

UTFP

Unità Tecnica Finanza di Progetto

UTFP NEWS

Dipartimento per la Programmazione
e il Coordinamento della Politica Economica**NEWS E APPROFONDIMENTI SUL
PPP E IL PROJECT FINANCE**

Sommario

News

- UTFP al convegno OICE-ABI-ANCI servizi
- La convenzione unica nel settore autostradale
- UTFP al convegno Lu.Be.C. 2008 – Promo P.A. Fondazione
- UTFP al convegno I-Com su PPP e Infrastrutture
- La BEI finanzia opere strategiche per 15 miliardi di euro
- Advisory Committee Meeting di EPEC presso l'UTFP
- Incontro tra UTFP e la PPP task force del Kazakhstan

Approfondimenti

- La Finanza di progetto a seguito del terzo correttivo al Codice dei Contratti D.lgs. 152/08
- L'aspetto fiscale del PPP alla luce delle recenti Risoluzioni dell'Agenzia delle entrate

Rubrica - uno sguardo alla sentenza

- Il TAR e la distribuzione dei rischi nei contratti di PPP

Presentazione

Questo quarto numero di UTFP News, conclude il primo anno completo di attività del nostro trimestrale. Guardando dietro di noi, possiamo dire di aver contribuito, sensibilmente alla diffusione della cultura della finanza di progetto ed allo sviluppo del Progetto Pubblico Privato.

In questo numero, come sempre interamente curato dai Componenti dell'Unità Tecnica vengono esaminati diversi aspetti interessanti, dalla partecipazione di UTFP al Convegno OICE-ABI-ANCI Servizi a Trieste, a quello Promo P.A. di Lucca, alla Convenzione Unica nel settore Autostradale, all'accordo quadro Banca Europea per gli Investimenti e Ministero delle Infrastrutture, alla prima riunione dell'Advisory Committee di EPEC (European PPP Expertise Centre) ospite di UTFP presso la sede del Dipartimento per il Coordinamento e la Programmazione della politica economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, all'incontro bilaterale UTFP e la PPP Task Force del Kazakhstan.

Molti avvenimenti interessanti, di rilievo corredati da approfondimenti utili ai cultori della finanza di progetto. Parleremo più esattamente nel prossimo numero del Convegno sul "Progetto Pubblico Privato" tenutosi in data 15 dicembre presso la Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, convegno di chiusura del primo corso avanzato sulla Finanza di Progetto e il Partenariato Pubblico Privato rivolto ai dirigenti della Pubblica Amministrazione. Il corso si è tenuto a Bologna da Settembre a Novembre 2008 dai componenti dell'Unità Tecnica.

Con l'occasione desideriamo anche augurare a tutti i nostri lettori di trascorrere serenamente le prossime festività.

Manfredo Paulucci de Calboli

Coordinatore UTFP

Il presente documento di proprietà UTFP – DIPE - Presidenza del Consiglio dei Ministri, ha scopo informativo e divulgativo. I contenuti sono utilizzabili citando obbligatoriamente la fonte. Non sono consentite la pubblicazione e la vendita anche parziale del contenuto. I contenuti di UTFP News non impegnano l'Unità Tecnica Finanza di Progetto e le istituzioni di appartenenza

NEWS

UTFP al convegno OICE – ABI – ANCI servizi

Nell'ambito della XXV Assemblea Annuale dell'ANCI, Anci Servizi, OICE e ABI hanno organizzato a Trieste il 22/25 ottobre 2008 il Workshop "*Riscaldiamo le opere fredde: tutte le infrastrutture anche quelle che svolgono funzioni sociali, soggette a tariffe controllate, possono essere eseguite in concessione con finanziamento privato*".

Il Convegno ha costituito un momento di riflessione sulle opportunità offerte dall'applicazione dei differenti modelli di PPP per la realizzazione e gestione di infrastrutture finanziate con finanziamenti strutturati in *Project Financing*.

Nella prima parte del Convegno, sono stati illustrate le criticità e le prospettive della disciplina del *Project Financing* mettendo in evidenza le sue nuove regole a seguito delle modifiche del terzo decreto correttivo al Codice dei Contratti D.Lgs. n. 152/08.

Il Convegno si è concluso con una tavola rotonda, alla quale hanno partecipato rappresentanti dell'ABI, dell'OICE, dell'Anci servizi e dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto.

L'UTFP ha sottolineato l'importanza del ruolo della Pubblica Amministrazione nello sviluppo di questi progetti. In particolare la necessità che vengano predisposte una serie di analisi e valutazioni di carattere economico finanziario che siano in grado di poter esprimere un giudizio sul possibile utilizzo del Partenariato Pubblico Privato in alternativa alle classiche forme di appalto pubblico.

Ci si riferisce al cd. "*PPP test*" che, attraverso l'utilizzo del *Public Sector Comparator*, dell'Analisi di Fattibilità Finanziaria preliminare e della Valutazione di Congruità del Contributo pubblico, deve essere in grado di identificare i) l'eventuale *Value For Money* per l'amministrazione, ii) il grado di *appel* da parte del mercato e iii) la quantità ottimale di contribuzione pubblica da destinare allo sviluppo di tali opere.

Gli atti del Convegno sono pubblicati sul sito: <http://www.anciservizi.com/content/view/83/80/>

Gabriele Ferrante

La convenzione unica nel settore autostradale

Con la legge 286/2006 si introduceva la "Convenzione Unica" ovvero un modello più trasparente e concorrenziale di convenzione tra Anas e le sue società concessionarie.

L'iter autorizzativo avviato nel 2006, ha permesso dopo l'opportuna approvazione del testo convenzionale da parte del CIPE e degli altri soggetti Istituzionali coinvolti (Ministro delle Infrastrutture, Ministro dell'Economia e Corte dei Conti) di giungere ad uno schema di convenzione che Anas potesse sottoporre ad Autostrade per l'Italia ed alle altre società concessionarie autostradali.

Nel 2007 vengono siglate diverse convenzioni uniche. Il consiglio di amministrazione di Autostrade per l'Italia S.p.A. approva la proposta di schema di convenzione unica, conferendo mandato ai vertici aziendali per pervenire alla stipula della convenzione. La nuova convenzione con Autostrade per l'Italia è siglata il 12/10/2007. Numerose altre convenzioni vengono siglate nello stesso periodo, a titolo esemplificativo e non esaustivo menzioniamo quelle con ATIVA, Milano Serravalle, Centropadane, Autovie Venete, Brescia Padova, CISA, ecc. Ad oggi risultano complessivamente siglate 11 delle 22 concessioni Anas e nei restanti casi Anas ha già trasmesso gli schemi di convenzione unica alle concessionarie e sta risolvendo le contestazioni sorte.

La principale novità di ottobre 2008 è che a seguito dell'introduzione della Convenzione Unica, che assicura maggiori certezze ed un quadro di regole più chiare, la Commissione Europea ha deciso di chiudere la procedura d'infrazione aperta nel 2006 a seguito della tentata fusione di Autostrade con gli spagnoli di Abertis, poi non andata a buon fine.

Secondo la Commissione Europea il settore non era in linea con le regole comunitarie sul libero mercato poiché non assicurava la giusta competitività a tutte le società operanti nel settore, restringendo la circolazione dei capitali ed il diritto di accesso degli investitori europei. Ora che il sistema non è più considerato lesivo della concorrenza Bruxelles

chiede che a tutti i contratti di concessione, e non solo a quelli autostradali, sia applicato un sistema trasparente e concorrenziale. Nel frattempo la Commissione terrà sotto controllo il passaggio alla convenzione unica delle restanti 11 concessioni autostradali, nonché l'attuazione dell'auspicato nuovo assetto giuridico per tutte le concessioni..

Laura Martiniello

UTFP al Convegno Lu.Be.C. 2008 - Promo P.A. Fondazione

Il 23 e 24 ottobre 2008 si è svolta a Lucca la quarta edizione del Convegno nazionale Lucca Beni Culturali (Lu.Be.C.) dal titolo *"Beni Culturali: qualità, valore e sviluppo economico per il rilancio del Paese"*, incentrato sul tema relativo alle strategie per affrontare la concorrenza di paesi incomparabilmente meno dotati del nostro da un punto di vista dei beni culturali e paesaggistici, ma che riescono a valorizzare maggiormente i propri luoghi e ad intercettare flussi turistici sempre più importanti.

A Lu.Be.C 2009, le sessioni plenarie ed i convegni paralleli, hanno affrontato tra queste tematiche, quella relativa allo sviluppo delle potenzialità delle città d'arte, con stimolanti interventi di importanti personalità delle istituzioni e della cultura, offrendo ai partecipanti interessanti spunti di studio e concreti strumenti di lavoro, promuovendo occasioni di incontro e scambi di esperienze.

La contestuale *Lu.Be.C Digital Technology* – prima rassegna europea dedicata agli operatori dell'ICT, *Information, Communication & Media Technology*, applicata alla valorizzazione del patrimonio culturale per il *marketing* turistico-territoriale - ha presentato in tale quadro le novità che la tecnologia ha lanciato e proposto al mercato per sostenere lo sviluppo concreto di tutta la filiera dei beni culturali – turismo - tecnologia.

L'Unità Tecnica Finanza di Progetto - da tempo impegnata nello studio per lo sviluppo della *partnership* pubblico-privata per i beni culturali - nell'ambito della sessione dedicata al Partenariato Pubblico Privato ("PPP") e Promozione del territorio ha partecipato con un intervento su PPP e riqualificazione urbana, che rappresenta attualmente uno dei settori di maggiore interesse per gli enti locali sul tema. L'UTFP ha ribadito il proprio impegno e la propria disponibilità ad

assistere le amministrazioni interessate alla realizzazione di progetti in tale ambito di intervento.

Rosalba Cori

UTFP al convegno I-Com su PPP e Infrastrutture

Presso la Sala della Mercede, Camera dei Deputati, si è tenuto il 29 ottobre 2008, il convegno I-COM (Istituto per la Competitività) sulle procedure di scelta del contraente e modelli di affidamento nei rapporti di partenariato pubblico-privato.

Il convegno è stata l'occasione per presentare la costituzione dell'Osservatorio sulle Infrastrutture I-COM, che, come ha precisato il prof. Maurizio Cafagno (Responsabile scientifico), si avvale di competenze interdisciplinari – giuridiche, economiche, tecnico-ingegneristiche, matematiche, statistiche – proponendosi di offrire supporto scientifico alla Pubblica Amministrazione, alle imprese che operano nel settore e alle istituzioni di categoria coinvolte, attraverso un'attività di ricerca applicata sui temi attinenti al *public procurement*, al finanziamento delle infrastrutture, alla regolamentazione e alla gestione dei servizi connessi.

La consegna della primo documento di ricerca dell'Osservatorio "Partenariato pubblico-privato ed opere pubbliche in Europa", ha costituito la base di discussione della tavola rotonda alla quale hanno partecipato L. Giampaolino (Presidente Autorità Vigilanza sui Contratti Pubblici), G.M Gros-Pietro (Presidente Autostrade per l'Italia), P. Buzzetti (Presidente ANCE), M. Ciaccia (AD Banca Infrastrutture), M. Lupo (Presidente AGI), M. Paulucci de Calboli (Coordinatore dell'Unità tecnica Finanza di Progetto), P. Costa (Presidente Commissione Trasporti Parlamento europeo), L. Grillo (Presidente Commissione LL.PP. Senato).

E' emerso come in una fase di recessione economica il Partenariato Pubblico-Privato può essere utilizzato in chiave anticiclica nella realizzazione delle infrastrutture pubbliche per la rigorosa disciplina che impone a tutti gli attori coinvolti; la migliore garanzia per selezionare le opere realisticamente fattibili con tempi e costi certi.

Massimo Ricchi

La BEI finanzia opere strategiche per 15 miliardi di euro

L'accordo tra Banca Europea per gli investimenti e Ministero delle infrastrutture prevede un finanziamento complessivo di 15 miliardi di euro a favore di opere da realizzare nel nostro Paese già inserite nel Piano Decennale delle Infrastrutture Strategiche del Governo italiano.

La BEI e il Ministero intensificheranno la collaborazione, con l'obiettivo di individuare i progetti compresi nel Piano Decennale finanziabili da parte della BEI.

I finanziamenti della BEI potranno riguardare investimenti promossi direttamente dal Ministero, o da amministrazioni dello Stato e società pubbliche, di Regioni, enti pubblici territoriali e soggetti concessionari. Gli interventi potranno essere intermediati da primari istituti di credito o prendere la forma di interventi definiti con schemi di PPP o di *project financing*.

Tale accordo renderà anche possibile, con l'aiuto della BEI, di vagliare le opportunità di co-finanziamento dei fondi resi disponibili dai programmi dell'Unione europea.

Pasquale Marasco

Advisory Committee Meeting di EPEC presso l'UTFP

Si è svolto a Roma il 26 novembre scorso il primo Advisory Committee Meeting dell'EPEC (European PPP Expertise Centre), formalmente istituito il 16 settembre 2008. L'Advisory Committee (François Bergère, Jörg Christen, Leonidas Korres, Grzegorz Lang, Tytti Noras, Manfredo Paulucci de Calboli, Borianna Pencheva) così riunito ha ampiamente discusso le linee di attività e il work-plan su cui EPEC dovrà fornire il proprio supporto nei mesi a venire. Tra i temi considerati prioritari, si segnalano quelli relativi alla valutazione degli effetti del *credit crunch* sulle operazioni in PPP e, più in generale, sul comparto delle infrastrutture, alla corretta identificazione del Value for Money per le pubbliche amministrazioni e, infine, all'applicazione del dialogo competitivo

Gabriele Pasquini

Incontro tra UTFP e la PPP task force del Kazakistan

Nell'ambito delle attività di cooperazione internazionale, si è svolto a Roma un incontro con il Public Private Partnership Center (PPP Center) della Repubblica del Kazakistan (www.ppp-center.kz).

Istituito nel mese di agosto 2008 in forma di società per azioni, con un organico di 45 unità e con unico azionista il Ministro dell'Economia e della Pianificazione, il PPP Center della Repubblica del Kazakistan svolge un ruolo centrale nel processo di selezione ed attuazione degli interventi infrastrutturali di pubblica utilità da realizzare attraverso schemi di PPP. In particolare, tra le funzioni a questo attribuite, si segnalano le attività di valutazione dei progetti infrastrutturali da affidare tramite concessione ivi incluse le attività concernenti la valutazione di proposte d'investimento provenienti dal settore privato, la preparazione e valutazione di studi di fattibilità, la predisposizione della documentazione di gara e il monitoraggio del contratto di concessione. A tale riguardo si segnala che recentemente sono state approvate significative modifiche alla disciplina in materia di concessioni approvata nel mese di luglio 2006 volte a incrementare il livello di attrattività per il settore privato anche attraverso specifiche misure di supporto a beneficio dei concessionari.

L'incontro ha costituito, infine, occasione per illustrare i contenuti di una proposta di Memorandum of Understanding (MoU) concernenti future ipotesi di cooperazione fra le due strutture da valutare in un successivo momento.

Gabriele Pasquini

APPROFONDIMENTI

La Finanza di Progetto a seguito del terzo correttivo al Codice dei Contratti D.Lgs. 152/08

INTRODUZIONE

Il Legislatore italiano con il terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici, D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (GU n. 231 del 2 ottobre 2008 - Supplemento Ordinario 227), rivoluzionando il procedimento con il promotore, continua nella sperimentazione del project financing e, in linea con quanto fatto dall'esordio nel 1998, preferisce consegnare alla pubblica amministrazione (PA) una serie di opzioni alternative, articolate in più fasi semplici e procedimentalizzate, piuttosto che lasciare la libertà di modellizzare questo particolare tipo di affidamento.

Con il terzo decreto correttivo al Codice è intervenuta la riforma del promotore che ha gemmato due procedimenti alternativi originali entrambi caratterizzati dalla semplificazione dell'articolazione del processo di gara e un terzo percorso, condizionato dall'inattività della PA, che apre a tre possibili sub-procedimenti: per comodità espositiva, cogliendo le caratteristiche di ciascuno, sono stati denominati rispettivamente promotore monofase, promotore bifase e promotore additivo.

IL COINVOLGIMENTO DEI TERZI NELLA PROGRAMMAZIONE

E' stato migliorato il processo propositivo di inserimento nella programmazione di opere tramite il promotore da parte di terzi esterni all'amministrazione; infatti, i soggetti che possono presentare i suggerimenti da inserire negli atti programmatori, devono possedere dei requisiti di qualificazione molto più rigorosi a garanzia della serietà del loro impegno. Questa modalità programmatica, ora disciplinata dal comma 19 dell'art. 153 del Codice, circoscrive i requisiti di qualificazione posseduti dagli operatori economici privati solo a quelli indicati al comma 8 (i proponenti

qualificabili come concessionari) e al comma 20 (i proponenti qualificabili con altri specifici requisiti), e non più genericamente riferibili a tutti soggetti pubblici e privati. Si noti come i soggetti pubblici non siano più menzionati, forse per evitare le interferenze reciproche nelle programmazioni tra amministrazioni pubbliche e per presa d'atto di scarso realismo della norma previgente.

Lo studio di fattibilità, redatto dai terzi qualificati, diventa l'unico documento da sottoporre alla PA ai fini dell'inserimento dell'opera nella programmazione pubblica; le semplici proposte di intervento, ammesse nel previgente art. 153, non sono più sufficienti perché non garantivano il necessario approfondimenti e costringevano, comunque, la PA diligente a redigere lo studio di fattibilità. Rimane inalterato l'impianto autorizzatorio che da facoltà alla PA di decidere se accettare la proposta di inserimento nella programmazione, senza l'obbligo di corrispondere un prezzo anche in caso di accoglimento e di acquisizione dello studio di fattibilità del privato. Inoltre, è stato imposto alla PA il termine sollecitatorio di 6 mesi per decidere se adottare gli studi di fattibilità proposti dai terzi.

IL PROMOTORE MONOFASE

L'attuale art. 153 del Codice accorpa i contenuti modificati degli artt. 154 e 155 previgenti e delinea il procedimento del promotore monofase dal comma 1 al comma 14: in estrema sintesi la PA, dopo avere pubblicato un bando, aggiudica il contratto di concessione al concorrente che ha sottoposto la proposta migliore, valutata con il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa.

I contenuti del bando e la negoziazione del progetto

Gli stessi commi 2 e 3 dell'art. 153 del Codice stabiliscono i contenuti obbligatori del bando riferendosi a quelli standard per le concessioni previsti dall'art. 144 del Codice; nel procedimento monofase, però, sono stati aggiunti due contenuti specifici.

Questi nuovi contenuti del bando, elencati nell'art. 153, comma 3, sub lett. a) e b), costituiscono il fondamentale meccanismo regolatorio del nuovo procedimento fissato dalla legge, in particolare sub lett. a) l'amministrazione aggiudicatrice, una volta individuato il promotore, ha la possibilità di chiedergli di apportare alla sua offerta quelle

modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto e i conseguenti adeguamenti del piano economico-finanziario (PEF).

La soluzione offerta dalla nuova formulazione dell'art. 153, comma 3, lett. a) non lascia dubbi riguardo la possibilità di apportare le modifiche prescritte in sede di conferenza di servizi, disciplinate dagli artt. 14 bis e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241, per il richiamo del successivo comma 10, lett. c) all'art. 97 del Codice.

Neppure deve mettersi in dubbio la possibilità di richiedere modifiche progettuali e del PEF dalla stessa PA procedente in fase di approvazione del progetto. La nuova disciplina sancisce una prescrizione di carattere generale, laddove al comma 3 si riferisce alle "modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto": queste, infatti, comprendono sia le eventuali richieste di modifica della stessa PA che, ai sensi del comma 10, quelle generate dalla conferenza di servizi a cui partecipa l'amministrazione procedente.

Se dovessimo accettare la soluzione interpretativa che limita le richieste alle sole modifiche strettamente progettuali dell'amministrazione e a quelle emerse in conferenza di servizi - il PEF muta di conseguenza per mantenere il nuovo equilibrio economico-finanziario imposto dalle modifiche ex art. 153, comma 3, lett. a) del Codice -, la PA si esporrebbe alla circostanza di poter sottoscrivere un contratto di concessione comprensivo di cospicue rendite non giustificate dai rischi assunti dal concessionario. Il limite della procedura monofase risiede nell'impossibilità di sottoporre a confronto concorrenziale la proposta prescelta per ridurre gli ingiustificati margini di profitto. Questo esito si evita se la PA si comporta come un'Autorità: con la capacità valutare ed imporre, in fase di approvazione del progetto, l'eliminazione delle rendite, ad esempio ridimensionando i costi esposti di costruzione, i canoni richiesti alla PA per le opere fredde, il contributo pubblico in conto costruzione o gestione e procedere ad una più equa distribuzione dei rischi, etc, in altre parole far sopportare alla collettività un costo congruo per servizi pubblici.

Il secondo contenuto obbligatorio del bando, ai sensi dell'art. 153, comma 3, lett. b) del Codice, prescrive che, in caso di rifiuto del promotore di apportare le modifiche indicate, l'amministrazione ha la facoltà di chiedere ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione del contratto con le modifiche. Il

primo dei concorrenti in ordine di chiamata che esprime il consenso succede al promotore e si assicura la sottoscrizione del contratto. Al promotore che dovesse recedere è, comunque, garantita una compensazione economica pari al costo di predisposizione dell'offerta non superiore al 2.5% del valore di investimento ai sensi del comma 12 dell'art. 153 del Codice. Il concorrente subentrato è tenuto al pagamento dell'indennizzo al promotore receduto e senza dubbio ne sopporterà integralmente il costo, non potendolo inscrivere nel PEF che regolerà il suo rapporto concessorio con la PA.

Ai sensi dell'art. 153, comma 10, lett. d), qualora si dovesse verificare il caso che la proposta non necessiti di modifiche, la PA procede direttamente alla stipula della concessione; la previsione certamente stimolerà gli aspiranti promotori a sottoporre "l'offerta perfetta" e la PA sarà tenuta a verifiche approfondite.

Il tempo delle modifiche della proposta

La nuova disciplina all'art. 153, comma 10 risolve la gran parte del problema del c.d. rischio amministrativo, imponendo l'attivazione obbligatoria della conferenza dei servizi ai sensi dell'art. 97 del Codice, sul progetto preliminare presentato dal promotore anche ai fini della valutazione di impatto ambientale. Questo rischio è legato ai pareri, autorizzazioni, nulla osta comunque denominati che devono essere rilasciati da quegli enti della PA che presiedono la tutela di interessi pubblici specifici come quello ambientale, paesaggistico-territoriale, storico-artistico, della salute e della pubblica incolumità. La soluzione prospettata dal Codice, imponendo l'utilizzo la conferenza di servizi sul progetto preliminare del promotore, rimuove con forza di legge gran parte del rischio amministrativo.

I costi delle modifiche progettuali imposte dalla conferenza di servizi e dalla valutazione di impatto ambientale devono essere sostenute dal promotore stesso, ai sensi del comma 10, lett. c) dell'art. 153 del Codice. Ai sensi dell'art. 153, comma 11 del Codice, la stipulazione del contratto di concessione è sospensivamente condizionata: a) dalla conclusione positiva della procedura di approvazione del progetto; b) dall'accettazione delle modifiche da parte del promotore o del diverso concorrente aggiudicatario.

Il criterio per comparare le offerte

Il momento valutativo delle offerte nel procedimento monofase è determinante perché la scelta individua immediatamente l'aggiudicatario, salva la sua facoltà di recedere in caso di modifiche non gradite. Il criterio di valutazione delle proposte è stato sensibilmente modificato rispetto a quello che presidiava la dichiarazione di pubblico interesse: infatti, ai sensi dell'art. 153, comma 4 del Codice, "le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83". Il Legislatore pur facendo propri i vincoli imposti alla discrezionalità dall'offerta economicamente più vantaggiosa (OEV) ha comunque tenuto conto della specificità dei contratti complessi con due prescrizioni:

1) la prima, indicata al comma 5 dell'art. 153 del Codice, riguarda gli elementi di giudizio. I tradizionali criteri di valutazione dell'OEV, elencati dalla lett. a) alla lett. o) dell'art. 83, comma 1 del Codice, sono stati estesi "agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione". Questi criteri aggiuntivi di valutazione devono intendersi obbligatori e non esemplificativi, senza la possibilità di essere omessi secondo le circostanze, come invece è possibile per quelli indicati dall'art. 83 del Codice;

2) la seconda, inserita al comma 5 dell'art. 153 del Codice, impone che i criteri vengano inseriti nel bando "secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base alla quale si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte". In questo caso sembra evidente l'intenzione di rendere prescrittiva l'indicazione contenuta nell'art. 83, comma 3 del Codice, in particolare di non precisare "la ponderazione relativa da attribuire a ciascuno di essi, anche mediante una soglia espressa con un valore numerico determinato...". Infatti, per i contratti complessi la ponderazione tra criteri è piuttosto critica e può dare dei risultati indesiderati; intuitivamente è illogico utilizzare dei rigidi metri di giudizio per comparare delle proposte diverse tra loro, la soluzione è di indicare solo l'"ordine decrescente di importanza".

La combinazione di queste due prescrizioni costituisce un sistema flessibile di valutazione delle offerte, che introduce degli elementi che vincolano la discrezionalità della PA ma non al punto da indurla

a commettere scelte indesiderate in nome della trasparenza.

Questa maggiore flessibilità nella valutazione, non esclude che la PA decida, comunque, di autovincolarsi *ex ante*, tramite la ponderazione dei criteri e l'assegnazione di pesi e punteggi, qualora si trovi più a suo agio nella gestione del procedimento.

Inoltre, in questo caso si sottolinea l'importanza della valutazione qualitativa sul progetto, sulla convenzione e sul PEF, perché il giudizio su di essi consente di mirare alla sostanza dell'offerta. La necessità di dare questi giudizi aperti e determinanti per l'assegnazione finale del contratto, introduce fin da subito la competizione sul progetto, sulla convenzione e sul PEF.

Le funzioni dello studio di fattibilità

Ai sensi del comma 2 dell'art. 153 del Codice, alla base di ciascuna gara deve esserci la predisposizione dello studio di fattibilità redatto dall'amministrazione aggiudicatrice o adottato ad iniziativa di terzi ai sensi del comma 19. Lo studio di fattibilità diventa il punto di origine della Finanza di Progetto, così è anche il titolo dell'art. 153: non solo è lo strumento per orientare le decisioni della PA sul se fare, sul quanto fare, sul come fare, sul dove fare, sul procedimento, sul tipo di contratto, sulle valutazioni di budget, sull'impatto sul debito pubblico, sul *timing*, etc., portando la PA ai livelli di consapevolezza adeguati ai volumi finanziari, sempre molto elevati, implicati in una operazione di PPP, ma soprattutto per assumersi la responsabilità ed il dominio di tutti quei dati necessari per redigere le offerte da parte del mercato. Lo studio di fattibilità è diventato anche un documento preordinato all'espletamento della gara, questa connotazione era poco evidente nella precedente normativa, adesso è una funzione imprescindibile.

Lo studio di fattibilità è anche la misura per stabilire il valore della concessione ai fini dell'applicabilità delle regole di pubblicazione del bando sopra e sottosoglia, e, ai sensi dell'art. 153, comma 9 del Codice, viene utilizzato per determinare il valore dell'investimento su cui calcolare il 2.5%, limite massimo del costo di predisposizione delle offerte.

I termini e i contenuti delle offerte

La scansione del procedimento del promotore monofase deve osservare tempi di predisposizione documentale appropriati per una gara che abbia

l'obiettivo di acquisire la migliore proposta realizzabile dal mercato.

Se da un lato sono stati introdotti degli elementi di flessibilità di valutazione delle offerte per catturare l'innovatività delle proposte, dall'altro si è cercato di ridurre al minimo la loro disomogeneità e ciò per la duplice ragione di renderle facilmente comparabili e allo stesso tempo di evitare al mercato il costo di redazione di proposte non bene allineate al pubblico interesse, che riscuoterebbero solo scarso apprezzamento. Il comma 7 dell'art. 153 del Codice, quando sancisce che il "disciplinare di gara, richiamato espressamente nel bando, indica la descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire, in modo da consentire che le proposte siano presentate secondo presupposti omogenei", stabilisce appunto che ai futuri concorrenti deve essere offerta una potenziale matrice entro cui devono "disegnare" la propria offerta.

La nuova disciplina non indica il termine per la presentazione delle offerte: si devono evitare interpretazioni formalistiche e procedere avendo riguardo agli scopi che la PA si prefigge con la gara, i.e. stimolare la concorrenza e l'innovazione. Per questa ragione non potrà essere adottato il termine eccessivamente breve di 52 gg dalla data di trasmissione del bando di gara, prescritto per l'assegnazione della concessione ad iniziativa pubblica, disciplinata dall'art. 144, comma 1 del Codice. Il termine minimo dovrebbe essere quello di 180 gg, collaudato dalla disciplina previgente nei procedimenti ad iniziativa privata: prima del secondo decreto correttivo del Codice, D.Lgs 113/07.

La riflessione sul tempo di presentazione delle offerte con riguardo ai contratti complessi non si esaurisce con la definizione del termine minimo, va estesa all'individuazione del termine appropriato per ciascuna gara. Si evidenzia al riguardo come la giusta mentalità regolatoria sia già indicata dall'art. 70, comma 1 del Codice, stabilendo infatti che le PA "nel fissare i termini per la ricezione delle offerte ... di partecipazione, ... tengono conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte, ed in ogni caso rispettano i termini minimi".

Il contenuto obbligatorio delle offerte differisce rispetto alla previgente disciplina. Ora ai sensi dell'art. 153, comma 9 del Codice è richiesto un

minor numero di documenti, in particolare si tratta dello studio di inquadramento territoriale ed ambientale, dello studio di fattibilità, dell'indicazione delle garanzie offerte e dei criteri da far utilizzare alla PA nella valutazione delle proposte.

Il sistema delle garanzie

Le garanzie richieste per partecipare alla gara sono coerenti con il procedimento monofase. Con la presentazione dell'offerta è obbligatorio produrre la cauzione del 2% del valore dell'investimento, ex art. 75, comma 1 del Codice, e quella già analizzata a copertura dei costi di predisposizione dell'offerta pari al 2.5% del valore di investimento. Tale garanzia a carico del concorrente aggiudicatario copre le spese di predisposizione della proposta del promotore nel caso rinunci all'aggiudicazione per non avere accettato le richieste di modifiche all'offerta.

Una volta individuato l'aggiudicatario questi dovrà presentare la consueta cauzione definitiva ai sensi dell'art. 113, comma 1 del Codice pari al 10% del valore dell'investimento.

L'importante novità, disciplinata dall'art. 153, comma 13, è costituita dall'obbligo di presentazione della garanzia gestionale nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio. La norma non si limita all'introduzione della cauzione ed a indicare il massimale assicurato ma si spinge più in là, precisando che è costituita "a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera". La precisazione contiene una filosofia regolatoria essenziale nella definizione dei contratti complessi, infatti la statuizione non solo qualifica la fase gestionale, pressoché ignorata dalla codificazione precedente, ma soprattutto da una precisa indicazione alla PA di come deve congegnare il contratto di concessione funzionante: tramite l'elencazione degli obblighi del concessionario, l'approntamento di penali in caso di mancato o inesatto adempimento ed, infine, la copertura delle penali con la nuova garanzia gestionale a prima richiesta e senza il beneficio della preventiva escussione.

L'unico sistema che consente di mantenere la tensione contrattuale, garantendo il mantenimento degli standard qualitativi dei servizi per i lunghi periodi concessori, è approntare una filiera di responsabilizzazione che leghi gli obblighi del

concessionario ad una sanzione, resa effettiva da una garanzia concessa da terzi.

Le disposizioni per i finanziatori

Emerge dall'art. 153, comma 9 del Codice che il PEF potrà essere asseverato solamente dalle banche e non più anche dalle società di servizi costituite dagli istituti creditizi e dalle società di revisione. Il ruolo dei finanziatori e del contratto di finanziamento emerge nel procedimento ex art. 153 e ss. del Codice in diverse norme di garanzia a loro favore.

Con riferimento allo *step-in right*, art. 159, comma 1, lett. b), è stato reso decisamente più flessibile il tempo di sostituzione del concessionario inadempiente, prima rigidamente compreso nei 90 gg. successivi alla dichiarazione della PA di volere procedere alla risoluzione del contratto ora, invece, è alternativamente rimesso: a) alla determinazione delle parti contenuta nel contratto di concessione, e, perciò, indirettamente determinato dai finanziatori che suggeriranno il tempo ritenuto conveniente per analizzare l'insolvenza del concessionario e produrre la documentazione che certifichi la situazione da sottoporre al potenziale sostituto; b) rimesso, in mancanza della previsione contrattuale sub a), all'indicazione espressa della PA contenuta nella comunicazione dell'intenzione di recesso per inadempimento del concessionario ai finanziatori.

Le modifiche all'art. 160, recante "Il privilegio sui crediti", sono state dettate dalla necessità di chiarire che il privilegio sui beni mobili accordato ai finanziatori si estende alle società di progetto, qualora la costituzione sia imposta nel bando o attuata dal concessionario, e anche al contraente generale qualora sia affidatario di un contratto di partenariato pubblico-privato ai sensi dell'art. 3, comma 15 ter del Codice. Sembra che il destinatario dell'estensione non sia esclusivamente il concessionario trasformato in società di progetto ma anche la società mista di progetto costituita a seguito di gara per l'individuazione del socio di maggioranza o di minoranza, di cui si fa menzione anche nel predetto 3, comma 15 ter, e la società titolare della concessione senza gara, mediante l'*in house*. La qualifica espressa al comma 1 dell'art. 160 del Codice, riferita alle società di progetto, che queste possono essere sia "concessionarie" o "affidatarie", sembra implicare nel primo caso una gara e nel secondo un affidamento diretto. In entrambi i casi deve essere redatta e sottoscritta una concessione, comunque denominata, che regoli

i rapporti tra PA e società mista o società affidataria senza gara; in ogni caso viene chiarito che la società di progetto o la società mista possono essere affidatarie di un contratto di partenariato.

IL PROMOTORE BIFASE

Il procedimento del promotore bifase, disciplinato al comma 15 dell'art. 153 del Codice, è scandito in due tempi, nel primo tramite una selezione competitiva viene scelto il promotore, nel secondo, mediante il miglioramento concorrenziale della sua offerta, viene individuato il potenziale aggiudicatario; il promotore a questo punto potrà decidere se adeguare la propria offerta a quella risultante dalla seconda fase per assicurarsi il contratto. Il bando, per il rinvio al comma 15 dell'art. 153 del Codice, deve essere pubblicato secondo le modalità già esaminate per il promotore monofase, ma deve contenere, invece della previsione dell'immediata aggiudicazione al promotore, l'attribuzione a questo del diritto di prelazione. Il criterio di selezione del promotore in prima fase mediante l'OEV è il medesimo adottato dal comma 3, riferito al promotore monofase. Il promotore potrà esercitare il diritto di prelazione, se lo valuti conveniente, adeguando la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa a conclusione della seconda fase concorrenziale. Nel caso in cui la gara della seconda fase vada deserta il contratto è aggiudicato automaticamente al promotore ai sensi dell'art. 153, comma 15, lett. d) del Codice.

Il diritto di prelazione

La reintroduzione del diritto di prelazione rende opportuno un approfondimento. Anche quando il D.Lgs. 113/117, ha eliminato il diritto di prelazione per le giuste critiche sugli effetti distorsivi della concorrenza, l'incentivo rimaneva un'opzione possibile a disposizione della stazione concedente a condizione di correggerne gli effetti distorsivi sul mercato, i.e. la posizione dominante anticoncorrenziale di cui era portatore.

Queste riflessioni consentono di gestire al meglio la prelazione ora che è stata reintrodotta nel Codice e di segnalare l'importanza del rimedio approntato, disciplinato dal comma 15, lett. e) dell'art. 153 del Codice, per mitigare gli effetti anticoncorrenziali che genera. Infatti il concorrente aggiudicatario, che subisce l'esercizio della prelazione, deve ricevere una compensazione economica pari al costo sostenuto dal promotore per la predisposizione della proposta a base di gara nel limite del 2.5%

dell'investimento. Poiché tale valore è di gran lunga superiore a quello sostenuto dal concorrente per migliorare l'offerta del promotore in questa seconda tornata, la compensazione dovrebbe essere uno stimolo efficace per indurre i concorrenti a partecipare anche in presenza della minaccia del diritto di prelazione. Nel caso in cui il promotore rinunci all'esercizio della prelazione, trascorsi 45 gg dalla comunicazione del vincitore, ritenuto, pertanto, un congruo periodo di riflessione se accettare o meno, ha diritto di essere compensato dall'aggiudicatario delle spese di predisposizione della proposta.

Si segnala come il meccanismo di rimedio all'anticorcorrenzialità della prelazione sia parzialmente analogo a quello già sperimentato prima della Merloni-quater e come questo abbia generato comportamenti opportunistici rivolti all'accaparramento del premio per la sola partecipazione, presentando offerte migliorative minime rispetto alla proposta del promotore a base di gara.

A questo punto la competenza regolatoria della PA precedente, cosciente delle alterazioni generate dalla prelazione e del comportamento opportunistico dei concorrenti per effetto del rimedio, dovrebbe porre in essere un accorgimento per superare l'impasse, condizionando l'effettiva erogazione dell'incentivo al raggiungimento di un certo livello di economie a vantaggio della PA. La PA al termine della prima fase e dopo avere analizzato quali siano le rendite ingiustificate radicate nella proposta, riconoscerà l'incentivo all'aggiudicatario che ha subito la prelazione, a condizione che la sua offerta migliori il costo della proposta almeno al valore ritenuto equo dall'amministrazione per conseguire il *value for money*, cioè la convenienza dell'operazione.

La seconda fase

Il procedimento bifase, rispetto a quello monofase, riduce l'ampiezza della discrezionalità esercitabile dalla PA nella conduzione della gara, in particolare introduce dei limiti alla richiesta di modifica dell'offerta del promotore e nelle modalità di esercizio dell'OEV nel successivo confronto concorrenziale. In ragione del fatto che la gara nella seconda fase consente di ridurre le rendite della proposta, le richieste di modifica dell'offerta al promotore dovrebbero limitarsi a quelle indicate dall'amministrazione precedente e a quelle emerse

in conferenza dei servizi, sempre con i conseguenti adattamenti del PEF. La PA non potrebbe spingersi, salvo macroscopiche evidenze, a chiedere al promotore di diminuire i costi di costruzione dell'opera pubblica e dei servizi erogati alla collettività proprio perché sarà la concorrenza ad adeguarli ai valori di mercato nella seconda fase.

Mentre, ai sensi dell'art. 153, comma 15 del Codice, il criterio dell'OEV per l'individuazione del promotore ricalca quello del procedimento monofase, invece ai sensi dello stesso comma 15, lett. c) del Codice, il modello di OEV, che presiede questa gara è strettamente disciplinato dall'art. 83 del Codice, senza la possibile estensione del giudizio sul valore del progetto, del PEF e della convenzione. Il disegno procedurale che emerge realizza una prima fase in cui la proposta del promotore viene modificata secondo le richieste della PA, costituendo una base unica per la successiva gara, poi nella seconda fase si realizza il confronto concorrenziale solo sugli aspetti riconducibili agli elementi economici.

II PROMOTORE ADDITIVO

Questo terzo procedimento di aggiudicazione di un contratto complesso non è a soluzione unica, infatti, dopo una fase comune, che culmina con la dichiarazione di pubblico interesse, la PA può scegliere, a ragione delle diverse circostanze, uno dei tre percorsi di affidamento elencati nell'art. 153, comma 16, sub lett. a), b) e c).

Questi multipli esiti combinatori sono condizionati a monte dall'inazione della PA, la quale, dopo avere inserito nell'elenco annuale l'opera pubblica da realizzare, rimane inerte senza far seguire la pubblicazione del bando di gara.

La preconditione affinché s'inneschi il procedimento additivo è che l'opera sia inserita nel programma annuale, questo per avere la certezza della copertura finanziaria di un'eventuale contribuzione pubblica e per il rispetto della prescrizione di cui all'art. 128, comma 6 del Codice. In queste condizioni, la presentazione della proposta da parte degli aspiranti promotori, qualificati ai sensi del comma 8 (requisiti del concessionario), è additiva nella misura in cui costringe la PA ad intraprendere un percorso di aggiudicazione diverso da quello, monofase o bifase, che l'amministrazione aveva programmato ma non perseguito.

L'azione di impulso del mercato sulla PA, mediante la presentazione delle proposte, può essere esercitata in una finestra temporale di quattro mesi: non prima che siano trascorsi sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale delle opere pubbliche e non oltre dieci mesi dallo stesso dies a quo.

La presentazione anche di una sola proposta presentata dagli operatori privati mette fuori gioco l'intenzione procedimentale della PA espressa in fase programmatoria. La PA è tenuta, entro 60 giorni dalla scadenza del termine utile per la reazione additiva del privato, a pubblicare un avviso seguendo le forme di pubblicità ordinarie dei bandi sopra o sottosoglia comunitaria in dipendenza del valore della concessione. Inoltre, l'avviso deve dare il termine di tre mesi ai concorrenti per presentare sia le nuove proposte che quelle già presentate ma rielaborate alla luce dei criteri formulati per la dichiarazione di pubblico interesse.

L'analisi delle proposte additive

A questo riguardo ci si domanda quali siano i limiti al potere della PA di esame, valutazione e comparazione delle proposte presentate nei quattro mesi consentiti per attivare il procedimento additivo, in considerazione del fatto che successivamente le stesse proposte potranno essere valutate così come sono o ulteriormente rielaborate e ripresentate a seguito della pubblicazione dell'avviso. Si ritiene che tutti i concorrenti siano posti in condizioni di parità quando sottopongono le proposte sulla base dei criteri di valutazione indicati nell'avviso, tanto che anche ai proponenti additivi è consentito, senza essere obbligati, a procedere alla rielaborazione delle proprie offerte proprio per cogliere il pubblico interesse.

In questa fase l'obiettivo principale della PA dovrebbe essere quello di verificare se il mercato abbia già elaborato delle proposte anche al fine di perfezionare l'avviso per la dichiarazione di pubblico interesse. Quelle prime proposte additive contribuiscono alla formazione progressiva dei desiderata della PA e consegnano alla PA l'importante messaggio che il mercato è pronto e risponderà. Queste considerazioni implicano che la PA possa rimanere inerte volontariamente per consentirgli di "auscultare" il mercato e di precisare le idee piuttosto che procedere alla pubblicazione del bando a cui far seguire il procedimento con il promotore monofase o bifase. Sembra che le

indagini conoscitive del mercato, tramite gli avvisi per la manifestazione di interesse, a schema libero e non vincolanti, che caratterizzano altri settori degli affidamenti pubblici, abbiano trovato in questo caso una più compiuta proceduralizzazione.

La dichiarazione di pubblico interesse

La sedimentazione interpretativa accumulata sulla dichiarazione di pubblico interesse della previgente normativa rivive in questa fase. Infatti, ai sensi dell'art. 153, comma 16 del Codice, la sollecitazione al mercato della proposta è denominata avviso e la sua pubblicazione segue le modalità dei bandi ai sensi dell'art. 66 o 122 del Codice, a seconda se l'investimento sia sopra o sottosoglia. Nell'avviso deve essere indicato il termine perentorio minimo di 90 gg per la presentazione delle proposte e i criteri in base ai quali la PA procede entro 6 mesi successivi alla dichiarazione di pubblico interesse.

Si evidenzia come l'art. 153, comma 17 del Codice, obblighi il promotore a presentare la garanzia provvisoria del 2% dell'investimento ai sensi dell'art. 75 del Codice, che potrà essere escussa nel caso in cui questi non partecipi al seguito del sub-procedimento scelto dalla PA. Si noti come questa penale qualifichi la proposta del promotore, incentivando a mantenere fermo il suo proposito di andare fino in fondo.

I tre sub-procedimenti

La PA, una volta dichiarato il pubblico interesse della proposta, deve indicare quale sia il percorso di affidamento che vuole utilizzare tra il dialogo competitivo ex art. 58 del Codice, la procedura di affidamento ad iniziativa pubblica ex art. 143 (144) del Codice e la seconda parte del procedimento bifase ex art. 153, comma 15 del Codice: in questi ultimi due casi la norma, il comma 16 sub lett. b) e c), specifica che, costituendo una deviazione dai modelli originali, il promotore dovrà essere, comunque, invitato alla gara.

La nuova disciplina facilita la scelta con una regola: qualora la proposta e il progetto necessitino di modifiche non si potrà adottare altro che il dialogo competitivo e il terzo decreto correttivo, modificando l'art. 58 del Codice, ha chiarito che questa procedura può essere utilizzata anche per l'affidamento dei contratti di concessione.

Quando, invece, il progetto e la proposta non necessitino di modifiche allora sono praticabili sia la procedura di affidamento ad iniziativa pubblica ex

artt. 143 (144) del Codice che il procedimento bifase ex art. 153, comma 15, limitato però alla seconda fase sub lett. c), d), e) ed f). Solo con riguardo a queste due procedimenti la norma, l'art. 153, comma 18, assicura al promotore il diritto di prelazione e al concorrente che lo subisce il rimedio incentivante, già esaminato al comma 15, lett. e) nel promotore bifase, approntato per mitigarne l'anticorrenzialità.

Massimo Ricchi

L'aspetto fiscale del PPP alla luce delle recenti Risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate

PREMESSA

L'aspetto fiscale del Partenariato Pubblico e Privato (PPP), sin dall'introduzione nella normativa italiana attraverso l'istituto del promotore, è stato raramente considerato come strumento di incentivo per lo sviluppo del PPP per la realizzazione di opere pubbliche e un argomento poco dibattuto, anche laddove soluzioni in tal senso si sono manifestate efficienti ed efficaci per la pubblica amministrazione (PA) e i cittadini. L'approfondimento che segue ha l'obiettivo di animare un dibattito su tale aspetto, al fine di individuare quali potrebbero essere gli interventi auspicabili sulla leva fiscale del PPP per stimolare ed incentivare il suo uso per la realizzazione di opere pubbliche e gestione servizi.

Considerando che momento fondamentale nelle decisioni economiche della PA è anche la valutazione della convenienza economica e sostenibilità finanziaria di un progetto di investimento, il profilo tributario in tale contesto assume una rilevanza particolare. Infatti, la variabile fiscale, a seconda dei diversi regimi di imposizione diretta e indiretta, incide sia sugli andamenti dei flussi finanziari e reddituali, sia sulla formalizzazione giuridica degli accordi in cui l'obiettivo a cui si tende è, tra gli altri, quello di strutturare l'operazione in modo tale da ottimizzare e alleggerire il carico fiscale connesso al progetto, affinché esso presenti un'adeguata remunerazione per gli investitori. Da ciò si evince l'importanza degli input fiscali, necessari anche per una corretta predisposizione del piano economico – finanziario, e del ruolo della leva fiscale nell'impostazione di un progetto d'investimento.

Nella normativa italiana l'aspetto dell'imposizione fiscale è disciplinato a seconda dei casi, della tipologia di opere, del settore di intervento ecc.; in generale si precisa che non esiste una normativa fiscale specifica da applicare al settore del PPP, ma si può genericamente affermare che a seconda della tipologia di PPP, contrattuale o istituzionalizzato, si fa riferimento alla disciplina tributaria generale delle società di capitali quale il Testo Unico delle imposte sui redditi (T.U.I.R.) D.P.R. 917/86 per le imposte dirette, al TUEL 267/00, art. 13 e 14 per le società miste, il D.P.R. 633/72 per l'I.V.A. e ad altre norme specifiche di settore.

Spesso, inoltre, poiché nel settore in esame sorgono numerosi dubbi interpretativi delle norme, per la loro corretta applicabilità si ricorre ad atti interpretativi quali Risoluzioni, Circolari, etc. dell'Agenzia delle Entrate e degli enti competenti. A tal proposito, in particolare, si rilevano di seguito gli effetti di alcune recenti Risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate che intervenendo, in ambiti diversi, sull'aspetto fiscale del PPP allarmano un settore importante per le infrastrutture.

Gli effetti economici di tali Risoluzioni nel PPP, in sintesi, si manifestano nell'incertezza di ottenere i rimborsi I.V.A., da parte del concessionario se non è proprietario dei beni, e nel divieto di utilizzo del beneficio fiscale nell'ambito dell'applicabilità del cuneo fiscale Irap alle imprese che svolgono attività "regolamentata". Si evidenziano di seguito nel dettaglio tali effetti.

INCERTEZZA DEI RIMBORSI I.V.A. SE IL CONCESSIONARIO NON È PROPRIETARIO DEI BENI

La Risoluzione n. 372/E del 6 ottobre 2008 pone incertezza sulla possibilità del concessionario di ottenere i rimborsi dell'I.V.A. a seguito della negata possibilità di eseguire la procedura dell'ammortamento sugli investimenti realizzati. Tale impedimento nascerebbe dal fatto che la concessionaria non avrebbe la proprietà dei beni costruiti poiché realizzati a seguito di un contratto di concessione.

La Risoluzione risponde all'interpello posto da una società sportiva facente parte di un'associazione temporanea di imprese (A.T.I.) per l'affidamento in concessione da parte del comune della progettazione, realizzazione e gestione di un complesso sportivo, ricreativo e culturale, concernente l'interpretazione dell'art. 30, comma 3, lett. c) del DPR 26 ottobre 1972, n. 633, il quale nello

specifico stabilisce: *“il contribuente può chiedere in tutto o in parte il rimborso dell’eccedenza detraibile...limitatamente all’imposta realtiva all’acquisto o all’importazione di beni ammortizzabili...”*.

La società, per realizzare l’opera, ha sostenuto le relative spese maturando un considerevole credito IVA, essenzialmente, sulla base di un contratto di appalto per la costruzione di un’opera di interesse pubblico. L’opera, una volta ultimata, costituisce un bene ammortizzabile per la durata della concessione in gestione del bene stesso e pertanto la società chiede il rimborso dell’eccedenza Iva detraibile, ai sensi dell’art. 30, terzo comma, lett. c) del DPR n. 633 del 1972.

L’Agenzia delle Entrate non conferma tale interpretazione poiché identifica la società come parte della compagine sociale dell’A.T.I., soggetto aggiudicatario della concessione, subentrata ai sensi della relativa convenzione stipulata tra le parti. La convenzione, che disciplina i rapporti tra il comune e il concessionario, stabilisce che *“dalla data del collaudo degli impianti l’ente locale acquisirà la piena proprietà delle strutture...”* e *“a decorrere dalla stessa data, per il periodo di durata della convenzione, al concessionario spetterà il diritto d’uso dell’area interessata”*. L’opera realizzata dalla società, quindi, è fin dall’inizio, di proprietà dell’ente locale concedente, mentre, per tutta la durata della convenzione, la società acquisisce il diritto di gestire gli impianti e di trarne un utile economico. Sono pertanto due le conseguenze di tale chiarimento:

1. il bene deve essere iscritto nelle poste patrimoniali del concedente e, come tale, non può essere oggetto di ammortamento ai fini delle imposte dirette da parte del concessionario;
2. la società non può chiedere il rimborso dell’eccedenza IVA detraibile relativa agli acquisti sostenuti per la realizzazione di tali beni ai sensi dell’art. 30, terzo comma, lett. c), del D.P.R. n. 633/1972.

La Risoluzione sembrerebbe far emergere il ruolo decisivo della convenzione e del suo contenuto concordato tra le parti. L’effetto della Risoluzione sarebbe rilevante poiché quote ingenti di credito I.V.A. si trasformano in costo effettivo dell’iniziativa scoraggiando i potenziali investitori privati che vedono ridotte le possibilità di rientro del capitale investito. Tuttavia, senza entrare in dettagliate analisi giuridiche, in questa sede si rileva come le

diverse soluzioni interpretative possano generare confusione e allarmismi nel settore del PPP.

DIVIETO DI UTILIZZO DEL BENEFICIO DEL CUNEO FISCALE IRAP ALLE IMPRESE CHE SVOLGONO ATTIVITÀ “REGOLAMENTATA”

La Finanziaria per il 2007 ha modificato alcune disposizioni del D.Lgs.n. 446/1997 che disciplina l’imposta regionale sulle attività produttive (IRAP) nell’intento di favorire la competitività delle imprese attraverso la riduzione del cosiddetto *“cuneo fiscale e contributivo”*, costituito dalla differenza tra il costo del lavoro a carico dell’azienda e la retribuzione netta percepita dal lavoratore.

Nella disciplina dell’IRAP vige un principio di indeducibilità generale del costo del lavoro e in deroga a tale principio il decreto IRAP, prevede la possibilità di ridurre l’influenza del costo del lavoro sulla base imponibile IRAP attraverso specifiche deduzioni. Con le modifiche attuate dalla Finanziaria per il 2007 si ha l’introduzione di ulteriori deduzioni volte a ridurre la base imponibile IRAP in presenza di personale dipendente impiegato a tempo indeterminato.

Tre recenti Risoluzioni dell’Agenzia delle Entrate forniscono chiarimenti in proposito confermando il divieto del beneficio IRAP del cuneo fiscale alle società concessionarie: si ribadisce il divieto di utilizzo del beneficio del cuneo fiscale per le società esercenti attività *“regolamentate”*, vale a dire per le imprese di servizi pubblici operanti in concessione e a tariffa (cc.dd. public utilities). Gli interpellanti operano in vari settori, dal settore del trasporto pubblico locale al trasporto pubblico funiviario, al servizio idrico integrato, gas ed energia elettrica.

I chiarimenti delle Risoluzioni n. 428/E, n. 429/E e 430/E del 10 novembre scorso, si basano sulle motivazioni già precisate dall’Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 61/E del 2007. Tutte le Risoluzioni forniscono la corretta interpretazione ed applicazione delle deduzioni previste ai fini IRAP dall’articolo 11, comma 1, lettera a), numeri 2), 3) e 4) del D.Lgs.n. 446/1997 secondo cui sono escluse dall’agevolazione le *“...imprese operanti in concessione e a tariffa nei settori dell’energia, dell’acqua, dei trasporti, delle infrastrutture, delle poste, delle telecomunicazioni, della raccolta e depurazione delle acque di scarico e della raccolta e smaltimento rifiuti...”* e ribadiscano che tale esclusione si ha attraverso la verifica dell’esistenza

dei due criteri posti dall'art. 11 citato, cumulativi e non alternativi, quali:

- ✓ *criterio giuridico*: deve essere un'attività svolta in forza di una concessione traslativa, vale a dire di un provvedimento con il quale la PA conferisce ad un soggetto privato diritti inerenti un'attività economica che non intende esercitare direttamente ed in origine ad essa riservata;
- ✓ *criterio economico*: deve essere un'attività il cui corrispettivo è costituito da una tariffa e cioè da un prezzo fissato o "regolamentato" dalla PA in misura tale da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione.

Evidente considerazione è che le condizioni per l'ottenimento dell'equilibrio economico-finanziario cambiano a seconda dell'esclusione o meno del beneficio del cuneo fiscale e di conseguenza anche la tariffa. Da ciò si evince l'importanza della leva fiscale per l'ottenimento di progetti di investimento più o meno redditizi per la realizzazione in PPP.

Al di là del dettaglio tecnico fiscale di quanto stabilito dalle Risoluzioni, si osserva anche in questo caso che esiste la possibilità di intervenire sulla leva fiscale e, in particolare, sul fattore lavoro al fine di promuovere il PPP, soprattutto in un momento in cui la realizzazione di opere pubbliche e la salvaguardia dell'occupazione si presentano come scelte indispensabili.

CONCLUSIONE

In conclusione tali effetti creano incertezza nel processo di ottimizzazione del carico fiscale per la realizzazione di un'opera pubblica in PPP. In particolare tali effetti economici negativi su numerose e importanti opere pubbliche in corso, e su quelle future, renderebbe auspicabile da parte delle autorità decisionali coinvolte una riflessione, in modo particolare sull'inquadramento delle problematiche generali fiscali e delle leve sulle quali intervenire, anche al fine di incentivare l'uso del PPP. Ciò è auspicabile soprattutto considerando le mutate condizioni dello scenario economico in piena crisi finanziaria e dell'importanza attribuita al ruolo delle opere pubbliche.

Giuliana Bo



RUBRICA

Uno sguardo alla sentenza

TAR Lombardia, Sez. staccata di Brescia, Sentenza n. 398 del 19 aprile 2007

<http://www.giustizia-amministrativa.it/ricerca2>

IL TAR CONSIDERA LA DISTRIBUZIONE DEI RISCHI NELLA CONCESSIONE

Il contenzioso approdato al TAR verte sulla modificabilità del contratto di concessione (impianto sportivo) da parte della PA una volta aggiudicato a seguito del procedimento con il promotore. In particolare il Comune di Cologno al Serio a seguito della dichiarazione di pubblico interesse dell'unica proposta pervenuta e dell'esperimento della procedura ristretta andata deserta, ha aggiudicato la concessione in "automatico" all'ATI promotrice, come prevede il Codice dei Contratti. Ma nelle more della stipulazione del contratto, il Comune ha deliberato di modificare la concessione, imponendo al concessionario di contro-garantirlo su una fideiussione *omnibus* a prima richiesta, che lo stesso Comune si era obbligato ad accendere a favore della banca finanziatrice in caso di mancato rimborso del debito dell'ATI concessionaria.

La Sentenza si segnala per avere valutato il contratto di concessione non tanto sotto il profilo formale, ma sotto il profilo sostanziale di una corretta distribuzione dei rischi tra pubblico e privato. La volontà del Comune di modificare la concessione muove da questa consapevolezza tardiva: si è accorto di avere garantito il concessionario dal rischio di insolvenza, con ciò snaturando la concessione, che, per il suo corretto funzionamento, poggia proprio sulla chiara assunzione, di ciascuna parte, dei propri obblighi, responsabilità e rischi, quello del rischio di impresa naturalmente è del privato. La fideiussione del Comune, a copertura dell'insolvenza del concessionario, crea una commistione che condanna il contratto ad essere inefficiente a non garantire il *value for money*, ovvero a produrre beni e servizi con elevati standard qualitativi ad un costo conveniente per la collettività. La sentenza apre gli occhi della PA su

due questioni spesso sottovalutate, la prima impone alla PA l'attivazione di professionalità costose quando entra in operazioni di partenariato, necessarie per impostare il contratto tenendo conto della distribuzione dei rischi tra le parti, la seconda avverte che anche i contratti sotto soglia necessitano di pari competenze: non c'è spazio per l'improvvisazione.

Il finale è emblematico di come l'incompetenza condanna il progetto e rende tutti dei perdenti: le parti e soprattutto la collettività prima destinataria. Il Giudice Amministrativo infatti, prendendo atto che il contratto di concessione si è perfezionato, che il Comune vuole modificarlo per riequilibrare la distribuzione dei rischi altrimenti subisce un danno, che l'ATI concessionaria non è disposta alla modifica, dichiara la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno a carico del Comune.

Massimo Ricchi

UTFP NEWS n.4

Gennaio - Marzo 2009

News e Approfondimenti sul Partenariato Pubblico Privato e il Project Finance



Unità Tecnica Finanza di Progetto

Via della mercede 9

00187 Roma

Tel. 06 6779 6394 – Fax. 06 6779 6573

email : segreteriautfp@governo.it

www.utfp.it