

L'ALLOCAZIONE DEI RISCHI
TRA
PUBBLICO E PRIVATO
NEL
PROJECT FINANCING

PREMESSA

La realizzazione di opere pubbliche attraverso il contratto di concessione di lavori pubblici è una metodologia non nuova nell'ordinamento giuridico, ma che certamente ha avuto un importante impulso di recente grazie alle innovazioni legislative in materia.

La concessione di opere pubbliche fa parte, e forse ne è lo strumento principale, del più ampio contesto delle forme di partenariato pubblico privato.

Il PPP, e la concessione in particolare, rappresentano forme di collaborazione e cooperazione tra soggetti pubblici e soggetti privati. Ovviamente non è una collaborazione fine a se stessa. Il privato cerca il lucro e l'amministrazione cerca il pubblico interesse. La scommessa del PPP sta proprio nel trovare il modo per dare ai privati ed ai soggetti pubblici lo strumento per trovare una comunione di scopo nel perseguimento dei propri interessi particolari.

La concessione di lavori pubblici ne è un esempio. Un'opera pubblica può essere fonte di un servizio da erogare alla cittadinanza e, pertanto, assolvere ad un interesse pubblico, ed al contempo fonte di denaro per il gestore, che tramite un pedaggio o una tariffa di utilizzo ha la possibilità di creare un flusso di denaro che ripaghi i costi di costruzione dell'opera e crei un lucro.

E' qui la difficoltà insita nell'operazione: creare il corretto bilanciamento giuridico ed economico tra i diversi interessi.

In questo documento non ci si vuole pertanto soffermare su aspetti prettamente giuridici o economici, ma invece vedere l'intero iter del project financing in un'ottica di "allocazione dei rischi" tra soggetto pubblico e soggetto privato.

Si può infatti affermare che tutta l'operazione di project financing – dalla ideazione dell'intervento alla conclusione della concessione – null'altro sia che il metodo per allocare rischi e responsabilità tra soggetti, in base alla loro capacità, efficienza, efficacia ed economicità di gestione degli stessi.

**LE FASI
DELLA
ALLOCAZIONE
DEI RISCHI**

Fase 1

IDEARE PER CHIEDERE

lo studio di fattibilità

**Lo studio di fattibilità e la
programmazione**

Analisi dei costi e dei benefici, il PPP
test e il Value for money

Public sector comparator

Analisi dei rischi

Fase 2 CHIEDERE PER RICEVERE

Il primo contatto con il mercato (bando o l'avviso di ricerca)

Fase 3 RICEVERE PER VALUTARE I RISCHI

la scelta del concessionario

Fase 4 VALUTARE PER DECIDERE L'ALLOCAZIONE DEI RISCHI

la stipulazione del contratto di concessione di lavori pubblici

Fase 5 DECIDERE PER CONTROLLARE I RISCHI

“IL SECURITY PACKAGE”

l'esecuzione del contratto

fase 1
IDEARE
PER
CHIEDERE

lo studio
di fattibilità

Lo studio di
fattibilità,
e la
programmazione

L'IDEA NATA ALL'INTERNO DELLA AMMINISTRAZIONE

L'idea che porta alla realizzazione di un'opera pubblica attraverso il contratto di concessione di lavori pubblici può nascere da una idea di un soggetto, spesso politico, interno all'amministrazione: un assessore competente, il sindaco, il presidente di giunta etc.

L'idea non corrisponde, però, all'ideazione dell'operazione, ma ne è solo la scintilla iniziale.

L'ideazione dell'operazione è un delicato procedimento tecnico interno all'amministrazione che sfocia in un documento di centrale importanza per tutto l'iter dell'operazione, ossia lo studio di fattibilità.

Le modifiche introdotte nel Codice dei contratti pubblici ad opera del d.lgs. 152/08, pongono in decisivo risalto l'importanza dello studio di fattibilità.

Basti osservare come l'art. 153, c. 1, come riformato, preveda una vera e propria gara per la ricerca del concessionario ponendo a base della stessa solo lo studio di fattibilità. Tutta la procedura, quindi, in questo caso si basa solo sullo studio di fattibilità che diviene il documento più importante dell'intero iter.

La normativa in materia è quanto mai priva di concreti riferimenti e indicazioni per le amministrazioni nella redazione dello studio stesso: sia il Codice dei contratti pubblici, sia il dpr 21 dicembre 1999, n. 554 e ss.mm.ii., sia le altre fonti normative in materia, come la legge 144 del 1999, lasciano alla amministrazione piena autonomia nella definizione dei contenuti dello studio di fattibilità.

Ciò che è certo è che lo studio di fattibilità ha il fondamentale compito di trasformare l'idea in specifica ideazione dell'operazione, attraverso l'identificazione e il confronto delle diverse ipotesi possibili.

Si sottolinea come le diverse ipotesi possibili sono giuridiche, economiche nonché tecniche.

Ogni studio di fattibilità dovrebbe essere composto da tre parti:

- a) **GIURIDICO-PROCEDIMENTALE**: questa parte ha il compito di inquadrare giuridicamente l'operazione andando ad individuare quale sia la migliore tra le diverse forme contrattuali a disposizione dell'amministrazione e i diversi procedimenti ad evidenza pubblica ad essi connessi;
- b) **ECONOMICO-FINANZIARIA**: questa parte dovrebbe avere ad oggetto le risorse che sono in gioco, le disponibilità dell'amministrazione e l'analisi finanziaria del contesto;
- c) **URBANISTICO-INGEGNERISTICA**: lo studio di fattibilità dovrebbe contenere un "documento preliminare alla progettazione" dove si analizzino le diverse metodologie realizzative e le diverse soluzioni costruttive e manutentive, nonché gli aspetti legati all'assetto del territorio.

L'IDEA NATA ALL'ESTERNO DELLA AMMINISTRAZIONE

La normativa vigente offre un istituto di certo interesse, ma, al contempo, di delicata applicazione.

Il Codice dei contratti pubblici prevede, infatti, al novellato art. 153, c. 19, la possibilità per i privati di interloquire con le amministrazioni ancora prima della redazione dello studio di fattibilità da parte di quest'ultima.

La norma precedente prevedeva che i soggetti pubblici o privati fossero legittimati a presentare ad ogni amministrazione, proposte di intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche e studi di fattibilità, senza alcun onere di esame e valutazione da parte della stessa.

La fattispecie in questione è stata decisamente rafforzata dalla novella del 2008; oggi, l'art. 153, c. 19 prevede che i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario, nonché i soggetti di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché i soggetti legittimati a partecipare a gare pubbliche in qualità di costruttori o progettisti, nonché le fondazioni e le Camere di commercio, possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, a mezzo di studi di fattibilità, proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale.

Le amministrazioni sono tenute a valutare le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento e possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse; l'adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione dei lavori, né alla gestione dei relativi servizi.

L'amministrazione dovrà essere molto prudente nel farla propria, in quanto, anche se la stessa può coincidere con l'idea già sorta all'interno dell'amministrazione non è scontato che sia l'unico o il migliore modo per porla in essere.

L'ELENCO ANNUALE DEI LAVORI

Le novità introdotte dal d.lgs. 152/08 sono sul punto di notevole importanza. L'art. 128, c. 6 del Codice, nella sua versione attuale, va a risolvere un problema che da tempo veniva trascinato, ossia i rapporti tra la finanza di progetto e i documenti programmatici e di bilancio dell'amministrazione.

Ora la norma è chiara nello stabilire che lo studio di fattibilità è documento necessario per inserire l'intervento nell'elenco annuale dei lavori pubblici.

Il documento programmatico di centrale importanza nella finanza di progetto non è più, come in passato, il programma triennale, ma diviene l'elenco annuale, ossia un documento con profonde valenze economiche in quanto è un allegato del bilancio delle amministrazioni.

Si noti come a norma dell'art. 153, c. 16 del Codice, i privati potranno presentare proposte di finanza di progetto solo se l'intervento è inserito nell'elenco annuale, non bastando più la mera inserzione nel programma annuale.

Sul punto è bene compiere un primo approfondimento. Siccome l'elenco annuale è allegato al bilancio e siccome le operazioni di finanza di progetto non sempre sono totalmente finanziate dai privati ma spesso richiedono per la loro implementazione di un prezzo pagato dal pubblico, allora diviene di centrale importanza lo studio di fattibilità, come documento che indica la somma massima spendibile a titolo di prezzo e questa deve trovare copertura nel bilancio. Ove l'amministrazione sovrastimi il prezzo non potrà che avere problemi finanziari di copertura, di converso, ove l'amministrazione sottostimi il prezzo per agevolare il bilancio dell'ente, l'operazione sarà destinata a fallire, in quanto mancherà l'equilibrio economico finanziario che il prezzo è finalizzato a tutelare.

Si sta quindi parlando di un esercizio di precisione ed equilibrio che la previgente normativa non chiedeva alle amministrazioni pubbliche.

**Analisi dei
costi
e
benefici,
il PPP test
e il
value for
money**

Prima di porre in essere una operazione di project financing, l'amministrazione ha alcuni strumenti per verificare come impostare l'operazione e se utilizzare metodologie c.d. tradizionali o instaurare con un privato iniziative di condivisione di rischio.

Questo è detto "PPP-test": si ragiona, pertanto, sulla possibilità di realizzare opere o interventi con tecniche di PPP, cercando pertanto di verificare ciò che è definito "*Value for Money*", ossia il miglior rapporto tra costi, intesi in tutti i sensi e non solo monetari e benefici, intesi anche in questo caso sia monetari che economici in generale.

A tale scopo diviene centrale la realizzazione di uno studio di fattibilità in grado di porre in evidenza le:

- a) alternative di *procurement* (PPP-test);
- b) una *risk analysis* e una *risk allocation* per tutti quei rischi associati alla realizzazione e/o gestione dell'infrastruttura oggetto di analisi.

Da questo punto di vista, lo studio di fattibilità potrebbe essere strutturato per esaminare le alternative di approvvigionamento presenti sul mercato. Quando lo studio di fattibilità vede diverse ipotesi tra di loro alternativi, in realtà prende il nome di pre-studio di fattibilità.

Sul punto è necessario non compiere confusioni terminologiche, soprattutto ora in vigore del novellato art. 153 del Codice dei contratti pubblici.

Lo studio di fattibilità in senso tecnico è lo studio che sta alla base di un pubblico intervento e ne identifica le metodologie realizzative, ma non comprende ipotesi alternative. Questo perché tale studio potrebbe essere messo a base di gara e quindi divenire documento su cui selezionare gli operatori economici.

Per giungere ad un documento di fattibilità con contenuti di buona definizione possono essere necessari analisi prodromiche e precedenti e, per questo può essere utile un pre-studio di fattibilità, che ne

evidenzi le alternative. Questo è però un documento interno alla amministrazione che i privati non vedono ed ha lo scopo dare elementi cognitivi ai decisori pubblici.

E' lo studio di pre-fattibilità la sede in cui porre in evidenza le alternative di approvvigionamento che si pongono di fronte all'amministrazione. L'obiettivo è quello di fornire una serie di informazioni per guidare la decisione.

Si noti tali decisioni non sono solo finanziarie o economiche, ma anche procedurali, tecniche e soprattutto politiche. Lo studio di pre-fattibilità, infatti, si pone in una fase del procedimento dove sono ancora forti le implicazioni politiche e di scelta di fronte alla collettività di riferimento.

Lo scopo di tale test è quello di scandagliare i diversi e possibili scenari per potere avviare una politica degli investimenti in infrastrutture capace di contenere la contribuzione pubblica a fondo perduto attraverso un coinvolgimento del settore privato, garantendo una equa remunerazione del capitale investito.

Il PPP test ha l'obiettivo di rilevare la presenza di alcune condizioni necessarie all'utilizzo di schemi di PPP, in particolare:

- a) un quadro normativo e regolatorio compatibile;
- b) l'esistenza di rischi trasferibili al soggetto privato (secondo la logica di allocazione sul soggetto maggiormente in grado di poterlo gestire);
- c) la capacità organizzativa e la presenza del *know how* da parte dell'Amministrazione procedente per operare con il PPP, considerata a ragione procedura più complessa di quella tradizionale;
- d) l'eventuale tariffabilità dei servizi da erogare e la verifica del consenso della collettività/utenza a pagare tali servizi (*willingness to pay*).

Il PPP, quando diviene una scelta praticabile, deve assicurare un ottimale metodo di approvvigionamento delle infrastrutture e dei servizi ed una migliore allocazione delle risorse pubbliche.

La corretta quantificazione dei costi connessi ai rischi da allocare riduce le asimmetrie informative attribuendo maggiore consapevolezza all'Amministrazione in fase di negoziazione con il settore privato, permettendo il conseguimento di una efficace allocazione delle risorse pubbliche.

Pertanto, l'approccio al PPP non deve essere considerato come fatto meramente teorico ed astratto, ma deve scaturire da un'attenta verifica e valutazione delle condizioni sopra esposte e delle opzioni di finanziamento concretamente disponibili per la pubblica amministrazione, incluse quelle tradizionali.

La finalità è quella di perseguire il *Value for Money* per il settore pubblico, tenendo in considerazione aspetti qualitativi e quantitativi.

Le considerazioni di carattere qualitativo, in particolare, si riferiscono a :

1. parametri definitivi dei servizi richiesti e alle modalità di gestione e di controllo di una infrastruttura in grado di essere efficacemente individuati;
2. la quantificazione dei presumibili benefici economici ottenibili dai partecipanti all'iniziativa e connessa verifica della sostenibilità finanziaria (*affordability*) dell'intera operazione da parte della stessa autorità pubblica che dovrà caratterizzare la scelta della pubblica amministrazione di coinvolgere il settore privato sulla base di precisi schemi contrattuali di PPP

La certezza di trovarsi di fronte alla migliore alternativa possibile di PPP non esclude che il ricorso a forme tradizionali di approvvigionamento possa risultare comunque la modalità di realizzazione e di finanziamento più conveniente per la pubblica amministrazione.

Public sector comparator

Se l'obiettivo di un procedimento di approvvigionamento basato sullo schema di PPP è il perseguimento del Value for money uno dei metodi più diffusi per misurarne l'entità è quello del Public sector comparator.

Questo modello di valutazione si basa sul confronto del Valore Attuale Netto (VAN) dei costi e dei ricavi generati nelle due diverse soluzioni di approvvigionamento. La differenza fra i valori riportati rappresenta la misura del *VfM* espresso in termini di risparmio sui costi di un'alternativa rispetto all'altra.

Il Valore Attuale Netto è noto anche con il termine inglese *Net Present Value* (NPV),

Il criterio del Valore Attuale Netto (VAN) si basa sul principio secondo il quale un'iniziativa che impegna il denaro merita di essere presa in considerazione solo se i benefici che ne possono derivare sono superiori alle risorse utilizzate.

E' una metodologia tramite la quale si definisce il valore attuale di una serie attesa di flussi di cassa non solo sommandoli contabilmente ma attualizzandoli sulla base di tasso prescelto dallo stesso soggetto che compie l'operazione.

L'indicatore, in primo luogo misura il "Valore attuale", ciò sta a significare che dei valori monetari futuri e nel caso della finanza di progetto anche attesi in termini solo revisionali sono rapportati ad un momento presente, ossia quello in cui si decide se fare l'operazione o destinare i propri denari altrove.

Confrontando il VAN di due o più investimenti alternativi si riesce a valutare l'opzione più vantaggiosa attraverso il meccanismo dell'attualizzazione dei costi e dei ricavi che prevede il ricondurre ad un medesimo orizzonte temporale i flussi di cassa che si manifesterebbero in momenti diversi e che quindi di norma non sarebbero direttamente confrontabili.

Le modalità di finanziamento sono varie e diversificate e possono essere così sintetizzate:

Modalità di finanziamento pubbliche:

- a) mezzi propri (avanzo, alienazioni patrimoniali, altre entrate proprie)
- b) trasferimenti o contributi a fondo perduto
- c) indebitamento (BOC, Mutui, aperture di credito etc.)

Modalità di finanziamento pubblico-privato:

- a) capitale di rischio,
- b) indebitamento
- c) proventi derivanti dal progetto,
- d) locazioni finanziarie.

Analisi dei rischi

Da quanto sopra brevemente esposto si può affermare che ogni operazione di project financing si basi sul futuro: infatti si parte da dati certi perché storici per prevedere situazioni che si svolgeranno in futuro.

Tutta la strutturazione della finanza di progetto trae origine dal fatto che i flussi monetari futuri e quindi solo previsti al momento di partenza dell'operazione, siano in grado di assolvere al debito assunto per l'implementazione dell'operazione stessa, di pagare i fattori di produzione e di creare una redditività per gli investitori.

Si comprende allora come ogni operazione di project financing si basi su di una valutazione di costi benefici nell'intraprendere quell'attività e sui rischi che quello che è stato preventivato non accada o accadano situazioni differenti.

Queste brevi annotazioni sono vere sia viste dall'ottica visuale della pubblica amministrazione, sia vista dall'ottica degli imprenditori o dei finanziatori.

L'amministrazione pubblica committente e concedente deve allocare i rischi in modo efficiente ed efficace nel perseguimento di due distinti fini:

- a) preservare l'amministrazione in quanto tale, in quanto persona giuridica che opera sul mercato;
- b) preservare la collettività che rappresenta, la quale richiede servizi pubblici efficienti a prescindere da chi ne sia il gestore, pubblico o privato.

Gli imprenditori devono saper allocare su di essi solo i rischi che sanno gestire, sia dal punto di vista gestionale sia dal punto di vista economico-finanziari, pena il fallimento dell'iniziativa, la perdita di lucro e l'esborso di denaro proprio.

I finanziatori devono saper valutare l'allocazione dei rischi al fine di preservare il rientro delle proprie risorse impiegate a titolo di debito.

La mancata individuazione dei rischi relativi al progetto (e quindi la consapevolezza della loro esistenza) unitamente ad una non corretta allocazione sui diversi soggetti coinvolti, può comportare l'insuccesso dell'iniziativa, poiché il soggetto cui il rischio è stato allocato potrebbe non essere in grado di gestirlo al meglio.

Infatti, affinché il PPP possa essere impiegato nella maniera ottimale come modalità di approvvigionamento delle infrastrutture e dei servizi, non può prescindere da un'attenta analisi dei rischi.

In particolare le fasi dell'analisi da percorrere riguardano:

- l'identificazione di tutte le possibili categorie di rischio;
- la quantificazione dell'impatto economico-finanziario degli stessi;
- la stima della probabilità di accadimento dei singoli eventi dannosi;
- la scelta di un'equilibrata allocazione dei rischi fra il settore pubblico e quello privato;
- la valutazione del rischio trasferibile e di quello non trasferibile.

Il processo di valutazione dei rischi richiede, dapprima, un'identificazione sistematica di tutti i rischi dell'operazione e quindi, in un successivo momento, la ricerca delle modalità per porli in situazione di controllo, distribuirli tra le parti interessate e ridurne gli effetti.

L'elaborazione di una specifica matrice dei rischi tende a identificare le parti contrattuali che si trovano nella migliore condizione possibile per poterli gestire. La matrice dei rischi, peraltro, è un utile strumento volto ad agevolare il processo di analisi e di valutazione dei rischi fornendo in maniera chiara e sintetica tutta una serie di informazioni rilevanti al fine di procedere all'individuazione:

- delle diverse tipologie di rischio identificate;
- delle possibili cause di accadimento degli eventi sfavorevoli;
- delle eventuali conseguenze per il progetto al verificarsi dei suddetti eventi;
- del soggetto (pubblico o privato) su cui ricadono gli effetti del fatto dannoso;

delle conseguenze ipotizzabili per il soggetto danneggiato;
delle modalità di copertura/mitigazione del rischio.

I principali rischi connessi ad un'operazione di project financing, sono articolati in:

rischi di "pre-completamento", relativi della prima fase, quella dell'impostazione e della realizzazione dell'operazione, con tutte le implicazioni amministrative (permessi, concessioni), tecniche (lavori) e, soprattutto, economiche, in quanto il progetto non produce ancora utili.

rischi "di post-completamento", relativi alle fasi di avviamento e di mantenimento della gestione su livelli tali da consentire utili sufficienti alla remunerazione degli investimenti, alla restituzione dei finanziamenti ed all'autosufficienza finanziaria.

rischi generali, presenti in ogni singola fase, cioè: rischi tecnologici, politici, commerciali, finanziari relativi ai tassi di cambio e di interesse.

I rischi sono legati alla situazione del sistema socio-territoriale ove viene programmata l'iniziativa e sono individuati per indirizzare nel modo migliore gli approcci progettuali; i principali, riguardanti le concessioni con finanza di progetto, possono essere così identificati:

di natura imprenditoriale

tecnologici e tecnici

ambientali

di carattere economico o finanziario

di gestione

politico – amministrativo

I rischi imprenditoriali sono dovuti alle modifiche del bacino d'utenza, che può non consentire di attivare il livello di tariffe in grado di generare il flusso di cassa positivo. Per evitare ciò, oltre ad una attenta analisi, si può includere una clausola del tipo "take or pay" con la pubblica amministrazione concedente, vincolandola ad una precisa acquisizione di servizi, al di sotto della quale deve far fronte con propri mezzi alla società di progetto. Un esempio tipico è quello della costruzione di un parcheggio in cui l'amministrazione non ponga dei vincoli per la sosta ordinaria nelle vicinanze facendo scendere il numero degli utilizzatori.

I rischi tecnologici sono connessi con errori di scelta del processo così da renderlo insufficiente ad erogare il servizio nei tempi, nei modi e nella qualità richiesta dagli utenti.

Sempre per l'esempio del parcheggio la scelta di un sistema meccanizzato troppo lento nel restituire le autovetture o con periodi troppo lunghi di malfunzionamento possono far fallire l'operazione.

I rischi ambientali costituiscono una categoria da tenere fortemente in considerazione, vista la rinnovata ed attenta legislazione in materia.

I rischi economici sono legati agli errori di identificazione del costo di realizzazione del progetto e, più frequentemente, a quelli di valutazione dei costi manutentivi. Le errate valutazioni derivano in parte da sottostime ottimistiche, generate dalla comune volontà delle parti di far decollare un'operazione di investimento, dall'altra da errori progettuali di cui se ne risente l'effetto durante la costruzione o l'esercizio, con costosi lavori di rifacimento o di manutenzione ordinaria e straordinaria.

I rischi finanziari derivano da un'errata valutazione delle tariffe del servizio, dall'inflazione non considerata nella concessione per una durata forse eccessiva. I rischi finanziari di approvvigionamento del capitale vanno frazionati tra più Istituti finanziari, e tra diverse forme di debiti proprio per evitare un "effetto domino" sull'investimento.

I rischi di gestione sono dovuti al bacino d'utenza, alla quota di mercato, alla manutenzione non adeguatamente programmata e studiata, ed alla possibile obsolescenza tecnologica che renderebbero superato il servizio all'utenza in tempi non compatibili con il periodo di servizio al debito del progetto.

I rischi politici sono legati alla possibilità di cambio di politica tariffaria specie per le infrastrutture sociali nonché alle normative d'interesse per il progetto.

La mancata individuazione dei rischi relativi al progetto (e quindi la consapevolezza della loro esistenza) unitamente ad una non corretta allocazione sui diversi soggetti coinvolti, può comportare l'insuccesso dell'iniziativa, poiché il soggetto cui il rischio è stato allocato potrebbe non essere in grado di gestirlo al meglio.

fase 2

CHIEDERE

PER

RICEVERE

Il primo contatto con il mercato (bando e l'avviso di ricerca)

Sul punto le novità introdotte ad opera del d.lgs. 152/08 nel corpo del Codice dei contratti pubblici sono di certa rilevanza.

Oggi, gli artt. 143 e 153 del Codice prevede almeno quattro metodologie di affidamento delle concessioni di lavori pubblici.

In questa sede non si vuole entrare nell'esame delle diverse procedure, operazione che trova sede in altra parte del lavoro, volendo solo sottolineare un dato pratico, ossia di come la finanza di progetto è un metodo per trasformare idee "pubbliche" in realtà, attraverso denaro privato. In base a ciò, la domanda pubblica deve essere appetibile per il privato, altrimenti il mercato non risponderà e l'idea pubblica rimarrà tale senza alcuna conseguenza.

Pertanto il primo contatto con il mercato che l'amministrazione deve compiere, prescindere che ciò avvenga mediante un bando o un avviso, è un momento di centrale importanza.

Ancora, ove a monte di ciò vi sia uno studio di fattibilità completo ed esauriente non sarà difficile intercettare l'imprenditoria privata interessata al progetto; di converso, ove lo studio di fattibilità dia lacunoso o fallace, il mercato dimostrerà con molta probabilità il suo disinteresse all'intervento.

Solo se si è ben ideato l'operazione e, quindi, si è strutturato uno studio di fattibilità che contenga elementi chiari per il mercato, si potrà redigere un adeguato bando o avviso.

A dire solo se si è ideato ciò che si vuole, si può formulare una buona domanda al mercato.

Il bando o l'avviso deve pertanto essere visto come una domanda. Solo se la stessa è "ben formulata" ci si possono aspettare "buone risposte"; se non seguiranno proposte si avrà la certezza

che il mercato o non è in grado o non è interessato a interagire con l'amministrazione.

In caso contrario si rischia di fare fallire l'operazione sul nascere per non chiarezza.

La pratica ha insegnato che ove gli avvisi sono stati posti in modo esaustivo ed esauriente, la fallibilità dell'operazione è stata minima. Nel caso contrario le ipotesi di insuccesso sono notevoli.

In aggiunta a questo, ove l'amministrazione riceva più di una proposta, se ha redatto un buono studio di fattibilità potrà con celerità e certezza di procedere alla valutazione e selezione.

fase 3

RICEVERE

PER

VALUTARE I RISCHI

La scelta del concessionario

Alla luce delle novità introdotte con il d.lgs. 152/08, le modalità di scelta del concessionario disciplinate dall'art. 153 del Codice dei contratti pubblici sono varie e tra loro differenti.

In questa sede non si entrerà nelle procedure, ma si vedranno le stesse come percorsi selettivi, in cui l'amministrazione è chiamata a selezionare la miglior offerta.

Le offerte ricevute non devono essere viste con l'occhio dell'appalto, a dire non devono essere esaminate in un'ottica di contratto sinallagmatico, dove il pubblico paga e il privato realizza.

Qui l'ottica deve essere quella della ricerca dei rischi insiti nelle varie offerte ricevute e come gli stessi rischi sono allocati tra il pubblico e il privato.

Una offerta che prevede un prezzo più basso erogato dal pubblico, ma alloca sullo stesso tutti i rischi di manutenzione o gestione, in realtà porterà al termine della concessione ad avere maggior spendita di denaro pubblico.

Di converso un'offerta con un prezzo più alto, ma con allocazione di molti rischi futuri sul privato, avrà minor esborso di denaro nel tempo. Si ricordi che la concessione è un contratto di durata, che lega un soggetto privato ad un soggetto pubblico per lungo tempo e quindi la fase "iniziale" è di relativa importanza, divenendo invece centrale come le parti si relazioneranno nel tempo all'accadere di eventi imprevisti.

fase 4

VALUTARE

PER

DECIDERE L'ALLOCAZIONE DEL RISCHIO

la stipulazione del contratto di concessione di lavori pubblici

Chi scrive un contratto di concessione di lavori pubblici mediante il procedimento di cui all'art. 153 del Codice dei contratti pubblici?

La risposta a questa domanda è di centrale importanza per la buona riuscita dell'operazione.

Tale risposta è “sia il committente, sia il privato concessionario”.

E' vero che il comma 9 dell'art. 153 in commento prevede che sia il privato a scrivere e consegnare nell'offerta una “bozza di convenzione”, ma è altrettanto vero che l'amministrazione deve esaminare tale bozza con notevole attenzione, in quanto di fatto questo è il documento dove si allocano i rischi futuri tra le parti in gioco.

Il contratto di concessione nasce quindi da tre passaggi:

1. studio di fattibilità (parte giuridica)
2. bozza di convenzione
3. stipulazione del contratto

Le novità introdotte dal d.lgs. 152/98 sul punto sono notevoli: gli spazi di negoziazione tra pubblico e privato sono stati tutti cancellati; erano però quegli spazi che consentiva al pubblico di interagire con il privato in modo elastico e modificare anche i contriti contrattuali.

Ora, in assenza di negoziazioni, è necessario che lo studio di fattibilità sia molto “robusto” sulla parte giuridico-contrattuale, altrimenti si rischia di affidare la stesura del contratto alla sola penna del privato.

fase 5

DECIDERE

PER

CONTROLLARE I RISCHI

“IL SECURITY PACKAGE”

l'esecuzione del contratto

Si noti come la bozza di convenzione sia predisposta dallo stesso privato concorrente e come spesso le amministrazioni non ne curino gli aspetti in modo così attento come avviene per gli aspetti tecnici e economici.

Si sottolinea però come questo sia l'aspetto più importante una volta terminata la gara e stipulato il contratto. Infatti, in operazioni di questo genere, le parti, amministrazione e privato, sono legati da un rapporto ad efficacia prolungata, che ha termine dopo molti anni. Il contratto diviene l'unico strumento per poter monitorare l'attività del privato nel tempo e poter avere un solido appiglio per potere dare riscontro a inadempimenti contrattuali. Non si dimentichi che il concessionario diviene il gestore di un servizio che agli occhi della cittadinanza è “pubblico”, e che lo stesso diviene il manutentore di una infrastruttura che è pubblica. L'amministrazione deve, pertanto, controllare il concessionario in corso di esecuzione e per fare ciò deve avere anche dopo molti anni dalla gara un valido strumento contrattuale per poter richiedere il corretto adempimento delle obbligazioni assunte.

La definizione comunitaria di partenariato pubblico privato, che comprende ogni forma di cooperazione tra autorità pubbliche e operatori economici finalizzate a garantire il finanziamento, la costruzione o la gestione di un'infrastruttura o di un servizio, evidenzia l'indifferenza dell'ordinamento comunitario alle forme, per privilegiare la sostanza.

La sostanza del partenariato, che si può evincere in particolare dal Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni¹, è quella di “colloquio” e “condivisione”. Il ppp è colloquio tra pubblico e privato finalizzato alla condivisione.

Il termine “colloquio” non rappresenta una previsione astratta e generica, ma si declina in fattispecie giuridiche molto precise: procedimenti amministrativi e contratti o provvedimenti amministrativi.

Il colloquio, procedimentale o contrattuale, ha uno scopo: condividere. Ciò che si condivide sono le risorse economiche, le capacità e competenze, ed il rischio.

Il primo elemento di condivisione riguarda le risorse economiche, sia nella forma dei denari, sia nella forma di altri diritti. In questa sede, e solo in questa, meccanismi finanziari come la finanza di progetto possono essere di aiuto.

Il secondo elemento di condivisione è rappresentato dalle capacità e dalle competenze. Pubblico e privato hanno poteri e capacità differenti e devono giocarle nel modo maggiormente utile per il buon esito dell'operazione.

Infine, il più importante elemento di condivisione riguarda il rischio, definibile come ogni elemento futuro e incerto, prevedibile o imprevedibile.

Questa è la chiave di lettura che si vuole dare all'intero lavoro, ossia vedere come l'ordinamento consente al pubblico ed al privato di "colloquiare" con contratti e procedure di gare e di esaminare come gli attori allocano risorse, ruoli e rischi. Proprio il rischio è l'elemento cardine delle operazioni di ppp. Allocare rischi su soggetti privati non in grado di supportarli significa determinare il fallimento dell'intera operazione e non liberarsi di incombenze.

In questo alveo appare utile distinguere fin da ora tra "rischio" e "alea economico finanziaria".

Diverso da quello di rischio è il concetto di alea, ossia quella particolare forma di rischio che si sostanzia nella mancanza di certezza del corrispettivo. La concessione, contratto o provvedimento amministrativo che sia, è un atto aleatorio, in quanto alloca sul privato un rischio non solo imprenditoriale, ma anche di mercato: nel gestire un parcheggio pubblico si ha il rischio che nessuno usufruisca dell'opera, il che è un'incertezza che non riguarda l'appaltatore.

Nella concessione, il rischio, astrattamente considerato, vi è sempre ed anzi deve esservi sempre, anche se, in concreto, si hanno ipotesi nelle quali il rischio è minimo e altre nelle quali è massimo.

E' qui che l'amministrazione deve saper giocare il suo ruolo, non in quanto soggetto contrattuale, ma, bensì, in quanto esponente della collettività di riferimento. Non si può permettere al privato di lucrare eccessivamente se tale lucro deriva dalla gestione della cosa pubblica, né ci si può permettere di allocare eccessivi rischi sul privato, senza che questo esponga la stessa collettività all'utilizzo di beni o servizi di basso livello. Pertanto, la concessione, da contratto astrattamente aleatorio, deve divenire, tramite il "colloquio" tra le parti, un contratto concretamente commutativo.

Il c.d. security package è proprio la protezione che le clausole contrattuali danno al progetto e costituisce una sovra-garanzia dell'intero fascio di obbligazioni relative al progetto. Le numerose e sottostanti garanzie di tipo reale e personale non dovrebbero infatti, almeno in toto, coprire l'esposizione del progetto ai rischi. Ciò che conta in una operazione di project financing, infatti, non è la solvibilità di uno o dell'altro attore, quanto il buon fine dell'intero progetto di cui il security package ne è il tutore.

Il security package, pertanto, è un risultato che si forma solo partendo da un lungo percorso di studio e allocazione dei rischi che in questo lavoro si è voluto brevemente sintetizzare, al fine di dimostrare come è proprio il rischio e la sua allocazione che rappresenta il filo conduttore di una operazione di project financing.