



**La disciplina del *project financing* nel
Codice dei Contratti Pubblici**

Milano – 24 maggio 2007

Avv. Prof. Claudio Guccione
Partner Orrick, Herrington & Sutcliffe



ORRICK

Concessione di lavori pubblici

Nozione

Art. 3, comma 11

Le <<concessioni di lavori pubblici>> sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.



Il project financing

Il modulo contrattuale del project financing:

la concessione di lavori pubblici 142 e ss d.lgs. n. 163/2006



Le fasi della procedura del project financing

Ricostruzione ordinata della procedura

- Presentazione di proposte di intervento in fase programmatica
- Inserimento delle opere nella programmazione triennale
- Pubblicazione avviso indicativo
- Presentazione delle proposte di realizzazione dell'opera
- Adempimenti della p.a. immediatamente successivi alla proposta
- Valutazione della proposta
- Gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa
- Procedura negoziata



LA FASE DELL'INQUADRAMENTO PROGRAMMATICO

Contenuto del Programma Triennale: *(Decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 9 giugno 2005)*

- ❖ **La localizzazione degli interventi**
- ❖ **L'ordine di priorità** *(in ogni caso i lavori da eseguire in finanza di progetto sono prioritari)*
- ❖ **Stima del costo complessivo e relativa copertura finanziaria** *(deve essere indicato l'eventuale apporto di capitale privato)*
- ❖ **Stima dei tempi** *(amministrativi, di esecuzione, di collaudo)*

LA FASE DELL'INQUADRAMENTO PROGRAMMATICO:

LO STUDIO DI FATTIBILITA'

L'inserimento dei singoli interventi nel programma triennale è fatto attraverso la predisposizione di studi di fattibilità (art. 128)

Per gli interventi di importo inferiore a 10 milioni di euro i predetti studi saranno redatti in forma sintetica (art. 2, comma 2 del DM 9 giugno 2005; art. 4, comma 1 l. n. 144/99)

LO STUDIO DI FATTIBILITA'

" Gli studi individuano i lavori strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, indicano le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico - finanziarie degli stessi e contengono l'analisi dello stato di fatto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico - artistiche, architettoniche, paesaggistiche, e nelle sue componenti di sostenibilità ambientale, socio - economiche, amministrative e tecniche."

(Art. 128, co. 2, II° periodo)

PROBLEMA

I contenuti dello studio di fattibilità predisposto dalla p.a. e dal promotore

AVVISO INDICATIVO

Art. 153, comma 3

Entro venti giorni dall'approvazione dei programmi triennali le amministrazioni pubblicano un “avviso indicativo” di presentazione di proposte di project financing.

Contenuti dell'avviso:

- Criteri di valutazione delle diverse proposte (ex art. 154): **PROBLEMATICHE**
- Il diritto di prelazione del promotore

LA FASE DELLA PROPOSTA: tempistica

Art. 153, comma 1

Termini perentori

La presentazione delle proposte da parte dei Promotori dovrà avvenire

- ✓ entro il 30 giugno di ogni anno
- ✓ o entro il 31 dicembre nel caso in cui entro il 30 giugno non siano state presentate proposte per lo stesso intervento

Non è possibile prevedere termini diversi per la presentazione delle proposte, rispetto a quelli normativamente stabiliti

FASE DELLA PROPOSTA IL CONTENUTO DELLA PROPOSTA

Ciascuna proposta dovrà contenere (art.153):

- ❖ uno studio di inquadramento territoriale e ambientale
- ❖ uno studio di fattibilità
- ❖ un progetto preliminare

Continua.....

IL CONTENUTO DELLA PROPOSTA

Ciascuna proposta dovrà contenere (art. 153):

- ❖ una bozza di convenzione
- ❖ un piano economico-finanziario da asseverare da un istituto di credito o da una società di revisione entro la fase di valutazione
- ❖ una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione
- ❖ l'importo delle spese sostenute per la presentazione della proposta (max. 2,5% del valore)
- ❖ l'indicazione degli elementi tipici della concessione di cui all'art. 83, comma 1 dlgs 163/06

IL CONTENUTO DELLA PROPOSTA

(segue) gli elementi di cui all'art. 83, comma 1 dlgs 163/06:

❖ L'eventuale prezzo (contributo)

❖ Il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata

❖ Il tempo di esecuzione dei lavori

❖ Il rendimento dell'iniziativa

❖ La durata della concessione

❖ Le modalità di gestione

❖ Il livello delle tariffe ed i criteri di aggiornamento

❖ Le garanzie offerte dal promotore

Il project financing

LA PROPOSTA DI REALIZZAZIONE DI LAVORI PUBBLICI

Presupposti per l'ammissibilità:

- Inserimento dell'opera nel programma triennale, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente
- Tempestività
- Completezza



FASE DELLA PROPOSTA

Adempimenti dell'amministrazione aggiudicatrice (art.153, comma 4).

Entro quindici giorni dalla ricezione della proposta le amministrazioni aggiudicatrici provvedono:

- alla nomina e comunicazione al promotore del responsabile del procedimento;
- alla verifica della completezza dei documenti presentati e ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione

Segue....

FASE DELLA PROPOSTA

Adempimenti dell'amministrazione aggiudicatrice (art.153, comma 4)

La possibilità di un'integrazione, sotto il profilo formale, della documentazione già tempestivamente prodotta non consente di modificare i contenuti minimi essenziali della proposta



LA FASE DELLA VALUTAZIONE: tempistica

Entro quattro mesi dalla ricezione delle proposte (ex art. 154)

- entro quattro mesi decorrenti dal 30 giugno, nel caso in cui le proposte stesse siano state presentate nei primi sei mesi dell'anno

o

- entro quattro mesi decorrenti dal 31 dicembre, ove siano state presentate negli ultimi sei mesi dell'anno

LA FASE DELLA VALUTAZIONE: tempistica

I termini fissati per la individuazione della proposta di pubblico interesse non sono perentori ma sollecitatori



LA FASE DELLA VALUTAZIONE

la fase di valutazione si articola a sua volta in una duplice fase:

- una valutazione di idoneità tecnica della proposta e, all'esito di questa,
- una valutazione di rispondenza della stessa al pubblico interesse.

In questa seconda fase è ampio il margine di discrezionalità riservato alla P.A., trattandosi di giudizio coinvolgente la **valutazione comparativa degli interessi** che essa assume rilevanti in un determinato momento storico. Una proposta pur giudicata idonea e fattibile sotto il profilo tecnico, potrà essere respinta in quanto ritenuta non conforme al pubblico interesse, a seguito della predetta valutazione comparativa

LA FASE DELLA VALUTAZIONE: i criteri

Le proposte vengono valutate in base ai criteri indicati nell'avviso indicativo



LA FASE DELLA VALUTAZIONE: i criteri

Le Amministrazioni aggiudicatrici valutano (art.154):

- *La fattibilità costruttiva, urbanistica e ambientale;*
- *La qualità progettuale;*
- *La funzionalità dell'opera;*
- *La sua fruibilità;*
- *L'accessibilità al pubblico;*
- *Il rendimento;*
- *Il costo di gestione e di manutenzione;*
- *La durata della concessione;*
- *I tempi di ultimazione dei lavori;*
- *Le tariffe da applicare e i metodi di aggiornamento;*
- *Il valore economico-finanziario del piano;*
- *l'assenza di elementi ostativi*



LA FASE DELLA VALUTAZIONE: la modifica della proposta

Le Amministrazioni aggiudicatrici **eventualmente modificano il progetto presentato dal promotore** art. 155, comma 1 lett. a)



LA FASE DELLA VALUTAZIONE: la modifica della proposta

Le modifiche che l'amministrazione è legittimata ad apportare alla proposta di project financing **possono consistere unicamente in lievi correttivi, non in interventi idonei ad alterare il quadro finanziario proposto dal promotore**



LA FASE DELLA VALUTAZIONE: la modifica della proposta

la possibilità di modificare la proposta già elaborata, per renderla economicamente accettabile, va formalmente rappresentata al promotore con l'indicazione puntuale ed adeguata di ogni parametro a tal fine ritenuto utile



La gara: art. 155, comma 1 lett. a)

- ✓ Entro tre mesi dalla individuazione di proposte di project financing, le amministrazioni aggiudicatrici procedono, per ogni proposta individuata ad indire una gara
- ✓ a base di gara viene posto il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore



La gara

- Si svolge con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 83, comma 1;
- si può applicare l'art. 53, comma 2, lett. c) (cd. appalto integrato complesso), in tal caso, l'offerta ha ad oggetto il progetto definitivo (v. art. 155, comma 5)

Segue...

La procedura negoziata

Procedura negoziata per aggiudicare la concessione (art. 155 lett b))

- si svolge fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella precedente gara
- nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto

La procedura negoziata

- la procedura negoziata ha natura concorsuale
- l'esame comparativo delle proposte presentate dai diversi competitors deve essere necessariamente preceduta dalla predisposizione di positivi ed uniformi criteri di giudizio

Procedura negoziata

(art. 155, comma 1, lettera b)

L'amministrazione può prevedere nel bando di gara la possibilità del ricorso a uno o più RILANCI per quanto attiene agli elementi quantitativi (prezzi, tariffe, durata concessione, tempi di esecuzione, ecc) delle offerte presentate

TUTTAVIA:

l'amministrazione aggiudicatrice dovrà preventivamente valutare - in ossequio ai principi generali di rispetto dei criteri di efficacia e tempestività dell'azione amministrativa - l'esistenza dei presupposti per spingersi oltre la seconda sessione di rilancio.



Le fasi della procedura del project financing

Ricostruzione ordinata della procedura

- Presentazione di proposte di intervento in fase programmatica
- Inserimento delle opere nella programmazione triennale
- Pubblicazione avviso indicativo
- Presentazione delle proposte di realizzazione dell'opera
- Adempimenti della p.a. immediatamente successivi alla proposta
- Valutazione della proposta
- Gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa
- Procedura negoziata



I REQUISITI DEL PROMOTORE E DEL CONCESSIONARIO

1. i requisiti necessari per presentare la proposta
2. i requisiti per candidarsi alla concessione



SOGGETTI E I REQUISITI DEL PROMOTORE

Soggetti legittimati a presentare le proposte:

Imprese appaltatrici (*art. 34*)

Società di ingegneria (*art. 90, comma 2 lett. f*)

Soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, che negli ultimi tre anni hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta (*art. 99, co. 1, Regolamento di attuazione*).

Possono, inoltre, presentare proposta anche soggetti appositamente costituiti, nei quali comunque devono essere presenti in misura maggioritaria soci aventi i predetti requisiti di esperienza e professionalità (*art. 99, comma 2*).



Requisiti del concessionario

Art. 99, comma 3 dpr 554/99

Il promotore deve dimostrare il possesso dei requisiti del concessionario di cui all'art. 98 dpr. 554/99 in un momento successivo alla presentazione della proposta, ma, comunque, entro l'inizio della procedura negoziata

Ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti del concessionario, il promotore può modificare la propria composizione soggettiva anche dopo la presentazione della proposta, ma, comunque, entro l'inizio della procedura negoziata



Requisiti del concessionario: art. 98 dpr. 554/99

I soggetti che intendono partecipare alle gare per l'affidamento della concessione di lavori pubblici, se eseguono lavori con la propria organizzazione di impresa, devono essere qualificati secondo quanto previsto dagli articoli 8 e 9 della Legge con riferimento ai lavori direttamente eseguiti, ed essere in possesso di ulteriori requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi

Requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi del concessionario: art. 98 dpr 554/99

- a) fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al dieci per cento dell'investimento previsto per l'intervento;
- b) capitale sociale non inferiore ad un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento;
- c) svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al cinque per cento dell'investimento previsto per l'intervento;
- d) svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad almeno il due per cento dell'investimento previsto dall'intervento.



Requisiti del concessionario: art. 98 dpr 554/99

2. In alternativa ai requisiti previsti dalle lettere c) e d) del comma 1 il concessionario può incrementare i requisiti previsti dalle lettere a) e b) nella misura fissata dal bando di gara, comunque compresa fra il doppio e il triplo.
3. Se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione, deve essere in possesso esclusivamente dei requisiti di cui al comma 1, lettere a), b), c), e d).
4. Qualora il candidato alla concessione sia costituito da un raggruppamento temporaneo di soggetti o da un consorzio, i requisiti previsti al comma 1, lettere a) e b), devono essere posseduti dalla capogruppo, dalle mandanti o dalle consorziate nella misura prevista dall'articolo 95.



Alcune problematiche sui requisiti

- ✓ Sino a che punto è possibile modificare la compagine del promotore?
- ✓ La società di progetto “anticipata”
- ✓ Le imprese collegate
- ✓ L'avvalimento

Claudio Guccione

- Avvocato amministrativista del foro di Roma, Partner dello Studio Orrick, Herrington & Sutcliffe. Già Partner dello Studio Legale e Tributario, Associazione professionale e dello Studio Legale e Tributario Alderighi, Tesauro & Associati, è stato anche responsabile dell'area legale dell'Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori (AISCAT);
- Professore incaricato di “*Diritto Urbanistico e Legislazione delle opere pubbliche*” presso l'Università “*La Sapienza*” di Roma;
- Professore incaricato di “*Diritto delle opere pubbliche*” al Master URBAM (Urbanistica nella Amministrazione Pubblica – II livello) presso l'Università “*La Sapienza*” di Roma;
- Direttore del Comitato scientifico e docente nel Master di specializzazione in contrattualistica pubblica IPSOA.

Specializzato nella consulenza e nel contenzioso in materia di contrattualistica pubblica, con particolare riguardo al comparto delle concessioni di lavori e servizi pubblici (autostrade, trasporti, telecomunicazioni, energia, acqua, gas), dei *project financing*, degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Tel. 06.45 21 39 00

e-mail: cguccione@orrick.com