

giugno. Le tempistiche previste dalle disposizioni della legge 109/94 e del suo regolamento di attuazione sono, infatti, spesso disattese.

Si ritiene, dunque, necessario che gli strumenti di programmazione siano resi noti al mercato in tempi congrui.

In base alle valutazioni svolte dall'UFP, si ritiene che tale periodo non possa essere inferiore ai tre mesi e, idealmente, dovrebbe essere almeno di sei mesi, da calcolare in funzione del valore e/o della complessità del progetto.

Peraltro, per consentire al mercato di predisporre delle proposte ben ponderate e bancabili, si ritiene necessario che i tempi e modalità di divulgazione degli strumenti di programmazione siano considerati perentori.

Prospettivamente, per la realizzazione di operazioni poco complesse - si pensi, ad esempio, ai parcheggi o alle piscine - una volta che si siano consolidate chiare prassi amministrative e regole di mercato si potrebbero introdurre forme semplificate di strumenti di programmazione, attraverso adeguate procedure amministrative. In questi casi, i tempi di pubblicazione potrebbero essere di tre mesi, ma non si potrà mai prescindere dalla valutazione della domanda in termini di *output* e di *affordability*.

5.3.3 *Avviso di pre-informazione*

Oltre alla divulgazione dello strumento di programmazione, in base alle modalità succitate, si considera opportuno che le amministrazioni pubblichino obbligatoriamente un avviso, che, in base all'impianto della Direttiva lavori, si sostanzia in una comunicazione di pre-informazione sulla procedura *ex art.37bis* della legge 109/94. Idealmente l'avviso dovrebbe essere pubblicato all'inizio dell'anno solare, eventualmente integrando lo strumento di programmazione con ulteriori elementi che siano nel frattempo intervenuti, in modo da ottemperare al principio di trasparenza e di fornire al mercato il più puntuale livello d'informazione sul progetto.

Scopo della pubblicazione dell'avviso è quello di consentire ai potenziali promotori di organizzare le proprie risorse in tempo utile per presentare proposte adeguate alla scadenza del 30 giugno. Peraltro, la pubblicazione di tale avviso non costituisce inizio della fase di gara che, in base all'impianto della legge 109/94, è caratterizzata dalla libertà delle forme per quanto concerne l'individuazione del promotore³⁰.

L'amministrazione, una volta che abbia appropriatamente svolto l'attività di programmazione, non deve compiere alcun'altra attività di sollecitazione per giungere all'identificazione del promotore. In tale ottica la pubblicazione dell'avviso in questione ha il solo scopo di mitigare l'asimmetria informativa tra amministrazione e mercato. Sulla scorta dell'ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, l'amministrazione sarebbe legittimata ad integrare l'iniziale avviso pubblico, e a darne notizia attraverso le

³⁰ Quest'impostazione è stata confermata dall'ordinanza del TAR Lombardia, Sez.III, del 22 giugno 2000, n.2036.

medesime forme di pubblicità adottate per la pubblicazione dell'avviso, a seguito di eventuali richieste di chiarimenti da parte del mercato.

In tal maniera, l'amministrazione ottempererebbe pienamente al principio della trasparenza, finalizzato a garantire la maggiore concorrenza possibile nel mercato.

Per quanto concerne il contenuto dell'avviso pubblico, si osserva che, se la programmazione è stata correttamente effettuata - ovvero in modo che lo strumento di programmazione giunga all'identificazione di un effettivo *business case* del progetto - tali contenuti dovrebbero essere chiaramente esplicitati nell'avviso, tanto in termini tecnici, che gestionali e finanziari, da intendersi non come requisiti prescrittivi, quanto piuttosto come indicazioni di *output* dell'amministrazione, cui il mercato deve rispondere.

Per favorire l'elemento innovativo da parte del mercato, ed al tempo stesso soddisfare le esigenze dell'amministrazione, l'avviso potrebbe essere articolato in base a due ordini di adempimenti:

- prescrittivi: tutti quei requisiti che, qualora siano ritenuti carenti da parte dell'amministrazione, rendono la proposta irricevibile;
- facoltativi: tutti quei requisiti che sono considerati con favore da parte dell'amministrazione e rispetto ai quali si può sviluppare un maggiore contributo innovativo da parte del mercato.

Sulla base dell'esperienza internazionale, si ritiene opportuno suggerire che, per progetti particolarmente complessi, l'amministrazione abbia la facoltà di stabilire nell'avviso pubblico precise procedure per organizzare delle presentazioni ufficiali degli stessi. Queste presentazioni dovrebbero essere impostate con la finalità di esplicitare, nella maniera più trasparente possibile, le aspettative dell'amministrazione in relazione al progetto e potrebbero svolgersi in forma di audizioni plenarie, nel cui ambito possa aver luogo un effettivo dialogo tra l'amministrazione ed il settore privato, sotto l'egida delle più moderne forme di PPP.

5.4 Promotore

5.4.1 Criticità

L'introduzione della figura del promotore nel quadro giuridico italiano è stata da più parti considerata la vera innovazione introdotta dalla legge 109/94, in quanto consente al mercato l'elaborazione di proposte in mancanza di una precisa sollecitazione, da intendersi come la pubblicazione di un bando di gara, da parte dell'amministrazione - come avviene, invece, nell'ipotesi dell'art. 19, comma 2 della legge 109/94 e nelle ipotesi di appalti tradizionali - a condizione che le opere, oggetto della proposta del promotore, siano state inserite nella programmazione triennale *ex art.14*, comma 2 della legge 109/94, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione in base alle norme vigenti.

La scelta di consentire al promotore di presentare delle proposte, sostanzialmente non sollecitate dall'amministrazione - se si escludono gli strumenti di programmazione e la loro relativa divulgazione - quantunque animata dall'intenzione di consentire al mercato di poter elaborare le proposte in base alle sue valutazioni e, almeno in teoria, in base alle sue capacità di fornire un apporto innovativo ha, di fatto, allocato il rischio di fallimento dell'intera operazione sul mercato.

5.4.2 *L'amministrazione come sponsor*

L'introduzione della figura del promotore in Italia è stata mutuata dalla tradizione anglosassone dello *sponsor* che in quegli ordinamenti può essere considerato una sorta di "nume tutelare" del progetto: in altre parole è il soggetto che si fa carico di catalizzare tutti gli eventuali consensi delle parti coinvolte nel progetto per facilitarne la buona riuscita.

Seguendo questa logica, in Italia, sarebbe opportuno che il ruolo dello *sponsor* fosse svolto dalla stessa amministrazione, soprattutto per quanto concerne tutti gli adempimenti tecnico-amministrativi prodromici all'indizione della procedura d'aggiudicazione pubblica, da intendersi non solo come chiarimenti delle competenze precipue della stazione appaltante, ma anche di tutte le amministrazioni coinvolte per competenza. In questo modo si eviterebbe il proliferare di una non commendevole prassi, più volte evidenziatasi nelle analisi svolte dall'UFP, che si sostanzia nell'indizione di gare di evidenza pubblica sottoposte a condizioni sospensive, dal momento che le necessarie procedure amministrative, intese in senso lato, non sono state tutte espletate *ex ante*.

Questa constatazione è particolarmente pregnante nel caso di progetti che interessino un bacino territoriale sul quale incombono le competenze di vari enti pubblici. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di infrastrutture che attraversano più di una regione, ma anche al caso di una tratta stradale su cui gravano le competenze amministrative di regione, province e comuni ed, eventualmente, in funzione della tipologia della stessa, anche amministrazioni centrali. In quest'ipotesi, per evitare che un'eccessiva parcellizzazione delle competenze amministrative ostacoli la realizzazione dell'opera considerata, appare opportuno individuare un'unica amministrazione che catalizzi tutte le autorizzazioni amministrative e si faccia, di fatto, *sponsor*, qui sì nell'accezione anglosassone, del progetto, non solo fornendo il necessario supporto politico, ma predisponendo un chiaro quadro di riferimento tecnico-amministrativo che consenta di sollecitare il mercato alla luce di un ben definito quadro di certezze giuridiche.

Quest'approccio è stato introdotto, nel sistema giuridico italiano, attraverso l'emanazione della legge 21 dicembre 2001, n.443, c.d. legge obiettivo, in cui, in merito alla realizzazione di infrastrutture strategiche, è avvocato il principio della centralità delle funzioni di controllo e propulsive in capo al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti al fine di velocizzare le procedure autorizzatorie amministrative previste dall'ordinamento.

Tale impostazione va integrata con un ulteriore elemento. Nel caso in cui oggetto della proposta sia un progetto che, date le sue caratteristiche, non sia in

grado di generare reddito in misura sufficiente a remunerare l'investimento, occorrerà prevedere una componente di contribuzione pubblica (vd., ad esempio, il prezzo *ex art.19*, comma 2 della legge 109/94). Anche in questo caso si ritiene opportuno che l'amministrazione decida, in una fase precedente all'indizione della gara, la quantità e tipologia - in termini di contribuzioni attribuite attraverso lo sfruttamento di oneri urbanistici o di godimento di diritti reali - del contributo che intenda corrispondere. Tale contributo dovrebbe essere posto a base di gara, in base al disposto dell'art.21, comma 2, lett. b), punto 1) della legge 109/94 come massimo contributo che l'amministrazione è disposta a versare a fronte dell'aggiudicazione del contratto di concessione di costruzione e gestione ed in merito al quale si intende sviluppare un'effettiva concorrenza tra i candidati partecipanti alla gara. Anche in questo caso la definizione del contributo pubblico deve essere intesa come mera indicazione di massima da dare al mercato in una fase precedente all'elaborazione delle proposte e non può prescindere da una corretta allocazione dei rischi, che dovrà, in fase di gara, costituire oggetto di attenta negoziazione con il futuro concessionario, in funzione delle tipologie di rischio allocate prestando particolare attenzione alla fase gestionale.

Questo *modus operandi* consente di garantire la massima trasparenza da parte dell'amministrazione e di dare quella necessaria certezza al mercato, anche sulle condizioni economiche dell'operazione.

Nel caso in cui si ritenga opportuno che l'amministrazione svolga il ruolo di *sponsor*, il che dovrebbe essere attuato attraverso una modifica della legge 109/94 e dei regolamenti attuativi, le nuove responsabilità attribuite all'amministrazione in questo contesto avrebbero dei positivi riflessi anche in fase di negoziazione del contratto di concessione, dal momento che sarebbe da ritenersi assolutamente coerente con lo schema proposto l'assunzione di determinati rischi da parte dell'amministrazione. Tali rischi dovrebbero essere tutti quelli relativi all'ambito tecnico-amministrativo. Questa modalità rispetta le più moderne filosofie di allocazione dei rischi³¹, che sottolineano la necessità di ottimizzarne l'allocazione, facendo sì che se ne faccia carico la controparte che sia in grado di gestirli nella maniera più efficiente. Questo compito risulta facilitato se tutto il quadro tecnico-amministrativo è già stato chiarito dall'amministrazione, nello strumento di programmazione, prima d'indire la procedura di evidenza pubblica.

³¹ La prassi internazionale in tema di allocazione dei rischi dimostra una profonda evoluzione che, anche a seguito dell'esperienza inglese della PFI, si è mossa da un'iniziale posizione radicale in cui si riteneva che fosse interesse dell'amministrazione massimizzare l'allocazione dei rischi al settore privato, ritenendo aprioristicamente che questo fosse il soggetto meglio abilitato a gestirli tutti, ad un più realistico approccio che si basa oggi sul concetto di ottimizzazione dei rischi, cioè allocando a ciascun soggetto solo quei rischi che lo stesso è in grado di gestire meglio. Tale scelta deve essere compiuta caso per caso in funzione delle specifiche proprie del progetto in questione. In altri termini, potrebbe non essere efficiente trasferire al settore privato quei rischi per l'assunzione dei quali lo stesso richiederebbe in contropartita una remunerazione eccessiva.

5.5 Prequalifica soggettiva

Le valutazioni dell'UFP in merito ai requisiti soggettivi dei promotori, così come stabiliti dalla legge 109/94 e dai relativi regolamenti d'attuazione, hanno evidenziato, in molti casi, un mancato rispetto dei criteri stabiliti dall'ordinamento vigente e una parziale inadeguatezza degli stessi, se rapportati alle peculiarità proprie delle operazioni di finanza di progetto.

Alla luce delle verifiche svolte, si ritiene opportuno suggerire un'integrazione delle norme vigenti sulle qualifiche soggettive così che i soggetti che partecipano alle varie fasi del progetto - progettisti, finanziatori, costruttori e gestori - siano appropriatamente selezionati. In altre parole, la prequalifica soggettiva deve specularmente riflettere tutte le professionalità presenti in un'operazione di finanza di progetto.

Qualora tale modifica legislativa non fosse realizzabile, sarebbe opportuno che l'UFP emanasse delle linee-guida chiarendo che, sulla scorta della ormai consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea, mentre i requisiti soggettivi di carattere tecnico devono essere intesi come tassativamente definiti dalle direttive comunitarie - dal momento che qualsiasi restrizione potrebbe sostanzialmente violare il principio della libertà di circolazione di beni, persone e servizi, stabilito nel Trattato europeo - quelli economico-finanziari rappresentano una mera elencazione esemplificativa. Ne consegue che tanto le norme nazionali di recepimento, quanto le amministrazioni aggiudicatrici possano, qualora ne ricorrano le condizioni, imporre requisiti più restrittivi così che la procedura di prequalifica soggettiva selezioni candidati effettivamente idonei per l'esecuzione del contratto da aggiudicare.

L'unico limite a quest'impostazione è rappresentato dal principio di proporzionalità, stabilito nel Trattato europeo e ribadito più volte nelle pronunce della Corte, in base al quale le amministrazioni aggiudicatrici non possono imporre requisiti che non siano proporzionali all'oggetto del contratto da aggiudicare. Ciò vuol dire, per esempio, che per operazioni semplici si potrebbe ipotizzare un minor rigore³², anche in termini di requisiti soggettivi, fermo restando che tutte le professionalità coinvolte debbano essere adeguatamente selezionate. Nell'identificazione di criteri più restrittivi l'amministrazione potrebbe utilizzare, come parametro di riferimento, il valore presunto dell'importo del progetto³³.

Nel percorso procedurale qui suggerito, la fase di prequalifica soggettiva rappresenta la fase di valutazione preliminare, al cui esito positivo è condizionata la presentazione della proposta. In altre parole, saranno ammessi a presentare le proposte soltanto i soggetti che avranno dimostrato di avere requisiti idonei.

³² Per esempio potrebbero essere richiesti inferiori livelli di capitale sociale o di fatturato.

³³ Peraltro, l'esplicitazione di quest'informazione è espressamente richiesta nei modelli dei bandi predisposti dalla Commissione delle Comunità Europee.

³⁴ Peraltro, l'esplicitazione di quest'informazione è espressamente richiesta nei modelli dei bandi predisposti dalla Commissione delle Comunità Europee.

In questo modo si ritiene che l'amministrazione ottemperi meglio ai principi dell'efficacia ed efficienza non disperdendo tempo ad analizzare proposte che avrebbero poche probabilità di successo per via della mancanza di idonei requisiti soggettivi in capo ai promotori. Inoltre, l'approccio trasparente attraverso cui la selezione si articola consentirebbe anche al mercato di organizzare i propri mezzi imprenditoriali in maniera più efficiente.

5.6 Contenuto della proposta

5.6.1 Criticità

L'analisi dei progetti portati all'attenzione dell'UFP ha evidenziato una serie di criticità con riferimento al contenuto della proposta che il promotore può presentare, ai sensi dell'art.37bis della 109/94. Tali criticità possono essere tutte, sostanzialmente, comprese nella macro-categoria della "incompletezza della documentazione presentata". In molti casi, infatti, si è constatato che i promotori non hanno presentato tutta la documentazione richiesta dall'art.37bis. Le carenze riscontrate possono essere classificate come segue:

- progetti preliminari: le previsioni sancite dall'art.16, comma 3 della legge 109/94 e, in particolare, gli ulteriori requisiti imposti dal regolamento di attuazione, non sono stati sempre rispettati (per esempio, elaborazione di proposte impostate su aree non appartenenti all'amministrazione concedente e/o progetti che richiedono varianti da applicare al piano regolatore);
- studi di fattibilità: risultano carenti in merito agli adempimenti amministrativi richiesti per l'approvazione dell'opera e per l'esercizio del servizio cui l'opera è funzionale. Peraltro, questa carenza della documentazione sottolinea la necessità che di questo tipo di adempimenti si faccia, più correttamente, carico l'amministrazione, come già illustrato al paragrafo 5.2;
- piano economico-finanziario: le analisi svolte spesso non sono congruenti con un'attenta analisi della domanda nel caso concreto (cfr. paragrafo 5.2). In relazione al piano economico-finanziario, si è più volte rilevato che il calcolo dei costi di realizzazione non è stato effettuato in linea con le previsioni del regolamento di attuazione: nello specifico è apparso evidente che, in diverse occasioni, sono state effettuate stime in eccesso dei costi di realizzazione delle opere pari al 20-30% in più³⁶, il

³⁵ Direttiva 89/665 del 21 dicembre 1989, G.U.C.E. L 395 del 30 dicembre 1989, entrata in vigore il 3 gennaio 1990.

³⁶ E' necessario che le amministrazioni valutino attentamente la congruenza dei costi. Può accadere, infatti, che i promotori incontrino difficoltà a stimare gli extra-costi, percependo già questa fase come un primo livello di gara. Peraltro, questa percezione, seppure comprensibile in funzione della scelta che l'amministrazione deve effettuare con la dichiarazione di interesse pubblico della proposta da porre a base di gara, non è incentrata su un'effettiva concorrenza sui prezzi che consente all'amministrazione di abbassare i costi quotati dal promotore. Di fatto, poi, anche nella procedura di gara vera e propria, la circostanza che il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può disperdere l'attenzione dell'amministrazione con riferimento ad una vera gara al ribasso sui costi quotati dagli offerenti. Ne consegue che l'utile degli azionisti della società di progetto risulterà maggiorato per quella

che può indurre in fase di valutazione della proposta ad una sottostima della redditività effettiva per il promotore³⁷. Teoricamente, questa situazione potrebbe essere corretta dalla procedura concorrenziale stabilita dall'art.37^{quater} della legge 109/94, nel corso della quale gli eventuali concorrenti potrebbero incidere proprio sul margine di redditività esposto nella proposta del promotore. Tuttavia, quest'ipotesi potrebbe non verificarsi qualora la gara a valle vada deserta, nel qual caso la proposta del promotore, posta a base di gara, è vincolante per lo stesso³⁸, oppure nel caso in cui intervengano meccanismi collusivi tra i partecipanti alla gara che, in questo senso, sono tutti accomunati dallo stesso interesse: mantenere alti i profili di redditività dell'aggiudicando contratto;

- bozza di convenzione: in generale le bozze di convenzione non prestano la necessaria attenzione alla fase gestionale del progetto. Spesso tendono ad essere redatte come meri contratti di appalto di lavori, in cui la gestione è menzionata solo marginalmente. In parte questo fenomeno è tipico di un mercato in cui sono soprattutto le imprese di costruzione a svolgere il ruolo del promotore, anche perché ciò è in piena aderenza con il dettato della legge 109/94 e del regolamento di attuazione. E', dunque, logico che questi soggetti tendano ad utilizzare strumenti loro familiari e ad impostare l'intera operazione, tendenzialmente, come un appalto di lavori. Come sarà ulteriormente chiarito al paragrafo 5.11, quest'impostazione non coglie tuttavia l'elemento caratterizzante dell'aggiudicando contratto di concessione. Peraltro, poiché la legge 109/94 conferisce al promotore la possibilità di redigere la bozza di convenzione, questi avrà, tatticamente, interesse a definire condizioni contrattuali a lui particolarmente favorevoli, il che impone un ulteriore onere a carico dell'amministrazione, che dovrà operarsi attivamente al fine di ristabilire l'equilibrio delle condizioni contrattuali necessarie per raggiungere l'obiettivo pubblico che si intende perseguire nello specifico progetto.

Le succitate carenze hanno indotto le amministrazioni, che sono state assistite dall'UFP, ad intraprendere lunghe e complesse trattative con i promotori. Queste interlocuzioni – svoltesi ai sensi dell'art.37^{ter} della legge 109/94 - sono state rese più complesse e difficili dalla mancanza di stimolo competitivo nei confronti del promotore, essendo stata presentata al 30 giugno, normalmente, una sola proposta per ciascun progetto. Inoltre, in tutti quei casi in cui gli strumenti di programmazione non erano stati correttamente predisposti, le amministrazioni hanno incontrato maggiori difficoltà a negoziare importanti modifiche alle proposte presentate dai promotori, in assenza di un metro di paragone.

quota di extra-costi sovrastimati che non sono stati attentamente verificati dall'amministrazione al momento della dichiarazione di pubblico interesse della proposta.

³⁷ Questo stesso elemento richiama, più in generale, le difficoltà incontrate dall'UFP, sul piano della valutazione delle proposte, indotte dalla mancata definizione di ipotesi *standard* sul piano macro-economico, d'investimento e finanziario (vd. inflazione) anche rispetto alle quali può essere stimolata un'effettiva concorrenza.

³⁸Nel caso in cui la gara a valle vada deserta, l'amministrazione deve affidare la concessione al promotore (cfr. par. 5.9).

Vale sottolineare che queste interlocuzioni hanno avuto riflessi negativi anche sul rispetto dei tempi previsti per la valutazione d'interesse pubblico, *i.e.* 31 ottobre, nonché delle successive gare, *i.e.* 31 dicembre.

5.6.2 Soluzioni proposte

Sulla base dell'esperienza maturata dall'UFP, anche attraverso il confronto con procedure simili perseguite in altri paesi, si è giunti alla conclusione che il contenuto della proposta, così come definito dall'art.37bis della legge 109/94, sia troppo prescrittivo, quantunque abbia una sua coerenza all'interno del quadro giuridico predisposto dalla legge 109/94 che, in pratica, ipotizza due procedure speculari: quella prevista dall'art.19, comma 2 e quella prevista dall'art.37bis e ss.. Le due procedure si distinguono, per quanto concerne la fase d'avvio, poiché nel primo caso, ad iniziativa pubblica, è l'amministrazione a predisporre l'intera documentazione da porre a base di gara, mentre nel secondo, ad iniziativa privata, l'onere iniziale è affidato al privato. E' solo in funzione di tale specularità che si comprende il motivo per cui il promotore debba presentare una proposta così articolata in una fase così a monte dell'intera procedura, in cui il rischio di fallimento è particolarmente alto.

Inoltre, l'adempimento di tutte le prescrizioni indicate dall'art.37bis, comma 1 implica ingenti costi per il settore privato che, vista l'incertezza dell'aggiudicazione del contratto finale, può essere demotivato a partecipare, in quanto non si ritiene che i meccanismi di risarcimento dei costi sostenuti per la predisposizione della proposta costituiscano, di per sé, un incentivo sufficiente³⁹.

Si ritiene utile riflettere sull'opportunità di un'ulteriore modifica normativa che consenta, a quei soggetti che siano stati selezionati a seguito della fase di prequalifica soggettiva, illustrata al paragrafo 5.5, di presentare proposte più semplici, in cui, per esempio, potrebbero essere identificati solo gli elementi essenziali del progetto, ovvero la particolare soluzione ipotizzata dal promotore in risposta all'*output* dell'amministrazione, nel rispetto delle peculiarità proprie dell'istituto della finanza di progetto. Ciò anche perché l'analisi di proposte così complesse, come da modello prescritto dall'art.37bis della legge 109/94, comporta una complessa ed onerosa attività in capo all'amministrazione che, ove non giungesse ad un risultato positivo, in termini di aggiudicazione del contratto, non sembra rispettare i principi di efficienza ed efficacia cui è ispirata la legge 109/94.

5.7 Asseverazione

L'attività di verifica svolta dall'UFP ha rilevato, quasi invariabilmente in tutti i progetti seguiti, la non conformità delle asseverazioni prestate dagli istituti di credito - così come richiesto dall'art.37bis, comma 1 della legge 109/94⁴⁰. Più precisamente le carenze dell'asseverazione sono state rilevate in relazione

³⁹ Cfr. par. 5.12.

⁴⁰ Occorre precisare che l'art.37bis della legge 109/94 si limita a richiedere la prestazione di quest'attività da parte degli istituti di credito, senza definirne i contenuti, né offrendo alcuna qualificazione giuridica della stessa.

all'Atto di Regolazione n.34, emanato dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, il 18 luglio 2000. Sinteticamente, in tale documento interpretativo, l'Autorità attribuiva natura pubblicistica all'attività di asseverazione e prescriveva il contenuto delle analisi di cui la stessa doveva farsi carico⁴¹. Questa posizione dell'Autorità, quantunque non possa essere ritenuta altro che una pronuncia avente valore di *moral suasion*⁴², ha, di fatto, creato una situazione di stallo nel mercato in quanto gli istituti di credito non hanno, di norma, prestato l'attività di asseverazione bancaria in conformità all'Atto n.34/2000.

Si è così creata una situazione di notevole difficoltà nel mercato in quanto:

- il settore privato, di fronte alla richiesta dell'amministrazione di integrare l'asseverazione inizialmente presentata per renderla conforme al dettato dell'Atto n.34/2000, si è scontrato con il fermo diniego da parte degli istituti di credito di produrre asseverazioni in conformità al succitato Atto n.34/2000. E' stato segnalato che, in alcuni casi, questa posizione degli istituti di credito è stata meno ferrea, in funzione della particolare forza negoziale di alcuni promotori. Ciò ha prodotto un effetto distorsivo sui normali meccanismi di concorrenza sul mercato;
- le amministrazioni si sono trovate di fronte al dilemma di dichiarare d'interesse pubblico proposte accompagnate da asseverazioni non conformi all'Atto n.34/2000 - esponendosi a possibili ricorsi - oppure di ritenere non ricevibili proposte, che potevano in linea generale considerarsi fattibili, a causa della mancanza di asseverazione appropriata, anche qui esponendosi a possibili ricorsi.

Per risolvere questa complessa situazione - che da parte di alcuni commentatori è stata considerata come uno dei problemi che ha più significativamente contribuito a rallentare lo sviluppo del mercato italiano della finanza di progetto - l'Autorità ha organizzato un'audizione, cui è stata invitata a partecipare la stessa UFP ed i rappresentanti del settore privato, a seguito della quale ha emanato un successivo atto, l'Atto di Regolazione n.14 del 5 luglio 2001, in cui, in breve, ha riconosciuto che l'attività di asseverazione:

⁴¹ In particolare, l'Autorità ritiene che l'attività di asseverazione degli istituti di credito costituisca 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 che dovranno essere inseriti nel bando di gara dalla stazione appaltante quali criteri per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa. In presenza di un'asseverazione incompleta o insufficiente l'amministrazione dovrà richiedere le necessarie integrazioni, al fine di poter ritenere ammissibile la proposta e ciò anche con riferimento alle proposte presentate entro il 30 giugno 2000. L'attività di asseverazione non costituisce peraltro impegno giuridico al successivo finanziamento dell'opera da parte dell'istituto di credito.

L'Autorità ritiene, inoltre, che il piano economico-finanziario presentato dai concorrenti nella gara prevista all'art.37^{quater} della legge 109/94 debba essere asseverato da un istituto di credito nel caso in cui i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa risultino variati rispetto all'indicazione fornita dal promotore nella sua proposta.

⁴² L'Autorità, con delibera del 28 dicembre 1999, ha approvato il regolamento relativo agli interventi regolatori, definendo quelli di portata generale (atti di regolazione) e quelli risolutivi di casi concreti (atti di determinazione): entrambi sono espressione di un potere di regolamentazione secondario.

- non determinando un rapporto diretto tra l'amministrazione e l'istituto di credito, non ha natura pubblicistica (rimandando, tuttavia, opportunamente, la definizione del problema alla sede giudiziale);
- non si sostanzia in una mera verifica di massima sulla sostenibilità delle proposte, ma che, al contrario, deve attestare la correttezza del piano economico-finanziario e la congruità delle relative poste utilizzate per la sua elaborazione.

In particolare, l'Autorità ha ribadito il principio, pienamente condiviso dall'UFP, che sia *"Imprescindibile...la verifica della congruenza dei dati forniti nel piano economico-finanziario con la bozza di convenzione"*.

L'UFP ritiene, anche alla luce degli ulteriori chiarimenti forniti dall'Autorità, che lo scopo precipuo dell'asseverazione sia quello di assicurare la congruità degli investimenti del privato rispetto all'obiettivo perseguito dall'amministrazione, in modo da offrire la maggior garanzia possibile che l'interesse del privato e quello dell'amministrazione siano soddisfatti attraverso l'esecuzione del contratto aggiudicato a conclusione della procedura di evidenza pubblica. L'UFP concorda, in particolare, sul fatto che l'attività di asseverazione da parte degli istituti di credito non possa essere ricondotta alla semplice verifica formale del piano economico-finanziario, ma debba consistere nell'accertamento puntuale, per quanto a livello necessariamente preliminare, delle ipotesi a base del piano economico-finanziario, vale a dire il valore di alcuni elementi, tecnici ed economici, essenziali per la valutazione complessiva della proposta - che dovranno essere successivamente inseriti nel bando di gara dalla stazione appaltante quali criteri per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa - dei quali si è riconosciuta la validità.

Le modalità più rigorose richieste per l'attività di asseverazione dovrebbero comportare una maggior attenzione da parte del promotore nel definire una serie di elementi - riguardanti, in particolare, la fase della gestione dell'opera da realizzare e l'esistenza dei presupposti della domanda - che, invece, a quanto risulta a seguito dell'attività sinora svolta dall'UFP risultano spesso indicati in modo del tutto vago e approssimativo.

Inoltre, occorre svolgere un'ulteriore riflessione relativa all'identificazione della fase procedurale in cui sia più efficiente richiedere la presentazione dell'asseverazione. L'art.37bis, comma 1 della legge 109/94 impone che il promotore si doti dell'asseverazione del piano economico-finanziario al momento della presentazione della proposta, in una fase preliminare, quindi, alla valutazione che della stessa dovrà fare l'amministrazione. Quest'ultima potrà richiedere modifiche, negoziandole o meno, a seguito delle quali il piano economico-finanziario, originariamente proposto, potrebbe risultare non più congruente con l'impianto della proposta modificata. Ciò, a rigor di logica, imporrebbe la presentazione di una nuova asseverazione da parte del promotore, con ulteriori aggravii di costi e tempi. Tale situazione si è già più volte verificata e risolta con molte difficoltà.

Si ritiene opportuno svolgere una più approfondita riflessione sui vantaggi che potrebbero derivare al mercato - inteso in senso lato e quindi inclusivo

dell'amministrazione - da un'eventuale modifica normativa che imponesse l'obbligo all'amministrazione di richiedere l'asseverazione, così come qui definita, solo a seguito di una prima fase negoziale, mirata all'identificazione di una proposta il cui impianto sia ritenuto fattibile dall'amministrazione, alla luce degli obiettivi esplicitati nello strumento di programmazione. Anche in quest'ipotesi si ritiene opportuno che il promotore svolga attente e ben documentate analisi a supporto delle valutazioni esplicitate nel piano economico-finanziario - che devono, in sostanza, esplicitarsi in una sorta di *due diligence* preliminare - per evitare il rischio che, qualora l'amministrazione scelga, in prima istanza, una certa proposta, la stessa si riveli, in seguito, non realizzabile per mancanza dei presupposti finanziari necessari. In tal modo, l'amministrazione, senza imporre compiti particolarmente gravosi al promotore, avrebbe, tuttavia, uno strumento di conferma delle analisi economico-finanziarie svolte dal promotore.

In ossequio alla struttura dell'economia italiana, caratterizzata dall'importante presenza di numerose piccole e medie imprese e dalla necessità di realizzare molti progetti, anche di minore complessità, si ritiene opportuno, una volta che si siano consolidate le prassi di mercato, introdurre dei principi *de minimis*, per quanto concerne l'asseverazione del piano economico-finanziario, per progetti al di sotto di certe soglie e rispetto ai quali siano chiari gli assunti di base. Anche in questi casi, tuttavia, sarebbe necessario che gli istituti di credito svolgessero un'attività di *due diligence* del progetto, quantunque in forma semplificata, al fine di garantire la presenza e la congruità degli assunti di base.

Si ritiene, infine, opportuno evidenziare che la succitata situazione di stallo del mercato si è verificata, non solo a causa della scarsa chiarezza delle norme e della loro relativa interpretazione, ma anche della posizione dominante concessa agli istituti di credito in relazione all'asseverazione, dal momento che l'art.37bis, comma 1 della legge 109/94 autorizza, in via esclusiva, questi soggetti a prestare l'attività di asseverazione. Ciò potrebbe generare effetti distorsivi della concorrenza, favorendo promotori portatori di interessi economici forti a scapito di promotori dotati di minore potere negoziale.

E' opinione dell'UFP che tale assetto possa essere sostanzialmente modificato solo introducendo un ulteriore elemento di concorrenza a livello dei soggetti autorizzati a prestare l'asseverazione, *i.e.* gli istituti di credito. A tal fine si ritiene opportuno ampliare la sfera dei soggetti abilitati, riconoscendo anche ad altri soggetti la facoltà di prestare l'asseverazione, da ritenersi, dal punto di vista giuridico, esattamente equivalente a quella prestata dagli istituti di credito. A tale scopo si suggerisce di creare, presso un soggetto che dovrebbe occuparsi dell'intera regia dell'operazione e che potrebbe anche essere una struttura delle amministrazioni centrali, un albo *ad hoc* degli asseveratori, accompagnato da precise regole per l'ottenimento della qualifica di asseveratore - attraverso il sistema delle licenze - e di controllo ed indirizzo dell'attività degli stessi. Un possibile modello da cui trarre ispirazione è quello attuato dalla Consob, nel settore della revisione contabile, che sembra particolarmente pertinente non solo

in considerazione della sua strutturazione⁴³, ma anche perché le società di revisione svolgono un'attività che, per certi versi, potrebbe essere considerata non dissimile dall'asseverazione, così come intesa nel sistema giuridico vigente.

5.8 Scadenze procedurali

La legge 109/94 prevede tre scadenze cui corrispondono altrettante ben precise fasi procedurali:

- 30 giugno: termine stabilito per la presentazione delle proposte da parte del promotore (art.37bis, comma 1 della legge 109/94);
- 31 ottobre: termine stabilito per la valutazione delle proposte ai fini della scelta della proposta che sarà dichiarata di pubblico interesse (art.37ter, comma 1 della legge 109/94);
- 31 dicembre: termine stabilito per l'indizione delle procedure di evidenza pubblica, così come stabilite nell'art.37quater, comma 1, lett. a) e b) (art. 37quater, comma 1).

La legge 109/94 non opera alcun distinguo in merito alla natura giuridica delle tre scadenze, né alcuna classificazione delle stesse. Questa situazione ha generato una mancanza di chiarezza nel mercato cui ha cercato di rispondere la deliberazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 17 febbraio 2000, che ha operato le seguenti distinzioni:

- 30 giugno: deve essere inteso come termine perentorio in quanto ha la funzione di garantire la *par condicio* tra i concorrenti;
- 31 ottobre e 31 dicembre: devono essere, invece, intesi come termini "sollecitatori e non perentori" in quanto preordinati ad esigenze di operatività dell'azione amministrativa e coerenti con lo svolgimento cronologico del programma triennale.

La distinzione operata dall'Autorità non sembra essere convincente, alla luce delle seguenti valutazioni:

- un'interpretazione letterale dei succitati articoli, da intendersi come criterio interpretativo di rango prioritario, in base all'espressa previsione dell'art.12 delle preleggi del codice civile, induce a considerare le tre scadenze di uguale valore giuridico e come termini perentori;
- l'aver dichiarato perentoria solo la scadenza del 30 giugno, in quanto funzionale alla tutela della *par condicio* tra i concorrenti per la presentazione delle proposte, sembra sottovalutare l'importanza che l'intera procedura prevista dagli artt.37bis e ss. deve essere improntata al rispetto di questo principio;

⁴³ La Consob gestisce e controlla un albo in cui devono essere iscritti i revisori contabili, ne disciplina il loro accesso alla professione, nonché ha poteri d'indirizzo e sanzionatori dell'attività svolta.

- la non perentorietà delle scadenze del 31 ottobre e del 31 dicembre è stata giustificata in funzione delle *“esigenze di operatività dell'azione amministrativa e coerenti con lo svolgimento cronologico del programma triennale”*. Questo ragionamento sembra sottovalutare che l'art.1, comma 1 della legge 109/94 stabilisce che l'attività della pubblica amministrazione in materia di lavori pubblici deve essere caratterizzata da criteri di *“efficienza ed efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza”* e che i regolamenti di attuazione hanno calibrato le scadenze temporali per la programmazione triennale in modo da consentire il rispetto delle succitate tempistiche. In altre parole, se le amministrazioni non si attivano in base al preciso calendario stabilito in materia di programmazione e di indizione delle procedure di gara, perdurerà la lentezza di cui gli affidamenti relativi ad opere pubbliche o di pubblica utilità sono, oggi, caratterizzati;
- la stessa Autorità non sembra essere del tutto convinta del ragionamento sviluppato, in quanto in chiusura della deliberazione statuisce che *“peraltro, l'inosservanza di tali termini, alla luce del generale principio contenuto nell'art.27 della legge 142/90, può determinare situazioni di inadempimento con gli effetti previsti dall'ordinamento giuridico”*. Questa conclusione sembra contraddire la non perentorietà dei termini ed aprire il varco a possibili ricorsi.

Le verifiche effettuate dall'UFP hanno fatto emergere la seguente situazione: a fronte del rispetto della scadenza del 30 giugno da parte dei promotori - quantunque caratterizzata dalla presentazione di documentazione spesso molto carente, come evidenziato al paragrafo 5.6 - non si riscontra un eguale rispetto dei termini da parte delle amministrazioni, né per quanto concerne il termine del 31 ottobre, né per quello del 31 dicembre. In vari casi, l'UFP ha potuto constatare che i ritardi sono causati dalla scarsa qualità della documentazione presentata dai promotori, ma anche dalla mancata predisposizione, da parte delle amministrazioni, dell'adeguato quadro di certezze tecnico-amministrative, prima della scadenza prevista per la presentazione delle proposte.

Alla luce dell'esperienza sin qui acquisita è convinzione dell'UFP che alle tre scadenze, previste dalla legge 109/94, debba essere indistintamente riconosciuta la qualifica di termini perentori, a pena di decadenza. Questo chiarimento avrebbe il vantaggio di:

- offrire certezza al mercato relativamente ai tempi di decisione dell'amministrazione. Il settore privato, per rispondere adeguatamente alle richieste dell'amministrazione, soprattutto nel settore della finanza di progetto, ha bisogno di operare in un ambito caratterizzato dal massimo livello di certezze per poter adeguatamente organizzare i propri mezzi imprenditoriali. In altre parole, le previsioni d'investimento valgono per un certo periodo, per cui se l'amministrazione necessita di tempi medi tra i sei mesi e l'anno per giungere alla dichiarazione d'interesse pubblico, per quel momento è ragionevole pensare che il piano economico-finanziario, originariamente presentato, necessiti di aggiustamenti, che implicano

ulteriori costi, in una fase in cui ancor non vi è certezza alcuna sull'aggiudicazione della gara;

- consentire all'amministrazione di realizzare i progetti programmati entro tempi e costi previsti.

5.9 Valutazione delle proposte *ex art.37ter*

5.9.1 Criticità relative all'iter di valutazione

La fase della valutazione delle proposte, prevista dall'art.37ter della legge 109/94, è improntata ad un'apparente semplicità: l'amministrazione deve valutare se la proposta presentata dal promotore sia fattibile, in base ai criteri identificati dall'art.37ter, e che non vi siano elementi ostativi alla sua realizzazione, così che possa essere dichiarata d'interesse pubblico.

In realtà, quest'attività si è dimostrata particolarmente complessa, almeno nei casi in cui l'UFP ha prestato la propria assistenza, sostanzialmente per tre ordini di motivi:

- la carenza di strumenti di programmazione, così come definiti al paragrafo 5.2, che ha reso più complessa per l'amministrazione l'opera di valutazione delle proposte, dal momento che non erano sempre chiari i parametri di valutazione;
- la conseguente carenza delle proposte presentate dai promotori, che ha richiesto una lunga fase di interlocuzione fra le parti prima di poter giungere ad esito positivo;
- la difficoltà di dare, almeno in via generale, un preciso contenuto al principio di "interesse pubblico".

Alla luce di tali considerazioni, basate sull'esperienza diretta del mercato, l'UFP ritiene che sia necessario formalizzare, attraverso linee-guida, il procedimento di valutazione delle proposte rendendolo più trasparente, in ottemperanza ai principi comunitari e nazionali in materia.

In tale ambito occorre subito chiarire che l'iter indicato dall'art.37ter differisce dalla procedura di gara vera e propria, *ex art. 37quater* della legge 109/94, - avente ad oggetto la valutazione delle offerte presentate in sede di licitazione privata - dal momento che:

- nella scelta del concessionario, l'interesse pubblico è soddisfatto con l'individuazione del soggetto economicamente e tecnicamente più idoneo ad eseguire e gestire l'opera;
- nella valutazione della proposta, invece, l'amministrazione deve effettuare tutte quelle valutazioni di ordine tecnico, economico-finanziario e giuridico-amministrativo che giustificano la scelta finale in relazione all'interesse pubblico.

5.9.2 Fasi dell'iter di valutazione delle proposte

Pur non trovandoci nel caso in esame, dinanzi ad un "procedimento di gara" in senso stretto, tuttavia, anche questo processo di valutazione dell'amministrazione si articola in varie "fasi". La prima, di carattere preliminare, è volta ad una valutazione dei requisiti soggettivi dei promotori e ad una oggettiva verifica della completezza della documentazione, allegata alla proposta del promotore, non solo alla luce delle prescrizioni dettate dalla legge 109/94 e dalle norme d'attuazione, ma anche in riferimento al documento di programmazione, nonché dall'avviso di sollecitazione, ove esistano.

In questa fase preliminare, di verifica formale delle qualificazioni del promotore e di completezza della documentazione, l'amministrazione potrà richiedere al promotore di integrare le eventuali carenze di documentazione, al fine di garantire la partecipazione, alla fase di valutazione vera e propria, di tutti i potenziali concorrenti.

In seconda battuta, è necessario che chiarire che, solo qualora le verifiche, caratterizzanti la fase della valutazione preliminare, siano state soddisfatte, l'amministrazione può procedere alla valutazione delle proposte che, in base alle previsioni dell'art.37ter della legge 109/94, vuol dire:

- valutare la *fattibilità* della proposta;
- verificare l'*assenza di elementi ostativi alla realizzazione* della proposta;
- esaminare *comparativamente*:
 - le proposte relative ad una medesima opera pubblica;
 - le proposte relative a opere pubbliche diverse;
- svolgere un *contraddittorio* tra promotori ed amministrazione;
- individuare le proposte di *pubblico interesse*.

Le suddette "fasi", nelle quali si articola la valutazione della proposta, concorrono alla valutazione finale della medesima, tant'è che non tutte le proposte giungeranno alla fase finale della valutazione perché non in grado di soddisfare il bisogno collettivo.

In altre parole, la valutazione finale della proposta, in relazione al pubblico interesse, è posta a conclusione di un "procedimento" dell'amministrazione, in cui l'ambito di discrezionalità dell'amministrazione stessa è ridotto ed è funzionale all'individuazione della proposta da porre successivamente a base di gara.

La valutazione della fattibilità della proposta deve essere effettuata tenendo conto di una serie di criteri, specificatamente indicati nell'articolo in esame⁴⁴.

⁴⁴ Tali criteri sono: criterio costruttivo, urbanistico, ambientale, di qualità progettuale, funzionalità, fruibilità dell'opera, accessibilità al pubblico, rendimento, costo di gestione e

In applicazione di tali criteri, gli esiti relativi alla valutazione della fattibilità della proposta possono essere:

- proposta fattibile: si procede alle fasi successive del procedimento di valutazione;
- proposta fattibile con modifiche: la proposta è discussa dall'amministrazione con il promotore, al quale si richiedono modifiche e/o integrazioni, che sono successivamente valutate dall'amministrazione;
- proposta non fattibile: previo contraddittorio con il promotore ed adeguata motivazione, non si prosegue alle ulteriori fasi di valutazione della proposta e l'amministrazione deve dichiarare fallita la procedura di realizzazione di opere pubbliche, o di pubblico interesse, attraverso il ricorso, parziale o totale, di risorse private.

L'UFP ritiene utile sottolineare che lo scopo precipuo di questa fase è definire la fattibilità dell'opera. Mentre, nella fase finale del procedimento di valutazione - la valutazione dell'interesse pubblico - gli stessi elementi sono parametrati, prioritariamente, al pubblico interesse, al cui soddisfacimento l'opera ed il servizio sono destinati.

Poiché i criteri di valutazione, *ex art.37ter*, sono generali ed astratti, UFP ritiene che le amministrazioni debbano dotarsi di parametri che, nella valutazione delle proposte relative alla realizzazione della singola opera, dovranno essere esplicitati per trovare una rispondenza concreta al caso specifico. Ciò implica la necessità di tradurre i singoli criteri individuando *sub-criteri* in relazione ai quali poter attribuire dei "pesi" predeterminati, al fine di valutare la proposta migliore che sarà quella che ha realizzato la *ottimale combinazione di tutti gli elementi*.

Nell'ambito del percorso volto all'identificazione della proposta che possa essere dichiarata d'interesse pubblico, l'amministrazione può effettuare un esame comparativo delle proposte. Tale comparazione dovrà essere, anzitutto, effettuata nel caso in cui siano state presentate più proposte relative alla medesima opera pubblica, al fine di individuare quella che - da una valutazione complessiva di tutti i profili coinvolti ed in contraddittorio con i promotori - risulti preferibile.

Tale comparazione deve essere effettuata anche nel caso di più proposte relative ad opere diverse: in tale ipotesi, peraltro, non sarà necessariamente prescelta una sola proposta, ma piuttosto stilata una graduatoria in ordine discrezionale.

Nella fase di contraddittorio tra l'amministrazione ed il promotore, l'amministrazione potrà convocare il promotore, anche su sua esplicita richiesta, e richiedere tutti i chiarimenti, le spiegazioni ed integrazioni utili per facilitare

manutenzione, durata della concessione, tempi di ultimazione dei lavori della concessione, tariffe da applicare, metodologia di aggiornamento delle tariffe, valore economico e finanziario del piano, contenuto della bozza di convenzione.