Corso ASTM
per giovani professionisti

3° incontro in presenza

12 settembre 2023
09:00 – 13:30

Normativa sui lavori pubblici:le basi Appalto, concessione e subappalto

Appalto integrato e project financing

Avv. **Giovanni Balocco**

ASTM

Progettazione e affidamento

In via ordinaria, la procedura per l'affidamento di contratti di lavori e servizi pubblici dovrebbe prevedere l'emissione di un bando di gara alla cui base il soggetto aggiudicatore pone un **progetto esecutivo già predisposto**.

L'aggiudicatario non interviene dunque nella redazione del progetto, che potrà subire unicamente le modifiche migliorative delineate nell'offerta risultata vincente (oltre a quelle che eventualmente si renderanno necessarie in fase esecutiva).

Dall'iter di affidamento così delineato si discostano tuttavia altre procedure alternative, tra le quali rientrano sia l'**appalto integrato** che il **project financing**.

Appalto integrato

Con appalto integrato si intende l'affidamento **congiunto** della progettazione e dell'esecuzione dei lavori al medesimo operatore economico.

Questa particolare tipologia di affidamento, tesa alla stipulazione di un contratto di **appalto**, prevede la redazione, da parte della stazione appaltante, di un mero progetto di fattibilità tecnico-economica, posto a fondamento del bando di gara.

Al privato aggiudicatario verrà quindi affidata la predisposizione del progetto esecutivo e la sua conseguente esecuzione, con evidente accelerazione dei tempi di realizzazione dell'opera e riduzione dei contenziosi legati agli aspetti progettuali.

Il ricorso all’appalto integrato: divieto e facoltà

Il previgente Codice dei contratti pubblici **vietava** il ricorso all’appalto integrato (art. 59, c.1 D.Lgs. n. 50/2016), ad eccezione dei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto fosse stato nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori (art. 59, c. 1 bis).

Successivamente il divieto è stato **sospeso** sino al 30 giugno 2023 ad opera dei vari decreti «Sblocca cantieri» al fine di facilitare la realizzazione delle opere pubbliche.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha infine definitivamente **liberalizzato** il ricorso all’appalto integrato, purché motivato da esigenze tecniche (art. 44 D.Lgs. n. 36/2023), escludendone l’ammissione unicamente per gli appalti di opere di manutenzione ordinaria.

I requisiti dell'appaltatore

La nuova disciplina normativa impone che i concorrenti alle gare per l'affidamento di un appalto integrato soddisfino, alternativamente, uno dei seguenti presupposti:

- possesso dei requisiti prescritti per i progettisti;
- partecipazione in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione;
- ricorso a progettisti qualificati, da indicare nell'offerta di gara.

In tale ultima ipotesi, ai progettisti è assicurata il pagamento diretto da parte della stazione appaltante degli oneri per la progettazione.

Nell'offerta, il concorrente indicherà distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione e quello per l'esecuzione dei lavori.

Progettazione ed esecuzione

Considerati gli unici due livelli di progettazione previsti dal nuovo Codice (art. 41 D.Lgs. n. 36/2023), la stazione appaltante pone necessariamente a base di gara il solo progetto di fattibilità, mentre l'operatore economico aggiudicatario sarà responsabile della redazione del progetto esecutivo.

L'esecuzione dei lavori potrà iniziare solo dopo l'approvazione, da parte della stazione appaltante, del progetto esecutivo.

Project financing

Con project financing si intende riferirsi ad una peculiare procedura di aggiudicazione che prevede (anch'essa) l'affidamento sia della fase progettuale che di quella esecutiva allo stesso operatore aggiudicatario.

Per taluni aspetti, pertanto, tale figura potrebbe essere assimilata a quella dell'appalto integrato (testé esaminata), distinguendosene però nettamente per una serie di peculiarità.

1) Innanzitutto, il project financing risulta preordinato all'aggiudicazione di un contratto di **concessione** (non di appalto).
2) Ai sensi del nuovo Codice, inoltre, tale procedura può essere adottata non solo per l'affidamento di lavori, ma anche per quello di servizi.

Project financing e appalto integrato

APPALTO INTEGRATO

Progettazione esecutiva + esecuzione

Consegna dell'opera

Corrispettivo a carico della S.A.

PROJECT FINANCING

Intera fase progettuale (sia progetto di fattibilità che esecutivo) + esecuzione

Gestione dell'opera

Corrispettivo ricavato dalla stessa gestione

Project financing nel Codice previgente

Il previgente Codice del 2016 prevedeva due differenti tipologie di PF:

PF ad **iniziativa pubblica**

in cui l'ente concedente pubblicava un bando, predisponendo un progetto di fattibilità iniziale per la concessione di lavori pubblici.

All'esito della gara, veniva selezionato il promotore con il miglior progetto.

La stipulazione del concessione era tuttavia subordinata all'approvazione del progetto, che avrebbe potuto imporre modifiche.

PF ad **iniziativa** totalmente **privata**

nell'ambito della quale il soggetto pubblico non predisponeva neppure il progetto di fattibilità.

In questo caso, infatti, l'operatore economico proponeva *ex novo* un progetto di concessione di lavori pubblici, formulando il progetto di fattibilità, una bozza di convenzione ed un PEF asseverato.

L'amministrazione valutava la fattibilità della proposta.

Il progetto, approvato, era infine posto a base della gara per l'affidamento della concessione.

Project financing nel nuovo Codice

Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha eliminato il modello di PF ad iniziativa pubblica, confermando unicamente un tipo di PF fondato solo sull'iniziativa privata (art. 193 D.Lgs. n. 36/2023).

La disciplina attualmente vigente prevede, quindi, che gli operatori economici (**proponenti**) possano presentare agli enti concedenti proposte relative alla realizzazione in concessione di un'opera che verrà poi gestita dalla concessionaria stessa.

La proposta deve contenere un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato (per la definizione dei rischi connessi all'investimento) e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

Schemi iter affidamento

(dal punto di vista della progettazione)

AFFIDAMENTO ORDINARIO

Bando di gara
con progetto esecutivo

Affidamento esecuzione

APPALTO INTEGRATO

Bando di gara
solo progetto di fattibilità

Progettazione a livello
esecutivo ed esecuzione
appalto

PROJECT FINANCING

Progetto di fattibilità
predisposto dal proponente

Bando di gara
con progetto

Affidamento
concessione di lavori o di servizi

Azzeramento dei costi per l'ente concedente

Con il PF, così come delineato dal nuovo Codice, l'ente concedente non assume alcun onere economico, neppure quello relativo alla predisposizione di un progetto di fattibilità.

Sul soggetto pubblico grava solo l'obbligo di valutare, **entro 90 gg**, la proposta, concludendo la procedura di valutazione con provvedimento espresso. L'omessa adozione dell'atto conclusivo, infatti, comporta la responsabilità dello stesso per silenzio-inadempimento.

Come già chiarito, nemmeno la gestione della concessione dovrebbe comportare oneri per il concedente: la fase esecutiva è interamente a carico del concessionario, che ritrae la propria remunerazione una volta realizzati i lavori e, in particolare dalla tariffa versata dagli utenti per usufruire dell'opera/servizio (es. concessioni autostradali).

Diritto di prelazione del promotore

Una volta approvato, il progetto è posto a base della gara per l'affidamento della concessione. Non è infatti automatico che la stessa venga assentita necessariamente al soggetto promotore.

All'originario promotore, tuttavia, è riservato un **diritto di prelazione**: laddove al termine della procedura venga selezionato un diverso concorrente, il promotore potrà comunque ottenere l'aggiudicazione semplicemente impegnandosi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario.

Prelazione e rimborso spese

Qualora eserciti il diritto di prelazione, il promotore-aggiudicatario dovrà corrispondere al soggetto originariamente selezionato l'importo delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta.

Diversamente, il promotore non aggiudicatario che non eserciti la prelazione avrà diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta.

Entrambi gli importi oggetto di richiesta di rimborso, tuttavia, non possono superare il 2,5% del valore dell'investimento per la concessione, così come previsto nel progetto di fattibilità posto a base di gara.

Società di scopo

Per gli affidamenti superiori alla soglia di rilevanza europea, il nuovo Codice impone la creazione di una **società di scopo** (nel codice previgente denominata «società di progetto») per la gestione della concessione.

Tale società, senza che ciò costituisca cessione di contratto, subentra nel rapporto di concessione senza necessità di approvazione o autorizzazione amministrativa, sostituendo l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'ente concedente.

Composizione della società di scopo

In caso di aggiudicatario costituito da più soggetti, ciascuno di essi diviene socio della società di scopo in base alle quote di partecipazione al capitale sociale indicate in sede di offerta.

Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale **cessione** delle quote, ferma restando la partecipazione e la responsabilità, sino alla data di emissione del certificato di collaudo, dei soci che abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione. L'**ingresso** nel capitale sociale di altri soggetti può al contrario avvenire in qualsiasi momento.

Laddove, nel corso dell'esecuzione, taluni soci **perdano i requisiti di qualificazione** richiesti dal bando di gara per l'assentimento della concessione, questi potranno essere sostituiti con le modalità indicate nel contratto di concessione stesso.

Grazie dell’attenzione

Avv. Giovanni Balocco
Avv. Giovanna Scaccheri