

Consiglio di Stato, sentenza 8 febbraio 2011, n. 843.

Sui diversi tipi project financig e sui caratteri del project c.d. “a doppia gara”

Il project financing (finanza di progetto) consiste in un'operazione finanziaria attraverso la quale le Pubbliche Amministrazioni realizzano opere pubbliche il cui onere finanziario è parzialmente o totalmente a carico del privato, sulla base di un piano finanziario in grado di garantire l'autofinanziamento dell'operazione stessa.

Originariamente disciplinato negli articoli 37 bis e ss. della Legge Quadro in materia di Lavori Pubblici (L. n. 109/1994), è oggi contemplato nell'articolo 153 e ss. del Codice dei Contratti Pubblici. La norma da ultimo citata prevede, in particolare, che l'Amministrazione aggiudicatrice, al fine di pervenire all'individuazione del soggetto realizzatore dell'opera pubblica, può seguire due diverse procedure: quella a gara unica, prevista e disciplinata nei commi 1-14 e la procedura a doppia gara, individuata nel successivo comma 15.

La procedura a gara unica si snoda attraverso le seguenti fasi: l'ente appaltante, anzitutto, pubblica un bando di gara, ponendo a base dello stesso uno studio di fattibilità (strumento attuativo del programma triennale dei lavori nel quale devono riportarsi le analisi dello stato di fatto dei lavori programmati sotto il profilo storico-artistico, architettonico, paesaggistico, di sostenibilità ambientale, socio-economica, amministrativa e tecnica); indi, prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando; redige una graduatoria secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta; pone in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore, sottoponendolo a conferenza di servizi, ex articoli 14-bis e seguenti della l.n. 241/1990; quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula del contratto di concessione; qualora il progetto debba essere modificato, richiede al promotore di procedere, stabilendone anche i termini: alle modifiche progettuali stabilite in sede di conferenza di servizi, ad adeguare il piano economico-finanziario, a svolgere tutti gli adempimenti di legge, anche ai fini della valutazione di impatto ambientale. La predisposizione di tali modifiche e lo svolgimento di tali adempimenti, in quanto onere del promotore, non comporta alcun compenso aggiuntivo, né incremento delle spese sostenute ed indicate nel piano economico-finanziario per la predisposizione delle offerte. Qualora le modifiche proposte non siano accettate dal promotore, l'amministrazione aggiudicatrice, fissando il termine per la risposta, ha facoltà di chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria la disponibilità a stipulare il contratto di concessione, previa modifica del progetto preliminare del promotore, eventuale adeguamento

del piano economico-finanziario nonché svolgimento di tutti gli adempimenti di legge.

Quindi, se il progetto preliminare può essere approvato così come presentato in gara, l'amministrazione ha l'obbligo di stipulare il contratto di concessione col promotore; in caso contrario, se il progetto necessita di modifiche, è onere del promotore effettuare le modifiche e, così operando, egli mantiene il diritto di stipulare il contratto.

Parzialmente diversa la procedura a doppia gara. In essa, l'amministrazione aggiudicatrice, dopo aver proceduto ad individuare il promotore seguendo gli stessi passaggi sopra evidenziati, procede a mettere a base di gara il progetto precedentemente approvato. Dunque, la stazione appaltante pubblica un bando ponendo a base di gara il progetto preliminare approvato e il piano economico finanziario; ove non siano state presentate offerte (che avranno ad oggetto proposte di miglioramento di tipo tecnico-economico del progetto preliminare e della convenzione) il contratto è aggiudicato al promotore; ove siano state presentate una o più offerte, il promotore può, entro 45 giorni dalla comunicazione dell'amministrazione aggiudicatrice, adeguare la propria proposta a quella del miglior offerte, aggiudicandosi il contratto. In questo caso, l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al miglior offerente, a spese del promotore, i costi sostenuti per la partecipazione alla gara, nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo, dell'articolo 153 del Codice. Ove il promotore non adegui entro detto termine la propria proposta a quella del miglior offerente individuato in gara, quest'ultimo è aggiudicatario del contratto e l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al promotore, a spese dell'aggiudicatario, i costi sostenuti nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo dell'art. 153 del Codice.

Nella pronuncia indicata in epigrafe il Consiglio di Stato sottolinea la diversa funzione che connota ciascuna delle fasi sopra descritte, soffermandosi, altresì su un aspetto particolare della proposta del soggetto aggiudicatario del progetto: l'eventuale possibilità del promotore di asseverare il piano economico-finanziario in data successiva a quella della presentazione della proposta.

Sotto il primo profilo, il Collegio rileva che allorchè si proceda ad avviare una procedura di project financing cosiddetta a doppia gara, occorre tenere distinte,

come di recente stabilito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 1 aprile 2010, n. 2155, la fase preliminare dell'individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione: *“Mentre quest'ultima presenta i caratteri della gara soggetta ai principi comunitari e nazionali dell'evidenza pubblica, la scelta del promotore, ancorché procedimentalizzata, “è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore.”* Peraltro, il *modus procedendi* che caratterizza la *finanza di progetto* è improntato alla logica della collaborazione, in funzione del perseguimento del pubblico interesse, tra promotore ed amministrazione che ispira tutta la fase preliminare di scelta e di approvazione della proposta di *project financing* da sottoporre poi a pubblica gara (Cons. Stato, sez. V, 28.5.2010, n. 3399). Non può quindi parlarsi di una “*crystalizzazione*” negli atti di gara delle caratteristiche e dei contenuti del progetto da realizzare, tenuto conto che i limiti della proposta risiedono esclusivamente nel rispetto dei parametri atti a garantire una certa omogeneità alle offerte progettuali, consistenti nell'ubicazione e nella descrizione dell'intervento da realizzare, nella destinazione urbanistica, nella consistenza e nella tipologia del servizio da gestire”.

Dunque, nel *project financing* la fase preliminare dell'individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione non possono essere considerate come autonome e distinte, costituendo momenti di una procedura selettiva unitaria. Tuttavia, ciascuna fase di detta procedura è soggetta a regole peculiari: mentre la fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione, nella disciplina dettata dalla l. 11 febbraio 1994, n. 109, sostanzialmente confluita nell'originario impianto del d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, costituisce una vera e propria gara soggetta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica (sia pure con le peculiarità e le deroghe previste in materia di affidamento di concessioni, nonché specificamente per il *project financing* in quanto tale), al contrario la scelta del promotore, ancorché in qualche misura procedimentalizzata e quindi entro certi limiti sindacabile in sede giurisdizionale, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di

criteri tecnici ed economici predeterminati, ma alla valutazione dell'esistenza stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore.

Di interesse anche quanto stabilito dal Collegio in merito all'eventuale mancata asseverazione del piano economico-finanziario al momento della presentazione della proposta che, ad avviso del Collegio, non costituisce motivo rilevante ai fini dell'inammissibilità della proposta presentata dal promotore. Tale conclusione, afferma il Collegio, è supportata non soltanto dal dato normativo offerto dall'articolo 153 del Codice degli appalti ma, altresì, da quanto unanimemente sostenuto dal Consiglio di Stato già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 163/2006.

Sotto il primo profilo, il Collegio osserva che l'art. 153 del Codice degli appalti non prevede, come causa di esclusione, la mancata presentazione, unitamente alla proposta, dell'asseverazione. Sicchè, qualora l'avviso predisposto dall'Amministrazione ometta, anch'esso, qualunque riferimento alla necessità di questo specifico adempimento deve ritenersi ammissibile la proposta dell'impresa individuata come promotore nonostante, benché al momento della sua presentazione, mancasse di asseverazione da parte di un Istituto di credito.

Detto principio, ricorda il Collegio, costituisce un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato in seno al Consiglio di Stato che aveva già stabilito, sotto la vigenza dell'art. 37-bis della legge 109/1994, a proposito della possibilità di integrazione, che la trasmissione successiva di un'asseverazione *“non esorbita dall'alveo proprio della potestà di integrazione attribuita all'amministrazione giudicatrice, dacché l'adempimento in discorso non postula alcun intervento sul contenuto del piano economico-finanziario posto a corredo della proposta e, dunque, essa può sicuramente sopravvenire ai sensi del comma 2-ter anche dopo il completo spirare del termine finale di presentazione”* (Cons. Stato, sez. V, 19.4.2005, n. 1802).

Sicchè, conclude il Collegio: *“Del tutto similmente all'integrazione disposta dall'amministrazione, può quindi considerarsi ammissibile l'integrazione operata sua sponte dal proponente, a maggior ragione quando risulti che la richiesta di asseverazione era già stata inoltrata all'istituto bancario al momento della presentazione della proposta”*.