

preclusa alla stazione appaltante la possibilità di richiedere ai concorrenti, nell'ambito di una procedura di project financing ad iniziativa privata ai sensi del comma 15 dell'art. 183 del d. Lgs. n. 50/2016, la presentazione di un'offerta che contenga un livello progettuale successivo, quale il progetto definitivo.

omissis

Fascicolo UVCP prot. n. 1693/2023

Oggetto

Esposto sull'affidamento in concessione, mediante finanza di progetto, della progettazione esecutiva, della costruzione e della gestione del tempio crematorio ubicato nelle aree di disponibilità del Comune di S. (CIG ...) - Comunicazione di chiusura del procedimento di vigilanza ai sensi dell'art. 21 del Regolamento di Vigilanza ANAC del 04.07.2018.

Con l'esposto acquisito al protocollo dell'Autorità n. 16667 dell'1.03.2023 sono state segnalate presunte irregolarità nella procedura di gara indetta dal comune di S. (bando pubblicato in G.U. in data 14.02.2023) per l'affidamento in concessione mediante finanza di progetto della progettazione esecutiva, della costruzione e della gestione del tempio crematorio ubicato nelle aree di disponibilità del Comune (CIG ...), che risulterebbe allo stato ancora in corso.

Nello specifico, secondo l'esponente, la stazione appaltante avrebbe indetto una procedura di *project financing* a iniziativa privata ai sensi dell'art. 183, comma 15, del D. Lgs. n. 50 del 2016, richiedendo nella documentazione di gara ai concorrenti la presentazione, in sede di offerta, di un progetto definitivo, in violazione della disciplina normativa di settore e del principio di concorrenza.

Al fine di valutare la sussistenza di margini di intervento dell'Autorità, sono state richieste informazioni ai sensi dell'art. 13, comma 4, del Regolamento di Vigilanza, alla stazione appaltante con nota prot. ANAC n. 29129 del 29.03.2023.

Il comune di S. ha riscontrato la richiesta di chiarimenti dell'Ufficio con nota prot. ANAC n. 25830 del 31.03.2023, sostenendo la possibilità di richiedere ai concorrenti la presentazione di un progetto definitivo, in sede di offerta, anche nella finanza di progetto ad iniziativa privata, in forza del rinvio operato dall'art. 183, comma 15, del D. Lgs. n. 50 del 2016 alle disposizioni di cui ai precedenti commi 4,5,6,7 e 13, e in particolare al comma 5, secondo cui "*oltre a quanto previsto dall'articolo 95, l'esame delle proposte è esteso agli aspetti relativi alla qualità del progetto definitivo presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione*".

Con riferimento alla criticità in esame, relativa alla possibilità per la stazione appaltante, nell'ambito di una procedura di finanza di progetto ad iniziativa privata ai sensi dell'art. 183, comma 15, del D. Lgs. n. 50 del 2016 (CIG ...), di richiedere ai concorrenti di presentare, in sede di offerta tecnica, un progetto definitivo



redatto ai sensi dell'art. 24 del D.P.R. n. 207 del 2010 (cfr. pag. 22 del disciplinare di gara), si osserva quanto segue.

Occorre preliminarmente precisare che lo strumento della finanza di progetto appartiene alla categoria dei contratti di partenariato pubblico-privato e rientra perciò in quelle forme di cooperazione tra settore pubblico e settore privato finalizzate alla realizzazione e gestione di opere o servizi, con assunzione dei rischi connessi alla realizzazione e gestione da parte dell'operatore privato. In tale contesto, la finanza di progetto consiste nell'operazione di finanziamento di un progetto in grado di generare flussi di cassa sufficienti a remunerare l'investimento effettuato e a garantire un utile.

Come evidenziato dal primo comma del citato art 183 del D. Lgs. n. 50 del 2016, la procedura della finanza di progetto rappresenta una particolare forma di concessione, alternativa a quella generale prevista agli artt. 164 e seguenti del Codice, azionata su iniziativa della Pubblica Amministrazione (art 183, commi 1-14) oppure su iniziativa del privato operatore economico (art 183, commi 15-19).

Attraverso la procedura della **finanza di progetto su iniziativa della P.A.** (art. 183, commi 1-14 del D. Lgs. n. 50 del 2016), le amministrazioni aggiudicatrici affidano la realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità che siano stati inseriti negli strumenti di programmazione predisposti dalle amministrazioni stesse.

Prerequisito per l'attivazione della procedura di finanza pubblica è la predisposizione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di un progetto di fattibilità tecnica ed economica, che verrà posto a base della gara.

La procedura di finanza pubblica viene attivata mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico degli operatori economici proponenti.

Il bando deve specificare che l'amministrazione ha la possibilità di richiedere all'operatore che si aggiudicherà la procedura di apportare al progetto definitivo eventuali modifiche intervenute in fase di approvazione del progetto, e che in tal caso la concessione verrà aggiudicata al promotore solo successivamente alla sua accettazione delle modifiche e dell'eventuale conseguente adeguamento al piano economico-finanziario. In caso di mancata accettazione da parte dell'aggiudicatario di apportare tali modifiche, l'amministrazione ha facoltà di chiedere ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche da apportare al progetto definitivo presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e da questi non accettate, stipulando quindi il contratto di concessione con uno di essi.

All'interno dell'offerta, i concorrenti devono presentare, ai sensi del comma 9 della disposizione in esame, il progetto definitivo unitamente a una bozza di convenzione, a un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito (o da una società di servizi costituita dall'istituto di credito o una società di revisione) e alla specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. I concorrenti devono altresì dar conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto.

Una volta ricevute le offerte entro i termini indicati nel bando, l'amministrazione aggiudicatrice le prende in esame, redige una graduatoria e nomina aggiudicatario del bando il soggetto che ha presentato



la migliore offerta. La procedura di finanza di progetto si aggiudica ricorrendo al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per qualità/prezzo, estendendo l'esame delle proposte agli aspetti relativi alla qualità del progetto definitivo presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione (comma 5).

La procedura di aggiudicazione di finanza pubblica si conclude con l'approvazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice del progetto definitivo presentato dal promotore aggiudicatario e con la stipula del contratto di convenzione (comma 11).

Ai sensi del comma 15 dell'art. 183 del D. Lgs. n. 50 del 2016, attraverso invece la diversa procedura della **finanza di progetto su iniziativa di un operatore economico**, un soggetto privato sottopone alla pubblica amministrazione una proposta di realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità che non sono presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione.

Con questa modalità, unitamente alla bozza di convenzione, al piano economico-finanziario asseverato ed alla specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, la proposta presentata dall'operatore economico deve contenere un progetto di fattibilità.

L'amministrazione valuta la proposta entro il termine di tre mesi, svolgendo una verifica di fattibilità e invitando l'operatore proponente ad apportare al progetto di fattibilità eventuali modifiche necessarie alla sua approvazione; qualora il proponente non dovesse apportare le modifiche richieste, la proposta non potrà essere valutata positivamente.

In caso di valutazione positiva, il progetto di fattibilità viene inserito negli strumenti di programmazione approvati. In sede di approvazione del progetto, il proponente è tenuto ad apportare eventuali ulteriori modifiche richieste e in difetto, il progetto si considera non approvato.

Il progetto di fattibilità approvato viene quindi posto a base di una gara per l'affidamento della concessione, alla quale viene invitato il proponente.

Il bando di gara deve specificare che l'amministrazione ha la possibilità di richiedere al promotore e agli altri concorrenti la presentazione di eventuali varianti al progetto e deve specificare inoltre che il promotore potrà esercitare diritto di prelazione nel caso non dovesse aggiudicarsi la gara.

Publicato il bando, ai sensi del comma 15, periodo 13, della disposizione in esame, *"i concorrenti, compreso il promotore, devono [...] presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione nonché le eventuali varianti al progetto di fattibilità; si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13"*.

Come previsto per la procedura a iniziativa pubblica, in forza del rinvio operato dal citato comma 15 alla disposizione di cui al comma 4 dell'art. 183 in esame, l'amministrazione aggiudica, quindi, la procedura di finanza pubblica su iniziativa dell'operatore economico ricorrendo al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per qualità/prezzo.

Se l'operatore economico proponente non dovesse risultare aggiudicatario, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, potrà esercitare il citato diritto di prelazione e divenire aggiudicatario



dichiarando di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario (art. 183, comma 15, ultimo periodo).

Da quanto esposto, emerge con evidenza che il *project financing* a iniziativa privata, diversamente dalla procedura ad iniziativa pubblica, si caratterizza per la circostanza che ogni fase di progettazione sia rimessa al privato.

Come evidenziato dall'Autorità nella delibera n. 329 del 21 aprile 2021, il procedimento strutturato dal comma 15 viene ricostruito dalla giurisprudenza secondo una suddivisione in due fasi: una prima fase volta a selezionare il progetto di pubblico interesse, a valutarne la fattibilità e ad individuare così il promotore; una seconda fase, che costituisce la vera e propria procedura di selezione, volta a individuare il contraente per l'affidamento dei lavori (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005).

La citata disposizione di cui al comma 15 dell'art. 183 è chiara nel prescrivere che la proposta del privato deve avere ad oggetto un progetto di fattibilità di cui all'art. 23 del D. Lgs. n. 50 del 2016, che detto progetto deve essere posto a base della gara per l'affidamento dei lavori, che il bando di gara può prevedere solo la possibilità per l'Amministrazione di richiedere al promotore e agli altri concorrenti la presentazione di eventuali varianti al progetto, e che l'offerta dei concorrenti deve avere un contenuto specifico e limitato alla presentazione di una bozza di convenzione, di un piano economico-finanziario asseverato, della specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione nonché di eventuali varianti al progetto di fattibilità.

Ne discende che è **preclusa alla stazione appaltante** la possibilità di richiedere ai concorrenti, nell'ambito di una procedura di *project financing* ad iniziativa privata ai sensi del comma 15 dell'art. 183 del D. Lgs. n. 50 del 2016, la presentazione di un'offerta che contenga un livello progettuale successivo, quale il progetto definitivo (si veda in tale senso, FAQ PPP, punto 32, pubblicate sul sito del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica - <https://www.programmazioneeconomica.gov.it/faq-ppp/>).

Alla luce delle considerazioni espresse, risulta di tutta evidenza un operato del comune di S. non conforme alla normativa di settore (art. 183, comma 15-19 del D. Lgs. n. 50 del 2016) nella predisposizione della documentazione di gara di cui al CIG in esame e, nello specifico, nella richiesta ai concorrenti di un'offerta che contenga un progetto definitivo redatto ai sensi dell'art. 24 del D.P.R. n. 207 del 2010.

L'operato della stazione appaltante si fonda, infatti, su un'erronea interpretazione letterale e sistematica delle disposizioni in esame di cui ai commi 5 e 15 dell'art. 183 del D. Lgs. n. 50 del 2016.

Si evidenzia, infatti, che il rinvio operato dal comma 15, periodo 13, dell'art. 183 del D. Lgs. n. 50 del 2016 alle disposizioni di cui "ai commi 4, 5, 6, 7 e 13" e, in particolare, al comma 5, secondo cui "l'esame delle proposte è esteso agli aspetti relativi alla qualità del progetto definitivo presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione, deve essere letto e interpretato alla luce della specifica disciplina suesposta dettata per il *project financing* ad iniziativa privata, che prevede, come detto, unicamente la possibilità per la stazione appaltante di richiedere ai concorrenti di presentare "eventuali varianti al progetto di fattibilità", individuando puntualmente il contenuto specifico dell'offerta.



Pertanto, il rinvio al comma 5 della disposizione in esame operato dal successivo comma 15 deve essere inteso nel senso che, ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte da parte dell'Amministrazione deve essere effettuata sulla base del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, tenendo conto degli aspetti relativi alla qualità del "progetto di fattibilità", al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione.

In base a quanto precede, la procedura di gara in esame non risulta in linea con la normativa di settore e si pone in contrasto con i principi generali di libera concorrenza e di massima partecipazione alle gare pubbliche.

Tutto ciò rappresentato, l'Autorità dispone la chiusura del procedimento di vigilanza ai sensi dell'art. 21 del Regolamento del 04.07.2018 sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, osservando quanto segue:

- la procedura di finanza di progetto in esame non risulta in linea con la normativa di settore e si pone in contrasto con i principi di libera concorrenza e di massima partecipazione;
- si richiede all'Amministrazione di comunicare le decisioni che intende assumere in merito entro il termine di 45 giorni dalla ricezione della presente nota di definizione.

Il Dirigente

v.lp

Ilario Sorrentino

Atto firmato digitalmente