

LA SEMPLIFICAZIONE PER LO SVILUPPO DELLE INFRASTRUTTURE E DEGLI INSEDIAMENTI PRODUTTIVI STRATEGICI. NUOVO CODICE CONCESSIONI E APPALTI. IL RUOLO ANAC E DEL COMMERCIALISTA

di **Roberto De Luca**

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni e la legge delega. – 3. Le criticità e le esigenze del “Sistema Italia”. – 4. Le proposte normative. – 4.1. Semplificazione e trasparenza. – 4.2. I requisiti degli operatori. – 4.3. Qualità e competenza della Pubblica Amministrazione. – 4.4. Altri elementi di sostegno alla realizzazione di opere pubbliche: leva fiscale e strumenti finanziari. – 5. Il ruolo del commercialista.

1. Premessa

Nel corso del Congresso Nazionale appena celebrato a Milano, uno dei workshop tematici è stato dedicato a un argomento di grande attualità, vale a dire quello della realizzazione di infrastrutture, opere pubbliche e insediamenti produttivi strategici¹. La costruzione del panel di relatori ha consentito di far emergere posizioni eterogenee, provenienti da *background* diversi, che hanno analizzato le criticità attualmente in essere ed elaborato proposte apportando contributi provenienti da differenti prospettive: giuristi, commercialisti, soggetti appartenenti al mondo bancario e a istituzioni pubbliche si sono confrontati sulle problematiche relative alla semplificazione dei procedimenti amministrativi, con un occhio particolare alle esigenze di trasparenza, efficacia ed efficienza dei processi decisionali e valutativi relativi alla realizzazione e gestione di un'infrastruttura o di un'opera pubblica.

Nello specifico, hanno contribuito al buon esito dei lavori e all'elaborazione delle proposte:

- Raffaele Cantone - Presidente Autorità Nazionale Anticorruzione.
- Andrea Albensi - Responsabile Area Consulenza Soci dell'Associazione Italiana Leasing (Assilea).
- Guglielmo Antonacci - Presidente del Gruppo di Lavoro per l'Elaborazione dei Principi di Redazione dei Piani Economico Finanziari del CNDCEC.
- Peter Bennet - UK Cabinet Office, Crown Commercial Service, Procurement Policy.
- Emanuele Carandente - Odcec di Napoli.

¹ “La semplificazione per lo sviluppo delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici. Nuovo codice Concessioni ed Appalti. Il ruolo ANAC e del Commercialista”.

- Marco Catalano - Sostituto Procuratore generale della Corte dei Conti della Campania.
- Giuseppe Chianese - Tesoriere Assoprevidenza.
- Fulvio Conti - Senior Advisor Macquarie Infrastructure and Real Assets.
- Achille Coppola - Consigliere Segretario CNDCEC.
- Raffaele Lupacchini - Responsabile Attività produttive e Risorse comunitarie del Comune di Salerno.
- Pasquale Marasco - Esperto NARS della Presidenza del Consiglio dei Ministri.
- Federico Merola - Amministratore delegato di ARPINGE SpA.
- Sergio Zeuli - Componente del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa.

2. Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni e la legge delega

Lo spunto principale che ha portato alla costruzione della tavola rotonda in questione è rappresentato dalla emanazione delle Direttive europee 23 e 24 del 2014, relative ad appalti e concessioni, che dovranno essere recepite nel nostro ordinamento entro il mese di aprile 2016. In questo senso, l'A.C. 3194 (già A.S. 1678), che disciplina la Delega al Governo per l'attuazione delle succitate Direttive, rappresenta un'importante opportunità per rimodulare l'intero impianto normativo relativo alla realizzazione e gestione di opere pubbliche. Tale provvedimento, infatti, contiene al suo interno numerosi riferimenti alle esigenze di semplificazione cui si è ispirato l'intero Congresso Nazionale, che puntano a una riscrittura e a un significativo snellimento dell'attuale impianto legislativo, basato sul D.Lgs. 163/2006 ("Codice dei contratti pubblici" o "Codice"²) e sul D.P.R. 207/2010 ("Regolamento di attuazione" o "Regolamento"³).

La legge delega ipotizza un testo unico composto da circa 200 articoli, che definisca un *framework* normativo di massima, rispetto al quale si innesterebbero meccanismi di *soft law* (regolamenti, bandi-tipo, ecc.) facilmente interpretabili ed applicabili, in grado di offrire maggiore trasparenza e certezza agli investitori, soprattutto quelli provenienti dall'estero.

3. Le criticità e le esigenze del "Sistema Italia"

Soprattutto alle luce delle criticità emerse in passato, il nuovo quadro normativo dovrà essere certamente più snello e agire principalmente sul versante della semplificazione e del contrasto a fenomeni corruttivi o comunque patologici che spesso emergono nelle procedure, tenendo in considerazione che l'obiettivo fondamentale da perseguire rimane, in ogni caso, l'effettiva realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità.

² Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

³ Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE».

Nel corso dei lavori si è evidenziato come la necessità di una semplificazione delle procedure di affidamento delle costruzioni e gestione di opere pubbliche nasca soprattutto dall'esigenza di ridurre il gap infrastrutturale che l'Italia continua a scontare nei confronti di altri Paesi, anche a seguito delle dinamiche degli ultimi anni: nel decennio compreso tra il 2004 e il 2013, ad esempio, mentre la Francia ha investito nel settore più di 600 miliardi di euro, l'Italia si è fermata a circa 335, non riuscendo a risalire la classifica del World Economic Forum che ci vede ancora in posizione n. 82, di gran lunga alle spalle anche di realtà come Spagna, Grecia, Irlanda.

Il rapporto Camera dei Deputati/Cresme sullo stato di attuazione del Programma delle Infrastrutture Strategiche evidenzia come soltanto il 12,9% delle opere, in termini di valore degli interventi, si riferisce a progetti conclusi⁴. Le difficoltà relative agli investimenti infrastrutturali riguardano anche le operazioni effettuate attraverso gli strumenti del partenariato pubblico-privato (PPP), rispetto alle quali le stime dell'ANCE indicano che una quota largamente inferiore al 50% dei progetti messi a gara con tecniche di Project Finance arrivano alla fase di gestione vera e propria.

Le ragioni di tali ritardi e criticità sono molteplici anche se, probabilmente, gli aspetti che maggiormente ostacolano la realizzazione di infrastrutture e opere pubbliche riguardano proprio l'incertezza relativa ai tempi e agli iter procedurali da seguire, accompagnata in molti casi da uno scarso livello di competenze delle stazioni appaltanti e da procedimenti che non sempre si svolgono nella massima trasparenza. Attese le criticità in essere ancora oggi, lo scopo del dibattito era quello di elaborare modifiche normative che riescano a conferire stabilità, snellezza, certezza dei tempi e trasparenza alle procedure relative alla realizzazione di opere pubbliche, costruendo un quadro regolatorio favorevole agli investimenti, che elimini o riduca al minimo passaggi meramente formali, rafforzando al tempo stesso la trasparenza delle procedure.

Soprattutto nell'ambito delle concessioni, infatti, strutturare le operazioni e modulare gli atti amministrativi in modo da limitare incertezze e lungaggini procedurali, consente anche di supportare al meglio il raggiungimento del *closing* finanziario, elemento critico che spesso causa il fallimento o la mancata realizzazione degli investimenti. Atteso che - in particolar modo nell'ambito di operazioni di PPP - il buon esito delle iniziative passa per la qualità e la competenza della Pubblica Amministrazione, è possibile apportare modifiche normative che vadano anche in questa direzione.

4. Le proposte normative

Di seguito le proposte normative elaborate nel corso della tavola rotonda al fine di agevolare la realizzazione di infrastrutture e opere pubbliche in generale puntando in particolare, come sopra accennato, su semplificazione, trasparenza, qualificazione degli operatori, competenze della Pubblica Amministrazione e supporto agli investitori.

⁴ "L'attuazione della 'legge obiettivo' - Lo stato di attuazione del Programma 9° Rapporto per la VIII - Commissione ambiente, territorio e lavori pubblici in collaborazione con l'Autorità nazionale anticorruzione. n. 157/1 Marzo 2015.

4.1. Semplificazione e trasparenza

Per ciò che concerne i primi elementi sopra citati, partendo anche da orientamenti giurisprudenziali che si vanno sempre più consolidando, si è convenuto sulla necessità di rendere più snelli i procedimenti di aggiudicazione, attraverso l'eliminazione di alcuni passaggi meramente formali, che non svolgono una sostanziale funzione di tutela dalla Stazione Appaltante, ma potrebbero dare luogo a ricorsi e contenziosi. Si pensi, ad esempio, al possesso dei requisiti di ordine generale (c.d. requisiti di moralità), elencati dall'art. 38 del Codice, rispetto ai quali i concorrenti devono produrre un'ingente mole di documentazione⁵. A tale proposito, come stabilito da alcune sentenze amministrative e da Determinazioni ANAC, potrebbe essere ipotizzabile un'unica autocertificazione attestante il possesso dei requisiti prescritti dalla norma in questione. Una simile impostazione è coerente con il punto r) dell'art. 1 della Delega. Sulla stessa lunghezza d'onda, è opportuno rafforzare il meccanismo delle c.d. *white lists*: il punto s) dell'art.1, menziona uno strumento simile, vale a dire il documento di gara unico europeo (DGUE), "o analogo documento" predisposto dal Ministero Infrastrutture e Trasporti per l'autocertificazione dei requisiti. Ovviamente, affinché un simile meccanismo risulti davvero efficace sarebbe necessaria la creazione di un database all'interno del quale far confluire dati e notizie provenienti da enti diversi (INPS, Agenzia delle Entrate, Tribunale, ecc.).

Nell'ottica di rendere le procedure più trasparenti, i relatori hanno accolto con favore la possibilità, prefigurata anche dal Presidente dell'ANAC Cantone, di giungere alla costruzione di un vero e proprio albo dei commissari di gara, in possesso di determinati requisiti professionali relativi alle materie da esaminare. Soprattutto per ciò che concerne le procedure di aggiudicazione tramite il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁶, è opportuno che la commissione valutatrice non sia composta esclusivamente da soggetti appartenenti alla stazione appaltante ma, almeno in parte, da membri esterni, selezionati all'interno del succitato albo.

Ulteriori spunti relativi a una maggiore trasparenza nelle procedure hanno riguardato, ad esempio, un migliore monitoraggio sui subappalti, il divieto esplicito di rinnovo delle concessioni (modificando l'art. 29 del codice), oltre alla necessità di limitare un'altra distorsione da correggere rispetto alla situazione attuale, vale a dire la possibilità di ricorrere a varianti progettuali in corso d'opera, che il DDL intende limitare in maniera significativa (punto z). In tal senso, si guarda con favore all'art. 37 del D.L. 90/2014, il quale prevedendo l'obbligo di comunicazione, ha rappresentato un primo, importante presidio. A tale proposito, altro elemento di grande utilità sarebbe rappresentato dall'efficace implementazione di una Banca dati centralizzata e dell'Osservatorio di cui agli artt. 6bis e 7 del Codice, al fine di strutturare anche un database relativo alle varianti.

⁵ Nel caso in cui emergono errori od omissioni, è in ogni caso possibile ricorrere al cosiddetto "soccorso istruttorio", disciplinato dal comma 2-bis: "La stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere".

⁶ Ex art. 83 del Codice.

4.2. I requisiti degli operatori

Per ciò che concerne i meccanismi di qualificazione delle imprese, si è ipotizzato, sulla scia di quanto suggerito nell'ambito della Legge Delega, di fare ricorso non solo a criteri tecnici o economico-finanziari, ma anche a elementi di tipo qualitativo, che facciano riferimento, ad esempio, agli strumenti di *governance* attuati dagli operatori economici. Lo stimolo a nuove modalità di qualificazione può avvenire attraverso la costruzione di un sistema di premialità, che incida sia su alcuni adempimenti procedurali che su eventuali esborsi finanziari da sostenere per la partecipazione alle gare pubbliche. È stato ipotizzato, a tale riguardo, un raccordo con i requisiti e gli elementi previsti dalla disciplina del “rating di legalità” e del D.Lgs. 231/2001, al fine di ottenere minori oneri in termini di garanzie da prestare alla stazione appaltante (in relazione, ad esempio, a quelle previste dagli artt. 75 e 113 del Codice). In ultimo, si è ipotizzato di effettuare una modifica all'art. 95 del Regolamento, nel tentativo di rendere più agevole e meno soggetta a contenzioni la verifica dei requisiti in caso di raggruppamenti di imprese.

4.3. Qualità e competenze della Pubblica Amministrazione

Nell'ambito del workshop, ha trovato ampia condivisione la considerazione secondo cui, specialmente in relazione ai contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato (PPP) in generale, uno dei limiti che finora hanno causato forti ritardi nella realizzazione di opere pubbliche è da individuarsi in un supporto da parte delle stazioni appaltanti che non sempre è risultato adeguato rispetto alla complessità delle procedure. A tale proposito, è stata ritenuta positiva e da concretizzare l'ipotesi di giungere ad un meccanismo di “qualificazione” anche in relazione alle pubbliche amministrazioni, secondo l'input fornito dalla Legge Delega. Il punto t) del DDL, infatti, opportunamente prevede l'applicazione di un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, volto a valutarne la capacità tecnica e organizzativa: è possibile dunque pensare all'elaborazione di parametri oggettivi sulla base dei quali elaborare un vero e proprio *rating della P.A.*, che tenga conto dei tempi decisionali, dei sistemi di valutazione delle performance dei dirigenti, della certezza dei procedimenti e così via.

Al fine di migliorare il livello di competenza delle P.P.AA. che non possiedono al proprio interno tutte le competenze necessarie, soprattutto nell'ambito delle concessioni, i relatori (tra cui lo stesso presidente Cantone e gli esponenti della magistratura contabile), hanno auspicato la possibilità di un più agevole ricorso a un adeguato supporto consulenziale⁷, imprescindibile, ad esempio, nei casi in cui la stazione appaltante fornisca all'operatore privato un contributo pubblico ex art. 143 del Codice.

⁷ Sulla scorta di quanto stabilito dall'art. 153, comma 2-bis del Codice, a norma del quale “*Lo studio di fattibilità da porre a base di gara è redatto dal personale delle amministrazioni aggiudicatrici in possesso dei requisiti soggettivi necessari per la sua predisposizione in funzione delle diverse professionalità coinvolte nell'approccio multidisciplinare proprio dello studio di fattibilità. In caso di carenza in organico di personale idoneamente qualificato, le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare la redazione dello studio di fattibilità a soggetti esterni*”.

4.4. Altri elementi di sostegno alla realizzazione di opere pubbliche: leva fiscale e strumenti finanziari

Nel corso del dibattito sono emersi altri elementi relativi alla possibilità di supportare la realizzazione di infrastrutture e opere pubbliche in generale, attraverso interventi in materia fiscale e finanziaria. In primo luogo, si è ipotizzato di rafforzare le misure riguardanti defiscalizzazione e credito di imposta⁸, abbassando la soglia minima (attualmente pari a 50 milioni) degli investimenti che possono usufruire dell'agevolazione.

Per ciò che riguarda, invece, il sostegno di tipo finanziario, è stata sottolineata l'opportunità di emanare specifiche disposizioni regolamentari da parte del MISE e del MEF che, al fine di supportare la bancabilità degli investimenti, destinino una quota del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese (costituito ai sensi dell'art. 2, co. 100 della L. 662/1996) specificamente a:

- società di progetto (costituite ai sensi dell'art. 156 del Codice) affidatarie di contratti di concessione;
- società aggiudicatrici di appalti, per ottenere anticipi su contratto nei limiti del 15% del valore complessivo dei lavori.

Sempre per offrire un maggiore sostegno finanziario alle operazioni di partenariato pubblico-privato, i relatori appartenenti al mondo degli investitori istituzionali hanno evidenziato l'opportunità di strutturare un'apposita sezione del Fondo Italiano d'Investimento (nell'ambito della linea degli investimenti diretti) destinata a iniezioni di equity in società di progetto impegnate in operazioni di partenariato pubblico-privato ex art. 3, comma 15-ter, del D.Lgs. 163/2006. A tale proposito, si è sottolineata la necessità di stimolare gli interventi di tali investitori (es.: fondi pensione, casse di previdenza, ecc.) anche attraverso un trattamento fiscale più agevole rispetto a quello attuale.

5. Il ruolo del commercialista

Tutti i partecipanti al workshop sono stati concordi nel riconoscere un ruolo preponderante al commercialista nell'ambito degli investimenti in infrastrutture e opere pubbliche, soprattutto se portate avanti tramite concessione o altre procedure di partenariato pubblico-privato.

Soprattutto in questi casi, infatti, strutturare le operazioni e modulare gli atti amministrativi in modo da limitare incertezze e lungaggini procedurali, consente anche di supportare al meglio il raggiungimento del *closing* finanziario, che rappresenta uno degli elementi di maggiore criticità dell'intero sistema delle concessioni.

Atteso che - in particolar modo nell'ambito di operazioni di PPP - il buon esito delle iniziative passa per la qualità e la competenza della Pubblica Amministrazione, è opportuno apportare modifiche normative che consentano un più agevole ricorso a un supporto specialistico. L'apporto di professionisti esperti nel settore, infatti, sarebbe determinante sia in fase di pianificazione⁹ che di gestione degli interventi da realizzare,

⁸ Contemplate, rispettivamente, dalla L. 183/2011 (art. 18) e dal D.L. 179/2012 (art. 33).

⁹ Ad esempio in sede di redazione del programma triennale, ex art. 128 del Codice.

riducendo le asimmetrie informative e il *gap* di competenze che spesso pongono la stazione appaltante in una situazione di debolezza rispetto al concessionario. Simili criticità hanno portato in troppe circostanze all'aggiudicazione di "appalti mascherati", ovvero operazione di partenariato pubblico privato in cui l'allocazione dei rischi è stata eccessivamente sbilanciata a danno del soggetto pubblico.

Tale condizione è confermata dal fatto che, nella maggior parte dei casi, le performance dell'operatore privato non sono state assoggettate a verifiche adeguate in termini di *risk allocation* e di andamento reddituale del progetto (una recente indagine del DIPE mostra come su 961 operazioni oggetto di analisi, di cui più di 535 opere in gestione, solo 30 progetti presentano tutti gli indicatori propri delle operazioni di project finance, mentre ben 752 interventi non mostrano alcun indicatore economico-finanziario)¹⁰.

L'intervento di un soggetto come il commercialista, di conseguenza, può rappresentare un momento di forte tutela dell'interesse e delle risorse pubbliche, rivestendo molteplici ruoli: che agisca come consulente per la redazione dello strumento di programmazione, commissario di gara, supporto al RUP nella redazione del piano economico finanziario e della bozza di convenzione (si pensi alle clausole di revisione del PEF, alle clausole di *risk sharing* e *benefit sharing*) o come verificatore nella fase di gestione delle opere, il commercialista rappresenta una figura fondamentale. Nello svolgimento del suo imprescindibile ruolo, l'analista economico-finanziario diventa il *trait d'union* tra stazione appaltante, imprese e soggetti finanziatori, in grado di definire il *trade-off* ottimale tra tutela dell'interesse pubblico ed esigenze di redditività e bancabilità dell'iniziativa, configurandosi, in definitiva, come una insostituibile figura di connessione tra aspetti procedurali, analisi di tipo sociale, valutazioni economico-finanziarie e strumenti di pianificazione del territorio.

31 ottobre 2015

¹⁰ Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica - Il project financing per la realizzazione delle opere pubbliche in Italia. Stato dell'arte, criticità e prospettive Cosa accade dopo l'aggiudicazione dei contratti di concessioni di lavori: da un'analisi di oltre 1.000 progetti tra il 2002 e il 2014. Settembre 2015.