*", vale a dire il d.Lgs. n. 163 del 2006.

Con l'emanazione di tale decreto, invero, le cose non sono cambiate di molto né in tema di concessioni di servizi, né in tema di società di progetto.

Per quanto riguarda l'istituto della concessione di servizi, sostanzialmente, è stato codificato quanto già in precedenza era stato abbondantemente e puntualmente chiarito in sede di giurisprudenza: ciò è avvenuto in forza dell'art. 30 del codice che, infatti, è rubricato "*concessione di servizi*".

Per quanto riguarda la società di progetto, le medesime norme che disciplinavano tale istituto nell'ambito della legge Merloni, vale a dire, principalmente, l'art. 37-*quinquies* più volte richiamato ed il successivo art. 37-*sexies*, sono state trasfuse senza alcuna modifica negli artt. 156 e 157 del d.Lgs. 163/2006 attualmente vigente.

Potrebbero essere brevemente sviluppate alcune ulteriori osservazioni, fermo rimanendo che si tratta di osservazioni tutte indirizzate a riconoscere, a maggior ragione oggi, la facoltà di costituzione della società di progetto per l'espletamento di concessioni di servizi.

Il riferimento alla società di progetto, in precedenza, si trovava nell'ambito della "*legge quadro in materia di lavori pubblici*": ciò poteva far pensare che la società di progetto fosse istituto applicabile solo con riferimento alla concessioni di costruzione e gestione, anche se tale tesi, come detto, già all'epoca era chiaramente smentita dal testo dell'art. 37-*quinques* di tale legge.

Oggi, il riferimento alla società di progetto si trova nel "codice dei contratti pubblici" tra i quali anche i contratti inerenti i servizi pubblici cosicché ogni dubbio dovrebbe essere fugato in merito all'applicabilità dell'istituto anche con riferimento alle concessioni di servizi.

Avv. Lorenzo Bolognini
Abog. Irene Juárez Hernán

La disciplina inerente la società di progetto si trova espressa principalmente negli art. 156 e 157 del “nuovo” codice dei contratti pubblici e, quindi, nel capo III, Sezione IV, Titolo III, Parte II, di tale codice.

Ebbene, il predetto capo III, all’ultimo comma dell’art. 152, stabilisce testualmente: *“Le disposizioni del presente capo si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi (...)”*.

Una interpretazione ragionevole porta ad affermare che anche le disposizioni inerenti la società di progetto, contenute, appunto, nel capo III, debbano trovare applicazione anche per le concessioni di servizi e non soltanto per le concessioni di lavori (di costruzione e gestione).

Rimane ferma l’argomentazione, che riterrei decisiva, desumibile dal testo dell’art. 156, d.Lgs. 163/06 e s.m.i., il quale, riproducendo fedelmente il testo dell’art. 37-*quinquies* della previgente legge 109/94 e s.m.i., prevede l’obbligo di contemplare la società di progetto nei bandi di gara finalizzati all’*“affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità”*: in sintesi, è stata mantenuta la locuzione *“o”*, tra le parole *“realizzazione”* e *“gestione”*.

Ferme rimanendo le considerazioni che precedono, la società di progetto è decisamente un’opportunità che dovrebbe essere valutata sempre con grande attenzione ed interesse, anche per l’auspicata ipotesi in cui si ottenga l’aggiudicazione di una concessione di mera gestione, considerati i vantaggi sopra esemplificativamente indicati che possono riguardare anche tale tipologia di concessione.

Da ultimo, mi sembra opportuno sviluppare ancora una considerazione.

Proprio per la tendenza (erronea) a ritenere che la società di progetto sia una esclusiva delle concessioni di costruzione e gestione (eventualmente affidate anche mediante gara organizzata secondo le forme del project financing), nella gran parte delle ipotesi, le Amministrazioni Aggiudicatrici che bandiscono una gara finalizzata all’affidamento di una mera concessione di servizi omettono di inserire nel relativo bando la previsione prescritta dal citato art. 156, d.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., vale a dire la previsione inerente *“la facoltà, dopo l’aggiudicazione, di costituire una società di progetto in*

Avv. Lorenzo Bolognini
Abog. Irene Juárez Hernán

forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile (...)” che “diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all’aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione”, approvazione che non si rende necessaria nemmeno da parte della Stazione Appaltante.

La circostanza che la previsione della facoltà di costituzione della società di progetto nei termini sopra descritti sia stata omessa nel bando di gara non può costituire – e non costituisce – un limite all’esercizio di tale facoltà.

Infatti, la giurisprudenza amministrativa è concorde nell’affermare che, sebbene il bando costituisca la “*lex specialis*” di gara, le c.d. norme autoesecutive che, in quanto tali, non richiedono specifici richiami ai fini della loro applicazione, devono comunque essere applicate e, quindi, possono determinare un’integrazione del bando stesso.

A tal proposito riporto alcune massime:

“E’ illegittima l’applicazione del meccanismo di esclusione delle offerte anomale di cui l’art. 21 comma 1 bis l. n. 109 del 1994 in una licitazione privata con meno di 5 offerte valide. Infatti, anche se il bando di gara non prevedeva l’obbligo della presenza di almeno 5 offerte valide per l’applicazione della normativa predetta, va considerato che le disposizioni contenute nei bandi di gara e nelle lettere di invito devono ritenersi integrate con le norme di legge aventi valore imperativo, senza necessità di uno specifico rinvio, essendo principio valido in ogni procedimento concorsuale quello per cui, anche se il bando costituisce la “lex specialis”, le leggi c.d. autoesecutive devono essere comunque applicate, benchè non espressamente richiamate” (T.A.R. Piemonte, sez. II, 28.5.1998, n. 224, in Comuni d’Italia, 1998, 1703);

“Le norme destinate a disciplinare la gara hanno valore di “lex specialis”, tuttavia le medesime devono essere integrate dalle norme imperative, ai sensi dell’art. 1339 c.c.; pertanto la previsione dell’autenticazione da parte del bando deve essere interpretata sulla base delle vigenti norme di legge, che regolano le dichiarazioni alle quali la sottoscrizione deve essere apposta, se pur nella forma semplificata” (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 11.1.2001, n. 116, in Foro Amm., 2001, 1337).

Avv. Lorenzo Bolognini
Abog. Irene Juárez Hernán

Il meccanismo dell'integrazione vale anche con riferimento all'art. 156, d.Lgs. 163/2006 e s.m.i..

In conclusione, l'affidatario di una concessione di servizi, sia esso una singola impresa ovvero un raggruppamento temporaneo di imprese, avrà facoltà di costituire una società *ad hoc* per l'espletamento della medesima concessione, secondo le caratteristiche della società di progetto, e ciò ancorché tale possibilità non sia stata prevista nel bando di gara.

Il subentro della società di progetto nel rapporto concessorio non costituirà cessione del relativo contratto e, pertanto, opererà una *fictio iuris* secondo la quale la medesima società sarà considerata concessionaria a titolo originario (art. 156, comma 3, D.Lgs. n. 163/2006).

I servizi affidati alla società di progetto per effetto del rapporto di concessione si intenderanno direttamente prestati da quest'ultima anche se essi siano materialmente espletati dai suoi soci (art. 156, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006).

In particolare, i soci della società di progetto non saranno considerati terzi rispetto al concessionario (art. 149, comma 3, D.Lgs. n. 163/2006), cosicché non sarà necessario l'espletamento di una gara pubblica ai fini dell'affidamento, a tali soci, dei servizi rientranti nella concessione.

Da ultimo, ricordo ancora una volta che i tipi di società di progetto contemplati dall'art. 156, D.Lgs. n. 163/2006 (i.e. società a responsabilità limitata o società per azioni) sono dotati della c.d. "autonomia patrimoniale perfetta" che garantisce le maggiori tutele a favore dei suoi soci come sopra esemplificativamente indicate.

Avv. Lorenzo Bolognini