

Repubblica Italiana
REGIONE SICILIANA



*Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana*

Prot. n. 23997 /104.11.2022 del 1 dic 2022

Pos. n. 2

Assessorato regionale dell'Energia
e dei Servizi di Pubblica Utilita'
Dipartimento regionale dell'Energia
(Rif. Nota 9 novembre 2022, n. 34374)

Oggetto: *Finanza di progetto ex art. 183 D.lgs 50/2016 – Opportunità di assoggettare il progetto di fattibilità proposto dall'operatore economico alla <<verifica preventiva della progettazione>> ex art. 26 del D. Lgs 50/2016.*

1. Con la nota in riferimento codesto Dipartimento riferisce di aver esaminato, nella qualità di amministrazione competente, una proposta proveniente da operatore economico privato, per la realizzazione di un lavoro di pubblica utilità ai sensi e per gli effetti dell'art. 183, comma 15, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici). La proposta è stata inoltrata dalla medesima Amministrazione regionale, corredata dalla bozza di convenzione, dal piano economico-finanziario asseverato e dal progetto di fattibilità, alla Commissione ex art. 22 della legge regionale 12 luglio 2011, n. 12, che ha dato parere favorevole con prescrizioni.

Il valore dell'intervento è superiore alla soglia di cui all'art. 35, comma 1, lett. a) del codice dei contratti pubblici e dunque, ai sensi dell'art. 26, comma 6, lett. b), il progetto deve

essere trasmesso all'Organismo di controllo accreditato ai sensi della normativa europea, per essere sottoposto a verifica.

A parere del Dipartimento richiedente, tuttavia, nella considerazione che si tratta di progetto di finanza, tale preventiva verifica potrebbe essere attivata dopo la fase dell'aggiudicazione e prima dell'avvio dei lavori ai sensi dell'art. 26, comma 2, del citato codice (con riferimento ai progetti in cui è consentito l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione) e quindi, sostanzialmente, avere ad oggetto non il progetto di fattibilità ma il progetto definitivo già prescelto dall'Amministrazione.

A sostegno dell'*iter* procedurale prospettato vengono posti due ordini di considerazioni.

In primo luogo la valutazione in base alla quale il progetto di fattibilità che viene posto a base della procedura di *project financing* definisce le caratteristiche essenziali dell'opera lasciando ai privati concorrenti, nella successiva fase di progettazione, la possibilità di proporre le misure tecniche ritenute più idonee all'attuazione degli obiettivi prefissati.

In secondo luogo l'art. 183, al comma 3, lett. a) consente all'Amministrazione aggiudicatrice la possibilità di chiedere al promotore di apportare modifiche al progetto definitivo ed al comma 10, lett. c) precisa che è onere del promotore procedere alle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione del progetto.

Sulla questione, come complessivamente rappresentata, viene chiesto l'avviso di questo Ufficio.

2. In relazione alla problematica sottoposta si rassegna quanto segue:

Ai sensi dell'art. 183, comma 15, del decreto legislativo n. 50/2016: “*Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità (...). La proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-*

finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. (...) L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata positivamente. Il progetto di fattibilità eventualmente modificato, qualora non sia già presente negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, è inserito in tali strumenti di programmazione ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente. Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto (...)".

L'istituto del *project financing* ad iniziativa privata si contraddistingue, quindi, perché la fase di iniziativa non è assunta dall'Amministrazione, bensì dal privato, i cui progetti e le cui proposte necessitano, dunque, di essere "introitate" e fatte proprie dalla Amministrazione, in quanto reputate coerenti e confacenti con gli indirizzi programmatici e le esigenze pubbliche di cui sono istituzionalmente portatrici.

Detto procedimento è articolato in fasi distinte ma connesse: la prima consiste nella presentazione di una proposta da parte dei soggetti privati cui è riconosciuta la relativa facoltà; segue la valutazione della proposta da parte della Pubblica Amministrazione ai fini della verifica della fattibilità del progetto e dell'assenza di elementi ostativi alla

realizzazione dell'opera, che si conclude con l'individuazione della proposta di pubblico interesse, propedeutica alla successiva fase consistente nell'indizione della procedura di gara per l'aggiudicazione della concessione.

In merito alla ricostruzione dei rapporti tra la fase di valutazione della proposta e scelta del promotore e quella di affidamento della concessione sulla base della proposta del primo, è stato ravvisato un nesso di presupposizione necessaria, individuabile nel fatto che a base di quest'ultima vi è il progetto di fattibilità presentato dal promotore, la cui proposta sia stata dichiarata di pubblico interesse dall'amministrazione (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 2 agosto 2018, n. 4777).

In tale contesto, pertanto, la fase della verifica preventiva di cui all'art. 26 del decreto legislativo n. 50/2016, che riguarda tutti i livelli di progettazione, contemporaneamente allo sviluppo della progettazione stessa, parrebbe riguardare, senz'altro, anche il progetto di fattibilità, che nella fattispecie in esame viene posto a base di gara. Così come i livelli di progettazione sono approfondimenti e arricchimenti successivi della struttura informativa e prescrittiva del progetto, allo stesso modo la verifica prevede gli stessi elementi di analisi, di livello in livello, ma sviluppati in modo sempre più approfondito e analitico.

In tale ottica il legislatore italiano, in sede di approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, ha ritenuto opportuno intervenire sulla cosiddetta verifica preventiva dei progetti, rafforzandone la finalità di strumento di prevenzione di errori e/o omissioni - o anche soltanto di ripensamenti progettuali - da cui possono conseguire maggiori costi e tempi di realizzazione delle opere pubbliche.

Secondo l'Autorità Nazionale Anticorruzione, l'*iter* di verifica ha l'obiettivo di ispezionare dettagliatamente le molteplici caratteristiche e tutte le sfaccettature di un progetto, prima dell'inizio delle procedure di affidamento, fino a giungere ad un risultato da porre a base di

gara “*perfetto*” dal punto di vista tecnico e normativo, soddisfacente al contempo le aspettative della committenza.

A titolo esemplificativo l’ANAC nella recente Delibera n.26 del 19 gennaio 2022 ha osservato che i livelli di progettazione costituiscono “livelli di successivi approfondimenti tecnici” e che tali livelli hanno un carattere “quantitativo e qualitativo” con differenti scopi e funzioni all’interno del complessivo ed unitario processo progettuale. Livelli che sono caratterizzati da un sempre maggior grado di dettaglio e di precisione sia dal punto di vista tecnico ed economico.

Ha inoltre osservato che le parziali deroghe della norma generale limitatamente a particolari tipologie di intervento sono esclusivamente quelle previste dal legislatore.

Anche nel parere n.7 del 3 marzo 2022 la stessa Autorità afferma che la verifica tecnico amministrativa, istruttoria e di controllo riguarda tutti i livelli progettuali a prescindere da chi ne ha curato la progettazione.

Ne consegue che, il contesto normativo esaminato, in assenza di specifiche deroghe, sembra escludere la fattibilità del percorso di verifica prospettato dal Dipartimento richiedente.

Ad ogni buon conto, trattandosi dell’applicazione di una normativa nazionale, della particolare casistica, ed al fine di acquisire anche l’autorevole parere dell’ANAC si ritiene utile che codesto Dipartimento acquisisca anche le determinazioni dell’Autorità nazionale anticorruzione che costituiscano un utile precedente in materia .

Nelle superiori considerazioni è l'avviso dello Scrivente.

* * *

Si rammenta che in conformità alla Circolare presidenziale 8 settembre 1998, n.16586/66.98.12, trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere senza che

codesta Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere pubblicato sul sito istituzionale di questo Ufficio.

IL DIRIGENTE

Pio Guida

Firmato

L'AVVOCATO GENERALE

BOLOGNA

Firmato