



Unità Tecnica Finanza di Progetto

Finanza di Progetto, Contributo Pubblico, Controllo ed Equità

(Le Concessioni sono Patrimonio Pubblico)

*di avv. Massimo Ricchi componente Unità Tecnica Finanza di
Progetto*

RELAZIONE UFP FORUM PA 2006

INDICE

1.	Introduzione.....	3
2.	I limiti del contributo pubblico.....	7
3.	Una forma di contributo pubblico.....	9
4.	L'imputazione del contributo pubblico.....	13
5.	Equità negoziale ed equità sociale.....	16
6.	Il controllo effettivo delle concessioni.....	18

1. INTRODUZIONE

Il presente documento si propone di chiarire quale sia il ruolo e la funzione, giuridicamente delineata, del conferimento economico della PA nelle operazioni in finanza di progetto e quali siano gli accorgimenti utili per massimizzarne il valore; ciò anche perché lo scambio tra pubblico e privato deve essere equo non solo in fase di sottoscrizione della concessione ma per tutta la sua durata.

Si deve premettere¹ che la determinazione della tipologia, della quantità² nonché l'identificazione delle condizioni di erogazione del contributo pubblico, che poi vengono cristallizzate in un atto contrattuale, è solo una parte di un complesso processo di cui la PA è protagonista anche se culturalmente ancora inconsapevole e tecnicamente incapace di sfruttarne appieno le potenzialità³.

A livello europeo⁴ oramai si consolidano chiare tendenze nelle legislazioni nazionali e, soprattutto, nelle prassi operative per gestire la complessità di tale processo tese ad una

¹ M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore - gare e servizi locali-*, Giuffrè, 2001, il testo dell'A. consente di affrontare il tema delle gare pubbliche per l'affidamento di appalti o concessioni in un'ottica strategica e non meramente procedimentale, approccio a cui è ispirato l'approfondimento di queste pagine.

² G. FERRANTE e P. MARASCO, *PF così la PA può valutare se il contributo pubblico è adeguato all'investimento*, in *Edilizia e Territorio*, 2006, n. 11, pp. 16 e ss., gli AA. divulgano il metodo di valutazione della congruità del contributo pubblico per farlo uscire dall'indeterminatezza delle definizioni tipizzate e per consentire alla stessa PA una relazione con i consulenti e con la controparte priva di complessi di subordinazione formativa.

³ M. RICCHI, *Project Financing: le ragioni dell'exploit e le ragioni della prudenza*, in *Project Financing e opere pubbliche* a cura di Ferrari G. F. e Fracchia F., Egea, Milano, 2004, 93 ss., l'A. motiva le principali ragioni del successo dei procedimenti di aggiudicazione delle concessioni inseriti nella legge, ma anche rimarca la necessità di prudenza che dovrebbe spingere le Amministrazioni sia ad acquisire competenze che a pianificare l'accrescimento e la segregazione delle proprie capacità nel settore della finanza di progetto per replicare tali operazioni complesse, abbattendo i rischi di errore.

⁴ EUROPEAN COMMISSION-DG Regional Policy, *Guidelines for successful public-private partnership*, March 2003; HM TREASURY, *PFI: meeting the investment challenge*, July 2003; FMI, *Italy: Selected Issues – Infrastructure Investment and PPP's* - IMF Country Report n.06/59, Washington, February 2006, cap. V, pp. 86-98, in <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2006/cr0659.pdf>. Il Fondo Monetario Internazionale, a seguito dell'obiettivo analisi che non trascura di evidenziare forti problematicità ma anche spunti incoraggianti nella politica italiana di infrastrutturazione mediante PPP, conclude con alcune raccomandazioni di *policy*: 1) necessità di selezionare sulla base di oggettive priorità la lunga lista di progetti; 2) Il PPP può migliorare l'efficienza della capacità di spesa dello Stato a condizione che: a) sia fatta una severa valutazione e allocazione dei rischi associata a ciascun progetto - b) siano predisposte delle linee guida per una trasparente ed effettiva comunicazione al mercato di come e cosa la PA vuole comprare - c) sia realizzata una seria valutazione *ex ante* del rischio che il debito contratto non sia imputabile *off balance* d) sia predisposta una banca dati delle operazioni in PPP con l'indicazione della distribuzione dei rischi associati; 3) non bisogna ritardare l'implementazione del sistema di monitoraggio della spesa (SIOPE) mediante il Codice Unico di

scelta appropriata della tipologia contrattuale e del procedimento di aggiudicazione nelle operazioni di PPP, in particolare si osserva che:

1. la generazione del mercato delle concessioni o del partenariato pubblico-privato è una prerogativa forte della PA che deve stabilirne il perimetro e le regole di accesso dell'offerta⁵;
2. la programmazione degli interventi è un passaggio ineludibile tale per cui la PA, per ciascun settore (autostrade, ferrovie, ospedali, scuole), deve conoscere quali siano le reali disponibilità finanziarie e la loro eventuale sostenibilità nel tempo;
3. le ristrettezze di bilancio e quelle relative all'esigenza di non gravare sul debito pubblico⁶ non dovrebbero influenzare né le opzioni contrattuali e neppure quelle procedurali. Si dovrebbe scegliere la combinazione di opzioni che massimizzi la convenienza della PA ad acquistare (*value for money*) la qualità di un certo bene ed un certo *standard* di servizio associata ad una distribuzione dei rischi mediante analisi quantitativa, che devono essere trasferiti al privato, trattenuti dalla PA o oggetto di negoziazione tra le parti;

Progetto 4) prestare attenzione anche ai progetti di piccole dimensioni che possono garantire minori rischi e maggiore convenienza per la PA.

⁵ M. BAGELLA e M. LO CICERO, *Note sulla produzione ed il finanziamento dei beni semipubblici: finanza di progetto e partenariato pubblico-privato come strumenti di politica economica* in Riv. Economia e Diritto del Terziario, Finanza di Progetto problemi e prospettive, Francoangeli, n. 1, 2005, pp. 353 e ss., gli AA. definiscono i principi su cui poggia il "nuovo" mercato delle concessioni. Il mercato del PPP e i relativi procedimenti di aggiudicazione non conoscono battute d'arresto, vedi comunicato stampa Osservatorio Nazionale sul Project Financing (www.infopieffe.it) del 2 maggio 2006: "le gare con queste procedure rappresentano alla fine del 2005 circa un quarto del valore della spesa appaltata nell'anno (9.511 milioni di euro su 38.148)".

⁶ Vedi documento UFP "Partenariato Pubblico – Privato per la realizzazione di opere pubbliche: impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico- Decisione EUROSTAT 11 Febbraio 2004 Treatment of public-private partnerships", 2004, nel sito www.utfp.it, il documento indica i rischi da trasferirsi al privato per evitare l'imputazione sul debito pubblico; in particolare oltre al rischio costruzione deve potersi trasferire alternativamente o il rischio domanda o il rischio disponibilità; si precisa ad ogni modo che non è sufficiente un trasferimento dei rischi formale ma è decisivo il trasferimento sostanziale. Come sottolineato, sulla decisione di realizzare un'opera in PPP non deve pesare la sua inclusione o esclusione dal debito pubblico, tuttavia, una volta operata la scelta l'effetto off balance deve essere perseguito attraverso l'inserimento di appropriate norme contrattuali che condizionino l'efficacia dell'affidamento della concessione al trasferimento dei rischi per tutta la durata del rapporto.

4. la competenza per questo ruolo della PA rende necessaria la costituzione di un *team* costituito da esperti motivati dell'amministrazione precedente⁷, da una Task Force sulla finanza di progetto⁸ e da professionalità esterne per coprire specifiche carenze (giuridiche-tecniche-economiche-finanziarie) per affrontare la negoziazione con la parte privata, tesa alla definizione di ciò che si vuole acquistare⁹ sia in termini di lavori che di servizi. La competenza della PA in generale e nella negoziazione in particolare, dove non si cimenta solitamente, è rivolta appunto a centrare l'interesse pubblico che in definitiva non è altro che ottenere una adeguata qualità di servizi per i cittadini, la costruzione dell'opera è solo strumentale a quel fine¹⁰.
5. la scelta del procedimento, specialmente per le opere medio-grandi (> 60 Milioni €), si orienta verso ciò che garantisce una certa flessibilità e contempla una fase di negoziazione. La flessibilità, svincolando il procedimento *ex ante* da un preciso *nomen* contrattuale, consente di scegliere il contratto che permette in prospettiva di concludere il migliore acquisto della PA in relazione alle condizioni di mercato effettivamente esistenti¹¹; la negoziazione cooperativa, invece, garantisce la migliore definizione dell'infrastruttura e dei servizi da acquistare consentendo l'emersione di

⁷ Unità Tecnica Finanza di Progetto, "10 Temi per migliorare il ricorso alla finanza di progetto", 2005, pp. 11 e ss., nel sito www.utfp.it, dove la competenza della PA viene indicata come fattore determinante per superare le asimmetrie informative e generare valore per i beni e servizi che si vogliono acquisire sul mercato. Nel documento strategico dell'UFP sono indicati alcuni strumenti per incentivare il personale della PA coinvolto in iniziative di PPP.

⁸ Il riferimento non è solo all'UFP ma anche ad altri soggetti pubblici variamente organizzati anche con la presenza delle Università che hanno la finalità di non disperdere le competenze acquisite e di metterle al servizio della PA per accrescerne la capacità di gestire processi così complessi.

⁹ F. FRACCHIA, *Finanza di progetto: i profili di diritto amministrativo*, in Project financing e opere pubbliche, Egea, Milano, 2004, pp. 37 e ss., l'A. ha colto nel procedimento *ex art. 37-bis* e ss. l'essenziale significato di una nuova modalità di relazione tra pubblico e privato, categorizzandola come "operazione amministrativa".

¹⁰ In un'ottica economica la competenza della PA consente di rendere il mercato delle concessioni in condizioni di perfetta trasparenza informativa tale da permettergli di raggiungere l'equilibrio di efficienza paretiana; ovverosia la combinazione dei fattori di produzione verrà impiegata nell'erogazione di beni e servizi in modo tale che generi il migliore livello di benessere sociale. Una efficace sintesi del concetto di efficienza paretiana: N. MERCURO E G.S. MEDEMA, *Economics and the Law*, Princeton University Press, 1997, III edizione, pp. 13 e ss. .

¹¹ A questo riguardo solo il dialogo competitivo e i procedimenti di gara "progettati" per l'affidamento delle concessioni di servizi consentono di modificare il tipo di contratto (appalto o concessione) a seconda della verifica dell'intensità dell'offerta in una fase avanzata della negoziazione.

valori latenti da ripartire, il giusto guadagno del *partner* privato¹² ed una distribuzione dei rischi sostenibile dalla parte più appropriata¹³ (in Italia 37-bis e dialogo competitivo).

Data per assodata questa prospettiva di approccio a cui deve tendere la PA, dovrebbe essere oramai coscienza comune come il contributo pubblico sia una leva essenziale per far decollare i progetti d'investimento nel senso di renderli "fattibili", specialmente quando siano opere tiepide e, allo stesso tempo, permetta di perseguire politiche ulteriori associabili a tali operazioni, quali ad esempio: il contenimento dei prezzi dei servizi, l'accelerazione della realizzazione dell'opera, il mantenimento dello *standard* delle prestazioni in fase gestionale, la riduzione dei prezzi delle abitazioni civili, il calmieramento dei fitti, l'abbattimento dei rischi in fase di *start up* di una operazione, la mitigazione parziale di alcuni rischi ben circostanziati, la ricerca di un minor impatto sul debito pubblico, etc. . Quanto più si diffonde la sperimentazione della finanza di progetto tanto più diventa "intelligente" e molteplice il ruolo che può assumere il contributo pubblico. La funzione esclusiva a fondo perduto appare oramai riduttiva e tipica della cultura degli esordi; in quella fase, solo il mercato dei costruttori azzardava la presentazione delle proposte, che, tuttavia, per vocazione assimilava ad un anticipo sul prezzo, istituto, peraltro, eliminato dall'appalto tradizionale per gli effetti deprimenti sulla finanza pubblica.

¹² M. CLARICH, *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, Seminario Comitato 4P, Roma 27 settembre 2005, l'A. ha evidenziato nel dialogo competitivo l'esistenza di "trappole" tipiche delle negoziazioni con informazioni asimmetriche da cui è opportuno immunizzarsi.

¹³ Nei contratti di concessione aggiudicati con licitazione privata (20, comma 2, l. 109/94) non c'è spazio rilevante per la negoziazione che permette di far emergere valori "latenti" da poter spartire tra pubblico e privato. La licitazione spinge verso un appiattimento con l'aggiudicazione del contratto di appalto, infatti, vince solo chi in definitiva fa l'offerta più bassa, sia che si sostanzi in un minor contributo pubblico, una minore durata della gestione, una maggiore valore dei lavori, etc.; a conferma, nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa c'è spazio solo per un elemento di valutazione qualitativo. Il valore del contratto di concessione, nel caso della licitazione, dipende dalla distribuzione di rischi tra le parti autodeterminata dalla stessa PA; infatti, il contratto è imposto al mercato senza che questo possa contribuire a valorizzarlo secondo la propria ottica, che certamente è molto più capace poiché è naturalmente *business-oriented*. In linea generale la licitazione per l'affidamento di contratti di concessione è, pertanto, appropriata per investimenti medio piccoli (3 > investimenti > 8 Milioni di €), con tecniche costruttive consolidate e servizi facilmente standardizzabili.

2. I LIMITI DEL CONTRIBUTO PUBBLICO

Al tempo della Merloni-ter il contributo pubblico in un'operazione di *project financing* ex art. 37-bis e ss. 1. 109/94, finalizzata alla stipulazione di un contratto di concessione di lavori pubblici, regolato dall'art.19, comma 2, aveva alcune particolarità.

Per quello che interessa in questa sede, il predetto comma prevedeva la corresponsione al concessionario di un contributo pubblico, *“che comunque non p(oteva) superare il 50 per cento dell'importo totale dei lavori”*. Al comma 2-bis dello stesso articolo, l'incipit indicava che *“la durata della concessione non p(oteva) essere superiore ai trenta anni”*.

Il limite di durata rispondeva all'esigenza di non svuotare la prospettiva di riappropriazione pubblica dell'opera con un periodo indeterminato o eccessivamente lungo di gestione privata e di evitare una remunerazione sproporzionata del concessionario nella fase di gestione in situazione di monopolio. Il limite del 50% di contribuzione pubblica del valore dei lavori, invece, era dettato dalla volontà di limitare l'impatto sulla fiscalità generale nella realizzazione delle opere pubbliche per tutte le amministrazioni aggiudicatrici.

Il prezzo, inteso come contributo pubblico, erogato dall'amministrazione al concessionario si aggiungeva alla controprestazione, che consisteva unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente i lavori realizzati. Il prezzo versato al concessionario doveva essere giustificato, ex art.19, comma 2 della Merloni-ter, dalla presenza dei c.d. “prezzi amministrati”, e cioè in tutti quei casi in cui l'amministrazione sosteneva, parzialmente, il costo della gestione della concessione, affinché il prezzo delle prestazioni diminuisse per l'utente ad un livello predeterminato dall'amministrazione per il perseguimento di proprie politiche sociali¹⁴.

¹⁴ R. CARANTA, *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, Commentario a cura di F. Caringella, IPSOA, 1999, pp. 512 e ss. .

L'art.19, comma 2 con riguardo al prezzo-contributo pubblico è stato profondamente riformato dalla legge 166/02, dando origine alla c.d. Merloni-*quater*¹⁵, infatti, è stato eliminato il limite massimo di erogazione del prezzo¹⁶ ed, inoltre, la concedibilità del prezzo-contributo è stata sganciata dall'imposizione al concessionario di praticare delle tariffe o prezzi amministrati, controllati o predeterminati¹⁷.

Il prezzo o contributo pubblico, nella sua definizione *ex art.* 19, comma 2 della nuova Merloni-*quater*, si eroga agli affidatari del contratto di concessione di costruzione e gestione per *“il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare”*; dunque, mentre sono stati eliminati alcuni limiti o condizioni di erogazione del contributo, tuttavia non è stato liberalizzato *“a discrezione”*. Infatti, si è passati da limiti semplicemente quantitativi per politiche di contenimento della spesa pubblica a limiti che incentivano comportamenti efficienti nella PA rivolti ad elevare il benessere sociale.

I nuovi limiti sono due e tra loro collegati: 1) l'equilibrio economico finanziario da perseguire; 2) la qualità del servizio da prestare mediante l'opera pubblica o di pubblico interesse. Considerandoli singolarmente sono due limiti *“neutrali”*, il Piano Economico Finanziario (PEF) deve entrare in equilibrio con la leva del contributo pubblico e l'equilibrio del PEF deve relazionarsi o meglio deve pesare i costi della qualità dei servizi da far erogare; averli posti in relazione, però, determina un effetto ulteriore significativo anche se non immediatamente evidente.

L'atto di corrispondere il contributo pubblico sembra sia gravato da un onere modale invertito nei confronti dello stesso concedente, in particolare la PA ogniqualvolta eroga, e si

¹⁵ R. DE NICTOLIS, *La nuova disciplina dei lavori pubblici-Dalla legge quadro alla Merloni-quater-Le norme speciali e la nuova potestà regionale*, a cura di F. Caringella e G. De Marzo, IPSOA, 2003, pp. 713 e ss. .

¹⁶ M. RICCHI, *I limiti della concessione nelle procedure di project financing*, in *Urbanistica e Appalti*, 2002, n.2, p. 153, l'A. sostiene che anche nella Merloni-*ter* c'era spazio interpretativo per superare i limiti di valore e di tempo imposti.

¹⁷ Vedi il dibattito sulle problematiche generate dalla Merloni-*quater* a seguito dell'eliminazione dei limiti di contribuzione pubblica e di durata delle concessioni, F. TITOMANLIO., *Direttive ancora lontane: tutti i lavori in gara se il gestore non è costruttore*, in *Edilizia e Territorio*, 2002, n.21, p.15.

noti che questa disposizione emerge solo quando è disciplinato il contributo pubblico, deve tendere ad elevare lo *standard* qualitativo dei servizi. Ciò di cui stiamo parlando non è una dazione di scopo¹⁸ perché la norma lascia chiaramente intendere l'alternatività della destinazione finale del prezzo che può finanziare indifferentemente costi di investimento o gestionali, sembra sia, invece, una norma indirizzata alla stessa PA che la impegna ad un comportamento definitorio spinto oltre alla normale diligenza. In altre parole poiché la PA si priva di una risorsa economica in aggiunta al diritto di gestire e sfruttare economicamente l'opera, la stessa PA ha l'obbligo normativamente previsto di compiere uno sforzo addizionale per incrementare la qualità dei servizi ai cittadini-utenti. I cittadini (*tax payers*) poiché sono privati di una risorsa derivante dalla fiscalità dagli stessi alimentata, sono compensati da una maggiore attenzione che dovrebbe porre la PA nella definizione della qualità dei servizi, comunque soggetta a negoziazione con la parte privata.

3. UNA FORMA DI CONTRIBUTO PUBBLICO¹⁹

La norma si sofferma in particolare ad ammettere a titolo di contributo pubblico la cessione *“in proprietà o diritto di godimento (di) beni immobili nella propria disponibilità, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già indicati nel programma di cui all'articolo 14, ad esclusione degli immobili ricompresi nel patrimonio da dismettere ai sensi del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410.”*.

¹⁸ Questa caratteristica era, invece, presente nella Marloni-ter, dove il contributo pubblico era vincolato a compensare la riduzione delle tariffe.

¹⁹ L'analisi del contributo pubblico e le politiche e le funzioni ad esso associate sono limitate nel presente documento a quello finanziario e a quello conferito mediante cessione di diritti; si evidenzia che sono parimenti importanti le dazioni di contributo sottoforma di *equity*, quasi-*equity* associate allo studio della *governance* societaria o di forme di garanzia diretta o indiretta sul *senior-debt* o di garanzia a copertura di specifici rischi di progetto (*start-up*, tecnologico, archeologico, etc.).

La *ratio* della novella legislativa in merito alle caratteristiche del prezzo, incidente sullo stesso art. 19, comma 2 della Legge, disposta dall'art. 7, comma 1 della legge 166/2002, è stata quella di allargare la tipologia di contribuzione pubblica disponibile per la PA oltre a quella finanziaria.

Si osservi come la PA in genere abbia “in cassa” molto più patrimonio immobiliare che disponibilità finanziarie liquide da mettere a disposizione per le operazioni di finanza di progetto e, soprattutto, come sia sempre la stessa PA ad avere i poteri per accrescere il valore degli immobili e quindi del contributo pubblico conferibile, potendo associare agli stessi diritti di costruzione o destinazioni d'uso economicamente pregiate²⁰.

E' opportuno procedere ad un'analisi attenta del tipo di beni conferibili in luogo del contributo in danaro perché in relazione a ciascuno di essi sono previste cautele e particolari prescrizioni di cedibilità, a questo riguardo sono distinguibili nella norma:

a) i beni che possono essere dati in veste di contributo pubblico senza che ci siano particolari condizioni per la loro cessione che non sia quella generale di consentire l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione. Appartengono a questa tipologia sia: a) i beni immobili del patrimonio disponibile dell'ente concedente; b) i beni immobili intesi come porzioni dell'opera da costruire da parte del concessionario.

b) i beni che devono essere oggetto di espropriazione a condizione, però, che sussista una loro connessione o strumentalità con l'opera principale da affidare in concessione, e questo proprio in ragione del sacrificio richiesto al privato ablato. Deve, pertanto, accedersi ad una stringente interpretazione del requisito di strumentalità e/o di connessione se si

²⁰ M. RICCHI, *La cessione dei beni immobili della PA nel project financing dopo la L.166/2002*, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, n. 2, 136, l'A. affronta il tema della diversificazione dei beni conferibili come contributo pubblico associata ad ipotesi di trasformazione urbana. Appare con sempre maggiore evidenza come i procedimenti di negoziazione codificati (37-bis, 20, comma 2 e dialogo competitivo) e non, possano essere utilmente impiegati per aggiudicare variamente Piani p.e.e.p., PIP, Piani di recupero, Edilizia convenzionata, Programmi integrati d'intervento, Programmi di riqualificazione urbana, PRUSST, etc, .

vuole evitare che la PA proceda ad espropriazioni esclusivamente per “far cassa” in luoghi estranei a quello dov’è localizzata l’opera principale o ad espropriare beni, che pur essendo localizzati in prossimità dell’opera, non siano utili alla gestione della stessa, e ciò per evitare possibili abusi.

A questo riguardo è utile precisare che la stringente interpretazione dei requisiti alternativi (la lettera della legge, infatti, contiene un o disgiuntivo) di connessione e di strumentalità, mentre giustifica i procedimenti ablatori non ha ragione d’essere per i beni già appartenenti al patrimonio disponibile della PA; per essi sembra sia sufficiente un’ interpretazione più comprensiva, legata solo alla fattibilità economico-finanziaria dell’opera da realizzare in concessione. Le prove empiriche della necessità di una minore stringenza interpretativa²¹ sono date dal fatto che, nel caso di beni già appartenenti al patrimonio disponibile, la PA: 1) può ben procedere ad una loro alienazione, convertendo il *quantum* ricevuto in contribuzione pubblica all’interno del contratto di concessione, senza alcun obbligo di giustificare con stringenti criteri la connessione o la strumentalità con l’opera principale; 2) ha sempre la possibilità di indebitarsi per far fronte al contributo pubblico, ma compiendo un’attività completamente inefficiente se paragonata alla semplice cessione del bene disponibile; 3) secondo quanto detto al prossimo paragrafo può cedere i beni divenuti disponibili che devono essere indicati nel programma triennale senza la necessità di giustificazioni.

c) i beni che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico a condizione che siano stati indicati nel programma triennale di cui all’articolo 14 della legge 109/94. Questi beni si differenziano da quelli appartenenti al patrimonio disponibile originario dell’ente concedente, perché devono essere connotati da una transizione, in altre parole devono essere appartenuti o al demanio o al patrimonio indisponibile della PA e poi essersi

²¹ R. A. POSNER nell’ articolo *The Economic approach to a Law*, Texas law review 53, 1975, p. 777 afferma “A second meaning of justice, and most common I would argue, is simple efficiency.”.

Si ritiene che, in questa materia dove l’interpretazione può volgere con facilità a soluzioni opposte in relazione alla sensibilità dell’interprete, utilizzare gli strumenti dell’analisi economica del diritto possa mettere “fuori corsa” quelle interpretazioni fedeli al testo ma inefficienti ed incoerenti alla prova dei fatti.

trasformati in patrimonio disponibile con idoneo provvedimento accertativo. In questo modo attraverso la necessaria elencazione nel programma triennale delle opere pubbliche si vuole dare pubblicità all'acquisita natura di patrimonio disponibile.

Devono, in ogni caso, essere esclusi dalla possibilità di poter formare oggetto di contribuzione pubblica tutti quei beni che, indipendentemente dalle loro caratteristiche, sono ricompresi negli elenchi dei beni da dismettere ai sensi del DL 351/2001 per operazioni di cartolarizzazione e valorizzazione immobiliare.

Giova ricordare che la cessione dei diritti reali all'interno dell'affidamento di un contratto di concessione non permetterà di ottenerne la massima valorizzazione, se non altro per il ristretto mercato dei potenziali concessionari contendenti, i quali hanno dei requisiti di qualificazione piuttosto gravosi. A questo riguardo la PA avrà sempre cura di indicare, comunque, un valore di cessione del diritto almeno pari a quello di mercato, altrimenti sarebbe passibile di responsabilità per danno erariale e di annullabilità della cessione. Tuttavia, le ragioni per utilizzare questo strumento di finanziamento all'interno dei procedimenti per affidare le concessioni possono essere sicuramente meritevoli: il tempo, la necessità di tenere uniti due procedimenti e l'*appeal* procurato alla complessiva operazione in finanza di progetto. Infatti, un'attenta riflessione rivela che il "motore" economico che attrae gli investimenti privati in queste iniziative da realizzare mediante i contratti di concessione di costruzione e gestione non è più, esclusivamente, il reddito ricavabile dalla gestione dell'opera pubblica. In particolare, accanto alla tradizionale redditività da gestione se ne affianca un'altra, quella della valorizzazione del contributo pubblico ceduto sotto forma di diritti immobiliari. La differenza economica tra il valore dell'immobile con i relativi diritti edificatori e/o il cambiamento di destinazione d'uso, così come quantificato dalla PA in sede di determinazione del contributo pubblico, e il valore delle cubature edilizie costruite o ristrutturate in proprio dal concessionario, diventa il nuovo motivo d'interesse economico per gli investitori che contribuisce a rendere "calde" le iniziative in *project financing*.

4. L'IMPUTAZIONE DEL CONTRIBUTO PUBBLICO

Il contributo pubblico conferito in erogazione finanziaria o in cessione di diritti può essere corrisposto sia in conto investimento sia in conto gestione o contemplare destinazioni miste; l'imputazione dovrebbe essere una scelta della PA in relazione agli obiettivi che vuole perseguire e alle caratteristiche del progetto di investimento, l'importante è che la qualificazione sia consapevole, anche delle rilevanti conseguenze, e sia esplicitata nell'avviso di sollecitazione alla presentazione delle proposte *ex art. 37-bis* o nel bando *ex art. 20*, comma 2 della l. 109/94.

L'imputazione del prezzo/contributo pubblico in conto investimento o in conto gestione è di facile rappresentazione nelle opere calde, quelle generatrici di flussi reddituali come un parcheggio pubblico a rotazione, che valgono a ripagare gli investimenti, i costi operativi e la remunerazione degli investitori. Infatti, in caso di destinazione del prezzo in conto investimenti, la corresponsione potrà avvenire in un'unica soluzione o a SAL, dalla sottoscrizione del contratto a prima del collaudo dell'opera. L'isolamento di questa fase temporale è rilevante perché l'art. 37-*quinques*, comma 1-*ter* della l. 109/94, riconosce al concessionario la possibilità, sempre che sia accordata dalla PA, di ricevere il prezzo anche in corso di esecuzione dei lavori, tuttavia, a tale circostanza sono state imposte alcune condizioni prudenziali.

La prima condizione riguarda la necessità per il concessionario, sia esso singolo o presente in ATI, di costituire una società di progetto, realizzando quello che gli economisti chiamano il *ring fence*. In altre parole nei procedimenti in cui si realizzano opere in finanza di progetto, la costituzione di una società di progetto realizza di per sé una garanzia per la riuscita del procedimento²², fatto che autorizza, pertanto, l'anticipazione del prezzo in

²² M. RICCHI, *Project Financing e Floating Charge* in Riv. Economia e Diritto del Terziario, Finanza di Progetto problemi e prospettive, Francoangeli, 2005, n. 1, pp. 274 e ss., l'A. descrive in termini giuridici e sostanziali i vantaggi del *ring fence* realizzato mediante SPV (Special Purpose Vehicle) per soci, finanziatori e creditori sociali.

corso di esecuzione dei lavori. La previsione dell'anticipo del contributo pubblico è associata esclusivamente all'art. 37-*quinques*, comma 1-*ter* della l. 109/94, che tratta, appunto, della società di progetto, perciò se ne deve dedurre che non può essere corrisposto in caso di mancata costituzione della società.

La seconda condizione riguarda il fatto che il rimborso del contributo pubblico, erogato in corso d'opera, è garantito *ex lege* dalla responsabilità solidale dei soci della società di progetto, fino a quando non sia emesso il certificato di collaudo delle opere. Per attenuare l'invasività di quest'ultima garanzia ai soci è permesso di sostituire la propria garanzia solidale per la restituzione del prezzo erogato in corso d'opera, con garanzie bancarie ed assicurative possibilmente c.d. "a prima richiesta".

A seguito del collaudo, cessato il rischio di "perdere" il contributo pubblico senza che siano eseguiti i lavori, la PA potrà erogare il prezzo in conto investimento senza particolari condizioni anche in più rate costanti o variabili per raggiungere altre finalità.

Il contributo pubblico durante la fase operativa potrà essere, invece, imputato in conto gestione per sostenere i flussi di cassa troppo deboli per sostenere l'equilibrio del PEF.

Non diversamente avviene nelle opere fredde (uffici pubblici, carceri, scuole, ospedali, trasformazioni urbane, etc.) rappresentate normativamente dall'art. 19, comma 2-*ter* della l. 109/94, laddove "*Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti al concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera.*". Il contributo pubblico, sia esso finanziario o in diritti ceduti, destinato in conto investimento parimenti può essere corrisposto in fase di costruzione senza discostarsi, quanto a tempi e a condizioni di erogazione, da quanto detto per le opere calde, mentre una certa confusione può generarsi qualora venga corrisposto durante la fase operativa. La ragione della possibile confusione risiede nel fatto che le opere fredde sono pagate al concessionario mediante un canone periodico, perciò di primo acchito è difficile distinguere la parte del canone da attribuire al contributo in conto

investimento da quella concernente il pagamento dei servizi gestionali²³.

Questa difficoltà è solo apparente perché la PA avrà cura di distinguere contabilmente in caso di licitazione privata *ex art. 20*, comma 2 della Legge o imporre la distinzione nel caso in cui le proposte pervengano dal mercato nel procedimento *ex artt. 37-bis e ss. della l. 109/94*, ciò, come vedremo, anche per gli importanti vantaggi economici per l'ente procedente derivanti dall'applicazione dell'IVA appropriata.

A questo riguardo è opportuno prendere le mosse dalla risoluzione dell'Agenzia delle Entrate (Agenzia) n. 21 del 16 febbraio 2005, che ribadisce una posizione consolidata nel tempo con le risoluzioni n. 161/2000 e n. 395/2002. L'Agenzia sostiene come il contributo pubblico della PA, erogato mediante il trasferimento monetario o dalla cessione di diritti, si inserisca in un rapporto obbligatorio a prestazioni corrispettive, e, dunque, rappresenti il prezzo di un bene o di un servizio ricevuto rientrante in campo IVA²⁴. L'effetto immediato di questa interpretazione è quello di decurtare il contributo pubblico a disposizione dell'ente procedente da immettere nell'operazione in finanza di progetto a esclusivo vantaggio della fiscalità generale²⁵. Non deve sfuggire come l'aliquota IVA, da applicare al contributo pubblico a carico della PA, non sia sempre di una medesima percentuale. Infatti, ai sensi degli artt. 127-*quinques*, *sexies* e *septies* della Tabella A, Parte III, allegata al DPR 633/1972, la gran parte delle opere pubbliche, ricadenti nell'ampia elencazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria *ex art. 4* della legge 847/1964, e quelle relative alle linee di trasporto metropolitane tranviarie ed altre a impianto fisso, etc., sono assoggettate all'IVA agevolata del 10%.

²³ A. GERMANI, *Concessioni ai privati in PF, Italia batte Gran Bretagna nell'accessibilità ai fondi UE*, in *Edilizia e Territorio*, 2005, n. 29, pp. 29 e ss., l'A. evidenzia una distinzione tra il sistema anglosassone e quello di *civil law*, dove nel primo sistema il contributo pubblico è sempre erogato in fase gestionale per un efficace mantenimento della tensione contrattuale.

²⁴ Per una critica all'impostazione sinallagmatica del contributo pubblico nel contratto di concessione dell'Agenzia delle Entrate, vedi *Unità Tecnica Finanza di Progetto*, "10 Temi per migliorare il ricorso alla finanza di progetto", 2005, pp. 27 e ss., nel sito www.utfp.it.

²⁵ F. M. BAGGIO e G. REBECCA, *Rilevanza fiscale dei contributi pubblici ricevuti per l'esecuzione di un project financing*, in *Il Fisco*, 2003, n. 31, fasc. 1, pp. 4860 e ss., gli AA. tracciano una sintesi dell'imposizione fiscale diretta ed indiretta del contributo pubblico anche con riferimento ai beni immobili.

La prima considerazione utile, che va oltre le prospettazioni della risoluzione, è che l'appropriata imputazione del contributo pubblico in conto investimento, sia esso finanziario o mediante la cessione di diritti, permette, secondo le necessità della PA procedente, o un notevole risparmio di risorse da destinare ad altri usi o un maggiore volume di risorse da destinare alla realizzabilità dell'operazione in finanza di progetto. Questa considerazione vale sia quando il contributo in conto investimento è erogato in corso di costruzione dell'opera sia quando, ed è questa la novità applicativa, erogato in fase gestionale; a questo ultimo riguardo nella realizzazione delle opere fredde il canone periodico da corrispondere sarà "biforcuto", una parte di esso sarà riferibile al contributo pubblico in conto investimento e godrà della decapitazione IVA agevolata del 10%, mentre la parte di canone (non contributo pubblico) riferibile al pagamento dei servizi verrà sottoposta al pagamento dell'IVA ordinaria.

Non deve sfuggire come ci sia un effetto virtuoso nel perseguire la predetta ottimizzazione IVA con particolare riguardo alle opere fredde dove la PA paga un canone periodico. Infatti, ciò dovrebbe indurre la PA, già nell'avviso o nel bando, ad obbligare il mercato a rappresentare l'offerta in termini di riduzione del canone richiesto, differenziandolo nelle componenti di prezzo dell'investimento e di prezzo dei singoli servizi offerti. In questo modo, oltre ad avere la visione immediata dell'IVA applicabile, si rende particolarmente trasparente la gara sia a beneficio dell'Amministrazione che conosce esattamente il costo unitario di ciò che acquista e sia per tutti i concorrenti che sono consapevoli del margine di miglioramento proponibile correlato a ciascun servizio o investimento.

5. EQUITÀ NEGOZIALE ED EQUITÀ SOCIALE

Il contributo pubblico, sia esso finanziario o in diritti ceduti e doverosamente valorizzati, dovrebbe permettere di portare in equilibrio il PEF del contratto di concessione aggiudicato. L'equilibrio del PEF garantisce che si stà sottoscrivendo un contratto

conveniente ed equo per la PA.

Il contratto di concessione è un contratto a prestazioni sinallagmatiche in cui le parti si scambiano valori corrispondenti; il concessionario costruisce e gestisce il bene pubblico sfruttandolo economicamente ed il concedente si priva del diritto di farlo. Il contributo pubblico permette di riequilibrare i valori di scambio qualora siano, appunto, non allineati. Il compito della negoziazione è quella di bilanciare i valori scambiati nel contratto di concessione, *ex ante* la sua sottoscrizione, anche attraverso una congrua contribuzione pubblica.

Il contratto di concessione, però, si differenzia dal contratto di compravendita perché l'esigenza di equilibrio dei valori di scambio non si esaurisce nell'istante della stipula ma deve permanere per tutta la durata concessoria. Il dilemma epistemologico da cui prendere le mosse è che non vi è certezza della dinamica nel tempo di alcune variabili che sono alla base dei valori di scambio²⁶. In ogni caso, il contratto di concessione non è un contratto aleatorio²⁷, continua ad essere un contratto commutativo, ogni operazione negoziale contiene dei margini aleatori, anche la compravendita non è esente. La negoziazione dei contenuti di una concessione attraverso l'identificazione di tutti i rischi futuri, la loro rappresentazione dinamica, la loro allocazione alla parte che sappia meglio gestirli, la loro pesatura in termini di costi finanziari e, infine, l'opportuna mitigazione consentono, se il processo è condotto con competenza, di trasformare un contratto potenzialmente aleatorio in un contratto commutativo con un naturale tasso di aleatorietà.

Il privato deve giustamente trarre il profitto commisurato ai rischi effettivamente sostenuti ma nel caso dovesse venir meno la relazione tra rischio previsto *ex ante* e la sua equa

²⁶ Nel contratto di concessione *ex art.* 19, comma 2-*bis* della l. 109/94 e ss.mm.ii., sono previste forme di riequilibrio del sinallagma contrattuale *ex lege per factum principis*, quando, cioè, il fattore “destabilizzante” è imposto da una norma regolamentare o dalla legge (es. maggiori *standard* di sicurezza) oppure è imposto unilateralmente dall'amministrazione concedente. Questa opportuna valvola consente di mantenere in equilibrio il contratto e, dunque, di evitare possibili risoluzioni anzitempo. Ampiamente in R. CARANTA, *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, Commentario a cura di F. Caringella, IPSOA, 1999, pp. 513 e ss.

²⁷ *Contra*, ritiene che sia un contratto aleatorio A. TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 186 e ss. .

remunerazione, allora i valori in eccesso dovrebbero essere retrocessi alla PA o ai contribuenti/utenti sotto una forma di equivalente vantaggio come ad esempio lo sconto sulle tariffe. La retrocessione dei valori esuberanti si attua mediante strumenti contenuti in clausole contrattuali che si sostanziano in formule matematiche variamente costruite per raggiungere gli obiettivi prefigurati²⁸.

Una ragione della necessità di riportare ad equità non solo strettamente negoziale ma sociale i contratti concessori si rinviene nella disciplina del danno erariale. Se è assodato che la PA causa un danno erariale quando in una compravendita svende un bene proprio, ad esempio fissando la base d'asta al disotto del valore effettivo di mercato, la stessa evidenza dovrebbe percepirsi nei contratti di concessione quando siano aggiudicati senza avere approntato le clausole che riportino ad equità nel corso del tempo i valori commutativi del contratto. In quella circostanza il concessionario si arricchisce senza alcuna causa o giustificazione collegata ai rischi effettivamente sostenuti, mentre la PA si depaupera dei valori generati da una posizione monopolistica pubblica. In altre parole la PA rinuncia ad appropriarsi di quei valori quando rinuncia ad esercitare la prerogativa di regolamentare unilateralmente gli *extra*-valori generati dalla posizione monopolistica.

6. IL CONTROLLO EFFETTIVO DELLE CONCESSIONI

L'effettività delle clausole che riportano ad equità i contratti di concessione o di partenariato dipendono dal fatto se la PA sia in condizione di verificare e/o di monitorare analiticamente l'andamento dei flussi di cassa in entrata ed in uscita del concessionario, in altre parole se venga risolto il problema di *moral hazard*. In particolare la PA deve immunizzare l'opportunismo *post*-contrattuale di azzardo morale con informazione nascosta del concessionario, dove l'asimmetria informativa riguarda una variabile che egli

²⁸ La valvola che consente la flessibilità *ex art. 19, comma 2-bis della l. 109/94*, ha finalità diversa da quella che si prospetta nel presente documento per riportare ad equità sociale il contratto di concessione; infatti, la prima è approntata per riportare ad equilibrio contrattuale valori che non scontano le incongrue prospettive di guadagno presenti nella seconda.

è in grado di osservare a differenza del concedente²⁹. Sembra che ogniqualvolta ci sia il versamento di un contributo pubblico, ma si può dire anche quando la PA paghi una concessione solo privandosi del valore di sfruttare economicamente il monopolio, sorga in capo alla PA il potere/dovere di un controllo “invasivo” nella contabilità del concessionario. La Corte Costituzionale nella Sentenza 3 novembre 1988, n. 1007, con riferimento al giudizio di conto ha stabilito che:

a) è principio generale del nostro ordinamento che il pubblico denaro proveniente dai cittadini contribuenti, destinato a soddisfare le pubbliche necessità, debba essere assoggettato alla garanzia costituzionale della correttezza della sua gestione;

b) che tale garanzia si attua con lo strumento del conto giudiziale;

c) che il carattere necessario del giudizio di conto postula alcuni significati: 1) che a nessun ente gestore di mezzi di provenienza pubblica e a nessun agente contabile, che abbia maneggio di denaro e valori pubblici, è consentito sottrarsi a questo fondamentale dovere; 2) che non possono porsi condizioni che rendano eventuale o aleatorio tale giudizio.

Non si vuole entrare nell’analisi di assoggettabilità dei concessionari al giudizio di conto quanto, piuttosto, evidenziare come dei principi costituzionali, -destinati a soggetti che maneggiano denaro pubblico per soddisfare pubbliche necessità, chiamasi contributo pubblico, tariffe riscosse o il valore della concessione in se e per se -, siano un sostegno quantomai efficace al potere/dovere negoziale della PA di inserire nei contratti di concessione pregnanti clausole di controllo di gestione per rendere effettiva l’equità nel tempo.

²⁹ A. NICITA, *L’analisi economica dei contratti - Simple 39/05*, pp. 19 e ss., in <http://www.unisi.it/lawandeconomics/working.html>, l’A. definisce le varie tipologie di *moral hazard*.