

PROJECT FINANCE IN AMBITO SANITARIO

RISCHI E CRITICITÀ

SOMMARIO

PREMESSA	3
PROJECT FINANCE: UNA BREVE INTRODUZIONE	4
1. Brevi cenni sul project financing in ambito sanitario.	4
1.1. Che cosa è il project financing.....	4
1.2. Le fasi principali del project financing in ambito sanitario e gli svantaggi.	4
PROJECT FINANCE: ALCUNI NUMERI.	6
2. Il caso dell'ospedale di Santoro (VI).....	6
2.1. I costi di costruzione del nuovo ospedale unico di Santoro (VI).	6
2.2. Nel complesso quanto costa l'ospedale unico all'ULSS?	8
2.3. Quali altri costi dovrà sostenere l'ULSS?	9
3. Il caso dell'ospedale dell'Angelo di Mestre.	11
4. Il caso di Nuoro	13
5. L'esperienza inglese.....	15
5.1. Il project financing in ambito sanitario.....	15
5.2. Il project financing in generale.....	17
PROJECT FINANCE: L'USO DISTORTO E CONTRARIO ALLA LEGGE.....	20
6. Secondo la Corte Dei Conti gli ospedali non sarebbero finanziabili mediante project financing.	20
7. Quando l'apporto pubblico è superiore alla metà del valore dell'opera si compie un utilizzo distorto del project financing.	21
7.1. Uso corretto del project financing	21
7.2. Uso improprio e distorto del project financing	21
8. L'utilizzo del project financing in ambito sanitario viola le norme sugli appalti pubblici. ..	22
8.1. Nullità del contratto di concessione per illecitità della causa.	22
8.2. Nullità del bando di gara per la concessione di lavori pubblici.	22
8.3. Elusione delle norme e dei principi che regolano la concessione di lavori pubblici..	23
8.4. Il danno per le aziende sanitarie.	23

9.	Nel project financing gli interessi pagati dall'amministrazione ai privati possono superare il limite fissato dalla normativa anti-usura	24
9.1.	La normativa anti-usura.	24
9.2.	Natura dell'operazione in project finance ed applicabilità della normativa anti-usura. 25	
PROJECT FINANCE E REGOLE DI FINANZA PUBBLICA.		27
10.	I LIMITI FISSATI DAL PATTO DI STABILITÀ ESTERNO.	27
10.1.	Analisi dei rischi e dei benefici per l'amministrazione:	27
10.2.	Le tre principali categorie di rischio presenti in un'operazione di PPP:	28
10.3.	Applicazione e valutazione delle tre principali categorie di rischio e criteri ulteriori: 29	
11.	I LIMITI FISSATI DAL PATTO DI STABILITÀ INTERNO.	30
12.	IL CHIARIMENTO DELLA CORTE DEI CONTI	32
I DOVERI E LE RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI.....		34
13.	I doveri e le responsabilità degli amministratori pubblici.	34
13.1.	Premessa.	34
13.2.	Responsabilità dei funzionari per violazione di legge	34
13.3.	Casi in cui non si applica il limite della insindacabilità dell'azione amministrativa. 37	
13.4.	Casi in cui non si applica il limite dell'esimente politica.....	37
13.5.	Colpa grave o dolo eventuale.....	38
13.6.	Responsabilità del Funzionario per non aver impedito il danno	38
13.7.	Il danno da disservizio	39

PREMESSA.

Il ricorso al project finance genera effetti disastrosi per le finanze degli enti locali e distoglie le risorse pubbliche dalla cura per il malato per trasferirle ai profitti dei privati.

Questa denuncia trova riscontro negli appelli di politici di vari schieramenti, nell'azione di numerose associazioni di cittadini e nelle indagini della Corte dei Conti, sia in Italia che in Inghilterra dove il project finance si è sviluppato per primo.

Lo scopo di questo documento è quello di informare sui rischi associati alla stipulazione di accordi di project finance in ambito sanitario affinché, per quanto di propria competenza, gli amministratori e funzionari pubblici possano adottare i provvedimenti più opportuni per prevenire danni alla Pubblica Amministrazione.

Il presente documento contiene:

- Una sintetica descrizione del funzionamento del project finance in ambito sanitario.
- Una sintetica descrizione dell'esperienza di alcuni ospedali realizzati in project finance.
- Esempi e casi di utilizzo distorto e contrario alla legge dello strumento del project finance.
- Una sintetica esposizione dei vincoli del patto di stabilità esterno ed interno.
- Un promemoria sugli obblighi e sulle responsabilità degli amministratori e dei funzionari della P.A..

PROJECT FINANCE: UNA BREVE INTRODUZIONE

1. BREVI CENNI SUL PROJECT FINANCING IN AMBITO SANITARIO.

1.1. CHE COSA È IL PROJECT FINANCING.

Secondo la Corte dei Conti, Sezione Regionale del controllo per l'Emilia – Romagna, il project financing o project finance o finanza di progetto è una complessa operazione economico-finanziaria, che si realizza mediante diversi contratti collegati. Il project financing si concretizza in una particolare tecnica di finanziamento a lungo termine, avente ad oggetto un singolo progetto, la cui gestione è idonea a remunerare il capitale investito, in quanto destinata a produrre un cospicuo flusso di cassa nel tempo (il cash-flow).¹

1.2. LE FASI PRINCIPALI DEL PROJECT FINANCING IN AMBITO SANITARIO E GLI SVANTAGGI.

Il project financing applicato alla realizzazione e gestione di un ospedale, generalmente, si sviluppa nelle seguenti fasi fondamentali:

- a) L'ospedale viene costruito utilizzando sia soldi pubblici sia soldi privati, **ma la struttura rimane di proprietà delle imprese costruttrici** per la durata del project financing (in media 25 anni).
- b) L'azienda sanitaria ripaga il contributo dei privati attraverso il cd "canone di disponibilità" (vale a dire: l'affitto dell'ospedale). Il canone di disponibilità viene pagato ogni anno per tutta la durata del project finance e, di fatto, rappresenta un vero e proprio mutuo che l'azienda sanitaria contrae con i privati.
- c) Questo mutuo viene ripagato con **tassi di interesse molto più alti di quelli di un mutuo a tasso fisso o a tasso variabile** ottenibili dalla Cassa Depositi e Prestiti o da un Istituto di credito.
- d) I privati (che hanno già ottenuto una forte remunerazione con il canone di disponibilità) ricevono inoltre dall'azienda sanitaria anche la concessione esclusiva per la fornitura dei **servizi non sanitari** connessi all'ospedale. Si tratta dei servizi non direttamente connessi con la cura del malato, quali ad esempio:
 - Manutenzioni ordinarie e gestione edifici;
 - Servizio energia;
 - Gestione reti informatiche e telefoniche; Ingegneria clinica;

¹ Vedi pagina 5 della Deliberazione n. 5/2012/PAR della Corte dei conti, Sezione Regionale del controllo per l'Emilia – Romagna.

- Servizio pulizia;
 - Ristorazione degenti e dipendenti;
 - Raccolta e smaltimento rifiuti;
 - Servizio di portierato;
 - Servizio CUP;
 - Assistenza domiciliare integrata.
- e) Per i servizi non sanitari l'azienda sanitaria si obbliga a pagare un canone annuale (aggiornato in aumento di anno in anno). La conseguenza è che per la durata del project financing (in media 25 anni):
- l'azienda sanitaria è vincolata al canone concordato **senza la reale possibilità di rinegoziare l'importo nel tempo** (sono in realtà previste clausole di rinegoziazione, ma l'esperienza dimostra che non sono efficaci per tutelare gli interessi della P.A.), anche se le condizioni mercato variano (pertanto anche nel caso in cui il prezzo di mercato delle forniture dovesse scendere);
 - l'azienda sanitaria **non può mettere in gara i potenziali fornitori per ottenere le migliori condizioni economiche**, ma deve subire il monopolio del concessionario che potrà accontentarsi di garantire il servizio minimo essenziale per evitare di perdere la concessione.
- f) In caso di **contrazioni delle entrate (vale a dire: meno soldi pubblici per la sanità)** l'azienda sanitaria non potrà tagliare le spese per i servizi non sanitari (che devono essere pagati al concessionario con canone annuale), ma dovrà necessariamente **ridurre le risorse destinate alla cura dei malati** i quali saranno costretti a pagare di tasca propria le prestazioni che la sanità pubblica non eroga.

PROJECT FINANCE: ALCUNI NUMERI.

L'impiego del project finance in ambito sanitario genera una spesa pubblica che è totalmente sproporzionata rispetto al costo della struttura ospedaliera e al valore dei servizi forniti.

2. IL CASO DELL'OSPEDALE DI SANTORSO (VI).

Di seguito si riporta il caso dell'ospedale unico di Santorso (VI) costruito mediante ricorso al project finance. Le seguenti informazioni sono tratte dall'esposto alla Procura Generale della Corte Dei Conti della Regione Veneto presentata dall'associazione *Communitas* di Schio (<http://www.communitas-schio.it/category/communitas/>).

2.1. I COSTI DI COSTRUZIONE DEL NUOVO OSPEDALE UNICO DI SANTORSO (VI).

I costi di costruzione del nuovo ospedale unico di Santorso (VI) sono pari a circa 132,5 MILIONI DI EURO (IVA inclusa). Questo è il costo dell'edificio, della struttura, del "mattone".

Per la costruzione dell'ospedale unico il concessionario ha pagato circa 49 MILIONI DI EURO (IVA esclusa). Il resto è stato pagato dalla Regione e dall'USLL. A fronte di questo finanziamento del concessionario, l'amministrazione dovrà:

- ripagare il prezzo del "mattone" con una specie di canone d'affitto per 24 anni (chiamato "canone di disponibilità"),
- cedere al concessionario alcuni servizi per 24 anni;
- noleggiare dal concessionario una serie di servizi per 24 anni.

Vediamo quanto è grande la "tombola" che vince il concessionario. Anche se sarebbe più corretto parlare di "win-for-life".

Canone di disponibilità.

Il canone di disponibilità è l'affitto dell'ospedale che l'ULSS deve pagare al concessionario per 24 anni.

Di seguito mostriamo la differenza di costo fra il finanziamento con project finance stipulato dall'ULSS e un mutuo a tasso fisso al 6% che è in linea con i valori del 2007 (data di firma dei contratti di project finance).

	Finanziamento	Rata anno 2012	Rata anno 2035	Totale nei 24 anni	Tasso interesse
Canone di disponibilità	49	4,7	7,4	144,5	11%
Rata mutuo tasso fisso 6%	49	3,9	3,9	92,8	6%
Differenza		0,8	3,5	51,7	5%

I valori sono espressi in MILIONI di euro IVA esclusa. I valori sono stimati in quanto costituiscono una prospettiva.

Il mutuo a tasso fisso al 6% è in linea con i valori del 2007 (data di firma del contratto).

Si noti che il canone di disponibilità si rivaluta in aumento del 2% circa ogni anno. Pertanto alla fine dei 24 anni la differenza fra il canone di disponibilità e la rata di un mutuo a tasso fisso arriverebbe a 7,4 M€, per un sovrapprezzo totale nei 24 anni di circa **51,7 MILIONI DI EURO.**

Questo significa che per i circa 49 M€ messi a disposizione il concessionario ha un rendimento garantito dallo stato pari a circa l'**11% l'anno.**

Servizi commerciali e parcheggio.

Eppure il canone di disponibilità, anche se indicizzato, non basta. La remunerazione del privato non avviene infatti solo attraverso questo canone, in quanto contribuiscono in maniera significativa anche i ricavi previsti dalla gestione degli spazi commerciali, di quelli pubblicitari e dei parcheggi che l'ULSS ha ceduto al concessionario per 24 anni.

	Finanziamento	Rata anno 2012	Rata anno 2035	Totale nei 24 anni	Tasso interesse
Valore dei servizi	0	2,9	4,5	87,5	?%
Rata mutuo tasso fisso 6%	0	0	0	0	0%
Differenza		2,9	4,5	87,5	

I valori sono IVA esclusa. I valori sono stimati in quanto costituiscono una prospettiva. Il valore minimo di 87,5 M€ è stato determinato tenendo conto di una rivalutazione del valore dei servizi del 2% annuo.

I circa **87,5 MILIONI DI EURO** sono ricavi che l'ULSS perde perché li cede al Concessionario in cambio della sua partecipazione ai costi di costruzione. Ovvio che se l'ULSS avesse invece acceso un prestito con la Cassa Depositi e Prestiti o con un altro istituto bancario, questi milioni di euro sarebbero stati incamerati dall'ULSS e avrebbero potuto contribuire a coprire i costi della nuova struttura e a garantire i servizi e i loro livelli di qualità; invece li incasserà il concessionario.

Sommiamo il canone di disponibilità al valore dei servizi, il finanziamento di 49 M€ del concessionario costerà nei 24 anni 232 M€. Questo significa che per i circa 49 M€ messi dal concessionario questo ottiene un rendimento garantito dallo stato pari a circa il **19,5% l'anno**. E si noti bene che nel 2007, anno in cui si firmò il contratto, un tasso del **10,5%** era considerato di **usura**.

2.2. NEL COMPLESSO QUANTO COSTA L'OSPEDALE UNICO ALL'ULSS?

Di seguito sommiamo il “canone di disponibilità” con i ricavi previsti dalla gestione degli spazi commerciali, di quelli pubblicitari e dei parcheggi e li mettiamo a confronto con il mutuo a tasso fisso al 6% che è in linea con i valori del 2007 (data di firma dei contratti di project finance).

	Finanziamento	Rata anno 2012	Rata anno 2035	Totale nei 24 anni	Tasso interesse
Canone di disponibilità	49	4,7	7,4	144,5	11,0%
Valore dei servizi		2,9	4,5	87,5	8,5%
TOTALE		7,6	11,9	232,0	19,5%
Rata mutuo tasso fisso 6%	49	3,9	3,9	92,8	6,0%
DIFFERENZA		3,7	8,0	139,2	13,5%

I valori sono in **MILIONI di EURO** IVA esclusa. I valori sono stimati in quanto costituiscono una prospettiva.

2.3. QUALI ALTRI COSTI DOVRÀ SOSTENERE L'ULSS?

In aggiunta al ricco bottino sopra indicato il contratto prevede anche altre due forme di remunerazione.

I tre canoni di noleggio per informatizzazione, mobili e arredi, attrezzature e macchine medicali.

Al Concessionario è stato affidato il compito di provvedere e di dotare l'ospedale, per i 24 anni a venire, dell'informatizzazione necessaria, dei mobili e degli arredi, di attrezzature e macchine medicali, oggetti e macchinari anche assai sofisticati, che l'ULSS dovrà "noleggiare" dal Concessionario o attraverso il Concessionario. Questi "canoni a noleggio" fan parte dunque del "pacchetto project", rientrano nel contratto come contropartita, come strumento di remunerazione, non sono cioè separabili dall'operazione complessiva: il Concessionario cioè, per aver vinto la gara del project ed essersi aggiudicato la realizzazione dell'ospedale, si garantisce anche questi contratti di noleggio.

Il concessionario svolgerà infatti per 24 anni un ruolo non solo di "gestore dei servizi", ma anche di "intermediazione commerciale", qualora l'ULSS manifesti l'esigenza di dotarsi di altri strumenti o tecnologie, i cui ricavi non sono ovviamente ad oggi quantificabili; di qui soprattutto l'impossibilità di definire per l'ULSS i costi certi di tutta l'operazione.

Per dotare l'ospedale del necessario, il concessionario dovrebbe – ma è ben più probabile che non anticipi denaro, come del resto solitamente avviene con contratti d'affitto di macchinari - impegnarsi in un investimento di **20,8 M€** (IVA esclusa) per ricevere in 24 anni una remunerazione, che al netto dell'IVA e rivalutata annualmente in base al NIC (secondo una media annua del 2% inferiore a quella reale degli ultimi 10 anni), è di **102,5 MILIONI DI EURO** (la cifra tiene conto del fatto che il canone di noleggio delle attrezzature medicali sarebbe previsto per i primi 8 anni: ma è probabile che per i restanti 16 anni l'ULSS debba riconfermare un contratto simile): un costo per l'ULSS in ogni caso equiparabile ad un **interesse del 20%**.

Ma al di là dei costi, che pure paiono tutt'altro che trascurabili, non si riesce a comprendere in base a quali criteri sia stato possibile stabilire a priori e per i prossimi 24 anni, non solo i costi delle relative, eventuali manutenzioni, ma pure quelli di strumentazioni anche assai sofisticate che tuttavia, per i progressi straordinari delle nuove tecnologie, o risultano obsolete nel breve volgere di qualche anno o si deprezzano sensibilmente in tempi comunque brevissimi (v. per es. i prezzi di PC e altre macchine elettroniche).

Qual è allora la convenienza per l'ULSS 4 di un contratto che predetermina e fissa per 24 anni questi costi, fra l'altro indicizzandoli ogni anno in base al NIC (Indice nazionale dei prezzi al consumo per l'intera collettività), e che assegna al concessionario pure il compito, o meglio il diritto, di procurare, qualora la

Direzione lo richieda, qualsivoglia altro macchinario o arredo - naturalmente salvaguardando le sue esigenze di profitto - ?

Non sarebbe stato anche in questo caso più vantaggioso per l'ULSS seguire l'altra via, e cioè stipulare separatamente dei contratti di noleggio o di leasing, di durata per esempio quinquennale e con gare di appalto trasparenti che mettessero in reale concorrenza le aziende produttrici, permettessero di meglio soppesare e confrontare la qualità dei macchinari proposti, e prevedessero accordi di collaborazione di durata non ultraventennale, ma assai più brevi, e perciò valutabili e verificabili con maggiore efficacia?

Quali valutazioni economiche e amministrative hanno determinato queste scelte?

Ulteriore remunerazione dal canone di gestione servizi non sanitari.

In aggiunta alle rate del canone di disponibilità, ai ricavi garantiti dagli spazi commerciali e dai parcheggi (che da soli garantiscono al concessionario un interesse del 19,5%) e ai ricavi provenienti dai 3 canoni di noleggio (che da soli garantiscono al concessionario un interesse del 20%), si aggiungono **anche i ricavi derivanti dalla gestione dei servizi non sanitari.**

Per il 2012 il canone per i servizi non sanitari è **17,7 M€** (IVA esclusa). Anche questo canone viene rivalutato annualmente in base al NIC e questa rivalutazione pesa - come è evidente - davvero non poco, perché se il NIC mantenesse la media degli ultimi 10 anni, da un canone 2012 di **17,7 M€** (IVA esclusa) si arriverebbe in 24 anni ad un canone 2035 di **27,8 M€** (IVA esclusa) considerando una rivalutazione media annuale del 2%, per un totale nei 24 anni pari a circa **537 MILIONI DI EURO.**

Tuttavia il reale costo del canone dei servizi non sanitari è di fatto non preventivabile in quanto il contratto prevede la possibilità di rinegoziare questo canone ogni 5 anni, ma il meccanismo di rinegoziazione non prevede di fatto la concreta possibilità per l'ULSS di poter eventualmente ottenere dei ribassi significativi. I ricavi del Concessionario, infatti, non sono solo garantiti da questa rivalutazione in base al NIC, ma anche da una franchigia al 10%, si veda a riguardo la relazione della V Commissione consigliare regionale presieduta da Leonardo Padrin. Si tratta di una garanzia per il Concessionario nella fase di rinegoziazione prevista ogni 5 anni: la forbice del 10% permetterà di fatto al concessionario di non abbassare negli anni futuri i prezzi fissati dal contratto anche qualora il mercato proponga all'ULSS offerte più vantaggiose; ovviamente, per converso, essa pure garantisce di poterli mantenere in ogni caso più alti della media di mercato, maggiorati appunto fino al 10%, rispetto alle offerte di aziende concorrenti o ai costi indicati dalla Camera di Commercio.

Con un sistema simile si evitano sia i rischi di svalutazione o di maggiori costi (rivalutazione in base al NIC) sia qualsiasi forma di concorrenza: la rinegoziazione prevista ogni 5 anni e difesa, per il Concessionario, dalla franchigia al 10%, si rivela dunque uno strumento esclusivamente a favore del privato, mentre l'ULSS si troverà di fatto nell'impossibilità di cambiare un gestore che magari non offre più sufficienti garanzie in merito al rapporto prezzo-qualità.

Anche per questo canone va inoltre rilevato che il rischio connesso ad eventuali aumenti nei costi non viene in alcun modo e in nessuna misura trasferito sui soggetti privati, come invece vorrebbe la logica corretta e non distorta del project financing; anzi, la doppia garanzia di rendimenti, da una parte l'indicizzazione in base al NIC, dall'altra la franchigia al 10%, blocca al rialzo per 24 anni i ricavi, secondo un processo di incremento continuo e garantito dei costi, e impedisce per converso all'ULSS, già gravata dalla responsabilità di assicurare la continuità nell'erogazione dei servizi essenziali, di rinegoziare i costi dei servizi e di adeguarli alle offerte del mercato. La gestione complessiva dei servizi non sanitari dell'ospedale (dalla manutenzione ordinaria e straordinaria dell'edificio e delle sue strutture alla gestione dell'economato e dei magazzini dei farmaci) e l'impossibilità di fatto di una reale ed efficace possibilità di rinegoziazione da parte dell'ULSS permettono al Concessionario di garantirsi posizioni di rendita non solo economicamente pesanti per l'Azienda socio-sanitaria ma anche pericolose per la salvaguardia dei livelli di qualità dei servizi.

3. IL CASO DELL'OSPEDALE DELL'ANGELO DI MESTRE.

Di seguito si riportano alcune informazioni sul caso dell'ospedale dell'Angelo di Mestre costruito mediante ricorso al project finance. Le seguenti informazioni sono tratte da un articolo del Sole 24 Ore e da uno studio della Dott.ssa Francesca Gelli (ed altri) pubblicato sull'Osservatorio di Padova.

Il Sole 24 Ore

I CONTI D'ORO DELL'OSPEDALE DI MESTRE²

di Mariano Maugeri

10 giugno 2014

"La Veneta sanitaria finanza di progetto (Vsfp), s'impegna a consegnare chiavi in mano l'ospedale e a gestirne i servizi non sanitari.

La Vsfp apporta un capitale liquido di 20,5 milioni suddiviso tra sette soci, gli altri 120 necessari per costruire l'opera li chiede in prestito alle banche con un mutuo. Su che cosa mette le mani Vsfp tirando fuori solo 20,5 milioni? Intanto a un business di 1,2 miliardi in 23,5 anni per tutti i servizi non sanitari.

...

Nella finanza di progetto il banco è costituito dalla cordata proponente. Tanto che i docenti della Cergas, l'osservatorio sanitario della Bocconi, non smettono di citare l'abisso di know how tra i funzionari pubblici e le vecchie volpi della finanza. ... nel 2003, nella proiezione del piano economico-finanziario, stima

² <http://www.ilsole24ore.com/art/2014-06-10/i-conti-d-oro-ospedale-mestre-063742.shtml>

ricavi nominali di 1,3 miliardi, lievitati quattro anni dopo a 1,5 miliardi, con un margine operativo lordo di 449 milioni (326 previsti). ...

... un mutuo di 120 milioni sottoscritto da una società con 20,5 milioni sia costato alla Regione Veneto 280 milioni di oneri finanziari e imposte. Ecco perché i teorici del Project financing potrebbero passare per statalisti animati solo dalla volontà di far incassare più quattrini all'erario. Lo sostiene, documenti alla mano, Claudio Cerasi, esperto di bilanci e per dieci anni direttore amministrativo di Ulss. Cerasi invia un copioso dossier il viceprocuratore della Corte dei conti regionale Alberto Mingarelli e agli esponenti del M5S veneziano. A un ente pubblico quel mutuo sarebbe costato 80 milioni."

MESTRE OSPEDALE DELL'ANGELO

Un caso di project finance³

Docente Dott.ssa Francesca Gelli, Bertanzon Andrea, Fioretti Luca, Gatto Gabriele, Marcon Paride Giuliano, Zampieron Luca

A.A. 2013-2014

"A partire dal 2011 sono state aperte numerose discussioni su vari fronti politici e istituzionali riguardanti il nuovo ospedale di Mestre e in particolare il metodo di finanziamento utilizzato.

Nel 2009 i dati di bilancio del settore sanitario veneto, in particolare del comparto veneziano, evidenziano un aumento del capitolo di spesa identificato come "altri oneri finanziari". Dai 0,9 milioni di euro del 2007 si passa ai 17,6 milioni del 2009. Il capitolo di spesa viene rapidamente collegato al project financing dell'ospedale di Mestre e nel gennaio 2011 la presidente della sezione regionale della Corte dei Conti Diana Calaciura Traina sottolinea l'esplosione dei costi della sanità veneta.

...

Nel maggio 2011 i Cobas denunciano l'aumento di spesa della sanità veneta, sostenendo che il project financing avvantaggia solo chi realizza le opere, attraverso una serie di appalti a ribasso. Insieme all'accusa alla Regione di nascondere il reale ammontare del debito nel settore sanitario viene minacciato un ricorso presso la Corte dei Conti. Il 12 dicembre 2012 la trasmissione Report propone un servizio dedicato al project financing nella sanità, in particolare sul caso mestriano.

... il dottor Claudio Cerasi, ex direttore amministrativo dell'USL 19 di Adria dal 2000 al 2008, presenta un esposto alla procura regionale della Corte dei Conti con il quale dettaglia il danno erariale ricevuto dall'ULSS veneziana in seguito alla realizzazione dell'ospedale mestriano e all'accordo con la cordata di privati. Secondo quanto riportato nel Corriere del Veneto del 28 marzo 2013, Cerasi evidenzia come i privati, con un capitale sociale di 20,4 milioni di euro e un mutuo di 120 milioni sono in grado di causare una spesa per la Regione di quasi 400 milioni in oneri finanziari, mentre svolgendo la medesima operazione attraverso un mutuo, questa sarebbe costata non più di 80 milioni.

³ <http://osservatoriopadova.it/wp-content/uploads/2014/01/Ospedale-Sant'E2%80%99Angelo-Mestre.pdf>

*... L'11 aprile 2013 una delegazione di 14 rappresentanti **dei più diversi comitati cittadini** in azione sul territorio viene accolta a palazzo Ferro-Fini dal Consiglio Regionale del Veneto per discutere del futuro del project financing nelle future grandi opere, **visto ormai come elemento di negatività**. il mese successivo il viceprocuratore regionale Alberto Mingarelli apre quattro inchieste sui costi dell'ospedale, in risposta ai numerosi esposti ricevuti in cui si evidenziano progressivamente una serie di irregolarità nei finanziamenti e nei costi previsti per l'allestimento della struttura.*

..." (Corriere del Veneto, 19 ottobre 2013).

Il caso dell'ospedale dell'Angelo di Mestre è stato commentato dalla Corte dei conti della Regione Veneto⁴ la quale ha dichiarato:

"Ulteriore motivo di preoccupazione e rappresentato dall'esplosione dei costi nel conto "altri oneri finanziari" (17,6 mln, +67,6% rispetto al 2008, +1855,6% nel triennio), sostanzialmente riconducibili a canoni e accessori per la gestione in regime di Project Financing dell'ospedale All'Angelo di Mestre, direttamente gestito dall'azienda sanitaria n. 12 Veneziana (17,1 mln circa). Costi destinati a pesare sugli equilibri finanziari della sanità veneta, anche in considerazione della prossima entrata in funzione di nuove strutture ospedaliere costruite mediante operazioni di finanziamento a progetto.

..."

Ciò induce a ritenere necessario un approfondimento specifico anche per l'individuazione di provvedimenti tendenti ad alleggerire i costi derivanti dalle suddette procedure di project financing."

4. IL CASO DI NUORO

Di seguito si riportano alcuni dati relativi alla ristrutturazione e al completamento dei presidi ospedalieri San Francesco e C. Zonchello di Nuoro, San Camillo di Sorgono e dei presidi sanitari distrettuali di Macomer e Siniscola. I dati sono presi da un'interrogazione formulata dai consiglieri regionali della Regione Sardegna e dalla risposta dell'assessore alla sanità.

In questo caso – senza entrare nel merito delle risposte o mancate risposte dell'assessore alla sanità – è utile prendere nota delle preoccupazioni espresse dal commissario della ASL di Nuoro e dai dati economici dichiarati dall'assessore alla sanità.

Estratto dell'INTERROGAZIONE n. 570/A

⁴ Si veda la Relazione annuale ex art. 3, legge 14 gennaio 1994, n. 20, Referto sulla gestione finanziaria della Regione Veneto per la verifica dell'attuazione delle leggi regionali di principio e di programma (Parte generale, indagine sull'assistenza sanitaria nel Veneto) Esercizio 2009.

INTERROGAZIONE MANINCEDDA - SANNA Giacomo - CAPELLI - DESSÌ - PLANETTA - SANNA Matteo - ARTIZZU, con richiesta di risposta scritta, sulla sentenza del TAR n. 213/2011 relativa ai presidi ospedalieri San Francesco e C. Zonchello di Nuoro, San Camillo di Sorgono e ai presidi sanitari distrettuali di Macomer e Siniscola.

<http://consiglio.regionesardegna.it/HighLight.Asp?filespec=/xivlegislatura/interrrogazioni/irg0570.asp&Query=project&fe>

...

accertato che con nota del 15 dicembre 2009, il **commissario della ASL di Nuoro**, dott. Antonio Onorato Succu, **ha segnalato** al Presidente della Regione (protocollo n. 29564/2009) ed all'Assessore regionale dell'igiene e sanità e dell'assistenza sociale (protocollo n. 29568/2009) **molteplici criticità, ed espresso diversi dubbi, in ordine alla "Procedura di finanza di progetto** per la ristrutturazione e il completamento dei presidi ospedalieri San Francesco e C. Zonchello di Nuoro, San Camillo di Sorgono e dei presidi sanitari distrettuali di Macomer e Siniscola" indetta con la deliberazione del direttore generale della ASL di Nuoro del 10 aprile 2007 e conclusasi con l'assegnazione della concessione all'ATI tra le società Cofatech (ora Cofely Italia Spa) ed Inso;

rammentato che:

- in particolare, **con tale nota**, era stato segnalato, tra l'altro, quanto segue: *"il project financing in questione, per il modo in cui erano strutturati gli investimenti ed i canoni da corrispondere al concessionario sembrerebbe corrispondere, nella sostanza, a contratti di opere e lavori, alla fornitura di beni ed alla esecuzione di servizi, con la differenza che si aveva una parziale anticipazione finanziaria da parte del promotore. Invero, il concessionario realizza il proprio ricavo attraverso il pagamento di canoni annuali effettuati dall'ASL di Nuoro, per la quale dunque i canoni rappresentano dei costi, gravanti, sul bilancio aziendale, nella misura per € 5.100.000,00 all'anno, per 25 anni e 4 mesi, con riferimento al canone di disponibilità delle opere ed € 24.319.000,00 in relazione al canone dei servizi"*;

...

Cagliari, 29 aprile 2011

Risposta scritta dell'Assessore Antonio Angelo Liori all'INTERROGAZIONE n. 570/A

Con riferimento all'interrogazione in oggetto, sulla base dell'istruttoria eseguita dagli uffici dell'Assessorato, si espone quanto segue:

...

Sulla base dello schema del contratto di concessione relativo alla progettazione, costruzione e gestione dei lavori di ristrutturazione in questione (della durata complessiva di anni 27 suscettibile di proroga soltanto per cause di forza

maggiori o di altre non previste o prevedibili comunque non imputabili al Concessionario), le prestazioni a carico della ASL, sono specificate negli articoli 19 e 20 del contratto di fornitura, in base ai quali, a fronte dal versamento da parte dell'ATI Confathec Servizi S.p.a. e INSO Sistemi dell'ammontare pari ad € 51.780.351,80 l'Azienda dovrà corrispondere al Concessionario le seguenti somme:

- € 8.258.898,95 (IVA compresa al lordo della somma già liquidata dal Concedente per le spese sostenute da questi per la progettazione definitiva dei lavori per la realizzazione di un padiglione da adibire a Radioterapia del P.O.S. Francesco di Nuoro che sarebbero comunque dovute essere a carico del Concessionario medesimo), quale contributo pubblico ai sensi dell'art. 143 del D.lgs. 12.04.2006, n. 163 da liquidarsi in corso d'opera attraverso acconti calcolati con cadenza mensile mediante S.A.L;
- € 4.250.000,00 annui, (€ 708.333,33 in ragione bimestrale) oltre IVA di legge, da corrispondersi per un periodo pari ad anni 25 (venticinque) e mesi 4 (quattro), quale canone integrativo per la disponibilità, per un totale pari a € 129.200.000,00 IVA al 20% inclusa;
- € 28.569.193,68 annui (€ 4.761.532,28 in ragione bimestrale) oltre IVA di legge, quale canone complessivo per ciascuno dei servizi prestati alla ASL, come specificato in dettaglio nel contratto in questione al punto 20.2 dell'art. 20, da corrispondersi per il periodo di vigenza del rapporto contrattuale (27 anni), per un totale pari ad € 787.941.875,23 IVA inclusa.

L'esposizione complessiva della ASL n. 3 di Nuoro viene pertanto quantificata in complessivi € 925.400.774,18 (IVA al 20% inclusa) per i prossimi 27 anni.

...

5. L'ESPERIENZA INGLESE.

5.1. IL PROJECT FINANCING IN AMBITO SANITARIO.

Il project finance ha prodotto e sta producendo effetti economici e sociali disastrosi per il servizio sanitario inglese.

In Inghilterra il project finance è conosciuto come Private Finance Initiative (PFI) – Iniziativa di Finanza Privata –.

Il servizio sanitario nazionale inglese (NHS) paga annualmente circa 1,25 miliardi di sterline ai privati⁵ come prezzo per utilizzare i propri ospedali. E tale importo

⁵ <http://www.bbc.co.uk/news/health-10882522>: Fears over £65bn 'NHS mortgage', By Nick Triggle, Health reporter, BBC News.

sta lentamente aumentando. I costi complessivi del PFI per il NHS (da pagarsi fino al 2050) sono pari a circa 65 miliardi di sterline (circa il 3 % del PIL dell'intero paese), a fronte di un valore delle infrastrutture ospedaliere/sanitarie di solo 11,3 miliardi di sterline.

Ma il NHS non è solo. La PFI è un grande business i cui costi⁶ ammontano a circa 267 miliardi di sterline (circa il 12% del PIL) e i versamenti annuali dall'amministrazione pubblica al privato ammontano a circa 8,6 miliardi di sterline, per circa 700 progetti. Questi progetti hanno un valore di appena 63 miliardi di sterline⁷.

Nel 2009, più della metà dei più grandi ospedali inglesi finanziati con PFI erano in difficoltà finanziarie rispetto a uno su quattro ospedali non finanziati con PFI.

Stipulando contratti in project finance l'azienda ospedaliera non potrà rifiutarsi di pagare i canoni di affitto e sarà quindi costretta a tagliare i posti letto, a ridurre le spese per la cura del malato e a tagliare medici ed infermieri. Questa realtà è stata descritta dal ***British Medical Journal*** già nel 1996:

"C'è anche una grande preoccupazione per ciò che accadrà nella prossima recessione economica, quando la spesa pubblica verrà ridotta. Le aziende sanitarie stanno attualmente firmando contratti che impegnano le future entrate per finanziare progetti di project finance per i prossimi 10-30 anni.

I costi elevati hanno portato a tagli di servizi del servizio sanitario nazionale, con riduzioni in odontoiatria, assistenza a lungo termine, servizi oculistici e cura chirurgica elettiva.

...

Persino quando i servizi sanitari vengono tagliati, i pagamenti in project finance devono continuare: essi sono garantiti dalla legge. Questo ha portato alla situazione grottesca del Royal Infirmary⁸ di Edimburgo e Coventry University Hospital che tagliano medici, infermieri e posti letto pur pagando milioni ogni anno ai privati per l'utilizzo degli ospedali."

La denuncia del British Medical Journal è stata supportata dallo studio del 2009 del professor Allyson Pollock (professore di Politica e Ricerca sulla Sanità Pubblica all'Università Queen Mary di Londra) nel quale evidenzia che nel 2005/2006 circa il 50% delle aziende ospedaliere che avevano stipulato contratti di PF di valore superiore a 50 milioni di sterline erano in deficit, contro il 23% delle aziende ospedaliere che non avevano stipulato contratti di project finance⁹.

⁶ <http://www.theguardian.com/politics/datablog/2010/nov/19/pfi-public-finance>.

⁷ http://www.economist.com/node/13962464?story_id=E1_TPJGNQGQ

⁸ <http://www.theguardian.com/commentisfree/2010/nov/22/pfi-private-finance-refuse-debt>

⁹

http://www.espanet2012.info/_data/assets/pdf_file/0009/58707/The_private_finance_of_NHS_hospitals_-_politics,_policy_and_practice.pdf

Nel **2012** sette aziende ospedaliere inglesi che avevano stipulato contratti di project finance sono state salvate dal fallimento dal governo inglese con 1,5 miliardi di sterline (*BBC News. Seven NHS trusts to get access to £1.5bn bailout fund. 3 February 2012*).

Nel **giugno 2013** Allyson Pollock (professore di Politica e Ricerca sulla Sanità Pubblica all'Università Queen Mary di Londra) ha presentato uno studio sugli effetti del project finance sulla sanità inglese. Fra le conclusioni dello studio si legge che¹⁰:

- “I costi del project finance portano al taglio di servizi, posti letto e personale a causa degli alti costi del debito e all'enorme trasferimento di risorse dalla cura del paziente a banche, investitori e finanziatori”.
- “Gli alti costi dei servizi di project finance e di rimborso del debito hanno avuto un serio impatto sul servizio sanitario nazionale creando un gap fra il costo dei servizi forniti in project finance e le risorse che le aziende ospedaliere hanno per pagare tali servizi (*affordability gap*). I primi ospedali che hanno stipulato accordi di project finance hanno registrato tagli medi dei posti letto del 30% e riduzioni del personale”
- “Esiste una correlazione fra la presenza di grandi operazioni di project finance e deficit delle aziende ospedaliere e tagli dei servizi e del personale”.

La disastrosa esperienza inglese è documentata anche dai rapporti della Corte dei Conti inglese (National Audit Office nei suoi report degli ultimi anni 2011 e 2012) nonché da tantissime fonti facilmente reperibili su internet (BBC, The Guardian, etc.).

5.2. IL PROJECT FINANCING IN GENERALE.

Il servizio contabile della *House of Commons* ha ammesso che nel PFI il rischio d'impresa non viene trasferito ai privati, ma rimane in capo al pubblico.

Infatti, non solo i progetti finanziati con PFI beneficiano di rendite fisse garantite, ma trattandosi di servizi essenziali non possono fallire. Il trasferimento del rischio dal pubblico al privato non può mai funzionare in pratica, perché le conseguenze politiche e sociali di lasciare fallire un progetto PFI sono troppo grandi. Quando nel 2007 è fallita la società Metronet, incaricata di ristrutturare la metropolitana di Londra, è emerso che il 95% dei prestiti bancari era stato sottoscritto dal governo per 1,7 miliardi di sterline.

A causa della crisi finanziaria, l'intero programma PFI è già stato salvato due volte dal governo inglese al costo totale di 3,5 miliardi di sterline.

Quello che vediamo costituisce in realtà un enorme sussidio pubblico a favore di alcune imprese private. Il settore privato sta facendo enormi profitti a spese dei

¹⁰ http://www.allysonpollock.com/wp-content/uploads/2013/09/AP_2013_Pollock_PFILewisham.pdf

contribuenti, con lo stato che assorbe tutti i rischi e paga le spese. Proprio come con le banche, il profitto è stato privatizzato, ma abbiamo nazionalizzato le perdite.

Gli schemi di PFI sono stati paragonati ai casi di Enron e Lehman Brothers. Le informazioni sui sistemi di PFI infatti spesso non sono accessibili al pubblico in quanto coperte da accordi di riservatezza commerciale. Fino a quando il governo è stato costretto a cambiare le regole nel 2009, il 96% dei progetti PFI non erano stati inseriti nel debito pubblico. Questo ha permesso al governo di spendere enormi somme di denaro nella costruzione delle infrastrutture, pur mantenendo nascosti i costi.

Secondo Seán Boyle, analista di politica sanitaria del King's Fund, ci sono due problemi principali legati alla segretezza dei progetti in PFI.

Il primo è la mancanza di trasparenza che circonda l'intero processo. Il secondo è il fatto che i progetti di PFI si basano su presupposti non dimostrati.

Molti degli accordi che stanno dietro i progetti PFI sono estremamente discutibili. Tutti mostrano le caratteristiche della corruzione: manipolazione dei dati per garantire una società ottenga l'aggiudicazione del progetto.

Molti accordi di PFI sono stati giudicati in violazione della normativa sulla concorrenza¹¹. Un terzo dei progetti PFI ha visto partecipare due o differenti o meno tra il 2004 e il 2006. La mancanza di concorrenza favorisce l'aumento del costo dei progetti in PFI in quanto, fra l'aggiudicazione di un progetto in PFI e l'inizio dei lavori, le esigenze del committente e, quindi, i costi del progetto

¹¹ <http://www.theguardian.com/commentisfree/2009/sep/23/pfi-construction-bid-rigging>

Among the **construction firms** found by the **Office of Fair Trading** to have infringed competition law by rigging bids or cover pricing were Balfour Beatty, Carillion and other major private finance initiative (PFI) contractors. **Bid rigging involves submitting an artificially high price so as to give the appearance of competition** – and in cases discovered by the OFT, artificially inflating the public sector's bill for building universities, schools and hospitals. But the true impact on the public still remains hidden because private finance initiative contracts were not part of the OFT's investigation – although they are the dominant form of procurement in the delivery of new roads, waste facilities and indeed hospitals and schools.

Presumably PFI contracts were not included in the OFT enquiry because of the scale and size of the contracts, while the procurement process is so long and complicated it would be difficult to uncover "cover pricing". PFI now accounts for £63.5bn worth of schemes in capital value, although the total public sector repayments are in the order of £150bn, rising to £245bn over contracts of up to 60 years when services are included.

There is already considerable evidence of lack of competition for PFI contracts. As a National Audit Office report Improving the PFI Tendering Process noted, **one third of PFI projects attracted two bidders or fewer between 2004 and 2006** mainly because of lack of bidder interest. PFI schemes are characterised by a small **number of very large firms competing for contracts; very few firms have the economies of scale and financial muscle to lever in funds, while the high bidding costs and tendering periods act as serious disincentives**. In several cases there has only been one bidder: the provision made in the government's guidance for the ACAD hospital in Glasgow, for example, suggests this is commonplace. Even in the absence of cover pricing, the small size of the competition for PFI schemes makes other forms of cartel activity likely.

possono cambiare enormemente in ragione di svariati fattori. Per l'University College London Hospital il prezzo del progetto PFI è aumentato da 120 milioni di sterline al momento dell'ordine a 430 milioni di sterline nel triennio prima dell'avvio del progetto.

La Corte dei Conti del Regno Unito ha concluso che questo mercato distorto ha portato a un aumento dei costi di costruzione e di finanziamento per il pubblico.

PROJECT FINANCE: L'USO DISTORTO E CONTRARIO ALLA LEGGE.

Di seguito si riportano casi di utilizzo distorto e contrario alla legge del project finance e di decisioni di tribunali amministrativi e contabili.

6. SECONDO LA CORTE DEI CONTI GLI OSPEDALI NON SAREBBERO FINANZIABILI MEDIANTE PROJECT FINANCING.

Secondo la Corte dei Conti la tipologia di opere finanziabili mediante il project financing è limitata alle sole c.d. "opere calde": cioè, conseguentemente al carattere *self-liquidating* dell'opera, o del servizio, che deve avere l'attitudine ad autofinanziarsi. L'oggetto è quindi costituito da opere alle quali è possibile applicare un prezzo del servizio, come controprestazione che è tenuto a corrispondere l'utente, tali da generare un flusso di cassa in grado di consentire il rimborso dei finanziamenti ottenuti¹².

Restano escluse le c.d. "opere fredde", in cui la funzione sociale è assolutamente predominante e, rispetto alle quali, le eventuali tariffe non sono in grado di coprire i costi¹³.

La destinazione della finanza di progetto alle opere calde è riconosciuta indirettamente dal legislatore il quale, nel disciplinare la programmazione triennale, all'art. 128 del codice dei contratti pubblici, prescrive che "le amministrazioni aggiudicatrici individuano con priorità i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica", **in tal modo escludendo le opere fredde**¹⁴.

Pertanto il project financing può essere utile se è utilizzato per la realizzazione di infrastrutture che consentono la remunerazione del capitale investito dai privati attraverso i pedaggi pagati da chi le utilizza (strade, autostrade, etc). **Invece il ricorso al project financing per costruire ospedali o strutture sociali è contrario alla legge e genera un danno per la pubblica amministrazione. In particolare, la progettazione, costruzione/ristrutturazione di ospedali con il project financing ha effetti devastanti sul bilancio delle aziende sanitarie.**

¹² Vedi pagina 7 della Deliberazione n. 5/2012/PAR della Corte dei conti, Sezione Regionale del controllo per l'Emilia – Romagna.

¹³ Vedi pagina 8 della Deliberazione n. 5/2012/PAR della Corte dei conti, Sezione Regionale del controllo per l'Emilia – Romagna.

¹⁴ Vedi pagina 8 della Deliberazione n. 5/2012/PAR della Corte dei conti, Sezione Regionale del controllo per l'Emilia – Romagna.

7. QUANDO L'APPORTO PUBBLICO È SUPERIORE ALLA METÀ DEL VALORE DELL'OPERA SI COMPIE UN UTILIZZO DISTORTO DEL PROJECT FINANCING.

Indipendentemente dal settore di impiego (sanitario, trasporti, etc) il project financing deve essere utilizzato in modo che la contribuzione pubblica sia limitata ad importi non significativi.

7.1. USO CORRETTO DEL PROJECT FINANCING

La Corte dei conti, Sezioni Riunite in sede di controllo, con delibera n. 15/2010 ha stabilito che: *"Anche il project financing è un valido strumento di coinvolgimento dei privati per la realizzazione di opere pubbliche, purché l'opera venga realizzata integralmente con capitali privati, limitando la eventuale contribuzione pubblica ad importi non significativi".*

La Corte dei conti, Sezione Regionale del controllo per l'Emilia – Romagna, ha ribadito questo principio con Deliberazione n. 5/2012/PAR:

"Per quanto sopra esposto, è possibile rispondere al quesito formulato dal C.A.L., evidenziando come il project financing non sia, nel suo fisiologico operare, uno strumento elusivo della normativa sul patto di stabilità. L'istituto de quo, infatti, può costituire un importante strumento a disposizione degli enti locali, al fine di permettere la realizzazione di opere pubbliche, giovandosi dell'ausilio finanziario, ma anche tecnologico ed organizzativo dei privati."

7.2. USO IMPROPRIETÀ E DISTORTO DEL PROJECT FINANCING

La Corte dei conti, Sezioni Riunite in sede di controllo, con delibera n. 15/2010 ha inoltre stabilito che: *"Nelle prassi operative è dato riscontrare contratti nei quali l'intervento pubblico è elevato, superando anche la metà del valore dell'opera. Si tratta di un uso improprio del contratto, anche in relazione ai parametri stabiliti in sede comunitaria in relazione alle partnership pubblico-private".*

La Corte dei conti, Sezione Regionale del controllo per l'Emilia – Romagna, ha ribadito questo principio con Deliberazione n. 5/2012/PAR: *"La finanza di progetto, tuttavia, si presta anche ad un utilizzo distorto. Nel caso in cui, infatti, l'apporto pubblico sia superiore alla metà del valore dell'opera, i contratti posti in essere non possono più considerarsi riconducibili alla fattispecie tipizzata dal legislatore, finendo per avere il solo nome del project financing, ma natura giuridica del tutto diversa.*

Similmente, accade nel caso in cui l'ente locale si renda garante presso il soggetto finanziatore, normalmente un istituto bancario, rispetto al capitale concesso in credito al promotore. In tal modo, infatti, si svilisce la funzione del project financing, la quale non può ridursi esclusivamente ad una tecnica di finanziamento delle opere pubbliche, ma deve anche consentire il trasferimento

in capo ai privati, quantomeno in parte, dei rischi relativi al buon esito del progetto.”

8. L'UTILIZZO DEL PROJECT FINANCING IN AMBITO SANITARIO VIOLA LE NORME SUGLI APPALTI PUBBLICI.

8.1. NULLITÀ DEL CONTRATTO DI CONCESSIONE PER ILLICITÀ DELLA CAUSA.

Il project finance in ambito sanitario **elude** sistematicamente l'applicazione delle **norme** e dei **principi** che disciplinano gli appalti pubblici. In particolare, in ambito sanitario, nel contratto di concessione manca il **trasferimento** dall'ente pubblico al concessionario **del rischio** legato alla gestione dell'opera. Trasferimento del rischio che è un elemento necessario richiesto dalle norme che disciplinano gli appalti pubblici. Conseguentemente il contratto di concessione è **nullo per la illicità della causa** ai sensi dell'art. 1344 (**Contratto in frode alla legge**) del codice civile.

8.2. NULLITÀ DEL BANDO DI GARA PER LA CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI.

Questo è stato stabilito dal TAR Sardegna con la sentenza n. 213 del 10 marzo 2011 che ha annullato il bando di gara indetto dalla ASL 3 di Nuoro per la concessione di lavori pubblici relativi alla ristrutturazione e completamento dei presidi ospedalieri San Francesco e C. Zonchello di Nuoro, San Camillo di Sorgono e dei presidi sanitari distrettuali di Macomer e Siniscola. Di seguito si riportano i passaggi fondamentali della Sentenza del TAR Sardegna:

- La concessione di lavori pubblici è un contratto che ha le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.
- La concessione di lavori pubblici è caratterizzata dal fatto che essa implica un **trasferimento del rischio** legato alla gestione dell'opera al concessionario.
- Il rischio si valuta intorno alla **aleatorietà della domanda di prestazioni**.
- Si tratta di un tipo di rischio molto diverso da quello riscontrabile nel contratto di appalto (di lavori, servizi o forniture), proprio perché entra in gioco un elemento imponderabile (cioè la **domanda** di prestazioni per quel servizio pubblico, non determinabile a priori) - elemento che non compare nell'appalto.
- **Il mancato trasferimento al concessionario del rischio** legato alla prestazione dei servizi **indica che l'operazione costituisce un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi pubblici**.

- Di conseguenza detti lavori **dovrebbero essere attribuiti conformemente alle procedure previste dalla direttiva 93/37 per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.**
- **Nel caso di specie non c'è passaggio del rischio.** Infatti il contratto di concessione prevede che l'Azienda riconoscerà al Concessionario un canone costituito da due componenti un canone di disponibilità di 4,25 M€ annui per la realizzazione delle opere per la durata di oltre 25 anni e canoni separati per ciascuno dei servizi prestati all'Azienda complessivamente ammontanti a euro 24,3 M€ annui.
- È evidente come non si verifichi alcun trasferimento del rischio gestionale ed economico a carico del concessionario, sia perché le prestazioni oggetto dei servizi affidati sono rivolte esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice, sia perché il corrispettivo di tali prestazioni è posto interamente a carico dell'amministrazione.

8.3. ELUSIONE DELLE NORME E DEI PRINCIPI CHE REGOLANO LA CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI.

Nel dichiarare **l'annullamento dell'intera procedura di project financing** il TAR Sardegna ha stabilito che:

- Il contratto di concessione si deve qualificare come contratto **nullo per la illiceità della causa** ai sensi dell'art. 1344 (**Contratto in frode alla legge**) del codice civile.
- L'operazione negoziale ed economica conclusa all'esito della procedura di affidamento si caratterizza per costituire uno strumento con il quale si **elude** l'applicazione delle **norme** e dei **principi** che disciplinano la concessione di lavori pubblici e il project financing, **facendo conseguire alle parti un risultato precluso dall'ordinamento**, consistente nella previsione (in netto contrasto con lo schema normativo) di **una remunerazione degli investimenti dei privati concessionari posta interamente a carico dell'amministrazione, senza che si verifichi quella traslazione in capo ai privati del rischio economico e gestionale** (elemento essenziale dello schema contrattuale del project financing) collegato alla svolgimento dei servizi erogati attraverso le opere pubbliche realizzate, in modo tale che il rientro e l'adeguata remunerazione dei capitali investiti siano assicurati dalla redditività dell'iniziativa economica intrapresa.

8.4. IL DANNO PER LE AZIENDE SANITARIE.

È evidente che utilizzare il project finance in ambito sanitario è **gravemente pregiudizievole per l'interesse pubblico** e, segnatamente, per le **finanze**

pubbliche, trovandosi le aziende sanitarie a dover pagare delle somme non congrue (a prezzo di mercato, senza "sconti" in relazione ai servizi che saranno forniti), **contraddicendo, così, la stessa ratio e finalità del project financing**, che è quella di consentire alle amministrazioni di realizzare opere pubbliche con un modesto impegno finanziario.

9. NEL PROJECT FINANCING GLI INTERESSI PAGATI DALL'AMMINISTRAZIONE AI PRIVATI POSSONO SUPERARE IL LIMITE FISSATO DALLA NORMATIVA ANTI-USURA.

9.1. LA NORMATIVA ANTI-USURA.

L'art. 644 del codice penale, modificato dalla legge anti-usura n. 108/1996, punisce varie forme di usura: usura pecuniaria presunta, usura in concreto, usura reale.

La fattispecie di usura c.d. "in concreto" si configura quando sussistono due requisiti: un rilevante squilibrio, valutato in relazione alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, fra la prestazione erogata dall'agente e la controprestazione promessa o pagata quale corrispettivo dal soggetto passivo; le condizioni di difficoltà economica o finanziaria del soggetto che dà o promette il corrispettivo usurario.

La difficoltà finanziaria richiama una situazione di carenza di liquidità, mentre quello di difficoltà economica è da intendersi in senso più ampio, come una compromissione delle disponibilità patrimoniali di un soggetto nel suo complesso; entrambe le condizioni di difficoltà possono essere anche occasionali e temporanee.

Si ritiene che formula consenta ora di ricomprendere tutte quelle situazioni in cui il soggetto sia gravato da impegni che, pur non condizionandone l'operatività in modo estremo, ne limitino la libertà di agire privandolo di far ricorso ai normali canali di credito, a prescindere dall'uso che il richiedente il prestito intenda farne, compresi, ad esempio, l'acquisto di un bene voluttuario e l'investimento di carattere speculativo.

L'art. 644 punisce, accanto al farsi dare o promettere, sotto qualsiasi forma, "interessi" usurari, anche il farsi dare o promettere "altri vantaggi", cioè una remunerazione d'altro tipo, parimenti dotata del carattere della usurarietà (usura reale).

La Corte di Cassazione (sent. n. 305/2013) ha ribadito il principio secondo il quale, ai fini della normativa sull'usura, nel calcolo devono essere prese in considerazione tutte le spese e le voci di costo relative all'erogazione di una somma di denaro in prestito compresi gli interessi di mora.

Se il finanziatore ha applicato dei tassi d'interesse usurari, si può chiedere la restituzione degli interessi già versati e corrispondere per il futuro la sola quota

capitale. Infatti, l'art. 1815, secondo comma, del codice civile, prevede che: "Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi".

9.2. NATURA DELL'OPERAZIONE IN PROJECT FINANCE ED APPLICABILITÀ DELLA NORMATIVA ANTI-USURA.

La Corte dei Conti, Sezione Regionale del controllo per l'Emilia – Romagna¹⁵, ha stabilito che *"la finanza di progetto non è un contratto, ma una complessa operazione economico-finanziaria, che si realizza mediante diversi contratti collegati e che, secondo la ricostruzione preferibile, costituisce un esempio di collegamento negoziale volontario."*

Il project financing, che nella pratica può avere diverse e complesse manifestazioni, si concretizza in una particolare tecnica di finanziamento a lungo termine, avente ad oggetto un singolo progetto, la cui gestione è idonea a remunerare il capitale investito, in quanto destinata a produrre un cospicuo flusso di cassa nel tempo (il cash-flow).

Al centro dell'operazione è proprio il finanziamento, erogato ad una società appositamente costituita ("project company"), confidando sulla validità del progetto stesso e prescindendo dalla capacità patrimoniale del soggetto finanziato. I finanziatori, infatti, hanno una garanzia reale costituita dal diritto di "step in", cioè di assumere il controllo della gestione del progetto, allorché si verifichino situazioni di crisi nella fase esecutiva. Le relazioni tra i vari soggetti e i rischi connessi all'operazione vengono normalmente disciplinati mediante una pluralità di contratti collegati."

Pertanto, posto che il project finance è una particolare tecnica di finanziamento in cui il capitale finanziato viene remunerato con il canone di disponibilità e con il canone di servizio, si devono necessariamente applicare la normativa anti-usura, il principio fissato dalla Corte di Cassazione (sent. n. 305/2013) e l'art. 1815, secondo comma, del codice civile. Di conseguenza, se tutte le spese e le voci di costo relative all'erogazione del finanziamento, compresi gli interessi di mora, superano il limite fissato dalla legge anti-usura si può chiedere la restituzione degli interessi già versati e corrispondere per il futuro la sola quota capitale.

A conferma di quanto sopra, si sottolinea che secondo la Corte dei Conti quando i rischi inerenti all'esecuzione e la gestione dell'opera sono a carico dell'amministrazione, i canoni pagati dalle aziende ospedaliere ai privati costituiscono un indebitamento in quanto sono assimilabili ad un'"assunzione di mutui". Tale regola è stata chiarita dalla Corte dei conti, Sezione Regionale del controllo per l'Emilia – Romagna, Deliberazione n. 5/2012/PAR:

¹⁵ Vedi pagine 5 e 6 della Deliberazione n. 5/2012/PAR della Corte dei conti, Sezione Regionale del controllo per l'Emilia – Romagna.

“Qualora, invece, i rischi inerenti all'esecuzione e la gestione dell'opera siano a carico dell'amministrazione, la destinazione in via continuativa di una parte delle risorse dell'ente, per pagare i canoni di locazione di un leasing in costruendo, finalizzati all'ottenimento della disponibilità di un'opera pubblica, ha sostanzialmente la natura di indebitamento. Essa, infatti, è assimilabile ad un’“assunzione di mutui”, ottenuta mediante un'operazione finanziaria, posta in essere con un contratto atipico.”

PROJECT FINANCE E REGOLE DI FINANZA PUBBLICA.

Il project finance **può eludere** l'applicazione dei vincoli o limiti che le regole di finanza pubblica pongono all'operato dell'ente locale, tali essendo **il divieto di indebitamento per spesa corrente, il limite della capacità di indebitamento e il rispetto del patto di stabilità esterno e interno.**

10. I LIMITI FISSATI DAL PATTO DI STABILITÀ ESTERNO.

Nel caso in cui l'opera venga realizzata addossando sul soggetto privato i rischi del progetto, l'amministrazione ha la facoltà di non iscrivere il bene realizzato nel suo attivo patrimoniale e conseguentemente di non far sorgere il debito relativo tra le fonti del suo conto del Patrimonio¹⁶. In altre parole la realizzazione di un'opera pubblica in regime di PPP dove i rischi dell'operazione sono in capo al soggetto privato consente la contabilizzazione off-balance del bene realizzato.

Anche i canoni pagati in relazione all'utilizzo di un'infrastruttura non vanno ad incidere sul debito pubblico ove siano considerati erogati in contropartita di servizi specifici messi a disposizione dal soggetto privato.

I criteri per determinare se un'opera debba essere inserita a livello di debito nel bilancio dello stato oppure no sono definiti nel manuale SEC versione 2012 (http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-RA-12-003/EN/KS-RA-12-003-EN.PDF).

10.1. ANALISI DEI RISCHI E DEI BENEFICI PER L'AMMINISTRAZIONE:

Per determinare se un'opera debba essere inserita a livello di debito nel bilancio dello stato oppure no il manuale SEC richiede di eseguire un'analisi di costi e benefici.

*As a result of the methodological approach followed, in national accounts the assets involved in a PPP can be considered as non-government assets **only if there is strong evidence that the partner is bearing most of the risks attached to the asset (directly and linked to its use) of the specific partnership. Therefore the analysis of the allocation of risk between government and the private partner is the core issue.** Here, the notion of risk refers to the impact (in terms of revenue or profit) of evident actions by one party (in terms of construction, maintenance operations, provision of service for which it has*

¹⁶ Cfr. UTFP, PPP per la realizzazione di opere pubbliche: l'impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico, 2011, a cura di Giuliana Bo, Pasquale Marasco, Laura Martinelli e Enrico Menduni de Rossi.

*been given clear responsibility) and/or the result of the behaviour of other economic agents for which the activity is carried out (such as a shift in the demand for the service). Bearing the risk means also to be entitled to take actions in order to avoid them or mitigate their impact.*¹⁷

...

VI.5.3.2 Assessment of the risks borne by each contracting party

General principle

*29. In national accounts, the assets involved in a long-term contract between a government unit and a non-government unit can be considered as non-government assets only if there is strong evidence that the non-government partner is bearing most of the risks attached to the asset all over the contract.*¹⁸

10.2. LE TRE PRINCIPALI CATEGORIE DI RISCHIO PRESENTI IN UN'OPERAZIONE DI PPP:

L'analisi coti/benefici si fa utilizzando prevalentemente (ma non solo) tre categorie di rischio¹⁹:

- 32. *For the purpose of classifying PPPs in national accounts, in order to simplify the analysis, three main categories of risks have been selected:*
- 33. *"Construction risk" covers events related to the state of the involved asset(s) at the commencement of services. In practice it is related to events such as late delivery, non-respect of specified standards, significant additional costs, legal and environmental issues, technical deficiency, and external negative effects (including environmental risk) triggering compensation payments to third parties.*
- 34. *"Availability risk" covers cases where, during the operation of the asset, the responsibility of the partner is called upon, because of insufficient management ("bad performance"), resulting in a volume of services lower than what was contractually agreed, or in services not meeting the quality standards specified in the contract.*
- 35. *"Demand risk" covers the variability of demand (higher or lower than expected when the contract was signed) irrespective of the performance of the private partner. In other services provided by the partner. Instead, it should result from other factors, such as the business cycle, new market trends, a change in final users' preferences or technological obsolescence. This is part of a usual "economic risk" borne by private entities in a market economy.*

Normalmente il criterio del rischio di domanda non dovrebbe applicarsi ai contratti per i quali l'utilizzatore finale non ha libertà di scelta in relazione ai servizi forniti dal privato come nel caso degli ospedali:

- 36. *Normally, the demand risk should not be applicable for contracts where the final user has no free choice as regards the service provided by the partner. This applies of course for equipment such as prisons but it may also be the case for hospitals or schools under certain conditions, and in some cases sportive and cultural infrastructures.*

¹⁷ Pagina 267 del manuale SEC versione 2012.

¹⁸ Pagina 271 del manuale SEC versione 2012.

¹⁹ Pagine 271-272 del manuale SEC versione 2012

37. In addition, some contracts may be designed that government payments are mainly linked to the effective use of the assets (volume indicators), whatever the extent of final user's own initiative and although the volume used may be in fact related to the performance of the private partner. In this case, the demand risk would be in the core of the analysis of risks sharing.

38. Some contracts may combine regular payments related to the availability of the assets and regular payments linked to the use of the assets. In cases where no types of payments is not more than 60%, both availability risk and demand risk must be assessed separately in the analysis and they must be jointly borne by the partner (in addition to the construction risk) in order to classify the asset off government's balance sheet. If the combination shows a predominant part (more than 60%) for one type of payment, the analysis should focus on the corresponding risk but taking also into account any possible impact of the "minor" component and there would be a need to check whether it could not mitigate the reality of the transfer of the predominant risk to the partner.

39. In all cases, the analysis of the risks borne by each party must assess which party is bearing the majority of the risk in each of the categories, under the conditions mentioned above, and taking into account the other contractual features mentioned below.

40. However this assessment does not consider risks that are not closely related to the asset(s) and that can be separated from the main contract, as it is the case where part of the contract might be periodically renegotiated, and where there are performance or penalty payments that do not significantly depend on the condition of the main assets or on service quality.

10.3. APPLICAZIONE E VALUTAZIONE DELLE TRE PRINCIPALI CATEGORIE DI RISCHIO E CRITERI ULTERIORI:

Il manuale SEC ha stabilito che allorquando la parte privata sopporta il rischio di costruzione e almeno uno tra il rischio di disponibilità ed il rischio di domanda, l'amministrazione può classificare l'opera come al di fuori dal proprio patrimonio diretto e quindi contabilizzarla al di fuori del proprio bilancio²⁰.

Premesso che il criterio del rischio della domanda non può applicarsi agli ospedali, si deve concludere che il project finance applicato in ambito sanitario deve rispettare sia il rischio di costruzione sia il rischio di disponibilità.

Tuttavia, oltre ai tre rischi in questione, devono essere verificati ulteriori criteri e se risulta che l'amministrazione si assume la maggior parte del rischio attraverso altri meccanismi (garanzie, finanziamento prevalente, etc.) allora l'opera va contabilizzata a bilancio.

Guidance for contracts relating to purchase by government of services based on the use of dedicated PPP assets

*41. The assets involved in such PPPs are to be recorded in the partner's balance sheet, and therefore recorded "off-balance sheet" for government, **only if both of the following conditions are met:***

²⁰ Pagine 272-273 del manuale SEC versione 2012

- *the private partner bears the construction risk, and*
 - *the private partner bears at least one of either availability or demand risk, as designed in the contract and, in some specific cases mentioned above, both of them.*
42. *Therefore, if the construction risk is borne by government, or if the private partner bears only the construction risk and no other risks, the assets are recorded in the government's balance sheet.*
43. *A key criterion is the possibility for government to apply penalties in cases where the partner is defaulting on its service obligations. Application of the penalties should be automatic (i.e. clearly stated in the contract) and should also have a significant effect on the partner's revenue/profit and, therefore, must not be purely symbolic. Should the asset not be available for a significant period of time, the government payments for that period would be expected to fall to zero. As a corollary, if the partner is in a position to provide services, according to conditions specified in the contract, at lower costs than expected, it should be entitled to keep all or most of the subsequent profit.*
44. *Furthermore, any other mechanisms by which government re-assumes the majority of risks of the project (e.g. termination, majority financing or guarantees - see below VI.5.3.4 to VI.5.3.6) would determine on which balance sheet the asset is to be recorded, independently of the analysis of the risks above mentioned. In other words, the assets could be classified as government assets if one of the provisions below related to guarantees, financing or early termination is not strictly met.*

Criteri ulteriori:

I criteri ulteriori da prendere in esame sono: la risoluzione del contratto e la modifica del tipo di contratto (VI.5.3.4), il finanziamento pubblico (VI.5.3.5) e le garanzie pubbliche (VI.5.3.6).

Con la nuova versione del Manuale SEC (2012) tali criteri ulteriori sono ora considerati come criteri a tutti gli effetti da utilizzare quali elementi aggiuntivi ed integrativi ai fini della valutazione dell'allocazione dei rischi di progetto (come previsto al § 44 del (VI.5.3.2).

Infine, il manuale SEC ha stabilito che un criterio interpretativo è costituito dalle clausole relative alla proprietà dell'opera alla fine del contratto.

11. I LIMITI FISSATI DAL PATTO DI STABILITÀ INTERNO.

Misure di contenimento del debito.

L'art. 8 della legge n. 183/11, ha modificato l'art. 204 del d. lgs. n. 267/00 disponendo che l'ente locale può assumere nuovi mutui e accedere ad altre forme di finanziamento reperibili sul mercato solo se l'importo annuale dei correlati interessi, sommati agli oneri già in essere, non superi l'8% per l'anno 2012, il 6% per il 2013 e il 4% a partire dal 2014, del totale relativo ai primi tre

titoli delle entrate del rendiconto del penultimo anno precedente quello in cui viene prevista l'assunzione dei mutui. Questo comporta la riduzione rispetto a quanto già programmato negli anni precedenti dei limiti fissati per il ricorso ai mutui e ad altre forme di indebitamento da parte degli enti locali.

Obbligo di accertamento a carico del funzionario.

Per quanto riguarda la gestione della spesa, l'art. 9, comma 1, lett. a) della legge 3 agosto 2009, n. 102 dispone che il funzionario che adotta provvedimenti che comportano impegni di spesa ha l'obbligo di accettare preventivamente che il programma dei conseguenti pagamenti sia compatibile con i relativi stanziamenti di bilancio e con le regole di finanza pubblica. Pertanto, oltre a verificare le condizioni di copertura finanziaria prevista dall'art. 151 del d. lgs. n. 267/00 (t.u.e.l.), come richiamato anche nell'art. 183 dello stesso t.u.e.l., il predetto funzionario deve verificare anche la compatibilità della propria attività di pagamento con i limiti previsti dal patto di stabilità interno e verificarne la coerenza rispetto al prospetto obbligatorio allegato al bilancio di previsione previsto dal citato art. 31, comma 18, legge n. 183/11.

La violazione dell'obbligo di accertamento in questione comporta responsabilità disciplinare ed amministrativa a carico del funzionario.

Misure antielusive delle regole del patto di stabilità interno.

A partire dal 2011, con il D.L. n. 98/2011, sono state introdotte **nuove misure 'antielusive' delle regole del patto di stabilità interno**, poi confermate per gli anni successivi, finalizzate a scoraggiare l'adozione di mezzi elusivi per addivenire ad un rispetto solo formale del patto.

Secondo quanto evidenziato dalla Corte dei Conti nel Rapporto 2012 sul coordinamento della finanza pubblica, tra le pratiche elusive del patto di stabilità interno rivestono maggiore incidenza, in termini quantitativi, nell'esperienza delle Sezioni regionali di controllo, operazioni contabili che si sostanziano nell'utilizzo improprio dei servizi per conto terzi (c.d. partite di giro). Essendo, infatti, poste, queste, che non rilevano ai fini del calcolo dei saldi del patto di stabilità interno, la non corretta imputazione contabile delle entrate e delle spese alle partite di giro è suscettibile di determinare effetti distorsivi sul patto²¹.

Tra le condotte elusive assumono peraltro particolare rilievo alcuni istituti o prassi che, pur ammessi nel quadro normativo vigente, **possono assumere carattere distorsivo sul patto di stabilità** ove distolti dal fine proprio: è il caso delle esternalizzazioni con finalità elusive, **dell'utilizzo improprio** di alcuni strumenti contrattuali, quali il leasing immobiliare, **il project financing**, il sale and

²¹

<http://www.camera.it/leg17/1050?appro=809&Disciplina+del+patto+di+stabilit%C3%A0+interno+per+gli+enti+locali+per+l'anno+2013#paragrafo3707>

lease back, l'accordo del debito. Ma rilevano, soprattutto, prassi che, per un verso, contravvengono al principio di integrità e universalità del bilancio, come nel caso del rinvio a successivi esercizi di pagamenti eccedenti i limiti previsti dal patto con conseguente formazione di debiti fuori bilancio, e che per altro verso contraddicono il principio di veridicità del bilancio, come nel caso della sovrastima delle entrate accertate per effetto di una non corretta valutazione dei presupposti per l'accertamento.

In tali casi, le norme introdotte dall'articolo 20, commi 10 e 12, del D.L. n. 98 e confermate dalla legge di stabilità 2012 (articolo 31, commi 30 e 31) dispongono:
a) la nullità dei contratti di servizio e degli altri atti posti in essere dalle regioni e dagli enti locali che si configurano **elusivi delle regole del patto di stabilità interno**.

Si ricorda, al riguardo, che la normativa previgente del patto (articolo 1, comma 119, della legge n. 220/2010) già recava il divieto di stipulare contratti di servizio che si configurassero come elusivi della disposizione/sanzione che vieta nuove assunzioni agli enti locali ed alle regioni che risultino inadempienti al patto.

b) sanzioni pecuniarie per i responsabili di atti elusivi delle regole del patto.

In particolare, il comma assegna alle Sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei Conti - qualora accertino che il rispetto del patto di stabilità interno è stato artificiosamente conseguito mediante una non corretta imputazione delle entrate o delle uscite ai pertinenti capitoli di bilancio o altre forme elusive - il compito di irrogare le seguenti sanzioni pecuniarie:

- fino a 10 volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione dell'elusione, per gli amministratori che hanno posto in essere atti elusivi;
- fino a 3 mensilità del trattamento retributivo, al netto degli oneri fiscali e previdenziali, per il responsabile del servizio economico-finanziario.

12. IL CHIARIMENTO DELLA CORTE DEI CONTI

In materia di project finance la Corte dei conti, Sezione Regionale del controllo per l'Emilia – Romagna, Deliberazione n. 5/2012/PAR ha chiarito che:

*"Occorre altresì verificare se, dall'operazione in esame, possa derivare indebitamento per la pubblica amministrazione. L'accertamento deve essere effettuato sulla base dei criteri contenuti nelle **decisioni Eurostat**, in particolare tenendo conto del principio per cui la spesa inherente alla costruzione di opere pubbliche non grava sul bilancio dell'ente, a condizione che il rischio ricada sul soggetto realizzatore, in tal modo permettendo la riconducibilità della fattispecie al partenariato pubblico-privato. Qualora, invece, i rischi inerenti all'esecuzione e la gestione dell'opera siano a carico dell'amministrazione, la destinazione in via continuativa di una parte delle risorse dell'ente, per pagare i canoni di locazione di un leasing in costruendo, finalizzati all'ottenimento della disponibilità di un'opera pubblica, ha sostanzialmente la natura di indebitamento. Essa, infatti, è assimilabile ad un'"assunzione di mutui", ottenuta mediante un'operazione finanziaria, posta in essere con un contratto atipico. Pertanto, un'operazione con*

tali caratteristiche non può essere utilizzata per eludere vincoli o limiti che le regole di finanza pubblica pongono all'operato dell'ente locale, tali essendo il divieto di indebitamento per spesa corrente, il limite della capacità di indebitamento e il rispetto del patto di stabilità.”

I DOVERI E LE RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI.

13. I DOVERI E LE RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI PUBBLICI.

Di seguito si indica una panoramica (non esaustiva) dei doveri degli amministratori pubblici e delle conseguenti potenziali responsabilità in caso di violazione di tali doveri. Lo scopo è quello di ricordare a tutti il diritto-dovere di intervenire per rimediare scelte amministrative che possono causare danni alla P.A..

Per semplicità si utilizzerà il termine “funzionari” per identificare gli Amministratori (eletti o nominati), i funzionari in senso proprio, i dirigenti e in generale i dipendenti degli enti pubblici.

13.1. PREMESSA.

Nei casi sopra indicati, la scelta di finanziare la costruzione dell’ospedale unico e la gestione dei servizi connessi attraverso lo strumento del project financing viola i principi fondamentali dell’azione amministrativa: tutela dell’interesse pubblico; perseguimento del buon andamento dell’amministrazione; logica ed imparzialità; efficacia ed economicità, che includono un ragionevole rapporto tra costi e benefici e la proporzione tra i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti.

Nei casi sopra indicati, di tale violazione sono responsabili tutti quei funzionari che hanno materialmente adottato decisioni illegittime e quei funzionari che, pur non avendo partecipato all’adozione di tali decisioni illegittime, hanno omesso di vigilare e controllare e/o non hanno compiuto quanto in loro poter per limitare, impedire o porre rimedio ai danni causati da tali decisioni.

13.2. RESPONSABILITÀ DEI FUNZIONARI PER VIOLAZIONE DI LEGGE

Riassumendo, e senza pretesa di completezza, l’esperienza dimostra che il project financing si presta ad un utilizzo **distorto, elusivo e contrario alla legge**. In particolare si ricorda che:

- L’art. 128 del codice dei contratti pubblici prescrive che “*le amministrazioni aggiudicatrici individuano con priorità i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica*”, in tal modo escludendo le opere fredde²².

²² Vedi pagina 8 della Deliberazione n. 5/2012/PAR della Corte dei conti, Sezione Regionale del controllo per l’Emilia – Romagna.

- La Corte dei conti, Sezione Regionale del controllo per l'Emilia – Romagna, ha stabilito con Deliberazione n. 5/2012/PAR che: “*La finanza di progetto, tuttavia, si presta anche ad un utilizzo distorto. Nel caso in cui, infatti, l'apporto pubblico sia superiore alla metà del valore dell'opera, i contratti posti in essere non possono più considerarsi riconducibili alla fattispecie tipizzata dal legislatore, finendo per avere il solo nome del project financing, ma natura giuridica del tutto diversa.*
- Il TAR Sardegna con la sentenza n. 213 del 10 marzo 2011 ha annullato il bando di gara indetto dalla ASL 3 di Nuoro (per la concessione di lavori pubblici relativi alla ristrutturazione e completamento dei presidi ospedalieri San Francesco e C. Zonchello di Nuoro, San Camillo di Sorgono e dei presidi sanitari distrettuali di Macomer e Siniscola) per mancanza del trasferimento dall'ente pubblico al concessionario del rischio legato alla gestione dell'opera (nullità per la illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 del codice civile, Contratto in frode alla legge).
- Il project finance, costituendo una particolare tecnica di finanziamento in cui il capitale finanziato viene remunerato con il canone di disponibilità e con il canone di servizio, deve rispettare la normativa anti-usura, il principio fissato dalla Corte di Cassazione (sent. n. 305/2013) e l'art. 1815, secondo comma, del codice civile. Di conseguenza, se tutte le spese e le voci di costo relative all'erogazione del finanziamento, compresi gli interessi di mora, superano il limite fissato dalla normativa anti-usura l'operazione è penalmente rilevante e si può chiedere la restituzione degli interessi già versati e corrispondere per il futuro la sola quota capitale.
- Il project finance in ambito sanitario può eludere l'applicazione dei vincoli o limiti che le regole di finanza pubblica pongono all'operato dell'ente locale, tali essendo il divieto di indebitamento per spesa corrente, il limite della capacità di indebitamento e il rispetto del patto di stabilità (D.L. n. 98/2011 e Rapporto 2012 della Corte dei Conti sul coordinamento della finanza pubblica). Se tali vincoli o limiti vengono violati il contratto di concessione potrebbe essere dichiarato nullo per la illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 (Contratto in frode alla legge) del codice civile.
- L'esperienza inglese in materia di project finance dimostra i disastrosi effetti, sociali ed economici, che lo stesso può avere sulla sanità.
- L'esperienza italiana conferma l'esperienza inglese. A titolo di esempio si ricorda quanto dichiarato dalla Corte dei Conti della Regione Veneto²³:

²³ Si veda la Relazione annuale ex art. 3, legge 14 gennaio 1994, n. 20, Referto sulla gestione finanziaria della Regione Veneto per la verifica dell'attuazione delle leggi regionali di principio e di programma (Parte generale, indagine sull'assistenza sanitaria nel Veneto) Esercizio 2009.

"Ulteriore motivo di preoccupazione è rappresentato dall'esplosione dei costi nel conto "altri oneri finanziari" (17,6 mln, +67,6% rispetto al 2008, +1855,6% nel triennio), sostanzialmente riconducibili a canoni e accessori per la gestione in regime di Project Financing dell'ospedale All'Angelo di Mestre, direttamente gestito dall'azienda sanitaria n. 12 Veneziana (17,1 mln circa). Costi destinati a pesare sugli equilibri finanziari della sanità veneta, anche in considerazione della prossima entrata in funzione di nuove strutture ospedaliere costruite mediante operazioni di finanziamento a progetto..."... "Ciò induce a ritenere necessario un approfondimento specifico anche per l'individuazione di provvedimenti tendenti ad alleggerire i costi derivanti dalle suddette procedure di project financing."

Nei casi sopra indicati i funzionari sono responsabili per i danni causati alla P.A.. Infatti:

- a) I principi fondamentali dell'azione amministrativa (tutela dell'interesse pubblico; perseguimento del buon andamento dell'amministrazione; efficacia ed economicità, che includono un ragionevole rapporto tra costi e benefici e la proporzione tra i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti) e i doveri di competenza, diligenza e prudenza sono violati da quei funzionari che decidono di utilizzare il project financing in ambito sanitario (o formulano il proprio parere tecnico favorevole a tale scopo) pur esistendo evidenze pubbliche della sua anti-economicità in quanto genera una spesa pubblica che è totalmente sproporzionata rispetto al costo della struttura ospedaliera e al valore dei servizi forniti (cd danno da disservizio).
- b) I funzionari hanno l'obbligo di vigilare sull'operato di altri funzionari e devono compiere quanto in loro poter per limitare, impedire o porre rimedio ai danni che il project finance può causare alla P.A.. Il dovere di vigilanza si accentua in modo significativo nell'ipotesi di utilizzo di personale per lo svolgimento di compiti o mansioni non coerenti con la propria esperienza e qualificazione professionale. Il dovere di vigilanza si accentua in modo significativo quando gli amministratori, i funzionari, i dirigenti i dipendenti degli enti coinvolti non hanno adeguata competenza o esperienza in materia di project financing. Soprattutto nel settore sanitario. Inoltre, il dovere di vigilanza si accentua in modo significativo nell'ipotesi in cui i soggetti tecnici (dirigenti, dipendenti o consulenti esterni) producono elaborati o pareri incompleti e/o illogici.
- c) Al di fuori delle ipotesi concernenti decisioni contrarie alle norme di legge oppure palesemente illogiche ed irragionevoli (che costituiscono casi di palese violazione dei propri doveri), il funzionario viola i propri doveri anche quando omette di adottare quelle cautele procedurali, quelle

verifiche o quelle informazioni preventive normalmente richieste prima di procedere a quel tipo di scelta: in definitiva il giudizio sulla diligenza può investire il modo in cui sono compiute²⁴.

Posto che l'esperienza consolidata dimostra che i rischi di danno alla P.A. conseguenti all'utilizzo del project finance in ambito sanitario sono elevatissimi, i funzionari devono adottare ed acquisire quelle cautele procedurali, quelle verifiche o quelle informazioni che possano escludere il rischio per l'amministrazione di adottare o approvare atti che siano nulli per contrarietà o per frode alla legge oppure elusivi delle norme e dei principi che disciplinano la concessione di lavori pubblici e il project financing.

13.3. CASI IN CUI NON SI APPLICA IL LIMITE DELLA INSINDACABILITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA.

Agli atti compiuti dai funzionari non si applica il limite della insindacabilità dell'azione amministrativa quando le loro scelte sono contrarie alla legge e gravemente illogiche, arbitrarie, irrazionali e contraddittorie²⁵.

La giurisprudenza della Corte dei Conti infatti stabilisce che il limite della insindacabilità non può essere invocato dal responsabile del danno quando le scelte discrezionali siano contrarie alla legge o si rivelino gravemente illogiche, arbitrarie, irrazionali o contraddittorie, atteso che la predetta insindacabilità concerne la valutazione delle scelte tra più comportamenti legittimi attuati per il soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito e non ricomprende, al contrario, le scelte funzionalmente deviate rispetto al superiore e fondamentale principio del buon andamento.

Inoltre il Giudice amministrativo ravvisa la possibilità di sindacare le scelte discrezionali ove queste presentino palesi errori di fatto, aspetti di manifesta irrazionalità ovvero evidenti contraddizioni logiche, oltre che nell'ipotesi del contrasto con le norme di legge²⁶.

13.4. CASI IN CUI NON SI APPLICA IL LIMITE DELL'ESIMENTE POLITICA.

²⁴ Ex multis Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza nr. 5718 del 2004.

²⁵ Ex multis I Sezione Giurisdizionale Centrale, Sentenza nr. 346 del 2008, Sezione Giurisdizionale Abruzzo, Sentenza nr. 67 del 2005, Sezione Giurisdizionale Marche, Sentenza nr. 886 del 2004, Sezione Giurisdizionale Veneto, Sentenza nr. 938 del 2004.

²⁶ Ex multis Consiglio di Stato, Sezione IV, Decisione nr. 4409 del 2003, Sezione V, Decisione nr. 345 del 2000.

Agli atti compiuti dai funzionari non si applica il limite dell'esimente politica²⁷ quando l'evidenza dell'erroneità dell'atto sia tale da escludere la buona fede²⁸.

13.5. COLPA GRAVE O DOLO EVENTUALE.

Quando la violazione di legge è palese e quando l'illogicità, l'arbitrarietà, l'irrazionalità e la contraddittorietà sono manifeste, la responsabilità deve essere qualificata come colpa grave.

Inoltre, quando il funzionario prevede che il proprio atto può comportare un evento dannoso per l'amministrazione e ne accetta il rischio, si configura il cd dolo eventuale (o indiretto).

A tale riguardo si sottolinea che i problemi legati al project finance in ambito sanitario sono un fatto di pubblico dominio in quanto documentati, fra l'altro, dalla trasmissione Report di RAI 3 del 02/12/2012 e dagli articoli di svariati quotidiani nazionali ed internazionali.

13.6. RESPONSABILITÀ DEL FUNZIONARIO PER NON AVER IMPEDITO IL DANNO

Il comportamento che dà origine alla responsabilità per danno erariale nei confronti della pubblica amministrazione può essere attivo od omissivo. Per quanto riguarda i comportamenti omissivi da cui scaturisce il danno erariale si applica il criterio previsto dall'articolo 40, comma 2, del Codice Penale, in funzione del quale non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo.

I funzionari ricoprono una doppia posizione di garanzia:

- la posizione di protezione, che impone di preservare il bene protetto da tutti i rischi che possano minacciarne l'integrità, e
- la posizione di controllo, che impone di impedire le attività che causano il danno.

Pertanto i funzionari hanno l'obbligo di compiere quanto in loro potere per rimediare agli atti compiuti da altri che siano contrari alla legge e/o gravemente illogici, irrazionali e contraddittori. In caso di omissione essi saranno responsabili (per dolo o colpa grave) in via concorrente²⁹ con i funzionari che hanno compiuto gli atti.

²⁷ L'articolo 1, comma 1 ter, della Legge nr. 20 del 1994, regola la cosiddetta esimente politica, prevista dal a beneficio degli organi politici che abbiano approvato o fatto eseguire in buona fede atti ricompresi nella competenza degli uffici tecnico amministrativi.

²⁸ Ex multis I Sezione Giurisdizionale Centrale, Sentenza nr. 282 del 2002, Sezione Giurisdizionale Sicilia, Sentenza nr. 1712 del 2005, Sezione Giurisdizionale Lazio, Sentenza nr. 2087 del 2005, Sezione Giurisdizionale Basilicata, Sentenza nr. 143 del 2007.

²⁹ Ex multis Sezione Giurisdizionale Emilia Romagna, Sentenza nr. 998 del 2007. Ex multis Corte di Cassazione nr. 7507 del 2001 e nr. 3812 del 2004, SS.UU. nr. 16503 del 2009.

13.7. IL DANNO DA DISSERVIZIO

Oltre al danno patrimoniale in senso stretto, i funzionari possono essere ritenuti responsabili anche del cd danno da disservizio.

La giurisprudenza della Corte dei Conti³⁰ da tempo ha avuto modo di precisare che i connotati del danno all'erario possono essere rinvenuti anche nei casi di disservizio, sotto il profilo del disservizio da illecito esercizio di pubbliche funzioni, ovvero del disservizio da mancata resa del servizio, ovvero del disservizio da mancata resa della prestazione dovuta, causato da un amministratore, da un dipendente o da un agente pubblico con una condotta dolosa o gravemente colposa produttiva di effetti negativi sull'esercizio della pubblica funzione o sulla gestione di un pubblico servizio, consistendo siffatto pregiudizio, **in presenza di strutture pubbliche con investimenti e costi di gestione giustificati dalle attese di utilità dei previsti corrispondenti benefici da parte dei cittadini, nel mancato raggiungimento delle utilità che erano state preventivate nella misura e qualità ordinariamente ritraibile dalla quantità delle risorse, umane, strumentali e finanziarie, investite dall'Amministrazione, e perciò nei maggiori costi dovuti a spreco di denaro pubblico o nella mancata utilità ritraibile dalle somme spese.**

Ad esempio, ricorre la responsabilità amministrativa dei membri di un consiglio comunale che abbiano deliberato l'acquisto di autoveicoli per il servizio di trasporto di soggetti portatori di handicap, **senza aver preventivamente esaminato la fattibilità del servizio stesso e, quindi, senza aver accertato la concreta utilità della spesa**³¹.

Il danno da disservizio, sintetizzando i concetti espressi in precedenza, è identificato, quindi, dai maggiori costi generali sopportati dall'amministrazione pubblica in conseguenza del **mancato conseguimento della legalità, dell'efficienza, dell'efficacia, dell'economicità e della produttività dell'azione amministrativa**, tenuto conto che tali canoni di buona gestione sono stati elevati, dalla legislazione intervenuta **a partire dalla Legge nr. 241 del 1990, a criteri fondamentali** cui deve uniformarsi l'attività pubblica, soggetta all'immanente vincolo di scopo rappresentato dalla **tutela dell'interesse generale, in aderenza al principio del buon andamento fissato dall'articolo 97 della Costituzione**.

Il danno da disservizio non può essere limitato a fattispecie tipizzate, in quanto, è

³⁰ Ex multis Sezione Giurisdizionale Umbria, Sentenze nr. 371 del 2004 e nr. 346 del 2005, Sezione Giurisdizionale Piemonte, Sentenza nr. 138 del 2006, Sezione Giurisdizionale Puglia, Sentenza nr. 661 del 2008.

³¹ Corte Conti, sez. giurisd. Regione Sicilia, 17 gennaio 1995, n. 49.

idoneo a recepire tutte le possibili tipologie d'illecito doloso o colposo attinenti ai vari settori della Pubblica amministrazione che comportano una minore produttività delle risorse umane, economiche e finanziarie dell'apparato pubblico così da procurare un danno aggiuntivo per non aver raggiunto, nei tempi dovuti, le utilità conseguibili in via ordinaria con un vero e proprio spreco di risorse³².

³² Corte Conti, sez. giurisd. Regione Trentino Alto Adige, 14 dicembre 2006, n. 130. Vedi il testo "Enti locali e P.A., Diritto e processo del lavoro, Le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici, Maurizio De Paolis, IPSOA, 2013.