

**AGI**

**Osservazioni sul documento base: “Questioni interpretative concernenti la realizzazione di infrastrutture strategiche mediante l’istituto della finanza di progetto e mediante contraente generale”**

Audizione presso l’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture del 26 gennaio 2011

Con riferimento all’audizione in oggetto, AGI vuole anzitutto manifestare apprezzamento e condivisione rispetto all’impostazione seguita ed ai contenuti recati dal documento di consultazione predisposto per l’occasione.

Muovendo dalla prima delle problematiche evidenziate nelle premesse del documento in parola, nessuna obiezione può essere sollevata sul fatto della sussistenza dell’obbligo di selezionare il “Promotore di infrastrutture strategiche” tramite procedure competitive, così come avviene in sede ordinaria applicando la fattispecie parallela disciplinata dall’art.153 del Codice dei contratti pubblici.

In questo senso vale considerare come l’evoluzione del quadro normativo di riferimento ad opera dei c.d. “decreti correttivi”, abbiano chiarito la piena esistenza di tale obbligo; ciò, anche con riferimento ai contenuti dell’art.175, tramite l’espresso richiamo che oggi compare, nel comma 1, alle “procedure” di cui all’art.153 (ciò che deriva dall’adozione del dlgs n.152/08), e la riformulazione del comma 2, che (a seguito del dlgs n.113/07) non contempla più la possibilità di avanzare proposte relativamente ad opere per le quali “non” sia stato pubblicato l’avviso di gara.

La volontà del legislatore di ricondurre il più possibile la disciplina ex art.175 del Codice dei contratti a quella ordinaria di cui all’art.153, peraltro anch’essa oggetto di profonda rivisitazione specie ad opera del terzo decreto correttivo, è di tutta evidenza, ciò che costituisce, quindi, canone interpretativo generale cui riferirsi in materia, fermo restando, ovviamente, il principio di specialità secondo il quale in presenza di previsioni (tuttora) difformi, sono quelle recate dall’art.175 a prevalere in caso di infrastrutture strategiche.

Sul punto verrebbe, tutt’al più, da chiedersi il senso di una diversa definizione di istituti sostanzialmente coincidenti, posto che da un lato (art.153) il Codice parla di “Finanza di progetto”, dall’altro (art.175) di “Promotore”.

Passando alla seconda delle problematiche evidenziate dall’Autorità, in ordine all’applicabilità alle infrastrutture strategiche della procedura di “gara unica” regolata dai commi 1-14 dell’art.153, il documento di consultazione sembra propendere per la positiva (pag.12-13), ancorché il dubbio che viene sollevato riguarda gli effetti, retroattivi sulla procedura di scelta espletata, conseguenti al fatto che il CIPE, chiamato

per legge a pronunciarsi in ordine alla meritevolezza dell'iniziativa avendo a riferimento il progetto preliminare, potrebbe in tale sede vanificare l'intera operazione.

Al riguardo, trattandosi di una disciplina (quella di cui ai commi 1-14 dell'art.153) di recente introduzione, la quale, a sua volta, ha comportato la necessità di modificare le previgenti regole generali in materia di programmazione di cui all'art.128 del Codice, nella specie aprendo la programmazione annuale (l'atto che, come è noto, vincola le risorse finanziarie al progetto) agli studi di fattibilità, analoga modifica legislativa potrebbe essere promossa per le opere strategiche prevedendo che le determinazioni del CIPE in ordine alla realizzabilità dell'intervento siano assunte sullo studio di fattibilità.

In merito alla terza delle procedure contemplate dall'art.153, quella che scatta su iniziativa del privato nel caso di prolungata inerzia dell'amministrazione nella pubblicazione del bando per l'affidamento della realizzazione dell'opera programmata in finanza di progetto (commi 16-18), il documento di consultazione assume una posizione più problematica, con conseguente avviso finale che propende per la negativa (pag.14).

Al riguardo, premesso che la linea interpretativa dell'AGI è nel senso della più ampia applicabilità alle infrastrutture strategiche delle procedure contemplate dall'art.153, occorre altresì ricordare come già in occasione di precedente audizione, indetta da codesta Autorità nel dicembre 2008 sul tema della finanza di progetto, l'AGI aveva rappresentato l'opportunità/possibilità di leggere le previsioni di cui ai commi 16-18 in termini estensivi, riferite cioè a tutte le opere previste nella programmazione per le quali non fosse stato pubblicato il bando nei sei mesi dalla relativa approvazione, non solo, quindi, per quelle la cui realizzazione fosse fin dall'inizio prevista in finanza di progetto.

Nel ribadire anche in questa occasione l'opportunità di siffatta lettura, non può peraltro non rilevarsi come quella qui contemplata sia l'ipotesi operativa di cui all'art.153 di meno facile e frequente applicazione.

Resta da considerare, infine, la quarta procedura prevista dall'art.153 (commi 19 e 20) quella che considera la possibilità che i privati presentino all'amministrazione, per così dire "liberamente", proposte realizzative in finanza di progetto, rispetto alla quale la posizione dell'Autorità circa la sua utilizzabilità nel caso di infrastrutture strategiche è in senso favorevole, tenuto anche conto di quanto espressamente previsto dal comma 2 dell'art.175.

AGI condivide l'impostazione del documento, unitamente alla corretta precisazione che mentre per le opere ordinarie sussiste per l'amministrazione ricevente obbligo di valutazione della proposta, tale obbligo (i cui effetti in caso di violazione sono peraltro tutti da definire) in virtù della disciplina speciale che non lo contempla tale obbligo non sussiste per le infrastrutture strategiche.

Venendo, poi, alla diversa questione concernente l'applicabilità alle infrastrutture strategiche del c.d. "leasing in costruendo", il problema deve essere oggetto di attenta valutazione.

Al riguardo, infatti, ancorché l'Autorità sembri prospettare una risposta positiva al quesito (pag.17 del documento di consultazione) AGI è dell'avviso che, per quel che

attiene le infrastrutture strategiche, tale possibilità debba necessariamente ritenersi esclusa.

In primo luogo, infatti, tanto l'art.153, quanto lo stesso 175, si riferiscono chiaramente solo all'istituto della concessione.

In secondo luogo, come opportunamente considerato nel documento di consultazione, la disciplina delle opere strategiche prevede modalità tassative, per la relativa esecuzione (art.173) quali: l'affidamento a contraente generale o la concessione.

La tipicità dei casi appare difficilmente superabile in via interpretativa, anche utilizzando l'argomento della normativa (quella riguardante il leasing in costruendo) sopravvenuta.

Ciò anche perché non si ravvisa alcuna ragione obiettiva che sorregga, in termini di opportunità, siffatta interpretazione estensiva; le finalità che con il ricorso al leasing potrebbero essere perseguite, infatti, sono già assicurate in toto dall'utilizzo degli istituti (tipici) all'uopo previsti per il caso delle opere strategiche.

Se, infatti, l'obiettivo è quello del pagamento differito di una infrastruttura senza coinvolgere il soggetto privato sul piano della relativa gestione (ciò che si ottiene attraverso il ricorso ad un leasing finanziario), questo è, come è noto, realizzabile proprio con l'affidamento a contraente generale, visto che (anche) in tal caso il pagamento del corrispettivo delle opere eseguite potrà essere corrisposto in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori (così art.176, comma 1, in fine) e l'amministrazione è libera di stabilire tempi e modi del pagamento di esso fissandoli nel bando di gara (comma 12)<sup>1</sup>.

Laddove il coinvolgimento del privato sul piano gestionale non fosse d'ostacolo (e quindi si optasse per un leasing operativo), già sarebbe ben utilizzabile l'istituto della concessione.

Per converso, l'estensione in via interpretativa al leasing delle modalità di realizzazione delle infrastrutture strategiche pare foriero di contenzioso, considerata, tra l'altro, l'esistenza di non risolti orientamenti interpretativi che restringono l'accesso al mercato, subordinandolo al possesso della qualificazione propria di quanti svolgono attività bancaria o finanziaria.

Da notare, infine, che laddove l'obiettivo del ricorso al leasing sia quello di minimizzare l'impatto della spesa di investimento sui conti pubblici (sulla scia delle determinazioni EUROSTAT dell'11 febbraio 2004) tale possibilità è espressamente esclusa per il caso di leasing finanziario, come da ultimo chiarito dalle più recenti indicazioni di EUROSTAT<sup>2</sup> (la conseguenza è che il leasing finanziario impatta sui conti pubblici come qualsiasi forma di ricorso al credito da parte della P.A., quale l'accensione di un mutuo con la Cassa DD e PP o altro finanziatore).

Venendo, infine, all'ultima delle problematiche sollevate, e cioè quella riguardante come il contraente generale debba/possa gestire la progettazione inerente le opere da realizzare, appare anche qui del tutto condivisibile l'impostazione sposata dall'Autorità nel documento di consultazione (pag.20), che considera praticabili tutte le alternative proposte: la realizzazione diretta da parte del contraente generale tramite i propri uffici di progettazione, ovvero tramite soggetti comunque partecipanti alla società di progetto,

ovvero mediante affidamento a terzi (semplicemente indicati in sede di offerta o subappaltatori).

Tale impostazione appare strettamente conseguente, e peraltro difficilmente revocabile in dubbio, alla luce del fatto che l'esecuzione mediante "affidamento unitario a contraente generale" rappresenta modalità tipica di implementazione nel diritto nazionale del modello comunitario realizzativo noto come "esecuzione con qualsiasi mezzo".

Ciò esclude la possibilità di configurare, anche per la progettazione, limitazione alcuna in ordine al suo affidamento a soggetto diverso da quello, in ipotesi, costituitosi in raggruppamento temporaneo.

Al riguardo va infatti osservato che, secondo quanto espressamente disposto dall'art.176, comma 6, del codice, i rapporti del contraente generale con i terzi sono rapporti di diritto privato, a cui non si applica il presente codice, salvo quanto previsto nel presente capo.

<sup>1</sup> Da notare come tanto nel leasing come nell'affidamento a contraente generale, il ruolo del finanziatore (es. banca) nei confronti dell'imprenditore esecutore è del tutto analogo. \_

<sup>2</sup> Manual on Government Deficit and Debt, Implementation of ESA95, edition 2010, p.234 \_