



# Con l'indennizzo condizionato si stempera l'effetto prelazione

Per mitigare l'effetto del diritto di prelazione che sta limitando la concorrenza nel project financing frenando la partecipazione alla gara «fase due» questo studio lancia una proposta: una clausola che prevede un indennizzo per l'aggiudicatario se la sua proposta consente risparmi alla Pa.

**I**l diritto di prelazione a favore del promotore, attualmente previsto nella normativa ex articoli 37-*bis* e seguenti della legge 109/1994, trova origine nell'obiettivo di incentivare l'interesse privato a investire in lavori e in servizi pubblici, attraverso la tutela dell'impegno organizzativo e progettuale profuso dal promotore.

Tuttavia, l'attribuzione del diritto di prelazione costituisce una seria ipoteca a vantaggio del promotore per la successiva aggiudicazione della gara, e l'esperienza di questi ultimi anni evidenzia l'effetto collaterale di limitazione della concorrenzialità conseguente all'attribuzione di questo diritto. Le fasi successive alla qualificazione del promotore, ovvero la fase della licitazione per la scelta dei due migliori competitors e quella della procedura negoziata, hanno perso parte della forza per cui erano state strutturate, tanto che una certa dottrina le ha ritenute oramai prive di senso esprimendosi a favore di uno *jus condendum* con gara one shot o a fase unica.

La versione contendibile del diritto di prelazione, in altre parole, tende a spostare il confronto concorrenziale nella fase di valutazione delle proposte per la dichiarazione di pubblico interesse, portando con sé l'inaccettabile rischio che una scelta effettuata su elementi e documentazioni

preliminari e come tali non sempre sufficientemente approfonditi per definire al meglio un saggio accordo conclusivo, si trasformi in scelta definitiva.

Le fasi della licitazione privata e della negoziazione sono, di converso, due eccezionali momenti di esercizio della discrezionalità amministrativa, prerogativa della Pa, la cui presenza nell'attuale disegno normativo ne comporta l'implicita esigenza di valorizzazione al meglio delle possibilità.

## **Il diritto di prelazione nell'attuale procedura**

Il diritto di prelazione attribuito al promotore, e cioè la facoltà di rivendicare a sé la concessione alle medesime condizioni di un altro concorrente aggiudicatario, prima di essere inserito in modo stabile nella Merloni dalla legge 166/2002 (già prefigurato nel 1996 con il Ddl 1275) era stato previsto nelle legislazioni regionali della Sicilia, della Valle d'Aosta e del Friuli Venezia Giulia. Il contributo all'accelerazione dell'interesse privato generato dall'attribuzione al promotore del diritto

DI LAURA  
GEMINIANI E  
MASSIMO RICCHI(\*)

L'indennizzo dovrebbe scattare quando il promotore esercita il diritto di prelazione e i fondi potrebbero essere reperiti attraverso le economie che il progetto vincitore consente comunque di fare.



## DALLA COMUNITARIA L'OBBLIGO DI PUBBLICITÀ

L'Italia ha recepito i suggerimenti di Bruxelles, mantenendo però ferma la prelazione, con la legge comunitaria 2004. L'articolo 24, comma 9, della legge 62/2005 ha previsto infatti che l'avviso di ricerca del promotore «deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'articolo 37-*quater*, comma 1, lettera b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti».

Una norma identica è stata ora trasposta nel Codice degli appalti (articolo 153, comma 3, del Dlgs 163/2006).

di prelazione, rinvenibile nel rapporto 2004 sul mercato del partenariato pubblico privato in Italia, è rappresentato dall'incremento degli avvisi di ricerca, passati da 224 nel 2002 (anno senza il diritto di prelazione) a 684 nel 2004.

La Commissione europea si è accorta immediatamente dell'effetto anticoncorrenziale generato dal diritto di prelazione tant'è che ha avviato contro l'Italia una procedura di infrazione rivolta alla adozione di correttivi; la stessa Commissione ha suggerito la

publicizzazione del diritto di prelazione nell'avviso di sollecitazione delle proposte e l'individuazione di criteri di scelta del promotore. In altre parole, poiché il diritto di prelazione possiede un intrinseco valore economico la Commissione europea ne aveva imposto la contendibilità (■ vedi box a lato).

L'esperienza recente tuttavia mostra dati allarmanti sulla effettiva concorrenzialità del sistema, ove si esamini il fatto che delle aggiudicazioni a seguito del procedimento ex articolo 37-*bis* la gran parte è stata effettuata a favore del promotore.

La probabilità che il promotore eserciti il diritto di prelazione limita fortemente la propensione delle imprese a partecipare al rischio-opportunità offerto dalla gara, tenuto conto della complessità del procedimento ex articolo 37-*bis* della legge, e dei conseguenti costi di partecipazione e poiché il promotore, in ipotesi di offerta migliorativa, ha la facoltà di esercitare in alternativa o la prelazione o di preferire l'indennizzo di legge, il concorrente è consapevole che le proprie sorti dipendono da una scelta discrezionale del promotore stesso.

Va da sé che questi aspetti di disincentivo della concorrenza conseguono risultati contrari allo spirito normativo e agli obiettivi stessi delle gare partecipate e di ottimizzazione del procurement pubblico, ovvero sia del miglioramento qualitativo delle infrastrutture e degli standard di servizi da

acquistare, con conseguenti possibili disconomie per le singole amministrazioni concedenti e per la spesa pubblica.

In questo contesto la clausola di seguito esposta si propone quale contributo per valorizzare le fasi successive alla individuazione del promotore e limitare i rischi conseguenti alla vischiosità della competizione, in termini di effetti sugli utenti (peggiori standard qualitativi) e sulla collettività in generale (maggiori costi).

### La clausola di indennizzo condizionato

Una modalità che consente di tutelare una concorrenza «qualificata» nell'attuale contesto normativo è rappresentata dall'inserimento di una clausola di indennizzo per l'aggiudicatario a danno del quale venga esercitato il diritto di prelazione, condizionata al fatto che la proposta a cui il promotore si è adeguato comporti una riduzione dell'impegno economico complessivo per l'amministrazione concedente (di seguito «Grc» o Gain Redemption Clause).

L'indennizzo prefissato per il concorrente perdente che si veda non attribuita l'aggiudicazione per l'esercizio del diritto di prelazione, verrà riconosciuto dall'amministrazione quale quota parte delle economie complessive prodottesi per effetto della concorrenza.

Si tratta, in altre parole, di un meccanismo che inietta la logica privatistica del «premio di successo» nel contesto di una gara. Tale logica lontana dal puro concetto di «maggior ribasso», ha l'obiettivo di favorire la competitività negoziale in armonia con la qualità e la solidità finanziaria del progetto stesso, elementi che devono trovare tutela e garanzia nel contesto della strutturazione complessiva del procedimento di assegnazione della concessione. Come tale la clausola Grc non favorisce la partecipazione alla gara *in re ipsa*, ma stimola una concorrenza «qualificata» e portatrice di potenziali offerte solide sotto il profilo industriale e finanziario.

La Grc si pone, pertanto, come strumento generale da «sagomare» sui singoli progetti in termini di quantificazione dell'indennizzo, di risparmio minimo per la Pa affinché scatti l'assegnazione e di eventuale estensione del beneficio al secondo concorrente della licitazione; in tal modo si potranno modulare le diverse leve incentivanti in relazione agli obiettivi dell'amministrazione concedente per ottimizzare le opportuni-



tà e i margini negoziali dei progetti.

Le condizioni per l'applicazione della Grc risultano pertanto le seguenti:

1) che venga esercitato il diritto di prelazione da parte del promotore;

2) che la proposta, cui il promotore si è adeguato, comporti un vantaggio misurabile in termini economici per l'amministrazione, e superiore a un valore predeterminato.

La struttura della clausola è tale per cui essa diviene applicabile solo in un contesto di vantaggio – o assenza di svantaggio – per tutti i soggetti in gioco, esempio delle situazioni definite win-win o attivate solo in caso di vantaggio per tutti i partecipanti rispetto alla condizione di partenza.

Esaminiamo al proposito le posizioni delle varie parti.

#### **L'amministrazione**

Dal punto di vista dell'amministrazione, la compresenza delle due condizioni succitate implica che le fasi di gara della licitazione privata e della successiva negoziazione hanno avuto successo, nel senso che si sono presentati candidati alternativi al promotore, che gli stessi hanno presentato offerte ritenute adeguate sotto il profilo progettuale-qualitativo e sotto il profilo economico-finanziario. La circostanza di avere attribuito la gara a un concorrente diverso dal promotore significa, in altre parole, che l'amministrazione ha avuto l'opportunità di scegliere l'interlocutore migliore secondo i parametri quali-quantitativi posti a base di gara nelle diverse fasi. Il fatto che la gara consenta un vantaggio economico rispetto alla proposta del promotore rappresenta, al contempo, una leva alla quale parametrare l'indennizzo e una garanzia di copertura finanziaria dell'indennizzo stesso. La definizione della misura dell'indennizzo risulta, pertanto, elemento discrezionale e leva di conduzione di gara, che potrà essere determinato dalle singole amministrazioni in relazione alle specifiche situazioni e agli obiettivi predefiniti.

A puro titolo di esempio, un'amministrazione potrebbe ritenere adeguato, considerare le caratteristiche della proposta a base di gara, un indennizzo pari al 50% dell'importo riconoscibile a titolo di indennizzo al promotore («un euro»), e riconoscibile solo ove il risparmio dell'amministrazione rispetto al progetto a base di gara sia pari almeno a un importo pari a dieci volte l'indennizzo massimo («dieci euro»).

#### **Il concorrente aggiudicatario**

La clausola diviene operativa nel caso in cui il concorrente aggiudicatario veda penalizzata la propria attività e sottratta l'aggiudicazione dall'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore. Solo in tal caso il concorrente diverrà beneficiario dell'indennizzo previsto dalla Grc.

Il concorrente ha sostenuto importanti oneri per la partecipazione alla gara, di natura sia diretta (documenti, asseverazioni, progetti) che indiretta (time spending, organizzativi), anche se non così rilevanti come quelli sostenuti dal promotore. La presenza della Grc, tuttavia, consente al concorrente di effettuare una valutazione interna dei costi-benefici aziendali più serena rispetto a uno scenario in cui la stessa non sia presente. Il concorrente, in altre parole, è consapevole che, pur rischiando di veder vanificato il suo operato dal diritto di prelazione, se la sua proposta sarà migliorativa e seria, al punto da essere ammesso al confronto in sede di licitazione e vincere la gara in sede di negoziata, non subirà un danno netto, ma vedrà almeno indennizzato il proprio impegno attraverso una parte delle economie che la sua partecipazione avrà apportato al progetto.

#### **Il promotore**

Dal punto di vista del promotore, la presenza della Grc non apporta alcuna variante alle condizioni contrattuali e ai diritti che lo stesso avrebbe avuto in sua assenza. Il promotore mantiene il proprio diritto di prelazione rispetto al progetto aggiudicatario, così come il proprio diritto a lasciare la gara al concorrente aggiudicatario a fronte dell'indennizzo stabilito dagli articoli 37-bis e seguenti della 109.

#### **Aspetti applicativi e fasi di gara**

La clausola, che potrà far parte del bando di licitazione ex articolo 37-*quater* della legge, copre un arco di attività riferibili alle fasi di licitazione privata e negoziata.

Punto di partenza è l'atto di regolazione 51/2001 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, che aveva accortamente suggerito di limitare la fase della licitazione privata ex articolo 37-*quater* della legge, ai miglioramenti di tipo quantitativo e rinviare la valutazione delle varianti progettuali in sede di negoziata. Questa impostazione evita l'ovvio risvolto anticoncorrenziale che sortirebbero le varianti progettuali fatte emergere in fase di licitazione, che in particolare avrebbero consentito al promotore un ulteriore



vantaggio competitivo per la possibilità di farle già proprie, senza idearne di nuove nel finale del procedimento.

Dunque, in fase negoziata la Pa pone sul tavolo dei contendenti un progetto già migliorato sotto l'aspetto quantitativo (prezzo/contributo pubblico, durata della concessione, livello iniziale delle tariffe e loro adeguamento nel tempo) rispetto a quello presentato dal promotore, a cui lo stesso dovrà aderire pena l'uscita dalla competizione.

La Commissione di valutazione della fase negoziata potrà improntare il confronto concorrenziale finale sulla base di quegli elementi quantitativi che ritiene possano essere ancora migliorati e, soprattutto, fare giocare la fase finale sull'innovatività delle varianti progettuali, il cui perimetro ha avuto cura preventivamente di definire e comunicare ai contendenti.

L'incentivo a entrare in competizione offerto dalla Grc non costituisce un limite, ma terreno fertile per tutti gli aspiranti concessionari il cui ingresso in campo possa consentire l'applicazione di nuovi aspetti progettuali e di nuovi approcci qualitativi, in grado di far risparmiare la Pa e di giustificare la cessione al promotore di eventuali varianti progettuali.

In tal senso la clausola Grc rappresenta una evoluzione di alcune indicazioni contenute nel documento dell'Unità tecnica finanza di progetto «10 Temi per migliorare il ricorso alla finanza di progetto» del gennaio 2005.

### **Conclusioni**

La clausola Grc consente di spingere gli aspiranti concessionari a entrare nel procedimento ex articolo 37-*bis* della Merloni consapevoli che potranno ottenere un risultato positivo (il contratto di concessione o l'indennizzo) solo se genereranno vera concorrenza, quella che produce economie/ottimizzazioni, escludendo, perciò, quelli che volessero entrare per mero opportunismo precontrattuale.

La Pa potrebbe godere dei benefici che una migliore concorrenza trascina con sé, in termini economici, di miglioramento progettuale e di standard gestionali; inoltre, si tratta di una clausola a costo zero che autorizza a compensare il concorrente solo se ci sia stata una tangibile economia o nei limiti dell'economia effettivamente raggiunta dalla Pa.

La clausola, se inserita in tutti i procedimenti di project financing, avrà in termini

aggregati un notevole impatto sull'economia delle amministrazioni e, soprattutto, sarà utile per il raggiungimento di quello che in termini anglosassoni viene definito il *value for money*, esclusiva ragione per adottare formule di partenariato pubblico-privato.

Si osservi che la clausola consente degli adattamenti, in particolare sul valore da riconoscere al competitor aggiudicatario, al limite delle economie che si vuole raggiungere per far scattare la compensazione, addirittura mixandola con un fondo proprio e sulla possibilità di attribuire un premio magari di minor importo al competitor non aggiudicatario; infine, le amministrazioni precedenti avranno cura di menzionare la clausola Grc già nell'avviso di sollecitazione delle proposte per far conoscere al mercato il set di regole che presiederanno la lunga fase di aggiudicazione del contratto di concessione.

(\*) *Unità tecnica finanza di progetto*