

Quando valorizzare costa poco o nulla (ai contribuenti)

Il project financing nei beni culturali

Di Giacomo Lev Mannheim

Introduzione

La profonda crisi economica che ha colpito l'Europa ha portato definitivamente alla luce l'insostenibilità della finanza pubblica nella sua veste tradizionale e, di conseguenza, alla necessità di fare ricorso a forme innovative di finanziamento delle opere e dei servizi "pubblici", che li rendano proficui economicamente e incentivino, in questo modo, il coinvolgimento dei privati nella loro creazione, implementazione e gestione.

Le esternalità positive dei fenomeni di collaborazione tra settore pubblico e privato sono sotto gli occhi di tutti: oltre al contenimento degli oneri economici in capo alle pubbliche amministrazioni, infatti, tali meccanismi contribuiscono all'arricchimento del *know-how* pubblico attraverso il continuo confronto con quello privato, acquisito nel tempo e solidificato dal contesto concorrenziale in cui è maturato. Il beneficio complessivo generato si riverbera sull'utenza finale, cioè sulla collettività, potendo comportare, nel lungo termine, un potenziale alleggerimento globale del carico fiscale e un abbassamento dei costi dei servizi erogati, grazie al vaglio delle gare pubbliche.

I problemi tuttavia, come noto, non mancano. Restando nel campo di quelli "fisiologici", uno degli aspetti più delicati nei tradizionali contratti di collaborazione tra settore pubblico e imprese è che gli interessi in gioco e gli obiettivi da perseguire sono spesso contrastanti. Lo scopo di lucro, l'autonomia gestionale e l'abbassamento dei costi sono caratteristiche e obiettivi che possono stridere (e spesso stridono), non appena debbano essere oggetto di un vaglio di compatibilità con gli obblighi di trasparenza, i controlli o l'obbligo di servizio universale imposti alle amministrazioni pubbliche. Per quanto riguarda i difetti "patologici", chiunque legga un giornale di tanto in tanto, purtroppo, ne potrebbe citare decine.

Le forme di collaborazione tra pubblico e privato, tuttavia, in ottemperanza ad una sorta di istinto di sopravvivenza dei servizi e delle opere "pubbliche", stanno mutando radicalmente. Il capostipite e modello contrattuale per eccellenza tra gli istituti di collaborazione fra pubblico e privato che hanno stravolto e superato la storica dicotomia appalto/concessione è la finanza di progetto (o *project financing*). Nata nel Regno Unito come "tecnica finanziaria innovativa volta a rendere possibile il finanziamento di iniziative economiche sulla base della valenza tecnico-economica del progetto stesso piuttosto che sulla capacità autonoma di indebitamento dei soggetti

KEY FINDINGS

- La crisi della tradizionale finanza pubblica ha determinato l'esigenza improrogabile di trovare nuove forme di finanziamento di opere e servizi pubblici, tra cui rientra a pieno titolo il project financing.
- Storicamente, l'intervento dei privati nella gestione e valorizzazione del patrimonio culturale è stato sempre visto con sospetto dal decisore pubblico, ma da qualche anno anche nel settore dei beni culturali sta emergendo la necessità di favorire investimenti e forme di management innovative.
- Nonostante le difficoltà operative, i casi di project financing nei beni culturali sperimentati in Italia negli ultimi anni hanno registrato un discreto successo, rendendo evidente che sia quanto mai opportuno rimuovere barriere e ostacoli per sfruttare al massimo le potenzialità di simili strumenti applicati al patrimonio culturale.

Giacomo Lev Mannheim è Fellow dell'Istituto Bruno Leoni

promotori dell'iniziativa”,¹ e inizialmente denominata Private Finance Initiative, la finanza di progetto è uno strumento nato per facilitare la costruzione di grandi infrastrutture, potenzialmente senza intaccare le risorse pubbliche.

Negli ultimi decenni, tuttavia, soprattutto in alcuni ordinamenti (quello britannico, su tutti) il *project financing* ha trovato applicazione in campi del tutto eterogenei e impensabili fino a pochi anni prima. E fra questi vi è quello dei beni culturali.

Nel descrivere brevemente perché nel presente lavoro si sia deciso di concentrarsi proprio su questo tema, si lascerà implicito ogni discorso relativo alla ricchezza del patrimonio artistico e culturale del nostro Paese e ai benefici di cui quest'ultimo potrebbe godere grazie a una sua migliore gestione; considerazioni simili, che pur rappresentano indubbiamente la causa primaria di tale studio, verranno prese in considerazione solo in quanto punto di partenza di un più ampio ragionamento che, a partire dal suo sostrato giuridico, si proponga di analizzare le criticità giuridiche del settore.

Per ragioni storiche, sociologiche e culturali in senso lato, l'intervento dei privati nella gestione del patrimonio culturale non è mai stato considerato pacificamente come una strada percorribile per una sua migliore tutela e valorizzazione. Pur non potendo, in questa sede, indagare le cause più profonde di questo atteggiamento, deve rilevarsi come dagli anni Novanta si siano registrate alcune aperture, soprattutto dalla approvazione della cosiddetta “legge Ronchey”, a cui però è seguito un percorso fatto di alti e bassi, costellato di ripensamenti e intoppi sulla strada che avrebbe dovuto portare a un pieno ingresso dei privati nella gestione e valorizzazione del nostro patrimonio culturale.

Strumenti come la finanza di progetto potrebbero costituire una leva importante per superare questo pregiudizio e questa ritrosia a trovare nuove (concrete) forme di collaborazione fra pubblico e privato, perché, pur differenziandosi dai processi di privatizzazione, comportano il passaggio dello Stato da gestore a regolatore. L'ancestrale paura della “privatizzazione della cultura”, pertanto, trova nel *project financing* uno scudo insormontabile, capace di coniugare l'assenza di simili preoccupazioni con l'esigenza di contenimento della spesa pubblica che i tempi odierni impongono alle pubbliche amministrazioni. Si aggiunge, a tutto ciò, la possibilità che il coinvolgimento dei privati costituisca anche una spinta per un vero rilancio della cultura italiana anche come motore turistico ed economico, nella misura in cui i privati potrebbero consentire quegli investimenti che la penuria di risorse pubbliche non consente di effettuare.²

1 Così si esprime il sito istituzionale dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto, www.utfp.it, che prosegue descrivendo il fenomeno come “un approccio multidisciplinare al finanziamento di specifici investimenti caratterizzati da ampi livelli di complessità di strutturazione nonché dalla possibilità di ricorrere ad un elevato coinvolgimento di finanziamenti provenienti dal settore bancario. La principale garanzia per il rimborso dei finanziamenti è rappresentata dai flussi di cassa del progetto, che si devono manifestare con adeguati livelli di certezza, e da una efficace gestione dei rischi legati all'iniziativa, che permette di limitare la possibilità che i flussi di cassa previsti vengano meno. La valutazione di sostenibilità economico/finanziaria della singola iniziativa si basa esclusivamente sulla qualità (intesa come capacità di generare flussi di cassa a fronte di un determinato livello di rischio) del singolo progetto e non sul merito creditizio dei singoli azionisti”.

2 Si rimanda, sul tema, al fondamentale contributo di A. Cardella - M.E. Musumeci, “Il *project financing* nei beni culturali”, in T.S. Musumeci (a cura di), *La cultura ai privati. Il partenariato pubblico privato (sponsorizzazioni e project financing) ed altre iniziative*, Padova, Cedam, 2012, p. 96 ss.

Cos'è la finanza di progetto

Quello del *project financing* è un istituto arduo da delimitare entro confini o linee-guida certe e stabili. Proprio la flessibilità delle sue possibili declinazioni, derivante dalla sua capacità "camaleontica" di trasformarsi a seconda delle caratteristiche del caso specifico, ci autorizza a tratteggiarne solo alcuni principi di fondo.

La finanza di progetto fu introdotta nell'ordinamento italiano dalla legge 11 novembre 1998, n. 415, c.d. legge Merloni-ter, che modificava la legge 11 febbraio 1994, n. 109 "Legge quadro in materia di lavori pubblici" introducendo la nuova normativa agli artt. 37-bis e seguenti.

Oggi la disciplina della finanza di progetto è confluita nel Codice dei Contratti Pubblici (D.lgs. 163/2006), così come modificata dal D. Lgs. 152/2008 (c.d. Terzo Decreto Legislativo correttivo del Codice).

L'articolo 153 del Codice è rubricato come "finanza di progetto", lasciando ipotizzare che tale norma ne fornisca quantomeno una definizione; essa, invece, si limita sostanzialmente a prevedere che un operatore privato, definito "promotore", possa proporre la realizzazione di opere pubbliche, tramite un contratto di concessione.

Gli interventi del legislatore hanno progressivamente modificato il Codice dei contratti pubblici nei suoi otto anni di vigenza (e in particolare il D.Lgs. 152/2008), stravolgendo la normativa applicabile all'istituto. Ciò che è importante sottolineare, senza entrare in tecnicismi, è però che, a prescindere dalle diverse procedure che possono attuarsi in un processo di *project financing*, il risultato finale è sempre la stipulazione di un contratto di concessione: pertanto, deve ritenersi che la finanza di progetto non sia un contratto, bensì una tecnica finanziaria.

Negli anni, il legislatore ha compreso che per attrarre capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche avrebbe dovuto predisporre procedure diverse da quelle in cui, viceversa, è il privato a utilizzare denaro pubblico, cioè le procedure tipiche del contratto di appalto. E l'insieme di tali procedure è detto "finanza di progetto".

Nell'ottica della Pubblica Amministrazione, la finanza di progetto è una procedura amministrativa; per una banca, è invece un metodo di erogazione di prestiti; nei confronti di un costruttore, ancora, è un contratto alternativo all'appalto per ottenere l'affidamento di un lavoro; un gestore di servizi, infine, considera la finanza di progetto un particolare *modus operandi* per arrivare a svolgere la propria attività.

Il *project financing*, cioè, solitamente rappresenta il "polo giuridico" di un vasto numero di contratti collegati fra loro, e proprio questa caratteristica (dovuta, almeno normalmente, alla complessità dell'operazione economica sottostante) avvalorava il requisito dell'unitarietà finanziario-giuridica dell'istituto dal punto di vista dell'amministrazione, e della sua frammentarietà dal punto di vista del privato.

Ciò è dovuto al fatto che le pubbliche amministrazioni non possiedono, normalmente, né il capitale né il necessario *know-how* per realizzare operazioni infrastrutturali complesse; i tempi di selezione e negoziazione, inoltre, diverrebbero considerevolmente lunghi se l'ente pubblico dovesse rivolgersi a ogni singola controparte contrattuale. Non solo: affidarsi alla garanzia offerta da un unico soggetto, piuttosto che frazionare il rischio dell'operazione in vari accordi diversi, risponde ai criteri di efficienza ed economicità che devono orientare l'azione amministrativa.

Dal punto di vista dei privati, viceversa, ogni contratto mantiene la propria individualità, ma

nella previsione del conseguimento di un fine ulteriore e comune. I fattori di rischio inerenti al progetto, cioè, sono sì distribuiti tra vari soggetti, ma senza che questo finisca per gravare sulla capacità di gestione e di controllo dell'amministrazione. È proprio questo superamento della dicotomia *pluralità di contratti/unità dell'operazione economica* a modellare la finanza di progetto come una vera e propria condivisione di rischi e risultati nell'ottica di un fine unitario tra tutti i partecipanti all'operazione, almeno in linea teorica.

Altra importante caratteristica della finanza di progetto è che l'opera da realizzarsi deve essere potenzialmente redditizia. Il senso dell'istituto, difatti, è proprio quello di garantire al finanziatore il rimborso del capitale investito e adeguati margini di profitto. Per questo motivo, non dovrebbero rivestire grande importanza le garanzie offerte dalle imprese finanziatrici, perché tali risorse sono economicamente e giuridicamente indipendenti da attività diverse e ulteriori di tali imprese. Qualunque sia la cifra in gioco, e quanti che siano i soggetti coinvolti, la caratteristica preminente della finanza di progetto dovrebbe essere proprio la sua autonomia.

Tuttavia, le più recenti innovazioni legislative non sono andate in questa direzione e, facendo leva sulla necessità di tutelare la credibilità programmatica delle pubbliche amministrazioni, hanno introdotto alcuni vincoli e prerequisiti sconvenienti per i privati che intendano partecipare ai bandi in questione.

Le procedure di project financing prima e dopo la riforma

Prima della riforma del 2008, l'istituto era suddiviso in tre diverse fasi. La prima, c.d. preliminare, prevedeva la pubblicazione di un avviso con cui l'amministrazione rendeva noti i contenuti delle opere pubbliche programmate su base triennale che potessero venire realizzate con capitali privati, fissando un termine di 180 giorni entro cui i soggetti interessati (c.d. "promotori") potevano presentare le proprie proposte per la realizzazione dei lavori.

L'amministrazione disponeva di 120 giorni per completare lo studio di fattibilità delle proposte (basato sulla qualità dell'opera, sui tempi previsti per la sua realizzazione e sulle condizioni economiche richieste dal soggetto aggiudicatario per la sua gestione); durante questo periodo, poteva inoltre proporre modifiche alle proposte dei promotori.

Terminata la fase di valutazione delle proposte pervenute e redatto il progetto definitivo, l'amministrazione provvedeva ad aprire la fase c.d. di gara, individuando i soggetti da porre in competizione con il promotore nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, fino alla selezione delle due migliori offerte rispetto al progetto preliminare presentato dal promotore. Selezionate le due migliori offerte, queste divenivano oggetto, assieme a quella del promotore, di una procedura negoziata. Tale procedura, fondata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, determinava la scelta dell'aggiudicatario.

La terza fase, c.d. di costruzione e gestione, prevedeva la facoltà, in capo all'aggiudicatario, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile. Tale società di progetto poteva così subentrare nel rapporto di concessione dell'aggiudicatario, senza alcun meccanismo di approvazione o autorizzazione e senza che ciò costituisse cessione del contratto.

Quest'ultima previsione costituiva una variazione della normativa italiana rispetto al modello standard del *project financing* anglosassone, in cui la società investita dello strumento concessorio non ha un proprio bilancio, che invece dipende esclusivamente dall'andamento economico del progetto in questione.

Questo modello è stato profondamente modificato, per non dire stravolto, dall'intervento legislativo del 2008. Il terzo decreto correttivo, infatti, ha semplificato la struttura dell'istituto, snellendone e unificandone la procedura, e contemporaneamente offrendo nuove opzioni che possano favorire l'interesse dei privati ad effettuare investimenti.

La nuova disciplina della finanza di progetto, infatti, sembra orientata a ridurre l'aderenza al diritto comunitario in materia, con l'obiettivo di attrarre più capitali privati finalizzati alla realizzazione di opere pubbliche; a tal fine, sono state predisposte quattro procedure alternative.

Il primo modulo procedurale della nuova normativa è quello c.d. a gara unica. La prima novità di questa fattispecie è che la concessione viene affidata dall'amministrazione ponendo a base di gara uno studio di fattibilità, così da evitare che la previa redazione del progetto preliminare gravi sul concessionario e, in questo modo, semplificare l'accesso alla gara.

Le medesime esigenze di semplificazione sono sottese a quanto previsto relativamente alla fase di individuazione del promotore. Già la disciplina previgente accordava all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà di subordinare la concessione all'accettazione delle modifiche proposte dalla stessa, ma sulla prassi interpretativa secondo cui l'individuazione della proposta potesse essere vincolata all'accettazione delle modifiche da parte del promotore si erano sollevate numerose critiche da chi riteneva che ciò fosse lesivo della *par condicio* dei concorrenti.

In questo senso il dato normativo vigente ha superato qualunque dubbio interpretativo, consentendo espressamente l'apertura di una negoziazione pubblica tra la stazione concedente e il proponente per modificare di comune accordo il progetto (anche sotto forma di conferenza di servizi) e, di conseguenza, legittimando una volta per tutte le richieste dell'amministrazione, anche quando queste comportino una incisiva modifica del progetto preliminare, e confermando che non sussiste una intangibilità del piano, giacché il limite della potestà pare segnato, fatti salvi gli elementi essenziali della proposta, unicamente dal mantenimento dell'equilibrio economico finanziario dell'operazione.

Nel caso in cui il promotore non accetti di apportare al progetto le modifiche richieste dal concedente, questo ha facoltà di chiedere ai concorrenti successivi in graduatoria di conformarsi al progetto così come proposto al promotore e da questi rifiutato; in tal caso, al promotore spetta il rimborso delle spese sostenute per predisporre l'offerta, a carico dell'aggiudicatario.

Se complessivamente questa prima procedura, definibile come ordinaria, presenta indubbi margini di flessibilità che ne esaltano l'adeguamento alle esigenze del caso concreto, tale meccanismo ha suscitato alcune perplessità.

È stato evidenziato, infatti, come la semplificazione apportata sia per alcuni versi eccessiva, in quanto finisce per sacrificare la possibile emersione, partendo dalla proposta originaria del promotore, di soluzioni migliorative, con rimodulazione, ad esempio, del piano economico-finanziario o rilanci migliorativi di elementi qualitativi dell'offerta, con il risultato che la maggiore garanzia rischia di essere pagata in termini di minore efficacia del risultato. La soluzione trovata per ridurre i dubbi in merito alla *par condicio*, cioè, comporterebbe ulteriori, e peggiori, problemi.

De iure condendo, ai concorrenti dovrebbero essere accordate misure di natura premiale nel momento in cui intervenissero con migliorie e integrazioni sul progetto preliminare del promotore. Potendo infatti quest'ultimo appropriarsene, viene meno ogni interesse degli

altri concorrenti a ideare soluzioni più appetibili ai fini del soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Per quanto riguarda la valutazione e selezione delle proposte, il criterio è rimasto quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i cui sub-criteri dovranno essere indicati obbligatoriamente, secondo il loro ordine di importanza, dall'amministrazione.

La seconda ipotesi disciplinata dal Codice è la c.d. doppia gara. In questo caso, l'amministrazione aggiudicatrice pubblica un bando precisando che la procedura non comporta l'aggiudicazione al promotore scelto, ma l'attribuzione allo stesso del diritto di prelazione sull'offerta che verrà ritenuta più vantaggiosa.

Il secondo bando, dunque, porrà come base di gara il progetto preliminare approvato nel primo: se saranno state presentate una o più offerte valutate economicamente più vantaggiose di quella del promotore, quest'ultimo potrà far valere il suo diritto di prelazione per 45 giorni, adeguando a tale offerta la propria (e in tal caso l'amministrazione rimborserà al miglior offerente le spese sostenute per partecipare alla gara); altrimenti, l'aggiudicatario sarà il miglior offerente, che dovrà rimborsare il promotore.

Terzo schema procedurale è quello c.d. a iniziativa privata. Tale ipotesi è configurabile solo quando siano presenti tre condizioni tassative:

- a) l'inerzia della Pubblica Amministrazione, che consiste nella mancata pubblicazione dei bandi relativi ai lavori inseriti nell'apposito elenco entro sei mesi dall'approvazione dell'elenco stesso;
- b) la presentazione entro quattro mesi dall'approvazione dell'elenco annuale dei bandi di una proposta che soddisfi i requisiti previsti dal comma 9 del medesimo art. 153;
- c) il possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario anche associando o consorziando altri soggetti.

Nel caso in cui questi requisiti siano rispettati, la stazione appaltante deve provvedere, entro 60 giorni, a pubblicare un avviso in cui espone i criteri di valutazione delle proposte, anche ove ve ne fosse una sola.

Le nuove proposte (compresa quella del proponente originario, rielaborata alla luce di tali criteri) devono essere presentate nel termine di 90 giorni ed esaminate entro sei mesi dall'amministrazione.

Una volta individuata quella "*ritenuta di pubblico interesse*", l'amministrazione può procedere, in via alternativa:

- a) ad aprire un dialogo competitivo, se il progetto preliminare richiede modifiche e integrazioni;
- b) a bandire la concessione, ponendo il progetto stesso a base di gara e invitando alla gara il promotore, se non necessita di modifiche;
- c) ad aprire una procedura a doppia gara, ponendo il progetto a base di gara e invitando il promotore, se non necessita di modifiche.

Quarta e ultima ipotesi è quella c.d. del proponente, che si pone per così dire in continuità con la disciplina previgente, escludendo la figura del promotore e delegando l'iniziativa al proponente: questo, a differenza del primo, non formula una proposta relativa a lavori già contenuti negli elenchi programmatici triennali della stazione appaltante, ma sottopone a quest'ultima uno studio di fattibilità relativo alla realizzazione di lavori non previsti da tali elenchi.

Tale ultima procedura ha suscitato numerose perplessità per l'assenza di incentivi o benefici concreti cui vada incontro il privato nell'avviarla. Effettivamente, a tale procedura non conseguono, ai fini dell'aggiudicazione del bando, misure premiali di sorta: non è previsto, cioè, alcun diritto né di prelazione, né al compenso per le prestazioni compiute, né tantomeno alla gestione dei relativi servizi.

Se, per un verso, appare comprensibile che la disciplina non configuri alcun procedimento ad iniziativa di parte, né contempra alcun obbligo di considerazione da parte della p.a., appare meno plausibile che la collaborazione del privato, quando giunge a fornire un apporto che risulta di pubblico interesse per l'amministrazione, assuma le sembianze di un mero *entretien* privo di riconoscimento giuridico o economico ed affievolisca così a mero interesse di fatto per il soggetto proponente.

Al di là di ogni ulteriore considerazione, se la *ratio* della previsione normativa è quella di incoraggiare le imprese stesse a formulare proposte per la realizzazione di infrastrutture e altre opere pubbliche strategiche, la totale assenza di benefici costituisce un'ingiustificabile barriera.

Pur non volendo negare la necessità che gli enti pubblici siano sottratti a pressioni indebite da parte dei privati, la predisposizione di incentivi di qualche genere, ad esempio in un'ottica di defiscalizzazione, quanto meno una volta che il progetto sia stato approvato e/o avviato, sarebbe una misura senz'altro opportuna.

In assenza di criteri su cui devono basare la propria scelta è evidente che le amministrazioni siano portate a preferire l'utilizzo dello schema procedimentale bifasico.

Quest'ultimo, infatti, contempla le maggiori garanzie per il privato, che potrà usufruire del diritto di prelazione e che, nel caso risulti perdente in fase di gara, verrà comunque remunerato per il progetto presentato. Ma tale modello è preferibile anche dal punto di vista interno all'amministrazione, dato che la procedura ordinaria impone la predisposizione di uno studio di fattibilità a sue spese, rivelandosi pertanto più costosa.

A questo proposito, va considerato che l'istituto del *project financing* è stato pensato anche per la realizzazione di opere infrastrutturali molto complesse: gli studi di fattibilità richiesti da progetti del genere richiedono quasi sempre competenze che esulano dalla normale struttura delle amministrazioni, obbligando queste ultime a ricorrere ad *advisor* esterni difficilmente compatibili con i vincoli di bilancio a cui sono sottoposte le amministrazioni.

I limiti dell'applicabilità nel settore dei beni culturali

Alla luce di quanto già esaminato a proposito della disciplina generale della finanza di progetto, si comprende come questo istituto rientri a pieno titolo tra i più idonei ad essere utilizzati per la tutela e valorizzazione del patrimonio artistico e architettonico italiano, almeno a livello teorico.

In passato, il ricorso all'istituto era stato escluso sulla base della scarsa redditività dei beni culturali (rientrando questi ultimi nella categoria delle c.d. opere fredde, incapaci di generare un adeguato *cash flow*),³ come suggerito anche dalla formulazione dell'art. 112 del

3 M. Veronelli, "Il *project financing* nei beni culturali", in *Giornale Dir. Amm.*, 2008, 7, p. 761, riconduce, in una nota a margine della sentenza TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, 4 dicembre 2007, n. 618, l'orientamento volto ad escludere l'applicazione della finanza di progetto al settore culturale sì all'univocità della dottrina nel non considerare i beni culturali come potenziale fonte di reddito, ma anche e soprat-

Codice dei beni culturali, secondo cui la loro valorizzazione (a differenza della tutela) può interessare anche soggetti privati, purché si tratti di enti *no-profit*.

Né aveva previsto alcuna variazione significativa in merito il D.Lgs. 62/2008, che si è limitato a introdurre nel novero dei soggetti in questione “*associazioni culturali e di volontariato che abbiano per statuto finalità di promozione e diffusione della conoscenza dei beni culturali*”.

Una delle caratteristiche fondamentali del *project financing* è quella di essere in grado, almeno potenzialmente, di autofinanziarsi; la redditività del progetto del promotore, dunque, sarebbe inconciliabile con il settore dei beni culturali. Bisogna rilevare fin d’ora, tuttavia, che ciò non dipende dall’assenza intrinseca di valore economico nel patrimonio culturale, bensì dal modo con cui esso viene interpretato dall’ordinamento.

Piuttosto, è opportuno osservare come tali beni abbiano caratteristiche che li differenziano dalle opere che costituiscono ordinariamente l’oggetto delle operazioni di *project financing*, non potendo essere considerati meri mezzi ma, invece,

avendo anche e soprattutto un valore intrinseco, da tutelare e valorizzare al di là dell’appartenenza (pubblica o privata), dell’utilità pratica ed economica del bene, al di là del suo apprezzamento o meno da parte della collettività potenzialmente fruitrice.

Si potrebbe anche affermare - e non si tratta di una contraddizione ma del mero disvelamento dell’altra faccia della medaglia - come i beni pubblici, in specie quelli culturali, siano degni di considerazione ed investimenti se ed in quanto siano riconosciuti ed amati dai cittadini, siano funzionali e ‘serventi’ rispetto alle esigenze, alle idealità ed all’identità della collettività (beni identitari), al progresso (economico, morale e culturale) della stessa.⁴

Inoltre, la prevalenza delle esigenze di tutela e conservazione su quelle di valorizzazione,⁵ intesa peraltro in termini esclusivamente pubblicistici, costituisce un insuperabile collo di bottiglia per l’applicabilità dell’istituto.

Il Codice dei beni culturali e del paesaggio conferma quanto detto nel combinato disposto degli artt. 112, 115 e 117, che riservano l’elaborazione di “*piani strategici di sviluppo culturale*” agli enti pubblici e confinano il ruolo dei privati alla gestione indiretta delle attività di valorizzazione, alla “*gestione dei servizi di assistenza culturale e di ospitalità al pubblico*”⁶

tutto al favore del legislatore verso la prevalenza dell’aspetto “conservativo” nella gestione degli stessi. Nelle parole dell’autore, “l’impostazione di fondo che ha ispirato lo stesso D.Lgs. n. 42/2004, infatti, è sempre stata quella di far prevalere la tutela e la conservazione del patrimonio rispetto alla sua valorizzazione. In questo senso, la nozione di valorizzazione contenuta nel codice, pur se interpretata anche come utilizzo in chiave economica dei beni culturali, ha sempre avuto una posizione residuale rispetto a quella di tutela. Allo stesso modo, i privati for profit hanno sempre rivestito un ruolo secondario rispetto alle attività di valorizzazione del patrimonio pubblico”.

4 Cit. P. Michiara, “La finanza di progetto nei beni culturali”, in *Aedon - Rivista di arti e diritto online*, 1/2008 (www.aedon.mulino.it).

5 Desumibile dall’art. 1, comma 6 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, a mente del quale “le attività concernenti la conservazione, la fruizione e la valorizzazione del patrimonio culturale (...) sono svolte in conformità alla normativa di tutela” e a maggior ragione dall’art. 6, comma 2, secondo cui “la valorizzazione è attuata in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze”.

6 Tra cui rientrano, secondo l’art. 117, comma 2:

assegnata attraverso procedure di evidenza pubblica o alla stipulazione di accordi con gli enti pubblici territoriali per regolare servizi strumentali comuni destinati alla fruizione e valorizzazione dei beni culturali.

Costituiscono un ulteriore freno all'utilizzo del *project financing* in campo culturale le previsioni del Codice in ordine ai notevoli poteri di controllo accordati alle Autorità di tutela sulla progettazione ed esecuzione dei lavori di recupero di beni culturali.

In particolare, l'art. 21 prevede che sia subordinata all'autorizzazione del soprintendente "l'esecuzione di opere e lavori di qualunque genere su beni culturali", mentre dal combinato disposto degli artt. 57 *bis* e 106 emerge un potere di controllo volto ad evitare pregiudizi alla conservazione e al decoro dell'immagine del bene, sempre in capo al soprintendente.

Questo assetto normativo, dunque, contrasta con il regime ordinario della finanza di progetto, in cui l'unica forma di controllo prevista è rappresentata dall'approvazione preventiva del progetto preliminare, mentre non ve ne sono a riguardo dell'attività di progettazione né a quella di esecuzione dei lavori.⁷

La giurisprudenza, d'altra parte, è stata orientata per lungo tempo nella medesima direzione, giudicando inammissibile l'attribuzione a soggetti privati di attività per così dire funzionali alla tutela dei beni culturali: l'accento veniva posto, in particolare, sulle attività che non permettessero una fruizione pubblica e libera da ogni vincolo di tali beni da parte dei cittadini.

Nelle sentenze TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, 4 dicembre 2007, n. 618 e TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, 3 giugno 2008, n. 304, ad esempio, il giudice aveva giudicato "illegittimo e inammissibile" un progetto di *project financing* che, nell'ambito della riqualificazione dell'Ospedale Vecchio di Parma, destinasse il 44% della superficie ad attività di tipo alberghiero e commerciale, in quanto tale impiego del bene non rispondeva "né alla funzione di servizio pubblico prescritta per i complessi monumentali né alla tipologia dei servizi aggiuntivi di cui all'art. 117 del Codice dei beni culturali e del paesaggio".

Tale orientamento prendeva le mosse dall'art. 101, comma 3 del Codice, secondo cui gli "istituti e luoghi della cultura" (cioè musei, biblioteche, archivi, aree e parchi archeologici,

-
- "a) il servizio editoriale e di vendita riguardante i cataloghi e i sussidi catalografici, audiovisivi e informatici, ogni altro materiale informativo, e le riproduzioni di beni culturali;
 - b) i servizi riguardanti beni librari e archivistici per la fornitura di riproduzioni e il recapito del prestito bibliotecario;
 - c) la gestione di raccolte discografiche, di diapoteche e biblioteche museali;
 - d) la gestione dei punti vendita e l'utilizzazione commerciale delle riproduzioni dei beni;
 - e) i servizi di accoglienza, ivi inclusi quelli di assistenza e di intrattenimento per l'infanzia, i servizi di informazione, di guida e assistenza didattica, i centri di incontro;
 - f) i servizi di caffetteria, di ristorazione, di guardaroba;
 - g) l'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali, nonché di iniziative promozionali".

⁷ Non è stato fonte di chiarimenti sulle modalità di correlazione delle diverse previsioni normative il Regolamento attuativo del Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 207/2010), limitandosi a prevedere che "il progetto preliminare comprende necessariamente le indagini finalizzate alla corretta comprensione dell'intervento in tutte le sue componenti, nonché una relazione, corredata dei pertinenti elaborati grafici, che illustrino l'incidenza dell'intervento stesso sul bene tutelato, con particolare riferimento alla localizzazione degli impianti ed alle soluzioni tecniche adottate per la realizzazione, ed è integrato dal capitolato speciale prestazionale e dallo schema di contratto" (art. 242, comma 7).

complessi monumentali) appartenenti a soggetti pubblici sono “*destinati alla pubblica fruizione ed espletano un servizio pubblico*”, e dunque vigerebbe un assoluto divieto di darli in concessione a soggetti privati per esercitare attività commerciali o ricettive.

Non si vedeva, infatti, come tali attività potessero risultare connesse ai fini pubblicistici imposti dalla norma: i beni culturali sarebbero, cioè, incompatibili con esse, in quanto il loro uso deve essere subordinato al rispetto di alcune condizioni, e cioè essere:⁸

- a) preordinato a finalità di interesse pubblico;
- b) coerente con il valore culturale oggetto di tutela;
- c) strumentale al pieno godimento del bene stesso da parte della collettività.

Il revirement degli ultimi anni

A fronte di quanto visto, forse può sorprendere, ma l'applicabilità del *project financing* in questo settore è riconosciuta espressamente sia dal Codice dei contratti pubblici che dal Regolamento di attuazione degli appalti pubblici.⁹

Il Capo II del Titolo IV del Codice dei contratti pubblici, in effetti, è intitolato proprio “Contratti relativi ai beni culturali”, e l'art. 197, comma 3, prevede che “*la disciplina della parte II, titolo III, capo III (promotore finanziario e società di progetto)*” si applichi “*all'affidamento di lavori e servizi relativi ai beni culturali, nonché alle concessioni di cui agli articoli 115 e 117 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, secondo le modalità stabilite dal regolamento di cui all'articolo 5*”.

Il riferimento, dunque, è al Codice dei beni culturali e del paesaggio, in particolare alle forme di gestione (diretta e indiretta) delle attività di valorizzazione dei beni e alla realizzazione e gestione dei servizi aggiuntivi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico.

Il regolamento di attuazione degli appalti pubblici è ancora più esplicito: gli artt. 239 e seguenti, contenuti nel Titolo XI (intitolato “Lavori riguardanti i beni del patrimonio culturale”), disciplinano infatti le fasi di progettazione, esecuzione e collaudo nei lavori relativi ai beni culturali e ammettono espressamente la finanza di progetto nei servizi.

Negli ultimi anni dottrina e giurisprudenza hanno intrapreso un deciso *revirement*. Si potrebbe pensare che detto cambiamento di prospettiva sia stato generato da una più attenta analisi di una legislazione che, come si è visto, conteneva già in sé le potenzialità per il pieno riconoscimento dell'utilizzabilità dello strumento nel settore artistico/culturale. E tuttavia, non volendo apparire ingenui, si deve constatare come la diversa prospettiva sia stata conseguenza, e non certo causa, della contrazione delle risorse pubbliche da poter destinare alla conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale italiano.

È stato il contenimento obbligato della spesa pubblica a fronte della crisi economica globale degli ultimi anni, cioè, a determinare il cambio di passo degli interpreti, e non certo viceversa.

Di conseguenza, il Consiglio di Stato ha riformato le sentenze del TAR Emilia Romagna, ritenendo che il *project financing* possa ben essere applicato ai beni culturali, posto che “*sarebbe contraddittorio pensare che la legislazione in materia, da un lato, preveda espressamente l'applicazione dell'istituto, ma, dall'altro lato, escluda la possibilità di dare provvisoriamente in gestione*

8 V., nuovamente, la sentenza TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, 4 dicembre 2007, n. 618.

9 D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

al concessionario parte della struttura realizzata in quanto contraria alla fruizione pubblica”¹⁰ e specificando come, quindi, “il project financing sia applicabile anche ai beni culturali contemplati nel D.Lgs. 22.1.2004, n. 42, il cui art. 117, come sostituito dal D.Lgs. 26.3.2008, n. 62, indica i servizi aggiuntivi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico, nell’ambito dei quali ben possono essere inclusi quelli previsti con riguardo al compendio immobiliare oggetto della controversia”,¹¹ con ciò intendendo (anche) i servizi connessi all’esercizio di attività ricettive e commerciali.

Tali attività, infatti, non comportano “un impiego del bene culturale non rispondente alla esigenza essenziale di una destinazione d’uso in armonia con il valore culturale protetto”, né deve escludersi che “la fruizione pubblica possa essere compatibile con la gestione privata di una parte (minoritaria) del bene culturale”.¹²

Al cambio di marcia della giurisprudenza ha fatto presto seguito un nuovo filone dottrinale che, a mente dell’art. 111 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, contempla l’ipotesi che gli interventi di valorizzazione dei beni culturali possano essere devoluti ai privati, anche con riferimento alle c.d. opere fredde, purché si individuino meccanismi alternativi (anche sotto forma di canoni pubblici) che consentano comunque la remunerazione degli investimenti privati.¹³

Anche l’interpretazione dell’art. 101 è mutata, “ammorbidendosi” decisamente e ammettendo di conseguenza che la pubblica fruizione possa non essere sempre e comunque totalitaria, bensì mediata dall’accesso a servizi di tipo commerciale (ristorazione, alberghiero, convegnistico ecc.).¹⁴

Infine, anche il legislatore ha mostrato di recente un certo *favor*, seppure desumibile solo implicitamente, introducendo, per effetto del c.d. Decreto Sviluppo del 2011,¹⁵ una nuova tipologia di *project financing* potenzialmente idonea ad essere utilizzata nel settore dei beni culturali. Secondo il comma 19 dell’art. 153 del Codice dei contratti pubblici, infatti, i privati possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici “*proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità*” non presenti nella programmazione triennale prevista dalla normativa vigente per le amministrazioni stesse.

Le esperienze concrete

Nonostante la normativa e i più recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali siano tutto sommato favorevoli, l’applicazione della finanza di progetto nel settore dei beni culturali è stata, nella prassi, assai scarsa.

A onor del vero, giusto pochissimi mesi fa è stata riportata all’antico splendore, attraverso la tecnica del restauro ricostruttivo, la Villa Reale di Monza, che riaprirà le porte al pubblico

10 Consiglio di Stato, sez. IV, 11 luglio 2008, n. 3507.

11 Consiglio di Stato, sez. IV, 23 luglio 2009, n. 4639.

12 Consiglio di Stato, sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3507.

13 Cfr. P. Carpentieri, “La gestione dei beni culturali e la finanza di progetto”, in in G.F. Cartei-M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive. Approfondimenti sistematici ed interdisciplinari*, Napoli, 2010.

14 In questo senso Id., “La gestione dei beni culturali e la finanza di progetto”, p. 360.

15 D.L. 13 maggio 2011, n. 70 convertito in Legge 12 luglio 2011, n. 106.

a settembre trasformandosi in un punto di riferimento per arte, cultura e attività istituzionali. I lavori, partiti a marzo 2012, hanno interessato una struttura di 10mila metri quadrati per oltre 40 stanze, 3.500 metri quadrati di superficie, 2.000 di parquet, 800 di superfici lapidee e 1.200 metri di impianti. Il bando di Infrastrutture Lombarde (Regione Lombardia) per la progettazione, restauro e gestione della villa ha rappresentato il primo caso di *project financing* di una realtà culturale pubblica, e fino a questo momento non si può certo dire che non sia stato un successo. L'intervento - reso possibile grazie anche al contributo di Arcus S.p.A., società per lo sviluppo dell'arte, della cultura e dello spettacolo - sarà finanziato con la gestione della Villa, per i prossimi 20 anni, da parte di Nuova Villa Reale Monza S.p.A., che si occuperà della gestione degli spazi della reggia con il supporto di un comitato scientifico. Entro fine agosto saranno conclusi i collaudi tecnici e a settembre il complesso architettonico del Piermarini sarà aperto al pubblico.

Dal punto di vista della metodologia utilizzata, si tratta di un esempio illuminante. Stiamo parlando di un'opera di restauro da 25 milioni di euro di investimento, effettuata in 2 anni: costi e tempi impensabili per la singola amministrazione pubblica, e che presto daranno i frutti della più importante sinergia tra pubblico e privato in campo culturale del nostro paese.

Non si tratta di un esempio isolato. La Finanziaria del 2007 ha inaugurato il progetto "Valore Paese", pensato per valorizzare il patrimonio immobiliare pubblico, compreso quello di interesse storico/culturale che tramite l'istituto della "concessione di valorizzazione" che deroga al limite di trent'anni della tradizionale concessione di lavori pubblici allungandolo fino a cinquanta, così da attrarre capitali privati.

Il primo immobile che il Demanio dello Stato ha posto a gara è stato Villa Tolomei, sulle colline di Firenze, che ha aperto al pubblico l'anno scorso dopo cinque anni dall'aggiudicazione. Dopo un periodo di inutilizzo, infatti, nel 2008 Villa Tolomei è stata affidata ad una società privata (Villa Tolomei S.r.l.) in concessione di valorizzazione per 50 anni, per essere ristrutturata e reinserita in un circuito economico virtuoso, mantenendone tuttavia la proprietà allo Stato. L'affidamento è avvenuto a seguito di una gara pubblica, avviata nel luglio 2007 e conclusasi a settembre dello stesso anno. Il bando di gara prevedeva la riqualificazione e il riutilizzo dell'immobile, garantendo sia la sua conservazione sia un incremento del valore economico e sociale del bene, attraverso il recupero della sua originaria bellezza. La gara prevedeva inoltre un canone annuo base di 74.000 euro, ed è stata aggiudicata ad una cifra doppia di quanto previsto a base d'asta.

Altro caso emblematico è quello della Scuola Grande della Misericordia di Venezia. Nel 2008, l'amministrazione ha indetto una gara per il restauro e risanamento del complesso monumentale cinquecentesco, in cambio dell'affidamento in concessione degli spazi presenti per un periodo di quarant'anni. Un anno dopo viene firmato il contratto con l'aggiudicatario, Scuola della Misericordia S.p.A., la quale - in attesa del vero e proprio restauro, che dovrebbe avvenire nei prossimi mesi - ha reso le aree funzionali ad ospitare eventi artistici, convegni e attività commerciali (*bookshop*, ma non solo).

Sulla scorta di queste esperienze, negli ultimi anni sono stati pubblicati bandi per numerose altre strutture, tra cui Podere Colombaia a Firenze, gli ex Caselli Daziari a Milano, la Cittadella di Alessandria, la Domus Mariae a Capo Spartivento, il Castello di Petraro a Todi e Villa Favorita ad Ercolano.

Soluzioni simili potrebbero inoltre varcare presto le soglie dei musei, finora del tutto interdette a interventi realmente remunerativi (e quindi potenzialmente efficaci) da parte dei

privati. Dal 2013, infatti, sono state introdotte nell'ordinamento novità relative all'applicabilità del *project financing* ai servizi aggiuntivi in ambito museale, ma più in generale concetti chiave come redditività gestionale e integrazione tra turismo e poli museali stanno finalmente diventando prerogativa delle soluzioni adottate dai gestori italiani. Restano molte difficoltà, soprattutto in ordine alla creazione dei bandi (costosa, oltre che complessa), ma sembra che finalmente si sia imboccata la strada nella giusta direzione.

Conclusioni

Date le premesse in ordine ai grandi (ed evidenti) benefici che l'adozione del *project financing* in campo culturale potrebbe comportare in concreto per le pubbliche amministrazioni, ci si deve allora interrogare sulle ragioni che ne spieghino il mancato ricorso. E tali ragioni, come si è avuto già modo di accennare, sono rappresentate dalla scarsa redditività dei beni culturali, dall'incertezza dovuta ai continui cambi di direzione del legislatore e della giurisprudenza sul tema, nonché da alcuni profili di incompatibilità tra la finanza di progetto e i beni culturali.

Più in generale, il primo e imprescindibile nodo di fondo che deve essere risolto per ripensare il sistema di tutela, valorizzazione e promozione del patrimonio artistico pubblico del nostro paese è quello relativo al riparto di competenze fra Stato e Regioni sulla materia. Il tema del rapporto tra soggetti pubblici e privati nella gestione del medesimo patrimonio è altresì una questione di grande importanza, ma strettamente interconnessa e consequenziale alla prima.

In questo senso il principio di sussidiarietà orizzontale, introdotto nella Carta Costituzionale dalla riforma del suo Titolo V, potrebbe costituire un'ottima leva per un percorso che punti al raggiungimento di un equilibrio virtuoso fra attori e interessi così diversi fra loro.

Negli ultimi anni gli enti locali hanno sperimentato numerosi strumenti innovativi nella gestione del loro patrimonio culturale, ivi compresi (e protagonisti) gli istituti di partenariato pubblico-privato. La difficoltà di stabilire paletti certi sulla legittimità o meno delle pratiche utilizzate (incrementata da una giurisprudenza spesso variegata e contraddittoria), oltre a un "conservatorismo" aprioristico tipicamente nostrano, hanno decisamente arginato questo fenomeno, frenando il processo di miglioramento del rendimento e della fruizione del patrimonio culturale e relegandolo a oggetto di un dibattito stucchevole e ideologico. Lo sviluppo futuro della finanza di progetto nel settore dei beni culturali, in questo senso, è subordinato al superamento della contrapposizione tra finalità di lucro ed esigenze di tutela e conservazione del patrimonio culturale.

Altro ostacolo notevole è quello dato dall'eccessiva pianificazione. Il Codice dei beni culturali e del paesaggio riserva a un soprintendente pubblico non solo l'approvazione preventiva del progetto preliminare (come nel regime ordinario del *project financing*), bensì anche un potere/dovere di autorizzazione e controllo sull'esecuzione di opere e lavori, nonché sulla conservazione e sul decoro dell'immagine del bene.

Inoltre, riserva l'elaborazione di "piani strategici di sviluppo culturale" agli enti pubblici, mentre confina il ruolo dei privati alla gestione indiretta delle attività di valorizzazione del patrimonio e alla "gestione dei servizi di assistenza culturale e di ospitalità al pubblico", escludendo invece privati e imprese da qualsivoglia attività di tutela e conservazione del patrimonio.

Da ultimo, in concreto, l'applicazione della finanza di progetto ai beni culturali (soprattutto

a quelli che, costituendo servizi intrinsecamente “in perdita”, risultano essere opere c.d. fredde) è resa problematica dalla difficoltà di non intaccare, regolandone criteri e modalità, la discrezionalità amministrativa.

Le amministrazioni, infatti, potrebbero facilmente ritenere, per esempio, che non realizzare un intervento per così dire “valorizzante” a un determinato bene culturale possa rappresentare una scelta virtuosa, effettuata in difesa dell’integrità (in senso conservativo) del bene stesso. Ancora, in via esemplificativa, decidere quando intraprendere una determinata iniziativa può dipendere da fattori esogeni difficilmente controllabili (e ipotizzabili), determinando per esempio un rinvio in attesa di fondi pubblici o *sponsors* poco trasparenti. E così via.

Al contrario, ciò di cui le forme di partenariato pubblico-privato nel settore dei beni culturali avrebbero disperato bisogno è un minimo di certezza giuridica, il che, beninteso, non contrasta con il necessario grado di flessibilità da garantire agli attori coinvolti. Molto spesso le amministrazioni non dispongono di una preparazione specifica sulla gestione dei beni culturali, e d’altra parte il raggio delle possibili decisioni da intraprendere in materia è amplissimo. L’assenza di criteri normativi certi in ordine alle linee-guida da seguire per operazioni di *project financing* in campo culturale aggrava il problema, riducendolo spesso a questioni meramente ideologiche o convenienti per l’amministrazione, non certo per il bene culturale o per la collettività.

Chi Siamo

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

Cosa Vogliamo

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.

I Briefing Paper

I "Briefing Papers" dell'Istituto Bruno Leoni vogliono mettere a disposizione di tutti, e in particolare dei professionisti dell'informazione, un punto di vista originale e coerentemente liberale su questioni d'attualità di sicuro interesse. I Briefing Papers vengono pubblicati e divulgati ogni mese. Essi sono liberamente scaricabili dal sito www.brunoleoni.it.