

AISCAT

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

Cogliamo anzitutto l’occasione per rinnovare ancora una volta il più vivo apprezzamento riguardo le iniziative dell’Autorità volte ad affrontare problemi interpretativi legati, tra l’altro, alla complessa normativa del project financing, indicato oramai, in via pressoché generalizzata, come strumento irrinunciabile per la realizzazione di opere pubbliche e - a maggior ragione - per la realizzazione di grandi opere, implicanti impatti finanziari assolutamente considerevoli, come quelle strategiche.

D’altra parte, non può essere considerato di certo un caso se la stessa “legge obiettivo” (Legge n. 443/2001) richiamava, nel primo dei principi e criteri direttivi enunciati per l’esercizio della delega da parte del Governo, proprio l’istituto della finanza di progetto, considerato strategico per la definizione di un quadro normativo ad hoc, volto alla celere realizzazione delle opere in questione, venuto alla luce con il D.Lgs. 190/1992, successivamente modificato ed integrato, ed oggi trasfuso all’interno del Codice dei contratti pubblici.

Nel “documento base” per l’audizione, l’Autorità focalizza - a seguito di un’ampia ed approfondita disamina delle disposizioni in vigore - alcuni aspetti problematici, i quali riguardano un imperfetto coordinamento tra le disposizioni del Codice dei Contratti in materia di opere strategiche e - tra l’altro - la disciplina del project financing dettata dall’art. 153 così come modificato dal terzo decreto correttivo il quale ha, come noto, moltiplicato le soluzioni procedurali adottabili discrezionalmente dalle stazioni appaltanti, in base alle proprie esigenze e valutazioni, per l’aggiudicazione delle concessioni.

Le radici di tale imperfetto coordinamento hanno a nostro giudizio a che fare con una diversità di “filosofie” che regolano, da una parte, le opere strategiche e, dall’altra, le opere ordinarie, diversità che non rende immediato e fluido il coordinamento sistematico delle relative norme e che forse richiederebbe un intervento più complesso e organico di quello operato sic et simpliciter attraverso il mero richiamo dell’art. 175 (promotore nelle opere strategiche) al 153 (finanza di progetto per le opere “ordinarie”).

Quando parliamo di differenti filosofie ci riferiamo, in particolare, al fatto che le opere strategiche, per essere messe a gara, necessitano di un progetto preliminare e della sua approvazione da parte del Cipe, mentre la normativa del project financing ex art. 153 ruota - ai fini della messa a gara in tutte le sue alternative procedurali - attorno allo studio di fattibilità.

L'effetto di questo inadeguato coordinamento normativo è stato quello di creare una sostanziale commistione tra le due diverse impostazioni, generatrice, nei casi chiaramente enucleati dall'Autorità, di contraddizioni e oggettive difficoltà applicative. Il che non giova affatto alla attrattività delle relative operazioni da parte degli investitori privati.

Sotto un profilo più generale ricordiamo poi che la normativa sulle opere strategiche riveste un carattere di specialità e che pertanto prevale sulle disposizioni generali, ossia sulla normativa relativa alle opere ordinarie richiamate dall'art. 161.

Tale rapporto di specialità/prevalenza va ad inquadrare e a disegnare i limiti dell'area interpretativa, oltre i quali soltanto un intervento normativo - che auspichiamo - potrebbe restituire organicità, coerenza e certezza ad una materia tanto importante, proprio in un settore - come quello delle opere strategiche - nel quale è ancora maggiore l'esigenza di ricorrere al project financing.

Nel presente documento ci soffermeremo dunque più in particolare sulle problematiche poste dall'Autorità in tema di finanza di progetto, pur non tralasciando le ulteriori importanti questioni riguardanti il leasing finanziario e il contraente generale.

In particolare:

Punto 1. - Sulla sussistenza dell'obbligo di selezionare il promotore di infrastrutture strategiche mediante procedure competitive come stabilito, per le infrastrutture ordinarie, dall'articolo 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Quanto alla prima delle questioni evidenziate dall'Autorità, riteniamo che dall'esegesi letterale del testo normativo risulti che, successivamente alla pubblicazione da parte del Ministero dell'elenco delle opere da realizzarsi con la finanza di progetto, le amministrazioni aggiudicatrici debbano comunque provvedere alla pubblicazione del bando e questo sia nel caso di procedura monofasica che in caso di procedura bifasica. Ciò in quanto il primo comma dell'art. 175 richiama le procedure di cui all'art. 153 le quali (quella monofasica e quella bifasica) vengono avviate attraverso la pubblicazione del bando.

Punto 2. - Sull'applicabilità alle infrastrutture strategiche della procedura di "gara unica" prevista, per l'individuazione del promotore e l'aggiudicazione del contratto di concessione, dall'articolo 153, commi 1-14, del Codice per le opere ordinarie. Per quanto poi concerne la questione dell'applicabilità alle infrastrutture strategiche della procedura a gara unica, osserviamo quanto segue.

Uno dei più macroscopici esempi di inadeguato coordinamento tra le disposizioni in materia di opere strategiche e disciplina della finanza di progetto è dato, a nostro parere, dalla previsione del comma 5 dell'art. 175 il quale, nella sua attuale formulazione, appare rimasto ancorato al pregresso assetto normativo: si fa, infatti, riferimento alla

“gara” di cui all’art. 153, la quale deve essere “bandita entro un mese dalla delibera di approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE”, senza tener conto che, a seguito della profonda riforma dell’istituto del promotore introdotta dal terzo decreto correttivo, le gare vengono bandite a monte della presentazione del progetto preliminare (sulla base, appunto, dello studio di fattibilità) e che per una delle procedure possibili – ossia quella monofasica – non c’è alcuna gara da bandire successivamente alla delibera di approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE.

E’ per altro da ricordare che il Codice dei contratti consente espressamente l’applicazione alle infrastrutture strategiche delle disposizioni relative alle “opere ordinarie” richiamate (e quindi anche dell’art. 153 sulla finanza di progetto), soltanto in quanto non derogate dalla disciplina speciale (di cui agli articoli da 161 a 194 del Codice stesso). Ebbene, l’art. 177, co. 2, del Codice (che è norma speciale) prevede che, per le opere strategiche, “per l’affidamento delle concessioni si pone a base di gara il progetto preliminare”.

L’affidamento mediante project financing nelle opere strategiche sembrerebbe, dunque, poter avvenire in modo più coerente con le ricordate previsioni di carattere speciale, utilizzando la procedura bifasica piuttosto che quella monofasica.

A contrario non possiamo, però, non osservare che il comma 1 dell’art. 175 sembra riferirsi ad entrambe le “procedure” di individuazione del promotore.

Non si comprende inoltre in base a quale ratio il legislatore avrebbe voluto escludere dalla procedura monofasica – oggettivamente più snella e veloce – proprio le opere strategiche, il cui quadro normativo di riferimento è stato delineato avendo riguardo alla primaria esigenza di una quanto più celere realizzazione delle stesse.

Sulla base delle considerazioni di cui sopra, si ritiene necessario sul punto un intervento a livello normativo che preveda, per il futuro, in maniera chiara e “concretamente praticabile”, l’applicabilità alle opere strategiche anche della procedura monofasica. Ebbene, per rendere concretamente praticabile la procedura monofasica, sarebbe sicuramente opportuno – come evidenziato dalla stessa Autorità – vincolare l’importo gravante sul fondo infrastrutture all’approvazione da parte del CIPE dello studio di fattibilità (prima dell’inserimento nella lista ministeriale), fermo restando che la proposta, considerato il quadro attuale della finanza pubblica, potrebbe rivelarsi di non immediata attuazione. Quel che è certo è che le peculiarità del project financing, nel quale l’operatore privato è chiamato a sostenere ingenti spese di progettazione e di strutturazione finanziaria, mal si conciliano con la presenza di significativi elementi di aleatorietà come potrebbe essere quello legato alla disponibilità della eventuale quota di finanziamento prevista.

Punto 3. - Sull’applicabilità alle infrastrutture strategiche della procedura su iniziativa del privato.

Il documento dell’Autorità si sofferma sull’applicabilità della procedura ad iniziativa del privato che, per le opere ordinarie, è rappresentata dal comma 19 dell’art. 153 ma che per le opere strategiche è interamente regolata dalla disposizione di carattere speciale di cui all’art. 175 secondo comma il quale è formulato tenendo in considerazione le assolute peculiarità della programmazione in tale ambito. Più nel dettaglio, l’art. 175 del Codice al primo comma prevede che “Il Ministero

pubblica sul sito informatico di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici in data 6 aprile 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 100 del 2 maggio 2001, nonché nella Gazzetta Ufficiale italiana e comunitaria, la lista delle infrastrutture, inserite nel programma di cui al comma 1 dell'articolo 162, per le quali i soggetti aggiudicatori intendono avviare le procedure di cui all'articolo 153". Successivamente, il secondo comma stabilisce che "E' facoltà dei soggetti di cui all'articolo 153, comma 20, presentare al Ministero delle infrastrutture proposte di intervento e studi di fattibilità relativi alla realizzazione di infrastrutture, inserite nel programma di cui al comma 1 dell'articolo 164, non presenti nella lista di cui al comma 1. Tale presentazione non determina, in capo al Ministero, alcun obbligo di esame e valutazione. Il Ministero può inserire, nell'ambito di una successiva lista di cui al comma 1, le proposte di intervento e gli studi ritenuti di pubblico interesse; l'inserimento non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti".

Dal dato letterale, dunque, appare chiara la facoltà dei privati di presentare proposte per infrastrutture che siano presenti nel programma delle opere strategiche ma per le quali i soggetti aggiudicatori stessi non abbiano ancora deciso se voler utilizzare le procedure di cui all'art. 153. In tale caso, come espressamente previsto, sarà il Ministero a decidere se la proposta sia di pubblico interesse ed a disporre eventualmente l'inserimento nell'elenco di cui al comma 1 dell'art. 175.

Altrettanto chiaramente la norma - che è speciale e quindi prevalente su quanto diversamente disposto dal comma 19 dell'art. 153 - prevede che non sussiste alcun obbligo di valutazione della proposta da parte del Ministero.

Ai fini poi della successiva scelta del promotore, appare presumibile che dovrebbe essere lo stesso Ministero ad invitare il soggetto aggiudicatore interessato all'inserimento dell'opera nella propria programmazione al fine dell'avvio delle procedure di cui all'art. 153.

Non ci sembra, per altro, che la previsione del secondo comma dell'art. 175, di cui si è sin qui parlato, possa considerarsi in contrasto con l'art. 165, comma 2 ("ove il soggetto aggiudicatore intenda sollecitare, per la redazione del progetto preliminare, la proposta di un promotore, ne dà immediata comunicazione al Ministero ai fini della pubblicazione dell'avviso di cui all'art. 175, comma 1") e ciò anche se tale disposizione considera l' "intenzione" dei soggetti aggiudicatori quale presupposto per l'inserimento delle opere nella lista: si tratta infatti, a nostro giudizio, di due fattispecie diverse, non in conflitto tra di loro: da una parte, l'inserimento nella lista su iniziativa (e dunque in base alle intenzioni) del soggetto aggiudicatore e, dall'altra, l'ulteriore ipotesi, sebbene residuale, dell'inserimento nella lista delle opere da realizzarsi in p.f. su iniziativa privata.

Punto 4. Sull'applicabilità alle infrastrutture strategiche del contratto di locazione finanziaria previsto dall'articolo 160-bis del Codice; **Punto 5** Sulla possibilità, per il contraente generale, di affidare la progettazione ad un soggetto diverso da quello costituitosi in associazione temporanea di imprese e risultato aggiudicatario. Quanto alla locazione finanziaria, si ritiene che la stessa dovrebbe considerarsi applicabile anche alle opere strategiche in considerazione dei vantaggi collegabili, per

alcune tipologie di opere, a tale modello contrattuale in funzione della effettiva e celere realizzazione delle infrastrutture strategiche. Auspichiamo pertanto che, anche in tal caso, il legislatore possa intervenire onde perfezionare i necessari coordinamenti normativi, ferma restando l'esigenza di una approfondita valutazione a monte circa "convenienza" dell'operazione rispetto alla fattispecie concreta.

A tale proposito si evidenzia che in un parere del Comitato delle Regioni recentemente pubblicato sulla Gazzetta Europea¹, i soggetti aggiudicatori vengono invitati ad "esaminare con attenzione qualsiasi programma transfrontaliero di leasing finanziario per la realizzazione di infrastrutture pubbliche o di altri progetti di PPP che essi possano aver già sottoscritto, o che intendano sottoscrivere per il futuro, al fine di evitare sorprese negative e gravi ripercussioni per i loro bilanci".

Per quanto riguarda, poi, la tematica relativa al contraente generale ed alla progettazione, condividiamo la posizione espressa dall'Autorità nel documento di consultazione: riteniamo dunque che l'attività di progettazione richiesta nel contratto possa essere eseguita sia tramite i soggetti che partecipano alla società di progetto, sia mediante affidamento a terzi.

Cogliamo infine l'occasione per evidenziare alcune questioni in materia di contraente generale che, pur esulando dallo stretto oggetto della presente consultazione, meriterebbero a nostro avviso un intervento chiarificatorio da parte dell'Autorità.

Chiediamo, più in particolare, di poter chiarire se – nel caso in cui i lavori ed i servizi siano eseguiti (in proprio) dalla società di progetto-contraente generale attraverso l'affidamento diretto ai propri soci – sia unicamente il contraente generale/società di progetto, in virtù dell'amplissima capacità di agire conferitagli dalle norme, a dover effettuare, in ossequio all'art. 118 del codice, le verifiche antimafia in merito ai subappalti ed ai subaffidamenti definiti dai relativi soci a cui sono assegnati i lavori e se tale attività si possa intendere estesa anche ai controlli sul rispetto degli obblighi relativi alla tracciabilità finanziaria ex art. 3, comma 9-bis, della legge 13 agosto 2010, n. 136, come modificato dal d.l. 12 novembre 2010, n. 187, convertito con la legge 17 dicembre 2010, n. 217, fermo restando gli obblighi di comunicazione nei confronti del soggetto aggiudicatore, previsti dal comma 7 del medesimo articolo.

¹ Si tratta del "Parere del Comitato delle regioni «Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privati»"(2011/C 15/05), pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea C 15/23 del 18/01/2011. _