

Quaderni CESIFIN
nuova serie

FINANZA DI PROGETTO

a cura di

GIUSEPPE MORBIDELLI



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VALUTAZIONE E PREDISPOSIZIONE DEL PIANO ECONOMICO FINANZIARIO: L'ASSEVERAZIONE BANCARIA E LE RESPONSABILITÀ CONNESSE ALL'ASSEVERAZIONE

Francesco Caputo Nassetti *

Introduzione

Il presente appunto si propone di illustrare i profili dell'attività di asseverazione da parte delle banche prevista nell'ambito dell'art. 37 *bis* della legge n. 415/1998 (c.d. *Merloni Ter*), normativa che, come noto, intende promuovere, mediante la tecnica del *project financing*, la partecipazione del capitale privato alla realizzazione delle infrastrutture pubbliche.

Il *project financing* (altresi definibile "finanza di progetto") è una tecnica di finanziamento che ha visto la propria originaria applicazione nelle prassi dei paesi di *common law* e che via via ha trovato ampi consensi anche in altri ordinamenti di *civil law*. In Italia, con l'emanazione della *Merloni Ter*, fa ingresso nel nostro ordinamento la disciplina del *project financing* nel settore degli appalti pubblici, ponendo le basi di ciò che può già considerarsi "l'ordinamento della finanza di progetto".

Rilevanti ostacoli all'applicazione del *project financing* negli appalti pubblici sono stati, tuttavia, posti dai numerosi dubbi sorti in merito ad alcuni aspetti dell'attività di asseverazione che il legislatore ha assegnato alle banche.

In via generale, può anticiparsi che, l'asseverazione è una dichiarazione di scienza che ha lo scopo di attestare all'Amministrazione (sulla base delle ipotesi di dati proposti dai promotori):

- la coerenza e l'equilibrio del piano economico e finanziario;

* *Avvocato, Direttore Generale Deutsche Bank Italia.*

- la capacità del progetto di generare adeguati flussi tali da garantire il rimborso del servizio del debito e la remunerazione del capitale di rischio;
- la possibilità di realizzare l'opera pubblica con il ricorso al capitale privato.

Le perplessità degli operatori sono immediatamente sorte con riferimento (1) alla funzione dell'asseverazione, (2) alla natura giuridica o dell'attività posta a carico delle banche, (3) al contenuto dell'asseverazione, (4) all'esistenza o meno di un obbligo della banca asseverante a finanziare successivamente l'opera.

Il dibattito seguito ha registrato interventi diretti dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, dell'ABI (Associazione Bancaria Italiana), delle principali banche e di operatori economici qualificati.

1. Funzione dell'asseverazione

L'ABI, al riguardo, ha inizialmente sostenuto che il ruolo degli istituti di credito asseveranti dovesse essere di *mera verifica* circa la coerenza interna degli elementi autonomamente forniti dalla società promotrice, assumendo come dati i livelli di ricavi previsti dal promotore ed attestando esclusivamente la credibilità dell'iniziativa e, quindi, la sostenibilità dei costi e del rimborso dei finanziamenti. L'asseverazione, pertanto, *non avrebbe dovuto implicare da parte della banca valutazioni approfondite del mercato* interessato dall'iniziativa imprenditoriale, *sia dal lato della domanda offerta che della struttura dei prezzi e delle tariffe praticabili* (anche perché, in tal modo, si sarebbero duplicati gli studi già compiuti dal promotore).

L'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici con l'Atto di regolazione n. 34 del 18 luglio 2000, al contrario, rappresentava che l'intento del legislatore era quello di attribuire in capo alle banche un ruolo che non fosse di mero controllo formale del business-plan elaborato dal promotore, bensì di *analisi critica ed analitica* del progetto giungendo così a richiedere alle banche, in luogo dell'Amministrazione preposta, *una valutazione di credibilità e verosimiglianza* degli stessi dati introdotti dal promotore nel proprio piano economico e finanziario. La banca, sosteneva l'Autorità, avrebbe, quindi, dovuto attestare *non solo la correttezza della compilazione del piano economico e finanziario e la congruità delle relative poste economiche e finanziarie utilizzate per la sua elaborazione* ma anche valutare gli aspetti legati alla *fattibilità dell'intervento, alla sua remuneratività e alla capacità di generare flussi di cassa positivi*. In altri termini, si trattava di assicurare, da

parte della banca asseverante, la "bancabilità" dell'iniziativa ovvero la sua proponibilità alla comunità dei finanziatori.

A seguito delle numerose osservazioni pervenute sul punto all'Autorità dall'ABI e alle prese di posizione delle principali banche che di fatto determinavano una stasi nell'applicazione della nuova normativa, con Atto di regolazione 5 luglio 2001, l'Autorità e i convenuti (Unità Tecnica Finanza di Progetto, ABI, Ministero del Tesoro, Associazione Nazionale Costruttori Edili e Associazione Imprese Generali) in sede di audizione ministeriale convenivano che l'atto di asseverazione, da una parte, non poteva sostanzarsi in una mera verifica di massima sulla sostenibilità della proposta e, dall'altra, doveva attestare la correttezza del piano economico finanziario e la congruità delle poste utilizzate per la sua elaborazione. Con nota del 15 novembre 2001 l'Autorità ha, poi, ulteriormente chiarito che la verifica della congruità dei costi, che deve essere svolta dalla banca, riguarda la struttura finanziaria dell'opera nonché i costi ed i ricavi, da valutarsi, in ogni caso, sulla base di dati forniti dall'impresa, che devono considerarsi come veritieri e non suscettibili di riesame da parte della banca asseverante, in quanto afferenti a scelte industriali del promotore.

2. Natura giuridica e responsabilità dell'istituto asseverante nei confronti della pubblica amministrazione

Con l'Atto di regolazione del 18 luglio 2000, l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici attribuiva alla banca asseverante una *responsabilità "pubblicistica"* nello svolgimento dell'attività di asseverazione, in quanto l'accertamento svolto avrebbe sostituito gli accertamenti della Pubblica Amministrazione.

Il sistema bancario, al contrario, richiedeva che in capo alla Pubblica Amministrazione fosse mantenuto l'obbligo di verificare in via indipendente la proposta di progetto del promotore, in quanto la banca, nel rilasciare l'asseverazione, ricopriva esclusivamente un ruolo di consulente del promotore. L'Autorità, a seguito dei numerosi inviti pervenuti dal sistema bancario di rivedere la propria posizione sul punto, constatando altresì che le banche stesse non rilasciavano atti di asseverazione, con l'Atto di regolazione del 5 luglio 2001, n. 14 ha precisato, da una parte, che *l'asseverazione non presenta "natura pubblicistica" bensì "privatistica"*, e, dall'altro, che *l'asseverazione non sostituisce, in alcun modo, le valutazioni di competenza della Pubblica Amministrazione che quest'ultima è chiamata a svolgere autonomamente sotto tutti i profili.*

Viene, quindi, chiarita l'attività di *asseverazione non determina un rapporto diretto tra banca asseverante e Pubblica Amministrazione*, che utilizzerà, in vista di una propria e successiva autonoma valutazione, le risultanze di un'attività di diritto privato posta in essere dalle banche nei riguardi del promotore senza rivalutare il contenuto dell'asseverazione.

Va, invece, riconosciuta, la rilevanza pubblicistica dell'asseverazione solo in relazione all'importanza e all'utilità che l'attività dell'istituto di credito riveste per il successivo operato della Pubblica Amministrazione, senza con ciò attribuire alla banca asseverante una posizione giuridica di diritto pubblico verso la Pubblica Amministrazione. Conseguentemente, l'Atto di regolazione del 5 luglio 2001, n. 14 ha espressamente chiarito che, non determinando l'asseverazione un rapporto diretto tra Pubblica Amministrazione e banca asseverante, *la responsabilità di quest'ultima non potrà essere che esclusivamente extracontrattuale* (ovviamente in presenza dei relativi presupposti).

A conferma del principio enunciato con l'Atto di regolazione n. 14/2001, l'Autorità con nota del 15 novembre 2001 ribadisce che l'attività di asseverazione compiuta dalla banca ha un *carattere di "conferma ovvero supporto" alla Pubblica Amministrazione* nello svolgimento delle proprie autonome verifiche.

3. Contenuto

Con Atto di regolazione del 18 luglio 2000, n. 34 l'Autorità di Vigilanza, tenendo conto solo in parte di quanto rappresentato dall'ABI, individuò una serie di verifiche che le banche avrebbero dovuto effettuare. A seguito di ulteriori considerazioni fatte pervenire dal sistema bancario circa le analisi tecniche, economiche e finanziarie che le banche erano in grado di svolgere con l'Atto di regolazione n. 14 del 5 luglio 2001 l'Autorità ha provveduto a ridefinire il contenuto dell'asseverazione, sottolineando che l'elenco *non ha natura esaustiva e vincolante* ma può variare in relazione alla complessità della proposta e al giudizio dell'istituto di credito a condizione che, in concreto, il contenuto dell'asseverazione sia sufficiente all'Amministrazione per individuare gli elementi da porre a base della gara.

Pertanto, gli elementi che devono formare oggetto dell'asseverazione da parte delle banche sono:

- prezzo che il promotore intende chiedere all'Amministrazione aggiudicatrice;

- prezzo che il promotore intende corrispondere all'Amministrazione per la costituzione o il trasferimento dei diritti;
- *canone* che il promotore intende corrispondere all'Amministrazione;
- *tempo massimo* previsto per l'esecuzione dei lavori e per l'avvio della gestione;
- *durata prevista della concessione*;
- *struttura finanziaria dell'operazione* (elemento riassuntivo rilevante);
- *costi/ricavi* e conseguenti flussi di cassa generati dal progetto.

In relazione all'ultimo dei citati elementi l'Autorità ha sottolineato la necessità che le banche compiano *un'analisi sulla congruità delle tariffe* in quanto rappresentanti un dato imprescindibile per definire i ricenti finanziari dell'operazione.

Quindi, rispetto alla precedente determinazione dell'Autorità n. 34/2000 alle banche *non è richiesto di asseverare*:

- la percentuale dei lavori da appaltare obbligatoriamente a terzi;
- il livello minimo della qualità di gestione del servizio con le relative modalità, in quanto valutazioni che, in linea di principio, possono essere oggetto di una distinta attività di consulenza da svolgere direttamente a favore della Pubblica Amministrazione.

Infine, la banca potrà riferirsi alla veridicità e congruità dei dati forniti dall'impresa soltanto se questi non siano oggetto di possibile riesame, costituendo essi profili di scelta industriale propri dell'impresa stessa.

In relazione ai dubbi che erano sorti in merito alla facoltà dell'Amministrazione di chiedere integrazioni dell'asseverazione, l'Autorità con la nota del 15 novembre 2001 ha precisato che, essendo l'atto di asseverazione un atto che inerte il rapporto tra banca e promotore, la richiesta alla banca di integrazioni deve provenire dal promotore in quanto si esclude che l'asseverazione determini un rapporto tra Amministrazione e istituto di credito.

4. Obbligo della banca a finanziare il progetto

Un'altra rilevante questione esaminata dall'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici concerne l'esistenza o meno dell'obbligo per le banche che abbiano rilasciato l'asseverazione a concedere successivamente il finanziamento a favore del promotore/società progetto.

Sul punto l'ABI ha, da subito, sostenuto che l'attività di asseverazione dei piani economici e finanziari non potesse consistere nella disponibilità a

finanziare un progetto, perché la banca, può esprimersi, con una certa attendibilità, in merito al finanziamento di un progetto con la tecnica del *project financing* solamente in presenza di un progetto definitivo (ed a conclusione, tra l'altro, di una complessa attività di verifiche tecniche, economico finanziarie e legali). L'asseverazione richiesta alle banche ha, invece, ad oggetto un progetto preliminare che, come tale, è suscettibile di variazioni rilevanti (ad es. costi di costruzione, costi di gestione, fabbisogno finanziario complessivo).

Prima con Atto di regolazione n. 34/2000 e, poi, con lettera del 15 novembre 2001, l'Autorità ha convenuto che l'asseverazione non comporta obbligo di successivo finanziamento a favore del promotore (e non esime l'eventuale finanziatore dell'iniziativa, se diverso dall'asseverante, pur in presenza di una asseverazione rilasciata da un istituto di credito, dal porre in essere ogni attività istruttoria da esso ritenuta indispensabile per concedere il finanziamento).

Quindi, non potendo l'asseverazione comportare legittime "aspettative" da parte del promotore in ordine al finanziamento del progetto *non appaiono ravvisabili gli estremi di una responsabilità precontrattuale* dell'istituto asseverante verso il promotore.

5. Assenza dell'asseverazione

Circa l'eventuale assenza od incompletezza dell'asseverazione, l'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, con Atto di regolazione n. 34/2000, ha precisato *"che il mancato od incompleto asseveramento comporta la conseguente inammissibilità della proposta, poiché viene a mancare una parte fondamentale della stessa, esplicitamente prevista dal legislatore. Ciò in quanto la proposta non potrà essere ritenuta di pubblico interesse e, di conseguenza, approvata se la stessa non risulta completa in ogni sua parte"*.

Appare evidente pertanto che, nell'ipotesi di incompleta o non esaustiva asseverazione, l'Amministrazione, nel corso dell'attività valutativa espletata ex art. 37 *ter* della legge n. 109/1994 e s.m.i., debba richiedere al promotore (che a sua volta chiederà all'istituto di credito asseverante) le opportune integrazioni e/o chiarimenti.

6. Modifica dell'art. 37 bis

Da ultimo va ancora segnalato il particolare contenuto della legge del 1° agosto 2002, n. 166 recante *"Disposizioni in materia di infrastrutture e*

trasporti", con la quale è stato modificato l'art. 37 *bis* della legge n. 109/1994.

Il nuovo testo del citato articolo prevede, infatti, che dopo le parole: "*un piano economico finanziario asseverato da un istituto di credito*" sono state inserite le seguenti: "*o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'art. 106 del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'art. 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966*".