

*Publicazione inserita nel catalogo  
della raccolta delle Riviste  
presso la Biblioteca Alexandrina  
in Alessandria d'Egitto  
Patrimonio Umanitario dell'UNESCO  
nonchè presso il Polo Bibliotecario  
della Camera dei Deputati  
e del Senato della Repubblica*

## PROPRIETARIO ED EDITORE

Giuseppe GUERRIERO

## DIRETTORE RESPONSABILE

Daniela TERSIGNI

## VICE DIRETTORE VICARIO

Giorgio GUERRIERO

## TESORIERE

Valentina ROCCHI

## COMUNICAZIONE & MARKETING

Daniela TERSIGNI *ad interim*

## SEGRETERIA DI REDAZIONE

Caterina SABUSCO

## COMITATO EDITORIALE

Daniela TERSIGNI - Avvocato, amministratrice dell'emittente televisiva Rete Oro - Direttore responsabile della Rivista;  
Giorgio GUERRIERO - Segretario parlamentare presso la Commissione Difesa della Camera dei deputati, docente universitario di Teoria generale del processo - Vice Direttore e Coordinatore del Comitato scientifico della Rivista;  
Giulio ANATRELLA - Avvocato, funzionario presso il Ministero della salute;  
Francesca BOSCHIERO - Avvocato, esperta in materia di proprietà intellettuale;  
Andrea CARBONI - Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica - Capo Ufficio della Segreteria dell'Assemblea;  
Monica CIRINNÀ - Senatrice della Repubblica, già docente universitario di procedura penale;  
Alessandro DELLA RAGIONE - Avvocato, esperto in materia di diritto d'autore e proprietà industriale;  
Giulio D'IMPERIO - Giuslavorista e docente universitario di diritto del lavoro;  
Gino FALLERI - Vice presidente dell'Ordine dei giornalisti del Lazio;  
Roberto FALCONE - Ingegnere e amministratore di società;  
Paolo GENTILI - Avvocato e docente universitario;  
Veronica NAVARRA - Avvocato amministrativista;  
Maurizio NENNA - Avvocato cassazionista e docente universitario in Teoria e Analisi dello Stato;  
Tiziana NOCCO - Funzionario bancario, *senior credit analyst*;  
Ettore Mario PELUSO - Consulente parlamentare e giornalista. Esperto in materia assicurativa;  
Antonio PISANELLI - Giurista d'impresa e *financial advisor*;  
Antonio PUNZI - Docente di Metodologia della Scienza Giuridica presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università LUISS-Guido Carli;  
Valentina ROCCHI - Avvocato, esperta in diritto dei beni culturali;  
Stefano ROVITO - Docente universitario di diritto amministrativo;  
Caterina SABUSCO - Sociologo, esperta in relazioni pubbliche e comunicazione. Segretaria di redazione della Rivista.

## COMITATO SCIENTIFICO

Maurizio NENNA - *Responsabile della ricerca*  
Giorgio GUERRIERO - *Coordinatore del Comitato*  
Monica CIRINNÀ  
Alessandro DELLA RAGIONE  
Giulio D'IMPERIO  
Gino FALLERI  
Antonio PUNZI

Realizzato nelle officine tipografiche:  
**Centro Stampa Romano soc. coop**  
Via Emma Carelli, 51 - Roma  
[www.csrpress.com](http://www.csrpress.com)

## *Ha collaborato alla stesura del presente numero:*

Ivo ALLEGRO, Lorenzo ARMENTANO, Luigi CANALE,  
Sara DE PROSPERIS, Claudio GUCCIONE, Federico LAX,  
Antonio PETRILLO

Periodico semestrale a carattere giuridico  
Anno II - Dicembre 2013

Registrazione al Tribunale di Roma  
n. 49/2012 del 29 febbraio 2012  
ISBN E220806

Sede legale: Via Latina, n. 95 - 00179 Roma  
Contatti: [pensieroazionegiuridica@gmail.com](mailto:pensieroazionegiuridica@gmail.com)  
[libri@csrpress.com](mailto:libri@csrpress.com)

Nessuna parte di questa pubblicazione può essere memorizzata, fotocopiata o comunque riprodotta senza le dovute autorizzazioni.

*In copertina:* "Il pensatore" di Auguste Rodin

# **IL PENSIERO E L'AZIONE GIURIDICA**

## MANIFESTO DI PRESENTAZIONE

“Il pensiero e l’azione giuridica”, questo il titolo dei nuovi quaderni giuridici e della relativa collana di libri che, proprio in occasione dei 150 anni dall’unità d’Italia - richiamando, in parte, il noto motto di matrice mazziniana - vuole rifarsi a quel fecondo periodo culturale che sbocciò nella Mitteleuropa nel periodo intercorrente tra la fine dell’800 e l’inizio del ’900, e che vide il sorgere di nuove forme di arte, scienze ed una tipologia innovativa di ricerca. Dal punto di vista storico, questa corrente di pensiero si contrapponeva alla radicale chiusura mentale dell’epoca, nonché alla soffocante presenza di quei poteri forti e oscuri che in quel tempo offuscavano la conoscenza nel senso più ampio del termine. Da qui il bisogno di reazione e rinnovamento, attraverso il campo delle arti, della ricerca e della scienza. Così come auspicato dai giovani pensatori di quel tempo lontano, anche oggi si ravvisa il bisogno di non rimanere inerti innanzi alle contaminazioni della cultura da parte di meri interessi particolari e generali che non lasciano scampo e che distruggono e annientano l’*Homo Novus*.

Come Federico Cesi e Galileo Galilei fondarono l’Accademia dei Lincei per “*ghermire (lince) alla Natura i suoi più reconditi segreti, per studiarli e portare l’Uomo sempre più avanti*” così i ricercatori di nuova generazione, con la mente limpida e il cuore puro si dovrebbero rivolgere, senza alcuna distinzione, alla *Natura* nella sua più ampia accezione, mediante la ricerca in ogni campo di scienza ed arte.

Così come allora, chi si professa libero pensatore, si dovrebbe idealmente ispirare a quei principi immanenti di giustizia e di equità, proiettandosi oltre ogni confine, oltre ogni trincea e oltre ogni muro. *Niente è come sembra, niente è come appare, perché niente è reale*; questo sarà, quindi, il motto di riferimento al quale ci ispireremo nello svolgere la nostra ricerca e il nostro lavoro nel commentare, analizzare e valutare i principali istituti giuridici, le innovazioni normative e la giurisprudenza in generale, nonché il relativo impatto ed influenza che esse avranno all’interno della società civile e nella comunità giuridica.

*Giorgio Guerriero*

*Maurizio Nenna*



*Stare decisis  
et quia non movere*



# *Il* PENSIERO & *l'*AZIONE GIURIDICA

Numero 4 - 2013

Riforme normative ed istituzionali  
Diritto amministrativo  
Procedura civile  
Diritto e regolazione pubblica dell'economia  
Diritto del lavoro  
Diritto dell'Unione europea  
Diritto tributario  
Critica politica e sociale  
Esercizi di pensiero

# IL PROJECT FINANCING DI SERVIZI: UNA TECNICA A SUPPORTO DELLA CRESCITA DELLE PERFORMANCE DELLA P.A.

di Ivo Allegro<sup>1</sup> e Claudio Guccione<sup>2</sup>

L'acritico primato che l'azione diretta della "mano pubblica", espressione "alta e pura" dell'interesse collettivo, ha avuto nell'immaginario collettivo nazionale ha, per molti anni, limitato fortemente l'analisi delle *performance* che la spesa pubblica e l'organizzazione stessa della Pubblica Amministrazione hanno nell'erogazione dei servizi e nell'accrescimento della dotazione infrastrutturale, materiale e immateriale del Paese. Proprio questa debole enfasi sulla quantificazione, l'analisi e il monitoraggio continuo delle *performance* della P.A. è da tempo una delle concause della limitata produttività della spesa pubblica, ovvero del ridotto effetto di moltiplicazione da questa indotta sul PIL nazionale che, a sua volta, è uno dei determinanti di una crescita stagnante, da oltre 12 anni, malgrado la mole consistente di risorse drenate dal sistema impositivo e impiegate nella P.A. Tale elemento, unito alla "bulimia" di un settore pubblico che ha frequentemente invaso campi potenzialmente interessanti anche per il settore privato, spesso per motivi di carattere prettamente politico nell'accezione di De Gasperi<sup>3</sup>, rende oggi ineludibile un profondo ripensamento dei modelli di erogazione dei servizi pubblici. Infatti, al settimo anno di una crisi che appare sempre meno transitoria e sempre più paradigmatica, il ridisegno dei processi della P.A. va ben oltre il "semplice" tema della *spending review*, intesa come taglio dei costi, per entrare nettamen-

te nel territorio del *performance management* dell'amministrazione pubblica.

In questo scenario, in cui il settore pubblico è stato sinora interessato da tagli più o meno lineari che, in uno con una poco lungimirante applicazione del Patto di Stabilità, hanno inciso fortemente sulla capacità d'investimento della P.A. (si stima che dal 2003 la dotazione di risorse a supporto delle infrastrutture materiali ed immateriali si sia ridotta del 73%) e sulla sua spesa in conto capitale, ma senza riuscire ad incidere granché sugli aggregati di fondo della spesa pubblica, gli strumenti del Partenariato Pubblico Privato (PPP), ed *in primis* il *Project Financing* (PF), vengono visti sempre più come "*the only game in town*" per risolvere il rebus del bilanciamento tra scarsità di risorse, necessità di ripresa degli investimenti pubblici e domanda di fattività e qualità dell'azione pubblica da parte dei cittadini.

Nella prospettiva delineata, il PPP, per le note regole di contabilizzazione dettate da Eurostat nel 2004 che rendono ammissibile l'esclusione dal Patto di Stabilità delle spese a questo relative, sta assumendo un ruolo sempre più centrale nell'arsenale a disposizione della P.A. per incidere sul contesto di riferimento. In tal senso, oltre ad un utilizzo tattico, connesso al superamento dei vincoli di finanza pubblica, per questi strumenti si apre anche una prospettiva maggiormente strategica di utilizzo da parte dell'amministratore pubblico con il fine di pro-

<sup>1</sup>È *partner* di Iniziativa, società di consulenza attiva da oltre trent'anni nel campo del *Corporate Finance* dove ha maturato una consistente esperienza nel campo del Partenariato Pubblico e Privato. In precedenza è stato *director* dell'ufficio di Napoli di Ernst & Young e ha lavorato per Valdani, Vicari & Associati e per IG SpA (oggi Invitalia). È stato cultore della materia in Economia Aziendale all'Università del Sannio.

<sup>2</sup>È socio fondatore di P&I - Studio Legale Guccione e Associati, studio specializzato nell'attività di consulenza legale ed assistenza nel contenzioso in materia di concessioni di lavori e di servizi pubblici, di *project financing*, di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. In precedenza è stato responsabile dell'ufficio legale AISCAT (Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori), nonché *partner* di Orrick, Herrington&Sutcliffe e CBA Studio Legale e Tributario. È autore di numerose monografie e articoli in materia di contratti pubblici.

<sup>3</sup>Di cui è nota la frase "*I politici pensano alle prossime elezioni. Gli statisti alle prossime generazioni*".

muovere interventi materiali ed immateriali utili alla modernizzazione del Paese e alla crescita delle *performance* del settore pubblico e dei servizi da questo offerti.

In particolare, la possibilità di utilizzare il PF anche nel campo delle infrastrutture immateriali, che risultano essere fondamentali per lo sviluppo di servizi che utilizzano massicciamente le innovazioni dell'economia digitale, e, più in generale, nel campo dei servizi pubblici e di interesse collettivo, apre un interessante prospettiva di "cambio di passo" nei processi di evoluzione della P.A.

L'introduzione, quindi, della disciplina del *project financing* di servizi, ovvero dello svolgimento di un servizio pubblico mediante concessione, ammissibile dall'8 giugno 2011 con l'entrata in vigore dell'art. 278 del DPR n. 207/2010, dischiude nuovi ambiti di collaborazione tra pubblico e privato potenzialmente forieri di consistenti innovazioni e di una rilevante crescita di performance nel campo dei servizi pubblici.

#### **L'oggetto della proposta: la concessione di servizi**

Prima di tutto si deve evidenziare che, per poter applicare la disciplina in esame del *project financing*, l'oggetto dell'affidamento deve necessariamente essere una concessione di servizi.

La concessione di servizi è definita come «*un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo*». La distinzione rispetto alla concessione di lavori pubblici, chiarita a livello comunitario, verte sul criterio di "prevalenza funzionale". In sostanza, se un contratto di concessione riguarda la costruzione di un'opera quale oggetto principale si tratterà di concessione di lavori; se, invece, i lavori o la costruzione dell'opera sono meramente accessori rispetto all'oggetto principale del contratto, rappresentato dalla gestione del servizio, si tratterà di concessione di servizi.

L'elemento che accomuna la concessione di lavori a quella di servizi, dunque, è il trasferimento del rischio al concessionario, il quale trae la sua remunerazione dalla gestione del servizio stesso. Per quanto riguarda, poi, la differenza rispetto all'ap-

palto di servizi, il tratto distintivo della concessione consiste nel fatto che il servizio viene reso in favore della collettività e non dell'Amministrazione, ancorché a determinate condizioni la stessa possa contribuire, in tutto o in parte, ai ricavi del concessionario, e la remunerazione deriva dal diritto di gestire i servizi e di farne propri i ricavi.

L'affidamento delle concessioni di servizi, lungi dal dover seguire rigide regole dettate a livello legislativo, ad oggi è disciplinato unicamente dall'art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006, a norma del quale la scelta del concessionario non è soggetta alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, ma deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi. In futuro, tuttavia, la disciplina potrebbe cambiare, in quanto anche la concessione di servizi è disciplinata nella Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20.12.2011 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

#### **La programmazione**

La possibilità di affidare le concessioni di servizi con la finanza di progetto era già prevista nel Codice dei contratti pubblici, il cui art. 152, comma 3, espressamente prevede che «*le disposizioni del presente capo si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi, con le modalità fissate dal regolamento*», ma si è realmente concretizzata solo con l'entrata in vigore dell'art. 278 del Regolamento che ha specificamente disciplinato la procedura di *project financing* di servizi.

Tale norma prevede, tra le altre cose, che «*qualora l'amministrazione aggiudicatrice si avvalga della facoltà di cui all'articolo 271, è ammessa la presentazione di proposte con riferimento a servizi non indicati nel programma*»; il richiamato art. 271 disciplina la facoltà per le Amministrazioni, anch'essa introdotta solo con l'entrata in vigore del Regolamento, di approvare ogni anno un programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi relativo al-

l'esercizio successivo. Sul punto ci si è posti il dubbio se la programmazione costituisca o meno un presupposto per l'attivazione, da parte del privato, della procedura di finanza di progetto di servizi.

Nel caso di specie, un'interpretazione letterale dell'art. 278 del Regolamento non può ritenersi dirimente, per cui è necessario ricercare quale sia l'interpretazione più coerente con il fine perseguito dal legislatore e con il sistema.

In primo luogo, ai fini della risoluzione della questione, è importante raffrontare l'art. 278 del Regolamento sui servizi con l'art. 153 del Codice sui lavori pubblici. Dalla mera lettura dei due articoli, è chiara la diversa intenzione del legislatore. Mentre per i lavori la programmazione è un presupposto fondamentale, per i servizi il riferimento all'art. 271 del Regolamento è teso esclusivamente ad affermare che un eventuale programmazione predisposta dalle Amministrazioni non vincola i privati nel contenuto delle proposte che possono essere presentate. D'altra parte, tale interpretazione è perfettamente conforme con un sistema normativo in cui la programmazione dei lavori è obbligatoria, mentre quella dei servizi è una mera facoltà.

In via ulteriore, il confronto con l'art. 153 del Codice appare utile a confermare la medesima conclusione anche sotto un altro profilo. Invero, nell'ipotesi dei lavori pubblici, vi sono due tipologie di *project financing*: su iniziativa delle Amministrazioni e su iniziativa privata. Solo nell'ipotesi di iniziativa privata, è consentito l'utilizzo della procedura per lavori non inseriti nella programmazione, con una procedura, peraltro, che ricalca perfettamente quella prevista per i servizi dall'art. 278 del Regolamento. Al contrario, nell'ambito dei servizi, non esiste un *project financing* su iniziativa pubblica, ma solo la possibilità che la proposta provenga dai privati: dunque, coerentemente con quanto previsto nei lavori, in materia di servizi la programmazione non si concretizza in alcun modo in un presupposto indefettibile.

Né si può dire che, benché sia possibile presentare una proposta per lavori non previsti nella programmazione, è necessario che vi sia una programmazione dei lavori da parte dell'Amministrazione interessata: tale conclusione, infatti, non discende dalla disciplina della finanza di progetto, ma dalla normativa in materia di lavori pubblici che im-

pone la programmazione come obbligo per le Amministrazioni. Nei servizi, invece, la programmazione è solo una facoltà.

Dal raffronto con la disciplina nell'ambito dei lavori, dunque, emerge chiaramente la diversa impostazione che si è voluto dare all'istituto nell'ambito dei servizi: se si tratta di questi ultimi, la previa attività di programmazione da parte delle Amministrazioni non è un presupposto vincolante ai fini della presentazione delle proposte.

In via ulteriore, la medesima conclusione è anche necessitata ai fini di rendere operativo l'istituto e in una lettura sistematica dell'intero complesso normativo in materia.

In primo luogo, infatti, deve evidenziarsi che intendere la programmazione quale presupposto per la presentazione delle proposte ai sensi dell'art. 278 del Regolamento si tradurrebbe nella sostanziale vanificazione della disciplina, in quanto la programmazione nell'ambito dei servizi rimane una mera facoltà per l'Amministrazione, e, dunque, non avrebbe alcuna logica.

Inoltre, la possibilità di presentare le proposte di cui all'art. 278 del Regolamento a prescindere da qualsivoglia attività di programmazione dell'Amministrazione è l'unica conclusione coerente con il *favor generalizzato* dell'ordinamento per l'esternalizzazione dei servizi, nell'ottica di ottenere una maggiore efficienza gestionale.

In conclusione, dunque, alla luce di tutte le argomentazioni sopra esposte, appare chiaro che la finanza di progetto nell'ambito dei servizi è liberamente attivabile da parte dei privati, a prescindere da qualunque attività programmatoria dell'Amministrazione. Né, d'altra parte, l'eventuale attività di programmazione impedisce ai privati di presentare proposte concernenti servizi non contenuti nella programmazione, in quanto la non vincolatività sostanziale della potenziale programmazione è espressamente sancita, a scanso di equivoci, dal regolamento stesso.

### **Il contenuto della proposta**

Per quanto riguarda il contenuto delle proposte eventualmente presentate, l'art. 278 del Regolamento prescrive che esse debbano contenere uno studio di fattibilità, una bozza di convenzione, un piano economico - finanziario asseverato, una specificazione

delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché l'indicazione degli elementi di cui all'articolo 83, comma 1, del codice e delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice. Le proposte devono, inoltre, indicare l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione, nel limite di cui all'articolo 153, comma 9, ultimo periodo, del codice.

### **Lo studio di fattibilità**

Per quanto concerne lo studio di fattibilità, deve, innanzitutto, evidenziarsi che il Regolamento ne approfondisce il contenuto solo con riferimento ai lavori pubblici, per cui spetterà agli eventuali proponenti ed ai loro consulenti adattare la disciplina normativa all'ambito dei servizi.

Ai sensi dell'art. 14 del DPR 207/2010 (che riprende abbastanza pedissequamente il contenuto della determinazione dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici n. 1/2009), lo studio di fattibilità si compone di una relazione illustrativa contenente:

- (I) le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali, economico-finanziarie dei lavori da realizzare;
- (II) l'analisi delle possibili alternative rispetto alla soluzione realizzativa individuata;
- (III) la verifica della possibilità di realizzazione mediante i contratti di partenariato pubblico privato di cui all'art. 3, comma 15-ter, del codice dei contratti;
- (IV) l'analisi dello stato di fatto, nelle sue eventuali componenti architettoniche, geologiche, socio-economiche, amministrative;
- (V) la descrizione, ai fini della valutazione preventiva della sostenibilità ambientale e della compatibilità paesaggistica dell'intervento, dei requisiti dell'opera da progettare, delle caratteristiche e dei collegamenti con il contesto nel quale l'intervento si inserisce, con particolare riferimento alla verifica dei vincoli ambientali, storici, archeologici, paesaggistici interferenti sulle aree o sugli immobili interessati dall'intervento, nonché l'individuazione delle misure idonee a salvaguardare la tutela ambientale e i valori culturali e paesaggistici.

Successivamente, il secondo comma del medesimo art. 14 dettaglia il contenuto dello studio di fattibilità nelle ipotesi in cui questo debba essere po-

sto a base di gara, come nel caso del *project financing* di servizi, specificando che lo stesso si compone dei seguenti elaborati:

- a) una relazione illustrativa generale contenente:
  - (I) l'inquadramento territoriale e socio-economico dell'area oggetto dell'intervento;
  - (II) l'analisi della domanda e dell'offerta attuale e di previsione con particolare riferimento al bacino di utenza, alla stima dei bisogni dell'utenza mediante utilizzo di parametri fisici riferiti alla specifica tipologia dell'intervento, quali flussi di traffico e numero di accessi, all'individuazione, in termini qualitativi e di gradimento, dell'offerta attuale e di quella prevista nei medesimi settori di intervento;
  - (III) l'analisi delle alternative progettuali e (IV) lo studio di impatto ambientale riferito alla soluzione progettuale individuata e alle possibili soluzioni alternative;
- b) una relazione tecnica contenente:
  - (I) le caratteristiche funzionali e tecniche dei lavori da realizzare;
  - (II) una descrizione, ai fini della valutazione preventiva della sostenibilità ambientale e della compatibilità paesaggistica dell'intervento, dei requisiti dell'opera da progettare, delle caratteristiche e dei collegamenti con il contesto nel quale l'intervento si inserisce nonché delle misure idonee a salvaguardare la tutela ambientale e i valori culturali e paesaggistici;
  - (III) un'analisi sommaria delle tecniche costruttive e indicazione delle norme tecniche da applicare;
  - (IV) il cronoprogramma e (V) la stima sommaria dell'intervento;
- c) elaborati progettuali stabiliti dal responsabile del procedimento tra quelli di cui all'art. 21 del medesimo DPR 207/2010;
- d) un elaborato tecnico-economico contenente:
  - (I) la verifica della possibilità di realizzazione mediante concessione rispetto all'appalto;
  - (II) l'analisi della fattibilità finanziaria (costi e ricavi) con riferimento alla fase di costruzione e, nel caso di concessione, alla fase di gestione;
  - (III) l'analisi della fattibilità economica e sociale;
  - (IV) uno schema di sistema tariffario, nel caso di concessione e (V) gli elementi essenziali dello schema di contratto.Tenuto conto che, coerentemente a quanto sopra delineato, la possibilità di presentare la proposta può essere slegata dalla presenza dell'intervento nella programmazione dell'ente concedente, riveste un'importanza cruciale nella verifica di fattibilità la valutazione quantitativa del *Value for Money* ( $VfM$ )

che la realizzazione dell'intervento, a cura del privato attraverso la concessione, assicura all'Amministrazione. Tale indicatore, infatti, permette di supportare, con valutazioni specifiche e analitiche, le decisioni di convenienza circa l'utilizzo di forme di *partnership* con il privato andando a valutare, attraverso un'opportuna quantificazione e allocazione dei rischi di progetto, la convenienza del ricorso ai capitali privati rispetto all'implementazione dell'intervento esclusivamente con risorse pubbliche. In tal senso, il *VfM* rappresenta la misura della convenienza per l'operatore pubblico in confronto al sacrificio imposto alla collettività con la sottrazione di risorse e di opportunità legate alla "privatizzazione" di una determinata opera o servizio e, allo stesso tempo, costituisce il valore di riferimento per un adeguato monitoraggio degli *outcome*, ovvero dei risultati conseguiti in relazione agli obiettivi prefissati, coerentemente al sempre più fondamentale tema, nelle amministrazioni pubbliche, del *performance management*.

### **Il piano economico-finanziario**

Il piano economico finanziario ha sostanzialmente il fine di illustrare all'Amministrazione Pubblica i riflessi quantitativi delle ipotesi relative, per un verso, ai ricavi per il servizio o i servizi oggetto della concessione e, per l'altro, delle scelte d'investimento e di gestione che si riflettono sui costi. La quantificazione di queste ipotesi, in uno con la definizione sia delle scelte di finanziamento del progetto oggetto della proposta e di alcune variabili di carattere generale (tempi di incasso e pagamento, aliquote impositive dirette e indirette, tassi d'interesse, inflazione tendenziale, ecc.), genera sostanzialmente i seguenti documenti che devono comporre il piano:

- un conto economico previsionale con un orizzonte temporale allineato a quello della durata della concessione, che evidenzia le marginalità economiche del concessionario. Queste, oltre ai livelli di incidenza complessivi dei costi, dovrebbero risultare allineate ai normali *standard* del settore, per combinazioni similari rischio/rendimento, al fine di confermare l'assenza di sovra rendimenti economici che potrebbero evidenziare possibili sacrifici collettivi non giustificati o, in caso inverso, una fragilità economica strutturale che potrebbe mettere in crisi la

tenuta della concessione;

- uno stato patrimoniale previsionale che illustri i riflessi patrimoniali delle ipotesi gestionali, di investimento e di finanziamento. Anche in questo caso è estremamente importante la possibilità di analizzare la coerenza della struttura patrimoniale prospettica del concessionario che, in taluni casi, può costituire anche oggetto di specifici *covenant* in concessione al fine di tutelare l'interesse pubblico dell'operazione;

- un *cash flow statement* previsionale, che sintetizzi le proiezioni finanziarie e consenta di verificare la sostenibilità e il rendimento dell'operazione. Appare opportuno evidenziare come tale prospetto costituisca il perno centrale di un'operazione di *project financing*, in quanto consente di delineare i flussi di cassa a supporto del servizio del debito e i ritorni ottenibili dall'operazione;

- una batteria dei principali indicatori di rendimento economico/finanziario e di sostenibilità della concessione anche opportunamente aggiornati ad un tasso coerente a quello scaturente dall'utilizzo di un'opportuna metodologia di determinazione in base al rischio come quella del *WACC* (*Weight Average Cost of Capital*). Tale documento è sostanziale non solo in fase di avvio dell'operazione ma, soprattutto, nel corso del rapporto laddove si dovessero verificare eventi che, secondo la disciplina normativa e quella specifica di ripartizione dei rischi contenuta in convenzione, possono determinare la necessità di riequilibrio economico finanziario. In tal senso, gli indicatori si suddividono, sostanzialmente, in due grandi categorie:

**indicatori di sostenibilità** che esprimono anche un profilo sintetico di rischio della concessione e i cui principali sono:

- l'ADSCR - calcolato per ciascuno degli anni della fase operativa di gestione del progetto, è pari al rapporto tra il flusso di cassa operativo ed il servizio del debito inteso come quota capitale e quota interessi. È un indice istantaneo che verifica la capacità del progetto di rimborsare la rata di debito relativa all'anno corrente. I livelli ottimali delle rate dipendono dal profilo di rischio del progetto; maggiore è il rischio, più alto è il livello richiesto e in genere devono essere almeno compresi tra 1,2 e 1,8;

- l'LLCR - è un indice del servizio del debito calcolato sulla durata residua dello stesso. Rap-

presenta il quoziente tra [1] la somma attualizzata al tasso di interesse del debito, dei flussi di cassa operativi tra l'istante di valutazione e l'ultimo anno per il quale è previsto il rimborso del debito incrementata della riserva di cassa per il servizio del debito e [2] il debito residuo allo stesso istante di valutazione;

- il PLCR - è un indice espresso dal rapporto tra il valore attuale dei flussi di cassa generati dal progetto dal momento di valutazione alla fine della concessione e il debito residuo. La superiorità rispetto al LLCR è indice di solidità della struttura finanziaria perché consente rinegoziazioni del debito.

**indicatori di rendimento** e i cui principali sono:

- il VAN - è la somma algebrica dei flussi in entrata ed in uscita del progetto;

- laddove il valore del VAN sia positivo, significa che il progetto è in grado di generare ritorni superiori alle risorse impiegate nel progetto e viceversa;

- il TIR - è il tasso a cui i flussi attualizzati, in entrata e in uscita, si azzerano che esprime, in termini percentuali, la redditività di un investimento sulla base di esborsi iniziali e di successivi flussi positivi. Il TIR per l'azionista, tiene in considerazione la distribuzione temporale dei seguenti flussi di cassa: I) flusso relativo agli esborsi di capitale proprio e di prestito soci; II) flusso interessi e rimborso quota capitale relativo al prestito soci; III) flusso dei dividendi; IV) flusso della tesoreria finale.

- un'analisi di rischio e sensitività che identifica le variabili a cui la tenuta finanziaria del progetto, in termini di sostenibilità e rendimento, è più sensibile e i valori che rendono critica la tenuta dell'iniziativa. Tale documento, costituisce una cartina di tornasole della robustezza del modello di *business* sotteso al progetto e, allo stesso tempo, rappresenta un utile riferimento per gestire l'eventuale delicata fase di riequilibrio della concessione.

Ai fini del perfezionamento della presentazione il piano economico - finanziario deve essere "asseverato" conformemente a quanto prescritto dall'art. 96 del DPR n. 207/2010. In particolare, la norma prescrive che l'asseverazione "consiste nella valutazione degli elementi economici e finanziari, quali costi e ricavi del progetto e composizione delle fon-

ti di finanziamento, e nella verifica della capacità del piano di generare flussi di cassa positivi e della congruenza dei dati con la bozza di convenzione". La valutazione economica e finanziaria deve avvenire almeno sui seguenti elementi, desunti dalla documentazione messa a disposizione ai fini dell'asseverazione:

a) prezzo che il concorrente intende chiedere all'amministrazione aggiudicatrice;

b) prezzo che il concorrente intende corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice per la costituzione o il trasferimento dei diritti;

c) canone che il concorrente intende corrispondere all'amministrazione;

d) tempo massimo previsto per l'esecuzione dei lavori e per l'avvio della gestione;

e) durata prevista della concessione;

f) struttura finanziaria dell'operazione, comprensiva dell'analisi dei profili di bancabilità dell'operazione in relazione al debito indicato nel piano economico-finanziario;

g) costi, ricavi e conseguenti flussi di cassa generati dal progetto con riferimento alle tariffe.

### **Le specificazioni delle caratteristiche del servizio e della gestione**

Tale documento è, in un *project* di servizi, un elemento cruciale rappresentando, di fatto, il capitolo prestazionale dell'intervento ed evidenziando, coerentemente alle migliori prassi di *performance management* in ambito dei processi di erogazione dei servizi, il *service level agreement* a cui far riferimento per la misurazione della qualità delle *performance* dispiagate dal concessionario.

In quest'ottica, è necessario che il documento illustri chiaramente non sole le prestazioni attese per i singoli servizi ma anche le metriche di misurazione del livello di servizio erogato e il sistema di gestione e controllo a presidio della qualità, nel tempo, delle prestazioni del concessionario.

Tali elementi, dovrebbero, correttamente, trovare apposito riferimento in una disciplina sanzionatoria nell'ambito della convenzione a tutela dell'interesse pubblico all'implementazione di una *performance* coerente con gli *standard* attesi che, anche alla luce delle considerazioni espresse inizialmente, costituisce la principale ragione del sacrificio imposto alla collettività.

Solo in questo modo, infatti, è possibile controllare il conseguimento di quel miglioramento del livello medio dei servizi pubblici fondamentale per lo sviluppo del paese e che costituisce la prospettiva strategica di utilizzo del partenariato pubblico privato per stimolare un “cambio di passo” nei processi di cambiamento della P.A.

### **Lo schema di convenzione**

Appare a questo punto opportuno soffermarsi sul contenuto dello schema di convenzione.

A tal riguardo occorre fare riferimento a quanto stabilito all'art. 115 del DPR n. 207/2010 con riferimento allo schema di contratto di concessione di costruzione e gestione di lavori, non essendoci una disciplina specifica per la concessione di servizi, ed adattare la disciplina normativa all'ambito dei servizi, come già fatto per lo studio di fattibilità. Secondo tale disposizione lo schema di contratto di concessione deve indicare:

- (I) le condizioni relative all'elaborazione da parte del concessionario del progetto dei lavori da realizzare e le modalità di approvazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice;
- (II) l'indicazione delle caratteristiche funzionali, impiantistiche, tecniche e architettoniche dell'opera e lo *standard* dei servizi richiesto;
- (III) i poteri riservati all'amministrazione aggiudicatrice, ivi compresi i criteri per la vigilanza sui lavori da parte del responsabile del procedimento;
- (IV) la specificazione della quota annuale di ammortamento degli investimenti;
- (V) l'eventuale limite minimo dei lavori da appaltare obbligatoriamente a terzi secondo quanto previsto nel bando o indicato in sede di offerta;
- (VI) le procedure di collaudo;
- (VII) le modalità ed i termini per la manutenzione e per la gestione dell'opera realizzata, nonché i poteri di controllo del concedente sulla gestione stessa;
- (VIII) le penali per le inadempienze del concessionario, nonché le ipotesi di decadenza della concessione e la procedura della relativa dichiarazione;
- (IX) le modalità di corresponsione dell'eventuale prezzo, anche secondo quanto previsto dall'articolo 143, comma 5, del codice;
- (X) i criteri per la determinazione e l'adeguamento della tariffa che il concessionario potrà

riscuotere dall'utenza per i servizi prestati;

- (XI) l'obbligo per il concessionario di acquisire tutte le approvazioni necessarie oltre quelle già ottenute in sede di approvazione del progetto;
- (XII) le modalità ed i termini di adempimento da parte del concessionario degli eventuali oneri di concessione, comprendenti la corresponsione di canoni o prestazioni di natura diversa;
- (VIII) le garanzie assicurative richieste per le attività di progettazione, costruzione e gestione;
- (XIV) le modalità, i termini e gli eventuali oneri relativi alla consegna del lavoro all'amministrazione aggiudicatrice al termine della concessione;
- (XV) nel caso di cui all'articolo 143, comma 5, del codice, le modalità dell'eventuale immissione in possesso dell'immobile anteriormente al collaudo dell'opera;
- (XVI) il piano economico - finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione temporale per tutto l'arco temporale prescelto;
- (XVII) corrispettivo per il valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione.

Con specifico riguardo allo schema di convenzione è, inoltre, opportuno evidenziare che lo stesso deve essere formulato in maniera tale da concretare un effettivo trasferimento di almeno due dei tre rischi principali del contratto (disponibilità, mercato, esecuzione) al concessionario mediante apposite e puntuali clausole, coerentemente ai noti parametri Eurostat, in quanto tale condizione è imprescindibile per qualificare l'operazione di finanza di progetto come *off-balance* e, soprattutto nel caso in cui la remunerazione sia in tutto o in parte connessa alla P.A., per poter evitare che la concessione possa configurarsi come un appalto mascherato.

### **I requisiti del promotore**

Anche se né il codice dei contratti, né il relativo regolamento di esecuzione contengono una disposizione che fissi i requisiti del promotore con specifico riferimento al *project financing* di servizi, si deve ritenere che trovi applicazione la disposizione contenuta nell'art. 96 del DPR n. 207/2010 relativo ai “requisiti del proponente e attività di asseverazione”, ai sensi del già richiamato art. 152 del Codice.

Secondo tale disposizione possono presentare proposte realizzative relative ad interventi non previsti nella programmazione dell'amministrazione, oltre ai soggetti di cui agli artt. 34 e 90, comma 2, lett. b) del codice dei contratti, i soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, che negli ultimi tre anni hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta.

Il secondo comma della disposizione in commento precisa, quindi, che possono presentare proposte anche soggetti appositamente costituiti, nei quali comunque devono essere presenti in misura maggioritaria soci aventi i requisiti di esperienza e professionalità stabiliti nel comma 1 e sopra richiamati.

Il terzo comma del medesimo art. 96 chiarisce, infine, che, per l'affidamento della concessione, il proponente deve comunque possedere, al momento dell'indizione della gara, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'art. 95 ("requisiti del concessionario"). Ciò significa, per le concessioni di servizi, che il promotore, ai fini della gara, dovrà possedere successivamente i requisiti specificamente prescritti dalla stazione appaltante, che sono liberamente determinabili nel caso dei servizi, anche associando o consorziando altri soggetti.

### **Il procedimento di gara**

Infine, per completezza, si ritiene utile fare alcuni brevi cenni alla procedura stabilita per l'affidamento della concessione a seguito della presentazione di proposte di finanza di progetto di servizi. A tal fine, l'art. 278 del Regolamento, superando le censure proposte nel corso dei lavori preparatori,

opta per la procedura informale di cui all'art. 30 del D.Lgs. 163/2006, anziché seguire la rigida procedura di gara prevista nel *project financing* di lavori.

Nell'ipotesi in cui le proposte siano positivamente valutate e, dunque, ritenute di pubblico interesse, le Amministrazioni le inseriscono nella propria programmazione: come espressamente previsto dall'art. 278 del Regolamento, la fattibilità delle proposte presentate deve essere valutata sotto il profilo della funzionalità, della fruibilità del servizio, della accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico del piano e del contenuto della bozza di convenzione, nonché dell'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione. In caso di pluralità di proposte, la norma prevede che le stesse debbano essere valutate comparativamente e che, ad esito di tale valutazione, venga individuato il soggetto promotore. Nulla è previsto per l'ipotesi in cui vi sia una sola proposta, da ciò non può che conseguire che una fase di confronto concorrenziale, seppure informale, si debba aprire solo per il successivo affidamento della concessione, una volta che sia riconosciuto il pubblico interesse della proposta.

Successivamente, ai fini della scelta del concessionario di servizi, come già anticipato, l'Amministrazione indice una gara informale ai sensi dell'art. 30, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, alla quale viene invitato il promotore, ponendo a base di gara la proposta da quest'ultimo presentata. In tale gara, in conformità alla disciplina prevista per i lavori, il promotore ha il c.d. diritto di prelazione, ossia il diritto di adeguare la propria proposta a quella di altri concorrenti ritenuta dall'Amministrazione più conveniente, aggiudicandosi così la concessione.