

**La finanza di progetto  
osservazioni e proposte**

Assemblea  
9 aprile 2008

PREMESSA	pag. 3
PARTE PRIMA	
Il partenariato pubblico e privato	pag 4
La finanza di progetto come filosofia d'investimento	pag. 5
Le esigenze di correzioni normative nello studio CNEL 2002	pag. 8
Una prima esigenza: programmazione efficiente delle opere pubbliche	pag. 11
Una prima novità: l'avviso indicativo	pag 12
I requisiti del promotore	pag. 14
Il contenuto della proposta	pag. 15
La valutazione della proposta	pag. 17
Il diritto di prelazione del promotore	pag. 19
La procedura di gara e la procedura negoziata	pag. 20
Gli indennizzi	pag. 21
Le società di progetto	pag. 22
Le novità del nuovo Codice degli appalti	pag. 23
Il privilegio sui crediti	pag. 24
Il leasing immobiliare	pag. 25
La ripartizione dei rischi	pag. 26
PARTE SECONDA	
Gli elementi di criticità e le opinioni emerse nel corso delle audizioni	pag. 29
Lo stato dell'arte e le prospettive a breve	pag. 29
Le opere puntuali e le opere estese	pag. 31
Il problema della ripartizione dei rischi	pag. 32
Gli strumenti finanziari	pag. 33
Un problema particolare: i porti	pag. 34
Gli strumenti in grado di riequilibrare l'asimmetria conoscitiva e organizzativa tra pubblico e privato	pag. 36
PARTE TERZA	
Le considerazioni conclusive e le proposte	pag.38
I problemi da risolvere	pag.39

Il disegno del meccanismo

pag.40

Le proposte

pag.42

## **Premessa**

Nel febbraio 2002 il CNEL ha pubblicato nella serie “Pronunce” il documento intitolato “Il finanziamento delle opere pubbliche: il *project financing*” (da ora in poi documento CNEL '02). Il quadro normativo allora era molto lontano da quello attuale e ruotava fondamentalmente intorno alla cd. Legge Merloni ter (Legge n. 415/98), che per prima aveva introdotto nel nostro ordinamento giuridico un'espressa disciplina della Finanza di progetto.

In una prospettiva di continuità rispetto al passato e volendo mantenere una forte attenzione sullo stato evolutivo della Finanza di progetto, la V Commissione intende con questo nuovo testo di Osservazioni e proposte rispondere alle esigenze e alle osservazioni che emergono dalle parti sociali, raccogliendole e rielaborandole in forma di proposta per superare difficoltà di applicazione e contribuire al miglioramento di questo importante strumento di politica delle infrastrutture. (\*)

---

\* Alla stesura del documento hanno collaborato: Sergio Bologna, Alberto Carzaniga, Alessandro Zuccaro, Elisabetta Bettini. La Commissione V e il GdL su “Il project financing” si sono avvalsi del contributo delle audizioni a ABI, AGI, AISCAT, ANCE, ANCI, IGI, RFI, Fondo italiano per le infrastrutture, Ministero delle infrastrutture, Ministero dei trasporti, Unità tecnica finanza di progetto, Autorità portuale di Savona, Autorità portuale di Civitavecchia, svoltesi nell'autunno 2007.

## Parte prima

### Il partenariato pubblico privato

Nell'affrontare una tematica così delicata e complessa quale la finanza di progetto è bene tener presente che essa si colloca all'interno di una più vasta gamma di interventi finalizzati al coinvolgimento dei capitali privati per la realizzazione di opere pubbliche, denominati sinteticamente come forme di *partenariato pubblico privato*. La finanza di progetto non è uno strumento meramente tecnico di ingegneria finanziaria, ma uno strumento che presuppone una scelta politica preventiva e una coerenza da parte dell'amministrazione pubblica nel perseguirla, con particolare riferimento alla tematica generale delle privatizzazioni. Per alcuni essa è la forma più evoluta della politica dei servizi pubblici.

Una definizione unitaria di questo strumento non esiste, riportiamo pertanto le proposte definitorie di alcune istituzioni.

Secondo la Commissione Europea<sup>1</sup>, si tratta di “forme di cooperazione tra autorità pubbliche e mondo dell'impresa che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio” e che possono così classificarsi:

- partenariato puramente contrattuale: laddove il rapporto tra soggetto pubblico e soggetto privato è fondato esclusivamente su un legame contrattuale;
- partenariato istituzionalizzato: implica, invece, una cooperazione tra il settore privato e quello pubblico, in seno a un'entità distinta.

Secondo la Banca Europea per gli Investimenti si può parlare di *partenariato pubblico privato* quando siano stati soddisfatti i seguenti requisiti:

- 1) deve esserci un'iniziativa pubblica;
- 2) deve esserci un progetto chiaramente definito;
- 3) deve esserci una condivisione dei rischi con il settore privato;
- 4) deve esserci un contratto limitato nel tempo tra pubblico e privato;
- 5) deve esserci chiara separazione tra il soggetto che prende danaro a prestito e il settore pubblico.

Ai fini di questo documento, è utile aggiungere le seguenti precisazioni:

---

<sup>1</sup> Definizione contenuta nel Libro Verde del 30 Aprile 2004, in proposito vedi anche la definizione contenuta nella risoluzione n. 43 del 2006 del Parlamento europeo

- a) si intende analizzare una modalità di finanziamento di “attività atte a produrre servizi pubblici”: il fine è il servizio, il mezzo è “l’attività che produce il servizio”,
- b) si parla di un complesso di attività che va dal progetto alla costruzione, al finanziamento, alla produzione e alla vendita del servizio, al pagamento del debito e del capitale;
- c) si assume come obiettivo centrale di questa politica l’averne più opere e quindi più servizi con meno debito pubblico garantendo ex post il servizio del debito e la copertura dell’eventuale deficit di gestione, con opportune “tariffe ombra” integrative di quelle reali pagate dal cliente per il servizio;
- d) si assume che i parametri fondamentali di tali interventi strutturati siano la qualità del servizio e il livello delle tariffe;
- e) si ritiene, conseguentemente, che la cosiddetta “bancabilità del progetto” sia di cruciale importanza.

E’ pertanto indispensabile una costruzione finanziaria equilibrata, attraverso la quale si massimizzi la partecipazione di capitale privato (sia di rischio che di debito); si trovi un equilibrio sull’allocazione dei rischi accettato e contrattualmente verificato e regolato nel tempo; si minimizzi il “valore attuale” del denaro pubblico necessario durante l’intera vita utile dell’iniziativa.

### **La finanza di progetto come filosofia d’investimento**

Da un punto di vista economico, il *project financing* è un’operazione di finanziamento di un soggetto economico nella quale il finanziatore fa affidamento

- sui flussi di cassa e sugli utili della stessa come fonte per il rimborso del prestito;
- sul patrimonio come garanzia<sup>2</sup>.

Si tratta, pertanto, di una filosofia d’investimento che non si basa sulla capacità d’indebitamento del soggetto economico e, quindi, su garanzie di tipo personale e reale, bensì sulla futura redditività del progetto e, conseguentemente, sulla qualità dell’idea a fondamento di tutta l’operazione.

Proprio tale peculiarità ha fatto sì che la finanza di progetto venisse considerata una tecnica particolarmente idonea a convogliare i capitali privati nella realizzazione di progetti concernenti infrastrutture di notevole complessità tecnica ed economica, evitando il ricorso esclusivo alle risorse pubbliche che le avrebbe rese irrealizzabili nell’attuale quadro di finanza pubblica.

Si tratta di operazioni che implicano il coinvolgimento di diversi soggetti, ciascuno dei quali si caratterizza per lo specifico ruolo ricoperto. Ogni soggetto è parte di una complessa struttura

---

<sup>2</sup> K.P. Nevitt, “Project Financing”, London, 1983.

reticolare che ruota attorno a un'entità giuridica distinta, appositamente creata per l'esecuzione del progetto e denominata Società di progetto (SPV, Special Purpose Vehicle).<sup>3</sup>

Da un lato, stanno i soggetti pubblici decisori che devono programmare le infrastrutture, definire i livelli qualitativi del servizio, regolare l'intera procedura; dall'altro, i promotori, che, dopo aver individuato un progetto di interesse economico, compatibile con la realizzazione tramite *project financing* e rientrante nel quadro di interventi che rivestono un pubblico rilievo, provvedono a predisporre a proprie spese la prima documentazione di carattere tecnico-economico anche per proporla a eventuali finanziatori.

“Altri soggetti coinvolti sono i costruttori, che potrebbero coincidere o essere diversi dai promotori. Si tratta di società di ingegneria, di progettazione, di costruzione e fornitura o società aventi carattere misto, costituite dai soggetti prima elencati insieme ai soggetti finanziatori”.<sup>4</sup>

Questi ultimi sono suddivisi in due categorie, gli investitori e i finanziatori.<sup>5</sup>

La molteplicità di soggetti coinvolti determina una complessa ricostruzione dei rapporti giuridici all'interno del *project financing*, che si traduce nel ricorso a varie figure contrattuali.

La finanza di progetto affianca alla particolare flessibilità economica la mancanza di un'autonoma rilevanza quale istituto giuridico, essendo “il risultato del collegamento funzionale fra molteplici rapporti giuridici”.<sup>6</sup> La sua atipicità contrattuale, infatti, ha origine e diffusione in sistemi giuridici quali quelli di *common law*, caratterizzati, tradizionalmente, da una forte flessibilità in materia negoziale.

E' quindi al diritto anglo-americano che bisogna guardare per individuarne i principali modelli:

---

<sup>3</sup> “La scelta della costituzione di una società di progetto è solitamente operata al fine di conseguire l'obiettivo di separare il fabbisogno finanziario della società da quello dei promotori. Notevoli sono i benefici che derivano da questa scelta sia per i finanziatori sia per gli sponsor del progetto. I finanziatori non rischiano che l'eventuale insolvenza degli sponsor possa incidere negativamente sul rimborso del proprio prestito, dato che i proventi della gestione dell'opera vengono direttamente versati alla società di progetto, che provvederà poi a farglieli pervenire. Tecnicamente ciò viene realizzato grazie alla costituzione da parte della stessa società di un conto vincolato (*escrow account*) gestito da un fiduciario, dove vengono fatti confluire i proventi della gestione dell'opera. La ripartizione dei proventi verrà effettuata dal fiduciario, che provvederà ad assegnare alle *project company* le risorse necessarie per far fronte ai costi di esercizio, mentre il resto verrà destinato al soddisfacimento dei finanziatori. Nello stesso tempo gli sponsor, non avendo direttamente contratto alcun debito, non vedono diminuita la loro capacità di indebitamento, CNEL, op. cit. p. 58.

<sup>4</sup> Ivi, p. 56.

<sup>5</sup> “Da un lato, vi sono gli investitori, ossia i promotori o la pubblica amministrazione, interessati alla realizzazione dell'opera, che coprono con capitale proprio una quota, solitamente non eccedente la misura del 30 per cento, del finanziamento complessivo necessario per l'esecuzione del progetto. Dall'altro lato, vi sono i finanziatori in senso stretto. Si tratta di soggetti pubblici o privati prestatori di mezzi di terzi, che forniscono il capitale necessario per la realizzazione dell'intervento, assumendosi conseguentemente quote di rischio. I gestori a loro volta, possono coincidere o meno con i promotori e/o con i costruttori. Anche nell'ipotesi in cui non vi sia alcuna coincidenza soggettiva tra chi esegue il progetto e chi successivamente interviene nella veste di gestore, è necessario sottolineare la stretta relazione di interdipendenza tecnica che si viene a creare tra questi due soggetti. La remunerazione del costruttore per la prestazione della propria opera dipende in via diretta dai buoni risultati conseguiti dal gestore, il quale, a sua volta, può operare al meglio e con maggior successo solo se vi è stata un'esecuzione dell'opera corretta e funzionale alla successiva attività di gestione”, Ivi, p. 57.

<sup>6</sup> In tal senso l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, Atto di regolazione n.34 del 18 Luglio 2000, in <http://www.autoritalavoripubblici.it/del/det34.html>.

- il B.T.O. (*Build Transfer Operate*) è il modello più utilizzato<sup>7</sup>. In questo caso, lo stesso realizzatore funge da finanziatore e, una volta realizzata l'opera, non ne trasferisce immediatamente la proprietà al soggetto appaltante, ma la gestisce lui stesso fintanto che i proventi realizzati abbiano raggiunto un livello tale da assicurargli il compenso che gli è dovuto;
- il B.O.O. (*Build Own and Operate*)- tipologia abbastanza simile alla precedente - mantiene lo stesso schema dell'operazione, con la differenza che, al termine del periodo di concessione, e quindi di gestione dell'opera, vi è la rinegoziazione degli accordi, anziché l'automatico trasferimento della proprietà della stessa. Si tratta di una struttura più elastica che consente un miglioramento del profilo reddituale, qualora questo si sia rivelato meno economico del previsto;
- il B.L.T. (*Build Lease Transfer*) –è basato su un contratto di leasing: il locatore (società di leasing) concede al locatario, a fronte della corresponsione di un canone periodico, la disponibilità di un bene acquistato o realizzato dalla società di leasing locatrice su indicazione dell'utilizzatore-locatario.

Sotto il profilo delle garanzie attivate le figure di *project financing* sono distinte in quattro categorie:

- a) *project financing* con garanzie dirette e incondizionate (*full recourse project financing*), che è sicuramente la figura più distante dallo schema classico, poiché assicura una copertura totale dei rischi a favore dei finanziatori;
- b) *project financing* con garanzie limitate (*limited recourse project financing*) che costituisce lo schema più utilizzato, perché assicura un trasferimento dei rischi che gravano sui finanziatori sugli sponsor. Questo modello presenta, tuttavia, elementi di maggiore difficoltà di realizzazione a causa delle numerose contrattazioni che ne costituiscono il sostrato necessario;
- c) *project financing* con garanzie indirette, che si distingue dalla precedente figura in quanto i rischi sono trasferiti su soggetti terzi, comunque interessati alla conclusione positiva dell'operazione;
- d) *project financing* senza garanzia di rivalsa o puro (*no recourse project financing*) quando non è prevista alcuna garanzia a favore dei finanziatori, che hanno quale esclusiva fonte di soddisfacimento il *cash flow* derivante dalla gestione dell'opera. In caso di fallimento del progetto, i finanziatori possono rivalersi unicamente sul

---

<sup>7</sup> Si sono realizzati su una struttura principale di B.T.O.: il tunnel sotto la Manica, il ponte autostradale di Dartford sul Tamigi, le metropolitane di Bangkok e Singapore, la linea ferroviaria ad alta velocità della Florida, il ponte sul Bosforo.



patrimonio della *project company* finanziata. In concreto sono molto poche le esperienze di tale tipo.

### **Le esigenze di correzioni normative nello studio del CNEL**

Nell'affrontare una disamina dei fattori ostativi a una più ampia diffusione della finanza di progetto, il documento CNEL strutturava le proprie osservazioni secondo due prospettive: una di carattere generale, l'altra con un profilo più specifico e dettagliato.

Per quanto riguarda la prima, si sottolineava:

- l'esigenza di un quadro normativa unitario, poiché l'inserimento della disciplina positiva negli articoli dal 37 bis al 37 nonies della Legge quadro sui Lavori pubblici (109/94) rendeva difficile l'utilizzo di tale l'istituto. Da questa scelta d'ingegneria normativa derivava una restrizione eccessiva del campo di applicazione della finanza di progetto. Ne restava, infatti, precluso l'utilizzo nell'ambito di quei servizi pubblici che non richiedessero la realizzazione di nuove opere e in quello della riqualificazione urbana;
- la necessità di un potenziamento dell'attività di programmazione della pubblica amministrazione (PA). In questo contesto, si ricordava l'importanza di un'effettiva interlocuzione con i soggetti preposti istituzionalmente a svolgere funzione di consulenza, come l'Unità Tecnica della Finanza di progetto (UTFP).
- l'esigenza dell'emanazione di leggi specifiche per alcuni settori cruciali delle infrastrutture, come ad esempio quello delle risorse idriche.

Si individuavano come aspetti prioritari su cui intervenire:

- i limiti disincentivanti dovuti alla previsione della concessione di costruzione e gestione quale strumento per la realizzazione della finanza di progetto nel nostro ordinamento, senza la previsione di alcune deroghe. In particolare, con riguardo alla durata (30 anni), al limite di contribuzione pubblica da parte dell'ente aggiudicatario (50% dell'importo complessivo dell'opera) e all'obbligo di subappalto (del 30% o 40% a seconda dei casi);
- la disciplina relativa alla società di progetto, con particolare riguardo ad aspetti cruciali quali: la mobilitazione delle quote di partecipazione; l'emissione di obbligazioni; il recesso e la risoluzione del contratto per inadempimento; l'ipotesi di subentro delle banche o di un terzo da loro indicato nella conduzione del progetto, nel caso di inadempienza del concessionario;
- alcune incertezze derivanti dalla disciplina della procedura della finanza di progetto ad iniziativa privata e, in particolare, l'asseverazione del piano economico finanziario da parte delle banche, la natura perentoria e ordinatoria dei termini che scandiscono le fasi della

procedura stessa e la tassatività o meno dell'elenco dei documenti costituenti il contenuto della proposta del promotore;

- i limiti alla discrezionalità e ai poteri di emendamento della PA nello svolgere la valutazione delle proposte presentate dai possibili promotori;
- la complessità della procedura per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione bipartita nei due sub-procedimenti, rispettivamente di licitazione privata (per la individuazione dei due *competitors*) e di procedura negoziata (per il confronto tra le offerte dei *competitors* e quella del promotore);
- la tutela degli *intellectual property rights*, affinché si introducesse una forma di protezione maggiore per il promotore (si prospettava la soluzione di offrire gli elementi costitutivi dell'offerta ai competitori in forma sintetica).

Sul precedente impianto normativo il legislatore, è intervenuto ripetutamente anche a seguito delle proposte formulate dal CNEL

Tab. 1 ALCUNE TRA LE NOVITA' PIU' IMPORTANTI DELLA legge n. 166/02

	AMBITO INTERVENTO	NOVITA' INTRODOTTE
1	TERMINI per la presentazione delle proposte da parte degli aspiranti promotori	Proroga al 31 dicembre del termine per presentare proposte quando al 31 giugno non siano pervenute all'amministrazione proposte per il medesimo intervento. Le successive scadenze non sono più "a data fissa"...
2	PRELAZIONE del PROMOTORE	Introduzione del diritto del promotore di adeguare la propria proposta a quella giudicata più conveniente e diventare aggiudicatario della concessione..
3	ESTENSIONE AMBITO APPLICATIVO della FINANZA di PROGETTO a INIZIATIVA PUBBLICA	La possibilità, qualora l'amministrazione concedente disponga già di una progettazione definitiva o esecutiva, di limitare l'oggetto della concessione quanto alla prestazione di carattere progettuale, alla revisione della progettazione o al suo completamento da parte del concessionario

4	MAGGIORE COOPERAZIONE tra PUBBLICO e PRIVATO GIA' IN FASE di PROGRAMMAZIONE	L'introduzione della figura del <u>proponente</u> ; ovvero di soggetti pubblici o privati che nell'ambito della fase di programmazione triennale, possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte di intervento e studi di fattibilità relativi alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità. La presentazione non determina né diritti per il proponente, né obblighi per le amministrazioni che hanno la facoltà di valutare l'opportunità o meno di adottare, nell'ambito dei programmi, le proposte di intervento e gli studi ritenuti di pubblico interesse.
5	FIGURA del PROMOTORE	L'esplicita introduzione della possibilità per la banche e le camere di commercio di acquisire la veste di promotore
6	AVVISO INDICATIVO	L'introduzione dell'obbligo per la PA di rendere nota nei programmi la presenza di interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica. L'avviso deve contenere i criteri in base ai quali verrà effettuata la valutazione delle proposte
7	1° LIMITE FIGURA CONCESSIONE: OBBLIGO DI SUBAPPALTO	L'eliminazione dell'obbligo per il concessionario di appaltare a terzi una quota minima del 30% dei lavori oggetto della concessione
8	2° LIMITE FIGURA CONCESSIONE: LIMITE TEMPORALE	L'eliminazione del limite di trenta anni quale durata massima della concessione
9	3° LIMITE FIGURA CONCESSIONE: IL TETTO AL CONTRIBUTO PUBBLICO	L'eliminazione del tetto del 50% del finanziamento pubblico, svincolandolo dall'ipotesi in cui il concessionario sia tenuto a praticare tariffe o prezzi amministrati o controllati.
10	MOMENTO DEL PAGAMENTO DEL CONTRIBUTO PUBBLICO	Possibilità di effettuare il pagamento del contributo pubblico anche in corso d'opera
11	CONTRIBUTO PUBBLICO: POSSIBILITA' CESSIONE BENI IMMOBILI	Definitiva accettazione dell'interpretazione secondo cui il prezzo-contributo può essere rappresentato da una qualsiasi utilità suscettibile di valutazione economica e pertanto anche dalla cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili nella disponibilità della PA
12	SOCIETA' di PROGETTO: AFFIDAMENTO dei LAVORI	I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte della società di progetto si intendono realizzati e prestati in proprio, anche nel caso siano affidati direttamente ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme.

13	SOCIETA' di PROGETTO: RESPONSABILITA' SOLIDALE dei SOCI	Nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte della pubblica amministrazione, i soci della società restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti dell'amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito.
14	SOCIETA' di PROGETTO: MOBILITA' QUOTE di PARTECIPAZIONE	E' il contratto di concessione che stabilisce le modalità di cessione delle quote della società. Fondamentale è al riguardo la distinzione tra soci-apportatori e non.

Oggi tutte queste norme sono definitivamente confluite nel D. lgs. n. 163/06 e successive modifiche e integrazioni, il cd. "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" approvato in attuazione delle Direttive 2004\17\CE e 2004\18\CE .

In particolare, il Capo III della Parte II del Codice agli artt. 152 e seguenti. disciplina la finanza di progetto a iniziativa privata<sup>8</sup> e, quindi, la figura del promotore e della società di progetto, recependo la normativa a suo tempo compendiata dagli artt. 37 bis e seguenti del precedente testo della Legge quadro sui lavori pubblici. Va messa in evidenza una novità di non poco rilievo e cioè che, ai sensi del art. 152, comma 3 del Codice, tale disciplina si applica, in quanto compatibile, anche nel settore dei servizi.

### **Una prima esigenza: programmazione efficiente delle opere pubbliche**

In virtù della previsione dell'art. 37-bis, comma 1<sup>9</sup>, risulta evidente come il problema della capacità di programmazione della PA fosse intrinsecamente condizionato da un equivoco di fondo: la "finzione dell'iniziativa privata".

Era escluso, infatti, che il promotore potesse presentare una proposta di intervento nel senso pieno del termine, dovendosi in realtà limitare a sceglierne uno tra quelli proposti dalla PA.

<sup>8</sup> L'operazione di Finanza di progetto ivi disciplinata è, come noto, un meccanismo di iniziativa privata per la realizzazione di opere di pubblica utilità che si affianca all'istituto dell'affidamento in concessione, su iniziativa pubblica, dell'esecuzione e gestione dell'opera, in precedenza regolato dall'art. 19, comma 2, della L. n. 109\1994 ed oggi dall'art. 143 del Codice in esame.

Pur trattandosi in entrambi i casi di concessioni affidate dall'Amministrazione aggiudicatrice per la realizzazione di opere di pubblica utilità mediante il ricorso a finanziamenti di fonte privata, i due istituti presentano quale significativo elemento differenziale la fase dell'iniziativa.

Nella Finanza di progetto l'iniziativa è assunta direttamente dal privato promotore, mentre nella concessione di esecuzione e gestione l'iniziativa permane in capo all'Amministrazione aggiudicatrice che si carica direttamente di tutti gli oneri della fase propeedeutica.

<sup>9</sup> Prevedeva l'art. 37-bis, comma 1, : "Entro il 30 giugno di ogni anno i soggetti di cui al comma 2, di seguito denominati "promotori", possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale di cui all'articolo 14, comma 2, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente..."

L'esistenza di questo forte limite alla cooperazione tra pubblico e privato in fase di programmazione ha rappresentato una delle ragioni che hanno spinto il legislatore a introdurre un'interessante modifica<sup>10</sup> (vedi punto 4 della tabella) in base alla quale oggi è consentito sia ai soggetti pubblici che a quelli privati di presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito della fase di programmazione di cui all'art. 128 del Codice degli appalti (ex art. 14 della Legge n. 109/94) proposte di intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e studi di fattibilità. Alla figura del promotore si affianca, così, quella del proponente che, tuttavia, ha diversa natura e rilevanza. La presentazione di un'eventuale proposta del proponente non determina alcun obbligo di esame e valutazione in capo alla PA, al fine di una eventuale introduzione all'interno della programmazione pubblica.

In ultima analisi, sembrerebbe che l'apporto del privato si riduca a quello tradizionale di presentazione di osservazioni e/o memorie, al fine di apportare il proprio contributo nell'ambito del processo di formazione del piano triennale.

Il punto centrale resta comunque la capacità di programmazione della PA in senso stretto, indispensabile per la creazione di una disciplina verticale e orizzontale di riferimento. E' questo il nodo che, nonostante le modifiche apportate, deve ancora essere risolto. La programmazione triennale dei lavori pubblici, di cui all'art. 128 del codice degli appalti, in quanto strumento specifico e di settore, dovrebbe essere campo elettivo per una discrezionalità tecnica e pertanto preceduta da appositi studi di fattibilità. Conoscendo le ristrettezze di bilancio delle PA, le probabilità che questa realizzi una documentazione seria e completa non sono molte e comunque si misurano sulla capacità in senso lato dell'amministrazione a programmare. Non dobbiamo dimenticare che, ancor oggi, alla PA è attribuita non soltanto l'individuazione dei lavori pubblici rispondenti ai bisogni propri e della collettività, ma anche la valutazione, nell'ambito di questi, di quelli che siano suscettibili di gestione economica e la cui realizzazione sia finanziabile con capitali privati. In tal senso l'individuazione della figura del proponente non sembra aver cambiato molto le cose.

### **Una prima novità: l'avviso indicativo**

Il nuovo Codice conferma la scelta originaria di strutturare il procedimento unitario della finanza di progetto a iniziativa privata in una pluralità di fasi connesse e indirizzate allo stesso fine:

---

<sup>10</sup> Ci si riferisce all'introduzione all'art. 37-bis, intervenuta con legge n. 166/02, del seguente paragrafo: "I soggetti pubblici e privati possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito della fase di programmazione di cui all'art. 14 della presente legge, proposte di intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e di studi di fattibilità. Tale presentazione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti" oggi riconfuito all'interno dell'art. 153 del Codice degli appalti.

- adeguata pubblicità,
- scelta del promotore sulla base della valutazione, anche comparativa, delle proposte presentate,
- individuazione dei soggetti competitori con il promotore attraverso una gara a evidenza pubblica<sup>11</sup> con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa,
- successiva procedura negoziata fra il promotore e i due competitori<sup>12</sup> prescelti in esito alla procedura di cui sopra.

La pubblicazione dell'avviso indicativo da parte della PA rappresenta il *trait d'union* che consente di passare dall'analisi della programmazione della PA a quella della disciplina del promotore e della procedura della finanza di progetto su iniziativa privata (con le precisazioni chiarite precedentemente). L'obbligo per la PA di pubblicare uno specifico avviso indicativo, di cui all'art. 153, comma 3<sup>13</sup>, del Codice degli appalti, al fine di render nota la presenza, all'interno degli strumenti programmatori citati, di interventi realizzabili con capitali privati, è stato introdotto dalla legge n. 166/02<sup>14</sup> (vedi punto 6 della tabella). L'innovazione maggiormente significativa in tema di avviso indicativo si è avuta con le modifiche introdotte con la legge n. 62/05 (cd. Legge comunitaria per il 2004), rese necessarie dall'apertura di una procedura d'infrazione da parte della Commissione Europea<sup>15</sup> e nuovamente confluite nell'art. 153, comma 3, del Codice degli appalti. Oggi, pertanto, "l'avviso deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'art. 154, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte". Si avrà modo in seguito di constatare quali effetti abbia avuto tale modifica sui margini di manovra della PA, in tema di valutazione delle proposte.

---

<sup>11</sup> Tale gara sarà ex art. 55 del Codice dei contratti di preferenza (non obbligatoriamente quindi) una procedura ristretta.

<sup>12</sup> Nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto, la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto.

<sup>13</sup> Così il comma 3, come modificato da ultimo dal D. lgs. n. 113/07 : "Entro novanta giorni dall'avvenuta approvazione dei programmi di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici rendono pubblica la presenza negli stessi programmi di interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica, pubblicando un avviso indicativo, mediante affissione presso la propria sede per almeno sessanta giorni consecutivi, nonché pubblicando lo stesso avviso sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7, con le modalità ivi previste, e sul proprio profilo di committente. Fermi tali obblighi di pubblicazione, le amministrazioni aggiudicatrici hanno facoltà di pubblicare lo stesso avviso facendo ricorso a differenti modalità, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 2 del codice. L'avviso deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'articolo 154, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte."

<sup>14</sup> Più precisamente l'art. 7, comma 1, della legge n. 166/02 integrava l'art. 37-bis della legge n. 109/94. disposizioni oggi tutte trasfuse appunto nell'art. 153 del D. lgs. n. 163/06.

<sup>15</sup> La procedura d'infrazione n. 2001/2182 è stata avviata dalla Commissione Europea ai sensi dell'art. 226 del Trattato dell'Unione Europea.

## I requisiti del promotore

I soggetti aventi titolo a presentare proposte, perché concorrenti ordinari, rispettivamente, delle gare d'appalto di lavori e di quelle di progettazione, sono il cd. promotore-costruttore ed il cd. promotore-progettista.

Con la chiara intenzione di estendere l'ambito di applicazione della finanza di progetto, è intervenuta la legge n. 166/02 (vedi punto 5 della tabella). Sulla scia della precedente interpretazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici sono state introdotte tra i soggetti ammessi, le Fondazioni bancarie<sup>16</sup> e le Camere di commercio. Le prime per favorire l'ingresso nel settore di un considerevole flusso economico e le seconde per la loro capacità di recepire le esigenze del territorio, nel quale sviluppano la loro attività istituzionale. Punto d'arrivo di questa evoluzione normativa è attualmente l'art. 153<sup>17</sup> del Codice degli appalti. Bisogna rilevare,<sup>19</sup> infine, come sia ormai acclarato che il promotore stesso debba essere in possesso dei requisiti propri del concessionario<sup>20</sup> al momento di promuovere la gara, mentre al momento della presentazione della proposta appare sufficiente il possesso dei requisiti di cui all'art. 99 del DPR 554/99.

---

<sup>16</sup> Per una prima apertura nei confronti delle Fondazioni bancarie si veda la Determinazione n. 20 del 2001 dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici.

<sup>17</sup> Così l'art. 153, comma 2, D. lgs. n. 163/06: "Possono presentare le proposte di cui al comma 1 i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché i soggetti di cui agli articoli 34 e 90, comma 2, lett b), eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi".

<sup>18</sup> Così la determinazione n. 20 del 2001 di cui sopra: "E' da rilevare, tuttavia, che scopo della norma in esame è di consentire la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni anche ai gestori-non costruttori [...] Il legislatore ha peraltro previsto, al fine di non precludere l'accesso a soggetti che non hanno mai svolto gestione di servizi affini, la sostituibilità del requisito relativo alla capacità tecnica- gestionale con indici di adeguata solidità economica atti ad adeguatamente garantire l'amministrazione sotto il connesso profilo della capacità patrimoniale."

<sup>19</sup> Così la determinazione n. 20 del 2001 di cui sopra: "E' da rilevare, tuttavia, che scopo della norma in esame è di consentire la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni anche ai gestori-non costruttori [...] Il legislatore ha peraltro previsto, al fine di non precludere l'accesso a soggetti che non hanno mai svolto gestione di servizi affini, la sostituibilità del requisito relativo alla capacità tecnica- gestionale con indici di adeguata solidità economica atti ad adeguatamente garantire l'amministrazione sotto il connesso profilo della capacità patrimoniale."

<sup>20</sup> Requisiti così delineati all'interno dell'art. 98 del regolamento d'attuazione: "I soggetti che intendono partecipare alle gare per l'affidamento di concessione di lavori pubblici, se eseguono lavori con la propria organizzazione di impresa, devono essere qualificati secondo quanto previsto dagli articoli 8 e 9 della legge con riferimento ai lavori direttamente eseguiti, ed essere in possesso dei seguenti ulteriori requisiti economici-finanziari e tecnico-organizzativi: a) fatturato medio relativo all'attività svolta negli ultimi cinque anni antecedenti la pubblicazione del bando non inferiore al dieci per cento dell'investimento previsto per l'intervento; b) capitale sociale non inferiore ad un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento; c) svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al cinque per cento dell'intervento previsto per l'intervento; d) svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad almeno il due per cento dell'investimento previsto per l'intervento. In alternativa ai requisiti previsti alle lettere c) e d) del comma 1, il concessionario può incrementare i requisiti previsti dalle lettere a) e b) nella misura fissata nel bando di gara, comunque compresa fra il doppio ed il triplo. Se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione, deve essere in possesso esclusivamente dei requisiti di cui al comma 1, lettere a), b), c) e d). Qualora il candidato alla concessione sia costituito da un raggruppamento temporaneo di soggetti o da un consorzio, i requisiti previsti dal comma 1, lettere a) e b), devono essere posseduti dalla capogruppo, dalle mandanti o dalle consorziate nella misura prevista dall'art. 95."

## **Il contenuto della proposta**

La disciplina sul contenuto della proposta<sup>21</sup> rappresenta, dal punto di vista dell'architettura normativa, un elemento molto importante in cui si incrociano tre delle questioni precedentemente evidenziate:

- la tassatività dell'elencazione dei documenti che devono formare il contenuto della proposta dell' aspirante promotore,
- l'asseverazione da parte degli istituti di credito, o delle società di revisione, del Piano Economico Finanziario,
- la perentorietà o meno dei termini che scandiscono le fasi della procedura.

Per quanto riguarda il primo punto la proposta del promotore deve contenere, ai sensi dell'art. 153, comma 1, tutta una serie di documenti di natura tecnica, economica e legale, quali:

- a) lo studio di inquadramento territoriale e ambientale; lo studio di fattibilità, relativo all'analisi della domanda e dell'offerta utile a valutare il possibile uso dell'opera, agli aspetti di carattere finanziario della gestione, nonché alla fattibilità tecnica, istituzionale, ambientale e finanziaria<sup>22</sup>; il progetto preliminare; la bozza di convenzione; il piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da una società di revisione; la specifica delle caratteristiche del servizio e della gestione;
- b) l'indicazione degli elementi di cui all'art. 83, comma 1, che costituiscono la base su cui l'amministrazione si pronuncia ai fini dell'affidamento della concessione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- c) l'indicazione delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice (che debbono essere solo indicate in questa fase e non ancora offerte concretamente);
- d) l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione, comprensivo dei diritti sulle opere dell'ingegno, di cui all'art. 2578 del Codice civile.

E' bene segnalare che, a questo proposito, si è verificata un'inversione di tendenza.

Si affermava, infatti, nel già citato documento del CNEL<sup>23</sup>, che tale elencazione non fosse tassativa. La giurisprudenza, tuttavia, ha sottolineato come l'art. 37-bis (oggi art. 153 del Codice degli appalti) "reca invero una elencazione analitica dei contenuti indefettibili delle proposte dei promotori"<sup>24</sup>.

La questione ci rimanda ad un'altra modifica, introdotta dalla legge n. 1666/02, laddove la norma dispone che "entro quindici giorni dalla ricezione della proposta le amministrazioni aggiudicatrici

---

<sup>21</sup> Prima contenuta nell'art. 37-bis della legge quadro sui lavori pubblici, oggi all'art. 153, comma 1, del D. lgs. 163/06.

<sup>22</sup> Così già in CNEL, op.cit..

<sup>23</sup> CNEL, op. cit., pag. 65.

<sup>24</sup> In Consiglio di Stato, sez. V, 2005, sentenza n. 1802



provvedano: [...] b) alla verifica della completezza dei documenti presentati e alla eventuale dettagliata richiesta di integrazione”<sup>25</sup>.

In proposito, il Consiglio di Stato ha evidenziato che, qualora a mancare siano dei contenuti strutturali della proposta, e non elementi meramente estrinseci, non è concepibile alcuna regolazione postuma che “si risolverebbe, a ben vedere, in una nuova proposta”<sup>26</sup>. E’, pertanto, preclusa la possibilità di ritenere valida una proposta che risulti obiettivamente priva dei requisiti minimi per poter essere qualificata come tale.

D’altra parte, lo stesso Consiglio ha affermato la possibilità di procedere a integrare l’asseverazione del piano economico-finanziario, successivamente alla presentazione della proposta, “dacché l’adempimento in questione non postula alcun intervento sul contenuto del piano economico-finanziario posto a corredo della proposta”<sup>27</sup>.

Di inversione di tendenza, o quanto meno di equivoco interpretativo, sembra potersi parlare anche in relazione alla seconda delle tre questioni sopra segnalate: l’asseverazione del piano economico-finanziario da parte delle banche o delle società di revisione. La definizione di tale attività da parte dell’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici nella determinazione n. 34 del 18 Luglio 2000 - come “esercizio di una funzione di rilevanza pubblicistica”- ha dato inizio a un intenso dibattito, tra questa e l’ABI, sull’interpretazione del suo contenuto, della sua valenza e delle relative conseguenze in ordine alle responsabilità dei vari soggetti coinvolti<sup>28</sup>. Va segnalato che l’Autorità stessa ha cercato di trovare una soluzione precisando che la posizione giuridica del soggetto asseverante è di diritto privato, trattandosi di “un rapporto giuridico tra privati, cioè tra l’istituto di credito ed il soggetto promotore”, senza poter negare, tuttavia, una rilevanza pubblicistica nel senso che “l’amministrazione, pur nell’assoluta autonomia della propria valutazione della proposta, assume le proprie determinazioni senza rivalutare il contenuto dell’asseverazione, ma utilizzando la stessa come uno degli elementi su cui basare le successive valutazioni”<sup>29</sup>.

In quanto al problema della perentorietà o meno dei termini che scandiscono le diverse fasi della procedura, il riferimento normativo si trova nell’art. 153 del Codice degli appalti, per cui “Le proposte sono presentate entro 180 giorni dalla pubblicazione dell’avviso indicativo di cui al comma 3”. Il comma 3 prevede, infatti, un termine di 90 giorni per la pubblicazione dell’avviso decorrente dall’approvazione del programma triennale.

---

<sup>25</sup> art. 153, comma 3, lettera b), del D. lgs. 163/06 s.m.i.

<sup>26</sup> Sempre nella sentenza citata., il Consiglio di Stato afferma tra l’altro: “[...] In questo senso si traggono, del resto, significative conferme dallo stesso tenore letterale del comma 2-ter, let. b), dell’art. 37-bis, che espressamente riferisce la verifica di completezza, nonché l’eventuale dettagliata richiesta di integrazione, ai soli documenti” e ancora “In altre parole, la legge indubbiamente contempla un’ampia possibilità di integrazione, sotto il profilo formale, della documentazione già tempestivamente prodotta, ma certamente non consente all’amministrazione aggiudicatrice di sollecitare un proponente ad articolare il contenuto minimo essenziale della sua offerta.”

<sup>27</sup> Ancora in sentenza citata.

<sup>28</sup> Aspetto quest’ultimo peraltro già ben evidenziato proprio all’interno del documento CNEL, op. cit. pag. 22.

<sup>29</sup> Così in Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, Atto di regolazione n. 14 del 2005

Parallelamente vengono modificati anche i termini per l'attività della PA, attualmente non più a data fissa. Pertanto, “la pronuncia delle amministrazioni aggiudicatrici deve intervenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta del promotore”<sup>30</sup> e l'indizione della gara, al fine di individuare i due migliori competitori, deve intervenire “entro tre mesi dalla pronuncia di cui all'art. 154”<sup>31</sup>.

In più, come già si era osservato prima, “entro quindici giorni dalla ricezione della proposta, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono:

- a) alla nomina e comunicazione al promotore del responsabile del procedimento;
- b) alla verifica della completezza dei documenti presentati e a eventuale dettagliata richiesta di integrazione”<sup>32</sup>.

Va segnalata, in tale contesto, la recentissima modifica apportata dal D. lgs. n. 113/07 che elimina la possibilità per il responsabile del procedimento di concordare “ per iscritto con il promotore un più lungo programma di esame e valutazione”<sup>33</sup>.

Il CNEL auspica che questo possa essere un primo segnale per una presa di coscienza generale dell'importanza del tempo in fenomeni così complessi come la finanza di progetto.

### **La valutazione della proposta**

La valutazione della proposta, in precedenza normata dall'art. 37-ter della legge 109/94, è disciplinata dall'art. 154<sup>34</sup> del Codice degli appalti, con un testo che può ritenersi perfettamente coincidente con la disposizione originaria.

In proposito, peraltro, è bene ricordare come fosse già acquisita (e messa in evidenza anche nel documento del CNEL<sup>35</sup>) l'impostazione operata dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici con la determinazione n. 20 del 2001, per la quale l'attività valutativa “deve essere compiuta in due distinte fasi”.

---

<sup>30</sup> V. art. 154 del D. lgs. n. 163/06 s.m.i.

<sup>31</sup> V. art. 155 del D. lgs. n. 163/06 e s.m.i.

<sup>32</sup> così art. 153, comma 3, del D. lgs. n. 163/06 e s.m.i.

<sup>33</sup> Possibilità questa precedentemente prevista dall'art. 154 del D. lgs. n. 163/06

<sup>34</sup> Art. 154 del D. lgs. 163/06 e s.m.i., così testualmente : “Le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico e ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse. La pronuncia delle amministrazioni aggiudicatrici deve intervenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta del promotore”.

<sup>35</sup> CNEL; op. cit.

La prima, di natura pregiudiziale<sup>36</sup>, ha come oggetto l'ammissibilità della proposta e l'assenza di elementi ostativi alla sua realizzabilità e rappresenta, pertanto, una valutazione preliminare di natura prevalentemente, se non esclusivamente, tecnica.

La seconda è volta a verificare la rispondenza del progetto proposto al pubblico interesse<sup>37</sup>.

Il punto fondamentale della vicenda in esame, pertanto, rimane identico: l'accertamento dei margini di discrezionalità di cui dispone l'amministrazione in questa fase di valutazione delle proposte.

In virtù delle premesse appena esposte, potrebbe sembrare che l'*acquis* dell'ordinamento nazionale sulla vicenda sia rimasto immutato rispetto alle osservazioni che venivano svolte nel 2002<sup>38</sup>. In realtà, pur essendo rimasta invariata<sup>39</sup> la normativa nel passaggio dall'art. 37-ter all'art. 154 del Codice degli appalti, non si può non tener conto delle già citate modifiche introdotte dalla legge n. 62/05<sup>40</sup>, poi recepite nel Codice stesso, con particolare riguardo all'obbligo di pubblicazione dell'avviso indicativo. Quest'ultimo, infatti, deve contenere "i criteri, nell'ambito di quelli indicati all'art. 154, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte<sup>41</sup>". Proprio quest'ultima previsione ribadisce la netta contrapposizione con il sistema precedente che sostanzialmente attribuiva natura informale e ufficiosa al segmento procedimentale della valutazione delle proposte presentate.<sup>42</sup>

La fase di programmazione, pertanto, si pone come primo limite alla valutazione della PA, nel senso che, se prevista nella programmazione, la proposta deve essere valutata. Tuttavia, secondo la giurisprudenza, nel valutare se "il progetto proposto abbia o meno i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico, in funzione del quale il programma è stato concepito" <sup>43</sup>, la PA gode di un margine di discrezionalità massimo.

Tale discrezionalità trova il suo limite nell'obbligo di individuare e rendere pubblici, proprio con l'applicazione dell'avviso applicativo, i parametri cui si lega il riconoscimento stesso dell'interesse pubblico. Un maggiore dettaglio dei criteri per la valutazione delle proposte comporta una più netta definizione degli spazi di manovra della PA.

---

<sup>36</sup> Così in Consiglio di Stato, 2005, sentenze 6287 e 1802 dello stesso anno.

<sup>37</sup> L'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici nella Determinazione 20 del 2001 è stata, invero, puntuale nell'interpretazione della norma, precisando come all'interno di detta seconda fase debbano essere anche individuati due differenziati momenti: uno inerente alla valutazione in senso assoluto dell'interesse pubblico alla realizzazione, necessario, l'altro relativo ed eventuale di comparazione delle proposte.

<sup>38</sup> In proposito vedi ancora CNEL, op. cit..

<sup>39</sup> Salvo la modifica apportata dal D. lgs. 113/07 sopra citata che elimina la possibilità per il responsabile del procedimento di concordare "per iscritto con il promotore un più lungo programma di esame e valutazione".

<sup>40</sup> cd Legge comunitaria per il 2004 che apportava le modifiche che si erano rese necessarie dalla procedura di infrazione n. 2001/2182 aperta dalla Commissione Europea ex art 226 TUE.

<sup>41</sup> Art. 153, comma 3, del D. lgs. n. 163/06.

<sup>42</sup> Nel testo originariamente introdotto dalla legge n. 415/98 e poi modificato dalla legge n. 166/02, infatti, l'unica previsione era quella contenuta nell'art. 37-ter che si limitava a prevedere che l'esame della proposta avvenisse anche comparativamente.

<sup>43</sup> Sempre in Consiglio di Stato, 2005 sentenza 6287.

Una volta individuato uno o più progetti di pubblico interesse per la realizzazione di un'opera pubblica, l'amministrazione deve procedere all'indagine e all'espletamento della gara per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione, comprensiva della progettazione definitiva, della progettazione esecutiva, dell'esecuzione e gestione dell'opera.

E' ormai consolidato che l'affidamento viene realizzato con una procedura che prevede due sub-procedimenti:

- a) la licitazione privata, da svolgere secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del progetto del promotore, finalizzata a individuare due offerte da mettere in competizione con il promotore stesso.
- b) la procedura negoziata per mettere a confronto le offerte dei *competitors* con quella del promotore.

Questa è l'ossatura principale della procedura per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione. Nel corso di questi anni, tuttavia, sono intervenuti dei cambiamenti cui bisogna dedicare un breve cenno.

### **Il diritto di prelazione del promotore**

Nel 2002, durante l'estensione del documento CNEL, il diritto di prelazione del promotore non era stato ancora introdotto nella normativa, anche se il legislatore aveva previsto per il promotore la possibilità (vedi punto 2 della tabella) di adeguarsi, al termine della procedura negoziata, alla migliore proposta e aggiudicarsi così la concessione. Sul punto interveniva la Commissione Europea con parere motivato, ( 15 ottobre del 2003) nel corso della procedura di infrazione<sup>44</sup> (ex art. 226 TUE) avviata nei confronti della Repubblica Italiana. Vi si assumeva la presunta violazione del principio di *par condicio* e trasparenza, pilastri fondamentali della struttura normativa europea e italiana in tema di servizi pubblici. La procedura d'infrazione diveniva poi procedimento contenzioso innanzi alla Corte di giustizia.<sup>45</sup>

Per chiudere il contenzioso europeo così creatosi, lo Stato italiano è di recente intervenuto in un primo momento con la Legge comunitaria per il 2005 per modificare, come abbiamo già avuto modo di spiegare, la disciplina dell'avviso indicativo, prevedendo che indicasse espressamente la previsione di un diritto di prelazione a favore del promotore. Successivamente con il secondo

---

<sup>44</sup> Procedura d'infrazione n. 2001/2182 avviata nei confronti della Repubblica italiana più precisamente per la presenza, nell'ordinamento nazionale in materia di opere pubbliche, di alcune norme (l'art. 37-ter legge n. 109/94 come modificato dall'art. 7, comma 1, lett b), della legge n. 166/02 che violavano i principi comunitari in materia di concorrenza.

<sup>45</sup> Causa C-412/04. La Corte ha dichiarato nella propria sentenza, confermando quanto osservato dalla Commissione nel proprio parere, che il riconoscimento al soggetto promotore del diritto di prelazione, rendendo quasi certa l'aggiudicazione in suo favore della concessione di costruzione e gestione, risultava in conflitto con i principi posti a tutela della concorrenza previsti dalla normativa comunitaria.

decreto attuativo e correttivo del Codice degli appalti, il D.lgs. 113/07, è stato eliminato completamente il diritto di prelazione, suscitando non poche perplessità tra gli operatori del settore. In relazione a tali vicende, va ricordato che il diritto del promotore ha rappresentato, seppur per breve periodo, uno dei punti cardini della struttura normativa e, forse, il migliore impulso allo sviluppo della finanza di progetto.

In realtà, per la Commissione Europea il problema non era rappresentato dal riconoscimento al promotore del diritto di prelazione in sé, quanto dal fatto che tale diritto venisse attribuito al termine di un procedimento, quello di valutazione delle proposte, complessivamente non rispettoso delle garanzie di *par condicio* e trasparenza prescritte dal diritto comunitario.

Va detto a questo proposito che il principio di parità di trattamento, in particolare, implica che le regole del gioco debbano essere conosciute da tutti i potenziali concessionari e debbano potersi applicare a tutti allo stesso modo. Ciò comporta che tutti i concorrenti debbano essere messi in condizione di formulare le proprie offerte su una base di parità. Il raffronto delle offerte deve avvenire sulla base di criteri obiettivi.

### **La procedura di gara e la procedura negoziata**

L'art. 155 del nuovo Codice prevede che, qualora fra le proposte presentate ne sia stata individuata una di pubblico interesse, le Amministrazioni aggiudicatrici procedano entro tre mesi "a indire una gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 83, comma 1," ponendo a base di gara "il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore", potendosi nella fattispecie applicare l'articolo 53, comma 2, lettera c.

A differenza dell' art. 37 quater della legge n. 109\1994, la nuova disposizione parla genericamente di "gara" e non più di "licitazione privata". In tal modo, la procedura non sembra volta all'aggiudicazione della concessione, ma alla mera selezione delle offerte che potranno competere con il promotore, selezione che avviene sulla base del progetto preliminare e corredato piano economico-finanziario presentato dal promotore e valutato positivamente dalla PA. Si rafforza, pertanto, la centralità del piano economico-finanziario all'interno di una gara per l'affidamento di una concessione in *project financing*. È evidente il ruolo che il piano economico-finanziario assume nei diversi passaggi del procedimento disciplinato dagli artt. 152 ss. del Codice degli Appalti, mentre permangono profili di incertezza circa il contenuto che l'offerta del concorrente

può assumere in questa fase e, in particolare, sul suo effettivo grado di differenziazione dalla proposta del promotore.

Bisogna ricordare, infine, che se non vengono presentate offerte, la proposta del promotore posta a base di gara è vincolante per lo stesso (art. 155 comma 2) e, dunque, l'amministrazione procederà ad aggiudicargli la concessione.

Una volta concluso il sub-procedimento appena descritto, le Amministrazioni aggiudicatrici procedono ad aggiudicare la concessione mediante un'ulteriore procedura di gara, questa volta ristretta al promotore e ai due soggetti precedentemente risultati quali migliori offerenti. "La procedura negoziata si svolge tra il promotore e questo unico soggetto"<sup>46</sup> qualora alla fase precedente abbia partecipato un unico soggetto.

Da un punto di vista procedurale, è bene ribadire, come ha avuto modo di fare in diverse occasioni la giurisprudenza, che la procedura di aggiudicazione della finanza di Progetto ha un carattere unitario, ancorché consti di due parti.

E' proprio su questa premessa che il Consiglio di Stato<sup>47</sup> ha potuto affermare l' "indubbia natura concorsuale" della procedura negoziata. Rientrano pienamente nell'ambito della "concorsualità" le procedure del segmento "a valle" della selezione del promotore, finalizzate a questo punto all'aggiudicazione della vera e propria concessione.

Resta comunque l'interrogativo riguardo l'abolizione del diritto di prelazione, in particolare alla luce dalla recente risoluzione del Parlamento Europeo, in cui si auspica una preferenza per la procedura del dialogo competitivo, dal momento che la sua flessibilità "risponde generalmente alla complessità delle concessioni, senza mettere in causa il rispetto dei principi della trasparenza, della parità di trattamento e della proporzionalità"<sup>48</sup>.

## **Gli indennizzi**

La disciplina degli indennizzi da versare, a conclusione della procedura negoziata, a chi vi ha partecipato senza risultare aggiudicatario è contenuta attualmente nell'art. 155, comma 5, del Codice degli Appalti che ha introdotto significative modifiche rispetto al precedente art. 37 quater della legge n. 109/94: pur rimanendo invariato l'importo del rimborso spese, sempre pari al 2,5% del valore complessivo dell'investimento come ricavato dal piano economico-finanziario presentato, il promotore-aggiudicatario sarà obbligato nei confronti dell'altro o degli altri due *competitors* " nel

---

<sup>46</sup> Così art 155, comma 1, lett. b), a))

<sup>47</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, sentenza 6847

<sup>48</sup> V. la "Risoluzione relativa ai Partenariati Pubblici e Privati e il Diritto Comunitario degli appalti e delle concessioni", approvata il 26 ottobre 2006 dal Parlamento Europeo.

caso in cui la gara sia esperita mediante appalto avente a oggetto sia l'esecuzione dei lavori che la presentazione del progetto in sede di offerta".

Nuovo è, inoltre, il criterio di riparto delle spese nel caso in cui i *competitors* siano stati due. Infatti, mentre nella disciplina originaria si aveva un criterio di tipo premiante, dovendosi ripartire la somma perfettamente nella misura del 60% al primo miglior offerente-*competitor* e nella misura del 40% al secondo, oggi il riparto avviene in proporzione alle spese effettivamente sostenute.

Nel caso, invece, il promotore non risulti aggiudicatario entro un congruo termine fissato dalla PA, avrà diritto al pagamento, a carico del *competitor*-vincitore, delle spese sostenute per la predisposizione delle proposte, sempre nel limite del 2,5% del valore dell'investimento, come desumibile dal piano economico-finanziario.

In entrambi i casi, il pagamento è effettuato dall'Amministrazione aggiudicatrice, in veste sostanzialmente di mandatario del soggetto aggiudicatario, prelevando l'importo dalle cauzioni versate dai partecipanti ai sensi dell'art. 155, comma 3.

Il contratto che si perfeziona con il soggetto-vincitore è una concessione di costruzione e gestione.

### **Le società di progetto**

Il punto di partenza originario, comune alle discipline normative susseguitesi nel tempo, è che la società di progetto (*Special Purpose Vehicle*), eventualmente costituita dall'aggiudicatario dopo l'aggiudicazione, diventa la concessionaria subentrando nel rapporto concessorio senza necessità di approvazione o autorizzazione e, soprattutto, a titolo originario. Tale subentro, infatti, non costituisce cessione di contratto. Viene garantita in tal modo l'essenziale dualità del rapporto tra amministrazione e società di progetto stessa. Considerando, quindi, la funzione di centro unitario organizzativo che la Società di veicolo svolge nella fase esecutiva di un'operazione di finanza di progetto, è inevitabile che la sua disciplina normativa assuma un certo rilievo. Il nuovo Codice dei contratti pubblici, agli artt. 156 e 157, non ha apportato modifiche, recependo *in toto* la normativa così come precedentemente integrata dalla legge n. 166/02.

Rispetto all'originario art. 37-quinquies della Legge Merloni-ter la disciplina appare, pertanto, più dettagliata.

Il bando di gara deve prevedere la facoltà per l'aggiudicatario di costituire, dopo l'aggiudicazione, una società di progetto; deve indicare l'ammontare minimo del capitale sociale e, in caso di concorrente costituito da più soggetti, la quota di partecipazione di ciascuno di essi; può altresì contenere esplicitamente l'obbligo per l'aggiudicatario di costituire detta società.

La sostituzione della società di progetto all'aggiudicatario non comporta, tuttavia, l'esenzione definitiva di responsabilità dei soci nei confronti della PA.

Infatti, nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera a carico dell'amministrazione, essi restano solidalmente responsabili con la società.

Questa prescrizione è evidentemente collegata con un'altra modifica apportata dalla L. n. 166/02, che consente alla PA di versare il prezzo in corso d'opera. Si è voluto, così, compensare le due novità tutelando l'amministrazione in ordine alla corretta esecuzione dei lavori per i quali ha versato un contributo pubblico. Ai soci è comunque permesso di liberarsi dalla responsabilità solidale qualora la società di progetto fornisca alla PA garanzie bancarie o assicurative, la cui validità decade al momento dell'intervenuto collaudo positivo dell'opera.

I lavori ed i servizi da prestare da parte della società di progetto si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso in cui siano affidati direttamente ai propri soci, purché gli stessi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle stesse norme. La stessa società può, infine, previa autorizzazione degli organi di vigilanza, emettere obbligazioni, anche in deroga ai limiti dell'art. 2412 del Codice civile.<sup>49</sup>

Sostanzialmente sul punto la disciplina è ancora quella della Legge Merloni-ter. Ci si chiede ancora una volta se la società di progetto possa emettere obbligazioni anche qualora la ragione sociale adottata sia quella di Società a responsabilità limitata.

In ultimo, è da segnalare come i suddetti titoli obbligazionari, non avendo la società di progetto un bilancio approvato, perché di nuova costituzione, debbano essere garantiti pro-quota mediante ipoteca. Essi, in ogni caso, devono riportare chiaramente un avvertimento dell'elevato grado di rischio del debito.

### **Le novità del nuovo Codice degli appalti**

All'interno del nuovo Codice degli appalti, gli ultimi articoli sulla finanza di progetto approntano alcuni rimedi di massima per affrontare i profili relativi a:

- la risoluzione per inadempimento da parte della PA
- la revoca della concessione
- il subentro nella stessa.

E' evidente la necessità di tenere in considerazione l'instabilità fisiologica del rapporto tra PA e privati, dovuta, nonostante il rapporto si qualifichi oggi esplicitamente come contratto, dal mantenimento in capo al soggetto pubblico della possibilità di incidere unilateralmente sul rapporto stesso. In questo contesto, per ridurre le incertezze disincentivanti che ne derivano, il legislatore si è preoccupato di normare le conseguenze patrimoniali dell'esercizio di poteri autoritativi da parte della PA .

---

<sup>49</sup> Art. 2412 del Codice civile. "La società può emettere obbligazioni al portatore o nominative per somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale."



Così l'art. 158 (ex art. 37-septies) disciplina l'ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento del concedente e quella di revoca per motivi di pubblico interesse, definendo le somme dovute al concessionario a titolo di risarcimento.

Il secondo comma dispone che le somme così dovute sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti vantati dai finanziatori del concessionario che potrà disporre solo di quanto residua dopo il totale soddisfacimento dei propri creditori.

L'ultimo comma prevede quale *conditio sine qua non* dell'efficacia della revoca, l'avvenuto pagamento da parte della PA di tutte le somme così dovute al concedente.

In tutti i casi in cui la PA abbia intenzione di risolvere il rapporto concessorio, per motivi attribuibili al soggetto concessionario, dovrà darne comunicazione per iscritto ai finanziatori. In tal modo, questi avranno novanta giorni dal ricevimento della stessa per avvalersi della facoltà di designare una nuova società che subentri nella concessione.

E' evidente che tale disposizione tiene presente che nelle operazioni di finanza di progetto, la garanzia dei finanziatori è rappresentata dalla redditività del progetto più che dal patrimonio del soggetto finanziato.

In quest'ottica, il legislatore ha espressamente previsto la facoltà del c.d. *step-in right* per legittimare un comportamento che, altrimenti, configurerebbe una violazione del divieto assoluto di cessione del contratto di appalto di opere pubbliche. Tuttavia, ciò è possibile in seguito all'accettazione da parte della PA concedente e a condizione che :

- a) la società designata dai finanziatori abbia caratteristiche tecniche e finanziarie sostanzialmente equivalenti a quelle possedute dal concessionario all'epoca dell'affidamento della concessione;
- b) l'inadempimento del concessionario , causa di risoluzione, cessi entro i novanta giorni successivi alla scadenza del termine, di cui all'alinea del presente comma, ovvero in un termine più ampio che potrà essere eventualmente concordato tra il concedente e i finanziatori.

### **Il privilegio sui crediti**

L'art. 160 del Codice dei contratti, infine, prevede che i crediti dei finanziatori di opere di interesse pubblico hanno privilegio generale sui beni mobili del concessionario ai sensi degli articoli 2745 e seguenti del Codice civile e che il privilegio, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto. Nell'atto devono essere esattamente descritti i finanziatori originari dei crediti, il debitore, l'ammontare in linea capitale del finanziamento o della linea di credito, nonché gli elementi che costituiscono il finanziamento. Prevede ancora che l'opponibilità ai terzi del privilegio sui beni è subordinata alla

trascrizione, nel registro indicato dall'art. 1524, comma 2, del Codice civile, dell'atto dal quale il privilegio risulta. Della costituzione del privilegio è dato avviso mediante pubblicazione nel foglio annunci legali e dall'avviso devono risultare gli estremi della avvenuta trascrizione. La trascrizione e la pubblicazione devono essere effettuate presso i competenti uffici del luogo ove ha sede l'impresa finanziata.

Fermo restando quanto previsto dall'art. 1153 del Codice civile, il privilegio può essere esercitato anche nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti sui beni che sono oggetto dello stesso dopo la trascrizione prevista dal comma 3. Nell'ipotesi in cui non sia possibile far valere il privilegio nei confronti del terzo acquirente, il privilegio si trasferisce sul corrispettivo.

### **Il leasing immobiliare**

Il leasing immobiliare, c.d. *Build-Lease Transfer*, è una struttura di finanziamento di opere pubbliche basata su un contratto di leasing: il locatore (società di *leasing*) concede al locatario, a fronte della corresponsione di un canone periodico, la disponibilità di un bene acquistato o realizzato dalla società di leasing locatrice su indicazione scelta dell'utilizzatore locatario.

Quest'istituto, molto utilizzato negli Usa e in Gran Bretagna, non era previsto nella normativa italiana sino alla Legge finanziaria 2007<sup>50</sup>. Il *leasing* finanziario comporta rilevanti vantaggi quali:

- il soggetto pubblico non deve impegnare la somma necessaria, ad esempio, alla realizzazione dello stesso limitandosi a pagare una rata periodica per la durata del contratto;
- lo spostamento dei rischi connessi alla realizzazione dell'opera e/o alla prestazione di ulteriori servizi ricadono sulla società di leasing .

Attualmente la disciplina è dettata dal Codice degli appalti all'art. 160-bis.

La norma dispone che:

1. per la realizzazione, l'acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all'applicazione del presente codice possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria;
2. nei casi di cui al comma 1, il bando, ferme le altre indicazioni previste dal codice, determina i requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi e organizzativi di partecipazione, le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione, nonché i

---

<sup>50</sup> Legge n. 296\06, art. 907.

parametri di valutazione tecnica ed economico-finanziaria dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

3. l'offerente, di cui al comma 2, può essere anche una associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, responsabili, ciascuno in relazione alla specifica obbligazione assunta, ovvero un contraente generale. In caso di fallimento, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa ostativa dell'adempimento dell'obbligazione da parte di uno dei due soggetti costituenti l'associazione temporanea di imprese, l'altro può sostituirlo, con l'assenso del committente, con altro soggetto avente medesimi requisiti e caratteristiche;

4. l'adempimento degli impegni della stazione appaltante resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione e alla eventuale gestione funzionale dell'opera secondo le modalità previste.

Fermo restando quanto più sopra descritto, nel dicembre 2007 il Governo ha approvato il Regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice, risolvendo alcune importanti difficoltà interpretative presenti nel testo della Finanziaria 2007 relativamente al leasing immobiliare *in costruendo*. Nel testo, viene definitivamente acquisito il concetto che la società di leasing è la vera controparte della PA. Ciò porta con sé effetti rilevanti quali l'esistenza di un unico rapporto contrattuale (con la società di leasing); il pagamento del canone solo a opera finita e collaudo superato, ovvero quando ha l'effettiva disponibilità dell'opera e, infine, l'evidente interesse della società di leasing di completare quanto prima l'opera per rientrare nelle anticipazioni finanziarie effettuate, fatto che solleva la PA dai connessi controlli e contenziosi.

### **La ripartizione dei rischi**

Particolare attenzione si attribuisce all'impatto delle forme di in genere, e quindi anche della finanza di progetto, sul bilancio e sul debito pubblico. E' stata proprio questa evidenza che ha portato alla nuova decisione Eurostat del febbraio 2004 che ha per oggetto il trattamento contabile, nei conti nazionali, dei contratti sottoscritti dalla PA nel quadro di partenariati con imprese private e è in linea con il Sistema Europeo dei conti (SEC 95). La decisione si applica solo quando lo Stato è il principale acquirente dei beni e servizi forniti dall'infrastruttura, sia che la domanda provenga dalla stessa parte pubblica, sia da terze parti (ad es. nei servizi pubblici come la sanità o l'istruzione). Eurostat propone, in questi casi, che gli *assets* legati a tali forme di partenariato pubblico-privato non debbano essere classificate come attivo patrimoniale pubblico e, pertanto, siano registrate fuori bilancio dalle amministrazioni pubbliche (*off balance*), qualora vengano rispettate due condizioni:

- c) il partner privato si assume il rischio di costruzione;
- d) il partner privato si assume almeno uno tra i due rischi di disponibilità e di domanda.

Il rischio di costruzione, che sembra essere quello maggiormente controllabile, copre eventi quali: il ritardo nei tempi di consegna, il mancato rispetto degli standard di progetto, l'aumento dei costi, altri inconvenienti di tipo tecnico e il mancato completamento dell'opera.. In tutti questi casi, infatti, l'assunzione del rischio da parte del privato implica che non siano ammessi pagamenti pubblici non correlati alle condizioni prestabilite nel contratto di costruzione dell'opera.

Il secondo, quello di disponibilità, è legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite sia per volume che per standard di qualità. Esso può essere sottoposta a numerose contestazioni, in quanto riguarda una serie di condizioni esogene all'influenza di tale rischio sugli scostamenti tra redditività attesa e redditività reale, e in quanto il rapporto tra causa ed effetto è un rapporto fortemente aleatorio. E' chiaro che pagamenti regolari sotto forma di canoni invariabili non parametrati all'effettivo volume dei servizi prestati, non consentono l'effettiva assunzione di rischio da parte del partner privato. In genere questo rischio ricade in capo al soggetto pubblico, in quanto crea le condizioni di contesto atte a rendere effettivo il rendimento atteso del servizio.

L'ultimo rischio, infine, si origina dalla variabilità della domanda, che non dipende dalla qualità del servizio prestato ma da altri fattori quali: la presenza di alternative più convenienti per gli utenti, il ciclo di business e le nuove tendenze del mercato. Pertanto, dovrebbe essere direttamente sostenuto dal proponente.

Quanto detto finora in tema di rischi, rappresenta soprattutto un problema per il pubblico, tuttavia, ciò non significa che non vi siano altri aspetti, legati alla stessa matrice, che disincentivano gli operatori privati e che impediscono uno sviluppo efficiente del mercato.

Ci si riferisce, in particolar modo, ai tre rischi di natura pubblicistica: amministrativo, giudiziario, legislativo.

Il rischio amministrativo è dei tre il più direttamente dipendente dal quadro normativo e, in particolare, dalla disciplina della procedura e da quella della formazione del consenso. E' consapevolezza diffusa che una procedura lunga e complessa, come quella attualmente in vigore, se accompagnata da una formazione del consenso che rende possibile la "massimizzazione del potere di veto" in capo alla singola autorità, rappresenti un peggioramento dell'efficienza dei livelli decisionali. Tutto ciò si trasforma in un parossistico rimbalzo di competenze con conseguenze evidenti anche in termini di equità.

Per quanto riguarda il rischio giudiziario, questo è dovuto essenzialmente alla tempistica della nostra giustizia anche se appare ormai superato, a seguito degli interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, il problema del riparto di giurisdizione tra giustizia amministrativa e

giustizia ordinaria. Pare così opportuno segnalare sia la preoccupazione che i dubbi, anche in termini di compatibilità con la normativa comunitaria, sorti a seguito della abolizione degli arbitrati, inserita nella legge finanziaria 2008 (legge n. 244/2007)

La riflessione a proposito del “rischio legislativo” si presta, infine, a diverse letture. Anzitutto vi è il profilo strettamente giuridico del problema: ogni intervento legislativo comporta una scelta politica a monte e ogni scelta politica su temi “comunitariamente” sensibili comporta una quota di discrezionalità vincolata per il legislatore. E’ ormai di pubblico dominio (anche a causa delle numerose procedure d’infrazione aperte nei confronti dell’Italia) che il legislatore sia vincolato dalle norme, primarie e secondarie, di diritto comunitario e che gli interventi a tutela dell’interesse pubblico debbano essere conformi ai principi di proporzionalità e adeguatezza. Normative incompatibili a livello comunitario non solo risultano spesso disincentivanti per gli operatori privati, in quanto presumibilmente contrarie a una logica di libero mercato, ma anche in un certo senso inefficienti perché destinate, prima o poi, a essere modificate.

In ambiti come quello del partenariato pubblico-privato e della Finanza di progetto, particolarmente flessibili, è possibile raggiungere soluzioni d’efficienza attraverso l’autonoma volontà delle parti, privilegiando lo “sforzo di fare emergere possibili strumenti di *soft law*” che incentivino i comportamenti efficaci, in particolar modo da parte della PA.

## Parte Seconda

### **Gli elementi di criticità emersi nel corso delle audizioni**

La finanza di progetto, come ogni strumento innovativo, suscita discussioni nelle quali emergono opinioni divergenti tra gli attori coinvolti. Nel corso delle audizioni presso la V Commissione del CNEL, svoltesi nel periodo ottobre-dicembre 2007, alcuni testimoni hanno messo in evidenza con preoccupazione vincoli normativi e costumi della pubblica amministrazione, che scoraggiano l'imprenditore privato o lo rendono esitante a partecipare alla finanza di progetto. Altri, invece, hanno lamentato condizioni di asimmetria conoscitiva e organizzativa tra pubblico e privato tali da porre in uno stato d'inferiorità la pubblica amministrazione di fronte a partner molto più agguerriti (banche, costruttori) con risultati talvolta opposti a quelli perseguiti. Questo riguarda in particolare i Comuni, che incidono per l'86% sul numero di gare di concessione di costruzione e gestione e per il 40,3% sull'importo totale delle gare su proposta del promotore (fonte ANCE, situazione al I semestre 2007).

Prima di accennare brevemente ai principali argomenti emersi durante le audizioni, è opportuno ribadire che la finanza di progetto non è uno strumento meramente tecnico di ingegneria finanziaria, ma uno strumento che presuppone una scelta politica preventiva e una coerenza da parte dell'amministrazione pubblica nel perseguire questa scelta, in particolare con riferimento alla tematica generale delle privatizzazioni.

### **Lo stato dell'arte e le prospettive a breve**

Dopo un periodo di difficile avvio, a partire dal 2002, cioè dall'approvazione della Legge n. 166, la finanza di progetto si è affermata come uno strumento fondamentale di politica della PA, tanto da coprire nell'anno 2006 il 20% del valore complessivo delle opere pubbliche e nel primo semestre 2007 il 15,4%.

Questo trend positivo, secondo l'ANCE - uno dei maggiori attori nei meccanismi di *project financing* - rischia di interrompersi bruscamente soprattutto per le gare di importo superiore ai 500 milioni di euro, che infatti hanno subito nel primo semestre del 2007, rispetto ad analogo periodo del 2006, una flessione del 50% nel numero di gare e del 57,5% nel valore complessivo dell'importo. Avrebbero subito una flessione ancora maggiore se non fossero entrate in campo

**INCIDENZA DEL MERCATO DEL PROJECT FINANCING  
SULLE GARE IN OPERE PUBBLICHE**  
milioni di euro

Procedura	Anno 2006 <sup>(*)</sup>		I semestre 2007 <sup>(**)</sup>
	Totale gare	Esclusi bandi > 500 milioni <sup>(°°)</sup>	Totale gare (*)
Bandi opere pubbliche	26.126	22.267	12.197
Gare di project financing <sup>(°)</sup>	5.382	2.438	1.875
<b>Incidenza % gare PF/gare OOPP</b>	<b>20,6%</b>	<b>10,9%</b>	<b>15,4%</b>

(\*) Per i **bandi di project financing** l'importo è considerato al netto di:

- Metropolitana di Milano Linea 4 - Lorenteggio-Sforza Policlinico (788,7 mln);
- Autostrada Pedemontana Veneta (2.155 mln).

Per i **bandi di opere pubbliche** l'importo risulta calcolato al netto di:

- Passante Ferroviario e stazione AV/AC di Firenze (915,3 mln).

(\*) Nel primo semestre 2007 non risultano gare di importo superiore ai 500 milioni di euro.

(°) Il dato prende in considerazione sia le gare ai sensi della procedura del promotore, sia quelle per concessioni di costruzione e gestione.

*Elaborazione Ance su dati Infoplus ed Infopieffe*

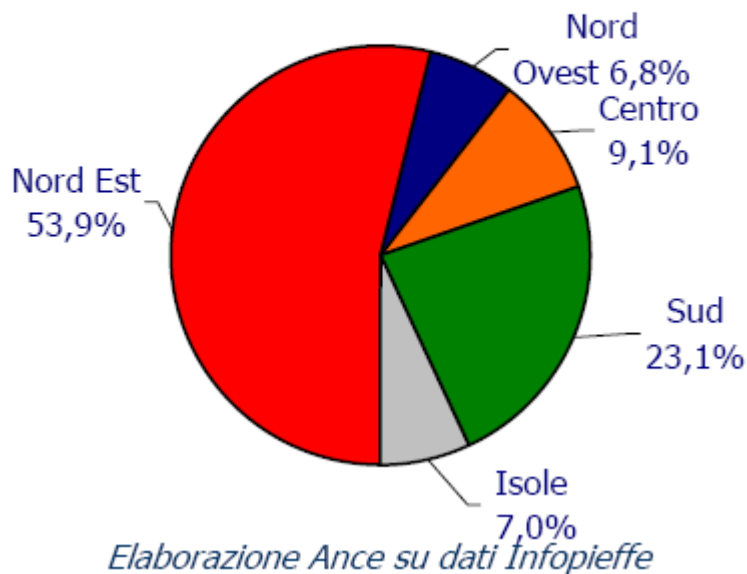
Fonte: ANCE, ottobre 2007

come nuovi attori le Autorità Portuali, che con due sole gare si sono conquistate una fetta del 40,5% dell'importo delle gare su proposta del promotore e del 32,4% dell'importo totale delle opere in finanza di progetto del primo semestre 2007.

A giudizio dell'ANCE e di altri protagonisti ascoltati nel corso delle audizioni, l'elemento frenante sarebbe stato costituito dall'abrogazione della clausola sul "diritto di prelazione" del promotore.

L'abrogazione di questa norma, a loro avviso, rischierebbe di bloccare il trend di crescita attuale, se non di "uccidere il *project financing*". Pertanto, l'ANCE intende presentare un progetto di legge che dovrebbe sanare la situazione e riportarla a normalità, pur senza ristabilire *sic et simpliciter* il diritto di prelazione nella sua forma precedente. Va ricordato che in Italia, com'è stato sottolineato nel corso delle audizioni, è garantita "la copertura dei costi sopportati dal promotore fino al momento della dichiarazione di pubblico interesse". Ma questa garanzia evidentemente non è ritenuta sufficiente.

**AVVISI INDICATIVI**  
**I sem. 2007**  
*composizione % sul valore*



**Le opere puntuali e le opere estese**

Al crescere degli importi, la finanza di progetto viene sempre più utilizzata. Questa almeno è la norma di carattere generale. Secondo gli esperti britannici, che in questo tipo di strumenti finanziari sono i più autorevoli, “la finanza di progetto per piccoli e medi investimenti ha un tale costo che non conviene” (audizione Signorini, Capo della struttura di missione del Ministero delle Infrastrutture). Tuttavia, secondo lo studio ANCE, messo a disposizione della Commissione, analizzando le aggiudicazioni in Italia, si nota che abbondano le opere puntuali di valore medio-basso, mentre sono quasi assenti le aggiudicazioni per progetti di vaste dimensioni, che coinvolgono molti soggetti della Pubblica Amministrazione. Occorre interrogarsi sul perché accada questo.

Una delle risposte possibili, che è stata avanzata in Commissione dal Presidente Gros-Pietro, è dovuta all’insicurezza derivante dalle procedure di organizzazione del consenso, in particolare dalla Conferenza dei Servizi, che emette un giudizio ex post su ogni progetto.

Più pessimistico il giudizio del dott. Gamberale, secondo il quale a mancare sono soprattutto i progetti. A partire dalla legge 492/75 (legge segnalata anche dall’AISCAT come momento di svolta in negativo), si sarebbe verificata nel nostro Paese una paralisi di progettazione infrastrutturale che ha lasciato in eredità anzitutto un problema culturale. Accanto a questo è innegabile che esistano elementi critici, quali la lunghezza delle procedure e l’eccessiva frammentazione del potere decisionale. Tutto questo comporta meno efficienza che in altri paesi proprio nella realizzazione di grandi reti; emblematico è il raffronto Italia-Spagna, dal quale risulta evidente come sui tre punti fondamentali di una politica infrastrutturale, cioè tempi, costi e numero



di opere, il nostro Paese sia decisamente in ritardo. Su questo tema si è soffermato anche il dott. Paolucci, dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto presso la Presidenza del Consiglio.

Appare necessario analizzare i contesti sistemici che producono tali effetti, affinché un confronto non si riduca a esercizio retorico. Con questo proposito l'UTFP ha realizzato uno studio comparativo Italia-Spagna.

Di fronte a queste evidenti disparità, c'è chi propone la soluzione di procedere come la Spagna, centralizzando le decisioni ed eliminando la ricerca del consenso. La differenza di costo tra un chilometro di autostrada o di linea ferroviaria che oggi si ha tra Spagna ed Italia – tale da rendere i costi in Spagna anche quattro volte inferiori a quelli italiani – sarebbe una ragione più che sufficiente per imprimere una svolta al nostro modo di affrontare la realizzazione delle opere estese. Sulla base delle constatazioni svolte e viste le difficoltà incontrate nella progettazione di opere di maggiori dimensioni nel nostro Paese, il dott. Gamberale ha ribadito come il Fondo 2I, da lui diretto, intende perseguire una politica di investimenti in opere già esistenti, reinvestendo, eventualmente, le risorse generate per il miglioramento delle opere stesse.

L'autorevolezza di queste testimonianze sollecita il CNEL ad approfondire altri sistemi e procedure decisionali allo scopo di eliminare quell'aleatorietà che sembra essere alla base della difficoltà di attuare in finanza di progetto opere estese di grandi dimensioni - anche se il livello di copertura garantito dallo Stato può raggiungere il 75% per opere il cui valore supera i 500 milioni.

Il problema anche qui è di ripartizione dei rischi e su questo punto le opinioni divergono. I rischi sono di tre tipi: il rischio di costruzione, il rischio di domanda e il rischio di disponibilità.

Secondo una comunicazione Eurostat “se due su tre di questi rischi sono in capo al privato, al proponente, non si scarica sul bilancio pubblico l'intero stanziamento di competenza del primo anno, ma pro-quota negli anni” (audizione Signorini). Il Ministero dell'Economia – secondo la stessa testimonianza – ha avuto “enormi difficoltà a far funzionare questa opportunità” ritenendo che nella maggioranza dei casi il rischio di costruzione non fosse in capo al privato ma in capo al pubblico.

### **Il problema della ripartizione dei rischi**

I materiali finora acquisiti e le opinioni espresse dagli attori nel corso delle audizioni hanno evidenziato che la questione della definizione e della ripartizione dei rischi è problema serio, in quanto riporta l'intera materia su un terreno di incertezza, che alimenta quello stato di diffidenza reciproca tra soggetto pubblico e soggetto privato, che è il contrario dello spirito di *partnership*.

Il rischio di costruzione è quello che sembra maggiormente definito, poiché le norme europee (Eurostat, febbraio 2004) lo pongono in capo al proponente. Troppo spesso, tuttavia, accade che

un'opera formalmente costruita in *project financing* si configuri piuttosto come un appalto mascherato. La Commissione ha ritenuto pertanto opportuno riflettere su questo punto. Secondo Eurostat, affinché non ci sia debito pubblico mascherato, uno dei due rischi – di disponibilità o di domanda – deve anch'esso essere in capo al costruttore.

Il rischio di disponibilità può riguardare una serie di condizioni esogene, la cui influenza sull'effettiva redditività di un servizio, o, meglio, sugli scostamenti tra redditività attesa e redditività reale, può essere sottoposta a diverse contestazioni, in quanto il rapporto tra causa ed effetto è un rapporto estremamente aleatorio. In genere, questo aspetto del rischio è in capo al soggetto pubblico, in quanto esso crea le condizioni di contesto atte a rendere effettivo il rendimento atteso del servizio. E' chiaro, infatti, che esiste un rapporto di causa/effetto tra condizioni di contesto e funzionalità del servizio, come nel caso di un parcheggio costruito e gestito da un privato che rimane vuoto perché la PA ha istituito dei sensi unici, che ne rendono difficoltoso, se non impossibile, l'accesso. Non sempre, tuttavia, le cose sono così chiare e quindi il rischio di disponibilità è un rischio comunque difficile da definire. La sua definizione, essendo dubbia, non garantisce né l'uno, né l'altro degli attori.

Il rischio di domanda presenta anch'esso una complessa problematica. Gli elementi in base ai quali si formulano previsioni di domanda sono contenuti in genere negli studi di fattibilità. Al riguardo, uno studio Standard&Poor di qualche anno fa, esaminando cento grandi progetti riguardanti infrastrutture di trasporto, ha messo in luce come le previsioni di domanda nel 90% dei casi siano state clamorosamente smentite dalla realtà (in genere per difetto). Debolezza dei modelli di previsione o forzatura determinata dalla volontà (e dall'interesse) di giungere alla realizzazione dell'opera indipendentemente dalle esigenze di mercato cui avrebbe dovuto rispondere l'infrastruttura in questione, ne possono essere le cause. Anche in questo caso, il grado di incertezza è elevato, in quanto i modelli di previsione della domanda non sono tutti uguali, non esiste un modello standard, ma tante quante sono le scuole di pensiero in materia di macro e microeconomia. Non solo, l'esperienza fatta durante la redazione del Piano Generale dei Trasporti e della Logistica e la conseguente messa a punto dello SNIT (Sistema Nazionale Informativo Trasporti), come strumento di previsione di domanda e pianificazione, elaborato in base ai più moderni strumenti conoscitivi, ha messo in luce la sua pratica inapplicabilità per il settore delle merci. Osservazione questa che dovrebbe essere tenuta in conto quando si affronta il problema dell'applicazione del *project financing* a progetti che interessano la rete logistica fondamentale del Paese, come i porti.

La situazione attuale in Italia rende molto elevato "il rischio amministrativo", in particolare per le Grandi Opere. Per diminuire le incertezze derivanti dalle procedure di approvazione da parte della Conferenza dei Servizi, c'è chi ha proposto di portare questa pronuncia "a monte", sulla base solo dello studio di fattibilità, mentre altri ritengono opportuno che nell'avviso siano esplicitamente

indicate le “opere compensative”, per evitare che condizioni ulteriori facciano saltare i piani finanziari dei promotori e degli intermediari.

### **Gli strumenti finanziari**

Nel corso dell’audizione, i rappresentanti dell’ABI hanno affermato che il nostro sistema bancario è in grado di far fronte ai problemi posti dalla finanza di progetto, ma hanno anche condiviso la preoccupazione dell’ANCE in merito all’abrogazione della clausola di prelazione. Andrebbe, pertanto, approfondito il motivo del ricorso quasi esclusivo al prestito tradizionale (circa il 90%), mentre il ricorso alle obbligazioni è molto limitato e, ancora più limitato, il ricorso ai fondi azionari emessi direttamente dagli investitori.

L’istituzione del Fondo 2I dovrebbe in parte affrontare questa problematica perché l’intenzione dei suoi dirigenti sembra essere quella di entrare nel capitale o di acquisire interamente società di gestione di opere già realizzate.

D’altro canto, pare ragionevole pensare che, senza capitale di rischio, senza emissioni di obbligazioni garantite solo dagli “oggetti” costruiti (ABS), senza ripartizione adeguata dei rischi in linea con la decisione Eurostat, senza “veicoli societari” segregati rispetto al resto del business del vincitore delle gare, ci si trova davanti a operazioni di appalto finanziato con mutui bancari per la fase di costruzione e a gestioni ove prevale più o meno il rimborso a piè di lista dei costi dichiarati più gli utili, che a volte divengono molto elevati, per difetti di previsione e di costruzione degli schemi contrattuali.

### **Un problema particolare: i porti**

La V Commissione si è occupata a lungo di porti e di *shipping*, promuovendo studi e ricerche che sono ritenuti validi strumenti sia per l’analisi della situazione del comparto marittimo-portuale, sia per l’azione pubblica volta a stimolare e sostenere lo sviluppo di questo settore decisivo per la nostra economia. La realizzazione di nuove infrastrutture portuali con gli strumenti della finanza di progetto, pertanto, è argomento di primario interesse.

I casi di successo in Europa sono numerosi, soprattutto per quanto riguarda i terminal container in Gran Bretagna, Paesi Bassi e Germania. Gli esempi, dove l’investimento è più rilevante per infrastrutture con capacità di movimentazione fino a 3,5 milioni di TEU all’anno, mostrano che i rischi operativi e commerciali sono interamente a carico del gestore, mentre il rischio finanziario e di costruzione è ripartito tra soggetto pubblico e soggetto privato. Quest’ultimo spesso è lo stesso

gestore futuro dell'infrastruttura, quando il terminal non è pubblico ma al servizio esclusivo di un operatore).<sup>51</sup>

Sui temi della portualità sono stati ascoltati diversi testimoni, tra i quali il dott. Paolo Caliendo, dirigente del Ministero dei Trasporti, che ha fatto riferimento ai passi compiuti in direzione di una maggiore autonomia finanziaria dei porti e all'istituzione di un Fondo perequativo gestito dal suo Ministero ("un Fondo dal quale poi il Ministero dei Trasporti e quello delle Infrastrutture potranno attingere per devolvere risorse alle Autorità Portuali, secondo differenti esigenze, ma dando priorità a ipotesi di *project financing*"), e il Presidente dell'Autorità Portuale di Savona, dott. Canavese. Nel caso dei porti, le opere in costruzione rientrano nel quadro del demanio marittimo e quindi dei poteri regolatori delle Autorità Portuali e ciò solleva problematiche particolari, come già era emerso dal documento che Assoporti ha presentato al Ministro Bianchi nel seminario tenuto il 4 aprile 2007 a Roma.

L'Autorità Portuale di Savona ha svolto un ruolo di battistrada, lanciando un bando europeo per "progettazione, costruzione e gestione di una piastra funzionale nel porto di Vado Ligure", ossia di una banchina favorita da alti fondali naturali, dove poter svolgere da un lato traffici di "rinfuse" e dall'altro traffici di contenitori. L'unica risposta all'appello è stata quella della maggiore compagnia marittima mondiale, la Maersk, che ha presentato un progetto preliminare del costo di 450 milioni di euro dichiarandosi disponibile e investire per parte sua 150. Le Autorità Portuali, grazie ai provvedimenti delle ultime leggi Finanziarie possono disporre del gettito generato dalle tasse portuali e dalle tasse di ancoraggio, possono contrarre dei mutui e, infine, possono trattenere una quota del maggiore gettito IVA generato dalle attività che si realizzano in seguito ai nuovi investimenti in opere portuali, mentre un'altra quota va ad alimentare il Fondo perequativo nazionale. Le somme derivanti dai pagamenti dell'IVA sulle merci in importazione sono davvero considerevoli. In base ai decreti attuativi dei commi 990 e 991 della Finanziaria 2007, che assegnano risorse in particolare ai porti che intendono utilizzare lo strumento del *project financing*, all'Autorità Portuale di Savona è stata data la disponibilità di risorse per 90/95 milioni di euro effettivi. Al momento in cui l'audizione si è svolta (15 novembre 2007), l'Autorità Portuale era ancora alla ricerca di un soggetto finanziario disposto ad investire i 205 milioni mancanti e, pertanto, nel suo più recente Piano Operativo Triennale l'opera non è stata ancora iscritta.

L'importante esperienza di Savona s'incrocia con l'iter ormai avviato di riforma della legge n. 84/94, testo su cui poggia l'intero impianto istituzionale della portualità italiana. Nel testo della Legge Finanziaria 2008, parte delle risorse generate dai porti dovrebbe andare alle Regioni. Tutto

---

<sup>51</sup> Wiegmans, Ubbels, Rietveld, Nijkamp, "Investments in container terminals: public private partnership in Europe", in *International Journal of Maritime Economics*, n. 4. 2002, pp. 1-20. Analizzando una ventina di casi del periodo 1999-2001, gli autori dimostrano che la media della partecipazione pubblico/privato all'investimento è di 55% pubblico e 45% privato; il costo medio per TEU è di 225 €, sensibilmente inferiore al costo medio per TEU di certi progetti italiani del 2007 che toccano anche i 600 €/TEU.

ciò s'inserisce nei progetti di riforma della legge n. 84/94, che vanno in direzione di un'attribuzione alle Regioni di maggiori competenze in materia di politica portuale. Siamo forse alla vigilia di una decisa svolta nell'assetto istituzionale della portualità italiana, in direzione di un'accentuata "regionalizzazione". Nel caso di realizzazione in *project financing* di un'opera marittima, ad esempio di un terminal per contenitori, nel documento presentato da Assoportri al seminario del 4 aprile 2007 a Roma, si legge che l'investitore istituzionale concede delle risorse a una società formata generalmente dal futuro concessionario/gestore del terminal e da una società di costruzioni, a una serie di condizioni determinate dall'ammontare del contributo pubblico, dal livello di rischio previsto dai parametri adottati dalla Banca erogatrice del finanziamento, dal gettito previsto degli introiti di traffico ecc.. Le banche finanziatrici vedono ovviamente con favore il fatto di poter ottenere garanzie ipotecarie sui diritti che derivano dalla concessione, per esempio nel caso che l'Autorità Portuale, nella convenzione che regola i propri rapporti contrattuali con il terminalista, consenta la costituzione di ipoteche a favore dei finanziatori.<sup>52</sup> Questa materia, come si è detto, è ancora all'esame del legislatore nel quadro della riforma della Legge 84/94.

### **Gli strumenti in grado di riequilibrare l'asimmetria conoscitiva e organizzativa tra pubblico e privato**

Nel corso delle audizioni, in particolare con il rappresentante dell'ANCI, è stato messo in luce il grave squilibrio esistente tra Enti locali, in particolare Comuni di dimensioni medio-piccole, e altri soggetti del processo di partenariato pubblico-privato, squilibrio dovuto alla mancanza di *know how* e di risorse per acquisirlo sul mercato in fase di definizione del progetto, della fattibilità dello stesso e del piano finanziario corrispondente. Tale asimmetria porterebbe, da un lato, a decisioni di aggiudicazione basate su criteri più semplici (prezzo più basso) e non su criteri di qualità e di efficienza, dall'altro, a una forte incertezza nella valutazione dei rischi e, in definitiva, dei costi che la PA deve sopportare. La situazione sarebbe aggravata dal cronico problema della finanza pubblica italiana ovvero dalla sfasatura tra procedure di approvazione e aggiudicazione delle opere con finanza di progetto e procedure di stanziamento dei contributi pubblici.

---

<sup>52</sup> "In general, the government 'controls' the political risk of all characteristics of the investment in a container terminal. The terminal operator is 'safeguarded' from this risk by the government. The financial risks are shared between the government and the private terminal operator through lease agreements. The governmental body mainly carries the construction risks of the container terminal. The private terminal operator runs both the operational risk and the commercial risk. Besides reducing the risks mentioned above for private container terminal operators, there are beneficial aspects for both parties that might explain the higher level of occurrence of public-private cooperation in ports", in Wiegmans et alii, cit., p. 12..

## Parte Terza

### **Le considerazioni conclusive e le proposte**

La Pubblica Amministrazione può essere vista come una grandissima azienda che promuove un'offerta di servizi, e che, se necessario e/o opportuno, li produce direttamente, li compra, ne favorisce la produzione da parte di privati. La dizione *servizi* va intesa in senso lato: servizi di trasporto, tutela della salute, sviluppo del territorio, sicurezza sia interna che esterna, istruzione e ricerca, energia, ciclo dell'acqua, rifiuti e altro.

Non sfugge a una prima riflessione il rilievo che assume la qualità dell'offerta, anch'essa intesa in senso lato: lo spettro dei servizi offerti, il loro costo (costo sopportato direttamente dai consumatori di questi servizi o dai contribuenti, attraverso le tasse, anche quando non consumano i servizi offerti) rapportato alla loro qualità. Vi è una domanda di servizi, deve esservi una offerta adeguata: compito primario e ineludibile della Pubblica Amministrazione sembra essere quello di porre in essere un soddisfacente incrocio tra domanda e offerta di questi servizi, il loro prezzo, il loro costo e la loro qualità. In altri termini, la Pubblica Amministrazione deve porsi l'obiettivo primario di creare e regolare un mercato soddisfacente di questi servizi. L'essenza del cosiddetto *partenariato pubblico privato* sta in una forma di collaborazione contrattuale tra istituzioni pubbliche e privati, che si proponga di produrre e offrire questi servizi ai cittadini, a un prezzo e a un costo convenienti per tutti i partecipanti all'operazione sia come consumatori che come produttori, sia come contribuenti che come imprenditori.

La complessità dell'operazione nasce dalla molteplicità degli obiettivi che debbono essere soddisfatti, dalla natura degli equilibri stabili che debbono essere trovati, anche se spesso contraddittori e conflittuali.

In questa operazione, è essenziale cogliere una "dinamica del significato", un passaggio semantico. In principio era "l'opera pubblica", ossia l'idea che la Pubblica Amministrazione con le risorse rese disponibili dalle tasse o attraverso contrazione di debiti costruisca un'opera. Occorre aver chiaro fin dall'inizio che il risultato finale che si voleva e si vuole ancora oggi raggiungere non è l'opera costruita o da costruire, ma "il servizio" che questa deve produrre: pertanto con tutta evidenza la prima è il mezzo, lo strumento per ottenere il secondo interpretato come il fine di tutta l'operazione. Tutto ciò deve avvenire in un mercato il più possibile concorrenziale, perché minime siano le rendite di posizione di tutti i partecipanti all'operazione, minimo sia il rapporto tra costi e benefici per i cittadini di questa operazione, sia come clienti del servizio che come contribuenti.

Tra il punto di partenza e il punto di arrivo, vi sono problemi complessi e non facilmente solubili. Tra i più significativi: l'equilibrio da raggiungere in fase di progettazione tra i costi in fase di progettazione e di costruzione e i costi in fase di gestione il costo della qualità ambientale e di quella estetica, e della qualità del servizio prodotto. Devono essere contemporaneamente tutelati gli interessi generali dello Stato, dei contribuenti, dei privati investitori, incluse le banche, in una prospettiva temporale che si protrae nel tempo anche per decenni e, quindi, solleva inevitabilmente problemi di ripartizione dei rischi, dal momento che tutte le proiezioni, che si possono fare, sono incerte per definizione.

La strada che porta dall'opera al servizio è difficile, e complessa, piena di scelte ineludibili che spettano tutte all'Amministrazione Pubblica, senza possibilità di delega al privato, perché costituiscono l'essenza stessa della sua "funzione". Tra tutte le scelte, forse la più difficile tra tutte, è stabilire un prezzo per il servizio che deve essere offerto ai cittadini (prezzo che ha effetti non solo direttamente sui ricavi, ma anche sulla domanda che sempre è elastica e quindi di nuovo sui ricavi). Atteso che si vuole offrire un "servizio" e poco importa della "cosa che lo produce", si può inizialmente ipotizzare che questo servizio sia pagato tutto dallo Stato. Questa è la scelta di solito più "facile" per l'Amministrazione, perché il cittadino consumatore del servizio si ricorda raramente di essere anche contribuente ed elettore e sempre preferisce i servizi pubblici nominalmente gratuiti o semigratuiti. In realtà, la "categoria" dei servizi gratuiti non esiste: esiste la "categoria" dei servizi pagati attraverso le tasse, da tutti quanti, anche da coloro che non acquistano oppure non vogliono acquistare il servizio. Inoltre, se anche il servizio non ha apparentemente un prezzo, ha certamente un costo, che tutti i cittadini pagano attraverso le tasse e che è il risultato di un processo economico e finanziario più o meno efficiente, più o meno inefficiente, più o meno noto nella sua inefficienza. Ne deriva la necessità di un mercato dei servizi, ove lo Stato deve intervenire sotto tre aspetti: promuoverne la concorrenza, al fine di avere strutture di prezzo, qualità e costo più efficienti; promuoverne un livello qualitativo minimo adeguato, attraverso opportuni standard di qualità; promuoverne la solidarietà, nel senso che ne abbassa il prezzo sotto il costo, ove ritenuto opportuno, con integrazioni pagate attraverso le tasse. In altri termini, tutti pagano in parte compresi coloro che non usano il servizio, attraverso "prezzi ombra" o forme sostanzialmente identiche.

Attuare forme di partenariato pubblico privato ignorando i nodi prima descritti è un errore. Errore che spiega la lentezza con la quale procedono le operazioni di partenariato pubblico privato, la frequenza degli interventi della magistratura di ogni ordine e grado, l'asprezza dello scontro politico su numerose opere di rilievo nazionale e anche la difficoltà di trovare soluzioni tecniche o amministrative a questioni che attengono alla sfera della decisione politica, nel senso più profondo del termine.

Davanti alle difficoltà che l'operazione presenta e alla complessità che questo modo di procedere richiede di affrontare e dominare, si potrebbe rinunciare a forme di partenariato pubblico privato e tornare al vecchio e apparentemente ben noto mondo delle "opere pubbliche". Ma ragionando in modo meno convenzionale, troviamo che anche qui abbiamo forme più o meno esplicite, e non meno complesse nelle loro conseguenze, di partenariato tra pubblico e privato. Ogni euro marginale di spesa pubblica è oggi euro che viene finanziato in deficit con l'emissione sul mercato di titoli di debito venduti dal pubblico e comprati dal privato. E' una forma elementare di partenariato pubblico privato, come lo è la quota pagata attraverso le tasse. Il danaro speso dallo Stato è infatti "denaro del pubblico".

L'obiettivo del partenariato pubblico privato potrebbe essere, alla luce delle precedenti considerazioni, un significativo positivo contributo al processo di revisione delle attuali modalità di spesa da parte dell'Amministrazione Pubblica, alla ricerca di un miglioramento della sua efficienza complessiva, che contestualmente porti anche a una crescita economica del paese più vivace, come conseguenza di una produttività di sistema più elevata.

### **I problemi da risolvere**

I problemi che si pongono sono noti da tempo. I tempi di realizzazione delle opere pubbliche, siano esse realizzate in modo convenzionale, siano esse realizzate in partenariato, sono troppo lunghi. La ricerca del consenso dei cittadini è defaticante per il prevalere ovunque di logiche « nimby » (*not in my back yard*). I costi delle opere pubbliche sembrano essere in Italia ben più alti che altrove. Le Amministrazioni sembrano procedere ognuna indipendentemente dall'altra e in conflitto con le altre, fuori da logiche di sistema. Manca quasi sempre una cultura di standardizzazione, a guadagno di tempo, qualità e risorse. La ripartizione dei rischi sembra tendere sempre a caricare i rischi sul pubblico. Il debito conseguentemente è quasi sempre classificabile come debito pubblico. L'indispensabile scelta delle priorità è a dir poco discutibile.

Si tende a procedere normando tutto: è esattamente il contrario di ciò che dovrebbe accadere, poiché la realtà sociale, economica e tecnica cambia in continuazione e richiede risposte flessibili e competenti, che non siano irrigidite da norme "incomplete" e « indecidili » per definizione, come insegna invano la logica, dal teorema di Goedel in poi.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> "indecidibile", nel senso di Goedel, significa che vi sono sempre affermazioni che non possono essere dimostrate né vere né false all'interno di un certo sistema logico-formale. Qui se ne deduce che la discrezionalità dell'azione amministrativa è logicamente ineludibile, lungi dall'esserne connotazione negativa, ne è invece connotazione necessaria e, come tale, va accettata, riconosciuta e rispettata. Ciò se si vuole decidere nel rispetto in un quadro giuridico-formale anche ipoteticamente perfetto e anche nell'ipotesi del tutto irrealistica di poter decidere in condizioni tutte note e certe. Così è anche per l'attività giurisdizionale, che mai potrà sfuggire agli stessi limiti logici.



Su tutto prevale ciò che si usa chiamare il « rischio amministrativo », ossia il rischio rappresentato dalla imprevedibilità dei comportamenti complessivi della Pubblica Amministrazione. Al rischio amministrativo elevato consegue la realizzazione di opere solo a costo più elevato, che i cittadini pagano tre volte sotto forma di maggiori tasse, di maggior debito pubblico e fruendo dei benefici con intollerabile ritardo.

Nell'approfondire le ragioni profonde di questo assurdo e inaccettabile comportamento collettivo italiano, si può tentare di individuare alcuni errori di fondo al momento difficili da correggere.

Apparentemente l'Amministrazione ordinaria dovrebbe funzionare meglio, perché meglio coordinata tra centro e periferia, e priva della tentazione di seguire la scorciatoia di superare e risolvere i problemi con strutture o strumenti di Amministrazione straordinaria. Vi sono alcune condizioni necessarie perché ciò accada. In primo luogo la "rete telematica unica" della Pubblica Amministrazione, ossia uno strumento che metta in rete tutti i computer della Pubblica Amministrazione. Ancora oggi non è così, ed ancora oggi vi sono accanite ed assurde resistenze perché sia così. Alla "rete" debbono essere "appesi" alcuni progetti indispensabili per "fare Stato" quali: il catasto telematico, la contabilità di cassa in rete (con piano dei conti unico per tutte le amministrazioni centrali e periferiche), l'anagrafe telematica (comprendente i dati personali di ciascun cittadino, quali residenza, stato di famiglia, tessera sanitaria, libretto di lavoro, patente, medico di famiglia e altro e analoghi dati per le imprese) e l'anagrafe tributaria.

Altra infrastruttura di base indispensabile è un diritto più vicino a quello comunitario, dove la sostanza prevalga sulla forma, dove la sostanza è rappresentata né più né meno dai principi costituzionali e comunitari, dove il tempo del giudizio sia misurabile in giorni o mesi e non in anni.

Deve trovarsi un punto di ragionevole equilibrio tra tutti i valori tutelati dalla Costituzione e dai Trattati dell'Unione Europea. Ad esempio il parere del Ministero dell' Ambiente o dei Beni Culturali dovrebbero tenere conto di elementi quali la tempestività, l'operatività e le conseguenze sui costi del progetto.

### **Il disegno del meccanismo**

Il "disegno del meccanismo" è un capitolo molto importante della ricerca economica recente, come attestato dai tre premi Nobel per l'Economia 2007. Esamina le motivazioni che spingono le singole persone a certi comportamenti e studia come certe "regole del gioco" inducano comportamenti individuali virtuosi che portano a massimizzare sia il proprio interesse che quello generale. Il "meccanismo" di cui qui si parla, trova applicazione ovunque dalla legge per le elezioni politiche, alle modalità di gara per assegnare i lavori pubblici, dalla regolazione del mercato delle *utilities*,

alla struttura ottimale per i compensi dei dirigenti di vertice delle imprese, e si fonda su sviluppi della teoria dei giochi e della teoria delle istituzioni.

E' un capitolo dell'economia strettamente legato all'argomento che qui viene trattato e solo superficialmente può essere considerato come una più o meno complessa modalità di finanziamento di un'opera pubblica..

Di seguito si svolge un'analisi preliminare dei problemi che potrebbero essere affrontati e risolti sulla base di questi concetti.

Il problema di come far convergere il consenso su di una certa opera pubblica di particolare importanza è di difficile risoluzione. La Pubblica Amministrazione italiana ha ritenuto opportuno «compensare» economicamente i disagi veri o presunti delle popolazioni interessate dalla realizzazione dell'opera. Tre fatti indiscutibili mettono in dubbio la validità di questa scelta: le opere costano troppo comunque, il danaro pubblico «compensativo» viene speso in opere minori non prioritarie e spesso di nessun valore sociale, il consenso cresce di prezzo e spesso non arriva o arriva troppo tardi. Occorre probabilmente cambiare strada perché le norme e la prassi attuali tendono oggettivamente a favorire comportamenti contrari all'interesse generale.

La nostra Pubblica Amministrazione ha sinora evitato, per motivi vari, di aprire il mercato di tutti i servizi alla concorrenza. La concorrenza è la prima vera alleata della Pubblica Amministrazione, e quindi di tutti i cittadini, nel raggiungimento dell'obiettivo di una spesa pubblica di migliore qualità. Più concorrenza induce più efficienza nel mercato dei servizi pubblici, il che può essere incompatibile con un controllo politico "stretto" sulle aziende a proprietà pubblica o mista che li producono. Ciò ostacola una veloce "rotazione" del capitale fisso pubblico ivi investito, utile a finanziare in tutto o in parte i nuovi investimenti con le privatizzazioni, senza ricorrere a nuovo debito pubblico. L'errore, in realtà una pluralità di errori, si sostanzia nel permettere l'indebitamento delle amministrazioni in presenza di patrimoni ingenti da privatizzare, senza collegare strettamente, in termini di leva finanziaria e di garanzie, il «nuovo» debito al «vecchio» patrimonio. Ad esempio, se si collocassero debito e patrimonio all'interno dello stesso veicolo societario da privatizzare, ne risulterebbe una capacità di debito, garantito dal patrimonio (e quindi debito non pubblico), tale da permettere risparmi significativi per la finanza pubblica, con investimenti senza aumento dello stock di debito pubblico. Ancora, se si evitasse l'uso ingiustificato dell'«etichetta» di settore strategico da apporsi su strutture o aziende pubbliche, che per motivi opinabili o peggio inconfessabili mai si vorrebbero privatizzare, non si rinunciarebbe alla raccolta di risorse private a volte ingenti da usare per investimenti pubblici, senza aumento di debito pubblico e, forse, con un contestuale miglioramento dei servizi pubblici associati.

Privatizzare non vuol dire avere meno servizi. Vuol dire esattamente il contrario. Vuol dire avere più servizi che costano meno, se si introduce più concorrenza, se le gestioni non sono più

autoreferenziali e se si evitano rendite di posizione private a danno del pubblico. Non è certamente impresa facile ma va perseguita, se si vuole avere più qualità nella spesa pubblica e una futura riduzione delle tasse, a parità di servizi resi.

Una prima ipotesi sugli indirizzi da seguire viene qui di seguito tratteggiata.

Come appare dai ragionamenti svolti in precedenza, occorre tornare a far funzionare meglio tutta l'Amministrazione ordinaria esistente. Nel settore delle opere pubbliche, occorre tornare ad avere un Genio Civile che funzioni. E' fondamentale che il progettista delle opere pubbliche operi nel suo lavoro nell'interesse pubblico. La progettazione non deve massimizzare l'importo dell'appalto. Deve massimizzare il beneficio per i cittadini dell'opera che si vuole realizzare prima e gestire poi, in termini globali (investimento, manutenzione, spese di gestione, qualità dell'opera e qualità del servizio). Tutto ciò deve essere impostato e valutato in modo competente dall'Amministrazione, soprattutto stabilendo regole chiare prima del bando di gara. Anche le tariffe con le quali è pagato il progettista devono cambiare. Il progettista deve avere interesse a seguire le regole che l'Amministrazione impone e, in generale, dello Stato, che direttamente o indirettamente lo paga. In altri termini, maggiore è la qualità del progetto e il conseguente beneficio per i cittadini, come clienti del servizio e come contribuenti, più alto dovrebbe essere il suo profitto; in caso contrario, ne sarà danneggiato economicamente.

Appare, inoltre, opportuna una riacquisizione di ruolo, in questo campo, del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.

Si deve, poi, tornare ad una corretta gerarchia di obiettivi, sia nella prassi normativa che in quella amministrativa e giudiziaria, sulla base dei principi della Carta Costituzionale e dei Trattati UE. Il «meccanismo» deve prevedere, come stabilito anche dal Trattato di Maastricht, un budget annuale di spesa, il rispetto del quale va controllato dal soggetto responsabile. Questo meccanismo costringe i vari livelli di governo ad assumersi le proprie responsabilità con l'obiettivo di trovare soluzioni rapide, condivise e soddisfacenti per la collettività.

## **Le proposte**

Ad avviso del CNEL, quanto finora descritto e osservato relativamente agli effetti che la finanza di progetto ha avuto nel contesto nazionale di questi anni, richiama prima di tutto una riflessione approfondita di carattere generale, "di sistema", senza la quale qualsiasi aggiustamento dello strumento di *project financing* non può che risultare sterile. Ne sono patente dimostrazione i continui cambiamenti che la normativa ha subito negli anni e che, nelle pagine precedenti, sono stati illustrati. La instabilità della legislazione nazionale è anche da collegarsi alla sequenza delle molteplici direttive europee. I problemi sorgono non tanto o, comunque, non solo nello strumento

in sè, quanto piuttosto nelle premesse, anche giuridiche, nelle scelte e nei comportamenti a monte dell'attuazione del partenariato pubblico privato.

Non deve, pertanto, stupire se la gran parte delle proposte contenute nel documento sono di carattere generale e attengono alla fase di determinazione delle scelte di attuare determinate opere in regime di *project financing*, piuttosto che allo stesso, avendo come punto di riferimento la necessaria integrazione fra la normativa nazionale e quella europea e quindi nei fatti assumere da parte della PA comportamenti proattivi nei confronti del partner privato, senza per questo venir meno alla sua funzione primaria e anzi rafforzandola proprio per questa via.

Ai caratteri generali attengono a pieno titolo, i criteri di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, l'insieme delle norme vigenti da osservare nelle varie fasi della catena della produzione. Il CNEL, al riguardo, non può che ribadire quanto più volte affermato nelle sue analisi e Pronunce sulle tematiche non solo della tutela della sicurezza del lavoro, ma anche del contrasto e della lotta alla criminalità economica.

A maggior chiarimento di quanto sopra esposto, va ricordato che le norme del Codice Appalti (d.lgs.163 del 12 aprile 2006) sono già oggi oggetto di 15 osservazioni critiche da parte della Commissione UE. Il Codice Appalti, redatto dopo tre revisioni della legge "merloni", la cui prima edizione è del 1994, è destinato quindi ad essere rivisto a breve al fine di evitare la procedura di infrazione, pur essendo già stato oggetto di interventi correttivi plurimi, a meno di due anni dalla sua pubblicazione. E', inoltre, imminente la terza edizione del "regolamento" relativo. Sembrerebbe, quindi, corretto inferire che a fronte delle evidenti difficoltà a legiferare sui lavori pubblici attraverso norme di dettaglio, sembrerebbe opportuno suggerire di studiare percorsi normativi in parte diversi come si è cercato qui di fare.

Ad esempio, l'idea di mitigare i rischi per il prestatore e per l'imprenditore di una attività di *partenariato pubblico privato* attraverso un fondo di garanzia di iniziativa pubblica non è nuova. Il fondo di garanzia autostradale, abolito con la "finanziaria 2007", era uno strumento di questo tipo. Con la "finanziaria 2008", art.2, comma 264 e seguenti, l'idea viene ripresa nel Fondo di garanzia opere pubbliche (FGOP), con la finalità principale dichiarata di sostituire un prestito garantito al contributo a fondo perduto. Al riguardo, è parere del CNEL che in questo ambito sia necessario procedere con molta attenzione per almeno tre motivi. E' possibile che Eurostat classifichi come debito pubblico tutto il debito garantito dal FGOP. In tal caso, non ha probabilmente senso fare operazioni di *partenariato pubblico privato* se il debito associato è classificato come pubblico: tanto vale procedere in modo più semplice mediante appalti pubblici, e poi privatizzare attraverso un'asta sia "l'opera" realizzata, che il debito acceso per realizzarla. Ma il problema della garanzie può avere anche soluzioni di mercato, meno soggette a rischi di intervento di Eurostat, mediante l'impiego di polizze "monoline". Sarebbe opporre Cassa Depositi e Prestiti potrebbero, in vista anche

della loro possibile privatizzazione, divenire anche “fabbriche” di “*monoline*”, al fine di sviluppare anche in Italia questo strumento e il suo mercato, sviluppatosi negli Usa proprio per alzare il merito di credito dei debiti contratti da amministrazioni pubbliche per realizzare opere pubbliche.

Su di un piano leggermente diverso si colloca l'iniziativa congiunta Bei-Commissione UE (*Loan guaranty instrument*), che dovrebbe garantire parte del debito associato alle iniziative TEN da eventuali picchi anomali di rischio (ad esempio rischi geologici imprevedibili nella perforazione di tunnel ferroviari). *Last but not least*, la politica auspicabile secondo il Cnel sarebbe probabilmente quella di incoraggiare, con flessibilità e gradualità, il *leasing* per la realizzazione dell'opera e il pagamento eventuale da parte della PA di prezzi “ombra”, unitari e variabili in funzione del risultato di gestione, per l'eventuale riequilibrio del conto economico... Si avrebbe così una allocazione certa dei rischi di costruzione e di prestazione sul privato e auspicabilmente un incentivo a una maggiore efficienza nella fase di gestione, con un meccanismo autoregolante il livello del rendimento del capitale investito.

Altri interventi di *soft law* auspicabili riguardano la gestione del consenso sul territorio. Si dovrebbero sperimentare, con l'accordo dei vari livelli di governo interessati, strumenti più diretti e altrove sperimentati. Vi è già l'esempio della legge regionale della Toscana<sup>54</sup> su questo tema, e sarà interessante valutarne ex post l'efficacia. Vi è anche un progetto CNEL al riguardo per studiare e predisporre una procedura di costruzione del consenso relativamente alla realizzazione di grandi opere pubbliche, dal momento che, come emerge chiaramente dal presente documento, l'Italia è tra i Paesi europei con maggiori difficoltà di sistema. Sono temi noti e altrettanto note le possibili soluzioni: nel caso dei termovalorizzatori, e dei rigassificatori, si potrebbe prevedere per i cittadini interessati dall'opera sconti sulle tasse e/o sulle tariffe dell'acqua calda (per case e serre) e dell'energia elettrica. Per opere lineari quali autostrade o ferrovie, si potrebbero, invece, ipotizzare tariffe a prezzo ragionevolmente scontato per le aree attraversate dall'opera.

Sempre con interventi di *soft law*, andrebbero sperimentati, con aggiustamenti annuali suggeriti dall'esperienza, interventi sulle modalità di programmazione e di progettazione e sul mercato della progettazione e del *project e cost control management* indipendenti (mercato oggi apparentemente rigido dal lato dell'offerta di qualità), sulla standardizzazione di bandi e contratti, sulle modalità di gara, sulle modalità di negoziato e di stesura dei contratti, sulle modalità di indebitamento e su altri temi, ove appare fondamentale procedere per aggiustamenti successivi, al fine di creare, da un lato, un mercato meglio funzionante e, dall'altro, di creare basi di *knowhow* interne alla Pubblica Amministrazione, tali da meglio utilizzare le tecniche della finanza di progetto e del *partenariato pubblico privato*, verso l'obiettivo di “più servizi pubblici con meno debito pubblico”. Si cita qui a

---

<sup>54</sup> Legge regionale 27 dicembre 2007, n. 69, “Norme sulla promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali”

titolo di esempio solo il caso, più volte affrontato e regolamentato, dello studio di fattibilità. Esso è la base per le decisioni di natura politica che devono sempre precedere il finanziamento e l'apertura del cantiere, ma raramente ha contenuti adeguati alla sua funzione che è quella di fornire elementi utili a decidere sull'impegno di danaro pubblico, a volte molto rilevante, e a predisporre un bando di qualità. Solo una azione di *soft law* flessibile e continua può permettere di ottenere risultati accettabili. Tutto ciò premesso, si elencano qui di seguito cinque proposte che si ritengono utili ai fini sin qui esposti.

1. Il cosiddetto “piano triennale” è attualmente un passaggio burocratico praticamente privo di contenuto operativo. E', pertanto, necessario riportare il piano triennale alla sua funzione principale, quella di garantire la fattibilità di progetti preventivamente discussi e valutati, sui quali vi è già il pieno consenso delle amministrazioni competenti.

La trasformazione deve prevedere:

- un *budget* degli investimenti pubblici (cassa) previsto per ciascuno degli anni di un triennio (scorrevole), articolato per ogni progetto in “preventivo, consuntivo, scostamento” della spesa (cassa) annualmente prevista, e consolidato per ogni livello di governo : già esiste lo strumento che deve essere solo utilizzato (siope/cup). Il budget degli investimenti deve essere approvato in “finanziaria” **solo** per i suoi valori consolidati per missione;
- l'inserimento nel “piano triennale” deve essere l'ultimo passo di un processo di verifica, di congruenza e di costruzione del consenso ( valutazione d'impatto ambientale inclusa) che gli organismi competenti **devono** gestire al proprio interno per poter inserire il progetto in questione nel piano triennale;
- dentro il piano triennale, solo progetti il cui costo è completo di due elementi oggi totalmente ignorati: il costo dei cosiddetti “progetti compensativi”, definiti prima in tutti i particolari, che rappresentano oggi il prezzo del consenso del territorio per tutte le opere “lineari”, ed il costo degli interessi sul debito durante tutta la costruzione dell'opera sino al collaudo e la messa in esercizio. Gli stati di avanzamento degli investimenti inseriti nel Piano triennale devono costituire un capitolo specifico della “trimestrale” di cassa.

Il Documento di Programmazione Economico Finanziaria (DPEF) dovrebbe includere un apposito capitolo che indichi sia i consuntivi degli investimenti in corso che la relativa “spesa a finire” e la data di collaudo stimata per ciascuno di essi, e appositi quadri di sintesi degli stessi dati. Deve essere inoltre presente una analoga indicazione delle risorse per cassa di danaro pubblico destinate all'apertura di nuovi cantieri nel periodo di riferimento, con un dettaglio per i cantieri principali, e dati aggregati per i cantieri minori. Dovrebbe, inoltre, essere presente nel DPEF un quadro “fonti-impieghi” aggiornato sia per gli investimenti in corso che per i nuovi cantieri da aprire.

2. Il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, d'intesa con le Amministrazioni interessate, dovrebbe emanare al riguardo, ove necessario, una direttiva aggiornata annualmente che, recependo l'esperienza maturata nel periodo precedente, definisca oppure corregga i criteri progettuali generali, cui si deve ispirare la progettazione delle opere. In particolare, sarebbe opportuna che la corretta applicazione della direttiva si attenesse al principio primario di ricercare l'equilibrio fra le diverse istanze, nel rispetto dei principi costituzionali e comunitari. Vanno, pertanto, temperati i criteri circa l'uso del danaro pubblico, il funzionamento corretto delle istituzioni, tra il risparmio di danaro pubblico durante la costruzione e durante l'esercizio, la qualità sia estetica che funzionale dell'opera, il rispetto dell'ambiente e del paesaggio. La direttiva potrebbe per questa via innovare rispetto alle tariffe pagate oggi al progettista di un'opera pubblica favorendo chi nel tempo "fa risparmiare" la Pubblica Amministrazione.

Sarebbe opportuno che questa direttiva entrasse *ope legis* in tutti i bandi di gara soprattutto se indetti dalla Pubblica Amministrazione, anche ai fini della standardizzazione delle procedure e della riduzione dei costi.

3. Il Ministro dell'Economia emette un decreto aggiornato annualmente, e d'intesa con le altre amministrazioni interessate tra cui l'Istat (per l'opportuno collegamento con le decisioni Eurostat), che fissa i principi in base ai quali tutte le amministrazioni pubbliche possono indebitarsi ad ogni e qualsiasi titolo, per finanziare direttamente oppure indirettamente le opere pubbliche, anche attraverso società partecipate, anche attraverso organismi esterni al perimetro Sec 95, anche attraverso prodotti "derivati". Tale decreto dovrebbe comprendere i criteri minimi obbligatori per la ripartizione dei rischi, un "tetto" per le eventuali garanzie fornite e la tipologia delle garanzie, per la eventuale formazione e gestione di società miste, per la sottoscrizione di contratti di finanza di progetto e di *partenariato pubblico privato* e quant'altro verrà annualmente ritenuto opportuno precisare, sulla base dell'esperienza maturata. Il decreto dovrebbe, inoltre, dare indicazioni operative sulla stesura di bandi tipo e testi contrattuali il più possibile standardizzati per le operazioni che più frequentemente si devono affrontare e che recepiscano i principi sopra citati in modo semplice, condiviso e coordinato.

Anche in questo caso, deve rimanerne traccia in tutti i bandi di gara indetti dalla Pubblica Amministrazione anche se riguardanti soggetti giuridici pubblici esterni al perimetro Sec 95.

4. L'Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici dovrebbe attuare tre programmi :

- completare il progetto già avviato per pubblicare sul proprio sito i “costi standard” per le opere pubbliche, ossia i costi assunti a base obbligatoriamente da tutta la Pubblica Amministrazione per ogni opera pubblica proposta per il piano triennale;
- tenere l’archivio centrale unico dei contratti per la finanza di progetto, aperto alla pubblica consultazione *ope legis*;
- tenere l’archivio centrale unico dei bandi per gare di appalto per beni e servizi aperto alla pubblica consultazione telematica (in collaborazione con Consip, in collaborazione con Banca d’Italia, RGS, e altri Ministeri interessati, all’interno del progetto Siope/Cup), al fine non solo di avere indicazioni certe sui prezzi pagati, favorire la concorrenza e la riduzione della spesa pubblica, ma anche per aggiornare i prezzi dei preventivi, i “costi standard” citati, e avere un “ciclo degli ordini” per acquisto di beni e servizi contabilmente certo e preciso in tutte le sue fasi, ciclo tutto telematico unico per tutta la Pubblica Amministrazione (via Siope/Cup), ed avere dati certi telematici non solo sul “pagato” ma anche sulle fatture ricevute o da ricevere e non pagate (cosiddetto debito sommerso).

Sarebbe opportuno che i contenuti sopraesposti trovassero *ope legis* collocazione in tutti i bandi di gara soprattutto se indetti dalla Pubblica Amministrazione.

Sono note da tempo modalità di gestione dei rapporti tra pubblico e privato che massimizzano (in luogo di minimizzare) l’obiettivo per la Pubblica Amministrazione ad “avere di più con meno”: premi Nobel recenti e recentissimi (2007) hanno premiato questo filone di ricerca. Il Ministro delle Infrastrutture, d’intesa con tutte le altre amministrazioni interessate, deve emettere – come stabilito con norma primaria - una direttiva circa i criteri di sperimentazione di modalità nuove di gara e negoziazione, atte a migliorare la qualità della spesa per investimenti pubblici, il tutto anche in deroga alla normativa esistente, sentite in quest’ultimo caso la Conferenza Stato-Regioni, e le competenti Commissioni Parlamentari.<sup>55</sup> La direttiva dovrebbe anche contenere gli estremi per una collaborazione diretta con le Università, atta a sostenere sul piano scientifico e pratico questa sperimentazione, nonché quelli per revisionare, o migliorare, o addirittura affidare loro (da istituzione a istituzione) la stesura di studi di fattibilità, la asseverazione di piani economico finanziari, la valutazione di progetti di terzi, il monitoraggio dei lavori e delle gestioni, e quant’altro ritenuto opportuno. Dovrebbe, infine, definire i criteri di avvio della sperimentazione, in accordo con tutte le componenti centrali e periferiche della Pubblica Amministrazione, di una specializzazione e concentrazione delle gare e dell’attività di negoziazione in pochi selezionati e

---

<sup>55</sup> Ad esempio, la legge 222/207 e la successiva ordinanza del Presidente del Consiglio 3632 del 23/11/2007 prevede che si deroghi a 13 leggi vigenti (secondo alcuni commentatori), al fine di raggiungere l’obiettivo di realizzare in tempo le opere previste per il 150° anniversario dell’Unità d’Italia. L’esperienza potrebbe suggerire se e come tradurre in procedure ordinarie queste procedure oggi straordinarie : fare presto e bene potrebbe ben valere innovare rispetto a quanto oggi è prescritto dalle leggi vigenti.



ben preparati centri pubblici, distribuiti sul territorio nazionale, al fine di ridurre inizialmente e colmare poi l'asimmetria di capacità professionali e negoziali (e la riduzione dei possibili maggiori costi pubblici conseguenti), oggi percepita tra pubblico e privato.

Al riguardo, la sperimentazione di forme di “dialogo competitivo” e di forme innovative di acquisizione del consenso dovrebbe essere incoraggiata.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Si veda in proposito la Comunicazione interpretativa UE C-2007-6661 recentissima che sostiene l'applicazione della procedura del Dialogo Competitivo come strumento per superare le difficoltà delle gare particolarmente complesse (oggi praticamente tutte le gare potrebbe meritare la qualifica di “complesse”), e ribadisce che la procedura di gara è obbligatoria anche per le società miste, come già più volte ribadito dalla Corte di Giustizia