

Al Comune di Suelli

e

Alla Società Fontenergia 26 S.r.l.

AG 31/2011

26 ottobre 2011

Oggetto: richiesta di parere ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici - Comune di Suelli - Natura ed effetti del subentro della società di progetto ex art. 156 del D.Lgs. n. 163/2006 all'aggiudicatario nel rapporto di concessione.

In esito a quanto richiesto con nota acquisita al protocollo dell'Autorità n. 60390 in data 3 giugno 2011, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 26 ottobre 2011 ha approvato le seguenti considerazioni.

Il quesito sottoposto a questa Autorità richiede un'analisi della disciplina dell'istituto del subentro della società di progetto nel rapporto concessorio ai sensi dell'art. 156 del D.Lgs. n. 163/2006. Tale disposizione - nello stabilire che il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario abbia la facoltà (ma il bando può prevederne l'obbligo), dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile - specifica che "La società così costituita diventa la concessionaria, subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario, senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione di contratto".

Il subentro configura un'ipotesi eccezionale e derogatoria rispetto al principio generale di incedibilità dei contratti pubblici e di immodificabilità soggettiva dell'aggiudicatario selezionato con procedura ad evidenza pubblica (art. 118, D.Lgs. n. 163/2006). Come è noto, infatti, i contratti di diritto pubblico poggiano sul principio della personalità, in virtù del fatto che derivano da una procedura concorsuale che mira, da un lato, a premiare l'offerta più vantaggiosa e, dall'altro, a tutelare l'interesse pubblico alla qualificazione tecnica, organizzativa, economica e morale delle imprese concorrenti. L'istituto in parola integra un'ipotesi di novazione soggettiva e prevede che un soggetto del tutto nuovo rispetto al rapporto concessorio originario succeda nella titolarità dei diritti e obblighi rispetto al previo aggiudicatario-concessionario.

Più esattamente, occorre osservare che il D.Lgs. n. 163/2006 prevede due distinte ipotesi di subentro. La prima, disciplinata dall'art. 159, ravvisabile nell'ipotesi di risoluzione del rapporto concessorio per motivi attribuibili al concessionario. Si tratta di una ipotesi che interviene, con efficacia ex nunc, in sussidio di una patologia sopravvenuta nella fase esecutiva del progetto, per consentire la continuità del rapporto contrattuale. Tale fattispecie è subordinata al consenso degli enti finanziatori e deve avvenire alle condizioni dettate dal concedente. La seconda, prevista dall'art. 156 in rilievo nel caso di specie, regola il subentro - facoltativo o obbligatorio, a seconda delle previsioni del bando di gara - della società di progetto al soggetto aggiudicatario. Tale subentro non interviene in relazione ad un evento patologico, ma è volto a consentire la salvaguardia della separazione giuridica e finanziaria (cd ring fence) del progetto rispetto ai soggetti investitori. In esso si ravvisa una delle caratteristiche proprie dell'istituto della finanza di progetto.

Al fine di distinguere il subentro di cui all'art. 156 del D.Lgs. n. 163/2006 da ogni altra ipotesi di variazione soggettiva, il legislatore dispone espressamente: che il subentro della società di progetto all'aggiudicatario non costituisce cessione di contratto e non necessita di alcun provvedimento autorizzatorio, tanto precedente (autorizzazione), quanto successivo (approvazione, ratifica), da parte dell'amministrazione concedente; che la società di progetto diventa concessionaria a titolo originario e che sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente (art. 156, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006). Tali caratteristiche distinguono, in particolare, l'ipotesi di subentro ex art. 156 da quella disciplinata nell'art. 159, a tenore della quale, invece, il concedente è tenuto a dare comunicazione scritta dell'intenzione di risolvere il contratto e i finanziatori possono impedire tale risoluzione, designando - entro un dato termine - una società che subentri al concessionario nel rapporto.

Il subentro di cui all'art. 156 del D.Lgs. n. 163/2006, dunque, consiste in un istituto proprio del project financing, volto a consentire – secondo un fisiologico procedere – la successione della società di progetto nel rapporto concessorio, a titolo originario e senza che siano interposti ostacoli o richiesti ulteriori adempimenti formali.

Intorno alla natura giuridica dell'istituto del subentro ex art. 156 del D.Lgs. n. 163/2006 si confrontano due tesi.

Secondo la prima tesi, il subentro interviene in una fattispecie di collegamento negoziale e integra un negozio derivato, quale acquisto derivativo-constitutivo ex lege. Ivi, la società di progetto acquista la posizione del concessionario, senza che venga meno il precedente rapporto tra aggiudicatario e pubblica amministrazione, in modo tale da configurare un rapporto contrattuale plurilaterale tra i tre soggetti coinvolti. Secondo l'altra tesi, l'istituto consiste in una fattispecie complessa in cui interviene un negozio abdicativo – idoneo ad estinguere la situazione giuridica soggettiva dell'aggiudicatario – seguito da un acquisto ex lege a titolo originario della posizione del concessionario. Secondo questa teoria, evidentemente, non si verifica la contestuale vigenza di un rapporto plurilaterale, ma una successione diacronica di rapporti.

La seconda teoria richiamata appare più convincente. Prima di tutto, vale la considerazione che il negozio derivato, di cui alla prima tesi, mal si concilia con l'espressa previsione legale ove si afferma che l'acquisto da parte della società di progetto avviene "a titolo originario". Assume altresì, rilievo la notazione che la posizione di soggetto concessionario è esclusiva ed incompatibile con la permanenza di posizioni di obbligo in capo a diversi soggetti, che sussisterebbe invece in base alla prima tesi, stante la predetta configurazione di un rapporto contrattuale plurilaterale in cui il concessionario originario e la società di progetto assumono la contitolarità del rapporto contrattuale. Inoltre, occorre ricordare che nel project financing il subentro rappresenta il fisiologico svolgimento legale della situazione giuridica soggettiva dell'aggiudicatario, in base ad una facoltà prevista ab origine nel bando di gara. Il subentro di una società di capitali, pertanto, risponde all'esigenza di garantire la miglior funzionalità della concessione e la realizzazione dello scopo progettuale, in virtù di una previsione già nota all'amministrazione, secondo cui – in ragione della novazione solo soggettiva – restano comunque invariate le circostanze oggettive.

In accordo con queste considerazioni, non sussistono ragioni per ipotizzare che la convenzione, eventualmente già sottoscritta dall'originario concessionario-aggiudicatario – come avvenuto nel caso di specie – debba essere esclusa dal trasferimento al nuovo soggetto dei rapporti giuridici, attivi e passivi, in essere con l'amministrazione concedente. La lettera della legge, infatti, afferma testualmente che per effetto del subentro la società di progetto "sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente" (art. 156, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006) senza necessità di approvazione o autorizzazione. E' pacifico, dunque, che nel fascio di diritti trasmessi rientri il diritto alla sottoscrizione del contratto di concessione, laddove questa non sia stata già sottoscritta; oppure, nel caso contrario, la convenzione già stipulata.

Alla luce di quanto considerato, sussistono quindi giustificati motivi per ritenere che la richiesta alla società subentrante di rinnovare la convenzione già sottoscritta dall'aggiudicatario sia indebita e priva di causa.

In astratto, pare invece ragionevole il dubbio che il subentro non implichi l'automatico trasferimento dei rapporti che intercorrono tra l'aggiudicatario e soggetti terzi, con particolare riferimento ai rapporti di garanzia. Non soltanto perché la lettera della legge afferma che la società di progetto sostituisce l'aggiudicatario limitatamente a tutti i rapporti "con l'amministrazione concedente" (art. 156, comma 3, primo periodo del D.Lgs. n. 163/2006), ma anche perché i prestatori di garanzia sono estranei alla costituzione della società di progetto. Si constata, infatti, un rapporto trilatero tra amministrazione- beneficiaria, operatore economico- contraente e prestatore di garanzia bancaria o assicurativa, nel quale si potrebbe ritenere che i rapporti che l'aggiudicatario aveva con terzi, non direttamente afferenti allo sviluppo del procedimento della finanza di progetto, debbano essere riprodotti, ratificati o nuovamente stipulati.

Pertanto, con specifico riguardo alla fattispecie in esame, si constata che, tra la documentazione prodotta dal Comune di Suelli in sede di presentazione della richiesta di parere figura una nota inviata all'amministrazione comunale dalla società di progetto (acquisita al protocollo del Comune n. 1479/VI del 21 aprile 2011), in cui si dichiara, quanto alle richieste garanzie di legge previste dalla vigente normativa in materia, che "tanto la cauzione definitiva, quanto la cauzione inerente le spese per advisor sono già

state trasferite formalmente in capo alla società di progetto giusta documentazione inviataVi il 05/05/2010, con prot. AS/GAU/188/CLU/fs/2010", pertanto non sembrerebbero sussistere carenze sotto tale profilo.

Infine, in tema di piano economico- finanziario asseverato presentato dal promotore giova ricordare che l'art. 143, comma 7 del D.Lgs. n. 163/2006 prevede che l'offerta ed il contratto devono contenere un piano economico finanziario al fine di verificare la copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto.

Nel piano economico finanziario l'amministrazione verifica l'attendibilità della proposta e la sua concreta fattibilità sotto due concorrenti profili: da una parte sotto il profilo della concreta realizzazione dell'opera pubblica senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione, dall'altra, sotto il profilo della idoneità ad assicurare una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell'attività espletata.

Per tali caratteristiche la normativa vigente prevede che il piano economico finanziario debba essere esaminato da un soggetto terzo che, munito di competenza specifica, lo asseveri garantendo all'amministrazione la sua validità e fattibilità economica.

Coerentemente alla sua intrinseca natura e funzione, quale delineata dal legislatore, il piano economico finanziario rappresenta il documento giustificativo della sostenibilità economico-finanziaria della offerta, e - in quanto tale - "non si sostituisce alla offerta, ma ne costituisce un documento di supporto nella valutazione della congruità della stessa, ossia della idoneità dei suoi contenuti ad assicurare al concessionario una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell'attività oggetto di concessione" (Consiglio di Stato, Sez. V, 10 febbraio 2010, n. 653). In tal senso, se per un verso, il piano economico finanziario non può configurarsi come un documento intangibile ed imm modificabile, ma - al contrario - suscettibile di specificazioni, chiarimenti, limitate integrazioni e aggiustamenti, al pari delle giustificazioni presentate in sede di l'anomalia dell'offerta (cfr. sentenza n. 653/2010, cit.), per altro verso, non sembra sussistere la necessità o l'obbligo di richiederne un aggiornamento, con relativa nuova asseverazione, quando il progetto definitivo elaborato sulla base del progetto preliminare comporta modifiche irrilevanti agli elementi del piano medesimo, tali da non alterare in maniera significativa l'attendibilità e sostenibilità economico finanziaria del progetto.

Tale opzione interpretativa trova conforto nel dettato dell'art. 143, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006, che prevede la necessaria revisione del piano economico finanziario solo al ricorrere di specifiche condizioni che determinino una modifica dell'equilibrio del piano medesimo, quali le variazioni apportate dalla stazione appaltante ai presupposti e condizioni di base che determinano l'equilibrio economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, quando determinano una modifica dell'equilibrio di detto piano.

Nel caso specifico, per quanto in atti, non risulta che si siano verificate le richiamate condizioni di cui al citato art. 143, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006 e la società di progetto, nella memoria prodotta in sede di contraddittorio, ha rappresentato che le variazioni tecniche introdotte in sede di approvazione del progetto definitivo non modificano l'equilibrio economico finanziario dell'iniziativa e, pertanto, non giustificano alcuna rimodulazione dello stesso né, in conseguenza, una nuova asseverazione, riferendo sul punto che "Il piano economico finanziario asseverato, riportante i dati del progetto preliminare prevede un importo dei lavori di complessivi euro 16.421.752,00. Il quadro economico del progetto definitivo approvato riporta un importo dei lavori di complessivi euro 15.794.923,00, quindi una diminuzione di euro 626.829,00 pari ad una riduzione di circa il 3,9% del valore delle opere. Si precisa che la differenza è dovuta principalmente ad una lieve modifica del tracciato delle tubazioni stradali. Il minor investimento, riportato nel PEF, produce una variazione della redditività dell'ordine dello 0,2% - 0,3%...che non ha alcun effetto sull'equilibrio economico finanziario complessivo dell'iniziativa".

Avv. Giuseppe Busia