



Determinazione 6 marzo 2002 – Autorità sui LLPP

FINANZA DI PROGETTO: QUESITI POSTI IN MATERIA DI GARA PER LA SCELTA DEI PARTECIPANTI ALLA PROCEDURA NEGOZIATA, DI VARIAZIONE DELLA COMPOSIZIONE DEL PROMOTORE E DI POSSIBILITÀ DI IMPIEGO DELLA PROCEDURA DEL PROMOTORE PER IL "CICLO INTEGRALE DELLE ACQUE

in G.U. 29 marzo 2002, n. 75

IL CONSIGLIO

Premesso

Con nota del 30 gennaio 2002, l'ing. Enrico Brunori chiedeva a questa Autorità di vigilanza di esprimere il proprio avviso in ordine ad alcune questioni interpretative concernenti la procedura relativa all'affidamento della realizzazione di opere pubbliche per mezzo della cosiddetta "finanza di progetto".

Premesso che l'ANAS e l'azienda U.L.S.S. 12 veneziana avevano indetto due gare, rispettivamente, per l'affidamento della progettazione, della costruzione e della gestione del collegamento autostradale di connessione tra le città di Brescia e Milano, e per l'affidamento della progettazione, della costruzione e della gestione del nuovo ospedale di Mestre, il Brunori chiedeva di sapere se, nelle gare indette ai sensi dell'art. 37-quater della legge n. 109/1994 e successive modificazioni, prima della presentazione delle domande di partecipazione, fosse possibile prendere visione, ed eventualmente entro quali limiti, della documentazione posta a base delle gare medesime.

Tra l'altro, il richiedente lamentava che i bandi concernenti le gare indicate non riportavano il contenuto e le caratteristiche delle opere da realizzare, limitandosi a fare rinvio alla proposta del promotore ed alla documentazione ad essa allegata, senza consentirne l'immediata e piena conoscenza, nel presupposto che nella licitazione privata, ritenuta applicabile al caso di specie, la visione dei documenti è consentita ai soli concorrenti invitati alla gara. In tal modo, secondo il richiedente risultavano disattesi i più elementari principi di trasparenza e massima concorrenza.

Con riferimento alla prima delle gare indicate, inoltre, la Brebemi S.p.a., premesso di avere assunto l'iniziativa dell'opera, chiedeva, a sua volta, di sapere fino a quando avrebbe potuto eventualmente associare altre imprese; e tanto nel presupposto che la giurisprudenza amministrativa ammette la possibilità, entro determinati limiti, di modificare la composizione del soggetto partecipante alla gara tra la fase di prequalifica e quella relativa alla gara vera e propria.

Altro quesito, infine, concernente la "finanza di progetto" veniva formulato dalla Sogesid S.p.a. che voleva, in particolare, conoscere l'avviso dell'Autorità in merito all'utilizzo dell'istituto ovvero, in alternativa, della concessione di costruzione e gestione con riferimento ai singoli segmenti del ciclo idrico (adduzione, captazione, depurazione ecc.).



Considerato

I problemi interpretativi di cui agli indicati quesiti si ricollegano alla questione concernente la individuazione della natura della "gara" di cui alla lett. a) del comma 1 dell'art. 37-quater della legge n. 109/1994 e s.m. e sembrano scaturire dall'errato convincimento delle stazioni appaltanti secondo cui l'aggiudicazione finale della concessione, nell'ipotesi della cosiddetta "finanza di progetto", debba avvenire mediante licitazione privata e facendo applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Al contrario, tale aggiudicazione, in base all'esplicito disposto di cui al comma 1 dell'indicato art. 37-quater della legge n. 109/1994 e s.m., va fatta "mediante procedura negoziata" rispetto alla quale "la gara", di cui alla lett. a) dello stesso comma, serve non già a selezionare l'aggiudicatario della concessione bensì ad individuare i "soggetti presentatori delle due migliori offerte", (ovvero dell'unico soggetto partecipante) con i quali instaurare la "procedura negoziata" assieme al promotore.

Del resto, questa Autorità, già nella determinazione n. 51 del 26 ottobre 2000, pur avendo rilevato come il legislatore avesse scelto di introdurre il sistema della "finanza di progetto" "innestandolo su quello proprio della concessione" aveva, tuttavia, aggiunto che, nel caso del project financing, la concessione si aggiudica "mediante una procedura negoziata da svolgere tra il promotore e i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla lett. a); nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge tra il promotore e questo unico soggetto".

Ciò premesso, al fine della soluzione dei quesiti prospettati ed in mancanza di specifica ulteriore indicazione normativa circa le modalità del relativo espletamento resta ugualmente il problema se detta gara, intesa a selezionare i concorrenti da confrontare al promotore, debba consistere in un pubblico incanto ovvero in una licitazione privata, ovvero ancora se non si tratti di procedura anomala e particolare, che presenti caratterizzazioni proprie.

Dato specifico della gara di cui all'art. 37-quater della legge n. 109/1994 e s.m. è, infatti, la inapplicabilità della disposizione contenuta nell'art. 76, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica n. 554/1999 e s.m., secondo cui non si fa luogo alla licitazione privata nel caso in cui i soggetti prequalificati siano inferiori a tre mentre nella gara di cui trattasi può essere presentata anche una sola offerta.

Va rilevato che simile alla gara di cui trattasi è quella prevista dall'art. 7 della direttiva comunitaria 93/37/CEE in base al quale le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare gli appalti di lavori mediante "procedura negoziata, dopo aver pubblicato un bando di gara e selezionato i candidati secondo criteri qualitativi e resi noti".

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 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.

Sulla base delle medesime indicate considerazioni in ordine allo svolgimento del procedimento di aggiudicazione della concessione nella cosiddetta "finanza di progetto", si può ritenere, inoltre, consentito al promotore modificare la compagine sociale sino al momento dell'indizione del sub-procedimento negoziato; dato che da tale momento che prende vita il confronto concorrenziale finalizzato alla finale aggiudicazione.

In merito, infine, all'utilizzo della "finanza di progetto" o, in alternativa, dell'istituto della "concessione di costruzione e gestione" per singoli segmenti del ciclo idrico (adduzione, captazione, depurazione, ecc.), occorre innanzitutto rilevare che la disciplina del settore idrico presenta delle specificità di assoluto rilievo, ricadendo, sotto il profilo generale oggettivo, nel campo di applicazione del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158 (art. 3), relativo ai c.d. settori speciali ex esclusi (acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni) e adottato in recepimento delle direttive comunitarie 90/531/CEE e 93/38/CEE. Tuttavia, come già rilevato da questa autorità con l'atto di regolazione n. 2/1999, il disposto di cui all'articolo 2, comma 2, lett. b), della legge n. 109/1994 e s.m., prevede l'applicabilità delle norme della legge quadro sui lavori pubblici anche ai soggetti di cui al suddetto decreto legislativo n. 158/1995 per lo svolgimento di attività che riguardano i lavori individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 517/1997 e comunque i lavori concernenti rilevati aeroportuali e ferroviari, sempre che non si tratti di lavorazioni che non possono essere progettate ed appaltate separatamente in quanto strettamente connesse e funzionali alla esecuzione di opere comprese nella generale disciplina di cui al decreto legislativo n. 158/1995.

Da ciò consegue che, con riguardo ai soggetti operanti nei settori dei trasporti, energia, acqua e telecomunicazioni, la stazione appaltante potrà alternativamente, appaltare le opere di ingegneria civile e quelle specialistiche con un unico appalto, applicando la disciplina di cui alla legge n. 109/1994 e s.m., ovvero appaltare separatamente i lavori civili e quelli specialistici, trovando così applicazione, rispettivamente, la disciplina di cui alla legge n. 109/1994 e s.m. e quella relativa ai settori ex esclusi.

Con la conseguenza che, nel caso di realizzazione di opere che ricadono sotto la disciplina dei lavori pubblici, l'utilizzo della "finanza di progetto" da parte dei soggetti aggiudicatori di cui al decreto legislativo n. 158/1995 è sicuramente consentito, per espressa previsione normativa; detto istituto è da ritenersi egualmente consentito nel caso in cui le opere non ricadessero sotto la normativa indicata, trattandosi di procedimento teso ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza e di pubblicità e ad evitare discriminazioni nelle aggiudicazioni, cui pure è ispirata la normativa generale sui settori ex esclusi.

Queste conclusioni contengono anche la soluzione in ordine alla possibilità di impiegare per singoli segmenti del "ciclo integrale delle acque", la tecnica della "finanza di progetto".

Va, inoltre, rilevato che i cosiddetti settori ex esclusi rappresentano un comparto nel quale può avere rilievo significativo l'uso dell'istituto in questione, poiché a fronte dei considerevoli investimenti iniziali si determina una relativa stabilità dei cash flows generabili, vista l'ampia utilizzazione dei servizi offerti e la rigidità della domanda. In



particolare nel settore idrico esistono dati storici su cui basarsi ed è piuttosto agevole individuare i contorni quantitativi di un mercato di solito a domanda fortemente stabile o prevedibile. Con ciò si afferma il principio generale dell'utilizzabilità della tecnica di finanza di progetto in ogni caso anche nel settore idrico, purché i progetti rispondano a determinate caratteristiche, che consentano all'operazione di autofinanziarsi mediante un flusso di cassa derivante dalla gestione dell'opera.

A detta conclusione peraltro è giunta anche la giurisprudenza amministrativa che ha riconosciuto il suddetto inquadramento giuridico ai rapporti relativi ai settori c.d. speciali o ex esclusi nei quali la controprestazione consista prevalentemente nei proventi della gestione con la conseguenza che, anche per detti rapporti, è utilizzabile il project financing anche se non previsto esplicitamente dalle direttive di settore e dal decreto legislativo di recepimento n. 158/1995.

Per le considerazioni esposte, a parere dell'Autorità:

- a) a base della gara di cui all'art. 37-quater, comma 1, lett. a), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni deve essere posto il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella misura prevista dal piano economico-finanziario presentato dal promotore medesimo, il quale, come documento a se stante, resta riservato, e ad essa documentazione deve essere consentito l'accesso a tutti i soggetti interessati alla partecipazione alla gara;
- b) la stazione appaltante è tenuta, in ogni caso, a consentire l'accesso alla documentazione di cui alla precedente lett. a) a tutti i soggetti interessati alla partecipazione alla gara;
- c) è consentito al promotore procedere alla modificazione della compagine sociale sino all'inizio della procedura negoziata con i soggetti (o con il soggetto) selezionati nella gara preliminare;
- d) l'utilizzo del meccanismo della cosiddetta "finanza di progetto" è consentito ai soggetti che operano nei settori speciali dell'acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni sia nel caso di applicazione da parte degli stessi della normativa di cui alla legge n. 109/1994 e s.m., sia nel caso di applicazione della normativa di cui al decreto legislativo n. 158/1995 e ciò anche per singoli segmenti del "ciclo integrale delle acque".

Roma, 6 marzo 2002

Il presidente: Garri