

LA REGOLAZIONE DI UNA OPERAZIONE DI PPP

di Massimo Ricchi

INDICE

Il PPP Designer	2
Il contesto regolatorio.....	3
La competenza della PA.....	7
La PA muove compatta e d’anticipo.....	9
I finanziatori sono i migliori alleati della PA	11
La centralità dell’avviso indicativo.....	12
La PA “sfrutta”il diritto di prelazione	15
La PA e il contributo pubblico	20
Il contributo pubblico in cessione di diritti	22
La PA valorizza la cessione dei diritti con la gara.....	25
Il valore di cessione dell’immobile.....	26
La fluttuazione del valore dell’immobile ceduto a titolo di prezzo	27
Il prezzo come elemento concorrenziale.....	27
Il tempo della cessione della proprietà.....	28
La soluzione convenzionale.....	28
La PA valorizza la concessione imponendo la trasparenza	30
Le nuove regole della negoziazione	33

IL PPP DESIGNER

Chi si accosta ad una operazione di Partenariato Pubblico-Privato (PPP)¹ da qualsiasi fronte, sia da parte della PA che degli aspiranti concessionari come dei finanziatori o come consulente di questi *players*, ha la coscienza che guarda il fenomeno solo da uno specifico angolo visuale. L'oggetto di queste pagine è facilitare la consapevolezza di quale siano le regole del gioco valide per tutti e quali siano alcuni accorgimenti minimi, ma *macro* per importanza, per farlo funzionare meglio senza far perdere nessuno. Si delinea, a questo punto, una nuova professionalità: il PPP *Designer*. Costui è il conoscitore delle regole, che si relaziona con la PA, posizionandosi sulle sue caratteristiche, con un'azione di *coaching/mentoring* per farla crescere, focalizzando i reali obiettivi, indicando le numerose soluzioni possibili e adattandole al caso specifico. In questo contesto si è scelto di non spingersi nel dettaglio degli elementi del contratto o del piano economico-finanziario (PEF) o del progetto tecnico, quanto piuttosto di ottimizzare il processo di negoziazione² che porterà alla valorizzazione della *partnership* con il privato. Si ritiene, inoltre, che la materia abbia raggiunto un livello di maturità tale da potersi considerare autonoma come diritto della Finanza di Progetto³, nell'ambito del diritto Amministrativo; la ragione di questa "incardinatura" risiede nell'evidenza che la materia non può che far perno sulla discrezionalità amministrativa⁴, essa costituisce il "carattere" specifico di ciascuna PA. Il diritto della Finanza di Progetto è trasversale ai diritti⁵ ed aperto agli altri saperi con particolare

¹ Sul Partenariato Pubblico-Privato: EUROPEAN COMMISSION-DG Regional Policy, *Guidelines for successful public-private partnership*, March 2003; HM TREASURY UK, *PFI: meeting the investment challenge*, July 2003; HM TREASURY UK, *PFI: strengthening long-term partnerships*, March 2006; RENDA A. e SHREFLER L., *Public-Private Partnership, Models and Trends in the European Unions*, DG Internal Policies, February 2006.

² FRACCHIA F., *Finanza di progetto: i profili di diritto amministrativo*, in *Project financing e opere pubbliche*, Egea, Milano, 2004, l'A. ha individuato l'innovativa portata negoziale, di relazione tra PA e Privati, del procedimento con il promotore, definendola "operazione amministrativa"; si veda anche CLARICH M., *Gli aspetti giuridici del project financing nelle pubbliche amministrazioni*, Prima conferenza della finanza di progetto nelle pubbliche amministrazioni, Roma 22 giugno 2005.

³ Tra gli altri vedi i manuali: BALDI M. e DE MARZO G., *Il Project Financing nei lavori pubblici*, Ipsos, II ed., 2004; AA.VV. *"Il Project Financing nel codice dei contratti*, a cura di Mariani, Menaldi & Associati, Giappichelli, Torino, 2007; FIDONE G., *Aspetti giuridici della Finanza di Progetto*, LUISS University Press, Roma, 2006.

⁴ GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, II ed., pp. 483 e ss. .

⁵ Indispensabile nella negoziazione tra PA e privati la consapevolezza e l'analisi prettamente privatistica della finanza di progetto, si veda in: IUDICA G., *Finanza di progetto: la prospettiva del diritto civile*, in *Project Financing e opere pubbliche*, a cura di G. F. Ferrari e F. Fracchia, Egea, Milano 2004; TULLIO A., *La finanza di progetto: profili civilistici*, Giuffrè, Milano, 2003; CARRIERE P., *Project financing-Profilo di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Cedam, Padova, 1999; RICCHI M., *Project Financing e Floating Charge: garanzie per i finanziatori, pignoramento di beni a consistenza variabile e spossessamento cooperativo*, in *Economia e Diritto del Terziario*, n.1, 2005.

riguardo all'economia, attraverso l'analisi economica del diritto⁶, alla finanza, alla contabilità pubblica⁷ e alla teoria dei giochi⁸, caratterizzandosi di volta in volta nel settore in cui è applicato (concessioni autostradali, ospedali, riqualificazione urbana, *housing* sociale, terzo settore⁹, innovazione scientifica, *etc.*).¹⁰

IL CONTESTO REGOLATORIO

Il PPP è una strategia politica per erogare servizi ai cittadini ad un costo conveniente. Il mercato del PPP è alla rinfusa perché convive con quello degli appalti senza una vera autorità regolamentare, infatti l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP) non ha poteri regolatori ma, appunto, solo di vigilanza e di controllo volti a garantire la legalità formale e l'efficienza/efficacia dell'azione amministrativa¹¹. Il PPP intercetta gli altri mercati quando si occupa di infrastrutture che generano servizi dove sono coinvolte le Autorità indipendenti¹², come quella energetica (elettricità e gas) e della comunicazione, e, limitatamente agli aspetti

⁶ CASSESE S., *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 2006, n. 3, pp. 597 e ss.. L'Autore sollecita gli operatori del diritto amministrativo ad abbandonare le interpretazioni formalistiche, accogliendo i saperi suggeriti da altre discipline in particolare dall'analisi economica. Il destinatario del richiamo, e qui si compie un'appropriazione interpretativa, si ritiene sia anche la PA, la cui azione stà al centro della disciplina amministrativa. La PA è chiamata ad innovare l'esercizio la propria discrezionalità per agire nelle relazioni (*rectius*: negoziazioni) con i privati in modo tale da assicurare alla collettività i guadagni contendibili. Non si possono acquisire dei vantaggi in una negoziazione se si interpretano le norme del proprio agire solo in termini difensivi, finalizzate ad evitare i possibili rilievi di completezza formale degli organi di controllo. Si veda MERCURO N. e MEDEMA G.S., *Economics and the Law*, Princeton University Press, 1997, III ed., il testo offre una ampia ed esaustiva rassegna delle principali scuole di Economics and Law che si sono succedute dalla loro nascita sino ai giorni nostri.

⁷ Vedi Unità Tecnica Finanza di Progetto, *Partenariato Pubblico – Privato per la realizzazione di opere pubbliche: impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico- Decisione EUROSTAT 11 Febbraio 2004 Treatment of public-private partnerships*, 2004; Ordine Ingegneri della Provincia di Roma, *Il PPP e il patto di stabilità europeo*, a cura di A. Germani, 2006. Entrambi i documenti, sul sito www.utfp.it, analizzano la decisione Eurostat dell'11/2/2004 e indicano i rischi da trasferirsi al privato per evitare l'imputazione sul debito pubblico; in particolare oltre al rischio costruzione deve potersi trasferire alternativamente o il rischio domanda o il rischio disponibilità. Si precisa, ad ogni modo, che non è sufficiente un trasferimento dei rischi formale ma è decisivo il trasferimento sostanziale. La PA una volta operata la scelta di volere l'effetto *off balance* deve perseguirlo attraverso l'inserimento di appropriate norme contrattuali che condizionino l'efficacia dell'affidamento della concessione al trasferimento dei rischi per tutta la durata del rapporto.

⁸ BAIRD D.G., GERTNER R.H. and PICKER R.C., *Game theory and the Law*, Harvard University Press, 1994. Il testo assicura non solo un'agibile comprensione della teoria dei giochi ma, soprattutto, ne offre un'applicazione all'analisi della legge ed è d'ausilio nella redazione contrattuale o in quella normativa con finalità regolatorie.

⁹ MICHARA P., *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore. Considerazioni sulle procedure selettive a concorrenza limitata nell'ambito dei rapporti a collaborazione necessaria*, I.E.R.I., Roma 2005.

¹⁰ Nel prosieguo della trattazione si farà riferimento in modo fungibile ad operazioni e procedimenti di finanza di progetto o di PPP in relazione agli artt. 152 e ss. del Codice, con l'avvertenza che le indicazioni sono applicabili anche ad altri procedimenti normativamente disciplinati o a formazione libera; anche il riferimento ai contratti di PPP e di concessione è da considerarsi equivalente.

¹¹ Così MERUSI F. e PASSARO M., *Voce: Autorità indipendenti*, in Enciclopedia del Diritto.

¹² ASTRID, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, a cura di De Vincenti D. e Vigneri A., Bologna, il Mulino, 2006; CLARICH M. *Autorità Indipendenti*, Bologna, il Mulino 2005; MERUSI F. e PASSARO M., *Le autorità indipendenti*, Bologna, il Mulino, 2003.

tariffari, quando realizza operazioni nel settore idrico, dei trasporti e ambientale, dove emerge una frammentazione della competenza regolatoria unita alla mancanza di effettiva terzietà¹³. Per queste considerazioni il soggetto decisore, la PA, è centrale riguardo al mercato complessivo del PPP non solo perchè presiede le regole della sua costituzione ma anche perché incarna il ruolo di *player*, quello dal lato della domanda. Questa forte autonomia della PA rende il mercato del PPP: a) diffuso e parcellizzato, perché ogni soggetto pubblico costituisce il suo mercato per ciascun prodotto di PPP che vuole acquisire; b) arretrato perché tutte le numerose PA (Amministrazioni Centrali, Regioni, Comuni, ASL, Comunità montane, SpA pubbliche, etc.) agiscono nella regolazione in modo indipendente e con scarsa competenza, nonostante sia un mercato che muove notevoli volumi finanziari e interessi praticamente tutta la popolazione nazionale¹⁴. La generazione del mercato delle concessioni o del partenariato pubblico-privato è una prerogativa forte della PA¹⁵ che deve stabilirne il perimetro e i requisiti di accesso dell'offerta: inoltre, deve supplire nella singola operazione di PPP alla timida presenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)¹⁶ con la consapevolezza che i principali problemi (collusione e restrizioni di accesso) che si deve porre nell'organizzare l'affidamento di una concessione sono i medesimi che si pone il regolatore *antitrust*¹⁷.

La PA può agire nel mercato per centrare i propri obiettivi di interesse pubblico da una posizione di vantaggio, ma nei fatti non raccoglie l'opportunità che le regole del suo agire (diritto amministrativo) gli consentono¹⁸. La PA sul piano formale non si nega l'utilizzo di procedimenti nuovi per raggiungere l'interesse pubblico, vedi l'evoluto Codice dei Contratti

¹³ SEBASTIANI M., *Perché (e come) un'Autorità per i trasporti in Italia*, in Workshop: Le Autorità indipendenti e l'Autorità di regolazione dei trasporti - Università di Roma "Tor Vergata", 12 e 13 febbraio 2007.

¹⁴ Il mercato del PPP e i relativi procedimenti di aggiudicazione non conoscono battute d'arresto, vedi comunicato stampa Osservatorio Nazionale sul Project Financing (www.infopieffe.it) del 2 maggio 2006: "le gare con queste procedure rappresentano alla fine del 2005 circa un quarto del valore della spesa appaltata nell'anno (9.511 milioni di euro su 38.148)".

¹⁵ L'analisi di come si crei un mercato delle concessioni sui beni pubblici nelle operazioni di PPP in BAGELLA M. e LO CICERO M., *Note sulla produzione ed il finanziamento dei beni semipubblici: finanza di progetto e partenariato pubblico-privato come strumenti di politica economica*, in *Economia e Diritto del Terziario, Finanza di Progetto problemi e prospettive*, Francoangeli, n. 1, 2005; DE BETTIGNIES J.E. and ROSS T.W., *The economics of Public-Private Partnerships*, Canadian Public Policy-Analyse de Politiques, vol. xxx, n. 2, 2004. Suggerisce preziosi consigli di *policy* per l'infrastrutturazione italiana mediante schemi di PPP il Fondo Monetario Internazionale nel documento: "Italy: Selected Issues – Infrastructure Investment and PPP's - IMF Country Report" n.06/59, Washington, February 2006, cap. V, pp. 86-98, in <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2006/cr0659.pdf>.

¹⁶ Si veda l'intervento dell'AGCM con l'AVCP come attività di segnalazione e consultiva al Governo e ai due rami del Parlamento del 28 marzo 2006, pubblicata sul Bollettino n. 11 del 3 aprile 2006, con cui hanno formulato delle osservazioni in merito alle concessioni di lavori pubblici con riferimento alla misura dei lavori realizzati al di fuori delle procedure di gara a evidenza pubblica.

¹⁷ "Much of what we have said about auction design is no more than an application of standard antitrust theory" in KLEMPERER P., *What Really Matters in Auction Design*, Journal of Economic Perspectives, V. 16, N. 1, Winter 2002, p. 186.

¹⁸ MERUSI F. e SPATTINI G. C., *Voce: Economia (Intervento pubblico nell')*, Dizionario di Diritto Pubblico diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006.

Pubblici D.lgs. 163/06 (Codice), rappresentato dall'erogare servizi qualitativi ai cittadini, ma gli manca una capacità nuova di scegliere il procedimento più opportuno per selezionare il migliore fornitore¹⁹ e condizionare il processo di negoziazione, costituito dalle stesse procedure di affidamento, per completare i termini del contratto idoneo a soddisfare i bisogni della collettività²⁰.

Questa carenza si manifesta con particolare intensità nel carattere necessario per essere “negoziatore” abile per definire i termini del contratto di *partnership* in contraddittorio con il privato, interpretando al meglio i procedimenti di affidamento dei contratti che sono processi formalizzati di negoziazione con spazi di “manovra” più o meno ampi²¹. Nella contrattazione chi è più capace porta “a casa” il valore contendibile, *i.e.* la zona intermedia tra il prezzo massimo che l'acquirente è disposto a versare e il prezzo minimo che il venditore è disposto ad accettare. La preoccupazione attuale è che la PA, priva della cultura del negoziatore, abbia ceduto sulla sua linea, acquistando i servizi oltre i valori di convenienza e sotto gli *standard*, in altre parole firmando dei contratti che per periodi intergenerazionali depauperano il patrimonio pubblico, sia esso finanziario che di territorio o in beni. Sia chiaro, pertanto, che l'ineccepibilità del comportamento della PA nell'attuare un procedimento di selezione del *partner* e nell'avere utilizzato uno *standard* contrattuale²² collaudato, non la mette al riparo dal siglare relazioni per se soggioganti e/o vessatorie. La sfida della PA è identificare ed appropriarsi delle doti di negoziatore per agire nel mercato come *player* accorto tramite l'uso della discrezionalità amministrativa²³, ritenuta oramai per tanti anni, erroneamente, solo spazio di arbitrio.

L'uso consapevole della discrezionalità amministrativa, nelle operazioni in finanza di progetto o più in generale nel realizzare forme di PPP, genera valore per la PA²⁴. La discrezionalità

¹⁹ CAFAGNO M., *Lo Stato banditore - gare e servizi locali-*, Giuffrè, 2001. La tesi centrale dell'A. conduce a considerare le gare pubbliche per l'affidamento dei contratti di appalto o di concessione in un'ottica strategica e non meramente procedimentale.

²⁰ Cfr. OFFICE OF THE DEPUTY PRIME MINISTER UK, *Green Public Private Partnerships*, July 2002. Il documento è emblematico di come la PA possa con un'accurata condotta di gara realizzare un progetto con caratteristiche ambientali pregiate senza conoscere compiutamente *ex ante* i termini dei prodotti esistenti sul mercato e le metodologie progettuali e costruttive a basso impatto ambientale.

²¹ La possibilità di modificare la proposta che sarà posta a base di gara nelle fasi successive è esplicitata nell'art. 155, 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”. Questa opportunità è consentita alla PA con maggiore incisività anche nei procedimenti negoziati, nel dialogo competitivo e nei procedimenti a formazione libera con regole aperte alla negoziazione.

²² Un esempio di standard contrattuale di una concessione in FINLOMBARDA, *Osservatorio Finlombarda sul project finance in sanità. Un possibile schema di contratto di concessione di un ospedale*, V edizione, 2006.

²³ GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Concetto e problemi, Milano, 1939, pp. 72 e ss. .

²⁴ MERUSI F., *Certezza e rischio nella Finanza di Progetto delle Opere Pubbliche*, in Finanza di Progetto a cura di Morbidelli G., Giappichelli, Torino, 2004, p. 20. L'Autore evidenzia che, qualora non si chiedesse al mercato in regime di concorrenza di realizzare un'opera pubblica in finanza di progetto, si favorirebbero iniziative di tipo parassitario introducendo tra le spese dell'opera costi non necessari. Recenti ricerche condotte sui vantaggi del PPP in REGAN M.,

amministrativa presiede la scelta dei procedimenti per l'individuazione del *partner privato*, e caratterizza un negoziatore capace nel definire i termini di un rapporto, appunto di *partnership*, che deve durare a lungo come i contratti di concessione, siano essi di lavori che di servizi o misti²⁵; prevedendo regole non tanto per la risoluzione delle controversie, dove le parti si trovano in condizione di conflitto, quanto di adattamento condiviso agli scenari estremi siano essi migliori o peggiori rispetto alle posizioni di partenza alla firma del contratto. La discrezionalità deve operare in fase di programmazione quando la PA sceglie il procedimento di aggiudicazione adeguato allo specifico contratto individuato per realizzare quell'infrastruttura erogatrice di quei particolari servizi. La PA può scegliere procedure convenzionali per realizzare un'opera e poi darla in gestione (*unbundled*)²⁶, oppure può utilizzare il dialogo competitivo *ex art. 58 del Codice*²⁷, il procedimento con il Promotore *ex artt. 152 e ss del Codice*²⁸, una procedura a formazione libera²⁹, oppure una procedura aperta o ristretta per aggiudicare un contratto di concessione³⁰, infine selezionare uno tra i metodi di pesatura dell'offerta economicamente più vantaggiosa come l'aggregativo compensatore, l'*electre*, AHP, TOPSIS e le loro varianti e gli infiniti metodi multiobiettivi concepibili *ex all. B del DPR*

Public Private Partnerships: do they add value to infrastructure procurement ?, Australian Centre for Public Infrastructure, 2005; POSHMANN F., *Private Means to Public Ends: The future of Public-Private Partnerships*, C.D. Howe Institute Commentary, 2003.

²⁵ Artt. 14 e 15 del Codice.

²⁶ BENTZ A., GROUT P.A. and HALONEN M.L., *Public-Private Partnerships: What Should the State Buy ?* Working paper 22 January 2003, Gli Autori dimostrano quali debbano essere le motivazioni razionali alla base della scelta della PA di utilizzare il contratto di appalto tradizionale, a cui far seguire la gestione diretta, o il contratto di concessione per erogare servizi alla collettività; se i costi per efficientare l'asset erogatore di servizi sono bassi allora è opportuno utilizzare la concessione, viceversa l'appalto.

²⁷ Le prime riflessioni sul dialogo competitivo in: FRACCHIA F. e CARROZZA L., *“Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE”*, 2004, in www.giustamm.it; SAMBRI S., *Il dialogo competitivo: ambito di applicazione e portata innovativa nel sistema normativo degli appalti pubblici*, Convegno IGI, 13 luglio 2004; PALLOTTINO M., *La concessione nelle nuove direttive sugli appalti*, Convegno IGI 13 luglio 2004; CLARICH M., *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, Seminario Comitato 4P, Roma 27 settembre 2005; CORI R. e DI PAOLO G., *“Prime riflessioni sul Dialogo Competitivo ai sensi della direttiva 2004/18/CE”*, 2005, sito www.utfp.it/docs/documenti/dialogo_competitivo.pdf.

²⁸ Nella giurisprudenza si sta consolidando l'interpretazione di come il procedimento *ex artt. 152 e ss. del Codice* sia un processo sostanzialmente unitario volto all'affidamento della concessione, anche se articolato in due fasi distinte, nella prima la PA gode di ampia discrezionalità amministrativa per la scelta del promotore: Consiglio di Stato, Sentenza 20 ottobre 2004, n. 6847; Tar Puglia, Sentenza 5 aprile 2006, n. 1117.

²⁹ Per una analisi dei procedimenti a “formazione libera” vedi RICCHI M., *PF, anche la concessione di servizi è fuori dal modello della Merloni*, Edilizia e Territorio, n. 10, pp. 37 e ss., 2004. Il tasso di concorrenza, che deve considerarsi prima di disegnare una gara, permette di modificare i termini contrattuali nei procedimenti con spazi di negoziazione.

³⁰ Nei contratti di concessione aggiudicati con procedura aperta o ristretta (art. 144, comma 1 del Codice) non c'è spazio rilevante per la negoziazione che permette di far emergere valori “latenti” da poter spartire tra pubblico e privato. La licitazione spinge verso un appiattimento con l'aggiudicazione del contratto di appalto, infatti, vince solo chi in definitiva fa l'offerta più bassa, sia che si sostanzi in un minor contributo pubblico, una minore durata della gestione, una maggiore valore dei lavori, etc. . Il valore del contratto di concessione, nel caso della licitazione, dipende dalla distribuzione di rischi tra le parti autodeterminata dalla stessa PA; infatti, il contratto è imposto al mercato senza che questo possa contribuire a valorizzarlo secondo la propria ottica, che certamente è molto più capace poiché è naturalmente *business-oriented*. In linea generale la licitazione per l'affidamento di contratti di concessione è, pertanto, appropriata per investimenti medio piccoli (> 3 > investimenti > 8 Milioni di €), con tecniche costruttive consolidate e servizi facilmente standardizzabili.

554/99 (Regolamento). L'arsenale contrattuale è ampio e, attingendo alla nomenclatura del Libro Verde sul PPP³¹, si suddivide nel PPP istituzionale e in quello contrattuale³². Nel primo troviamo disciplinati i contratti associativi come le società a partecipazione pubblica di maggioranza e di minoranza con una regolamentazione dedicata alle STU, nel secondo la lista comprende la concessione di lavori e la concessione di servizi e, a particolari condizioni, i contratti misti, il contratto di *leasing*³³ e il contratto di sponsorizzazione. Inoltre, la PA si deve spingere nella definizione e nella scrittura delle infinite clausole contrattuali, compreso il necessario impianto per mantenere la tensione contrattuale con elevati *standard* gestionali, i controlli effettivi, le penali ad applicazione automatica, l'eliminazione di possibili sacche di rendite monopolistiche in costanza di rapporto, etc. . La serie di opzioni che si aprono deve essere risolta mediante la rivitalizzazione della discrezionalità amministrativa, essendo chiaro che ciascun processo porta a differenti qualità di ciò che la PA acquista nel mercato del PPP.

LA COMPETENZA DELLA PA

L'esercizio della discrezionalità amministrativa è condizionato dalla competenza della stessa PA³⁴. Uno dei temi cruciali per la riuscita di operazioni complesse collegato alla competenza è il divario di conoscenze tra la PA e le controparti private sul tema della finanza di progetto³⁵. 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. Lo scenario denegato del fallimento della società di progetto, determinata dall'affidamento di una proposta non credibile,

³¹ Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, Commissione CE, 30 aprile 2004.

³² Una studio per rispondere a questa alternativa in BARDELLI L., FIORILLO F. e POLIDORI P., *Public production, concession or institutional Public Private Partnership in public utilities provision*, preliminary draft, Conferenza annuale Società Italiana di Economia (SIEP), Pavia 14-15 settembre 2006.

³³ Il *leasing* per la realizzazione di opere pubbliche è stato introdotto dalla legge Finanziaria 2007, n. 296/2006, art. 1, commi nn. 907-908 e 912-914.

³⁴ Cfr. Unità Tecnica Finanza di Progetto - UFP -, *10 Temi per migliorare il ricorso alla finanza di progetto*, 2005, pp. 11 e ss., nel sito www.utfp.it, dove la competenza della PA viene indicata come fattore determinante per superare le asimmetrie informative e generare valore per i beni e servizi che si vogliono acquisire sul mercato.

³⁵ In un'ottica economica la competenza della PA consente di rendere il mercato delle concessioni in condizioni di perfetta trasparenza informativa tale da permettergli di raggiungere l'equilibrio di efficienza paretiana; ovvero sia la combinazione dei fattori di produzione verrà impiegata nell'erogazione di beni e servizi in modo tale che generi il migliore livello di benessere sociale. Una efficace sintesi del concetto di efficienza paretiana in MERCURO N. e MEDEMA G.S., *Op. cit.*, pp. 13 e ss. .

comporta per la PA l'integrale corresponsione al curatore fallimentare del valore dell'investimento a titolo di arricchimento senza causa *ex art. 2041* del codice civile. La competenza è il più forte strumento di mitigazione dai rischi di insuccesso a disposizione della PA, per questo motivo la PA deve incoraggiare la sua accumulazione mediante:

- a) la formazione (corsi di formazione) del proprio personale interno;
- b) facendo ricorso alle consulenze esterne per coprire specifiche carenze giuridiche, tecniche ed economico-finanziarie, assicurandosi che i consulenti abbiano operazioni effettive in *curriculum*, ma sempre nell'ottica di una formazione *in itinere* evitando le consulenze "a chiamata". Ci si deve garantire la presenza del consulente in modo da stabilire un circuito di formazione-informazione che, attraverso una continua relazione, elevi le capacità di orientamento alle soluzioni del personale interno;
- c) la necessaria segregazione delle competenze mediante la costituzione di un *team* dedicato, ciò ne permette la responsabilizzazione, la focalizzazione sull'obiettivo e la potenziale messa a disposizione dell'esperienza per un altro progetto;
- d) la motivazione del *team* mediante incentivi. Per analogia si può notare come l'art. 92, comma 5 del Codice riconosca per la progettazione interna degli incentivi economici fino al 2% del valore dell'investimento al gruppo di lavoro che vi abbia partecipato e in misura differenziata tra i componenti in relazione allo specifico apporto. E' facile considerare come la progettazione di un'operazione in finanza di progetto sia questione con risvolti economici e di responsabilità molto più ampi di un progetto costruttivo in senso stretto e perciò *a fortiori* gli incentivi devono essere riconosciuti.

La strutturazione dell'incentivo dovrà prevedere due fasi, nella prima la PA deve stanziare un *budget* nel proprio bilancio per la formazione interna, per i consulenti e per gli incentivi al *team* dell'operazione sino alla dichiarazione di pubblico interesse della proposta nel procedimento *ex artt. 152 e ss* del Codice; tali incentivi dovranno essere corrisposti nel caso in cui non si individui l'affidatario del contratto per mancata presentazione di proposte o per proposte non all'altezza. Una seconda fase, invece, con la previsione di un *budget* di successo, comprensivo degli esborsi della prima fase, dove sia remunerata l'attività sino alla firma del contratto. La PA dovrà comunicare, nell'avviso indicativo³⁶ *ex art. 153, comma 3* del Codice, l'obbligo del futuro concessionario di rimborsare tale somma alla firma del contratto e di rappresentarla nel PEF. In caso di aggiudicazione del contratto la PA verrà rimborsata anche degli oneri per la formazione-consulenza sostenuti durante la prima fase.

³⁶ Vedi *infra* il capitolo "La centralità dell'avviso indicativo".

L'incentivo così strutturato spinge il *team* a lavorare sin da principio nell'ottica di agire con attenzione, mitigando ogni tipo di rischio per proporre al mercato una operazione di PPP credibile.

LA PA MUOVE COMPATTA E D'ANTICIPO

La PA deve muoversi unita e compatta in una operazione di finanza di progetto perché non può permettersi "sdoppiamenti" che potrebbero pregiudicare per il fattore tempo le previsioni del PEF ma anche la riuscita stessa dell'operazione. L'integrazione verticale della PA è particolarmente necessaria per esempio tra Amministrazione Centrale/Regione/Provincia - Ente locale/ASL e si può ottenere mediante la stipula di un accordo di programma *ex art. 34 del TUEL D.lgs. 267/2000*. L'accordo di programma può essere sottoscritto senza che ci sia uno studio di fattibilità e, dunque, prima che sia stato redatto il programma triennale delle OO.PP di un'amministrazione, in modo da ottenere:

- a) l'effetto dell'intesa per la localizzazione dell'opera e di variazione degli strumenti urbanistici. In passato la mancata localizzazione costituiva uno dei più ricorrenti casi di mortalità dei procedimenti *ex artt. 152 e ss. del Codice*;
- b) l'effetto di condizionare i finanziamenti o le autorizzazioni dell'ente sovraordinato, - che sovente presiede la programmazione di quel particolare settore e, dunque, costringendo le due PA a mettere sintonia tra programmazione ed esecuzione-, all'affidamento di progetti che hanno delle caratteristiche predefinite *agreeable*.

La PA non solo deve operare una integrazione di corpo, quando concorrono delle co-interessenze nella realizzazione di un particolare progetto, ma anche di volontà. Il rischio di cui stiamo parlando è quello legato ai pareri, autorizzazioni, nulla osta comunque denominati che devono essere rilasciati da quegli enti della PA che presiedono la tutela, non tanto del progetto in se e per se, quanto di interessi pubblici specifici come quello ambientale, paesaggistico-territoriale, storico-artistico, della salute e della pubblica incolumità. La PA, che si esprime sulla conformità del progetto a questi differenti interessi con delle prescrizioni in momenti successivi alla pubblicazione dell'avviso *ex art. 153, comma 3 del Codice*, rischia di far saltare il PEF di ogni proposta e, dunque, il "banco" della finanza di progetto. Le prescrizioni onerose che intervengono successivamente alla presentazione delle proposte o che modificano il *lay-out* progettuale rendono insensato il procedimento rivolto all'individuazione del miglior progetto, falsando, in particolari circostanze, la concorrenza. E' di tutta evidenza che le prescrizioni degli Enti a presidio degli interessi costituzionalmente garantiti, impattando sul progetto nel suo

complesso, possono rendere *nonsense* i documenti (PEF, contratto e progetto) prodotti sino a quel momento. Vero è che una volta individuato il soggetto aggiudicatario, imporgli le nuove prescrizioni non dovrebbe costituire alterazione della concorrenza, perché qualunque concorrente alternativo, eventualmente selezionato, si troverebbe nelle medesime condizioni di dover modificare il progetto cercando un nuovo equilibrio al PEF, anche se la gara si svolgerebbe su un progetto non più desiderato. Identificata la criticità relativa alla volontà della PA che può essere manifestata “a rate”, la soluzione è giocare d’anticipo, ovvero far emergere, prima della chiamata del mercato mediante l’avviso, quale siano le prescrizioni che i concorrenti devono tenere a mente quando presentano le proposte. Lo strumento operativo per far emergere la volontà della PA in anticipo è la conferenza di servizi o, meglio, le conferenze di servizi³⁷:

- a) Conferenza di servizi preliminare *ex art. 14-bis* L. 241/90. Questa conferenza può essere attivata, in presenza di progetti complessi, solo sulla base di uno studio di fattibilità, quando ancora il programma triennale o lo strumento di pianificatorio non sia stato ancora approvato. La finalità della conferenza di servizi preliminare è di verificare le condizioni a cui i diversi Enti, presidiando i vari interessi di rilievo costituzionale, condizionano il rilascio dei necessari atti di consenso. Le prescrizioni così ottenute dovranno essere comunicate al mercato nell’avviso di presentazione delle proposte in modo tale che i progetti presentati si conformino ad esse a pena di esclusione.
- b) Conferenza di servizi decisoria *ex art. 14-bis*, comma 5 della L. 241/90 e art. 9, comma 2 del Regolamento. Questa conferenza decisoria può essere convocata solo sulla base della progettazione preliminare e ha la finalità di ottenere tutti gli atti di assenso necessari al progetto. Tale conferenza dovrà essere attivata non appena dichiarata la proposta di pubblico interesse *ex art. 154* del Codice.
- c) Conferenza di servizi decisoria *ex art. 14-quinques*, comma 1 della L. 241/90 e art. 143, comma 10 del Codice. Questa conferenza decisoria può essere convocata sulla base di un progetto definitivo per cui il concessionario, che ha realizzato materialmente il progetto, ha titolo per presenziare senza diritto di voto.

La PA deve agire con una incalzante sequenza tra accordo di programma e conferenze di servizi³⁸ per far emergere la sua volontà in anticipo rispetto alla presentazione delle proposte e stabilire il perimetro del progetto una volta per tutte, evitando che le prescrizioni dettate in tempi successivi falsino il processo di definizione dell’operazione e la gara tra i concorrenti.

³⁷ COMPORTI G. D., *Voce: Conferenza di servizi*, Dizionario di Diritto Pubblico diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006.

³⁸ COMPORTI G. D., *Il collegamento infrastrutturale*, Milano, Giuffrè, 1996.

I FINANZIATORI SONO I MIGLIORI ALLEATI DELLA PA

Nella lunga fase di negoziazione, che caratterizza il procedimento *ex artt.* 152 e ss. del Codice, PA e Privati si fronteggiano ciascuno con il proprio *set* di informazioni; più propriamente la PA è alla continua ricerca di come stiano veramente le cose in casa del privato, se, cioè la sua proposta abbia una credibilità e abbia la possibilità di sostenersi per tutta la vita contrattuale. La ricerca della verità per la PA trova un alleato prezioso nei finanziatori del progetto, i quali si trovano in campo avverso con la possibilità di condizionare il progetto in termini di seria fattibilità; infatti, sia la PA che i finanziatori hanno l'interesse condiviso che si definisca un progetto agevolmente bancabile e, dunque, in ultima analisi tale che possa concretamente essere realizzato. I finanziatori sono i *watchdog* professionali della PA senza, inoltre, che da questa vengano direttamente retribuiti.

Ci sono due modi per assicurarsi questi alleati in modo da elevare la qualità del proposta a seconda si opti per un intervento *light* o più radicale:

- 1) Nel primo caso l'asseverazione³⁹ del PEF, richiesta dall'art. 153, comma 1 del Codice è rilasciata da soggetti qualificati⁴⁰ solo in fase di presentazione delle proposte. La particolarità del procedimento *ex artt.* 152 e ss. del Codice, nelle diverse fasi in cui è scandito, fa sì che la proposta possa essere modificata sia prima della dichiarazione di pubblico interesse, che durante la procedura ristretta come a seguito dei rilanci nella fase negoziata e, infine, in caso di esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore con l'appropriazione della proposta del soggetto provvisoriamente aggiudicatario. Il Codice, 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 dovrebbe imporre, indicandolo nell'avviso, che anche l'aggiudicatario del contratto dovrà presentare una nuova asseverazione in caso di variazioni del PEF rispetto alla sua proposta originaria. In questo modo verrebbe attivato, almeno per le opere di maggiore rilevanza, il soggetto asseveratore a supporto dei privati e a garanzia della stessa amministrazione sul contratto effettivamente assegnato.

³⁹ L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici si è espressa sui contenuti dell'asseverazione con gli atti di regolazione nn. 34/2000 e 14/2001.

⁴⁰ Art. 153, comma 1 del Codice: "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,".

- 2) Nel secondo caso, più radicale, la PA impone, sempre nell'avviso, di subordinare la sottoscrizione del contratto, che attui forme di PPP, alla presentazione del contratto di finanziamento, pena la revoca della concessione e l'incameramento della cauzione provvisoria. L'effetto di questa previsione dovrebbe indurre gli aspiranti concessionari a prendere come compagni di procedimento gli istituti finanziatori. Gli istituti finanziatori, in tal modo, condizioneranno la proposta in ogni fase, innalzandone il livello qualitativo fin dalle prime battute e saranno i garanti che ogni rilancio in fase di gara sia effettivamente sostenibile e non una tattica predatoria. La condizione di pretendere il *financial closing* alla sottoscrizione del contratto di concessione persegue il primario interesse pubblico di garantire la PA che, una volta individuato il concessionario e sottoscritto il contratto, il progetto si realizzi nel tempo così come concordato.

LA CENTRALITÀ DELL'AVVISO INDICATIVO

L'avviso di cui all'art. 153, comma 3 del Codice è la prima mossa con cui la PA, all'interno del mercato del PPP, imposta la negoziazione con il privato per definire i termini del contratto di partenariato che soddisfano l'interesse pubblico. L'obbligatorietà dell'avviso nel procedimento con il promotore è intervenuta con la riforma della legge quadro sui lavori pubblici ad opera del D.lgs. 166/02 e per effetto del procedimento di infrazione da parte della Commissione⁴¹, che ha imposto due contenuti essenziali recepiti con legge comunitaria 62/2005: a) l'indicazione degli elementi in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte⁴²; b) l'indicazione che il promotore sarà dotato del diritto di prelazione. Le ragioni di questo editto comunitario sono da individuare nel fatto che la posta in gioco, in fase di individuazione della proposta di pubblico interesse, non solo è il vantaggio competitivo di avere un progetto gradito alla PA, ma, soprattutto, è quello collegato alla titolarità del diritto di prelazione. La Commissione ha imposto, dunque, la contendibilità del diritto di prelazione.

Una volta che l'avviso è stato "istituzionalizzato" è necessario sfruttarne appieno le sue potenzialità, oltre i contenuti imposti dalla Commissione e recepiti nell'art. 153, comma 3 del Codice di cui abbiamo detto e a quelli obbligatori *per relationem* elencati nel primo comma dello stesso articolo, che riguardano la comunicazione al mercato: a) del tempo di presentazione delle proposte (30 giugno e 31 dicembre solo in caso di mancata presentazione

⁴¹ Commissione Europea, procedura di infrazione n. 2182/ 2001 *ex art.* 226 del Trattato CE.

⁴² FIDONE G. F., *Finanza di Progetto. La valutazione della proposta e la scelta del promotore*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, Fascic. 2, 2006, pp. 79 e ss. .

di proposte alla prima data); b) del contenuto delle proposte (studio di inquadramento territoriale ed ambientale, studio di fattibilità, progetto preliminare, bozza di convenzione, PEF asseverato, specificazione del servizio e della gestione, indicazione degli elementi letteralmente senza pesi e misure in base ai quali possono essere valutate le proposte, indicazione delle garanzie offerte alla PA, importo delle spese sostenute per la presentazione della proposta con il *cap* del 2,5% sul valore dell'investimento comprensive del valore per la cessione dei diritti sulle opere di ingegno).

Alla luce di quanto detto l'avviso indicativo deve contenere alcuni elementi desumibili dallo studio di fattibilità⁴³ (SdF), e, soprattutto, deve comunicare gli elementi imprescindibili per la PA di cui devono tener conto gli aspiranti promotori nella redazione della proposta. A solo titolo esemplificativo:

1. il valore massimo del contributo pubblico
2. le condizioni di erogazione del contributo pubblico
3. la tipologia del contributo pubblico finanziario, in cessione dei diritti o in garanzia
4. il valore massimo del canone che corrisponde la PA al concessionario nel caso di opere fredde
5. il valore minimo del canone di sfruttamento di diritto che il concessionario corrisponde alla PA
6. le varianti al PRG ammissibile sia relativamente all'opera pubblica che al contributo pubblico in cessione di diritti
7. la tipologia obbligatoria dei servizi da erogare
8. lo *standard* minimo dei servizi che l'opera deve erogare
9. le alternative di localizzazione all'interno di una specifica area
10. le regole di trasparenza di come deve essere presentato il PEF, il conto economico e lo stato patrimoniale con riferimento ai supporti informatici che devono permettere la lettura in chiaro delle schede collegate e delle regole di collegamento

⁴³ L'art. 128, comma 1 del Codice 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.". Una delle maggiori criticità per la PA nel PPP, proprio per l'importanza degli SdF, é la mancanza di previsioni normative con riguardo ai suoi contenuti necessari, dal momento che nel Codice non sono presenti indicazioni esaustive e di maggiore dettaglio di quelle espresse nell'art. 128, che in ogni caso non sono tarate espressamente sulle opere da realizzarsi con il coinvolgimento di capitali privati. Per una analisi critica degli SdF e soluzioni migliorative vedi Unità Tecnica Finanza di Progetto, "10 Temi per migliorare il ricorso alla finanza di progetto", 2005, pp. 5 e ss., nel sito www.utfp.it.

11. le regole o prospetti di come deve essere rappresentato il costo relativo all'investimento e il costo di tutti i servizi offerti per evitare indistinti e oscuri valori non valutabili e non comparabili
12. le prescrizioni emerse a seguito della conferenza dei servizi preliminare
13. l'eventuale partecipazione della PA al capitale della concessionaria con funzioni di controllo e di garanzia
14. i documenti programmatori della PA sull'argomento (energetici, rifiuti, sanità, etc.) ed eventuali accordi di programma che supportano l'iniziativa
15. la clausola GRC⁴⁴
16. l'imposizione di presentare una completa matrice dei rischi associata all'articolo del contratto dove è previsto l'accollo del rischio (PA, privato o condiviso e con quale regola)
17. l'obbligo di rimborsare la PA degli incentivi di successo e di rappresentarli nel PEF⁴⁵
18. etc. .

Si ritiene che non tutto debba esplicitarsi nell'avviso, quanto piuttosto sia necessario un rimando alle linee guida redatte dalla PA; queste linee guida devono indicare quale siano gli elementi da rispettare a pena di esclusione e quelli solamente consigliati.

Questo *modus operandi* consente alla PA di ottenere non solo una risposta progettuale coerente con i propri *desiderata* 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'avviso direttamente o nelle linee guida a cui l'avviso rimanda ⁴⁶.

Inoltre, la PA nell'avviso dovrà opportunamente rinviare al proprio SdF obbligatorio, senza il quale non può avere inserito l'opera nella sua programmazione⁴⁷, con particolare riguardo a quelle informazioni di contenuto tecnico ed economico, riducendo diseconomie asimmetrie informative, e sollecitando le proposte, contenenti ciascuna il proprio SdF di progetto, in linea

⁴⁴ Vedi *infra* il capitolo "La PA sfrutta il diritto di prelazione".

⁴⁵ Vedi *supra* il capitolo "La competenza della PA".

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Uno dei fondamentali atti di "approntamento" della PA alla disciplina del PPP è la redazione di uno studio di fattibilità per l'inserimento dell'opera negli strumenti programmatori; la mancanza dello SdF è sanzionata con la nullità del procedimento, così Consiglio di Stato, sez. V, Sentenza 23 ottobre 2002, n. 5824.

con i riscontri della PA⁴⁸, oppure consentendo ai privati di discostarsene motivatamente; diversamente si avrebbe l'indesiderabile effetto di un mercato che sottopone alla PA proposte non fattibili o lontane dal soddisfare il pubblico interesse se non a costo di onerose negoziazioni.

LA PA “SFRUTTA”⁴⁹ IL DIRITTO DI PRELAZIONE⁵⁰

Nell'attuale procedura *ex artt.* 152 e ss. del Codice, la probabilità che il promotore eserciti il diritto di prelazione limita fortemente la propensione delle imprese a partecipare al rischio-opportunità offerto dalla gara⁵¹, tenuto conto della complessità del procedimento e dei conseguenti costi di partecipazione. Poiché, difatti il promotore ha la piena facoltà di scegliere l'indennizzo di legge o di esercitare, in alternativa, il diritto di prelazione e rivendicare a sé l'aggiudicazione della gara adeguando la propria offerta a quella del concorrente vincente, quest'ultimo è consapevole che le proprie sorti dipendono da una scelta indipendente dalla propria attività. Inoltre, i concorrenti non vengono indennizzati per lo sforzo competitivo per i miglioramenti e gli eventuali vantaggi quali-quantitativi apportati ai contratti di concessione dalla propria partecipazione alla gara, quando gli venga sottratta l'aggiudicazione per l'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore.

Una modalità che consente di tutelare una concorrenza “qualificata” nell'attuale contesto normativo è pertanto rappresentata dall'inserimento di una clausola condizionata e parametrata al singolo progetto, che consenta un indennizzo per l'aggiudicatario a danno del quale venga

⁴⁸ 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.

⁴⁹ La gara, che deve valorizzare la concessione, non può essere lasciata al caso ma ogni volta deve essere preventivamente programmata e disegnata in modo da raggiungere gli obiettivi di efficienza che la PA si è data, a questo proposito vedi: KLEMPERER P., *Op.cit.*, pp. 169-189; KLEMPERER P., *Bidding Markets*, UK Competition Commission, June 2005.

⁵⁰ Questo capitolo è tratto dal working paper di RICCHI M. e GEMINIANI L., *PPP, Finanza di Progetto e Diritto di Prelazione. Clausole negoziali a difesa dai rischi di limitazione della concorrenza.*, SIDE-ISLE Second Annual Conference Roma, LUISS, 20 e 21 ottobre 2006, disponibile su <http://www.side-isle.it/it/roma06/pdf/WPRicchi.pdf>.

⁵¹ Sull'analisi delle inefficienze prodotte dal diritto di prelazione si rinvia a: FIDONE G., *Un'applicazione di Analisi Economica del Diritto: la procedura per la scelta del Concessionario nel c.d. Project Financing*, SIDE working paper, 2005. Per la ricostruzione del rapporto che si instaura nelle operazioni di PPP tra parte pubblica e privata secondo il modello Principale vs. Agente, proprio dei contratti di agenzia, si veda: FIDONE G. e RAGANELLI B., *Il Partenariato Pubblico Privato per la realizzazione delle opere pubbliche tra incentivi ai privati e tutela della concorrenza*, SIDE-ISLE working paper, 2006.

esercitato il diritto di prelazione (di seguito “GRC” o Gain Redemption Clause⁵²). L’indennizzo⁵³ per il concorrente vincitore della gara, che si veda rifiutare l’aggiudicazione della concessione a seguito dell’esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore, verrà riconosciuto dall’Amministrazione se e in quanto definibile come quota-parte delle economie complessive prodottesi per effetto della maggior concorrenza determinata anche dalla sua partecipazione alla gara.

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 di massima rilevanza 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 definizione dei parametri quali-quantitativi e conseguente quantificazione delle misure di indennizzo e risparmio minimo per la PA, affinché scatti l’assegnazione, oltre all’eventuale estensione del beneficio al secondo concorrente della procedura ristretta; in tal modo si potranno modulare le diverse leve incentivanti in relazione agli obiettivi dell’amministrazione concedente per ottimizzare le opportunità e i margini negoziali dei progetti.

Le condizioni per l’applicazione della GRC risultano, pertanto, in linea generale:

- 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 la PA e superiore ad un valore predeterminato.

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 procedura ristretta e della successiva negoziazione hanno

⁵² *Gain Redemption Clause* sta ad indicare che con la previsione di indennizzi condizionati definiti ad *hoc* sui parametri di gara, si apre la possibilità di “riscattare” maggiori opportunità competitive per ottimizzare il rapporto costo-benefici del contratto di concessione cui la gara stessa è finalizzata.

⁵³ La necessità di una politica di incentivazione dei concorrenti nelle operazioni in finanza di progetto è presente con rilievo nel documento dell’ Unità Tecnica Finanza di Progetto - UFP -, *10 Temi per migliorare il ricorso alla finanza di progetto*, 2005 nel sito www.utfp.it/docs/documenti/10_Temi_PF.pdf, p. 22; così, con riferimento al procedimento con il promotore, anche PARADISI I., *Project financing e tutela della concorrenza: alcune considerazioni sul meccanismo di rimborso spese previsto dall’art. 32 quater, comma 5 della legge 109/1994 e ss. mm. ii.*, Opinioni e Confronti, Anno II, n. 3, 2005.

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 ad 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 strumento di conduzione di gara, che potrà essere determinato dalle singole Amministrazioni in relazione alle specifiche situazioni ed agli obiettivi predefiniti.

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 clausola 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 ad 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 ammessa al confronto in sede di procedura ristretta e vincere la gara in sede di negoziata, non subirà un danno netto, ma vedrà almeno più che 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 ed 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 artt. 154, comma 4 del Codice. La clausola, che verrà annunciata nell'avviso indicativo *ex art.* 153, comma 3 del Codice e inserita nel bando di licitazione *ex art.* 155, comma 1, lett. a) del Codice, copre un arco di attività riferibili alle fasi della procedura ristretta e negoziata.

In realtà la scelta di anticipare l'avvertimento della presenza della clausola GRC già nell'avviso o, solo successivamente, nel bando di procedura ristretta dovrebbe rispondere ad una logica strategica della PA; porla nell'avviso significa prefigurare al mercato la possibilità di avere due vere "opportunità" di ingresso nel procedimento (quella per gli aspiranti promotori e quella per gli aspiranti concessionari), allentando, così, la pressione nella fase di presentazione delle proposte. Inserirla nella fase di procedura ristretta, evitando l'informazione nell'avviso, significa spingere la competizione nella fase di valutazione delle proposte. Inserire la clausola GRC solo nella fase di procedura ristretta consente in questa fase, per la presenza di una proposta concreta, che la PA possa definire con esattezza i parametri di economia complessiva cui subordinare la compensazione. Qualora la clausola GRC sia posta nell'avviso di sollecitazione del mercato la PA può solo manifestare l'intenzione di utilizzarla e rinviarne l'esatta quantificazione al bando della procedura ristretta⁵⁴.

Quando i concorrenti presenteranno l'offerta in fase di procedura ristretta o, nel caso di decisione di distribuzione dei rilanci anche in fase negoziata, se la PA avrà "recuperato" grazie all'intervento di nuove proposte un corrispettivo economicamente misurabile e non inferiore al limite allo scopo prefissato, potrà scattare il meccanismo di assegnazione dell'indennizzo secondo i termini stabiliti per lo specifico progetto.

Si può osservare come tale clausola non consenta comportamenti collusivi sperimentabili da parte del promotore: infatti, quando il concorrente entra in competizione ha già deciso che offrirà un rilancio complessivo tale che gli assicuri il diritto alla eventuale compensazione e nessuna offerta collusiva del promotore può farlo retrocedere dal "guadagno" complessivo già assicurato alla PA e dalla possibilità di assicurarsi il contratto di concessione.

Punto di partenza è l'atto di regolazione n. 51/2001 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, che suggerisce di limitare la fase della licitazione privata, ora procedura ristretta, ex art. 154, comma 1, lett. a), ai miglioramenti di tipo quantitativo e rinviare la valutazione delle varianti progettuali in sede di negoziata, lett. b). Questa impostazione evita l'ovvio risvolto anticoncorrenziale che sortirebbero le varianti progettuali fatte emergere in fase di licitazione (ora procedura ristretta), 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.

⁵⁴ La modulazione della clausola, la definizione dei parametri cui ancorarla, la predeterminazione dei limiti cui prefissarla sono tutti elementi di valutazione tecnica che la PA dovrà considerare in maniera attenta e consapevole, e in modalità congiunta e non avulsa dall'intero procedimento di assegnazione.

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 o, alternativamente, dovrà rinunciare alla possibile aggiudicazione.

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.

La clausola GRC, tra gli altri effetti, vanifica la sindrome del cd. *cherry picking*⁵⁵ avvertita dal concorrente virtuoso e giustifica la cessione al promotore di eventuali varianti proposte.

Per loro natura, le clausole negoziali quali la GRC costituiscono elementi "da disegnarsi" sulla base del singolo progetto e delle singole esigenze dell'ente concedente a cui lo stesso vuole rispondere. Gli esempi che seguono propongono alcune soluzioni generali:

- a) la clausola GRC può prevedere un indennizzo di uscita solamente per il concorrente "vincitore" nei cui confronti sia stato esercitato il diritto di prelazione o prevedere anche un indennizzo per il secondo concorrente selezionato nella procedura ristretta. La scelta di come impostarne la struttura dipenderà naturalmente dal margine di vantaggio percepito e realisticamente realizzabile favorendo al massimo la partecipazione;
- b) particolare flessibilità ed incentivazione alla concorrenza si può conseguire con la previsione nella clausola GRC, qualora il promotore sia il naturale aggiudicatario per merito al termine della fase negoziata, di una compensazione riconosciuta agli altri due concorrenti.

Si consideri che la valutazione dell'indennizzo andrà strutturata tenendo conto da una parte della necessità di autofinanziamento della stessa PA e dall'altra che il comportamento razionale del concorrente terrà conto del valore del proprio contributo professionale anche in caso di perdita della gara. Di fatto si può immaginare che si svolgano contemporaneamente due gare: quella per l'aggiudicazione del contratto di PPP e quella, non meno importante, per "acquisire" da parte della PA i migliori contributi progettuali e qualitativi, o il miglior *value*

⁵⁵ Una delle principali distorsioni di gara risolte dalla clausola GRC è quella relativa alla sindrome da *cherry picking*, ossia l'atteggiamento estremamente conservativo dei partecipanti alla gara nel cedere eventuali nuove idee contenute nell'offerta per la consapevolezza che, per effetto del diritto di prelazione, potranno essere "catturate" dalla PA e "consegnate" all'aggiudicatario Promotore senza alcuna contropartita. Il diritto di prelazione e il rimborso delle spese al Promotore, in caso di mancato esercizio del primo, in un'ottica di Analisi Economica del Diritto (AED), si possono assimilare agli incentivi che, appunto, remunerano la proposta dichiarata di pubblico interesse; a questo riguardo, perciò, con la clausola GRC anche gli altri concorrenti possono godere della stessa opportunità remunerativa per le eventuali varianti proposte al progetto base di gara. Per una compiuta analisi del procedimento secondo l'AED si veda FIDONE G., *Aspetti giuridici della Finanza di Progetto*, LUISS University Press, Roma, 2006, pp. 256 e ss. e RAGANELLI B., *Finanza di progetto e opere pubbliche: quali incentivi ?*, Giappichelli, Torino, 2006.

for money. La PA dovrebbe disegnare il procedimento con la consapevolezza di esperire due gare, di cui la prima, sull'innovazione e sui contributi tecnico-progettuali è propedeutica a rendere effettiva la seconda sull'aggiudicazione del contratto di PPP.

LA PA E IL CONTRIBUTO PUBBLICO

Il prezzo o contributo pubblico, nella sua definizione *ex art.* 143, comma 4 del Codice si eroga agli affidatari del contratto di concessione di lavori pubblici per “*il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare*”; dunque, mentre sono stati eliminati alcuni limiti o condizioni di erogazione del contributo (durata di 30 anni e % sull'investimento⁵⁶), tuttavia non è stato liberalizzato “a discrezione”. Infatti, si è passati da limiti semplicemente quantitativi per politiche di contenimento della spesa pubblica a limiti che incentivano comportamenti efficienti nella PA rivolti ad elevare il benessere sociale.

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

L'atto di corrispondere il contributo pubblico sembra sia gravato da un onere modale invertito nei confronti dello stesso concedente, in particolare la PA ogniqualvolta eroga, e si noti che questa disposizione emerge solo quando è disciplinato il contributo pubblico, deve tendere ad elevare lo *standard* qualitativo dei servizi. Ciò di cui stiamo parlando non è una dazione di scopo⁵⁷ perché la norma lascia chiaramente intendere l'alternatività della destinazione finale del prezzo che può finanziare indifferentemente i costi di investimento o quelli gestionali; sembra sia, invece, una norma indirizzata alla stessa PA, che la impegna ad un comportamento definitorio spinto oltre alla normale diligenza. In altre parole, poiché la PA si priva di una

⁵⁶ DE NICTOLIS R., *La nuova disciplina dei lavori pubblici-Dalla legge quadro alla Merloni-quater-Le norme speciali e la nuova potestà regionale*, a cura di F. Caringella e G. De Marzo, IPSOA, 2003, pp. 713 e ss. . Vedi il dibattito sulle problematiche generate dalla Merloni-quater a seguito dell'eliminazione dei limiti di contribuzione pubblica e di durata delle concessioni, TITOMANLIO F., *Direttive ancora lontane: tutti i lavori in gara se il gestore non è costruttore*, in *Edilizia e Territorio*, 2002, n. 21, p. 15.

⁵⁷ Questa caratteristica era presente nella Merloni-ter, dove il contributo pubblico era vincolato a compensare il contenimento delle tariffe cd. sociali. Nella nuova formulazione del Codice, tale condizione per l'erogazione, nonostante sia nuovamente espressa dopo l'eclissi della Merloni-quater, è assorbita dalla più generale condizione di perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'operazione.

risorsa economica, in aggiunta al diritto di gestire e sfruttare economicamente l'opera, la stessa PA ha l'obbligo normativamente previsto (e come si dirà l'inadempimento è giuridicamente sanzionato) di compiere uno sforzo addizionale per incrementare la qualità dei servizi ai cittadini-utenti. I cittadini (*tax payers*), poiché sono privati di una risorsa derivante dalla fiscalità dagli stessi alimentata, sono compensati da una maggiore attenzione che dovrebbe porre la PA nella definizione della qualità dei servizi.

L'inadempimento di questo obbligo, e cioè, qualora la PA ometta di fare un lavoro di ricognizione sui costi e sugli *standard* dei servizi esistenti e affidati, a parità di condizioni esogene, un contratto peggiorativo per il futuro, dovrebbe innescare una responsabilità per danno erariale in capo alla stessa PA.

Il contributo pubblico è una leva utile per far decollare i progetti d'investimento nel senso di renderli "fattibili", specialmente quando siano opere tiepide, mentre è costitutivamente necessario per le opere fredde e, allo stesso tempo, consente di perseguire politiche ulteriori associabili a tali operazioni, quali ad esempio: il contenimento dei prezzi dei servizi, l'accelerazione della realizzazione dell'opera, il mantenimento dello *standard* delle prestazioni in fase gestionale, la riduzione dei prezzi delle abitazioni civili, il calmieramento dei fitti, l'abbattimento dei rischi in fase di *start up* di una operazione, la mitigazione parziale di alcuni rischi ben circostanziati, la ricerca di un minor impatto sul debito pubblico, etc. .

Quanto più si diffonde la sperimentazione della finanza di progetto tanto più diventa "intelligente" e molteplice il ruolo che può assumere il contributo pubblico. La funzione esclusiva a fondo perduto appare oramai riduttiva e tipica della cultura degli esordi; in quella fase, solo il mercato dei costruttori azzardava la presentazione delle proposte, che, tuttavia, per vocazione assimilava ad un anticipo sul prezzo, istituto, peraltro, eliminato dall'appalto tradizionale per gli effetti deprimenti sulla finanza pubblica.

Il contributo pubblico, in linea di principio, non dovrebbe essere mai corrisposto al concessionario in SAL ma condizionarlo almeno al collaudo operativo della struttura; in altre parole l'ospedale, la metropolitana, l'asilo o la caserma non solo devono essere costruiti ma devono anche funzionare altrimenti il concessionario non potrà ottenere l'erogazione pattuita⁵⁸. Questo comportamento regolatorio contribuisce a disciplinare il concessionario nel rispettare i tempi e i costi di realizzazione e, soprattutto, ad addossargli il rischio di

⁵⁸ GERMANI A., *Concessioni ai privati in PF, Italia batte Gran Bretagna nell'accessibilità ai fondi UE*, in Edilizia e Territorio, 2005, n. 29, pp. 29 e ss., l'A. evidenzia una distinzione tra il sistema anglosassone e quello di *civil law*, dove nel primo sistema il contributo pubblico è sempre erogato in fase gestionale per un efficace mantenimento della tensione contrattuale.

funzionamento oltre quello assodato di costruzione secondo specifici *standard* qualitativi, rafforzando il patto di ferro di cui si è parlato tra la PA stessa e i finanziatori.

Ancor più radicale è la scelta di versare il contributo pubblico durante la fase gestionale sotto la minaccia di decurtazione in caso di applicazione di penali per inadempimenti, in modo tale da avere una leva più efficace per condizionare il comportamento del concessionario ad una disciplina virtuosa⁵⁹.

Il contributo può essere finanziario e conferito mediante cessione di diritti ma sono parimenti importanti le dazioni di contributo sotto forma di *equity*⁶⁰, quasi-*equity* associate allo studio della *governance* societaria o le forme di garanzia diretta o indiretta sul *senior-debt* o di garanzia a copertura di specifici rischi di progetto (*start-up*, tecnologico, archeologico, etc.). La PA per ogni progetto deve cercare la migliore forma di contribuzione pubblica che renda reattivo il mercato alla sollecitazione di presentare delle proposte e che permetta la bancabilità dell'iniziativa⁶¹; non si deve mai corrispondere il contributo pubblico senza condizioni e, con riguardo al suo ammontare⁶², senza avere valutato l'effettiva capacità di mantenere in equilibrio il PEF del progetto.

IL CONTRIBUTO PUBBLICO IN CESSIONE DI DIRITTI

Il contributo pubblico in cessione di diritti merita una trattazione specifica in relazione al fatto che, dal lato della domanda, la PA - in particolare gli enti locali - abbia "in cassa" molto più patrimonio immobiliare che disponibilità finanziarie liquide da mettere a disposizione per le operazioni di finanza di progetto e, soprattutto, come sia sempre la stessa PA ad avere i poteri

⁵⁹ La progressiva sostituzione del fondo perduto con meccanismi di erogazione che stimolino l'efficienza gestionale è offerta dai fondi che corrispondono il contributo pubblico sotto forma di percentuale del costo del debito acceso dal concessionario con gli istituti finanziatori. Un esempio attivo è il Fondo rotativo incentivi e ricerca (FRI), previsto la prima volta nella Finanziaria 2005 (art.1, commi da 354 a 361) ed esteso dall'art. 6 della legge 80/2005 "*alla realizzazione dei corridoi multimodali transeuropei e connesse bretelle di collegamento, nonché delle reti infrastrutturali marittime, logistiche ed energetiche comunque ad essi collegate...*".

⁶⁰ Per evitare conflitti di interessi è opportuno che l'investimento in *equity* della concedente nella SPV della concessionaria sia rigorosamente limitato a funzioni di controllo, vigilanza, dunque, senza diritto di voto.

⁶¹ La soddisfazione della bancabilità dell'iniziativa deve essere anch'essa un consapevole della PA quando affronta la negoziazione con la parte privata. Sul tema vedi anche UFP, "*10 Temi per migliorare il ricorso alla finanza di progetto*", op. cit., pp. 23 e ss. . Vedi anche i testi che affrontano l'argomento della finanza di progetto sotto un profilo marcatamente finanziario e bancario: IMPERATORI G., *La Finanza di Progetto. Una tecnica, una cultura, una politica*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2003; GATTI S., *Manuale del project finance*, Bancaria, 2006.

⁶² FERRANTE G. e MARASCO P., *PF così la PA può valutare se il contributo pubblico è adeguato all'investimento*, in Edilizia e Territorio, 2006, n. 11, pp. 16 e ss., gli AA. divulgano il metodo di valutazione della congruità del contributo pubblico per farlo uscire dall'indeterminatezza delle definizioni tipizzate e per consentire alla stessa PA una relazione con i consulenti e con la controparte priva di complessi di subordinazione formativa.

per accrescere il valore degli immobili e, quindi, del contributo pubblico conferibile, potendo associare agli stessi diritti di costruzione o destinazioni d'uso economicamente pregiate⁶³.

Un'attenta riflessione dal lato dell'offerta, quella degli aspiranti concessionari, rivela che il "motore" economico che attrae gli investimenti privati in queste iniziative da realizzare mediante i contratti di concessione di lavori non è più, esclusivamente, il reddito ricavabile dalla gestione dell'opera pubblica. In particolare, accanto alla tradizionale redditività da gestione se ne affianca un'altra, quella della valorizzazione del contributo pubblico ceduto sotto forma di diritti immobiliari. La differenza economica tra il valore dell'immobile con i relativi diritti edificatori e/o il cambiamento di destinazione d'uso, così come quantificato dalla PA in sede di determinazione del prezzo, e il valore delle cubature edilizie costruite o ristrutturate in proprio dal concessionario, diventa il nuovo motivo d'interesse economico per gli investitori che contribuisce a rendere "calde" le iniziative in *project financing*. L'interesse sull'ipotesi per l'amministrazione di poter versare, in luogo di danaro, un proprio bene patrimoniale disponibile, incrementa notevolmente le possibilità di utilizzo del *project financing* ad iniziativa privata e pubblica, tuttavia, se il processo non venisse gestito con pieno rispetto delle norme, l'asse dell'interesse verrebbe spostato sull'operazione immobiliare piuttosto sulla necessità delle amministrazioni di avere delle opere pubbliche erogatrici di servizi. C'è il rischio che la realizzazione dell'opera pubblica diventi solo un pretesto per accedere a licenze edilizie che altrimenti non si potrebbero ottenere, con tutti i pericoli che ne conseguono⁶⁴.

L'art. 143, comma 5 del Codice disciplina il contributo pubblico mediante la cessione "in proprietà o diritto di godimento (di) beni immobili nella propria disponibilità, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già indicati nel programma di cui all'articolo 128. Si applica l'art. 53, comma 6, 7, 8, 11, 12".

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

⁶³ NAPOLITANO G, *I beni pubblici e le tragedie dell'interesse comune*, Convegno AIPDA "Analisi economica e diritto amministrativo", Venezia 28-29 settembre 2006. L'A., in particolare nel capitolo *givings* e concessioni, evidenzia: a) che le concessioni di beni pubblici per natura privano altri, che non siano i concessionari, del loro utilizzo; b) la possibile strumentalizzazione politica delle concessioni per acquisire vantaggi elettorali; c) la mancanza di studi sui meccanismi allocativi dei valori generati dalle concessioni per disciplinarne l'equità; d) l'incapacità programmatica e di valorizzazione mediante gara delle concessioni.

⁶⁴ Questa forte tensione rivolta ad evitare l'atteggiamento predatorio del mercato sul territorio è sentita da URBANI P., *Territorio e Poteri emergenti: le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato*, Giappichelli, Torino, 2007.

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

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

B) I beni che devono essere oggetto di espropriazione a condizione, però, che sussista una loro connessione o strumentalità con l'opera principale da affidare in concessione, e questo proprio in ragione del sacrificio richiesto al privato ablato. Deve, pertanto, accedersi ad una stringente interpretazione del requisito di strumentalità e/o di connessione se si vuole evitare che la PA proceda ad espropriazioni esclusivamente per "far cassa" in luoghi estranei a quello dov'è localizzata l'opera principale o ad espropriare beni, che pur essendo localizzati in prossimità dell'opera, non siano utili alla gestione della stessa, e ciò per evitare possibili abusi.

A questo riguardo è utile precisare che la stringente interpretazione dei requisiti alternativi (la lettera della legge, infatti, contiene un o disgiuntivo) di connessione e di strumentalità, mentre giustifica i procedimenti ablatori non ha ragione d'essere per i beni già appartenenti al patrimonio disponibile della PA; per essi sembra sia sufficiente un'interpretazione più comprensiva, legata solo alla fattibilità economico-finanziaria dell'opera da realizzare in concessione. Le prove empiriche della necessità di una minore stringenza interpretativa⁶⁵ sono date dal fatto che, nel caso di beni già appartenenti al patrimonio disponibile, la PA: 1) può ben procedere ad una loro alienazione, convertendo il *quantum* ricevuto in contribuzione pubblica all'interno del contratto di concessione, senza alcun obbligo di giustificare con stringenti criteri la connessione o la strumentalità con l'opera principale; 2) ha sempre la possibilità di indebitarsi per far fronte al contributo pubblico, ma compiendo un'attività completamente inefficiente se paragonata alla semplice cessione del bene disponibile; 3) secondo quanto si dirà più avanti, può cedere i beni divenuti disponibili che devono essere indicati nel programma triennale senza la necessità di giustificazioni.

⁶⁵ POSNER R. A. nell'articolo *The Economic approach to a Law*, Texas law review 53, 1975, p. 777, afferma "A second meaning of justice, and most common I would argue, is simple efficiency."

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

C) I beni che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico a condizione che siano stati indicati nel programma triennale di cui all'articolo 128 del Codice. Questi beni si differenziano da quelli appartenenti al patrimonio disponibile originario dell'ente concedente, perché devono essere connotati da una transizione, in altre parole devono essere appartenuti o al demanio o al patrimonio indisponibile della PA e poi essersi trasformati in patrimonio disponibile con idoneo provvedimento accertativo. In questo modo attraverso la necessaria elencazione nel programma triennale delle opere pubbliche si vuole dare pubblicità costitutiva all'acquisita natura di patrimonio disponibile. Il comma 11 dell'art. 53 del Codice conferma questa interpretazione quando sancisce che "l'inserimento nel programma triennale di cui all'art. 128, dei beni appartenenti al patrimonio indisponibile delle Amministrazioni aggiudicatrici, al fine del loro trasferimento ai sensi del comma 6, determina il venir meno del vincolo di destinazione."

D) Possono, *ex art.* 52 comma 6 del Codice, in ogni caso, formare oggetto di cessione i beni immobili già inclusi in programmi di dismissione del patrimonio pubblico, purché non sia stato già pubblicato il bando o l'avviso per l'alienazione, ovvero se la procedura di dismissione ha avuto esito negativo. Questa precisazione normativa ha rimesso nel circolo produttivo dell'erogazione dei servizi pubblici, mediante le concessioni, un "combustibile" pregiato, appunto il patrimonio destinato alla dismissione dai vari programmi che si sono succeduti nel tempo, che però rischiavano di deprimere le operazioni in finanza di progetto concrete per l'eccessiva immobilizzazione che avevano creato sui quei beni, dovuta forse agli eccessivi tempi di liquidazione e alla mancanza di idee di investimento.

LA PA VALORIZZA LA CESSIONE DEI DIRITTI CON LA GARA⁶⁶

Giova ricordare che la cessione dei diritti reali all'interno dell'affidamento di un contratto di concessione non permetterà di ottenerne la massima valorizzazione, se non altro per il ristretto mercato dei potenziali concessionari contendenti, i quali hanno dei requisiti di qualificazione piuttosto gravosi. Tuttavia, le ragioni per utilizzare questo strumento di finanziamento all'interno dei procedimenti per affidare le concessioni possono essere sicuramente meritevoli e prevalenti: il tempo, la necessità di tenere uniti due procedimenti e l'*appeal* procurato alla complessiva operazione in finanza di progetto, non dimenticando come attraverso questa si

⁶⁶ Vedi MASERA R., *Reti di trasporto, competitività e sviluppo*, L'Industria, n. 3, 2006, p. 23 "Bisogna, pertanto, verificare che... la disciplina relativa alle procedure di aggiudicazione della concessione stimoli effettivamente la concorrenza tra potenziali concessionari".

centri lo scopo dell'interesse pubblico, ossia di erogare servizi qualitativi ai cittadini ad un costo conveniente.

Quest'ultima riflessione apre la responsabilità del PPP *Designer* di strutturare la gara in modo tale da non svendere il contributo pubblico corrisposto in cessione di diritti e per far ciò deve superare alcuni criticità che l'ammesso concetto di prezzo in cessione di diritti pone:

- l'immobile deve essere ceduto ad un valore congruo, altrimenti si concretizza un danno erariale;
- in ogni caso, il prezzo, sotto forma di cessione dell'immobile, non può superare un valore massimo indicato dalla PA stessa in sede di bando, in particolare quello che ritiene congruo per mantenere in equilibrio il PEF;
- occorre assicurare un meccanismo che preveda la possibilità, da parte dei concorrenti, di poter chiedere un contributo pubblico inferiore a quello massimo consentito dalla PA e allo stesso tempo di valorizzare il diritto ceduto e che, a tale offerte (contributo pubblico inferiore e valore del diritto superiore), debba essere assegnato maggior punteggio ai fini della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- poiché secondo il Codice il prezzo-contributo pubblico pecuniario versato in corso d'opera al concessionario è garantito o dalla responsabilità solidale dei soci della società di progetto o da garanzie bancarie ed assicurative fino al collaudo, dovrebbe essere strutturata una garanzia che tenga conto della diversa natura del prezzo/bene tale per cui si possa costituire prima del collaudo, senza compromettere la PA in un'operazione azzardata.

Il valore di cessione dell'immobile

La determinazione del prezzo di cessione è elemento essenziale nella procedura di alienazione dei beni immobili appartenenti alla PA, e tale valore deve essere congruo in rapporto alle condizioni di mercato, - e, si può aggiungere, ai vantaggi prospettici del concessionario che ottiene in esclusiva un bene non rivale-, consapevoli che l'eventuale errore nella sua determinazione produce la nullità del contratto⁶⁷. L'art. 53, comma 11, richiamato dall'art. 143, comma 5 stabilisce che il regolamento disciplina i criteri di stima degli immobili e le modalità di articolazione delle offerte e di selezione della migliore offerta. Tralasciando di interpretare se la materia verrà disciplinata dal nuovo regolamento, comunque un criterio utile per la determinazione del valore dei beni immobili, oggetto di alienazione da parte degli enti pubblici, è indicato dall'art. 83, comma 6 del Regolamento. Questa norma precisa che, nel

⁶⁷ Cass. 2856/1984 e C. Conti 63/1995.

caso di procedura di appalto remunerata con la contestuale alienazione del bene pubblico, “il valore dei beni immobili da trasferire a seguito della procedura di gara e determinato dal responsabile del procedimento sulla base dei criteri estimativi desumibili dalle norme fiscali”. Il valore così determinato dell’immobile e dei diritti edificatori, per evitare di incorrere in responsabilità erariali, deve essere posto a base di gara con l’avvertimento esplicito di escludere l’ammissibilità di offerte in ribasso.

La fluttuazione del valore dell’immobile ceduto a titolo di prezzo

La PA è tenuta a fissare nell’avviso indicativo, in ogni caso, l’ammontare massimo di contributo pubblico che intende corrispondere al concessionario soprattutto quando è consapevole che quello che cede ha un valore superiore a quello necessario a mettere in equilibrio economico-finanziario il PEF di progetto. Questo valore potrebbe essere equivalente al valore stimato del bene immobile, ma potrebbe essere anche inferiore, sufficiente, comunque, a garantire l’equilibrio economico-finanziario dell’operazione, mantenendo il rischio gestionale a carico del concessionario.

Nell’ipotesi in cui il potenziale concessionario stimi e, pertanto, offra un valore dell’immobile da ottenere in proprietà superiore al limite massimo di contribuzione pubblica fissata nel bando, il prezzo, rappresentato dal valore degli immobili da acquisire in proprietà, diventa chiaramente esuberante rispetto al limite consentito dalla PA.

L’espedito, per far rientrare il valore del contributo nella limite massimo prefissato dalla PA, è di obbligare il concorrente aggiudicatario a corrispondere in danaro alla PA il valore dell’immobile eccedente il limite ammesso di contribuzione pubblica e al contempo premiarlo con un punteggio ponderale maggiore ai fini dell’analisi dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Il prezzo come elemento concorrenziale

Deve essere salvaguardato il principio concorrenziale, sancito nel Regolamento agli artt. 85 a), 87 a) e 91, 1 e 2 comma, che rinvia all’art. 21, comma 2, *sub b)*1 della Legge Merloni, ora trasposta nell’art. 83 del Codice, per cui l’ammontare del prezzo-contributo, richiesto alla PA dal potenziale concessionario, deve essere posto a base di gara, con gli altri criteri elencati, per la valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Per far ciò, il concorrente può ben richiedere alla PA un prezzo-contributo inferiore a quello corrispondente al valore offerto per immobili, però la differenza tra il prezzo richiesto all’amministrazione e il valore offerto per gli immobili dovrà saldarlo finanziariamente in caso di aggiudicazione. La PA potrà, quindi, valutare con un punteggio ponderale maggiore il concorrente che gli chiederà

un contributo pubblico inferiore a quello posto a base d'asta e, come visto nel paragrafo precedente incassare la differenza per la migliore valorizzazione dell'immobile ceduto al contempo premiando con un congruo punteggio anche questa valorizzazione.

Il tempo della cessione della proprietà

L'art. 143, comma 4 del Codice riconosce implicitamente al concessionario di poter ricevere il prezzo anche in corso di esecuzione dei lavori, tuttavia, a tale evenienza sono state imposte necessariamente alcune garanzie desumibili dalla lettura dell'art. 156, comma 3 del Codice.

La prima condizione riguarda la necessità per il concessionario, sia esso singolo o presente in ATI, di costituire una società di progetto, realizzando quello che gli economisti chiamano il *ring fence*. In altre parole nei procedimenti in cui si realizzano opere in finanza di progetto, la costituzione di una società di progetto realizza di per sé una garanzia per la riuscita del procedimento⁶⁸, fatto che autorizza, pertanto, l'anticipazione del prezzo in corso di esecuzione dei lavori. La previsione dell'anticipo del contributo pubblico è associata esclusivamente all'art. 156, comma 3 del Codice, che tratta, appunto, della società di progetto, perciò se ne deve dedurre che il prezzo pubblico non può essere corrisposto in caso di mancata costituzione della società.

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

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

La soluzione convenzionale

E' evidente che in caso di contributo pubblico mediante cessione dei diritti, la natura immobiliare del prezzo impone una riflessione sulla possibilità della cessione al concessionario prima dell'esecuzione dei lavori, anche se supportata dalle garanzie previste dalla legge in particolare dell'accensione della polizza a prima richiesta. Questa polizza dovrebbe garantire l'amministrazione della restituzione del valore degli immobili ceduti nel

⁶⁸ IMPERATORI G., *Op. cit.*, pp. 43 e ss., l'A. descrive in termini giuridici e sostanziali i vantaggi del *ring fence* realizzato mediante SPV (Special Purpose Vehicle) per soci, finanziatori e creditori sociali.

caso in cui il concessionario non proceda alla costruzione dell'opera pubblica. In verità, una polizza così strutturata garantisce parzialmente l'amministrazione e solo del valore degli immobili ceduti. In altre parole potrebbe essere conveniente per il concessionario divenire immediatamente titolare delle aree con i relativi diritti edificatori o degli immobili e non onorare la costruzione di tutte le opere pubbliche, fuoriuscendo dalla concessione. Questo denegato scenario può avverarsi tutte le volte in cui la quotazione di mercato delle cubature costruite in proprio sulle aree cedute dall'amministrazione o dell'immobile a seguito di ristrutturazione, remunerati, in caso di vendita, il concessionario di un valore superiore alla condanna al risarcimento danni per inadempimento della concessione, permettendogli di liberarsi dalla necessità di realizzare le opere pubbliche e dalla prolungata fase gestionale senza danni non sostenibili.

Di questo pericolo si è reso consapevole il nuovo Codice che all'art. 53, comma 7 ha stabilito come "il bando di gara può prevedere che l'immissione in possesso dell'immobile avvenga in un momento anteriore a quello del trasferimento della proprietà, *trasferimento che può essere disposto solo dopo l'approvazione del certificato di collaudo.*"

Tuttavia, una delle ragioni perché i promotori nel *project financing* ad iniziativa privata insistono sull'ottenimento immediato delle aree in proprietà come contributo pubblico, è perché hanno la possibilità di accendere garanzie ipotecarie a favore dei finanziatori, o per alienarle a loro volta ad un buon offerente già in fase di costruzione delle opere pubbliche.

Si deve ricercare una disciplina convenzionale che permetta all'amministrazione di rispettare le prescrizioni *ex art. 53, comma 7* del Codice, ma allo stesso tempo consenta al concessionario di costituire in garanzia gli immobili realizzati o alienarli *medio tempore*, tenendo presente, comunque, che la finalità principale del contratto è la realizzazione e, soprattutto, la gestione delle opere pubbliche o di pubblica utilità.

L'architettura contrattuale potrebbe essere la seguente:

1. l'amministrazione cede gli immobili/contributo pubblico in diritto di superficie o di usufrutto sino al momento del collaudo delle opere pubbliche, quando il collaudo verrà eseguito positivamente potrà formalizzarsi l'alienazione anche della nuda proprietà del prezzo ricevuto;
2. questo meccanismo giuridico ha il pregio di permettere al concessionario di costruire i fabbricati mantenendone la titolarità o di ristrutturare gli immobili garantendosi un diritto reale. In questo modo il concessionario potrà accendere le garanzie immobiliari per eventuali finanziatori o alienare la proprietà superficiaria o il diritto di usufrutto e, allo stesso tempo,

permette all'amministrazione di rispettare il dettato del Codice che le impone di procedere al trasferimento della proprietà solamente a collaudo intervenuto;

3. nel caso in cui venga meno il contratto di concessione (inadempimento del concessionario, fallimento, etc..) prima del collaudo delle opere pubbliche, devono essere regolate pattiziamente le conseguenze in modo tale che l'amministrazione in questa evenienza non venga pregiudicata. Secondo la Suprema Corte⁶⁹ "in materia di diritto di superficie a tempo determinato e in specie nell'ipotesi costitutiva con facoltà del concessionario di procedere alla costruzione di un manufatto, se non è consentito all'autonomia negoziale derogare agli effetti dell'accessione automatica che si determina all'atto dell'estinzione del diritto, è invece consentito provvedere convenzionalmente circa il carattere della gratuità o meno della devoluzione prevista dall'art. 953 c.c, nonché circa l'attribuzione delle spese richieste dalla demolizione della costruzione e circa la configurazione di un diritto del superficiario sui materiali da costruzione quale mero diritto di credito, e non quale espressione di *ius in rem* non più esistente". In altre parole, in caso di conclusione anticipata della concessione, si vuole evitare che l'amministrazione sia costretta a corrispondere al concessionario (o al curatore fallimentare) l'indennità di arricchimento senza causa per l'effetto dell'accessione al proprio suolo delle opere o delle ristrutturazioni intraprese costruite dal concessionario. Con le disposizioni pattizie si può evitare questa evenienza, imponendo al concessionario o la *restitutio in pristino*, oppure, nel caso in cui l'amministrazione sia interessata ad acquisire i manufatti costruiti dal concessionario o le ristrutturazioni realizzate, a consentirgli la facoltà di acquisto, corrispondendo un'indennità senza automatismi o, in alternativa, sancire la devoluzione gratuita di quanto costruito o ristrutturato.

LA PA VALORIZZA LA CONCESSIONE IMPONENDO LA TRASPARENZA

Il contributo pubblico conferito in erogazione finanziaria o in cessione di diritti può essere corrisposto sia in conto investimento sia in conto gestione o contemplare destinazioni miste; l'imputazione dovrebbe essere una scelta della PA in relazione agli obiettivi che vuole perseguire e alle caratteristiche del progetto di investimento, l'importante è che la qualificazione sia consapevole, anche delle rilevanti conseguenze, e sia esplicitata nell'avviso

⁶⁹ Cass. 1369/1980.

di sollecitazione alla presentazione delle proposte *ex art.* 153, comma 3 o nel bando art. 144, comma 2 del Codice.

L'imputazione del prezzo/contributo pubblico in conto investimento o in conto gestione è di facile rappresentazione nelle opere calde, quelle generatrici di flussi reddituali come un parcheggio pubblico a rotazione, che valgono a ripagare gli investimenti, i costi operativi e la remunerazione degli investitori. Infatti, in caso di destinazione del prezzo in conto investimento, la corresponsione potrà avvenire in un'unica soluzione o a SAL, dalla sottoscrizione del contratto a prima del collaudo dell'opera.

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

Non diversamente avviene nelle opere fredde (uffici pubblici, carceri, scuole, ospedali, trasformazioni urbane, etc.) rappresentate normativamente dall'art. 143, comma 9 del Codice, laddove "Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della Pubblica Amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti al concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera.". Il contributo pubblico, sia esso finanziario o in diritti ceduti, destinato in conto investimento parimenti può essere corrisposto in fase di costruzione senza discostarsi, quanto a tempi e a condizioni di erogazione, da quanto detto per le opere calde, mentre una certa confusione può generarsi qualora venga corrisposto durante la fase operativa. La ragione della possibile confusione risiede nel fatto che le opere fredde sono pagate al concessionario mediante un canone periodico, perciò di primo acchito è difficile distinguere la parte del canone da attribuire al contributo in conto investimento da quella concernente il pagamento dei servizi gestionali⁷⁰.

Questa difficoltà è solo apparente se la PA avrà cura di distinguere contabilmente in caso di procedura aperta o ristretta *ex art.* 144, comma 2 o imporre la distinzione nell'avviso in caso in cui le proposte pervengano dal mercato con il procedimento *ex artt.* 152 e ss. del Codice, ciò, come vedremo, anche per gli importanti vantaggi economici per la PA derivanti dall'applicazione dell'IVA appropriata.

A questo riguardo è opportuno prendere le mosse dalla risoluzione dell'Agenzia delle Entrate (Agenzia) n. 21 del 16 febbraio 2005, che ribadisce una posizione consolidata nel tempo con le risoluzioni n. 161/2000 e n. 395/2002. L'Agenzia sostiene come il contributo pubblico della PA, erogato mediante il trasferimento monetario o dalla cessione di diritti, si inserisca in

⁷⁰ Vedi *supra* nota n. 53 con riferimento alla politica dei paesi anglosassoni di corrispondere comunque un canone al concessionario per le operazioni di PPP, indipendentemente se lo stesso abbia assunto il rischio domanda e dalla temperatura del progetto.

un rapporto obbligatorio a prestazioni corrispettive, e, dunque, rappresenti il prezzo di un bene o di un servizio ricevuto rientrante in campo IVA⁷¹. L'effetto immediato di questa interpretazione è quello di decurtare il contributo pubblico a disposizione dell'ente procedente da immettere nell'operazione in finanza di progetto a esclusivo vantaggio della fiscalità generale⁷². Non deve sfuggire come l'aliquota IVA, da applicare al contributo pubblico a carico della PA, non sia sempre di una medesima percentuale. Infatti, ai sensi degli artt. 127-*quinques*, *sexies* e *septies* della Tabella A, Parte III, allegata al DPR 633/1972, la gran parte delle opere pubbliche, ricadenti nell'ampia elencazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria *ex art. 4* della legge 847/1964, e quelle relative alle linee di trasporto metropolitane tranviarie ed altre a impianto fisso, etc., sono assoggettate all'IVA agevolata del 10%.

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

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

⁷¹ Per una critica all'impostazione sinallagmatica del contributo pubblico nel contratto di concessione dell'Agenzia delle Entrate, vedi Unità Tecnica Finanza di Progetto, "10 Temi per migliorare il ricorso alla finanza di progetto", 2005, pp. 27 e ss., nel sito www.utfp.it.

⁷² BAGGIO F. M. e REBECCA G., *Rilevanza fiscale dei contributi pubblici ricevuti per l'esecuzione di un project financing*, in *Il Fisco*, 2003, n. 31, fasc. 1, pp. 4860 e ss., gli AA. tracciano una sintesi dell'imposizione fiscale diretta ed indiretta del contributo pubblico anche con riferimento ai beni immobili.

correlato a ciascun servizio o investimento in caso di procedura aperta o ristretta *ex artt.* 144, comma 1 o 155, comma 1 lett. a) del Codice.

LE NUOVE REGOLE DELLA NEGOZIAZIONE

In questo paragrafo conclusivo si vuole focalizzare l'attenzione sulla norma contenuta nell'art. 12, comma 4 del D.L. n. 7 del 31 gennaio 2007, recante "Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese", convertito con legge 40/2007. Tale norma inserisce nell'ordinamento una nuova disciplina di revoca degli atti amministrativi che riguarda, pertanto, anche le concessioni, incardinandosi tra le norme fondamentali di sistema del procedimento amministrativo disciplinate dalla legge 241/90⁷³.

Per effetto di questa nuova disposizione all'articolo 21-*quinquies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, dopo il comma 1 è aggiunto il seguente:

«1-bis. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea di cui al comma 1 incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico.».

Questa è una norma di garanzia per la PA, che cerca di tutelarne l'intrinseca debolezza nelle negoziazioni in fase precontrattuale; in sostanza, la revoca di atti amministrativi che incidono su rapporti negoziali autorizzano la PA ad indennizzare il privato:

- a) del solo del danno emergente;
- b) nel caso in cui era conoscibile al privato la contrarietà all'interesse pubblico dell'atto amministrativo il danno emergente viene decurtato;
- c) nel caso in cui ci sia stato un comportamento concorsuale del privato che abbia spinto all'erronea valutazione di quell'atto amministrativo in contrasto con l'interesse pubblico, il danno emergente viene decurtato in misura maggiore.

⁷³ Esprime i dubbi di legittimità costituzionale e contrarietà alle norme comunitarie SPAGNUOLO VIGORITA R., *La revoca tra antichi privilegi e nuove codificazioni*, in www.giustamm.it, n. 2 2007.

La norma è di enorme impatto nelle relazioni PA e Privato e, dunque, soprattutto nei contratti di PPP o di concessione⁷⁴ che possono essere affidati mediante procedimenti con forti componenti di negoziazione come quello con il promotore *ex artt.* 152 e ss., il dialogo competitivo *ex art.* 58 del Codice e nei procedimenti a “formazione libera”:

- a) i privati che si siedono al tavolo della negoziazione del contratto di concessione non possono più fare affidamento sull’incapacità della PA a chiudere un contratto che gli attribuisca rendite di posizione, depauperando il patrimonio pubblico, consapevoli del fatto che il contratto può essere revocato con indennizzi al disotto dei costi. L’effetto indotto è, oltretutto, “moralizzatore” non ci si può relazionare alla PA con comportamenti maliziosi (*moral hazard* precontrattuale⁷⁵) quando è in gioco l’interesse pubblico;
- b) la regolazione dei comportamenti nella negoziazione dal lato dell’offerta necessitano di una pesatura dei valori economici in gioco per revocare i contratti che prospetticamente producono rilevanti perdite. La PA non è più catturata dal contratto concluso a causa del valore indeterminato degli indennizzi da corrispondere;
- c) la norma inserita nella legge sul procedimento amministrativo rimuove il pregiudizio che la PA non possa svincolarsi dalle proprie scelte quando siano ingiuste e ciò sia economicamente dimostrabile; prima di questa modifica legislativa l’opinione diffusa riteneva che gli accordi di PPP chiusi con la PA fossero “immortali”.

La credenza che la PA non avesse la possibilità di recedere era sistematicamente pagata dalla collettività attraverso il depauperamento del territorio (vedi le concessioni costruttive) o patrimoniale (vedi concessioni con *extra-profitti*⁷⁶); inoltre, poiché i percossi finali sono i contribuenti (*tax payers*), ciò disincentivava la PA a tornare sui propri passi e stimolava i privati ad approfittare della debolezza della PA.

⁷⁴ FRACCHIA F., *Voce: Concessione Amministrativa*, di prossima pubblicazione sull’Enciclopedia del Diritto. L’A. approda ad una moderna ed unitaria ricostruzione dell’istituto della concessione che tiene conto, oltretutto dello strumento contrattuale, della natura pubblica degli interessi di cui dispone.

⁷⁵ NICITA A., *L’analisi economica dei contratti - Simple 39/05* in <http://www.unisi.it/lawandeconomics/working.html>. L’autore traccia in rassegna i principali comportamenti di *moral hazard* contrattuali e indica le opportune clausole negoziali per gestire i contratti necessariamente incompleti.

⁷⁶ Il contratto di concessione, di natura sinallagmatica e non aleatoria (*contra* TULLIO A., *Op. cit.*, pp.186 e ss.), dovrebbe essere sottoscritto solo dopo una consapevole negoziazione (anche applicando gli strumenti offerti dalla teoria dei giochi), per far sì che lo scambio economico tra la PA (delegata dalla collettività) ed il privato sia equo. Le caratteristiche del contratto di concessione sono tali che, in particolare la lunga durata, si possono determinare squilibri economici e rendite ingiustificate nel tempo; per questo motivo è necessario l’inserimento *ab initio* nel contratto di clausole di retrocessione alla PA degli *extra-profitti* generati. Gli *extra* profitti sono i guadagni gratuiti che non hanno alcuna relazione con impegni o rischi assunti dal concessionario e che a causa della scarsa capacità di negoziazione della PA, sono assegnati per sempre dal contratto alla parte privata. In tale modo l’interesse pubblico subisce un pregiudizio che si sostanzia nel depauperamento del patrimonio pubblico, di cui le concessioni sono parte integrante, protetto dalle norme stesse che la PA ha sottoscritto.

Quanto all'operatività di ridurre l'indennizzo al solo danno emergente in caso di revoca, non sembra che questo impedisca alle normative speciali di dispiegare il loro effetto quando riconoscano espressamente il lucro cessante, e neppure i casi in cui sia la stessa PA in autonomia, esercitando la propria discrezionalità amministrativa, inserisca tale clausola indennitaria nei contratti per conferirgli maggiore solidità, tale da attrarre i finanziamenti privati.

Un esempio di quanto detto riguarda la determinazione dell'indennizzo, comprensivo del lucro cessante a seguito di revoca del contratto di concessione, disciplinato dall'art. 158 del Codice, affidato con il procedimento con il promotore; ma è logico che la stessa previsione indennitaria può essere inserita dalla PA nel contratto di concessione per poi affidarlo con procedura aperta o ristretta *ex art. 144*, comma 1 del Codice.

Invece, le ipotesi di riduzione al solo danno emergente e del solo danno emergente per conoscibilità della contrarietà dell'atto all'interesse pubblico e, ancor di più, in caso di concorso all'erronea valutazione della compatibilità dell'atto con l'interesse pubblico, operano indipendentemente da una diversa disciplina di legge o autodeterminazione contrattuale. Sono delle previsioni chiaramente sanzionatorie che hanno l'effetto non solo di ridurre il risarcimento al solo danno emergente ma anche di ridurlo ulteriormente in relazione al concorso, diretto o indiretto, del privato all'adozione dell'atto.

La norma sanzionatoria potrà trovare applicazione solo nei procedimenti di affidamento dei contratti con una spiccata vocazione negoziale, come abbiamo già detto quello con il promotore *ex artt. 152 e ss.*, il dialogo competitivo *ex art. 58* del Codice e nei procedimenti a "formazione libera". Deve dubitarsi dell'applicabilità della norma nei procedimenti di aggiudicazione in cui il privato non abbia alcuna possibilità di incidere su ciò che acquisti la PA, come nel caso di bandi per l'attivazione di procedure aperte e ristrette per l'affidamento di appalti o di concessioni⁷⁷.

Il meccanismo di questa disciplina trova forti analogie con quanto emerge dal combinato disposto degli artt. 1372 e 1373 del codice civile (cc). Infatti alla PA è attribuita per legge (1372, 1 comma cc) la facoltà di sciogliere il contratto mediante recesso (1373 cc), che, sempre per legge, è condizionato alla prestazione di un corrispettivo (1373, 3 comma cc). Il valore del corrispettivo da riconoscere al privato a seguito del recesso è ridotto in misura della responsabilità precontrattuale del privato.

⁷⁷ *Contra* SAPORITO G. in Convegno IGI "Lavori Pubblici tra riforma e controriforma", Roma 28 febbraio 2007. L'A. esprime preoccupazione che la norma di revoca sanzionatoria si applichi anche alle ipotesi di affidamento mediante bando dove lo spazio di intervento del privato nella determinazione della PA è inesistente.