

SIDE Working Papers

First Annual Conference 2005

Gianfrancesco Fidone

Un'Applicazione di Analisi Economica del
Diritto: la Procedura per la Scelta del
Concessionario nel c.d. Project Financing

Società Italiana di Diritto ed Economia
Italian Society of Law and Economics

**Un'applicazione di analisi economica del diritto:
la procedura per la scelta del concessionario nel c.d. *project financing*¹.**

di Gianfrancesco Fidone².

1. Premessa 2. La procedura per l'affidamento della concessione nel caso di finanza di progetto 3. Individuazione della funzione di utilità della P.A. 4. Natura del rapporto tra P.A. e promotore. Riconduzione nell'ambito della c.d. *teoria dell'agenzia* 5. Individuazione di fenomeni riconducibili al c.d. azzardo morale e alla c.d. selezione avversa e fallimento dell'intervento pubblico 6. Valutazioni conclusive. Alcuni suggerimenti de iure condendo.

1. Premessa.

Il presente lavoro ha l'ambizione di analizzare gli effetti economici della procedura per l'affidamento della concessione nel caso della c.d. finanza di progetto, così come disciplinata dagli art. 37 bis e ss. della L. 109 del 1994, al fine di verificare se essa produce dei risultati efficienti nel senso di coincidenza tra gli effetti che la norma produce e quelli desiderati dal Legislatore al momento della sua introduzione. Il concetto di efficienza deve essere, quindi, inteso in senso strumentale al risultato che si persegue.

L'analisi economica del diritto parte dall'assunto della razionalità degli individui e utilizza le teorie economiche preesistenti o ne elabora di nuove, al fine di valutare gli effetti delle norme, la loro interpretazione, la loro applicazione. Essa, dunque, consente di fare delle previsioni sul comportamento e sulle scelte degli operatori, e diventa possibile la valutazione del risultato del comportamento degli stessi operatori. Le norme giuridiche sono viste come un insieme di incentivi e disincentivi che vanno valutati per l'influenza che esercitano sui comportamenti razionali dei soggetti ai quali sono destinate.

In particolare, diventa possibile una valutazione dell'intervento del Legislatore che ha introdotto una determinata normativa. Tale valutazione, anzi, potrà seguire una duplice direzione: da un lato un' "*analisi economica positiva*" tesa ad una ricostruzione analitica della realtà volta a prevederne gli esiti, dall'altro un' "*analisi economica normativa*" ossia

¹ Il presente lavoro trae spunto dalla tesi di Dottorato di Ricerca in "*Economia e Tecnica della Finanza di Progetto*", LUISS Guido Carli - XVII ciclo, "*Aspetti giuridici della finanza di progetto. Individuazione delle criticità anche in una prospettiva di analisi economica del diritto*", discussa nel marzo 2005 e in corso di pubblicazione con la LUISS University Press.

² Gianfrancesco Fidone è laureato in Giurisprudenza ed Economia e Commercio presso l'Università di Roma "La Sapienza". Ha conseguito il Dottorato di Ricerca in Economia e Tecnica della Finanza di Progetto presso la LUISS Guido Carli di Roma. Esercita la professione di avvocato in Roma nel campo del diritto amministrativo e del diritto delle opere pubbliche. E' titolare di contratto integrativo e membro di commissioni di esame presso le facoltà di Giurisprudenza delle Università LUISS Guido Carli e "La Sapienza" di Roma. Presso le stesse Università ha tenuto corsi, lezioni e seminari. In materia di finanza di progetto, ha tenuto docenze presso Università ed enti locali. E' autore di numerose pubblicazioni in materia di opere pubbliche, partenariato pubblico privato e finanza di progetto.

uno studio di tipo prescrittivo volto ad individuare e suggerire le soluzioni in funzione degli obbiettivi perseguiti³.

Nel caso di specie, è anche interessante verificare se i risultati cui si perviene attraverso tale analisi coincidono con quelli a cui la dottrina e la Giurisprudenza stanno pervenendo, anche sulla spinta delle osservazioni di derivazione comunitaria, a seguito dei mutamenti della stessa procedura in questione, introdotti dalla L. 166 del 2002 e da ultimo col la legge c.d. Comunitaria 2004.

2. La procedura per l'affidamento della concessione nel caso di finanza di progetto.

La finanza di progetto (c.d. project financing) regolata dagli artt. 37 bis e ss. della legge Quadro in materia di lavori pubblici, L. 109 del 1994, c.d. Legge *Merloni* può essere definita come una concessione di costruzione e gestione ad iniziativa privata, nella quale il corrispettivo delle prestazioni del soggetto privato è garantito dal diritto di gestire l'opera realizzata per un certo periodo, con conseguimento dei ricavi connessi a tale gestione⁴.

In estrema sintesi, il procedimento previsto per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione ha inizio con la presentazione di una proposta da parte di un privato, il promotore, adeguatamente qualificato⁵, avente ad oggetto l'esecuzione e la gestione di un intervento già inserito dall'amministrazione nella propria programmazione triennale o negli strumenti di programmazione approvati ed ivi previsto da realizzarsi con finanziamento privato⁶.

La proposta presentata è sottoposta alla valutazione dell'amministrazione e, ove quest'ultima sia positiva, è posta a base di una gara finalizzata all'individuazione delle

³ Galeotti P. "Introduzione allo studio economico delle istituzioni" Roma 1995.

⁴ Tra i più recenti interventi in letteratura si veda F. Caringella – De Manzo, *La nuova disciplina dei lavori pubblici. Dalla legge-quadro alla Merloni-quater*, Ipsoa, 2003; L. Camarda, *Il project financing nella legge-quadro ed in prospettiva della legge obbiettiva*, in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2002, n. 20, pp. 2113-2117; G.F. Ferrari, *Il project financing. I principi e le procedure, i vincoli e le libertà del diritto pubblico, nella vecchia e nella nuova normativa*, in Appalti urbanistica edilizia, 2002, n. 3, pp. 131-136; C. Gambin, *Project financing*, in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2002, n. 20, pp. 2127-2134; M. Ricchi, *La cessione di beni immobili della pubblica amministrazione nel project financing dopo la 166/2002*, in Appalti pubblici, 2003, n. 2, pp. 136-143; C. Paglietti, *Profili civilistici del project financing*, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2003, n. 3, pp. 283-314; S. Nicoletti, *Il ruolo della società progetto nel project financing*, in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2002, n. 20, pp. 2135-2145; M. Ricchi, *I limiti della concessione nelle procedure di project financing*, in Urbanistica e appalti, 2002, n. 2, pp. 153-157; Baldi M., *Programmazione amministrativa e project financing nella disciplina dei lavori pubblici*, in Urbanistica e appalti, 2001, n. 10, pp. 1049-1070; S. Calciolari, *Presupposti e opportunità per il ricorso al project financing negli investimenti infrastrutturali nell'ambito del trasporto ferroviario regionale*, in Azienda pubblica, 2001, n. 2-3, pp. 217-231; N. Lugaresi, *Concessioni di costruzione e gestione e project financing: problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2001, n. 4, pp. 647-669; A. Ponti, *Il Project financing. Non solo strumento di realizzazione di opere pubbliche ma anche strumento di gestione*, in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2001, n. 9, pp. 1056-1062; G. Fidone e B. Raganelli, "Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della c.d. prelazione del promotore", Rivista italiana di diritto pubblico comunitario anno XV fasc. 3-4 2005.

⁵ Art. 99, d.p.r. n. 554/1999.

⁶ Art. 14 co 2 e 3, art. 37-bis legge-quadro.

due migliori offerte. Ai sensi dell'art 37-ter della legge quadro, la valutazione discrezionale da parte delle amministrazioni aggiudicatrici ha per oggetto la fattibilità delle proposte presentate sotto profili diversi espressamente specificati all'art. 37-ter⁷. Nel caso in cui siano presentate più proposte relative al medesimo progetto, è previsto che le stesse siano esaminate anche comparativamente, "*sentiti i promotori che ne facciano richiesta*"⁸.

Viene quindi bandita una gara pubblica, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del progetto preliminare e del piano economico-finanziario presentato dal promotore, eventualmente anche nella forma dell'appalto concorso. Alla base della gara è posto "*il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore*"⁹. L'obiettivo è quello di selezionare le due migliori offerte.

La concessione di costruzione e gestione dell'intervento proposto viene infine affidata attraverso una procedura negoziata che coinvolge le due migliori offerte, o l'offerta migliore nel caso alla gara abbia partecipato un unico soggetto, e quella del promotore, mediante valutazione comparativa effettuata dall'amministrazione¹⁰. In tale fase della procedura, il promotore ha la facoltà di adeguare la propria proposta all'eventuale offerta

⁷ L'art. 37-ter prevede espressamente che la fattibilità delle proposte sia esaminata "sotto il profilo costruttivo, urbanistico e ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione".

⁸ Art. 37-ter. La legge Merloni-quater ha altresì introdotto l'obbligo per l'amministrazione, che effettua la valutazione della proposta, di pronunciarsi entro sei mesi dalla ricezione della proposta stessa, salvo specifico accordo per un periodo più lungo, oltre che l'obbligo di effettuare la valutazione comparativa entro due mesi dalla diffusione dell'avviso di avvenuta pubblicazione della proposta. Si tratterebbe, in ogni caso, di un termine meramente ordinatorio, per la cui violazione non è prevista specifica sanzione. Nella pratica peraltro si assiste spesso alla violazione di detto termine da parte delle amministrazioni, con rilevanti danni e conseguenti disincentivi per i promotori.

⁹ Art. 37-quater, co 1, lett. a) legge-quadro.

¹⁰ Art. 37-quater, co 1, lettera b) legge-quadro. Alcune novità sono state recentemente introdotte dalla Merloni-quater in tema di rimborso delle spese sostenute dai partecipanti al procedimento. Prima della legge n. 166/2002, nel caso il promotore risultasse aggiudicatario della concessione, questi era tenuto a versare ai rivali titolari delle due migliori offerte, una somma pari all'importo delle spese sostenute per predisporre la proposta. La conseguenza era che il promotore aggiudicatario, oltre ad assumersi il rischio della gara, era comunque tenuto, in caso di vittoria, a pagare oltre alle spese relative alla propria proposta, anche quelle per il rimborso dei concorrenti sconfitti, mentre i concorrenti, basandosi sulla proposta del promotore non avevano nei fatti sostenuto spese. Oggi è invece previsto che nel caso in cui la negoziazione non si concluda a favore del promotore, questi ha diritto al rimborso delle spese sostenute per la predisposizione della proposta presentata in sede di gara, il cui ammontare in ogni caso non può superare il 2,5% del valore dell'investimento. Viceversa, nel caso in cui la costruzione e gestione dell'opera siano state affidate al promotore, il comma 5 dell'art. 37-quater dispone che quest'ultimo debba indennizzare l'altro soggetto, o gli altri due soggetti, delle spese effettivamente sostenute e documentate esclusivamente nel caso in cui la prima gara si sia svolta mediante appalto-concorso e non quindi qualora si sia svolta mediante "licitazione privata".

migliore di un rivale, esercitando il c.d. *diritto di prelazione*. Tale facoltà per il promotore è stata introdotta dalla novella della L. 166 del 2002, comunemente chiamata *Merloni quater*¹¹.

Come evidenziato dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici¹², l'articolazione del procedimento in fasi distinte, non pone in discussione il carattere unitario della procedura di affidamento della concessione su proposta del promotore.

Pertanto, la procedura di gara prevista per l'individuazione dell'aggiudicatario della concessione, pur avendo carattere unitario, può essere scomposta in tre momenti:

- 1) La scelta del promotore. A seguito della presentazione della proposta da parte del soggetto privato, la P.A. attraverso una valutazione discrezionale, da un lato tecnica e dall'altro di rispondenza al pubblico interesse, individua il promotore. Nel caso di più soggetti aspiranti promotori, la valutazione della P.A. deve essere fatta esaminando le varie proposte "anche comparativamente" (art. 37 quater).
- 2) La gara per l'individuazione dei rivali del promotore. Vero e proprio momento di gara, con bando iniziale, può essere esperita attraverso licitazione privata o appalto concorso. Non si conclude con un'aggiudicazione ma con la selezione delle due migliori offerte che concorreranno con il promotore nella fase successiva.
- 3) La procedura negoziata tra il promotore e i suoi rivali, che si conclude con l'aggiudicazione. In tale fase, il promotore può esercitare il c.d. diritto di prelazione, adeguandosi all'eventuale offerta migliorativa di uno dei suoi rivali, aggiudicandosi comunque la concessione.

La procedura può essere considerata come una soluzione di compromesso tra due contrapposte esigenze del Legislatore: quella di incentivare i soggetti privati ad investire capitali e a rendersi promotori ; quella di garantire la concorrenzialità tra i diversi aspiranti concessionari, per la tutela degli stessi soggetti privati ma anche per l'ottenimento, attraverso il vaglio concorrenziale, di buoni progetti e buone condizioni contrattuali.

Tuttavia, una seria messa in concorrenza della proposta del promotore ha certamente effetto disincentivante per chi aspira ad assumere quel ruolo e a sopportarne gli oneri; al contrario, l'attribuzione di posizioni di rendita al promotore al fine dell'aggiudicazione finale ha l'effetto di incentivare chi aspira a tale ruolo, a scapito della messa in concorrenza.

L'introduzione del c.d. diritto di prelazione per il promotore, operata dalla L. 166 del 2002, ha apportato una limitazione alla concorrenzialità della fase della procedura negoziata, garantendo al promotore selezionato la possibilità di adeguamento della propria proposta a quella eventualmente migliore del concorrente.

Tale innovazione ha, però, stravolto l'originario equilibrio dell'intera procedura. Infatti, le norme incentivanti il coinvolgimento dei capitali privati, nell'attuale formulazione della legge, hanno assunto un carattere prevalente rispetto a quelle che garantiscono la

¹¹ Per un approfondimento delle problematiche sul c.d. diritto di prelazione: G. Fidone e B. Raganelli, "*Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della c.d. prelazione del promotore*", Rivista italiana di diritto pubblico comunitario anno XV fasc. 3-4 2005.

¹² Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, Atto di regolazione n. 51/2000 del 26 ottobre 2000 - Determinazione n. 27/2002 del 16 ottobre 2002.

messa in concorrenza. Inoltre, a fronte di tale attribuzione, diventa essenziale nell'intera procedura il momento della scelta del promotore.

Così, la Giurisprudenza e la dottrina più avvedute hanno compreso l'inadeguatezza delle norme vigenti, laddove prevedono che la scelta del promotore, anche nel caso di più aspiranti, sia frutto della discrezionalità della P.A. e di una valutazione di rispondenza della proposta stessa all'interesse pubblico.

Tale orientamento, anche sulla base delle pressioni della Commissione delle Comunità Europee è stato parzialmente recepito dalla legge n. 66 del 2005, c.d. *Comunitaria* 2004, che ha previsto che nell'avviso pubblico ex art. 37 quater debbano essere indicati i criteri in base ai quali l'amministrazione procederà a tale scelta.

3. Individuazione della funzione di utilità della P.A.

Si deve partire dall'ipotesi economica fondamentale della razionalità degli operatori economici nell'effettuare le proprie scelte. Secondo il principio di economicità, infatti, i singoli individui sono mossi esclusivamente da un criterio di convenienza nell'effettuazione delle scelte, restando esclusi altri possibili moventi quali la bontà, l'altruismo, ecc. In assenza di questa ipotesi di razionalità ci troveremmo di fronte a comportamenti incomprensibili ed irrazionali che impedirebbero ogni possibilità di previsione.

I soggetti si comportano in modo tale da massimizzare il proprio vantaggio (sia esso in termini di utilità, profitto, ecc.) dato il vincolo delle risorse di cui sono a disposizione (ad esempio, il reddito, i vincoli nella produzione, ecc.). La scelta individuale, pertanto, è il risultato della comparazione degli effetti tra le varie alternative possibili, con la preferenza per quella più conveniente per l'individuo. Essa, inoltre, presuppone la perfetta informazione dell'individuo sulle opportunità che gli sono offerte.

In tale ottica, se è semplice identificare l'obiettivo del soggetto privato (nel caso di specie, il promotore) nella massimizzazione del profitto che può trarre dall'operazione di finanziamento privato dell'opera pubblica, è meno agevole identificare l'interesse del settore pubblico in tali operazioni.

Pur essendo note le problematiche relative alla definizione in astratto di una funzione di utilità della P.A., si può tentare di definire la funzione della P.A. nel caso concreto della finanza di progetto. Tale utilità si può supporre dipendente da un lato dalla quantità di capitali privati che il settore pubblico riesce ad attrarre (e quindi di soggetti aspiranti promotori), dall'altro dalla "bontà" delle proposte presentate (buoni progetti e buone condizioni contrattuali per la realizzazione e la gestione delle opere da realizzare)¹³.

$$UT (PA) = f (\text{quantità di capitali}; \text{bontà dei progetti})$$

Dunque, il Legislatore, nella stesura delle norme che regolano l'affidamento della concessione, deve tenere presente tali aspetti.

In primo luogo, le norme in questione devono rendere "attraente" per il promotore privato l'intrapresa dell'iniziativa che, di per se, comporta costi e sforzi organizzativi ingenti. Esse pertanto devono costituire un incentivo per gli aspiranti promotori ad

¹³ Il ricorso ai metodi di finanziamento privato delle opere pubbliche trova giustificazione nella scarsità, per motivi di varia natura, di fondi pubblici. Il legislatore, pertanto, ha la necessità di predisporre una normativa che sia attraente per i soggetti privati, rendendo conveniente l'intrapresa di tali operazioni, in luogo di investimenti alternativi. Al contempo, le amministrazioni hanno la necessità di ottenere dai soggetti privati buone proposte e condizioni contrattuali favorevoli, nell'interesse della collettività che rappresentano.

investire risorse, rendendo preferibile la scelta della promozione dell'opera pubblica ad altre possibili e diverse alternative di investimento.

Per perseguire tali finalità, il Legislatore si è trovato a dover predisporre un sistema di incentivi che inducano i soggetti privati ad assumere il ruolo di promotore. Tali incentivi si sono tradotti nell'attribuzione di posizioni di vantaggio rispetto agli altri competitori, direttamente legate all'assunzione del ruolo di promotore. Infatti, lo sforzo del promotore viene compensato con la previsione di un rimborso delle spese sostenute nel caso in cui non divenga aggiudicatario, con la partecipazione diretta alla fase della procedura negoziata finale e, da ultimo, a seguito delle modifiche apportate dalla L. 166 del 2002, con la attribuzione del c.d. *diritto di prelazione*.

In secondo luogo, però, deve essere considerato che la procedura ex art. 37 bis dovrebbe avere non solo la finalità di attrarre "*proposte*", ma quella di attrarre "*buone proposte*" o, più ottimisticamente, "*le migliori proposte possibili per realizzare un determinato progetto*". Implicazione di tale finalità è che le condizioni contrattuali per l'amministrazione siano soddisfacenti e convenienti in termini di prezzo da corrispondere, di durata della gestione del privato, ecc.

Il perseguimento di tale ulteriore finalità dell'Amministrazione dovrebbe essere garantito dalla messa in concorrenza della proposta presentata dal promotore con quella degli altri competitori che partecipano alla fase successiva della procedura. Tale fase concorrenziale è, però, disincentivante per il promotore poiché, quanto più è garantita la concorrenza effettiva, tanto più concreta sarà la possibilità che egli possa perdere la concessione.

Inoltre, gli effetti della concorrenza, come noto, sono quelli di ridurre il margine di profitto dell'aggiudicatario finale, sia in termini di prezzo corrisposto dall'Amministrazione, sia in termini di proventi della gestione, anche con riferimento alla durata della stessa. Inoltre, la concorrenza è anche uno strumento di controllo dei comportamenti dei soggetti competitori, in quanto l'interazione con altri soggetti riduce il potere e la libertà di azione degli stessi soggetti coinvolti nel confronto concorrenziale.

Pertanto, in tale prospettiva, il Legislatore ha il compito di individuare una soluzione che, accanto all'esigenza di attrarre capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche, non trascuri l'interesse pubblico alla realizzazione e gestione di opere realizzate sulla base delle "*proposte migliori possibili*".

E' da notare, sin da ora, che le due finalità prospettate possono essere configgenti: quanto più si preferisce la tutela dell'aspetto concorrenziale, tanto più i soggetti privati potrebbero essere disincentivati ad assumere il ruolo di promotore; viceversa, quanto più si voglia incentivare la promozione privata attraverso il riconoscimento di *rendite di posizione* al promotore, tanto più si dovrà temperare il momento concorrenziale, con il possibile effetto di selezionare progetti di cattiva qualità con condizioni contrattuali non convenienti per l'amministrazione.

In questa ottica, la soluzione normativa prescelta potrà definirsi efficiente se nel concreto verranno raggiunti gli obiettivi desiderati e prefissati, massimizzando l'utilità della P.A.¹⁴.

¹⁴ Alla base del ragionamento che segue, vi è l'assunzione che l'interesse della pubblica amministrazione coincida con quello della collettività di cittadini che rappresenta. Tale assunzione, tuttavia, non è scontata come sembrerebbe. Anche nei rapporti tra cittadini e suoi rappresentanti possono verificarsi fenomeni di informazione asimmetrica, in quanto i cittadini non sono perfettamente informati dell'operato degli amministratori, e di azione nascosta, in quanto i cittadini non possono controllarne l'operato. In tale contesto, gli amministratori potrebbero essere incentivati a perseguire un interesse proprio, anziché quello della collettività.

Nel raggiungimento di tale obiettivo il Legislatore deve tenere anche presente un vincolo legislativo a carattere inderogabile, costituito dal rispetto delle norme e dei principi di derivazione Comunitaria in tema di affidamento di concessioni di lavori, che fanno parte di un Ordinamento sovraordinato a quello nazionale.

Pertanto, nel rispetto di tale vincolo, il compito del Legislatore è quello di individuare la soluzione normativa più idonea a massimizzare l'utilità della Pubblica Amministrazione.

4. Natura del rapporto tra P.A. e promotore. Riconduzione nell'ambito della c.d. teoria dell'agenzia.

Il rapporto tra amministrazione e promotore può essere ricondotto ad un rapporto principale – agente, tipico della c.d. *teoria dell'agenzia* (o teoria dei costi di agenzia).

Essa, come noto, si incentra sull'analisi del rapporto intercorrente tra un soggetto denominato *principale* ed un altro soggetto, *l'agent*, remunerato dal primo per assumere decisioni nell'interesse dello stesso principale. In sostanza, si tratta di un rapporto di committenza ove una parte affida all'altra parte l'incarico di soddisfare un suo bisogno o, più in generale, di effettuare una prestazione nell'interesse del committente¹⁵.

Se si considera tale aspetto, la gara concorrenziale per l'individuazione del soggetto privato ha anche la funzione di garantire la collettività rappresentata dal perseguimento di interessi propri da parte dei rappresentanti. Maurizio Cafagno, *Lo Stato Banditore*, Milano, 2002.

Tali problemi sono ancora studiati con l'ausilio dello strumento della c.d. *teoria dell'agenzia* che pone la questione di quali incentivi occorre progettare affinché la risposta della struttura amministrativa sia conforme all'interesse collettivo. Per questo si veda: Giuseppe Chirichiello, *Corso di Economia Politica di Base*, Torino 2000.

¹⁵ La teoria dell'agenzia, come sottolineato nel testo, può trovare applicazione per l'inquadramento teorico di varie fattispecie ed anche per le problematiche relative alla pubblica amministrazione. Si riporta di seguito una bibliografia internazionale su tale teoria: Althaus, C. (1997) The application of agency theory to public sector management. In G. Davis, B. Sullivan & A. Yeatman, eds., *The New Contractualism?*, eds. Centre for Australian Public Sector Management, pp. 137-153; Ackere, A. (1993). The principal/agent paradigm: Its relevance to various functional fields. *European Journal of Operational Research*, Vol. 70, 83-103; Grossman, Sanford J., and Oliver D. Hart (1983). An analysis of the principal-agent problem. *Econometrica*, Vol. 51: 7-46; Arrow, Kenneth, (1985). The economics of agency. Pp. 37-51 in J. Pratt and R. Zeckhauser, eds., *Principals and agents: The Structure of business*, Boston: Harvard University Press; Boston, J., Martin, J., Pallot, J. and Walsh, P. (1996). *Public management: The New Zealand model*. NY: Oxford University Press; DiIulio, J. (1994). Principle agents: The cultural bases of behavior in a federal government bureaucracy. *Journal of Public Administration Research and Theory* 4: 277-318; Harris, M. and A. Raviv (1978). Some results on incentive contracts with applications to education and employment, health insurance, and law enforcement. *American Economic Review* 68, 20-30; Horn, M. J. (1995). The political economy of public administration: Institutional choice in the public sector, Cambridge, UK, Cambridge University Press; Jensen, Michael C., and William H. Meckling, (1976). Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, Vol. 3: 303-360; Baldwin, R. e Cave, M. (1999). *Understanding Regulation*, Oxford; Hancher, L. e Moran, M. (1989). Organising the Regulatory Space, in L. Hancher e M. Moran (a cura di) *Capitalism, Culture and Economic Regulation*, Oxford; Majone, G. e La Spina, A. (2000). *Lo Stato Regolatore*, Bologna; Peltzman, S. (1989). The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation, in R. Baldwin - C., *Understanding Regulation*, Oxford; Posner, R. A. (1974), "Theories of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science* 5, 335-358; Pratt, J., and R. Zeckhauser (1985). *Principals and agents: The structure of business*. Boston, Harvard Business School Press; Proust, E. (1997). Implementing the contract state. *Australian Journal of Public Administration*, Vol. 56, No. 3: 132-134; Ress, R. (1985). The theory of principal and agent. *Bulletin of Economic Research*, Vol. 37, No.1; Robins, J. A. (1987). Organizational economics: Note on the use of

In tale contesto, si deve fare riferimento alla nozione di asimmetria informativa: “un’informazione è asimmetrica in tutte quelle situazioni in cui un solo lato del mercato è informato, mentre l’altro è caratterizzato da un’informazione incompleta”¹⁶. Esistono, infatti, molti mercati nei quali può essere molto costoso o addirittura impossibile acquisire informazioni accurate relativamente alla qualità dei beni scambiati.

Ebbene, in presenza di asimmetria informativa che rende impossibile al principale di controllare l’operato dell’agente, quest’ultimo ha la possibilità di perseguire interessi privati e configgenti con quelli del committente.

I problemi dell’agenzia sono essenzialmente riconducibili a due: il primo è quello della scelta dell’agente migliore (a causa dell’asimmetria informativa), il secondo è quello connesso al corretto adempimento della prestazione (a causa dell’azione nascosta).

In riferimento alle motivazioni differenti dei due soggetti, principale e agente, con riferimento all’agente si deve osservare che tra le azioni disponibili egli sarà indotto alla scelta che, secondo il suo calcolo razionale, massimizza la sua utilità. Nella determinazione di tale risultato, l’utilità dell’agente dipenderà dall’azione intrapresa e dalla remunerazione corrisposta dal principale. In tale funzione di utilità entrano, però, in gioco tre parametri che sono in primo luogo il verificarsi di eventi esterni (casuali e non osservabili), le conseguenze delle decisioni che vengono prese (alcune azioni risulteranno più costose e richiederanno più impegno rispetto ad altre), il suo atteggiamento nei confronti del rischio (un soggetto può essere propenso al rischio, neutrale o avverso).

Il committente, diversamente tende a massimizzare la sua utilità in relazione al risultato conseguito e alla remunerazione che deve erogare all’agente.

Il problema dell’agenzia è quello, pertanto, di individuare le condizioni ed i meccanismi che consentano di massimizzare l’utilità complessiva del sistema principale-agente.

La genericità dello schema della teoria dell’agenzia ne ha permesso l’applicazione a vari rapporti di natura differente, da quelli contrattuali a quelli di immedesimazione organica (ad esempio, tra società ed amministratori), a molti altri.

Anche il rapporto tra amministrazione committente e privato (appaltatore o concessionario) può, evidentemente, essere ricondotto ad un problema di agenzia.

Inoltre, quando la pubblica amministrazione entra in contatto con i soggetti privati che le offrano un bene o le eroghino un servizio, si può essere in presenza di asimmetria informativa. L’amministrazione, infatti, per sua natura è un soggetto meno informato dei soggetti privati, sia perché spesso non ha il personale e gli strumenti per poter accedere correttamente alle informazioni e per verificarne il contenuto, sia perché coloro i quali sono preposti alla ricerca e al controllo delle informazioni non hanno un interesse proprio a tale verifica. Inoltre, per le stesse pubbliche amministrazioni dotarsi di tecnici esterni o di commissioni tecniche e consultive è spesso troppo oneroso e non conveniente¹⁷.

transaction-cost theory in the study of organisations. *Administrative Science Quarterly*, Vol. 32: 68–86; Ross, Steven, (1973). The economic theory of agency: The principal's problem. *American Economic Review*, 63(2), 134-139; Sappington, D. (1991). Incentives in principal agent relationships. *Journal of Economic Perspectives* 3(2): 45-66; Stigler, G. J., *The Theory of Economic Regulation*, Bell Journal of Economics and Management Science 2, 3-21; Stiglitz, Joseph (1987). Principal and agent. In John Eatwell, Murray Milgate, and Peter Newman, eds., *The new Palgrave: A dictionary of economics*. London: The Macmillan Press Limited; White, William D. (1992). Information and the control of agents. *Journal of Economic Behavior and Organization*, Vol. 18, 111-117.

¹⁶ Di Giorgio G. “Lezioni di economia monetaria. Parte I. I fondamenti”, Padova 2002, pag. 205.

¹⁷ Per quanto riguarda al problema generale delle asimmetrie informative tra settore pubblico e privato si legga anche la sintesi della relazione “Innovazioni nella finanza di progetto” del Prof. Remy Cohen al convegno IGI “Finanza di progetto: esperienze pratiche e disciplina normativa” del 27.01.2004.

Il fenomeno delle asimmetrie informative tra pubblica amministrazione e operatori privati è talmente macroscopico da non dover essere ulteriormente spiegato. Esso riguarda sia la valutazione delle informazioni (intese come caratteristiche del bene o servizio offerto dal privato all'amministrazione) sia lo stesso comportamento del soggetto privato. Si è, dunque, in presenza tanto di problemi di *informazione nascosta* quanto di *azione nascosta*.

Anche in questo caso, i problemi per l'amministrazione sono riconducibili a due: il primo è quello della scelta del contraente migliore, il secondo è quello relativo all'adempimento del contratto.

Allo scopo di attenuare tali problematiche, l'amministrazione, con riferimento al primo problema, ricorre alle procedure ad evidenza pubblica che devono selezionare il miglior contraente e garantire "*l'offerta economicamente più vantaggiosa*". Relativamente al secondo problema, sono studiate clausole contrattuali che incentivino al corretto adempimento e disincentivino l'inadempimento o il ritardo dell'adempimento (ad esempio, le clausole c.d. penali).

Nel caso specifico della finanza di progetto e del procedimento che porta alla scelta del promotore e poi alla aggiudicazione della concessione, le amministrazioni aggiudicatrici non sono attrezzate per la valutazione della proposta del promotore che ha contenuto complesso (tecnico, economico-finanziario e giuridico). Esse non possiedono le risorse ed il personale adeguato e ricorrono all'ausilio di commissioni tecnico-valutative appositamente costituite che, ovviamente, sono fonte di costi ingenti; non hanno i mezzi per valutare l'operato del promotore e i suoi comportamenti nella fase successiva alla scelta del promotore e poi, ancora, dopo l'aggiudicazione della concessione.

Tornando ad un discorso più generale, deve anche essere ricordato che il verificarsi di condizioni di imperfetto o asimmetrico accesso alle informazioni da parte degli operatori è considerata dagli economisti una delle cause del verificarsi del c.d. *fallimento del mercato*¹⁸. Il fallimento del mercato consiste nel fatto che il sistema organizzato in mercato si appalesa incapace di realizzare una situazione riconducibile all'*ottimo paretiano*. In tali casi, è sempre possibile un'opportuna redistribuzione dei beni, tale da aumentare il benessere (inteso come utilità) di qualcuno senza diminuire quello di un altro. I rimedi ai fallimenti del mercato presuppongono, normalmente, il ricorso all'intervento dell'Autorità pubblica (la "*mano visibile*" dello Stato in contrapposizione alla "*mano invisibile*" del mercato).

In presenza di problemi di agenzia nel rapporto tra P.A. e soggetti privati, dovuti alla fisiologica asimmetria informativa che induce l'agente privato a perseguire interessi propri non in linea con quelli del committente, il Legislatore dovrebbe quindi intervenire attraverso la predisposizione di norme che incentivino lo stesso agente ad agire nell'interesse del committente.

¹⁸ Per un più approfondito inquadramento del problema dei fallimenti del mercato in presenza di asimmetrie dell'informazione delle parti, si consulti: Chirichiello G. "*Corso di economia politica di base*", Torino 2000. Secondo l'Autore i fattori che possono provocare il fallimento del mercato sono riconducibili essenzialmente a quattro: la presenza di esternalità, positive o negative, che si accompagnano al consumo o alla produzione; incentivi di mercato non adeguati a stimolare la produzione di beni pubblici; l'esistenza di situazioni di potere di mercato, dovute alla presenza di mercati monopolistici e più in generale di mercati non concorrenziali; comportamenti degli operatori diversi da quelli posti in essere in mercati concorrenziali per la presenza di condizioni di incertezza o di rischio, di informazione incompleta o asimmetrica o influenzati da motivazioni di natura strategica. Si confrontino anche: Varian H.R. "*Microeconomia*", Venezia 1998; Frank R.H. "*Microeconomia*" Milano, 1992.

Il problema a cui si deve rispondere quando si tratta degli incentivi è, dunque, quello di indurre un determinato soggetto ad un comportamento conveniente per chi decide di concedere l'incentivo¹⁹.

Ad esso, può essere accompagnato un sistema di disincentivi che tendano ad impedire il verificarsi di un comportamento pregiudizievole.

Anche le norme giuridiche hanno carattere incentivante o disincentivante. Esse incoraggiano determinati comportamenti e ne scoraggiano altri, rendendoli più o meno convenienti nelle valutazioni razionali degli operatori alle quali sono destinate. Esse, pertanto, devono essere valutate per l'influenza che esercitano sui comportamenti razionali dei soggetti che ne sono destinatari e stabiliscono dei prezzi impliciti alle varie linee di azione possibili.

Gli interventi del Legislatore, pertanto, devono essere ben calibrati e devono essere considerati efficienti quando realizzino lo scopo prefissato con il minore impiego possibile di risorse. Se così non è, esse possono disincentivare (contro l'intenzione) comportamenti apprezzabili e provocare distorsioni indesiderate.

Nel caso di specie, le norme che regolano la scelta del promotore dovrebbero perseguire l'obiettivo, attraverso l'ideazione di appositi incentivi e disincentivi, dell'allineamento o quantomeno dell'avvicinamento degli interessi del soggetto privato a quelli della P.A.

5. Individuazione di fenomeni riconducibili al c.d. *azzardo morale* e alla c.d. *selezione avversa* e fallimento dell'intervento pubblico.

Se è vero che i rapporti tra amministrazione e promotore sono riconducibili al problema principale-agente tipico della teoria dell'agenzia e se è vero che sono ravvisabili problematiche legate alla distribuzione asimmetrica delle informazioni (*informazione nascosta*) e all'impossibilità da parte della stessa amministrazione di controllare e verificare l'operato del promotore (*azione nascosta*), occorre verificare se il contesto legislativo che disciplina tale rapporto e, nel caso di specie, la procedura per l'aggiudicazione della concessione, non sia tale da provocare fenomeni riconducibili alla *selezione avversa* o all'*azzardo morale*²⁰.

In estrema sintesi, si definisce effetto di selezione avversa (*adverse selection*) quell'effetto per il quale "*hanno più probabilità di partecipare allo scambio volontario quei soggetti [compratori o venditori] che meno possiedono le qualità preferite*", che si verifica nel caso di sottoscrizione di un contratto con una parte la cui qualità è ignota all'altra e tale quindi che le condizioni del contratto stesso riflettono solo la qualità media dell'universo delle possibili controparti²¹.

L'effetto di selezione avversa, però, in presenza di asimmetrie informative, può essere indotto anche dal comportamento di una delle parti. Essa, infatti, può offrire condizioni contrattuali che ingenerano l'adesione di soli contraenti di cattiva qualità.

¹⁹ Si confrontino ancora i manuali di microeconomia: per tutti sull'argomento, ancora: Varian H.R. "*Microeconomia*", 1998, capitolo 35 "*Informazione asimmetrica*". Per un approfondimento della teoria degli incentivi nell'ambito del modello dell'agenzia, si confronti: Laffont J.J. e Martimort D. "*The theory of incentives – the principle – agent model*", 2003.

²⁰ Per una definizione dei fenomeni della *selezione avversa* e del *moral hazard* si consultino i consueti manuali di microeconomia: tra tutti, ancora, Varian H.R., "*Microeconomia*", capitolo 35 "*Informazione asimmetrica*".

²¹ Si confronti Frank R.H. "*Microeconomia*", Milano, 1992.

Il c.d. azzardo morale (*moral hazard*) è un ulteriore fenomeno causato dall'informazione imperfetta. Esso può essere definito come la mancanza di incentivi ad impedire il verificarsi di un evento dannoso.

Gli individui sostengono l'intero costo delle proprie scelte e perciò sono disposti ad investire nel prendersi adeguatamente cura dei propri beni fino a che il beneficio marginale derivante da questo comportamento sia uguale al suo costo marginale. Quando le conseguenze del verificarsi di un evento dannoso non ricadono sul soggetto agente (ad esempio, se questi è assicurato), tale soggetto non ha interesse ad impedire il verificarsi di tale accadimento.

In buona sostanza, nell'ambito del rapporto tra amministrazione e soggetto privato, in presenza di informazione asimmetrica, potrebbe capitare che le norme che disciplinano tale rapporto e, nel caso di specie, la scelta del soggetto privato, possano avere l'effetto, contro l'intenzione del Legislatore, di incentivare comportamenti poco attenti o opportunistici da parte dello stesso soggetto privato nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice. Dunque, potremmo essere in presenza di quello che gli economisti chiamano un *fallimento dello Stato* (o meglio, *dell'intervento dello Stato*).

In tale ottica, deve essere soprattutto analizzato con attenzione il significato nell'intera procedura del c.d. *diritto di prelazione* riconosciuto al promotore, ossia della possibilità, nell'ambito della procedura negoziata, per lo stesso promotore di adeguarsi all'eventuale offerta migliore di un soggetto rivale, con conseguente aggiudicazione.

Infatti, se è vero che tale attribuzione, riducendo al minimo il rischio per il promotore di non aggiudicarsi la concessione, si può tradurre in un incentivo per i soggetti privati a presentare proposte, non necessariamente costituisce un incentivo a presentare la "*miglior proposta possibile*". Al contrario, il riconoscimento di tale vantaggio al promotore potrebbe avere risvolti diversi, contrari all'interesse dell'amministrazione e comunque non desiderabili.

In primo luogo, il promotore, confidando nella possibilità di adeguare in seguito la sua proposta a quella eventualmente risultante come migliore, potrebbe essere indotto a presentare una proposta mediocre, considerato anche il fatto che essa sarà posta a base della gara per la scelta delle due migliori offerte rivali. In sostanza, cioè, il promotore ha tutta la convenienza che la successiva messa in concorrenza abbia una base di partenza quanto più vicina possibile ad una situazione di massimo vantaggio per lo stesso promotore.

Si noti che tale eventualità non deve presupporre un comportamento doloso o fraudolento da parte del promotore ma è solo frutto del suo calcolo di convenienza, poiché è un operatore razionale. Egli, quindi, potrà semplicemente non *fare attenzione*, nell'accezione già ricordata con riferimento al *moral hazard*, cioè non avrà alcun incentivo a dedicare una maggior cura (con il sostenimento dei relativi maggiori costi) alla predisposizione della proposta in quanto le conseguenze della sua scarsa attenzione (il fatto che la proposta di un rivale possa essere migliore con conseguente aggiudicazione a tale soggetto) non ricadrebbero su di lui, potendo egli successivamente adeguare la propria proposta a quella eventualmente migliore. In un'altra prospettiva, il promotore potrà ritenere non conveniente sostenere al momento della presentazione della proposta i maggiori costi della ricerca di soluzioni più sofisticate e apprezzabili, preferendo rinviare temporalmente tali esborsi al momento successivo dell'eventuale (poiché non è detto che vi saranno rivali) adeguamento della proposta a quella che dovesse risultare migliore. Inoltre, il costo di tale adeguamento (poiché lo sforzo di migliorare la proposta iniziale sarebbe stato sostenuto dal rivale del promotore), ragionevolmente, potrebbe essere

minore di quello che avrebbe comportato la ricerca della soluzione migliore al momento della presentazione della proposta²².

A ben vedere, dunque, il diritto di prelazione funziona come una sorta di assicurazione per il promotore contro il rischio della mancata aggiudicazione per il fatto che altri abbiano presentato un'offerta migliorativa. L'assicurazione, nel nostro caso il diritto di prelazione, di fatto annulla il rischio per il promotore di perdere il progetto, poiché rimette ad una scelta dello stesso promotore - adeguarsi o non adeguarsi al progetto del concorrente - l'ottenimento della concessione. Viene così a mancare per il promotore l'incentivo ad adottare un comportamento diligente e comunque teso ad evitare il verificarsi dell'evento (l'eventualità di perdere la concessione). Anzi, l'effetto possibile è quello di incentivare, involontariamente, il promotore a perseguire un *interesse proprio*, non in linea con quello dell'amministrazione e con l'interesse pubblico generale ad ottenere la migliore proposta possibile²³.

La norma che ha introdotto il c.d. diritto di prelazione determina, dunque, effetti distorsivi che vanno oltre l'intenzione del Legislatore di incentivare i privati ad assumere il ruolo di promotori. Tali effetti sono riconducibili a quelli che, in presenza di un'asimmetrica distribuzione delle informazioni, gli economisti definiscono di "*azzardo morale*" (o "*moral hazard*").

Si deve, inoltre, considerare un altro aspetto. Anche i soggetti che vogliono partecipare alla procedura in un momento successivo quali rivali del promotore sono mossi dal loro comportamento razionale, secondo un calcolo di convenienza.

In considerazione del vantaggio attribuito al promotore, tali soggetti potranno risultare disincentivati a presentare proposte migliorative in un momento successivo della procedura, viste le scarse possibilità di aggiudicazione della concessione, peraltro dipendenti dalla scelta di adeguarsi o meno dello stesso promotore. Inoltre, gli sforzi che essi dovrebbero compiere per migliorare la proposta del promotore potrebbero rivelarsi inutili e non recuperabili, vista anche l'abrogazione, operata dalla novella della L. 166 del 2002, della norma che ne prevedeva il rimborso nel caso in cui essi stessi non fossero risultati aggiudicatari alla fine della procedura, almeno nel caso di gara esperita attraverso licitazione privata.

Tali soggetti, pertanto, potrebbero ragionevolmente decidere di non concorrere con il promotore e dedicare le loro energie ad altre forme di investimento.

La gara ex art. 37-quater per la scelta delle due migliori offerte, da porre successivamente in concorrenza con quella del promotore, potrebbe così andare deserta. In questo caso,

²² A ben vedere, l'unica circostanza che potrebbe rendere non dipendente dal promotore la possibilità di adeguarsi è quella che le imprese concorrenti siano per loro natura più competitive e possano offrire soluzioni tecniche e economiche-finanziarie non possibili per il promotore. Ad esempio, se il promotore fosse una piccola impresa, potrebbe non essere in grado di adeguarsi alla proposta migliorativa di un rivale di grandi dimensioni, con un'organizzazione d'impresa più efficiente e in grado di realizzare tecniche più sofisticate.

²³ Si noti che l'impatto del diritto di prelazione sull'operato del promotore è del tutto assimilabile a quello dell'assicurazione contro il furto con risarcimento totale sul comportamento del proprietario del bene assicurato. Infatti, in presenza di un'assicurazione che elimini il rischio dell'evento dannoso (furto) in capo all'assicurato, la probabilità del furto può essere influenzata dalle azioni e dal comportamento poco attento del proprietario del bene che, ad esempio, può lasciare lo stesso bene incustodito. Se non è disponibile alcuna assicurazione, al contrario, il proprietario del bene farà più attenzione possibile.

pertanto, l'amministrazione rimarrebbe vincolata alla proposta originaria del promotore, senza che essa sia stata sottoposta ad alcun vaglio concorrenziale. E, come detto, tale proposta originaria potrebbe non essere una buona proposta, se il promotore si comporta come un soggetto razionale.

Tale fenomeno è lontano dall'essere puramente teorico e si comincia a verificare puntualmente nelle gare per la scelta dei rivali del promotore. Purtroppo, allo stato, non sono disponibili dati statistici che possano mettere a confronto il grado di partecipazione a tali gare prima e dopo la novella della L. 166 del 2002 che ha introdotto il c.d. diritto di prelazione. Tuttavia, il fenomeno è così macroscopico da essere stato già notato dalla stampa specialistica²⁴.

Si tenga presente, peraltro, la percentuale di contribuzione pubblica nelle opere in finanza di progetto è spesso molto alta. L'assenza della fase concorrenziale preclude, pertanto, proposte alternative che possano migliorare anche tale elemento, con danno diretto per la pubblica amministrazione.

E', inoltre, opportuno analizzare anche l'eventualità che alcuni soggetti privati decidano di partecipare alla procedura quali rivali del promotore. Se ciò accadesse, in ogni caso, il rivale del promotore non avrebbe fondate aspettative di divenire aggiudicatario, salvo rinuncia del promotore ad esercitare il diritto di adeguamento. Pertanto, dato il parametro rappresentato dalla proposta del promotore e a parità di altre condizioni (ad esempio le condizioni soggettive dell'impresa, l'accesso al credito, ecc.), tale soggetto non sarebbe incentivato a ricercare con convinzione soluzioni innovative e migliorative della proposta originaria. Ciò perché ogni suo sforzo potrebbe essere vanificato dall'adeguamento del promotore.

Anche in tale caso, dunque, l'aggiudicazione della concessione avverrebbe sulla base di una proposta che potrebbe non essere la migliore possibile.

Pertanto, la normativa richiamata ha effetti disincentivanti anche per i concorrenti del promotore. L'effetto di tale normativa è, dunque, quello di allontanare la partecipazione di soggetti rivali del promotore alla procedura in oggetto.

L'amministrazione potrebbe finire, così, per selezionare un bacino di offerta (promotori e proposte) non in linea con i propri interessi. Si produrrebbero, in tali casi, effetti riconducibili a quelli che gli economisti, in presenza di asimmetrie informative, definiscono di "selezione avversa" (o "adverse selection"). Infatti, il meccanismo della procedura da un lato incentiva il promotore a predisporre proposte convenienti per il suo proprio interesse (e non con quello pubblico), dall'altro scoraggia possibili competitori

²⁴ Vale la pena, di seguito, riportare quanto affermato in un recente articolo comparso su una rivista del settore: "Si conclude ancora una volta senza sfidante una importante gara con procedura 37 quater per assegnare una concessione di costruzione e gestione ospedaliera. Nessuno, infatti, alla scadenza del 30 novembre ha presentato offerte all'azienda ospedaliera e l'aggiudicazione della gara per costruire il nuovo ospedale (121 milioni di euro di cui 83,5 con capitale pubblico) è andata direttamente al T. [cioè al promotore]. Si sono tirate indietro tutte e cinque le imprese prequalificate". L'articolista, inoltre, riporta una dichiarazione del responsabile del procedimento: "Avremmo preferito più concorrenza, non c'è dubbio, ma spesso nella gara su progetto del promotore va a finire così". L'articolo prosegue con l'indicazione di vari altri casi in cui l'aggiudicazione è avvenuta in assenza di rivali del promotore. Infine, viene detto: "Più vivaci sono invece le gare indette ex art. 19 comma 2..." e viene riportata una serie di gare che, effettivamente, hanno avuto un confronto concorrenziale. Arona A. "Ospedali, Techint vince senza sfidanti a Lignano", Edilizia e Territorio, 6-11 dicembre 2004.

dello stesso promotore a partecipare alla stessa (contro lo stesso interesse dell'amministrazione ad un'ampia partecipazione alla messa in concorrenza).

6. Valutazioni conclusive. Alcuni suggerimenti *de iure condendo*.

Le considerazioni che hanno preceduto hanno messo in evidenza che, in una prospettiva di analisi economica del diritto, le norme procedurali esaminate (soprattutto in virtù dell'attribuzione al promotore del c.d. diritto di prelazione) si rivelano inefficienti. L'inefficienza, come si è detto, deve essere intesa in senso funzionale al raggiungimento degli scopi e delle finalità che il Legislatore si era prefissato al momento dell'introduzione delle stesse nell'Ordinamento. Si potrebbe trattare, dunque, di un *fallimento dello Stato*, nel senso già indicato.

Le norme in questione, infatti, non raggiungono un buon compromesso tra le due finalità contrapposte individuate nell'incentivo ai soggetti privati ad assumere il ruolo di promotori e di selezionare buone proposte e condizioni contrattuali favorevoli per l'amministrazione.

Al contrario, esse rischiano di selezionare, contro la volontà del legislatore proposte di cattiva qualità e questo deve considerarsi un profilo di inefficienza indesiderabile. Ciò può accadere per il duplice effetto disincentivante dell'attuale regolamentazione della procedura. Da un lato, perché tali norme potrebbero indurre il promotore ad una minore attenzione nella predisposizione della proposta iniziale, dall'altro perché i potenziali rivali del promotore sono disincentivati a partecipare alla procedura.

Tali implicazioni, si traducono in un danno per l'amministrazione aggiudicatrice e per la collettività, in quanto l'amministrazione stessa. A tal proposito, si deve anche considerare che tale effetto negativo potrebbe comportare anche un maggior esborso in termini di *prezzo* (contribuzione pubblica) rispetto a quello che avrebbe potuto scaturire da un più severo vaglio concorrenziale, con danno diretto per le casse pubbliche.

I risultati conseguiti, sembrano non sembrano controvertibili. Le modificazioni della procedura apportate dalla L.166 del 2002 e l'introduzione del c.d. diritto di prelazione hanno stravolto gli equilibri originari dell'intera procedura e rendono necessario un ripensamento della stessa, soprattutto con riferimento alla valutazione di pubblico interesse della proposta e alla scelta del promotore. L'attribuzione di una così forte *rendita di posizione* al promotore e l'assoggettamento dell'aggiudicazione finale ad una sua facoltà (quella di adeguamento della propria proposta) impongono che lo stesso promotore venga scelto con criteri predeterminati e in modo concorrenziale.

L'anticipazione del momento concorrenziale al momento della scelta del promotore, avrebbe il carattere di incentivare gli aspiranti promotori a offrire fin da subito all'amministrazione buone proposte e buone condizioni contrattuali, dato il rischio di vedersi preferito un altro soggetto.

In questo senso, deve considerarsi insufficiente il disposto dell'attuale formulazione dell'art. 37 ter che si limita a prevedere che le proposte degli aspiranti promotori debbano essere *esaminate "anche comparativamente"*, nulla dicendo di più rispetto a tale fattispecie.

La Giurisprudenza prevalente, sulla base di un'interpretazione letterale della norma, ha attribuito all'Amministrazione aggiudicatrice margini molto ampi di discrezionalità nell'operare la selezione della proposta preferibile e del promotore, sulla base della asserita natura meramente propositiva e strumentale della scelta e nel presupposto che

l'aggiudicazione debba comunque avvenire dopo la messa in concorrenza di cui al successivo art. 37 quater.

Al più, tale orientamento ha riconosciuto che la discrezionalità in questione possa essere limitata dall'obbligo per l'amministrazione di procedere alla scelta in questione sulla base di criteri predeterminati. Tuttavia, tale circostanza non muterebbe la natura di tale momento della procedura che manterrebbe *“una connotazione informale, che la differenzia profondamente dalle procedure di evidenza pubblica”*.

Ciò che l'orientamento richiamato non tiene in considerazione è che la scelta del promotore, a seguito della L.166 del 2002 ha assunto un'importanza decisiva nell'ambito della procedura in esame, considerato il fatto che, a causa dei fattori disincentivanti di cui si è detto, sempre più le successive fasi procedurali possono andare deserte. E' pertanto decisivo che nel momento della scelta del promotore vi siano quelle garanzie per l'amministrazione che solo un'effettiva messa in concorrenza garantisce. Ciò per almeno quattro motivi.

1) E' auspicabile che ambiscano a diventare promotori quanto più soggetti possibile. L'incentivo a sostenere lo sforzo per la predisposizione di una proposta per un soggetto privato vi è solo se sono certi e sicuri i criteri in base ai quali la proposta stessa e il promotore vengono selezionati. Se, al contrario, la scelta del promotore avviene sulla base di mera discrezionalità dell'amministrazione, i potenziali promotori potranno essere disincentivati a concorrere tra loro. In tale contesto, è facile osservare che si potrebbero anche inserire elementi clientelari che si risolverebbero nella scelta del promotore amico dell'amministratore, con danno dell'interesse collettivo²⁵.

2) Gli aspiranti promotori devono essere incentivati a presentare una buona proposta, affinché l'amministrazione possa selezionare la migliore proposta possibile. Anche tale aspetto è conseguenza di un'effettiva messa in concorrenza. Se, al contrario la scelta avviene secondo la discrezione dell'amministrazione e indipendentemente dalle caratteristiche oggettive e quantitative delle proposte presentate, gli aspiranti promotori non saranno incentivati ad uno sforzo qualitativo.

3) La concorrenzialità deve essere garantita soprattutto nei casi, che sono quasi la regola, in cui l'Amministrazione corrisponda un prezzo al promotore, in aggiunta al diritto di gestione dell'opera. In tali casi, la fase concorrenziale è necessaria per l'abbattimento di tale prezzo. Al contrario, la mancanza di tale messa in concorrenza potrebbe causare danni ingenti alle casse pubbliche.

4) Considerati i vantaggi di posizione del promotore, la scelta dello stesso deve comunque avvenire nel rispetto dei principi di ordine comunitario ed in particolare della parità di trattamento (anche con riguardo a soggetti di diversa nazionalità) e trasparenza dell'azione amministrativa.

²⁵ Come si è detto l'assunzione che l'interesse della pubblica amministrazione coincida con quello della collettività di cittadini che rappresenta è una semplificazione che può essere superata. Anche nei rapporti tra amministratori e collettività possono verificarsi fenomeni di informazione asimmetrica, in quanto i cittadini non sono perfettamente informati dell'operato degli amministratori, e di azione nascosta, in quanto i cittadini non possono controllarne l'operato. In tale contesto, gli amministratori potrebbero essere incentivati a perseguire un interesse proprio, anziché quello della collettività. Nel caso di specie, nell'ambito dell'ampia discrezionalità attribuita all'amministrazione nella scelta del promotore, si può verificare il caso che gli amministratori (nel loro proprio ed esclusivo interesse) scelgano il promotore amico (in modo non rispondente all'interesse della collettività). Come si è detto anche tali problemi sono studiati dalla "teoria dell'agenzia" che pone la questione di quali incentivi occorre progettare affinché la risposta della struttura amministrativa sia conforme all'interesse collettivo. Il fatto che nella scelta del promotore non si segua un criterio rispettoso della concorrenza non aiuta in tale senso.

Tali osservazioni in parte sono state fatte proprie dalla dottrina più attenta e dalla pronuncia del T.A.R. Toscana n. 2860 del 2004, per ora isolata. Secondo tale diverso orientamento, nel caso in cui siano state presentate più proposte relative ad uno stesso intervento, la fase di scelta del promotore dovrebbe rispondere ai canoni procedurali che connotano le vere e proprie gare per la scelta del contraente. Tale scelta dovrebbe, pertanto, svolgersi nel rispetto dei principi di *par condicio* e di trasparenza dell'azione amministrativa, così come è richiesto per il corretto svolgimento delle vere e proprie procedure di gara. Inoltre, è stata affermata la natura "*para-concorsuale*" della scelta del promotore, consistendo tale scelta in un'attività volta a realizzare l'interesse pubblico alle migliori condizioni possibili per l'amministrazione aggiudicatrice. In buona sostanza, a fronte dei mutati equilibri interni della procedura e delle sopravvenute posizioni di vantaggio attribuite al promotore, la Giurisprudenza in questione si è resa conto che è necessaria un'anticipazione (*ex ante*) del momento concorrenziale alla fase della scelta del promotore.

Tuttavia, tale orientamento interpretativo, in effetti, è poco fedele al testo delle norme in questione che si limita a prevedere che nel caso in cui siano state presentate più proposte per uno stesso intervento, la valutazione di pubblico interesse debba avvenire semplicemente "*esaminate le proposte stesse anche comparativamente*". Si può condividere, pertanto, l'assunto secondo il quale le norme che regolano la valutazione di pubblico interesse della proposta non sarebbero "*calibrate*" per disciplinare "*l'ipotesi di più aspiranti promotori in riferimento al medesimo intervento*"²⁶. Pertanto, la logica conseguenza dovrebbe essere quella che le stesse norme dovrebbero essere "*ricalibrate*" per l'ipotesi in questione.

In tale senso, devono essere accolte con favore – come si è già detto nel capitolo terzo – le innovazioni che in sede di legge c.d. *Comunitaria 2004*, il Legislatore ha apportato, soprattutto laddove sarà previsto che l'amministrazione aggiudicatrice dovrà, preventivamente e fin dal momento dell'avviso pubblico, indicare i criteri di scelta che seguirà nella selezione del soggetto promotore.

Tale innovazione, come si è già detto non è di scarsa importanza. Essa da un lato stabilisce una volta per tutte che la scelta del promotore debba avvenire secondo criteri precisi e pre-determinati dall'amministrazione aggiudicatrice. In secondo luogo, come ha fatto notare un primo commento a caldo avvicina la selezione ad un procedimento ad evidenza pubblica, facendogli acquisire quel carattere para-concorsuale che già la migliore giurisprudenza auspicava²⁷.

Tuttavia, secondo l'opinione di chi scrive, tale innovazione (se pur significativa) non è sufficiente ad eliminare le problematiche che si sono evidenziate. Si può, pertanto, auspicare un nuovo intervento del Legislatore che vada in due direzioni.

Da un lato, nella direzione di regolamentare con maggiore dettaglio – anche con l'indicazione nella stessa legge di criteri *ad hoc* – il momento della scelta del promotore, nel caso di più candidati. In tale senso dovrà essere garantito il rispetto della concorrenzialità, sia nell'interesse dei candidati promotore che nell'interesse dell'amministrazione a selezionare una buona proposta.

Dall'altro, si potrebbe snellire la procedura nei momenti successivi alla scelta del promotore. Infatti, come si è notato, l'attribuzione del diritto di prelazione ha, di fatto, diminuito l'importanza di tali momenti e disincentivato la partecipazione dei soggetti privati a tali fasi della procedura. Pertanto, l'intervento legislativo indicato potrebbe essere solo un adeguamento della realtà giuridica a quella fattuale che, attualmente, già

²⁶ TAR Campania Napoli 29 gennaio 2004 n. 914.

²⁷ Si confronti: Uva V. "*Il PF ora è più vicino alla gara*", Edilizia e Territorio, n. 47 del 6-11.12.2004.

vede molti promotori pervenire all'aggiudicazione direttamente e senza passare per la gara, data l'assenza di rivali.

Inoltre, se il rispetto della concorrenza fosse già garantito *ex ante*, la duplicazione del momento concorrenziale nella fase successiva alla scelta del promotore, con una procedura articolata in due passaggi, costituirebbe un'inefficienza *tout court* con costi per l'amministrazione e dilatazione di tempi che, di per se, è un altro elemento disincentivante per la promozione privata di opere pubbliche.