



UNITÀ TECNICA FINANZA DI PROGETTO

10 TEMI PER MIGLIORARE IL RICORSO ALLA FINANZA DI PROGETTO

("L'accerchiamento" della Merloni)

ROMA, FEBBRAIO, 2005

INDICE

| | |
|-------------------------------------------------------|----|
| PREMESSA..... | 3 |
| 1) L'ideazione del progetto | 5 |
| 2) La competenza della Pubblica Amministrazione | 11 |
| 3) Il ruolo dei finanziatori | 17 |
| 4) Il project management e cost control | 20 |
| 5) Il nuovo procedimento | 21 |
| 6) La concorrenza | 22 |
| 7) I contratti "fuori campo" Merloni..... | 23 |
| 8) Il rischio amministrativo | 24 |
| 9) La fiscalità | 27 |
| 10) Le norme processuali | 30 |

PREMESSA

Il sottotitolo "L'accerchiamento della Merloni" dà conto di come sia volutamente "soffice" l'approccio al miglioramento della disciplina della finanza di progetto contenuto nel presente documento. In primo luogo non c'è, in queste pagine, l'intenzione di realizzare una normativa *ad hoc* e, inoltre, le poche proposte di modifica della legge Merloni, oltre ad essere numericamente esigue ed estremamente circoscritte, sono da considerarsi un' *extrema ratio*. E' scontato che la forza della legge non ha pari come efficacia risolutiva ma è anche vero che, a parte la difficoltà di condurre in porto una modifica normativa, è inefficiente condurre sforzi sovradimensionati per risultati che si possono conseguire altrimenti. In questo documento sono state indicate prioritariamente le soluzioni rimesse all'autonoma volontà delle parti, è stato privilegiato lo sforzo di far emergere, attraverso possibili strumenti di *soft law*, i comportamenti efficaci per la PA o, ancora, è stata ricercata la divulgazione di quella normativa utile ma non adeguatamente conosciuta o è stata suggerita un'opportuna interpretazione della legge vigente. Il documento non pretende esaustività nè completezza giuridica ma si vuole, soprattutto, caratterizzare per una forte vena propositiva.

La realizzazione di opere pubbliche o di pubblico interesse con ricorso al capitale privato nel nostro ordinamento transita, in prima battuta, attraverso l'affidamento di un contratto di concessione di costruzione e gestione, la cui norma di riferimento al riguardo è l'art.19, comma 2 della legge 109/94 (legge Merloni). I procedimenti previsti per l'affidamento del contratto di concessione sono quelli della licitazione privata ex art.20, comma 2 (c.d. finanza di progetto ad iniziativa pubblica) e quello più complesso, scindibile in più fasi, con il promotore contemplato negli artt.37-*bis* e ss. della legge Merloni (c.d. finanza di progetto ad iniziativa privata).

Per questo motivo le riflessioni per migliorare la finanza di progetto in Italia sembrano non poter prescindere dall'incidere sulla legge Merloni. Tuttavia, la presenza di attori che concorrono a rendere effettiva la finanza di progetto quali la PA, gli istituti di credito/finanziatori, gli appaltatori, i gestori di servizi pubblici, i fornitori, i consulenti economico-finanziari, gli operatori del diritto e il confronto con le esperienze europee ed internazionali, avvertono come gli interventi migliorativi debbano essere inseriti in modo sistemico, in tutti quegli ambiti regolamentari sensibili all'efficacia dello strumento di finanziamento in oggetto. Inoltre, è oramai evidente come la finanza di progetto faccia parte del *genus* più ampio del Partenariato Pubblico-Privato (PPP) per la realizzazione di opere pubbliche, che può essere attuato mediante modalità e tecniche contrattuali che prescindono dalla tradizionale concessione di costruzione e gestione.

Metodologicamente si devono, in un primo tempo, individuare i temi che costituiscono un ostacolo alla realizzazione di opere in finanza di progetto e poi, successivamente, occorre identificare i relativi ambiti di applicazione e gli strumenti più idonei a rimuoverli. Con questa premessa metodologica gli ambiti di intervento possono essere quello della legge Merloni, ma anche quello della legge fiscale, o, ancora, del codice civile, della legge fallimentare, etc., e gli strumenti possono variamente consistere in una modifica di legge, nell'inserimento di una norma regolamentare, nell'interpretazione ministeriale favorevole, o, ancora, nell'esercizio dell'autonomia contrattuale secondo delle *best practices* ed, infine, semplicemente mediante l'emersione di norme esistenti ma inapplicate.

Le riflessioni che seguono devono intendersi come un contributo aperto in relazione al numero di punti trattati, alla loro tipologia ed, infine, in relazione all'identificazione degli strumenti idonei a realizzare il risultato atteso.

I DIECI TEMI

1) L'IDEAZIONE DEL PROGETTO

La legge Merloni ed il relativo regolamento di attuazione DPR 554/99 (Regolamento) non delineano in modo soddisfacente¹ il contenuto minimo dello studio di fattibilità (SdF), tanto meno qualora si debba tener conto del particolare procedimento *ex artt. 37-bis* e ss. e della sua complessa scansione amministrativa². Infatti, in quest'ultimo caso, poiché lo SdF deve essere obbligatoriamente presentato dal promotore tra i contenuti della proposta, alcune Amministrazioni ritengono che la PA non lo debba predisporre perché si realizzerebbe un' inutile duplicazione o che debba assumere dei contenuti minimi.

I dati dell'Osservatorio Nazionale sulla Finanza di Progetto (www.infopieffe.it)³ evidenziano, invece, come sia tuttora elevata la mortalità dei procedimenti attivati *ex artt. 37-bis* e ss., con una notevole perdita economica per la PA, e al contrario assai contenuto il numero di quelli che giungono a conclusione, proprio perché non sono stati "pensati" in funzione della loro complessità prima di essere inseriti nella programmazione triennale.

¹ L'art.14, comma 2 della legge Merloni stabilisce che: "Gli studi (di fattibilità) individuano i lavori strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, indicano le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e contengono l'analisi dello stato di fatto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche e nelle sue componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche."

² Nel caso di affidamento del contratto di concessione di costruzione e gestione mediante licitazione privata *ex art.20*, comma 2 della legge Merloni, l'Amministrazione, poiché deve predisporre un piano economico finanziario di massima ai sensi dell'art.18, comma 3 del Regolamento, sulla base del quale sono determinati gli elementi previsti dall'art.85, comma 1, lett. a), b), c), d), f), g), h) dello stesso Regolamento da inserire nel bando, necessariamente deve avere predisposto uno studio di fattibilità per la credibilità dell'affidamento.

³ L'Osservatorio Nazionale sulle opere in *Project financing* è promosso dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, dall'Unità Tecnica Finanza di Progetto, da Unioncamere e dalla CCIAA di Roma ed è realizzato dall'Azienda Speciale Ambiente e Territorio della CCIAA di Roma in *partnership* con CRESME e in collaborazione con Tecnocons.

Non aiuta a fare chiarezza il richiamo fatto dall'art.2, comma 2 del DM 22 giugno 2004 (decreto di attuazione dell'art.14, comma 11 della legge Merloni, recante "Modalità e schemi tipo della redazione del programma triennale") che impone la redazione di studi sintetici per gli interventi di importo inferiore a 10 milioni di euro, sembrando, erroneamente, lo studio sintetico di fattibilità un alleggerimento dell'approfondimento richiesto e non, invece, solo una tecnica di esposizione sintetica.

Rappresenta, allo stesso modo, un' ambiguità interpretativa l'art. 4, comma 1 della legge 144/99, laddove considera lo SdF, per opere di costo complessivo superiore a 10 milioni di euro, strumento ordinario preliminare ai fini dell'assunzione delle decisioni di investimento da parte delle amministrazioni pubbliche, quasi che sotto il tetto dei 10 milioni questo sia da considerare come strumento eccezionale e, come tale, rimesso alla valutazione discrezionale.

Per chiarezza la legge Merloni nell'art.14, comma 2, sancisce l'obbligatorietà dello SdF per la redazione del programma triennale, stabilendo una vera e propria *conditio sine qua non*⁴, e ne specifica anche i contenuti che, tuttavia, non possono essere ritenuti esaustivi specialmente se rapportati agli interventi da realizzare in finanza di progetto.

Pertanto, si delineano due percorsi di approfondimento: il primo, - dopo aver ribadito che lo SdF indipendentemente dall'importo dell'opera da realizzare e dall'eventuale coinvolgimento di capitali privati costituisce un documento imprescindibile per la redazione del programma triennale di opere pubbliche o di altri strumenti di programmazione formalmente approvati dalle amministrazioni aggiudicatrici⁵ (quest'ultima alternativa di programmazione è espressamente ammessa per attivare il procedimento *ex artt. 37-bis e ss.*) -, di chiarire la diversa prospettiva o

⁴ Così il Consiglio di Stato, Sez. V - Sentenza 23 ottobre 2002, n. 5824.

⁵ Sul tema vedi la chiara presa di posizione della CDDPP nelle FAQ n.2 e n.6 predisposte per l'attivazione del Fondo rotativo per la progettualità consultabile nel sito www.cassaddpp.it/info/elencoFAQ.shtm.

livello di approfondimento dello SdF predisposto dall'aspirante promotore rispetto a quello della PA. Il secondo riguarda, invece, i contenuti necessari dello SdF, dal momento che nella normativa sui lavori pubblici non sono presenti indicazioni esaustive e di maggiore dettaglio di quelli espressi nell'art.14, comma 2 della legge Merloni, che in ogni caso non sono tarati sulle opere da realizzarsi con il coinvolgimento di capitali privati salvo qualora siano stati predisposti per accedere a dei finanziamenti specifici⁶.

1.1 La realizzazione di un'opera pubblica o di pubblico utilità mediante *project financing* o forme diverse di PPP è pur sempre un investimento pubblico e come tale, prima di essere deciso⁷, implica una serie di valutazioni da parte dell'ente pubblico alcune delle quali previste nei contenuti degli SdF predisposti per ottenere finanziamenti specifici. Con riguardo alle opere connotate da particolare complessità per strutturazione tecnica, amministrativa ed economico-finanziaria, che coinvolgono ingenti investimenti è suggerito, di seguito, un percorso decisionale con alcuni contenuti dello SdF nuovi per il nostro sistema

⁶ Sono stati redatti dei documenti che elencano i contenuti minimi dello SdF ma sempre finalizzati ad attivare finanziamenti stanziati da specifiche leggi:

- ⌘ *Allegato B "Indice dei requisiti minimi dello studio di fattibilità" della Delibera CIPE 30 giugno 1999, recante "Legge n.208/1998 e legge 229/98: finanziamento studi di fattibilità ed approfondimenti tecnici per il mezzogiorno a carico delle risorse riservate alle infrastrutture", condiziona il finanziamento riservato alle infrastrutture alla redazione qualificata di SdF relativi ad ipotesi di investimento nelle aree depresse;*
- ⌘ *Note per la redazione degli studi di fattibilità ex delibera CIPE 30.6.99, n. 106/99 (Regioni del Sud) ex delibera CIPE 6.8.99, n.135/99 (Regioni del Centro Nord), predisposte dall'UVAL nel maggio 2000, finalizzate a conformare procedure di affidamento e contenuti degli SdF co-finanziati dalle predette delibere.*
- ⌘ *Studi di fattibilità delle opere pubbliche – Guida per la certificazione da parte dei Nuclei regionali di valutazione e verifica degli investimenti pubblici (NUVV), versione aggiornata giugno 2003, è lo strumento per la certificazione degli SdF necessari per: a) accedere al Fondo rotativo per la progettualità (L.549/95, art.1 commi 54-58, L.289/02, art.70); b) accedere al Fondo per la progettazione preliminare (L.144/99, art.4, commi 5 e 6); c) valutazione degli SdF riferiti a programmi di spesa superiori a €51.645.689,91 (L.144/99, art.4, comma 3).*

⁷ Questa evidenza è sancita dall'art. 4, comma 2 della legge 144/99, dove "Gli studi di fattibilità approvati dalle amministrazioni costituiscono certificazione di utilità degli investimenti ai fini dell'accesso preferenziale ai fondi disponibili per la progettazione preliminare e costituiscono titolo preferenziale ai fini della valutazione dei finanziamenti delle opere in base alle disponibilità finanziarie degli esercizi futuri".

(vedi *PSC, Value for Money, etc.*), che hanno la finalità di ottimizzare le risorse pubbliche destinate allo specifico intervento⁸:

- a) Identificazione dei bisogni da soddisfare con il progetto ed identificazione degli *standard* di servizio ottimali per soddisfare tali bisogni;
- b) Valutazione delle alternative progettuali possibili;
- c) Identificazione dei costi da sostenere in caso di realizzazione diretta del progetto, valorizzando i rischi assunti in termini di tempistica, capacità di raggiungere gli *standard* previsti e tutela degli interessi pubblici;
- d) Identificazione delle differenti forme di coinvolgimento di privati per la realizzazione del progetto e loro valorizzazione come in c);
- e) Comparazione dei costi sub c) e d) con metodi di tipo PSC (*Public Sector Comparator*);
- f) Scelta dell'alternativa che massimizza il valore per l'Amministrazione (VFM – *Value for Money*);
- g) Individuazione dei fondi pubblici, da ogni parte essi provengano (comunitari, leggi statali di settore, leggi regionali di settore, etc..) per finanziare il progetto, ivi inclusa la possibilità di alienare parte del proprio patrimonio esistente o quello realizzato mediante il progetto di investimento;
- h) Verifica, per la soluzione individuata, della sostenibilità economico finanziaria pubblica nell'orizzonte temporale definito, comprensiva dei costi transattivi in caso di progetti complessi;
- i) Verifica dell'impatto sul *deficit* e debito pubblico a termini EUROSTAT;
- j) Verifica dell'impatto economico-finanziario per l'ente pubblico in caso di fallimento.

⁸ A questo proposito l'UFP sta predisponendo delle linee guida utili per selezionare i progetti in funzione dell'ottimizzazione delle risorse disponibili ed individuare l'entità del contributo pubblico che renda bancabile l'iniziativa progettuale.

Nei casi di opere di minore complessità il percorso e i contenuti dello SdF devono, comunque, mettere nelle condizioni la PA di ipotizzare e il mercato di approntare un modello di piano economico-finanziario di progetto sulla base di credibili e veridici flussi di cassa attesi.

Le modalità di recepimento dei contenuti opportuni dello SdF secondo la complessità del progetto ed in caso di coinvolgimento di finanziamenti privati sono:

- a) l'applicazione autonoma da parte della PA di *best practices* (come delineate nel documento) nel momento di compilazione dei programmi triennali;
- b) emanazione di *soft law* da parte di Autorità regolamentari riguardanti i contenuti necessari dello SdF;
- c) inclusione in una delibera CIPE, per tutti i progetti di infrastrutture strategiche rientranti nella legge obiettivo 443/2001, dei contenuti necessari dello SdF.

1.2 Lo SdF, anche sintetico, dovrebbe costituire il documento descrittivo sulla cui base viene redatto l'avviso indicativo (art.37-*bis*, comma 2 *bis* della legge Merloni), che segnala la presenza di interventi realizzabili con capitali privati nella programmazione dell' Amministrazione.

L'avviso indicativo, oltre ai contenuti obbligatori previsti dalla legge Merloni⁹, dovrebbe contenere quegli elementi desumibili dallo SdF che l'Amministrazione ritiene imprescindibili per il perseguimento del pubblico interesse, tali per cui, qualora non fossero considerati nelle proposte presentate al 30 giugno, siano sufficienti ad escludere gli aspiranti promotori anche da una eventuale fase di valutazione comparativa delle proposte stesse. L'inserimento nell'avviso degli elementi inderogabili di cui devono tener conto i proponenti nella redazione della proposta (es: valore massimo del prezzo, valore massimo del canone, numero di piani in sopraelevazione, cubatura massima di sviluppo progettuale, tipologia obbligatoria di servizi da

⁹ Massima dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, deliberazione n. 55 (R/85-04) del 31/03/2000: "Non è conforme al combinato disposto dell'art. 37-bis, comma 2-bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m., con l'art. 80, comma 7, del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 e s.m., un avviso indicativo degli interventi, inclusi nel programma triennale, che l'amministrazione intende realizzare con capitali privati, nel quale non sono riportati gli elementi indicati nella citata disposizione regolamentare dell'art. 80, ed in particolare l'importo dei lavori, la tipologia delle commesse, la località dell'esecuzione dell'intervento."

erogare, etc.) non solo dovrebbe assicurare una risposta progettuale coerente con le intenzioni dell'Amministrazione ma, inoltre, ottimizzerebbe la fase di scelta della proposte perché:

- a) possono essere eliminate le proposte che non rispondono alle richieste inserite nell'avviso, evitandone la disamina e la comparazione;
- b) rendono più facile la comparazione delle proposte per la dichiarazione di pubblico interesse, infatti le proposte sono già allineate alle richieste inderogabili pubblicizzate nell'avviso¹⁰.

Inoltre, l'Amministrazione nell'avviso dovrà opportunamente rinviare allo SdF depositato presso i propri uffici per permettere al mercato di prenderne visione, con particolare riguardo a quelle informazioni di contenuto tecnico ed economico, riducendo diseconomiche asimmetrie informative, e sollecitando proposte, contenenti ciascuna il proprio SdF di progetto, in linea con le scelte della PA¹¹; diversamente si avrebbe l'indesiderabile effetto di un mercato che sottopone alle Amministrazioni proposte non fattibili o lontane dal soddisfare il pubblico interesse se non a costo di onerose negoziazioni.

Le modalità di recepimento dei contenuti dell'avviso sono:

- a) l'applicazione autonoma da parte della PA di best practices (come delineate nel documento) con riguardo ai contenuti necessari dell'avviso;
- b) emanazione di *soft law* da parte di Autorità regolamentari riguardante i contenuti necessari dell'avviso;
- c) inclusione in una delibera CIPE, per tutti i progetti di infrastrutture strategiche rientranti nella legge obiettivo 443/2001, dei contenuti necessari dell'avviso.

¹⁰ Alcune Amministrazioni per facilitare la comparazione allegano ai documenti da visionare per la presentazione delle proposte anche uno schema di PEF con le voci in bianco da compilare a cura del proponente.

¹¹ L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con la deliberazione n.342 (AG 130/02) del 15/12/2002 sottintende come lo studio di fattibilità debba entrare a far parte dell'offerta complessiva del promotore, configurandosi come un documento "di parte", con cui il soggetto privato, confrontandosi con quello elaborato dall'amministrazione, lo integra, lo rimodula e lo ridefinisce.

1.3 La localizzazione e la conformità urbanistica del progetto devono essere affrontate e risolte dall'Amministrazione nella fase di programmazione triennale, specialmente per le opere da realizzarsi con il coinvolgimento di capitali privati. Questa azione ha la duplice funzione di abbattere il rischio amministrativo di interruzione del procedimento con costi evidenti (es.: mancata approvazione di variante, ricorsi amministrativi, etc. .) e, soprattutto, di permettere al mercato di formulare una proposta con degli *input* certi.

Si rinvia al capitolo "Il Rischio amministrativo" (vedi *infra* 8.1) l'individuazione delle modalità che permettono di anticipare la localizzazione e la conformità urbanistica al momento della redazione della programmazione triennale.

2) LA COMPETENZA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

2.1 Uno dei temi cruciali per la riuscita di operazioni complesse, come quella di coinvolgimento del settore privato, è il divario di conoscenze tra la PA e le controparti private sul tema della finanza di progetto. La conoscenza della materia, solitamente più limitata quella dell'Amministrazione, è apparentemente vantaggiosa per i privati che hanno una forza negoziale superiore per disegnare operazioni a loro favorevoli, tuttavia, ad una approfondita analisi, tale situazione non giova ad entrambe le parti. Infatti, avere lo stesso *standard* comunicativo e di *skills* permette, non solo di realizzare operazioni eque, ma, soprattutto, di portarle a termine senza interruzioni, abbattendo i rischi legali e amministrativi legati alla complessità del procedimento. Il suggerimento più semplice per la PA è di investire nella formazione del personale che dovrà presiedere la complessa procedura rivolta all'individuazione del concessionario, in altre parole si devono costituire *Team* interni all'Amministrazione dedicati alla realizzazione dell'opera in finanza di progetto, eventualmente motivati con incentivi commisurati all'importanza dell'iniziativa.

Applicazione autonoma da parte della PA di *best practices* (come delineate nel documento) di qualificazione e responsabilizzazione del personale dedicato all'iniziativa in finanza di progetto.

2.2 Per le opere di particolare complessità è possibile riferirsi all'Unità Tecnica Finanza di Progetto (UFP), anche consultandone il sito www.utfp.it dove si possono trovare i contatti e visionare i documenti esplicativi sulla finanza di progetto o di approfondimento tematico (settore sanità, idrico, etc.).

Le strutture periferiche, competenti per la valutazione degli investimenti pubblici, hanno la capacità di dare risposte più vicine alle realtà locali per la conoscenza di specifiche normative e prassi amministrative. Per questo motivo per i progetti di investimento di rilevanza e complessità infraregionale è opportuno riferirsi ai nuclei di valutazione e verifica degli investimenti pubblici (NUVV)¹², strutture che le amministrazioni centrali e regionali istituiscono ai sensi dall'art.1 della legge n.144/1999. Il principale obiettivo dei NUVV è di promuovere un miglioramento della qualità ed efficacia dei progetti di investimento pubblici attraverso un rafforzamento delle competenze e delle capacità tecniche delle amministrazioni impegnate nelle politiche di sviluppo¹³. Il compito dei NUVV è di garantire un supporto tecnico nelle fasi di programmazione, valutazione, attuazione e verifica dei piani, programmi e politiche di intervento promossi e attuati da ogni singola amministrazione pubblica vicina al nucleo di appartenenza. I NUVV non sono ancora stati costituiti in tutte le regioni e non tutti hanno competenze specifiche sulla finanza di progetto, chiaramente il processo deve essere implementato.

L'attività di assistenza dovrà essere ripartita tra UFP e NUVV secondo criteri di complessità e di dimensione dell'investimento. Nel caso di interventi maggiori o di tipologia innovativa si ricorrerà ad UFP, mentre per opere di interesse locale e di minor complessità è opportuno il ricorso ai NUVV regionali.

¹² In alcune regioni sono state costituite anche le Unità Tecniche Finanza di Progetto regionali.

¹³ Per un approfondimento vedi i siti www.retenuvv.it e <http://nuval.formez.it>.

2.3 Nell'attuale procedimento *ex artt.37-bis* e ss. della legge Merloni, la formazione del collegio di esperti per la valutazione delle proposte è obbligatoria solo nella seconda fase, quella della licitazione privata o dell'appalto concorso rivolto ad individuare i due migliori *competitors*. Ciò comporta l'inconveniente che, all'interno di un unico procedimento a più fasi, ci sono tre diversi collegi con differenti metri di giudizio e con la necessità di esaminare ogni volta *ex novo* tutti i documenti con possibili conflitti di responsabilità nel caso di contenziosi intervenuti a valle del procedimento.

La riflessione riguarda l'opportunità, solo per i progetti di particolare complessità, di individuare un solo collegio professionale, che abbia le competenze giuridiche, tecniche ed economico finanziarie in ambito gestionale¹⁴ oltrechè di lavori, che rimanga stabile in tutte e tre le fasi del procedimento¹⁵. In particolare è opportuno che il collegio sia professionale già nella prima delicata fase di valutazione delle proposte. Deve essere chiaro che, poiché l'art. 21, comma 7 della legge Merloni stabilisce che "La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato ai concorrenti per la presentazione delle offerte", l'identità della commissione potrà riguardare solo la seconda e la terza fase con esclusione di quella di valutazione della proposta, a meno di intervento di modifica normativa mirato per il procedimento *ex artt.37-bis* e ss. .

Le modalità dell'utilizzazione di un collegio unico nel procedimento *ex artt.37-bis*, sono:

- a) l'applicazione autonoma da parte della PA di questa *best practices*, come delineata nel documento, da pubblicare nell'avviso di sollecitazione dei promotori riferita, allo stato della normativa attuale, all'identità del collegio da costituire nella licitazione privata e nella successiva fase negoziata;
- b) emanazione di *soft law* da parte di Autorità regolamentari riguardante l'identità del collegio da costituire nella licitazione privata e nella successiva fase negoziata.

¹⁴ L'art. 21, comma 5 della legge Merloni fa riferimento solo ad "esperti nella specifica materia cui si riferiscono i lavori" ma è opportuno estenderli anche ad esperti in ambito gestionale.

¹⁵ Il procedimento di individuazione della commissione nonché le incompatibilità dei singoli membri sono dettagliati, solo con riferimento alla fase di licitazione privata *ex art.37-quater* della legge Merloni, nell'art. 21, comma 6 della legge Merloni e nelle norme corrispondenti del Regolamento.

2.4 La prassi di applicazione dell'art.37-ter della Merloni comporta che l'attività comparativa tra più proposte presentate per la medesima iniziativa non spinga l'Amministrazione ad alzare la qualità di quella prescelta sulla base delle idee innovative presentate da altri proponenti; questo, il più delle volte, genera un appiattimento della scelta e un'occasione persa per la PA di migliorarsi e migliorare il progetto sul "campo".

L'Amministrazione dovrebbe scorgere, nella fase comparativa delle proposte, l'opportunità di seguire un procedimento che, rispettoso delle privative e delle innovazioni esclusive di ciascun proponente e nei limiti imposti dalla giurisprudenza alle modifiche ammissibili della proposta¹⁶, possa cogliere gli aspetti innovativi e migliorativi delle offerte per arricchire solo quella che effettivamente verrà dichiarata di pubblico interesse¹⁷. Ciò può avvenire cogliendo gli elementi qualitativi proposti dagli attori in gioco nella fase di riconoscimento della pubblica utilità, attraverso una prima fase che dovrebbe portare l'allineamento di tutte le proposte su tali aspetti migliorativi ed una fase finale in cui l'Amministrazione metta in campo l'esercizio della propria discrezionalità amministrativa per puntare all'opera che si avvicini maggiormente al pubblico interesse perseguito. Si tratta di prefigurare, nella fase di valutazione di più proposte, una procedura negoziata, adempiendo così anche alle richieste della Commissione¹⁸, per l'individuazione del

¹⁶ Esigenza quest'ultima evidenziata dalla giurisprudenza TAR Lombardia, Milano Sez.III, 2 luglio 2001, n.4729, quando precisa che: "le modifiche che, ai sensi dell'art.37-*quater*, comma 1, lett. a), l'amministrazione è legittimata ad apportare alla proposta di *project financing* possono consistere unicamente in lievi correttivi, non in interventi idonei ad alterare il quadro finanziario proposto dal promotore."

¹⁷ La possibilità di modificare la proposta che sarà posta a base di gara nelle fasi successive è esplicitata nell'art.37-*quater*, comma 1, lett. a), nella frase: "ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse".

¹⁸ Parere Motivato della Commissione ex art.226 Trattato CE del 15 ottobre 2003, punto n.53: " la Commissione osserva che, anche nei casi in cui gli avvisi (di ricerca del promotore in relazione al diritto di prelazione *ndr*) recano tali indicazioni la procedura di scelta del promotore non appare idonea a garantire il rispetto del citato principio di parità di trattamento in quanto manca ogni indicazione in merito ai criteri in base dei quali dette amministrazioni perverranno in maniera obiettiva e non discriminatoria all'individuazione di una proposta."

promotore con una proposta “arricchita” di contributi sottoposti da altri concorrenti.

Le modalità di impostare in fase di valutazione della proposte una procedura negoziata che tenga conto degli apporti innovativi emersi da tutte le offerte presentate sono:

- a) l'applicazione autonoma da parte della PA di questa *best practices*, come delineata nel documento;
- b) emanazione di *soft law* da parte di Autorità regolamentari riguardante tale fase di valutazione delle proposte.

2.5 L'asseverazione¹⁹ del PEF richiesta nell'art.37-*bis* della legge Merloni è rilasciata da soggetti qualificati²⁰ solo in fase di presentazione delle proposte. La particolarità del procedimento *ex artt.37-bis* e ss. della legge Merloni, nelle diverse fasi in cui è scandito, fa sì che la proposta possa essere modificata sia prima della dichiarazione di pubblico interesse che in seguito a rilanci in fase negoziata o, addirittura, in caso di esercizio del diritto di prelazione con l'appropriazione della proposta del soggetto provvisoriamente aggiudicatario da parte del proponente. La stessa problematica (di variazione della proposta) l'affrontano le Amministrazioni quando devono valutare le offerte nella gara *ex art.37-quater* per l'individuazione dei due migliori *competitors*; i quali possono rilanciare in quella sede sulla proposta base e, successivamente, in fase di negoziazione finale. La legge, come abbiamo evidenziato, impone l'asseverazione del PEF solo nella fase di presentazione della proposta, invece le proposte possono mutare lungo tutto l'arco del procedimento sino all'aggiudicazione. Per tale motivo si potrebbe richiedere nell'avviso di sollecitazione l'asseverazione all'aggiudicatario della concessione in caso di variazioni del PEF rispetto alla proposta originaria. In questo modo verrebbe attivata, almeno per le opere di maggiore rilevanza, una

¹⁹ L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici si è espressa sui contenuti dell'asseverazione con gli atti di regolazione n.34/2000 e 14/2001.

²⁰ Art. 37-*bis*, comma 1 della legge Merloni: “Le proposte devono contenere.....un piano economico finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'art.106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n.385, o da una società di revisione ai sensi dell'art.1 della legge 23 novembre 1939, n.1966....”.

presenza continua del soggetto asseveratore a supporto dei privati e a garanzia della stessa Amministrazione.

Le modalità per ottenere dall'aggiudicatario l'asseverazione sull'offerta definitiva sono:

- a) l'applicazione autonoma da parte della PA di questa *best practices* (come delineata nel documento) da inserire già nel momento di pubblicazione dell'avviso e nel bando successivo;
- b) emanazione di *soft law* da parte di Autorità regolamentari con riguardo alla richiesta di asseverazione della proposta aggiudicata da inserirsi nell'avviso e nel bando successivo;

2.6 Comprendere l'importanza per la PA di avvalersi di *advisors* competenti sulla finanza di progetto e sul PPP che possano affiancarla durante tutta la procedura in modo tale che le proposte siano sottoposte ai finanziatori già bancabili.

Realizzare una guida²¹ agli operatori del Project Financing o al PPP in cui vengano elencate le strutture che operano in questo settore, i contatti, gli ambiti di attività, gli ambiti territoriali di attività, le operazioni concluse, eventuali limiti a ricevere il mandato (es. non inferiore ad un certo importo) e altre caratteristiche che possano orientare la PA nella scelta.

2.7 Riconoscere la possibilità di recuperare i costi di *advisory* prestati alla PA nell'eventuale (solo nel caso in cui sia stato individuato il promotore) quadro economico del concessionario mediante una loro stima preventiva da inserire nel bando. A tale proposito l'Amministrazione dovrà, comunque, trovare la copertura nel proprio bilancio per il pagamento dell'*advisor*, il recupero del costo sarà successivo all'aggiudicazione ed eventuale, perché potrebbe non individuarsi alcuna proposta di pubblico interesse.

Le modalità per ottenere recuperare i costi stimati di *advisory* sono:

- a) l'applicazione autonoma da parte della PA di questa *best practices* (come delineata nel documento) da inserire già nel momento di pubblicazione dell'avviso, nel bando e nel contratto;

²¹ Il riferimento è alla "Guida agli operatori del Project Finance 2004" realizzato da Finlombarda.

- b) emanazione di *soft law* da parte di Autorità regolamentari con riguardo alla richiesta di recupero delle spese di advisory da inserirsi nell'avviso, nel bando e nel contratto;

3) IL RUOLO DEI FINANZIATORI

Il ruolo dei finanziatori e del contratto di finanziamento emerge nel procedimento ex artt.37-*bis* e ss. della legge Merloni in alcune norme di garanzia: nel ritenere i crediti dei finanziatori privilegiati sulle somme dovute in caso di revoca o inadempimento del concedente (art. 37-*septies*); nel prevedere lo *step-in right*, cioè la facoltà rimessa ai finanziatori di sostituire il concessionario inadempiente nel caso l'Amministrazione volesse far valere la risoluzione della concessione (art. 37-*octies*); nel riconoscere, infine, il privilegio generale sui beni mobili a garanzia del finanziamento (art. 37-*nonies*).

3.1 La riflessione riguarda l'opportunità di subordinare la sottoscrizione del contratto di concessione o di altro tipo, che attui forme di PPP, all'impegno degli *sponsor* (soci finanziatori e/o istituti di credito) a finanziare il progetto per la parte non coperta dalla contribuzione pubblica. L'effetto di questa previsione dovrebbe indurre gli istituti finanziari a seguire la proposta in ogni fase, innalzandone il livello qualitativo fin dalle prime battute, o, comunque, a spingere il promotore a dotarsi di *advisor* egualmente coinvolti e credibili agli occhi dei finanziatori, che dovranno valutare la proposta a valle della sua definizione. La finalità di questa condizione, da inserire nell'avviso di sollecitazione alla presentazione delle proposte e nel bando successivo, persegue il primario interesse di garantire l'Amministrazione a che la concessione vada a buon fine una volta individuato il concessionario e sottoscritto il contratto.

Le modalità per condizionare la stipula del contratto di concessione a quello di finanziamento sono:

- a) l'applicazione autonoma da parte della PA di questa *best practices* (come delineata nel documento) da inserire già nel momento di pubblicazione dell'avviso, nel bando e nel contratto;
- b) emanazione di *soft law* da parte di Autorità regolamentari con riguardo alla condizione per sottoscrivere il contratto di concessione da inserirsi nell'avviso, nel bando successivo e nel contratto;
- c) inclusione in una delibera CIPE, per tutti i progetti di infrastrutture strategiche rientranti nella legge obiettivo 443/2001, della condizione di sottoscrizione nell'avviso, nel bando successivo e nel contratto.

3.2 La normativa dello *step-in right* (37-*octies*) prevede tre mesi di tempo per la nomina del sostituto concessionario da parte dei finanziatori dal momento della comunicazione della volontà di risolvere il contratto da parte dell'Amministrazione, tempo che nella prassi è giudicato insufficiente dai finanziatori specialmente qualora ci siano gestioni complesse. La riflessione riguarda la previsione della facoltà di convenire nel contratto di concessione tempi ulteriori (es: non superiori a due mesi) per la sostituzione del concessionario a condizione che i finanziatori (avendo già individuato il nuovo concessionario) ne facciano richiesta all'Amministrazione concedente e questa autorizzi.

Tale facoltà dovrebbe essere giustificata dalla complessità della gestione da trasferire e dalla necessità di tempo supplementare del nuovo concessionario per approfondire l'analisi dell'iniziativa. Oltre l'effetto di rendere sostenibile la sostituzione del concessionario, la previsione favorirebbe l'ingresso dei finanziatori nella fase di redazione del contratto per l'inserimento di una tempistica compatibile con questa specifica esigenza.

La mancanza, allo stato dell'arte, di argomentazioni dirimenti per sostenere la disponibilità o meno del termine di tre mesi tra la PA e il concessionario spinge, appunto, in questa sede a suggerire prudenzialmente solo una riflessione sull'argomento. Parimenti è auspicabile che il DM LL.PP. di cui al comma 2 dell'art.37-*octies*, contempli, appunto, modalità flessibili di estensione del termine in occasione della regolamentazione della disciplina del subentro.

Le modalità per prevedere la flessibilità sul termine del subentro potrebbe essere attuata mediante specifica disciplina prevista dal DM LL.PP. di attuazione.

3.3 Riflettere sulla possibilità di prevedere la facoltà di inserire nel contratto di concessione uno *step-in right* dinamico più aderente alle esigenze dei finanziatori. In particolare prevedere la possibilità per i finanziatori di proporre la sostituzione del concessionario che non stia operando con efficienza in base agli indici attesi nel contratto di finanziamento. Questa soluzione permetterebbe di evitare che l'intervento dei finanziatori per la sostituzione del concessionario avvenga, secondo le disposizioni oggi vigenti, quando il concessionario si trovi in una situazione di conclamato inadempimento, tanto da essere segnalato dalla PA per la risoluzione del contratto.

In questo modo verrebbe data rilevanza alle condizioni di efficienza del contratto di finanziamento che lega il concessionario agli istituti finanziatori; per cui la PA si troverebbe ad autorizzare la sostituzione del gestore inefficiente prima di giungere ad un *default* irreversibile del progetto con la richiesta di risoluzione del contratto. Anche in questo caso la previsione favorirebbe l'ingresso dei finanziatori già nella fase di redazione del contratto per l'inserimento di clausole compatibili con le proprie esigenze.

Si sottolinea come tale soluzione imponga una "rivoluzione" di ottica, aumentando l'importanza dei finanziatori quali co-attori nella determinazione del contratto di concessione, rispetto a quanto non sia ora, ex art 37-*octies* della legge Merloni.

La modalità per attuare tale beneficio a garanzia dei finanziatori potrà attuarsi inserendo una specifica norma nell'art.37-*octies*, recante "Subentro", della legge Merloni che specifichi questo secondo percorso per sostituire il concessionario inadempiente secondo indici qualificati nel contratto di finanziamento.

3.4 Riflettere sulla necessità di dotare il privilegio generale già previsto nell'art. 37-*nonies* della legge Merloni sui beni mobili del concessionario posto a garanzia dei crediti dei finanziatori, di un grado definito rispetto

all'ordine dei privilegi indicato nel codice civile, e, comunque, superiore rispetto a quello garantito dal dall'art.42 del Testo Unico in materia bancaria e creditizia (TUBC) a garanzia del finanziamento di opere pubbliche; in mancanza di tale specificazione sembra sia vanificata la garanzia inserita nella legge Merloni relativa al privilegio generale, poiché risulterebbe di minor favore per i finanziatori rispetto a quella assicurata dal TUBC.

La modalità per attuare tale beneficio a garanzia dei finanziatori potrà attuarsi inserendo una specifica norma nell'art.37-*nonies*, recante "Privilegio sui crediti", della legge Merloni che specifichi il grado del privilegio.

3.5 Riflettere sulla possibilità di introdurre una norma che, con riguardo ai crediti del concessionario maturati verso la PA, ammetta la loro cedibilità ai finanziatori senza l'adesione dell'Amministrazione interessata.

La modalità per attuare tale beneficio a garanzia dei finanziatori potrà attuarsi inserendo una specifica norma nell'art.37-*nonies*, recante "Privilegio sui crediti", della legge Merloni che specifichi la cedibilità dei crediti ai finanziatori senza il consenso dell'Amministrazione.

4) IL PROJECT MANAGEMENT E COST CONTROL

Adozione obbligatoria di tecniche di *project management* e *cost control* per le grandi opere fin dalla fase di progettazione e durante la fase di costruzione delle opere a tutela sia dei soggetti finanziatori che dell'Amministrazione concedente. Dall'esperienza anglosassone è stato appurato che l'impiego di tali tecniche nelle opere realizzate secondo schemi di PF permette il contenimento dei costi secondo *budget* e, soprattutto, influisce positivamente sulla qualità della progettazione e

della costruzione dell'opera²² nonché sul rispetto della tempistica di realizzazione.

Le modalità per l'applicazione di tecniche di *project management* e *cost control* sono:

- a) l'applicazione autonoma da parte della PA di questa *best practices* (come delineata nel documento) con riguardo a tale clausola da inserire nella redazione del contratto di concessione;
- b) emanazione di *soft law* da parte di Autorità regolamentari con riguardo a tale clausola da inserire nel contratto di concessione;
- c) inclusione in una delibera CIPE, per tutti i progetti di infrastrutture strategiche rientranti nella legge obiettivo 443/2001, con riguardo a tale clausola da inserire nel contratto di concessione.

5) IL NUOVO PROCEDIMENTO

Il dialogo competitivo contemplato nell'art.29 della recente Direttiva europea 2004/18/CE²³, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi permetterebbe di introdurre nella Merloni un procedimento più agile, alternativo all'attuale trifasico previsto dagli artt. 37-*bis* e ss. della legge Merloni. Tale procedimento permetterebbe di valorizzare l'inventiva del *partner* privato per compensare la difficoltà dell'Amministrazione di fronte a realizzazioni complesse da congegnare sotto il profilo finanziario, tecnico e organizzativo per le quali è necessaria una forte produzione di innovazione amministrativa.

Il 16° considerando della Direttiva 2004/18/CE²⁴ rimette ai singoli Stati la facoltà di introdurre il dialogo competitivo nel proprio ordinamento, si ritiene che tale facoltà debba essere esercitata. La tecnica di regolamentazione è offerta dal recepimento della direttiva; infatti, ai

²² Per l'analisi del miglioramento delle *performance* realizzate tramite l'applicazione di schemi di PF vedi National Audit Office, Report by Comptroller and Auditor General, 5 february 2003, *PFI: Construction Performance*, sito web: www.nao.gov.uk.

²³ Pubblicata in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. L134 del 30 aprile 2004, pp.114-240.

²⁴ Testo del 16° considerando Direttiva europea 2004/18/CE : "Al fine di tener conto delle diversità esistenti negli Stati membri, occorre lasciare a questi ultimi la facoltà di prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere agli accordi quadro, a centrali di committenza, ai sistemi dinamici di acquisizione ad aste elettroniche e al dialogo competitivo, quali sono disciplinati e definiti nella presente direttiva."

sensi dell'art.80 "Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 31 gennaio 2006".

La modalità per introdurre il dialogo competitivo è quella del recepimento della direttiva europea nei termini previsti dalla stessa.

6) LA CONCORRENZA

Riflettere sull'opportunità di rimettere alle Amministrazioni la facoltà di inserire nei bandi il riconoscimento di premi per i concorrenti, che partecipino ai procedimenti di affidamento di contratti per la realizzazione e gestione di opere pubbliche con il coinvolgimento di capitali privati, con la finalità di incentivare, quando ritenuto opportuno dall'Amministrazione, la concorrenza a fini innovativi, compensando i costi partecipativi particolarmente elevati²⁵. Questa scelta opzionale per le Amministrazioni deve essere applicata con una metodologia che eviti partecipazioni finalizzate esclusivamente all'accaparramento dei premi ad esempio legando gli incentivi alla presentazione effettiva di varianti o alla realizzazione di progetti preliminari nuovi.

Le modalità per la previsione di incentivi ai partecipanti alla competizione sono :

- a) l'applicazione autonoma da parte della PA di questa *best practices* (come delineata nel documento) da inserire nell'avviso di sollecitazione delle proposte e nel bando (anche ex art. 20, comma 2 Merloni);
- b) emanazione di *soft law* da parte di Autorità regolamentari con riguardo a tale previsione da inserire nell'avviso di sollecitazione delle proposte e nel bando (anche ex art. 20, comma 2 Merloni);
- c) inclusione in una delibera CIPE, per tutti i progetti di infrastrutture strategiche rientranti nella legge obiettivo 443/2001, con riguardo a tale previsione da inserire nell'avviso di sollecitazione delle proposte e nel bando (anche ex art. 20, comma 2 Merloni).

²⁵ L'art.29, comma 8 della Direttiva 2004/18/CE, consapevole della problematica, con riferimento alla procedura del dialogo competitivo, riconosce che "Le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere premi o pagamenti ai partecipanti al dialogo".

7) I CONTRATTI “FUORI CAMPO” MERLONI

Il coinvolgimento di capitali privati per la realizzazione di opere pubbliche e per la gestione di servizi pubblici si può realizzare, e di fatto così avviene nella prassi ad opera delle Amministrazioni, anche con contratti non qualificabili come concessioni di lavori pubblici. Il riferimento è alla concessione di servizi²⁶ quando siano presenti lavori, al *leasing*²⁷, all'urbanistica “contrattata o consensuale” mediante convenzioni edilizie per la riqualificazione urbana e alla vendita di cosa futura²⁸; la loro particolarità impone alle Amministrazioni che volessero, comunque, ricorrere a tali contratti per coinvolgere i capitali privati ad un complicato e costoso lavoro “sartoriale” di prefigurazione del procedimento applicabile per l'individuazione del contraente e della disciplina che regola il contratto. Il più delle volte, in presenza degli obblighi discendenti dal Trattato CE, viene operato un *mix* di normativa servizi e lavori, permanendo, però, un forte margine di incertezza su come possa essere interpretato in un'eventuale sede giudiziaria. Un'ipotesi di riflessione, per l'abbattimento dei costi di approntamento procedurale e contrattuale nonché per la mitigazione del rischio normativo, potrebbe riguardare la “protezione procedimentale”²⁹

²⁶ Definisce la concessione di servizi la Direttiva 2004/18/CE, art.1, comma 4, come “un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo.”

²⁷ Massima dell' Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, deliberazione n. 145 del 23/09/2004: “Fermo restando il principio generale di tassatività delle procedure previste dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. per la realizzazione di opere pubbliche, appare configurarsi una deroga a tali procedure ove norme speciali dettate per far fronte a situazioni di necessità ed urgenza (nel caso di specie “l'inefficienza e la vetustà degli istituti penitenziari esistenti ed il loro sovraffollamento”) prevedano l'uso, in via prioritaria, di strumenti alternativi, ivi incluso il leasing finanziario. In presenza di tali circostanze, ferma restando la necessità della qualificazione tecnica dei soggetti incaricati dell'attività di progettazione e della esecuzione delle opere ai sensi della normativa sui lavori pubblici, la disciplina applicabile agli affidamenti è quella relativa agli appalti pubblici di servizi, stante la prevalenza dell'aspetto relativo all'operazione di finanziamento.”

²⁸ Massima dell' Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, deliberazione n. 45 del 18/03/2004: “L'istituto della vendita di cosa futura è ritenuto ammissibile qualora l'opera da acquisire costituisca, in base al motivato apprezzamento dell'amministrazione, un bene infungibile, con riguardo alle sue caratteristiche strutturali e topografiche, ovvero un “unicum” non acquisibile in altri modi, ovvero a prezzi e condizioni e tempi inaccettabili per il più solerte conseguimento dell'interesse pubblico.”

²⁹ Sembra in questa direzione interpretativa l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con deliberazione n. 30 del 17/02/2004: “Al di là del tipo contrattuale utilizzato la realizzazione di un'opera con caratteristiche predefinite dall'amministrazione (sulla base delle specifiche desumibili dagli atti di gara) per soddisfare specifici

assicurabile dalla legge Merloni³⁰; in particolare si potrebbe ipotizzare, per tali contratti “fuori campo”, l’uso dei procedimenti previsti dalla legge Merloni per l’aggiudicazione delle concessioni e le norme disciplinanti tale contratto (semprechè non debbano applicare altre norme specifiche); tenendo sempre presente che in tutte le ipotesi di contratto “fuori campo”, accanto alla realizzazione dell’opera o alla fornitura deve sempre permanere in capo al privato il rischio di gestione di tutte o di parte delle opere realizzate.

La modalità per dare protezione procedimentale da parte della legge Merloni per l’affidamento dei contratti “fuori campo” e di regolarne alcuni aspetti, sempre dalla stessa legge, si può realizzare tramite l’inserimento di una norma nell’art. 20 della legge Merloni.

8) IL RISCHIO AMMINISTRATIVO

La conformità urbanistica delle proposte presentate all’Amministrazione permette l’abbattimento di uno dei rischi amministrativi più invalidanti per il procedimento *ex artt.37-bis e ss.* della legge Merloni. A questo proposito l’art. 37-*quater* della legge Merloni, richiamando l’art.14, comma 8 e questo a sua volta gli artt.9 e 19 del T.U. n.327/2001 (l’art.1 , commi 4 e 5 della legge n.1 del 1978 sono stati abrogati dal T.U. 327/2001 e sostituiti con norme migliorative), consente di ricorrere alla variante urbanistica per opere pubbliche in difformità, tramite un procedimento accelerato sulla base della sola progettazione preliminare. Ciò consente di rendere certa la fattibilità dell’opera presentata dal

interessi pubblici, da costruire su un’area di proprietà dell’amministrazione qualifica ex se la natura pubblica dell’opera stessa. Deve pertanto rilevarsi che, qualora l’ente, in simili circostanze, ricorra a procedure atipiche di affidamento, diverse dai modelli giuridici tipizzati della concessione di costruzione e gestione ovvero del project financing, detto comportamento configura una violazione degli artt. 19 e 37bis e seguenti della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., dove la scelta del contraente è sottoposta ad un’analitica disciplina volta a garantire, tra l’altro, il rispetto dei principi generali della trasparenza e della libera concorrenza tra gli operatori.”.

³⁰ La concessione di servizi pubblici riceve parziale protezione normativa dalla legge Merloni ai sensi dell’art.3, comma 8 della legge n. 415/98, infatti “alle concessioni di servizi pubblici si applicano, ove compatibili, le disposizioni di cui all’articolo 19, comma 2-bis, della legge n. 109/94”. Per cui la legge Merloni troverà sicura obbligatoria applicazione con riguardo al contratto di concessione di servizi per la disciplina della durata della concessione, per le modifiche dei presupposti di base che determinano l’equilibrio economico finanziario della gestione e per i meccanismi del suo riequilibrio.

promotore prima di procedere alla gara *ex art.37-quater* della legge Merloni.

8.1 Tuttavia, anche ricorrendo alle norme acceleratorie per ottenere la conformità urbanistica, possono sorgere complicazioni amministrative (es. diniego motivato della Regione alla variante), pertanto si ravvisa la necessità di anticipare, a monte della programmazione triennale dell'opera da realizzarsi con il coinvolgimento di capitali privati, le opportune varianti al PRG. Riflettere sulla opportunità di rendere vincolante per le Amministrazioni la conformità urbanistica e la certezza della localizzazione, mediante attivazione del procedimento ordinario di variante o tramite accordo di programma *ex art.10*, comma 1 del TU 327/2001, per quelle opere da realizzarsi mediante ricorso a finanziamenti privati.

Le modalità perché sia assicurata la localizzazione delle opere e la conformità urbanistica, da realizzarsi in finanza di progetto, già in fase di redazione del programma triennale, sono :

- a) l'applicazione autonoma da parte della PA di questa *best practices* (come delineata nel documento;
- b) emanazione di *soft law* da parte di Autorità regolamentari con riguardo alla necessità di avere la conformità urbanistica e la localizzazione già al momento della programmazione dell'opera;
- c) inclusione in una delibera CIPE, per tutti i progetti di infrastrutture strategiche rientranti nella legge obiettivo 443/2001, con riguardo alla necessità di avere la conformità urbanistica e la localizzazione dell'opera già al momento della programmazione dell'opera.

8.2 Le Amministrazioni, nell'ambito dei procedimenti volti ad aggiudicare una concessione di lavori pubblici, hanno la possibilità di corrispondere un contributo pubblico sotto forma di proprietà immobiliare ai sensi dell'art.19, comma 2 della legge Merloni. La possibilità per le Amministrazioni di aumentare il valore di tali cespiti immobiliari, associando ad essi ad esempio dei diritti edificatori fuori *standard* o destinazioni d'uso economicamente profittevoli, consente di aumentare il valore del contributo disponibile (valutato

prospettivamente nel suo valore post-variante³¹⁾ per permettere al concessionario di perseguire l'equilibrio economico finanziario del PEF. Si ritiene opportuno vincolare la modifica della destinazione d'uso e/o la concessione di diritti edificatori di tali immobili al momento della programmazione triennale delle opere pubbliche o in fase di approvazione del progetto preliminare, qualora, in quest'ultimo caso, la necessità di una diversa intensità del contributo sia stata evidenziata dal promotore in fase di presentazione della proposta.

Le modalità per valorizzare gli immobili (es. associando diritti edificatori o autorizzando variazioni di destinazioni d'uso, etc.,) dell'Amministrazione da destinare in conto prezzo al momento della programmazione triennale, sono:

- a) l'applicazione autonoma da parte della PA di questa *best practices* (come delineata nel documento) al momento della redazione del programma triennale;
- b) emanazione di *soft law* da parte di Autorità regolamentari con riguardo alla previsione (come delineata nel documento) al momento della redazione del programma triennale;
- c) inclusione in una delibera CIPE, per tutti i progetti di infrastrutture strategiche rientranti nella legge obiettivo 443/2001, (come delineata nel documento) al momento della redazione del programma triennale.

8.3 Il rischio amministrativo connesso all'ottenimento di pareri, nulla osta, autorizzazioni, etc. viene abbattuto attraverso il ricorso alla conferenza di servizi ai sensi dell'art.14-*bis* della legge n.241 del 1990. Il comma 5 del predetto art.14-*bis* 241//90 e l'art.9, comma 2 del Regolamento, consentono l'attivazione della conferenza di servizi decisoria sulla base del solo progetto preliminare nei casi di affidamento mediante concessione di lavori pubblici.

Le modalità per l'uso della conferenza di servizi decisoria sul preliminare sono:

³¹ L'art.83, comma 6 del Regolamento stabilisce per l'appalto per l'esecuzione dei lavori congiunto all'acquisizione dei beni immobili (sistema con forti analogie alla fattispecie in esame) che: "Il valore degli immobili da trasferire a seguito della procedura di gara è determinato dal responsabile del procedimento sulla base dei criteri estimativi desumibili dalle norme fiscali (di mercato *ndr.*). Ciò potrà avvenire anche mediante l'affidamento di una perizia giurata di stima prospettica ad professionista da parte del Responsabile del procedimento.

- a) l'applicazione autonoma da parte della PA di questa *best practices*, come espressa nel Regolamento nel procedimento amministrativo per l'affidamento di un contratto di concessione;
- b) emanazione di *soft law* da parte di Autorità regolamentari con riguardo a tale previsione espressa nel Regolamento nel procedimento amministrativo per l'affidamento di un contratto di concessione.

9) LA FISCALITÀ

Facilitare sotto il profilo fiscale le operazioni di partenariato.

9.1 L'Agenzia delle Entrate con la risoluzione n. 395/E del 27 dicembre 2002, ha stabilito di sottoporre ad imposizione IVA il prezzo o contributo pubblico in conto investimenti³², sia esso finanziario o in natura, mediante la cessione del patrimonio immobiliare della PA. Tale interpretazione sottrae alle Amministrazioni procedenti parte del loro contributo pubblico (aliquota IVA applicabile) utile alla realizzazione dell'opera, destinandola per altri fini come risorsa di fiscalità generale.

La ragione teorica di questa posizione si basa sul riconoscimento del rapporto sinallagmatico di scambio tra PA e concessionario. L'evidenza di questa impostazione era chiara nella *Merloni-ter* e ne dava conto un'attenta e coerente risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 161/2000 del 31 ottobre 2000; infatti, il prezzo o il contributo pubblico era erogabile da parte della PA a condizione che il concessionario praticasse prezzi o tariffe controllate, amministrate o predeterminate a vantaggio della collettività. Il sinallagma era individuabile, appunto, nell'equilibrio dello scambio tra contribuzione pubblica e tariffe presidiate, c.d.

³² Definitivamente riconosce la natura in conto investimenti del contributo pubblico ex art. 19, comma 2 della legge Merloni l'articolo 3, comma 18 della legge 24 dicembre 2003, n. 350, stabilisce, infatti, che: "Ai fini di cui all'articolo 119, sesto comma, della Costituzione, costituiscono investimenti:..."lett. h) i trasferimenti in conto capitale in favore di soggetti concessionari di lavori pubblici o di proprietari o gestori di impianti, di reti o di dotazioni funzionali all'erogazione di servizi pubblici o di soggetti che erogano servizi pubblici, le cui concessioni o contratti di servizio prevedono la retrocessione degli investimenti agli enti committenti alla loro scadenza, anche anticipata. *In tale fattispecie rientra l'intervento finanziario a favore del concessionario di cui al comma 2 dell'articolo 19 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (il corsivo è nostro)".*

“sociali”, l’uno era in compensazione delle altre; ora che questo legame è stato soppresso dalla Merloni -*quater*, il contributo pubblico è versato in modo indipendente dal tipo di tariffe praticate dal concessionario (possono essere di mercato), sembra essere venuto meno il carattere sinallagmatico delle prestazioni e, quindi, la necessità della sua sottoposizione ad IVA. Inoltre, la controprestazione a favore dell’Amministrazione, che giustifica l’imposizione IVA, dovrebbe essere un “*quid*” a vantaggio della PA stessa e non, come in questo caso, del concessionario che riceve il contributo pubblico per perseguire l’equilibrio economico finanziario dei propri investimenti e della propria gestione.

Riflettere come, sulla base della stessa risoluzione, e sotto un profilo squisitamente sostanziale (formalmente la conclusione del diverso trattamento di sottoposizione a campo IVA è ineccepibile) qualora il contributo venga destinato, invece, ad una società a partecipazione pubblica per la realizzazione di una infrastruttura potenzialmente generatrice di flussi di cassa, tale contributo sia fuori campo IVA. In altre parole la risoluzione disincentiva la realizzazione delle opere, con potenziale ritorno economico e suscettibili di attrazione di capitali privati, mediante contratto di concessione e relative procedure di affidamento, generando una diversità di trattamento impositivo a seconda del soggetto percettore.

Le modalità per ritenere il contributo pubblico non soggetto ad imposizione IVA sono :

- a) una nuova Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate;
- b) emanazione di una norma di interpretazione autentica.

9.2 Lo schema di finanza di progetto può essere impiegato anche per costruire e gestire le opere c.d. “fredde” – uffici pubblici, scuole, complessi penitenziari, ospedali, case di riposo, università, etc -. La PA a fronte della loro utilizzazione corrisponde un canone periodico soggetto ad IVA. Potrebbe essere utile, ai fini della fattibilità del progetto, esentare il canone periodico dall’IVA in alcuni settori “sociali”.

A questo riguardo è opportuno approfondire la possibilità degli Stati membri di ricorrere all'art.13, comma 1, lett. b), c), g), h), i) della Direttiva 388/77 recante "Esenzioni IVA a favore di alcune attività di interesse pubblico" come, appunto, le ospedalizzazioni e le cure mediche e le prestazioni connesse, prestazioni di servizi e cessioni di beni connesse all'assistenza sociale e la sicurezza sociale comprese quelle fornite dalle case di riposo, le prestazioni di servizi e forniture di beni connesse con la protezione e l'educazione dell'infanzia e della gioventù, l'insegnamento scolastico o universitario, la formazione o la riqualificazione professionale.

La modalità per il recepimento dell' esenzione IVA ammissibile dalla direttiva per alcuni settori è quella dell'inserimento normativo.

9.3 Il Regno Unito³³, la Francia³⁴ e l'Olanda hanno previsto regole speciali per rifondere l'IVA alla PA erogatrice dei canoni periodici quando applichi schemi di *Project Financing*. A questo proposito, e solo per il settore sanitario, l'Art.49 del D.L. 269/200335 prevede la costituzione di

³³ Vedi HM Custom and Excise, Business Brief 18/03, 30 September 2003 VAT: The VAT position of two new PFI arrangements in www.hmce.gov.uk.

³⁴ Le fonds de compensation de la TVA (FCTVA) a succédé au fonds d'équipement pour les collectivités locales (FECL) pour permettre de compenser une partie de la charge de TVA supportée par les collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics bénéficiaires, sur leurs dépenses réelles d'investissement. Le cadre juridique du FCTVA est fixé par les articles L 1615-1 à L1615-7 du CGCT et les articles R1615-1 à R1615-7 du même code.

Il documento esplicativo della legge è consultabile e scaricabile con altri documenti di interesse sul sito: http://www.colloc.minefi.gouv.fr/colo_struct_fina_loca/coll_loca/fond_comp.html.

³⁵ CAMERA DEI DEPUTATI - XIV LEGISLATURA - Resoconto della XII Commissione permanente (Affari sociali) SEDE CONSULTIVA Mercoledì 5 novembre 2003: "L'articolo 49, concernente esternalizzazioni di servizi da parte delle aziende sanitarie locali e delle aziende ospedaliere, prevede la costituzione di un Fondo presso il Ministero dell'economia e delle finanze per incentivare l'ulteriore affidamento dei servizi ausiliari a soggetti esterni (pulizia, lavanderia, mensa, trasporto rifiuti, elaborazione dati). Non viene precisato l'utilizzo del Fondo. Il riparto delle risorse viene demandato a un decreto del ministro dell'economia e delle finanze d'intesa con la Conferenza Stato-regioni. Il Fondo è alimentato dalle maggiori entrate IVA derivante dall'affidamento dei servizi ad imprese esterne. La maggior parte dei servizi era infatti svolta internamente alle strutture e quindi non soggetta ad IVA. Gli oneri recati dalla norma sono stimati in 3 milioni di euro nel 2003, in 12 milioni di euro nel 2004, in 24 milioni di euro nel 2005, in 36 milioni di euro nel 2006. La relazione tecnica del Governo fornisce una quantificazione del flusso delle risorse destinate ad alimentare il Fondo, basata su uno studio del 2001 della FIASO (Federazione italiana aziende sanitarie e ospedaliere) sulla percentuale degli acquisti di beni e servizi non sanitari sul totale del costo della produzione e sui dati della Relazione generale sulla situazione economica del Paese 2002 relativi al comparto sanitario."

Con la finalità di contenimento delle tariffe applicate dagli enti locali ed alimentato con le risorse finanziarie derivanti dall'assoggettamento ad IVA di prestazioni di servizi non commerciali,(con esclusione dei trasporti pubblici locali) affidati dagli enti locali a soggetti esterni all'amministrazione si veda la legge 23 dicembre 1999,

un fondo in cui affluiscono le erogazioni IVA da parte delle ASL e aziende ospedaliere per l'esternalizzazione dei servizi, fondo che dovrebbe poi essere restituito agli originari erogatori con le detrazioni per l'Unione europea e per le Regioni. Il decreto attuativo del Ministero dell'Economia e delle Finanze (non ancora emanato), dovrebbe, poi, individuare i criteri di ripartizione ed è, certamente, in questa sede che si dovrebbe specificare che questa tecnica di agevolazione fiscale dovrebbe riferirsi esplicitamente anche all'esternalizzazione di interi complessi ospedalieri e/o sanitari (RSA, etc.) e dei servizi associati attuata mediante finanza di progetto.

La modalità per includere la realizzazione di complessi ospedalieri e/o sanitari nell'agevolazione di rimborso IVA realizzati mediante finanza di progetto è quella di redigere il decreto attuativo del Fondo secondo tale previsione.

9.3 Contemplare la neutralità fiscale nel caso di cessioni di immobili pubblici in conto prezzo.

La modalità per considerare la neutralità fiscale per gli immobili da cedere in conto prezzo è quella di inserimento normativo.

10) LE NORME PROCESSUALI

Prima di giungere all'aggiudicazione definitiva di una concessione, il procedimento è potenzialmente esposto ad una serie di impugnative inibenti il medesimo provenienti dagli interessi più vari: i concorrenti, i potenziali concorrenti, i soggetti lesi dai procedimenti di approvazione e realizzazione dell'opera con le relative attività espropriative e di asservimento. In considerazione del lungo procedimento rivolto ad assicurare l'opera pubblica mediante un contratto di concessione e,

n.488, art.6, recante Disposizioni in materia di imposte sui redditi "È istituito presso il Ministero dell'interno un fondo alimentato con le risorse finanziarie costituite dalle entrate erariali derivanti dall'assoggettamento ad IVA di prestazioni di servizi non commerciali affidate dagli enti locali territoriali a soggetti esterni all'amministrazione a decorrere dal 1° gennaio 2000. Con regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e con il Ministro delle finanze, sono dettate le disposizioni per l'attuazione della disposizione di cui al presente comma e per la ripartizione del fondo, finalizzato al contenimento delle tariffe, tra gli enti interessati. Resta fermo quanto stabilito dal decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281."

soprattutto, in ragione della complessità della valutazione delle offerte da parte della PA, si rifletta sull'opportunità di inserire correttivi in materia processuale rivolti alla semplificazione e all'accelerazione dei procedimenti stessi in analogia con quanto previsto dall'art.14 del D.Lgs 190/02, attraverso:

- a) l'automaticità della fissazione dell'udienza di merito e la riduzione dei tempi di fissazione dell'udienza di merito anche quando non venga accolta l'istanza cautelare;
- b) la valutazione di concedere o meno il provvedimento cautelare dovrebbe tener conto:
 - ✍ delle probabili conseguenze del provvedimento per tutti gli interessi che possono essere lesi;
 - ✍ del preminente interesse pubblico alla sollecita realizzazione dell'opera con la specificità che, per le opere da realizzare in finanza di progetto, può consistere nell'evitare i danni erariali causati non solo dal ritardo nella realizzazione dell'opera ma, soprattutto, nel porre nel nulla il costoso e lungo procedimento di affidamento. Infatti, le offerte dei concorrenti/promotori, sintetizzate nel Piano Economico Finanziario, sono collocate in un preciso ordine temporale, oltre il quale non sono più rappresentative dell'offerta stessa; il blocco procedimentale conseguente all'accoglimento di un'istanza cautelare, potrebbe facilmente porre nel nulla le offerte, perché tali offerte "scadono" e non sono modificabili in corso di procedimento;
 - ✍ subordinare il provvedimento cautelare al deposito di una cauzione.
- c) la sospensione o l'annullamento dell'aggiudicazione non dovrebbe determinare la risoluzione del contratto già stipulato dai soggetti aggiudicatori, in tal caso il risarcimento sarebbe solo pecuniario.

La modalità per assimilare tali previsioni processuali è di inserire un nuovo articolo 37-*decies* nella legge Merloni.