

Amministrazione in cammino

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione
a cura del **Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"** - **Luiss Guido Carli**

Project financing e requisiti del promotore costituito in associazione temporanea di impresa tra soggetti eterogenei.

A cura di Dover Scalera

1.1 Introduzione

1.2. Il Project financing nel quadro normativo attuale -

1.3 Il ruolo del promotore e i suoi requisiti di qualificazione.

1.4 Il caso del promotore costituito in Ati tra soggetti eterogenei;

1.5 ATI "verticali" e "orizzontali": un caso singolare di ATI "spuria".

1.6 I requisiti di qualificazione del promotore costituito in ATI.

Il presente studio rappresenta un momento di riflessione sulla fattispecie, di recente e sempre più frequente verifica, in cui il ruolo di promotore di una operazione di *project financing* (PF) sia assunto da più soggetti con diverse capacità tecniche, economiche e professionali, portatori di interessi differenziati, che si ripartiscono i rischi dell'operazione attraverso una articolazione contrattuale delle garanzie.

Prima di passare ad esaminare il merito della questione, preme rammentare che la caratteristica fondamentale di una operazione di *project financing* consiste nella capacità dell'entità economica finanziata di produrre flussi di cassa in grado di coprire, tenuto conto del valore finanziario del tempo, i flussi negativi di cassa attivati per ripagare gli investimenti e i costi di esercizio di detta entità, garantendo nel contempo una adeguata remunerazione del capitale investito dai finanziatori.

Si tratta, pertanto, di un istituto che ha focalizzato su di sé le attenzioni di molti dibattiti e recenti interventi normativi, stante la sua idoneità a soddisfare la consistente domanda di opere pubbliche e la necessità di farvi fronte mediante forme alternative di reperimento dei capitali.

1.2 Il Project financing nel quadro normativo attuale -

Per quanto concerne il profilo giuridico, il PF è una tecnica di finanziamento non riassumibile in una categoria contrattuale tipica; esso si configura come una sommatoria di singoli contratti (contratto di somministrazione, di vendita, di appalto, di mutuo, di garanzia, di società, di concessione di costruzione e gestione di opera pubblica) che ne costituiscono la struttura.

Ecco allora la necessità di un intervento che, senza richiedere necessariamente una innovazione legislativa *ad hoc*, contribuisse, anche mediante l'impiego di istituti già esistenti, a dare opportuna definizione e valorizzazione ad una fattispecie così articolata.

Amministrazione in cammino

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione
a cura del **Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet" - Luiss Guido Carli**

In questa direzione è stato prezioso il contributo del Legislatore della legge n.415/98 (cd Merloni *ter*), che ha novellato il testo della Legge Quadro inserendo, dopo l'art.37, ben otto articoli, dal 37 bis al 37 *nonies* dedicati alla *“realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la P.A.”*.

Il pregio della norma sta nell'aver finalmente definito, dopo anni di carenza del quadro legislativo, il procedimento da seguire per il finanziamento di opere pubbliche da parte dei privati.

Sul piano istituzionale, si tratta di una importante novità che tende a trasformare il project financing da strumento riservato alla realizzazione di grandi opere infrastrutturali a tecnica normale dell'azione pubblica, anche nelle sue espressioni territoriali più periferiche.

Purtroppo fino alla approvazione della legge Merloni *ter* il quadro delle regole è stato estremamente frastagliato e gravemente incompleto, salvo le indicazioni contenute diffusamente in alcuni testi normativi rispetto ai quali la nuova normativa raccoglie i frutti delle precedenti esperienze ed ispirazioni, scegliendo, come formula giuridica più interessante per perseguire le finalità del PF, quella della concessione a terzi, ed in specie della concessione di costruzione e gestione.

Rispetto al modello di common law, la soluzione adottata dal legislatore nazionale ha carattere spurio, nel senso che sono diversi gli aspetti che la differenziano dal modello anglosassone a partire dalla possibilità che il finanziamento delle opere pubbliche possa avvenire con oneri totalmente o anche solo parzialmente a carico del privato realizzando un compromesso che tiene conto delle esigenze legate alla realizzazione di “opere a freddo” caratterizzate da una tariffazione ridotta che difficilmente consentirebbe all'opera di ripagarsi integralmente.

Inoltre, rispetto ai modelli di common law, il promotore può essere anche aggiudicatario dell'opera: egli può partecipare ad una trattativa privata in condizioni di parità con gli altri partecipanti salvo il vantaggio conseguente al fatto di aver predisposto il progetto.

1.3 Il ruolo del promotore e i suoi requisiti di qualificazione.

Nel contesto normativo creato dal legislatore del 1998, un ruolo fondamentale assume la figura del “promotore” quale soggetto deputato alla attivazione dell'iniziativa.

L'art.37 bis della Legge 109 ha individuato direttamente, quali soggetti promotori, i soggetti di cui all'art.10 della Legge 109/94, ossia i soggetti ammessi, in linea generale a partecipare alle gare per l'affidamento dei lavori pubblici, cioè le imprese singole, ed in consorzi di cooperative e tra imprese artigiane, i consorzi stabili, i raggruppamenti temporanei di imprese e i GEIE.

Amministrazione in cammino

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione
a cura del **Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"** - **Luiss Guido Carli**

La possibilità di attivare l'iniziativa è prevista anche in favore delle società di ingegneria e di "soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento".

Di qui le difficoltà di individuare i requisiti di cui deve essere in possesso un soggetto promotore costituito in ATI, per essere abilitato alla gara per l'affidamento in PF.

Preliminare ad ogni risposta, è il riferimento normativo al combinato disposto degli articoli 95, 98 e 99, 72 e 74 del DPR 554/2000 (Regolamento di attuazione della Legge Merloni).

Dalla lettura del dispositivo di tali articoli risulta infatti che, se nella fase di presentazione della proposta il promotore deve possedere unicamente i requisiti indicati all'articolo 99, comma 1 del DPR 554/99 ("*...significativa partecipazione nell'ultimo triennio alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta*"), nella successiva fase di affidamento della concessione – cioè quando partecipa alla procedura negoziata con gli altri soggetti scelti a seguito della preventiva licitazione privata – il promotore deve dimostrare il possesso dei requisiti richiesti al concessionario ai sensi dell'art.98 DPR 554/99 per dimostrare il possesso dei quali può anche associarsi o consorzarsi con altri soggetti (art.99, comma 3).

In definitiva, nel momento in cui si procede allo svolgimento della procedura finalizzata all'affidamento della concessione di costruzione e gestione, vale a dire - per quanto riguarda il promotore – la procedura negoziata successiva alla licitazione privata, si ha una sovrapposizione tra la figura del promotore e quella del concessionario.

Tuttavia, anche prima di tale momento, il promotore, che non sia di per sé in possesso dei requisiti del concessionario, deve obbligarsi nei confronti dell'amministrazione ad associarsi, prima dello svolgimento della gara per l'affidamento della concessione, ad altri soggetti in possesso dei requisiti richiesti dal concessionario.

Va considerato poi che l'art.98 del DPR 554/99 detta i requisiti soggettivi che devono essere posseduti dai concessionari di lavori pubblici: oggetto della disposizione in questione sono, da un lato, i requisiti di qualificazione per effetto del rinvio alla specifica disciplina di cui al DPR 25 gennaio 2000 n.34 (regolamento sulla qualificazione), dall'altro gli aspetti relativi al momento gestionale, per effetto del richiamo ai requisiti di carattere economico finanziario (lettere a e b) e tecnico – organizzativi (lettere c e d).

Sotto tale profilo, in attuazione di quanto disposto dall'art.8, comma 11 ter della legge 109/94 e successive modificazioni, il regolamento di attuazione ha individuato i requisiti di carattere economico - finanziario e tecnico - organizzativo che ogni concessionario, costruttore o meno, deve possedere:

Amministrazione in cammino

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione
a cura del **Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet" - Luiss Guido Carli**

- a) fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi 5 anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al 10 % dell'investimento previsto per l'intervento;
- b) capitale sociale non inferiore ad un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento;
- c) svolgimento negli ultimi 5 anni di servizi affini a quello previsto per l'intervento per un importo medio non inferiore al 5% dell'investimento previsto per l'intervento;
- d) svolgimento negli ultimi 5 anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad almeno il 2% dell'investimento previsto per l'intervento.

1.4 – Il caso del promotore costituito in Ati tra soggetti eterogenei.

Fatta questa premessa, passando ad esaminare il caso in cui l'ATI "promotore" sia costituita da soggetti con vocazioni eterogenee, supponiamo che l'intervento si componga di una parte costruttiva caratterizzata da realizzazioni propriamente edili insieme a lavorazioni impiantistiche di vario tipo; e di una parte gestionale in cui le prestazioni del promotore si caratterizzano per la erogazione di una serie di servizi (ad es. servizio mensa, pulizia e sanificazione aree, smaltimento rifiuti, manutenzione arredi, manutenzione reti, servizio di vigilanza e sterilizzazione ferri chirurgici) cui provvederanno le imprese mandanti dell'ATI.

1.5 ATI "verticali" e "orizzontali": un caso singolare di ATI "spuria".

Accanto alle attività costruttive vere e proprie, dunque, l'intervento prevede una fase gestionale cui assolvono i membri gestori – non costruttori dell'ATI; ne consegue che in questi casi si è realizzata una tipologia singolare di associazione temporanea di imprese non perfettamente riconducibile, né nello schema dell'ATI verticale, né a quello dell'ATI orizzontale.

Infatti, è noto che le associazioni temporanee si distinguono in associazioni di tipo orizzontale e di tipo verticale; le prime, che riuniscono imprese aventi la stessa specializzazione, prevedono una ripartizione pro quota dei lavori tra i diversi partecipanti; le seconde prevedono, invece, l'attribuzione di specifiche, determinate e identificabili lavorazioni a ciascuno dei partecipanti, in ragione delle particolari qualificazioni possedute da ciascuna impresa raggruppata.

A differenza di quanto avviene per le associazioni di tipo orizzontale, la possibilità di partecipazione alle gare delle associazioni di tipo verticale non ha carattere generale, poiché tale partecipazione è consentita solo nei casi in cui l'amministrazione, trattandosi di opere richiedenti specializzazioni relative a lavorazioni eterogenee, abbia indicato nel bando una pluralità di categorie di specializzazione, definite dalla legge "categorie scorporabili". Peraltro, ai sensi della normativa sopravvenuta, e segnatamente dell'art.13, comma 7°, della legge 109/1994, l'obbligo di costituire una ATI c.d. "verticale" scatterebbe solo nell'ipotesi in cui, accanto ai lavori prevalenti, siano presenti, nell'oggetto dell'appalto, opere per le quali siano

Amministrazione in cammino

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione
a cura del **Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"** - **Luiss Guido Carli**

necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti ed opere speciali, e sempre ché ciascuna di tali opere superi, in valore, il 15% dell'importo totale dei lavori¹.

Va anche precisato che l'art. 72 del D.P.R. 554/1999 ha puntualmente individuato le suddette "strutture, impianti ed opere speciali".

Così tracciate le caratteristiche essenziali della struttura dei due tipi di associazione temporanea e dell'ipotesi in cui è normativamente obbligatorio costituire una ATI verticale, qualora si verifichi una fattispecie assimilabile a quella presa in esame, va anche detto che con riferimento alle prestazioni cd "costruttive" di cui si compone l'intervento, l'obbligo di costituire una ATI di tipo verticale sussiste solo allorché la parte costruttiva dell'intervento sia composta da diverse lavorazioni, ciascuna delle quali ² sia di importo tale da essere qualificata alla stregua di una categoria scorporabile "superspecializzata" a norma dell'art. 72 del DPR 554/1999.

Ne consegue che può essere richiesta la qualificazione nelle diverse categorie di lavori, solo quando accanto alla categoria di importo più elevato – categoria prevalente, rappresentata per es. da lavorazioni di tipo impiantistico - ciascuna delle altre categorie di opere presenta quelle caratteristiche (qualitative e quantitative) che ne impediscono la assunzione da parte dell'impresa qualificata nella sola categoria prevalente, la quale provvederà non direttamente alla esecuzione, ma mediante affidamento in subappalto ad imprese in possesso della relativa qualificazione (art.74, comma 2).

Supponiamo, infatti, che accanto alla categoria generale l'opera si caratterizzi per la concomitanza di opere edili di importo piuttosto elevato; ebbene, le opere edili, in quanto rientrano nella declaratoria della categoria OG1, sono una categoria di opere generali con

¹ Su tali specifico aspetto, il panorama applicativo non è ancora ben chiaro a causa della evoluzione giurisprudenziale da ultimo caratterizzata da una netta inversione di tendenza rispetto alle precedenti pronunce (vedasi TAR Calabria , sez. Reggio Calabria, sentenza 08 marzo 2001, n.212). Di fatti con sentenza del 01. Agosto 2001, n.6895 il Tar Lazio, sez. III – bis, contraddicendo l'interpretazione formalistica dell'espressione "ciascuna", decretava che "anche se non tutte le categorie super specializzate superavano il 15 % , per quelle che superano detta percentuale va costituita comunque un'Ati verticale". Rispetto alla decisione del TAR Lazio, si è assistito ad una radicale inversione di tendenza per effetto dell'intervento della Autorità di Vigilanza che con determinazione n.25 del 20.12.2001 ha precisato non solo che l'espressione "ciascuna" va intesa come "tutte, considerate singolarmente di importo superiore al 15% dell'importo complessivo dell'intervento", per cui il generale divieto di subappalto e conseguente obbligo di costituzione dell'ATI verticale scatta solo quando ognuna delle categorie a qualificazione obbligatoria supera il detto importo, ma anche che il medesimo regime (divieto di subappalto e costituzione di Ati verticale) riguarda non solo le categorie super specializzate ma anche le categorie generali indicate nel bando come categorie diverse da quella prevalente.

Amministrazione in cammino

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione
a cura del **Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"** - **Luiss Guido Carli**

riferimento alle quali il legislatore prevede che, allorché vengono indicate nel bando di gara accanto alla categoria prevalente *‘hon possono essere eseguite direttamente dalle imprese qualificate per la sola categoria prevalente, se prive delle relative adeguate qualificazioni, sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni’* (art.74 del DPR 554/99)³.

Proseguendo nella nostra finzione, l'obbligo di costituirsi in ATI verticale diverrebbe attuale solo quando tra le altre categorie che compongono la parte costruttiva dell'intervento comparissero categorie di lavorazione che presentano quelle caratteristiche di notevole contenuto tecnologico e rilevante complessità tecnica (trattasi cioè di una categoria c.d. *“superspecializzata”*) – quali potrebbero essere ad es. gli impianti elevatori - in relazione alle quali il legislatore, al citato art.13, comma 7 della Legge Merloni e all'art.74, comma 2 del DPR 554/99, ha posto un espresso divieto al subappalto, con il contestuale obbligo di costituire una associazione temporanea di tipo verticale allorché le categorie di lavoro – come già evidenziato in precedenza - siano ciascuna singolarmente di importo superiore al 15% dell'importo complessivo dell'appalto; solo quando il valore delle categorie in questione superasse gli importi summenzionati, non sarebbe più sufficiente la sola qualificazione nella categoria prevalente, e la abilitazione alla esecuzione della relativa categoria spetterebbe in alternativa alla impresa singola in possesso anche della relativa qualificazione, ovvero all'Ati di tipo verticale.

1.6 I requisiti di qualificazione del promotore costituito in ATI.

Chiarito, pertanto, che nella fattispecie non si può parlare di ATI *“orizzontale”* o *“verticale”* in senso proprio, attenendo tali definizioni ad ipotesi afferenti prestazioni realizzative aventi ad oggetto esclusivamente lavori come univocamente si evince dalla normativa sopra richiamata, è tuttavia indubbio che la fattispecie associativa costituita tra imprese costruttrici ed imprese gestrici di servizi connessi alla realizzazione dell'intervento, costituisce una tipologia di ATI tendenzialmente assimilabile a quella *“verticale”*, in cui il posto che di norma viene assunto dalle categorie scorporate è assolto, invece, dalle prestazioni di servizi.

Ciò posto, bisogna procedere con ordine a verificare quali siano i requisiti di cui deve essere in possesso la suddetta ATI nel momento in cui si atteggia quale promotore di una operazione di project financing e, soprattutto, quali siano i parametri cui tali requisiti devono rapportarsi.

² Ovvero *“almeno una di esse”* qualora si accolga la tesi interpretativa del TAR Lazio, citata.

³ Rispetto alla formulazione dell'art.74 del DPR 554/99, va comunque rammentata l'interpretazione fornita dalla richiamata determinazione n. 25 del 2001, per effetto della quale l'Autorità ha previsto che il divieto di subappalto e il conseguente obbligo di costituire una Ati verticale riguarda anche le categorie

Amministrazione in cammino

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione
a cura del **Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet" - Luiss Guido Carli**

Per i raggruppamenti l'art.98 del Regolamento dispone che i requisiti previsti al comma 1 lettere a) (fatturato medio) e b) (capitale sociale), devono essere posseduti dalla capogruppo e dalle mandanti nella misura prevista dall'art.95.

In base al suddetto art.95 comma 3, per le associazioni di tipo verticale – cui si può assimilare, ancorchè *“impropriamente”*, quella in esame - i requisiti debbono essere posseduti dalla capogruppo nella sola categoria prevalente, mentre per le categorie scorporate (rectius, le singole prestazioni di servizi) ciascuna mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo dei lavori (o meglio, dei singoli servizi) che assume.

Sul punto vale ricordare che, in materia di appalto di servizi, il d.lgs. 157/95 richiama l'art.10 del D.lgs. 358 /92, il quale non contiene alcuna previsione in ordine ai requisiti di capacità tecnica e di capacità economica finanziaria delle imprese raggruppate. Per sopperire a tale vuoto normativo, per giurisprudenza unanime è ritenuto sufficiente che i prestatori di servizi raggruppati posseggano i requisiti idonei a coprire la parte del servizio di propria competenza, essendo necessario che l'associazione nel suo complesso considerata, assicuri una idoneità complessiva analoga a quella che si richiede all'impresa singola.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si può concludere che, ai fini del superamento del vaglio di cui all'art.37 ter della Legge Merloni, i requisiti di cui alle lettere a) e b) dell'art.98 debbono essere posseduti dalla capogruppo nella misura prevista dall'art.95 comma 3 del DPR 554/99 che così testualmente dispone *“ per le ATI verticali i requisiti economico – finanziari e tecnico organizzativi sono posseduti dalla capogruppo nella categoria prevalente”*.

Al contrario, per quanto riguarda i promotori che siano prestatori di servizi, in assenza di una normativa specifica nel Dlgs. 157/95, il parametro cui riferire i requisiti economico – finanziari posseduti da ciascuna - per effetto di una interpretazione estensiva di quanto espressamente previsto per i lavori pubblici riguardo le imprese mandanti di un ATI verticale – può essere rappresentato dal valore del servizio prestato da ciascuna di esse; quanto invece, ai requisiti di cui alle lettere c) e d), il possesso dei requisiti relativi alla gestione dei servizi affini si concentra sui promotori - gestori dei servizi, cui è chiesto di assicurare che l'entità nel suo complesso possieda una idoneità di gestione proporzionata all'intervento da realizzare.

generali diverse dalla prevalente indicate nel bando di gara quando l'importo di ciascuna di esse sia superiore al 15 % dell'importo complessivo dell'intervento da realizzare.