

Il project financing si può fare anche se il corrispettivo è un canone di locazione fisso

Secondo il Consiglio di Stato la procedura di Pf è caratterizzata da una forte elasticità che consente di adattare sia la partecipazione del privato che il contributo pubblico alle esigenze delle parti. Scatta quindi, anche se il rischio d'impresa è molto ridotto.

DI ROBERTO MANGANI

È inquadrabile nell'ambito del project financing un'operazione in cui il soggetto privato finanzia con propri capitali la realizzazione dei lavori di ristrutturazione di un immobile e successivamente lo concede in locazione all'ente pubblico dietro pagamento di un canone.

Anche in questo caso sussiste infatti il rischio d'impresa in capo al privato, e ciò anche se l'ammontare dei canoni corrisposti nel tempo viene a coprire integralmente gli investimenti sostenuti per l'esecuzione dei lavori di ristrutturazione.

Sono questi i principi affermati dal Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2012, n. 39, che in questo modo legittima uno schema per alcuni versi atipico di project financing, giungendo a delle conclusioni che in realtà suscitano più di qualche dubbio, specie alla luce delle indicazioni comunitarie in tema di iniziative di partenariato pubblico-privato.

Il fatto

Un ente locale aveva avviato una procedura di project financing per la ristrutturazione di un immobile

Testo a pagina 60

le a cura e spese del privato, a fronte di un corrispettivo costituito dalla "gestione" dell'immobile ristrutturato, che in realtà si sostanzia nella locazione dello stesso a favore del Comune, dietro pagamento di un canone.

Ma si tratta di una conclusione che rischia di porsi in contrasto con le indicazioni comunitarie

La procedura era stata avviata sulla base di una proposta del soggetto privato, disponibile a finanziare i lavori di ristrutturazione in cambio della futura locazione dell'immobile da parte del Comune. Lo

stesso promotore era divenuto aggiudicatario del contratto al termine di tutte le successive fasi della procedura di project financing.

Successivamente all'aggiudicazione, l'ente locale emanava un provvedimento di annullamento dell'intera procedura in via di autotutela, sulla base della ritenuta illegittimità della stessa. Alla base del provvedimento di annullamento vi era la considerazione che nel caso di specie mancavano i presupposti giuridici per inquadrare l'operazione nell'ambito della finanza di progetto. In particolare, era carente l'assunzione del rischio di impresa in capo al privato, elemento essenziale di qualunque procedura di project financing.

Secondo l'ente locale, l'assenza del rischio di impresa era in particolare riscontrabile in relazione alla circostanza che l'intero importo dei lavori di ristrutturazione era nei fatti a carico del Comune, considerato che l'ammontare complessivo dei canoni di locazione corrisposti dal Comune medesimo copriva integralmente tale importo.

Il provvedimento di annullamento della procedura di project



■ IL POTERE DI REVOCA

Sia il Tar che il Consiglio di Stato, alla luce della ritenuta sussistenza delle condizioni affinché l'iniziativa potesse essere attuata nell'ambito della finanza di progetto, hanno concluso che nel caso di specie non sussistevano i presupposti per procedere all'annullamento in autotutela degli atti della relativa procedura, che implica l'illegittimità degli atti medesimi.

Ciò non toglie che l'ente pubblico può interrompere tale procedura nell'esercizio del potere di revoca. Quest'ultimo si fonda su una rinnovata valutazione della convenienza e dell'opportunità dell'operazione, operata sulla base o di elementi sopravvenuti o di una diversa considerazione degli elementi pregressi.

Sotto questo profilo, la nuova formulazione dell'articolo 21-quinquies della legge 241/1990 accoglie una nozione ampia del potere di revoca, che contempla non solo fatti non esistenti al momento dell'adozione dell'atto originario - sopravvenuti motivi di pubblico interesse, mutamento della situazione di fatto - ma anche una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

In sostanza, è legittimo operare la revoca di una procedura di project financing - come secondo il giudice è nei fatti avvenuto nel caso di specie - in tutti i casi in cui l'ente pubblico lo ritenga necessario in virtù di una rinnovata valutazione delle condizioni dell'operazione, fermo restando l'obbligo di indennizzo a favore del privato interessato dal relativo provvedimento.

financing veniva tuttavia impugnata dall'aggiudicatario, che ne contestava la legittimità e i relativi presupposti. Il giudice di primo grado accoglieva il ricorso, condannando nel contempo il Comune a versare un indennizzo a favore dell'impresa aggiudicataria, a titolo di costi sostenuti in conseguenza della risoluzione del rapporto e di mancato guadagno.

Contro la sentenza del Tar proponeva appello l'ente locale, provocando la pronuncia del Consiglio di Stato oggetto delle presenti note.

Il verdetto di Palazzo Spada

Il Consiglio di Stato ha confermato le conclusioni cui era giunto il giudice di primo grado. Secondo il massimo giudice amministrativo, la procedura di project financing comporta la necessaria partecipazione finanziaria del soggetto promotore, cui può aggiungersi l'eventuale contributo pubblico. Tuttavia, essa si caratterizza per un elevato grado di elasticità, che consente di declinare sia la partecipazione finanzia-

ria del privato che il contributo pubblico secondo le più diverse modalità, così da poter adattare la concreta strutturazione dell'operazione alle specifiche esigenze delle parti.

Nella fattispecie in esame, la previsione del pagamento di un canone di locazione da parte dell'ente pubblico non appare incompatibile con le caratteristiche strutturali dell'istituto del project financing, le quali consentono che l'utilizzo delle risorse private per il finanziamento dell'operazione sia solo parziale.

Né si può sostenere che il rischio del privato fosse sostanzialmente azzerato. Infatti, anche a voler ammettere che l'ammontare complessivo dei canoni finiva per coprire integralmente l'importo dei lavori di ristrutturazione, occorre tener conto che mentre l'impegno finanziario dell'impresa era immediato, gli oneri posti a capo dell'ente pubblico a fronte di tale impegno - pagamento del canone - erano dilazionati in un periodo di tempo prolungato (trenta anni) corrispondente alla durata della locazione. Que-

sta discrasia temporale impediva quindi di equiparare l'impegno finanziario del Comune con quello del privato, trattandosi di dati non comparabili.

La conclusione del Consiglio di Stato è che nel caso di specie si era comunque in presenza di un rischio d'impresa in capo al privato, per quanto ridotto, accompagnato dalla previsione di una contribuzione pubblica. Entrambi elementi del tutto compatibili con un'operazione di finanza di progetto, che quindi era stata legittimamente avviata dall'ente locale. Con la conseguenza che non poteva considerarsi legittimo il provvedimento di annullamento in autotutela della procedura, potendo tutt'al più l'ente locale valutare la permanenza della opportunità e convenienza dell'operazione, sotto il diverso profilo dell'eventuale esercizio del potere di revoca.

Il rischio d'impresa

La decisione del Consiglio di Stato solleva qualche perplessità. È indubbio che l'istituto del project financing abbia subito nel corso degli anni un'evoluzione rispetto a quella che era la sua originaria impostazione. Questa prevedeva infatti che il privato finanziasse attraverso propri capitali la realizzazione di un'opera a fronte di un corrispettivo costituito dalla gestione della stessa, idonea a generare i flussi di cassa necessari a ripagare l'investimento iniziale e a far conseguire l'atteso utile di impresa.

Questo schema era tuttavia funzionale solo per le cosiddette opere calde, cioè quelle opere idonee a produrre flussi di cassa in relazione all'utilizzo da parte di una massa indifferenziata di utenti che a tal fine pagano le relative tariffe.

Ma il project financing ha trovato applicazione anche relativamente alle cosiddette opere fredde. Sono tali quelle opere in cui la remunerazione per il privato non è costituita dai proventi derivanti dall'utilizzo dell'infrastruttura da parte degli utenti, bensì dai pagamenti

effettuati direttamente dall'ente pubblico cui l'opera è destinata a fronte della prestazione da parte del privato di una serie di servizi a essa connessi.

In questo schema di project financing, affinché si abbia un utilizzo corretto dell'istituto, è necessario che il privato assuma il cosiddetto rischio di disponibilità. Come precisato anche nella nota Decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004 sul partenariato pubblico-privato, si tratta della particolare configurazione in cui, relativamente alle opere fredde, viene declinato il rischio di gestione, elemento connaturale di qualunque operazione di project financing.

Il rischio di disponibilità comporta che il corrispettivo versato dall'ente pubblico al privato sia collegato all'effettiva disponibilità dell'opera che, a sua volta, dipende dalla puntuale erogazione dei servizi che quest'ultimo deve prestare. In questa logica, è necessario che i pagamenti dell'ente pubblico siano governati da un sistema di penali che preveda una riduzione dei pagamenti medesimi qualora il livello qualitativo e quantitativo dei servizi resi non sia corrispondente a quanto pattuito. Al contrario, il rischio di disponibilità non sussiste se il pagamento da parte dell'ente pubblico si concretizza in un canone predeterminato e invariabile, del tutto indifferente all'effettiva qualità dei servizi prestati.

Rispetto a questo schema emerge il profilo critico della fattispecie oggetto della pronuncia. Nel caso preso in esame, infatti, il corrispettivo dovuto dall'ente locale si sostanzia in un canone di locazione nel senso proprio del termine. Non è prevista l'erogazione di servizi da parte del privato, cosicché la misura del canone viene a essere svincolata da qualunque variabile collegata a tale erogazione e, conseguentemente, all'effettiva disponibilità dell'immobile. Il canone resta fisso e invariabile: né la sua materiale erogazione né la sua misura è in

qualche modo collegata a un fatto gestionale.

In questa logica non assumono alcun rilievo le considerazioni in merito alla misura del canone, nel senso che non costituisce elemento dirimente ai fini di negare il rischio d'impresa la circostanza che esso copra integralmente gli investimenti effettuati dal privato. Ciò non sarebbe di per sé un ostacolo alla configurabilità di un'operazione di finanza di progetto, posto che l'obiettivo del privato è proprio quello di rientrare degli investimenti effettuati e di conseguire anche un'utile d'impresa.

Ciò che rende difficilmente inquadrabile la fattispecie in esame nell'ambito del project financing è invece la mancanza del rischio di

L'inesistenza di penali che legano i pagamenti al livello dei servizi annulla anche il rischio di disponibilità tipico delle opere fredde

gestione – inteso come rischio di disponibilità – in capo al privato, che è elemento essenziale di qualunque operazione di partenariato pubblico-privato. E ciò proprio perché manca la gestione in quanto tale, non potendosi essa identificare con la mera locazione dell'immobile all'ente locale.

L'asseverazione bancaria

Alcune precisazioni – che in linea generale ribadiscono principi già acquisiti – vengono operate dal Consiglio di Stato sul tema dell'asseverazione bancaria del piano economico-finanziario presentato dal promotore privato.

In primo luogo viene ribadito che l'asseverazione richiesta dalla normativa non necessita di partico-

lari formalità. È quindi sufficiente anche una semplice dichiarazione con cui l'istituto di credito afferma di aver esaminato il piano economico finanziario e conseguentemente rilascia la cosiddetta asseverazione. A nulla rileva che lo stesso istituto non si impegni al finanziamento dell'iniziativa né che dichiari di non esprimere alcuna valutazione di merito sui costi di investimento, di gestione e sulla tariffazione.

Questa funzione riduttiva dell'asseverazione bancaria viene giustificata alla luce del principio giurisprudenziale consolidato secondo cui la presenza dell'asseverazione non esonera l'amministrazione dal procedere in via autonoma alla valutazione in merito alla sostenibilità economica dell'offerta e all'esame del piano economico-finanziario proposto dal privato. In sostanza, secondo questa impostazione, l'asseverazione bancaria è un mero strumento di ausilio alle valutazioni che devono essere autonomamente operate dall'amministrazione, e in questa logica il suo valore cogente, specie sotto il profilo degli impegni che si assume la banca asseveratrice, è sostanzialmente nullo. ■

