

FINANZA DI PROGETTO

- RISPOSTA A CONSULTAZIONE AVCP -

1. Quadro giuridico dell'istituto

La **realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione** (cd. *project financing*) è un istituto contrattuale attraverso cui il legislatore ha inteso disciplinare la realizzazione di opere pubbliche, attraverso il finanziamento da parte di soggetti diversi dalla P.A. L'obiettivo è quello di porre rimedio alla scarsità di fondi pubblici e recuperare il *gap* infrastrutturale che divide l'Italia dagli altri Paesi industrializzati.

Trattasi, quindi, di una operazione economico-finanziaria che dà luogo ad uno specifico investimento per la realizzazione di un'opera e/o la gestione di un servizio, su iniziativa di promotori (*sponsor*) privati o pubblici. Il finanziatore trae vantaggi dall'investimento attraverso il rimborso del prestito che avviene con l'utilizzo dei fondi derivanti dal flusso di cassa e gli utili dell'utilità economica stessa.

Dalla legge quadro n. 109/1994 al decreto legge n. 69/2013 (cosiddetto decreto del Fare), diversi sono stati gli interventi legislativi che hanno operato nell'intento di ampliare la portata dell'istituto.

Le modalità di partecipazione alla realizzazione di opere pubbliche attraverso la "finanza di progetto" sono disciplinate dal Decreto Legislativo n. 163/2006 al Titolo III "Disposizioni ulteriori per i contratti relativi ai lavori pubblici", Capo III "Promotore finanziario, società di progetto e disciplina della locazione finanziaria per i lavori" (artt. da 152 a 160ter).

Nel nostro ordinamento giuridico, ad oggi, il *project financing* si configura come una tecnica di finanziamento non inquadrabile in una categoria contrattuale tipica, bensì in una sommatoria di singoli contratti (contratti di fornitura, di appalto, di finanziamento, di garanzia, di società, di concessione di costruzione e gestione/di management) che ne costituiscono l'ossatura.

Il legislatore fino ad oggi ha concentrato la propria attenzione prevalentemente sul fronte della tutela dei promotori/investitori e sulla regolazione dei rapporti fra questi ultimi e la P.A. **In tal senso risulta più carente la valorizzazione del "collegamento negoziale" tra i rapporti contrattuali che, a vario titolo, coesistono nell'ambito dell'operazione di finanziamento.**

2. Quadro economico dell'istituto

Da un punto di vista economico le peculiarità del *project financing* sono le seguenti:

- a) la *self-liquidating* e cioè la finanziabilità del progetto che deve consistere nella sua capacità a produrre un flusso di cassa, nel suo ciclo di vita, sufficiente a coprire i costi operativi, remunerare i finanziatori e creare un congruo margine di profitto al promotore dell'operazione.
- b) la concentrazione del finanziamento in un autonomo centro di riferimento giuridico e finanziario (società di progetto) a cui sono affidati i mezzi finanziari e il compito di realizzazione del progetto con separazione giuridica e finanziaria (*ring fencing*) del progetto dagli sponsor al fine di arginare ciò che nel gergo finanziario si definisce il c.d.

"rischio contagio". Sostanzialmente si concretizza in una collocazione fuori bilancio del progetto di finanza da altre attività dei promotori o degli azionisti della società di progetto;

- c) la tutela dei finanziatori esterni dell'iniziativa attraverso "garanzie indirette", basate su accordi tra le parti interessate al progetto, che trovano fondamento sugli stessi studi di fattibilità del progetto e quindi sui flussi di realizzo e sulle analisi del rischio condotte.

Senza addentrarci troppo negli aspetti giuridici relativi all'ambito di applicazione, piuttosto che nelle tipologie di opere, calde e fredde, o nelle tipologie di *project financing*, risulta utile in tale sede analizzare l'impatto dell'attuale quadro legislativo sulla regolazione e gestione dei servizi offerti dalla nostra categoria e i possibili interventi che l'Autorità può effettuare per una maggiore tutela dei rapporti fra Promotori/Finanziatori/Fornitori di servizi.

Al riguardo, la *ratio* dell'istituto e la struttura del partenariato possono guidarci nella individuazione delle soluzioni migliori da perseguire.

Come pure, in subordine a quanto sopra, fare un cenno alla procedura di indizione della gara. In alcune proposte di legge - in passato - era previsto l'affidamento a trattativa privata al promotore della concessione di costruzione e gestione o, in alternativa, l'espletamento di una gara a licitazione privata sul progetto preliminare presentato dal promotore o sul progetto esecutivo redatto dal medesimo.

Oggi, il sistema di scelta definitivamente adottato prevede una doppia gara:

- ✓ una prima procedura "rigida" costituita dalla **licitazione privata** secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sul progetto preliminare presentato dal promotore (art. 37-ter lett. a);
- ✓ una **procedura negoziata**, quindi più "flessibile", tra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte per la scelta definitiva del concessionario (art. 37ter, lett. b).

Nelle due procedure previste dalle lettere a) e b) dell'art. 37quater l'affidamento nel sistema dell'appalto concorso si sdoppia in 2 fasi: la prima, assimilabile ad una licitazione privata e caratterizzata da rigidità del procedimento e delle determinazioni della Pubblica Amministrazione, si chiude con la valutazione delle offerte. La seconda fase, nei confronti dell'offerta prescelta, è invece contraddistinta da forme e soprattutto giudizi discrezionali; in tale seconda fase la stazione appaltante, in sostanza, esercita poteri discrezionali non comuni rispetto ad ogni altra gara, tanto che la stessa viene spesso assimilata ad una trattativa privata.

Nella prima gara a licitazione privata si gioca, in sostanza, secondo le regole del promotore, poiché a base della gara è posto il progetto preliminare redatto dal promotore unitamente alla proposta di finanziamento.

Nella seconda fase, l'aggiudicazione della concessione avviene invece mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara. Nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto. In questa fase la Stazione Appaltante gode di un'autonomia notevole.

CONCLUSIONI

ASSOSISTEMA-Confindustria è l'unica associazione di rappresentanza delle imprese operanti nel settore della sanificazione e della sterilizzazione dei dispositivi tessili e medici utilizzati presso grandi committenze (ospedali pubblici, comunità assistenziali, case di cura e cliniche private); delle imprese di produzione, distribuzione e manutenzione dei dispositivi di protezione individuale e collettiva.

Alla luce di tutto quanto fin qui esposto, Assosistema condividendo ampiamente le motivazioni della consultazione indetta dall'AVCP come pure l'esigenza di procedere ad un aggiornamento strutturale dell'ordinamento giuridico di disciplina del Project Financing, intende ringraziare l'Autorità per l'opportunità di tale iniziativa e segnalare l'esigenza di definire tutto ciò che concerne l'affidamento dei servizi con riferimento alle procedure previste dal D. Lgs. 163/2006, in materia di requisiti generali e tecnico-professionali che le imprese partecipanti al PF devono necessariamente possedere.

Tale regolazione dovrebbe avvenire a monte delle iniziative della PA che, in funzione del Project Financing che sta realizzando, dovrebbe indicare fin da subito quali dovranno essere i requisiti generali e tecnico professionali che le imprese che intendono aderire al PF devono possedere. In tal senso, basterebbe che i requisiti di cui all'art. 38 e 39 del D. Lgs. 163/2006 fossero previsti anche per il PF.

Ciò consentirebbe alla PA di fissare essa stessa i requisiti necessari (come avviene nell'affidamento degli appalti pubblici), attribuendo così ai servizi il giusto valore qualitativo considerato il loro impatto sull'utenza e, più in generale, sulla collettività.

Una più efficace azione di regolazione nei termini di cui sopra, consentirebbe di superare talune delle criticità ricorrenti individuate dall'Autorità stessa ai paragrafi 3 e 6.4 (con specifico riferimento ai servizi) del documento di consultazione, ritenute per lo più esaustive.