

Sezione Terza

verrebbero applicazione con riferimento agli appalti relativi a lavori di interesse regionale.

Considerato

Va rilevato che l'art. 1, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni stabilisce che per la disciplina delle opere e dei lavori pubblici di competenza delle regioni anche a statuto speciale, delle province autonome e degli enti infraregionali da queste finanziati, i principi desumibili dalle disposizioni della legge stessa costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale e principi della legislazione dello Stato, ai sensi degli statuti delle regioni a statuto speciale e dell'art. 117 della Costituzione.

Tra i principi generali contenuti nella legge-quadro indicata, come affermato nella sentenza della Corte costituzionale 23 ottobre 1995, n. 482, è da ritenere ricompreso quello dell'unicità del sistema di qualificazione dei soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici; sicché non è consentito alle regioni, anche a statuto speciale ed alle province autonome, prevedere che i bandi di gara relativi a lavori di interesse regionale richiedano requisiti per la qualificazione diversi da quelli stabiliti in generale per tutti gli esecutori di lavori pubblici e come individuati dal decreto legge 30 dicembre 1999, n. 502 e successivamente dal regolamento di cui al DPR 25 gennaio 2000, n. 34. Regolamento, quest'ultimo, recante l'istituzione del nuovo sistema generale di qualificazione delle imprese quale previsto dall'art. 8 della legge quadro n. 109/94 indicata ed il cui comma 1 dell'art. 1 esplicitamente individua fra i destinatari della nuova normativa le regioni anche a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano.

Né rileva che avverso la normativa indicata sia stata proposta impugnazione alla Corte Costituzionale per conflitto di attribuzione, atteso che dal rimedio esperito non può farsi derivare una sospensione dell'efficacia della normativa statale suddetta, allo stato unica normativa applicabile ad ogni tipo di gara, salvo eventuale successivo diverso avviso della Corte Costituzionale, anche con riferimento a quanto stabilito dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 il quale, nel ripartire le competenze tra lo Stato e le regioni, all'art. 93, comma 1, lett. f), mantiene alla competenza dello Stato le funzioni, tra l'altro, relative «alla regolamentazione e alla vigilanza relativamente al sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici».

È da ritenere conseguentemente che:

1. tra i principi generali di cui alla legge quadro sui lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, applicabili alle regioni ed alle province autonome, vi è quello dell'unicità del sistema di qualificazione delle imprese, istituito ai sensi di quanto disposto dall'art. 8, comma 2, della stessa indicata legge;
2. La qualificazione delle imprese esecutrici a qualsiasi titolo di lavori pubblici è disciplinata dal regolamento di cui al DPR 25 gennaio 2000, n. 34 al quale devono conformarsi i bandi di gara ancorché relativi ai lavori pubblici di interesse regionale.

Project financing. Piano economico-finanziario
(Deliberazione del 18 luglio 2000)

Il Comune di Genova ha interessato l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici relativamente all'interpretazione ed all'applicazione di alcune disposizioni della normativa in tema di *project financing*, istituto previsto agli articoli 37 bis e seguenti della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni.

Stante il rilievo che riveste la questione in oggetto ed il coinvolgimento di molteplici interessi del settore degli appalti pubblici, in conformità a quanto disposto nel Regolamento sul funzionamento dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, secondo il quale ogni valutazione dei problemi e delle prassi va condotta in base agli apporti delle Amministrazioni ed enti rappresentativi di apparati e interessi del settore dei lavori pubblici, l'Autorità stessa ha convocato un'audizione, che si è tenuta presso la propria sede in data 13 aprile 2000.

Alla convocazione è stato allegato un documento base predisposto dall'Autorità nel quale veniva prospettato il quadro complessivo della questione e venivano poste le seguenti problematiche:

- a) se l'asseverazione da parte degli istituti di credito del piano economico-finanziario presentato dal promotore sia da intendersi come impegno della banca stessa a finanziare l'opera;
- b) se i soggetti che partecipano alla licitazione privata per l'affidamento della concessione dovranno, come il promotore per la proposta, presentare un piano finanziario asseverato da un istituto di credito, a supporto della propria offerta;
- c) se, qualora il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario sia assicurato dal concedente anche mediante la corresponsione di un prezzo, quest'ultimo sia da corrispondere in conto lavori o in conto gestione, ai fini del calcolo dell'IVA.

Conseguentemente sono state acquisite memorie e documenti dei partecipanti all'audizione, conservati presso gli uffici dell'Autorità, ed il Consiglio dell'Autorità ha assunto la seguente deliberazione.

Considerazioni

1. Il fenomeno della finanza di progetto è un istituto di origine anglosassone, che ha trovato inizialmente la propria applicazione in Paesi di *common law*, ove l'ordinamento giuridico presenta caratteristiche di flessibilità non comuni alle basi strutturali di quello italiano.

La caratteristica qualificante di tale istituto consiste essenzialmente nella copertura finanziaria di importanti investimenti sulla base di un progetto in quanto tale, prendendo in considerazione la sua validità, la sua corretta gestione e quindi la sua capacità di produrre reddito per un determinato periodo di tempo.

Sezione Terza

A differenza del tradizionale finanziamento all'imprenditore, basato sull'equilibrio finanziario ed economico del soggetto, il *project financing* si basa, pertanto, sulle prospettive reddituali e sui flussi di cassa attesi da una specifica iniziativa. Esso si applica, quindi, con particolare riferimento ai progetti infrastrutturali nel settore delle opere pubbliche, a quelle iniziative che risultano essere in grado di generare un *cash flow* di gestione e un adeguato profitto in termini di capacità di soddisfare un bisogno reale diffuso. Ne consegue che il *project financing* non è uno strumento adatto a tutte le iniziative che richiedono elevati investimenti, ma solo a quelle dotate di un rapporto di leva tale da rendere l'iniziativa affidabile, prescindendo dalle garanzie e dall'equilibrio economico-finanziario dei suoi promotori. L'iniziativa viene, pertanto, valutata esclusivamente o prevalentemente sulla base dei profitti che può generare.

Altro elemento peculiare della finanza di progetto è la presenza di una singolare strutturazione dei rapporti giuridici ed economici che si instaurano tra i molteplici operatori pubblici e privati che vi partecipano. Si tratta cioè di un fenomeno contrattuale globale, inteso come mezzo per gestire e ripartire il rischio connesso al progetto fra i soggetti coinvolti nell'iniziativa.

L'istituto in questione non può essere letto quindi in chiave atomistica, cioè come sommatoria dei singoli rapporti contrattuali che lo compongono ma, al contrario, va interpretato quale risultato del collegamento negoziale fra molteplici rapporti giuridici in cui gli interessi, gli obblighi e le responsabilità rendono difficile qualificare come 'terzo' uno dei soggetti partecipanti all'iniziativa rispetto alle prestazioni rese dagli altri soggetti coinvolti.

Ne consegue che le operazioni realizzate con lo strumento del *project financing* si distinguono per una estrema contrattualizzazione dei rapporti giuridici sottostanti e per il quasi totale isolamento del progetto (*ring fence*) da ogni relazione esterna. Strettamente connessa ad una tale logica strutturale e contrattuale è la presenza pervasiva dei soggetti finanziatori, che entrano nella vita del progetto sin dalla sua fase iniziale e ne determinano termini e condizioni di operatività.

Le banche, infatti, cessano di essere elemento esterno dell'iniziativa imprenditoriale per assumere un ruolo di controllo dell'intera operazione, in modo assolutamente nuovo rispetto ai tradizionali interventi di finanziamento. Nella finanza di progetto esse sono chiamate ad un'attività di valutazione dei progetti ed a strutturare le tecniche finanziarie al fine di incrementarne la redditività, con ciò segnando il definitivo passaggio dal finanziamento dell'impresa al finanziamento del progetto. Si tratta, cioè, di un investimento di capitali da parte degli istituti di credito basato sull'analisi della capacità della proposta di generare ricavi.

Con lo spostamento della valutazione del merito di credito dall'impresa al progetto e con lo spostamento della valutazione dell'affidabilità patrimoniale dell'imprenditore alla valutazione di capacità del progetto di ripagare il debito e generare reddito, il *project financing* modifica conseguentemente la prospettiva del confronto tra imprese e banche.

Diverso appare anche il rapporto tra gli istituti di credito e le stesse amministrazioni pubbliche, che necessitano di un sostegno da parte degli intermediari finanziari non più limitato alla provvista di capitale al concessionario per la realizzazione dell'opera, ma che si concretizza nella

Atti di regolazione

necessaria assistenza specialistica al montaggio dei progetti, nell'attività di ausilio alla stessa stazione appaltante ed al controllo continuo dell'iniziativa.

A livello internazionale, i servizi offerti dagli istituti di credito nelle operazioni di *project financing* si possono classificare in due grandi categorie:

- servizi di consulenza;
- servizi di finanziamento.

I primi sono finalizzati alla definizione del rischio connesso all'operazione, dei tempi della stessa e della sua dimensione al fine di renderla 'bancabile', cioè proponibile ai finanziatori.

Questo tipo di attività, in linea teorica, può essere svolto anche da soggetti diversi dagli istituti di credito, poiché si concretizza in una prestazione di servizi di consulenza tecnica, legale e finanziaria che non richiedono la disponibilità di notevoli mezzi finanziari. Tuttavia, nell'attività di consulenza, il ricorso ad una banca è comunemente ritenuto indispensabile in ragione della conoscenza del mercato da essa posseduta, che influisce sulle scelte progettuali allo scopo di rendere l'operazione realizzabile.

L'analisi dei costi e dei ricavi del progetto, la ripartizione dei rischi, il modello economico-finanziario di riferimento ed altri parametri finanziari che rappresentano la valutazione della 'bancabilità' del progetto sono contenuti nell'*information memorandum*. Ad esso si accompagna il documento chiamato *term sheet*, in cui vengono descritte le condizioni ed i termini del finanziamento.

I servizi di finanziamento, invece, consistono nella effettiva erogazione di capitale, di rischio o di debito, sulla base degli studi predisposti dai consulenti. Essendo necessaria una notevole disponibilità finanziaria, si tratta di un'attività di prevalente, se non di esclusivo, interesse degli intermediari finanziari.

In passato il ruolo del consulente finanziario terminava con la redazione dell'*information memorandum* contenente anche il piano economico-finanziario del progetto con i flussi di cassa previsti, ponendo in essere una netta separazione tra la banca che strutturava e garantiva il piano e quella che lo finanziava.

La separazione dei due ruoli di consulente e di finanziatore presenta il vantaggio che il consulente, non fungendo anche da intermediario finanziario, può assicurare quell'imparzialità di giudizio che garantisce il bilanciamento tra gli interessi del promotore e dei finanziatori che interverranno successivamente.

Tuttavia, gli istituti di credito che intervengono successivamente nella fase del finanziamento potrebbero mancare di punti di riferimento credibili e di conseguenza potrebbe derivarne una difficoltà nel reperimento dei fondi e, quindi, il rischio di rendere il progetto irrealizzabile. A ciò si aggiunga il pericolo di duplicazione dei costi derivante dalla circostanza che il finanziatore vorrà comunque riesaminare l'insieme degli aspetti legali, tecnici, fiscali ed amministrativi per accordare il finanziamento.

È opportuno rilevare che a livello internazionale, proprio con particolare riferimento alle operazioni di *project financing*, un numero sempre crescente di banche opera secondo il cosiddetto modello integrato, ossia nella duplice veste di consulente e di finanziatore. Ciò consente di offrire al promotore

Sezione Terza

tutti i vantaggi derivanti dall'aver un unico interlocutore che lo garantisce in tutte le fasi di vita del progetto, evitando il rischio di porre in essere attività che si possono parzialmente sovrapporre ed inutilmente duplicare, influenzando in tal modo sul costo complessivo del progetto e soprattutto limitando i rischi di insuccesso nella fase di raccolta dei fondi.

Dalla prassi nazionale ed internazionale in tema di *project financing* si rileva che di particolare importanza è il ruolo della banca cosiddetta *arranger*, che assume un ruolo preminente nell'organizzazione del prestito e che svolge l'attività di reperire il finanziamento sul mercato, assicurando comunque la sottoscrizione diretta di un certo ammontare. Nelle operazioni di *project financing* è molto frequente che i promotori richiedano impegni di finanziamento interamente sottoscritti (*underwriting*), che consistono in impegni legali assunti sulla base di termini e condizioni negoziate e concordate tra le parti, che formano il cosiddetto *term sheet*. L'impegno è vincolante ed è soggetto ad alcune condizioni sospensive specificamente indicate.

Il processo di *underwriting* (nelle differenti formulazioni del *fully underwritten* e del *fully committed*), quindi, sposta sui sottoscrittori il rischio di un insuccesso nella fase di reperimento dei capitali, poiché nel caso che le altre banche rifiutino di finanziare il progetto gli *underwriters* sono obbligati a contrarre, sono cioè legati all'impegno di dover comunque provvedere al finanziamento a favore del promotore.

Nonostante il costo per il promotore ed il rischio per le banche, il ricorso al processo di *underwriting* può risultare determinante nello sviluppo di operazioni di *project financing*. Il motivo principale è che la certezza dei finanziamenti crea affidabilità del progetto, favorendo la stipula degli altri contratti commerciali e consentendo un tempestivo avvio della realizzazione dell'iniziativa.

A ciò si aggiunga l'affidamento che l'operazione di cui trattasi genera nell'amministrazione pubblica, che può contare su un piano finanziario reso ancor più solido, in quanto garantito direttamente dalle banche mediante un impegno di sottoscrizione.

Tale impegno, come detto, non equivale ad un effettivo finanziamento, poiché sarà la banca *arranger* a reperire gli altri finanziatori, anche mediante la creazione di un *pool* di istituti di intermediazione finanziaria, ma getta le basi per assicurare il passaggio da una mera ipotesi di investimento ad un progetto che possiede tutte le potenzialità tecniche, legali ed economiche per essere realizzato.

Dall'analisi suesposta circa i principali meccanismi che caratterizzano le operazioni in *project financing* a livello internazionale, occorre ora passare ad esaminare come l'istituto è stato disciplinato dal legislatore nazionale.

Con il dettato normativo contenuto nella legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni è stato in effetti introdotto nel nostro ordinamento giuridico, in relazione al solo settore dei lavori pubblici, l'istituto della finanza di progetto, disciplinando tuttavia solo alcuni aspetti del fenomeno. Inteso come un originale sistema di impulso per la realizzazione delle opere pubbliche, esso rappresenta anche per gli enti pubblici uno strumento cui ricorrere quasi necessariamente, stante il preoccupante divario esistente

Atti di regolazione

in termini finanziari tra disponibilità del settore pubblico e fabbisogno per opere infrastrutturali ad uso della collettività.

Tuttavia, affinché un'operazione ad iniziativa del promotore possa raggiungere gli obiettivi prefissati, occorrono nuovi comportamenti ed atteggiamenti sia da parte dei soggetti costituenti l'amministrazione pubblica sia da parte del mondo finanziario e bancario e di quello imprenditoriale. Occorre ribadire, infatti, che nel *project financing* muta radicalmente la prospettiva dell'analisi che si deve effettuare: non più una valutazione dell'equilibrio economico e finanziario del realizzatore, ma di quello del progetto che si propone. È pertanto essenziale una corretta analisi dei bisogni, soprattutto in termini del potenziale bacino di utenza dell'opera finita e di quantificazione dei costi di realizzazione, in quanto se essa sarà esatta potrà garantire l'indispensabile *cash flow*.

L'istituto della programmazione triennale gioca un importante ruolo nella applicazione dello strumento di cui trattasi. Ogni anno infatti la pubblica amministrazione, nelle sue varie articolazioni, individua i bisogni della collettività e le opere da realizzare per rispondere a detti bisogni, mediante un programma triennale scorrevole articolato in elenchi annuali. La programmazione pertanto individua anche le opere realizzabili mediante lo strumento della concessione basato sul *project financing*, ossia con una procedura ad iniziativa di soggetti privati.

Infatti, a differenza dell'istituto della concessione vera e propria, che si basa sull'iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice, l'istituto del *project financing* prevede l'iniziativa del privato, pur nella considerazione che entrambe le fattispecie in realtà prendono l'avvio da una scelta pubblica effettuata nel programma triennale.

È importante sottolineare che la legge, infatti, non ha inteso sostituire le scelte dell'amministrazione con quelle del privato: oltre al fatto che l'opera deve essere già inserita in uno strumento di programmazione, l'amministrazione è l'unico soggetto deputato a decidere quale sia il momento più opportuno per partire con la realizzazione dell'opera stessa e quali opere rivestano un carattere prioritario.

L'intento del legislatore è dunque quello di rispettare le scelte di priorità degli interventi effettuate dall'amministrazione, nel cui ambito possono essere avanzate proposte da parte del privato promotore.

Nella procedura ad iniziativa dei privati, ai sensi dell'art. 37 bis della legge n. 109/94 e successive modificazioni, i promotori possono proporre entro il 30 giugno di ogni anno - termine da considerarsi perentorio - alle amministrazioni competenti la realizzazione di infrastrutture aventi carattere imprenditoriale già inserite nel programma triennale e negli strumenti urbanistici approvati.

Dette proposte devono comprendere:

- uno studio di inquadramento territoriale ed ambientale;
- uno studio di fattibilità;
- un progetto preliminare;
- una bozza di convenzione;
- un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito;
- una specificazione del servizio e della relativa gestione;

Sezione Terza

- l'indicazione:

- dei parametri di cui all'articolo 21, comma 2, lettera b), della legge stessa per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, basati sul piano economico-finanziario;
- delle garanzie offerte alla amministrazione;
- delle spese sostenute per la predisposizione della proposta entro i limiti previsti dalla norma stessa.

Uno degli elementi costitutivi della proposta, quindi, è il piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito, che deve comprendere tutti gli elementi atti a consentire all'amministrazione di compiere una propria valutazione dell'iniziativa.

Il piano economico finanziario è in sostanza l'insieme degli studi e delle analisi che consentono una valutazione preventiva della fattibilità finanziaria del progetto e il disegno di un'ipotesi di modalità di reperimento dei fondi necessari per il sostegno dell'iniziativa stessa.

Esso è orientato prevalentemente a definire il profilo di rischio dell'operazione, i relativi tempi di attuazione e la dimensione della stessa, al fine di renderla proponibile alla comunità dei finanziatori. Con tale strumento viene valutata la sussistenza dell'equilibrio dell'investimento sotto il duplice profilo economico e finanziario, cioè sia con riguardo ai ricavi che si attendono mediante l'applicazione delle tariffe e che devono poter ripagare i costi di realizzazione dell'infrastruttura e di gestione del servizio, sia in relazione alle risorse finanziarie che devono far fronte agli esborsi monetari.

Il legislatore ha disposto, inoltre, che il piano economico-finanziario di cui trattasi debba essere asseverato da un istituto di credito.

Secondo alcuni partecipanti all'audizione, l'asseveramento consisterebbe nella sola attestazione da parte della banca, atta a comprovare che i flussi di entrate previsti nello svolgimento del servizio, sulla base delle analisi svolte dal promotore, saranno in grado di assicurare la copertura dei costi previsti ed il reintegro dei finanziamenti acquisiti sul mercato. Ciò non dovrebbe implicare, altresì, una valutazione approfondita da parte della banca in ordine al mercato interessato, sia dal lato della domanda che da quello dell'offerta, ed un esame della struttura dei prezzi e delle tariffe praticabili, perché in tal modo si duplicherebbero gli studi già compiuti dal promotore. Si tratterebbe, quindi, solo di una verifica di massima, atta a dimostrare la credibilità dell'iniziativa ossia che il prospetto finanziario del progetto abbia una coerenza e una propria validità ai tassi di mercato.

L'Autorità ritiene, invero, che la natura e la funzione che il legislatore ha inteso riconoscere all'attività di asseveramento degli istituti di credito non consente di poter ricondurre la stessa ad una mera verifica di massima del piano economico-finanziario. Detta attività è da intendersi in primo luogo come esercizio di una funzione di rilevanza pubblicistica, che si sostanzia nell'accertamento effettuato dall'istituto di credito, in luogo dell'amministrazione stessa, su uno degli elementi costitutivi della proposta.

L'attività di asseverazione è volta quindi ad un esame critico ed analitico del progetto, in cui vengono valutati gli aspetti legati alla fattibilità dell'intervento, alla sua remuneratività ed alla capacità di generare flussi di cassa positivi. Essa risulta, pertanto, essere un elemento essenziale della proposta, vista la necessità di utilizzare il piano economico-finanziario presentato

Atti di regolazione

dal promotore per determinare il valore degli elementi mediante i quali valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa nella successiva gara propedeutica alla procedura negoziata prevista dalla legge per l'affidamento della concessione.

Non è sufficiente, quindi, che l'istituto di credito effettui una semplice verifica di massima del piano economico-finanziario presentato dal promotore, ma sarà necessario che esso attesti la coerenza degli elementi che lo compongono, con particolare riferimento a quelli previsti dall'art. 18, comma 3, e dall'art. 85, comma 1, del DPR 21 dicembre 1999 n. 554.

In particolare, l'attività di asseverazione dovrà attestare che il piano economico-finanziario è coerente ai fini della determinazione dei seguenti elementi:

- a) l'eventuale prezzo massimo che l'amministrazione aggiudicatrice intende corrispondere;
- b) l'eventuale prezzo minimo che il concessionario è tenuto a corrispondere per la costituzione o il trasferimento dei diritti;
- c) l'eventuale canone da corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice;
- d) la percentuale dei lavori da appaltare obbligatoriamente a terzi;
- e) il tempo massimo previsto per l'esecuzione dei lavori e per l'avvio della gestione;
- f) la durata massima della concessione;
- g) il livello minimo della qualità di gestione del servizio, nonché le relative modalità;
- h) il livello iniziale massimo e la struttura delle tariffe da praticare all'utenza e la metodologia del loro adeguamento nel tempo.

L'asseveramento deve altresì fornire indicazioni alla stazione appaltante circa l'identificazione di eventuali ulteriori elementi specifici che saranno inseriti nel contratto. Infine, l'asseveramento dovrà indicare utili elementi di valutazione per la stazione appaltante, perché la stessa preveda la facoltà o l'obbligo per il concessionario di costituire la società di progetto prevista dall'articolo 37 *quinquies* della legge quadro.

L'istituto di credito, in conclusione, è chiamato a svolgere la propria attività di asseveramento per attestare, in particolare, il valore degli elementi suindicati, che verranno successivamente inseriti nel bando di gara dalla stazione appaltante quali criteri per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Da ciò deriva che il mancato o incompleto asseveramento comporta la conseguente inammissibilità della proposta, poiché viene a mancare una parte fondamentale della stessa, esplicitamente prevista dal legislatore. Ciò in quanto la proposta non potrà essere ritenuta di pubblico interesse e di conseguenza approvata, se la stessa non risulti completa in ogni sua parte, ivi compresa l'asseverazione analitica da parte degli istituti di credito del valore degli elementi sopra indicati.

Pertanto, in presenza di un asseveramento incompleto o nel quale la coerenza del piano economico-finanziario con gli elementi di cui agli articoli 18, comma 3, e 85, comma 1, del DPR n. 554/99 non sia ritenuta sufficientemente e chiaramente attestata, la stazione appaltante, durante l'attività valutativa prevista all'art. 37 *ter* della legge n. 109/94 e successive modificazioni, sarà tenuta a richiedere al promotore e all'istituto di credito asseve-

Sezione Terza

rante le necessarie integrazioni e/o chiarimenti, al fine di poter ritenere ammissibile la proposta stessa. E' ciò anche in riferimento alle proposte presentate entro la data del 30 giugno 2000.

Stabilita la natura e la funzione dell'attività di asseveramento che deve essere compiuta dagli istituti di credito, bisogna ora esaminare se essa possa intendersi anche come obbligo a contrarre da parte dell'istituto di credito, cioè come impegno al successivo finanziamento a favore del promotore.

Pur dovendo rilevare che nella legge quadro sui lavori pubblici, che rappresenta solo una delle possibilità applicative della finanza di progetto, l'elemento finanziario e quello tipicamente imprenditoriale sembrano a volte difficilmente distinguibili e viene correttamente apprezzato dal legislatore il ruolo centrale che la figura del finanziatore assume tipicamente in questo fenomeno, non può tuttavia ritenersi che il legislatore abbia voluto imporre agli istituti di credito asseveranti l'obbligo del successivo finanziamento.

Al contrario, dal dettato normativo si può rilevare che il legislatore ha voluto distinguere i due momenti dell'asseveramento e del finanziamento, considerando il primo come attività svolta in luogo e nell'interesse dell'amministrazione per attestare la validità degli elementi che compongono il piano economico-finanziario.

Non ha rilievo in questa sede ma è problema di rapporti tra promotori ed istituti di credito, se l'asseveramento possa creare in capo al primo legittime aspettative di finanziamento e, al limite, l'ipotizzabilità di una responsabilità di natura civilistica secondo il nostro ordinamento.

Infine, nell'ottica della ripartizione del rischio tra tutti i soggetti coinvolti ed in considerazione del richiamato collegamento negoziale che caratterizza le operazioni di *project financing* a livello internazionale, si sottolinea l'auspicio formulato in sede di audizione, che il promotore e la stessa amministrazione possano 'contare' sulla proposta, non solo in termini di verifica della sostenibilità economica della stessa ma anche come 'bancabilità', cioè effettiva garanzia di erogazione dei finanziamenti necessari alla sua realizzazione.

Ma, al di là di questa prospettiva *de jure condendo*, allo stato è fondamentale il ruolo svolto dalla pubblica amministrazione chiamata a dare certezza alla programmazione delle opere ed alla pianificazione territoriale per agevolare il capitale di rischio privato, così da rendere più agevole il processo di finanziamento e di realizzazione delle grandi opere.

2. Per quanto attiene poi al secondo quesito, alcuni intervenuti hanno ritenuto che i concorrenti partecipanti alla successiva gara, ai sensi dell'art. 37 *quater* della legge n. 109/94 e successive modificazioni, non debbano presentare un piano economico-finanziario asseverato, altrimenti ci si troverebbe dinanzi ad una difformità di trattamento tra i concorrenti per una concessione su iniziativa della pubblica amministrazione e quelli per una concessione su iniziativa di un promotore privato.

A tal fine occorre rilevare che se è pur vero che le proposte presentate dai concorrenti alla successiva gara si basano sulla proposta del promotore, già valutata dall'amministrazione e posta a base della gara stessa, va opportunamente evidenziato che anche le offerte dei concorrenti debbono consenti-

Atti di regolazione

re all'amministrazione una valutazione delle stesse in termini non difformi da quanto è accaduto per la proposta del promotore.

E poiché l'attività di asseveramento è volta ad assicurare in primo luogo la coerenza del piano economico-finanziario in relazione agli elementi di cui all'art. 85, comma 1, del DPR n. 554/99, ne consegue che sarà necessario che anche le proposte dei concorrenti siano corredate da un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito, nei limiti in cui risultino modificati il valore degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

3. Per quanto attiene, infine, al terzo quesito, questa Autorità si riserva di far conoscere le proprie determinazioni, avendo interessato della questione il Ministero delle finanze, per quanto di competenza.

Conclusioni

Per i motivi suesposti, l'Autorità ritiene che:

1. L'attività di asseveramento degli istituti di credito non costituisce impegno giuridico al successivo finanziamento. Essa è esercizio di una funzione di rilevanza pubblicistica mediante la quale si accerta, in luogo dell'amministrazione, la coerenza del piano economico-finanziario con gli elementi di cui agli articoli 18, comma 3, e 85, comma 1, del DPR 21 dicembre 1999, n. 554. In presenza di un mancato o incompleto asseveramento l'amministrazione, al fine di ritenere la proposta ammissibile e poterla compiutamente valutare, è tenuta a richiedere le necessarie integrazioni al promotore ed all'istituto di credito asseverante.
2. Il piano economico-finanziario presentato dai concorrenti nella gara di cui all'art. 37 *quater*, comma 1, lettera a), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni deve essere asseverato da un istituto di credito nei limiti in cui il valore degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa risulti variato rispetto all'indicazione fornita dal promotore con la sua proposta.

**Offerte nella licitazione privata
conseguente a proposta del promotore nel *project financing*
(Deliberazione del 26 ottobre 2000)**

Il Comune di Marciana Marina ha ricevuto una proposta, ai sensi dell'art. 37 *bis* della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni, dall'Associazione Temporanea d'Imprese CPL Concordia, in qualità di promotore, avente ad oggetto la realizzazione e gestione del servizio di distribuzione di GPL canalizzato nell'abitato comunale.

L'Amministrazione, avendo ritenuto la proposta in questione di pubblico interesse e fattibile sotto i profili indicati dall'art. 37 *ter* della legge stessa, ha indetto una gara mediante licitazione privata, da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per individuare i due migliori offerenti da ammettere successivamente alla procedura negoziata con il promotore prevista dall'art. 37 *quater* della legge quadro.

La gara è stata effettuata sulla base del progetto preliminare presentato dal promotore, ai sensi dell'art. 37 *quater*, comma 1, lett. *a*), della predetta legge. L'Amministrazione comunale, a seguito di quanto disposto dalla commissione giudicatrice appositamente nominata per l'individuazione delle migliori offerte pervenute, ha comunicato al Consorzio GST, partecipante alla gara stessa, la non ammissione alla successiva fase della procedura negoziata, in considerazione del fatto che «non sono riconoscibili nell'offerta soluzioni tecniche alternative migliorative della proposta del promotore nelle quali risiede l'unico ed esclusivo scopo voluto dall'impianto normativo di cui all'art. 37 *bis* e segg. della legge 109/94».

Successivamente, il Consorzio GST ha inviato una segnalazione a questa Autorità e, nel contempo, ha diffidato l'amministrazione appaltante dal procedere all'ulteriore fase della negoziazione del contratto con il promotore, richiedendo la riammissione alla procedura di gara. Ciò perché l'esponente ritiene che quanto asserito dalla stazione appaltante contrasta con lo spirito della disciplina di cui trattasi, che non pone in alcun modo l'obbligo per i partecipanti alla licitazione privata di presentare proposte alternative sotto il profilo progettuale, realizzativo, gestionale ed economico-finanziario. Infatti, il Consorzio sostiene di aver presentato una proposta del tutto omogenea rispetto a quella del promotore, proprio perché ha ritenuto di poter eseguire il progetto posto a base di gara a condizioni economicamente più favorevoli per l'amministrazione.

L'Autorità ha chiesto al Comune di Marciana Marina di fornire chiarimenti e le proprie valutazioni sulla questione, corredate della documentazione relativa alla procedura di gara.

Dall'esame di detta documentazione si è potuto riscontrare che l'impresa esponente è stata esclusa sulla base delle seguenti valutazioni:

- la gara di cui all'art. 37 *quater* della legge 109/94 e s.m.i. ha come finalità l'individuazione di proposte progettuali, realizzative, gestionali ed eco-

Sezione Terza

nomico-finanziarie alternative a quelle del promotore, mentre il Consorzio GST ha presentato un'offerta assolutamente identica a quella del promotore, ad eccezione della strutturazione finanziaria e del livello degli indicatori di convenienza economica;

- il piano economico-finanziario presentato dal concorrente si limita ad una riproduzione di quello presentato dal promotore, con l'unica differenza del minor contributo richiesto all'amministrazione, fattore quest'ultimo che potrebbe compromettere la stessa realizzabilità dell'opera.

Stante il rilievo che riveste la questione in oggetto ed il coinvolgimento di molteplici interessi del settore degli appalti pubblici, in conformità a quanto disposto nel Regolamento sul funzionamento dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, l'Autorità stessa ha convocato un'audizione, che si è tenuta presso la propria sede in data 26 luglio 2000, per discutere i seguenti punti:

- ambito di valutazione dell'offerta da parte della stazione appaltante;
- maggiore economicità e convenienza delle offerte che vengono presentate dall'offerente nella gara di licitazione privata di cui all'art. 37 *quater* della legge n. 109/94 e successive modifiche ed integrazioni.

All'audizione hanno partecipato rappresentanti del Comune di Marciana Marina e del Consorzio GST.

L'amministrazione comunale ha posto in evidenza l'opportunità di ottenere dall'Autorità un chiarimento sulle modalità di svolgimento della gara e sulla funzione del risarcimento che spetta al concorrente non aggiudicatario ai sensi dell'art. 37 *quater*, comma 5, della predetta legge quadro. Per quanto attiene a quest'ultima questione, infatti, l'ente appaltante pone in rilievo che, nel caso si ritenesse ammissibile che un concorrente presenti un progetto identico a quello del promotore, potrebbe avere interesse a partecipare alla gara al solo scopo di lucrare il rimborso previsto dalla norma suindicata. Tale perplessità verrebbe meno solo se si ritenesse che i partecipanti alla procedura di gara per l'affidamento della concessione debbano presentare soluzioni progettuali diverse da quella del proponente e con essa confrontabili.

I rappresentanti del Consorzio GST hanno confermato le considerazioni svolte nell'esposto suddetto, aggiungendo che le perplessità della stazione appaltante in merito alla diminuzione del contributo richiesto all'amministrazione sono infondate, in quanto detta diminuzione offerta dal Consorzio si basa sulla correttezza della formulazione del piano economico-finanziario rispetto alle previsioni contenute nel bando di gara e nella relativa convenzione.

Considerazioni

Va preliminarmente precisato che l'intervento di questa Autorità è finalizzato a stabilire l'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare, soprattutto in presenza di norme che possono ingenerare dubbi applicativi come nella fattispecie in esame, al fine di garantire il rispetto dei principi generali di cui all'art. 1, comma 1, della legge n. 109/94 e successive modificazioni.

Atti di regolazione

La prima questione che si pone all'esame di questa Autorità, inerisce al contenuto dell'offerta presentata dal concorrente alla licitazione privata prevista dall'art. 37 *quater*, lettera *a*), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni. In particolare, si vuole stabilire se la stessa possa o debba contenere varianti al progetto posto a base di gara.

È opportuno al riguardo considerare che con la legge quadro sui lavori pubblici il legislatore non ha provveduto a delineare un istituto giuridico autonomo ed autosufficiente per il *project financing*, bensì ha scelto di introdurre detto sistema di realizzazione delle opere pubbliche innestandolo su quello proprio della concessione, come risultante dalle modifiche alla legge stessa intervenute nel corso degli ultimi anni.

Occorre, pertanto, muovere dall'esame della disciplina che il legislatore ha dettato per quest'ultima, in particolare per quanto attiene alla fase dell'aggiudicazione della concessione mediante licitazione privata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'art. 20, comma 2, della legge 109/94 (e successive modifiche ed integrazioni) espressamente prevede: «le concessioni di cui all'art. 19 sono affidate mediante licitazione privata, ponendo a base di gara un progetto preliminare corredato, comunque, anche degli elaborati relativi alle preliminari essenziali indagini geologiche, geotecniche, idrologiche e sismiche; l'offerta ha ad oggetto gli elementi di cui all'articolo 21, comma 2, lett. *b*), nonché le eventuali proposte di varianti al progetto posto a base di gara...».

Inoltre, l'art. 85, comma 2, del DPR n. 554/99 prescrive: «le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere la facoltà per i concorrenti di inserire nell'offerta la proposta di eventuali varianti al progetto posto a base di gara, indicando quali parti dell'opera o del lavoro è possibile variare e a quali condizioni».

L'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa tende a dare all'aggiudicazione caratteristiche di elasticità, contrapponendosi a criteri meramente automatici e stimolando un confronto concorrenziale fra imprese, basato non unicamente sul prezzo migliore ma sulla vantaggiosità complessiva dell'offerta, combinata alle soluzioni tecniche proposte, che tenga soprattutto conto del rapporto costo-benefici.

Dalla lettura delle norme anzidette appare inoltre con chiarezza che, relativamente alla gara per l'aggiudicazione della concessione, il legislatore ha ammesso la facoltà per i partecipanti di presentare offerte comprensive di varianti al progetto preliminare posto a base di gara. Trattasi, comunque, di una mera facoltà per il concorrente e non di un obbligo, come si deduce facilmente dall'uso dei termini «possono» ed «eventuali».

Facoltà peraltro sempre ammessa, salvo il caso in cui l'amministrazione espressamente la escluda, con apposita clausola del bando, qualora abbia interesse a che l'opera sia realizzata esclusivamente con le caratteristiche previste dal progetto preliminare posto a base di gara.

Preso atto, quindi, che modifiche al progetto preliminare *possono* essere presentate nella procedura di licitazione privata in relazione alle concessioni, occorre ora esaminare come operi detta facoltà nel caso dello speciale procedimento di affidamento della concessione di cui all'art. 37 *quater* della legge 109/94 (e successive modifiche ed integrazioni).

Sezione Terza

Occorre in primo luogo osservare che, ai sensi degli artt. 37 *bis* e segg. della legge quadro, esaurita la fase della presentazione della proposta da parte del o dei promotori e dell'individuazione di quella ritenuta di pubblico interesse da parte dell'amministrazione, si apre la fase negoziale che ha ad oggetto l'affidamento della concessione, comprensiva della progettazione definitiva, della progettazione esecutiva, dell'esecuzione e della gestione dell'opera oggetto della proposta stessa.

A tal fine, l'art. 37 *quater*, comma 1, lett. a), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni espressamente prevede che le amministrazioni, al fine di aggiudicare mediante procedura negoziata la relativa concessione di cui all'articolo 19, comma 2, della stessa legge, procedono per ogni proposta ritenuta di pubblico interesse «ad indire una gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 21, comma 2, lett. b), ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, nonché il valore degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore». Lo stesso articolo alla lettera b) prevede, inoltre, che la concessione si aggiudica «mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla lettera a); nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge tra il promotore e questo unico soggetto.».

Appare del tutto evidente che il collegamento tra *project financing* e concessione è stato enfatizzato in via diretta dalle disposizioni in commento, prevedendo una speciale procedura per l'affidamento della concessione nell'ipotesi in cui la realizzazione dell'opera sia proposta da un promotore. In particolare, il procedimento di selezione mediante licitazione privata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa dei due concorrenti da invitare successivamente alla procedura negoziata richiama lo stesso strumento concorsuale individuato per l'aggiudicazione della concessione dall'art. 20, comma 2, sopra richiamato.

Va, tuttavia, opportunamente sottolineato che il procedimento di affidamento della concessione nelle operazioni di *project financing* si snoda attraverso due fasi distinte: la prima è costituita da una licitazione privata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; la seconda da una procedura negoziata tra il promotore e i due soggetti che hanno presentato le due migliori offerte nella licitazione privata suindicata.

Diverso è quindi il momento dell'aggiudicazione della concessione che, relativamente alle operazioni in *project financing* a iniziativa di promotore, avviene solo al termine della procedura negoziata. E diversa è anche la funzione della procedura di licitazione privata che, sempre nei procedimenti su iniziativa del promotore, è utilizzata dall'amministrazione al solo scopo di selezionare le offerte che potranno confrontarsi con quella del promotore nella futura procedura negoziata.

Tenuto conto delle susesposte differenze esistenti tra le due forme di licitazione privata previste per le procedure ad iniziativa della pubblica amministrazione e per quelle ad iniziativa dei privati, si tratta ora di esaminare

Atti di regolazione

in relazione a quest'ultima quale possa essere il contenuto dell'offerta del concorrente alla licitazione privata.

Dovrà stabilirsi, quindi, sia in relazione al sub-procedimento della gara sia a quello della procedura negoziata, se le offerte debbano o possano diversificarsi dalla proposta del promotore soltanto per quanto attiene l'offerta economica (prezzo richiesto o prezzo che il concorrente è disposto a corrispondere, *ex art. 87, co.1, lett. a, b*), o se possano differenziarsi anche sotto altri profili, quali l'intera organizzazione della gestione, sul presupposto di un diverso piano finanziario o, addirittura, relativamente allo stesso progetto posto a base di gara.

Bisogna innanzi tutto ricordare che il progetto proposto dal promotore è stato fatto proprio dall'amministrazione a seguito del procedimento di valutazione di cui all'art. 37 *ter* della legge quadro, che può anche aver imposto modifiche al progetto inizialmente proposto.

Non essendo la fase della licitazione privata di cui trattasi, come sopra ricordato, finalizzata alla scelta dell'aggiudicatario finale ma unicamente a selezionare le due migliori offerte economicamente più vantaggiose, al fine successivamente di porre in essere la fase della procedura negoziata fra le stesse ed il promotore, si potrebbe ritenere che, sulla base dei principi generali relativi al sistema della licitazione privata stessa, è da considerare legittima l'offerta di un concorrente che formuli unicamente proposte economiche migliorative rispetto a quella del promotore.

Inoltre, nel caso in cui il concorrente modifichi l'organizzazione della gestione in relazione all'opera da realizzare, con ciò modificando il valore degli elementi per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa posti a base della gara, sarà necessario, come stabilito dall'atto di regolazione n. 34/2000 di questa Autorità, che esso presenti un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito «in quanto l'attività di asseveramento è volta ad assicurare in primo luogo la coerenza del piano economico-finanziario in relazione agli elementi di cui all'art. 85, comma 1, del DPR 21 dicembre 1999 n. 554.».

Per quanto attiene poi alla possibilità di proporre varianti progettuali, occorre operare una distinzione tra le due fasi in cui si articola il procedimento in esame.

Se si ammettesse nella fase della licitazione privata che i singoli partecipanti possano introdurre modifiche progettuali, si potrebbe finire per snaturare il progetto posto a base di gara o comunque per non renderlo comparabile con quello originario. Ciò, invece, risulta possibile nella fase della procedura negoziata, dove il progetto del promotore viene messo a confronto con quelli dei concorrenti selezionati precedentemente, mediante l'apertura di un dialogo competitivo multiplo e flessibile, non limitato dalla struttura formalmente più rigida della licitazione privata.

In conclusione, è da ritenersi che non vi sia alcun obbligo per i partecipanti alla licitazione privata di presentare un'offerta contenente varianti al progetto posto a base di gara, ma che la possibilità di varianti sia una facoltà attribuita agli stessi dalla legge e dal regolamento attuativo, esercitabile nella fase della procedura negoziata anche relativamente alla sola individuazione del prezzo richiesto od offerto ai sensi dell'art. 87, co. 1 lett. *a*), e *b*) del DPR n. 554/99 citato.

Sezione Terza

Altra questione di particolare interesse, infine, appare quella relativa al meccanismo previsto dal legislatore per il rimborso delle spese sostenute dal promotore o dai concorrenti nel caso in cui uno di essi non risulti aggiudicatario.

Detto meccanismo ha lo scopo di incentivare la promozione di opere pubbliche nei soggetti privati.

Tuttavia, appare opportuno sottolineare che, se per quanto riguarda il caso del promotore che non risulti aggiudicatario, il meccanismo di rimborso previsto dall'art. 37 *quater* trova il proprio fondamento negli oneri che sicuramente il promotore stesso avrà sostenuto per l'elaborazione della proposta, non altrettanto chiaro risulta lo spirito della norma quando disciplina l'ipotesi del promotore che risulti aggiudicatario.

Infatti, in quest'ultimo caso è previsto che esso debba versare al primo e al secondo in graduatoria della licitazione privata le spese sostenute per la predisposizione della proposta e nelle misure rispettivamente del 60% e del 40%. Ora, da un lato, il rimborso di cui trattasi potrebbe essere ben superiore rispetto alle spese sostenute, che non sono ovviamente in nessun modo equiparabili a quelle del promotore, poiché non comprendenti gli oneri di promozione dell'opera; dall'altro, può apparire anomalo che, nel caso di aggiudicazione ad altro concorrente, la legge abbia previsto unicamente un rimborso per il promotore, nulla spettando al secondo concorrente individuato nella licitazione privata.

Una *ratio* della norma, peraltro, va individuata nello scopo di incentivare la massima partecipazione alle procedure in *project financing* di concorrenti diversi dal promotore, al fine di instaurare con quest'ultimo un confronto concorrenziale dal cui esito l'amministrazione, e quindi la collettività, può ricavare utile beneficio. Confronto concorrenziale effettivo rispetto alla proposta del promotore, che è incentivato proprio dalla natura, ritenuta penalizzante, del secondo classificato.

In ogni caso, trattandosi di un meccanismo di rimborso automatico, cioè senza alcun vaglio delle spese sostenute da parte dei concorrenti, esso opera a prescindere dal fatto che i concorrenti abbiano o meno presentato nella propria offerta varianti progettuali.

Conclusioni

Sulla base delle suesposte considerazioni, il Consiglio dell'Autorità delibera:

I partecipanti alla licitazione privata indetta sulla base della proposta del promotore (art. 37 *quater*, co. 1, lett. a, l. 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni) non sono tenuti nell'offerta a proporre varianti al progetto del promotore stesso, posto a base di gara. Ne segue che anche il rimborso della spesa che non spetta automaticamente a tutti i partecipanti alla gara non dipende dall'introduzione di varianti progettuali, ma spetta senza che occorra alcun vaglio delle spese effettivamente sostenute.