



.....OMISSIS.....

Oggetto

Concessione mediante finanza di progetto della progettazione, costruzione e gestione di un centro Sportivo polifunzionale sito inOMISSIS....., viaOMISSIS..... – art. 225, comma 9 e art. 226 del d.lgs. 36/2023 - richiesta parere.

FUNZ CONS 10/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 24 ottobre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 94780, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 20 febbraio 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata l'Amministrazione comunale istante rappresenta di aver ricevuto, in data 8 giugno 2022, da un operatore economico privato, una proposta ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016 per la concessione mediante finanza di progetto della progettazione, costruzione e gestione dell'intervento indicato in oggetto. La proposta contiene il progetto di fattibilità tecnica economica dell'intervento, la bozza di convenzione, il PEF asseverato e la documentazione di carattere amministrativo e tecnico-gestionale richiesta dalla norma. A seguito dell'avvio del procedimento di valutazione della fattibilità della proposta da parte dell'Amministrazione, in fase di istruttoria, in data 12 ottobre 2022, il Promotore ha trasmesso la bozza di convenzione aggiornata alle richieste dell'Amministrazione Comunale, anche a fronte del parere del DIPE e la matrice dei rischi. A seguito di tale trasmissione è stata avviata una ulteriore interlocuzione tra il Promotore e l'Amministrazione avente ad oggetto la parziale modifica del progetto iniziale che ha comportato anche la previsione di un contributo pubblico da parte del Comune. Ad oggi sono stati definiti congiuntamente i contenuti della bozza di convenzione e in linea di massima del progetto di fattibilità nel rispetto di quanto previsto dal D.lgs. n. 50/2016. Per quanto sopra, l'Amministrazione chiede all'Autorità di chiarire se alla procedura sopra descritta continui ad applicarsi la disciplina di cui al d.lgs. n.50/2016 oppure quella del d.lgs. n. 36/2023, con particolare riferimento ai livelli di progettazione, nei termini indicati nell'istanza di parere.

In ordine al quesito posto si richiama, in via preliminare, la disciplina transitoria contemplata nell'art. 226 del d.lgs. 36/2023.

Tale norma infatti, dopo aver stabilito al comma 1 che «Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, è abrogato dal 1° luglio 2023», aggiunge al comma 2 che «A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso».

La norma chiarisce al riguardo che «...per procedimenti in corso si intendono: a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia; b) in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte; c) per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della data in cui il codice acquista efficacia; d) per le procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data».

Pertanto, le procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, indette successivamente al 1° luglio 2023, secondo le indicazioni contenute nel citato art. 226 del nuovo Codice, sono soggette alla disciplina dettata dal d.lgs. 36/2023, mentre le disposizioni del d.lgs. 50/2016 continuano a trovare applicazione esclusivamente ai "procedimenti in corso" a tale data, intendendosi per tali, quelli espressamente elencati nell'art. 226, comma 2, sopra richiamato.

Con riferimento al quesito posto, non può non rilevarsi l'assenza, nella norma sopra richiamata, di una specifica disposizione transitoria con riguardo alla finanza di progetto, così come invece previsto dall'art. 216, comma 23, del previgente d.lgs. 50/2016.

Tale disposizione, infatti, stabiliva che «I progetti preliminari relativi alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità riguardanti proposte di concessione ai sensi dell'articolo 153 ovvero dell'articolo 175 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, per le quali sia già intervenuta la dichiarazione di pubblico interesse, non ancora approvati alla data di entrata in vigore del presente codice, sono oggetto di valutazione di fattibilità economica e finanziaria e di approvazione da parte dell'amministrazione ai sensi delle norme del presente codice. La mancata approvazione determina la revoca delle procedure avviate e degli eventuali soggetti promotori, ai quali è riconosciuto il rimborso dei costi sostenuti e documentati per l'integrazione del progetto a base di gara, qualora dovuti, relativi allo studio di impatto ambientale ed alla localizzazione urbanistica».

Nell'assetto normativo recato dal d.lgs. 36/2023 non è stata riprodotta una disciplina analoga a quella sopra richiamata, ma con disposizione di carattere generale riferita a *tutte* le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, è stato stabilito che il d.lgs. 50/2016 continua ad applicarsi esclusivamente agli affidamenti indetti (con bando/avviso o invito) prima del 1° luglio 2023, nel senso indicato dal citato art. 226, comma 2.

Tale scelta del legislatore sembra dettata da finalità di semplificazione, in coerenza con le modifiche apportate dal d.lgs. 36/2023 alla finanza di progetto, la quale – secondo i chiarimenti contenuti nella Relazione Illustrativa del Codice – (tra l'altro) è stata ricondotta nella parte dedicata ai contratti di concessione (Libro IV, Parte II), quindi assoggettata alla medesima disciplina, fatta eccezione per alcuni aspetti relativi all'aggiudicazione del contratto e alla sua esecuzione, come disciplinati dagli artt. 193-195 del d.lgs. 36/2023.

Più in dettaglio, nella citata Relazione è stato chiarito che «...sul piano sistematico sono stati meglio precisati i rapporti tra concessione e finanza di progetto. *Non si tratta di due tipi contrattuali diversi, come nella struttura dell'impianto codicistico del 2016. È il medesimo contratto di concessione che può essere finanziato, sia in 'corporate financing', sia in 'project financing'.* In ragione delle peculiarità di tale ultima operazione economica (in cui la società di progetto isola il progetto e consente di schermarlo dai rischi operativi), sono state comunque riservate alla finanza di progetto norme specifiche in tema di aggiudicazione ed esecuzione del contratto (*la finanza di progetto è così diventata un capitolo 'interno' alla disciplina della concessione*)».

Nello stesso documento sono state anche illustrate le novità recate alla finanza di progetto, rispetto al previgente assetto normativo di settore, evidenziando (tra l'altro) che «Per quanto riguarda lo strumento della finanza di progetto, la relativa disciplina è stata innanzitutto più correttamente collocata in seno alla Parte II del Libro IV, dedicata ai contratti di concessioni (trattandosi di una particolare modalità di finanziamento delle concessioni). Più nello specifico, la nuova disciplina, come emerge *ictu oculi* dalla drastica riduzione dei commi, è stata semplificata in modo rilevante. In particolare: 1) sono stati eliminati tutti i riferimenti alla nautica di diporto; 2) è stata eliminata la finanza di progetto ad iniziativa pubblica, poiché ritenuta di fatto una duplicazione rispetto alla scelta della pubblica amministrazione di indire una gara pubblica per l'affidamento di una concessione. Sono stati pertanto soppressi i primi 14 commi del vigente art. 183. 3) nella finanza di progetto ad iniziativa privata è stata eliminata la precisazione secondo la quale gli operatori economici potevano presentare proposte anche se presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, poiché una volta inserita la previsione sul programma triennale delle esigenze pubbliche idonee ad essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato si è ritenuto che la disposizione non avesse più alcuna utilità. Resta comunque salva la possibilità per gli operatori economici di presentare proposte sia con riferimento ad iniziative non presenti negli strumenti di programmazione, sia con riferimento ad iniziative ivi presenti, proponendo modalità diverse di realizzazione (...)».

Per quanto sopra, in risposta al quesito posto, tenuto conto delle novità recate dal nuovo Codice alla finanza di progetto, ricondotta nella generale disciplina delle concessioni (nel senso sopra indicato) e del regime transitorio previsto dall'art. 226 del d.lgs. 36/2023, le disposizioni dettate da tale decreto legislativo, trovano applicazione per *tutte* le procedure di affidamento, inclusa la finanza di progetto, indette successivamente al 1° luglio 2023.

Non rileva, quindi, sulla base del dato letterale della norma de qua, la sola presentazione di una proposta da parte di un soggetto privato, ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016, prima della data sopra indicata, ai fini dell'applicabilità del predetto d.lgs. 50/2016 all'intera procedura di finanza di progetto che ne consegue, non essendo contemplata tale ipotesi, tra i *"procedimenti in corso"* che ricadono nel previgente assetto, secondo le indicazioni dell'art. 226, comma 2, del d.lgs. 36/2026.

Sembra utile aggiungere a quanto sopra che nel diverso caso in cui, a seguito della presentazione di una proposta ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016 da parte di un operatore economico, la stazione appaltante, con apposito provvedimento, dichiara la fattibilità e l'interesse pubblico della proposta medesima e inserisca il relativo progetto di fattibilità tecnica ed economica proposto, nella programmazione triennale dei lavori pubblici, provvedendo a tal fine, all'approvazione del progetto medesimo ai sensi delle previsioni degli artt. 21, 23 del d.lgs. 50/2016 e del d.m. 14/2018, in tal caso sembra invocabile la previsione dell'art. 225, comma 9, del d.lgs. 36/2023, a tenore della quale «A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi

dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui all'articolo 23 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso. A tal fine, per procedimenti in corso si intendono le procedure per le quali è stato formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il codice acquista efficacia. Nel caso in cui l'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnico economica sia stato formalizzato prima della data in cui il codice acquista efficacia, la stazione appaltante può procedere all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnico ed economica oppure sulla base di un progetto definitivo redatto ai sensi dell'articolo 23 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50».

In relazione a tale disposizione l'Autorità ha osservato che «Secondo quanto stabilito dal citato art. 225, comma 9 del Codice, tali previsioni [quelle del d.lgs. 50/2016] continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso, intendendosi per tali «le procedure per le quali è stato formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il codice acquista efficacia», dunque i procedimenti per i quali è stato affidato un incarico di progettazione prima del 1° luglio 2023. In tali casi, per la redazione del progetto e per tutti gli aspetti correlati, opportunamente disciplinati dalla norma, continua a trovare applicazione l'art. 23 del d.lgs. 50/2016. Per gli incarichi affidati o da affidarsi successivamente alla data sopra indicata, valgono invece le previsioni in materia di progettazione dettate dal d.lgs. 36/2023. Con specifico riferimento all'affidamento del contratto d'appalto, volto ad individuare il soggetto esecutore dei lavori oggetto della progettazione (...) deve farsi riferimento alla disciplina transitoria contemplata nell'art. 226 del d.lgs. 36/2023» (parere Funz Cons 62/2023).

Per quanto sopra, ove l'Amministrazione abbia inserito l'intervento oggetto della proposta di cui all'art. 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016, nella programmazione triennale delle opere pubbliche, previa approvazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica proposto, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 36/2023, può ritenersi operante, la previsione transitoria dell'art. 225, comma 9, del nuovo Codice, sopra richiamata, con la conseguente possibilità di applicare le disposizioni del d.lgs. 50/2016 per tutti gli aspetti correlati alla progettazione, nel senso indicato dall'Autorità.

Resta invece disciplinata dal d.lgs. 36/2023 la successiva gara per l'affidamento del contratto in oggetto, sulla base della chiara disciplina dettata dalle previsioni degli artt. 226 e 229 sopra richiamati, con conseguente necessità di procedere, prima della stessa, all'adeguamento alle nuove previsioni del d.lgs. 36/2023, degli elaborati progettuali.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente