

ATTO DI REGOLAZIONE n. 51/2000
del 26 ottobre 2000

R/249/00

**“Offerte nella licitazione privata conseguente a proposta del
promotore nel project financing”**

Il Comune di Marciana Marina ha ricevuto una proposta, ai sensi dell'art. 37 *bis* della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni, dall'Associazione Temporanea d'Impresa CPL Concordia, in qualità di promotore, avente ad oggetto la realizzazione e gestione del servizio di distribuzione di GPL canalizzato nell'abitato comunale.

L'Amministrazione, avendo ritenuto la proposta in questione di pubblico interesse e fattibile sotto i profili indicati dall'art. 37 *ter* della legge stessa, ha indetto una gara mediante licitazione privata da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per individuare i due migliori offerenti da ammettere successivamente alla procedura negoziata con il promotore prevista dall'art. 37 *quater* della legge quadro.

La gara è stata effettuata sulla base del progetto preliminare presentato dal promotore, ai sensi dell'art. 37 *quater*, comma 1, lett. a), della predetta legge.

L'Amministrazione comunale, a seguito di quanto disposto dalla Commissione giudicatrice appositamente nominata per l'individuazione delle migliori offerte pervenute, ha comunicato al Consorzio GST, partecipante alla gara stessa, la non ammissione alla successiva fase della procedura negoziata in considerazione del fatto che “non sono riconoscibili nell'offerta soluzioni tecniche alternative migliorative della proposta del promotore nelle quali risiede l'unico ed esclusivo scopo voluto dall'impianto normativo di cui all'art. 37 *bis* e segg. della legge 109/94”.

Successivamente, il Consorzio GST ha inviato una segnalazione a questa Autorità e, nel contempo, ha diffidato l'amministrazione appaltante dal procedere all'ulteriore fase della negoziazione del contratto con il promotore richiedendo la riammissione del predetto Consorzio alla procedura di gara. Ciò perché l'esponente ritiene che quanto asserito dalla stazione appaltante contrasta con lo spirito della disciplina di cui trattasi che non pone in alcun modo l'obbligo per i partecipanti alla licitazione privata di presentare proposte alternative sotto il profilo progettuale, realizzativo, gestionale ed economico-finanziario. Infatti, il Consorzio sostiene di aver presentato una proposta del tutto omogenea rispetto a quella del promotore proprio perché ha ritenuto di poter eseguire il progetto posto a base di gara a condizioni economicamente più favorevoli per l'Amministrazione.

L'Autorità ha chiesto al Comune di Marciana Marina di fornire i chiarimenti e le proprie valutazioni sulla questione, corredate della documentazione relativa alla procedura di gara.

Dall'esame di detta documentazione si è potuto riscontrare che l'impresa esponente è stata esclusa sulla base delle seguenti valutazioni:

- la gara di cui all'art. 37 *quater* della legge 109/94 e s.m.i. ha come finalità l'individuazione di proposte progettuali, realizzative, gestionali ed economico-finanziarie alternative a quelle del promotore, mentre il Consorzio GST ha presentato un'offerta assolutamente identica a quella del promotore, ad eccezione della strutturazione finanziaria e del livello degli indicatori di convenienza economica;

- il piano economico-finanziario presentato dal concorrente si limita ad una riproduzione di quello presentato dal promotore, con l'unica differenza del minor contributo richiesto all'Amministrazione, fattore quest'ultimo che potrebbe compromettere la stessa realizzabilità dell'opera.

Stante il rilievo che riveste la questione in oggetto ed il coinvolgimento di molteplici interessi del settore degli appalti pubblici, in conformità a quanto disposto nel Regolamento sul funzionamento dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, l'Autorità stessa ha convocato un'audizione, che si è tenuta presso la propria sede in data 26 luglio 2000 per discutere i seguenti punti:

- ambito di valutazione dell'offerta da parte della stazione appaltante;

- maggiore economicità e convenienza delle offerte che vengono presentate dall'offerente nella gara di licitazione privata di cui all'art. 37 *quater* della legge 109/94 e successive modifiche ed integrazioni.

All'audizione hanno partecipato rappresentanti del Comune di Marciana Marina e del Consorzio GST.

L'amministrazione comunale ha posto in evidenza l'opportunità di ottenere dall'Autorità un chiarimento sulle modalità di svolgimento della gara e sulla funzione del risarcimento che spetta al concorrente non aggiudicatario ai sensi dell'art. 37 *quater*, comma 5, della predetta legge quadro. Per quanto attiene a quest'ultima questione, infatti, l'ente appaltante pone in rilievo che nel caso si ritenesse ammissibile che un concorrente presenti un progetto identico a quello del promotore potrebbe avere interesse a partecipare alla gara al solo scopo di lucrare il rimborso previsto dalla norma suindicata. Tale perplessità verrebbe meno solo se si ritenesse che i partecipanti alla procedura di gara per l'affidamento della concessione debbano presentare soluzioni progettuali diverse da quella del proponente e con essa confrontabili.

I rappresentanti del Consorzio GST hanno confermato le considerazioni svolte nell'esposto suddetto aggiungendo che le perplessità della stazione appaltante in merito alla diminuzione del contributo richiesto all'amministrazione sono infondate in quanto detta diminuzione offerta dal Consorzio si basa sulla correttezza della formulazione del piano economico-finanziario rispetto alle previsioni contenute nel bando di gara e nella relativa convenzione.

CONSIDERAZIONI DELL'AUTORITÀ

Va preliminarmente precisato che l'intervento di questa Autorità è finalizzato a stabilire l'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare, soprattutto in presenza di norme che possono ingenerare dubbi applicativi come nella fattispecie in esame, al fine di garantire il rispetto dei principi generali di cui all'art. 1, comma 1, della legge 109/94 e successive modificazioni.

La prima questione che si pone all'esame di questa Autorità, inerisce al contenuto dell'offerta presentata dal concorrente alla licitazione privata prevista dall'art. 37 *quater*, lettera a), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni. In particolare, si vuole stabilire se la stessa possa o debba contenere varianti al progetto posto a base di gara.

E' opportuno al riguardo considerare che con la legge quadro sui lavori pubblici il legislatore non ha provveduto a delineare un istituto giuridico autonomo ed autosufficiente per il *project financing*, bensì ha scelto di introdurre detto sistema di realizzazione delle opere pubbliche innestandolo su quello proprio della concessione, come risultante dalle modifiche alla legge stessa intervenute nel corso degli ultimi anni.

Occorre, pertanto, muovere dall'esame della disciplina che il legislatore ha dettato per quest'ultima, in particolare per quanto attiene alla fase dell'aggiudicazione della concessione mediante licitazione privata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'art. 20, comma 2, della legge 109/94 e s.m.i. espressamente prevede che "le concessioni di cui all'art. 19 sono affidate mediante licitazione privata, ponendo a base di gara un progetto preliminare corredato, comunque, anche degli elaborati relativi alle preliminari essenziali indagini geologiche, geotecniche, idrologiche e sismiche; l'offerta ha ad oggetto gli elementi di cui all'articolo 21, comma 2, lett. b), nonché le eventuali proposte di varianti al progetto posto a base di gara...".

Inoltre, l'art. 85, comma 2, del D.P.R. 554/99 prescrive che "le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere la facoltà per i concorrenti di inserire nell'offerta la proposta di eventuali varianti al progetto posto a base di gara, indicando quali parti dell'opera o del lavoro è possibile variare e a quali condizioni".

L'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa tende a dare all'aggiudicazione caratteristiche di elasticità, contrapponendosi a criteri meramente automatici e stimolando un confronto concorrenziale fra imprese basato non unicamente sul prezzo migliore, ma sulla vantaggiosità complessiva dell'offerta, combinata alle soluzioni tecniche proposte, che tenga soprattutto conto del rapporto costo-benefici.

Dalla lettura delle norme anzidette appare inoltre con chiarezza che, relativamente alla gara per l'aggiudicazione della concessione, il legislatore ha ammesso la facoltà per i partecipanti di presentare offerte comprensive di varianti al progetto preliminare posto a base di gara. Trattasi, comunque, di una mera facoltà per il concorrente e non di un obbligo come si deduce facilmente dall'uso dei termini "possono" ed "eventuali".

Facoltà peraltro sempre ammessa salvo il caso in cui l'amministrazione espressamente non la escluda, con apposita clausola del bando, qualora abbia interesse a che l'opera sia realizzata esclusivamente con le caratteristiche previste dal progetto preliminare posto a base di gara.

Preso atto, quindi, che modifiche al progetto preliminare possono essere presentate nella procedura di licitazione privata in relazione alle concessioni, occorre ora esaminare come operi detta facoltà nel caso dello speciale procedimento di affidamento della concessione di cui all'art. 37 *quater* della legge 109/94 e s.m.i..

Occorre in primo luogo osservare che, ai sensi degli artt. 37 *bis* e segg. della legge quadro, esaurita la fase della presentazione della proposta da parte del o dei promotori e dell'individuazione di quella ritenuta di pubblico interesse da parte dell'Amministrazione, si apre la fase negoziale che ha ad oggetto l'affidamento della concessione, comprensiva della progettazione definitiva, della progettazione esecutiva, dell'esecuzione e della gestione dell'opera oggetto della proposta stessa.

A tal fine, l'art. 37 *quater*, comma 1, lett. a), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni espressamente prevede che le amministrazioni al fine di aggiudicare mediante procedura negoziata la relativa concessione di cui all'articolo 19, comma 2, della stessa legge, procedono per ogni proposta ritenuta di pubblico interesse "ad indire una gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 21, comma 2, lett. b), ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, nonché il valore degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore".

Lo stesso articolo alla lettera b) prevede, inoltre, che la concessione si aggiudica "mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla lettera a),; nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge tra il promotore e questo unico soggetto".

Appare del tutto evidente che il collegamento tra *project financing* e concessione è stato enfatizzato in via diretta dalle disposizioni in commento prevedendo una speciale procedura per l'affidamento della concessione nell'ipotesi in cui la realizzazione dell'opera sia proposta da un promotore. In particolare il procedimento di selezione mediante licitazione privata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa dei due concorrenti da invitare successivamente alla procedura negoziata richiama lo stesso strumento concorsuale individuato per l'aggiudicazione della concessione dall'art. 20, comma 2, sopra richiamato.

Va, tuttavia, opportunamente sottolineato che il procedimento di affidamento della concessione nelle operazioni di *project financing* si snoda attraverso due fasi distinte: la prima è costituita da una licitazione privata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; la seconda da una procedura negoziata tra il promotore e i due soggetti che hanno presentato le due migliori offerte nella licitazione privata suindicata.

Diverso è quindi il momento dell'aggiudicazione della concessione che, relativamente alle operazioni in *project financing*, a iniziativa di promotore avviene solo al termine della procedura negoziata. E diversa è anche la funzione della procedura di licitazione privata che, sempre nei procedimenti su iniziativa del promotore, è utilizzata dall'Amministrazione al solo scopo di selezionare le offerte che potranno confrontarsi con quella del promotore nella futura procedura negoziata.

Tenuto conto delle suesposte differenze esistenti tra le due forme di licitazione privata previste per le procedure ad iniziativa della pubblica amministrazione e per quelle ad iniziativa dei privati, si tratta ora di esaminare in relazione a quest'ultima quale possa essere il contenuto dell'offerta del concorrente alla licitazione privata.

Dovrà stabilirsi, quindi, sia in relazione al subprocedimento della gara che a quello della procedura negoziata, se le offerte debbano o possano diversificarsi dalla proposta del promotore soltanto per quanto attiene l'offerta economica (prezzo richiesto o prezzo che il concorrente è disposto a corrispondere, ex art. 87, c.1 lett. a), e b)), o se possano differenziarsi anche sotto altri profili, quali l'intera organizzazione della gestione, sul presupposto di un diverso piano finanziario o, addirittura, relativamente allo stesso progetto posto a base di gara.

Bisogna innanzi tutto ricordare che il progetto proposto dal promotore è stato fatto proprio dall'amministrazione a seguito del procedimento di valutazione di cui all'art. 37 *ter* della legge quadro, che può anche aver imposto modifiche al progetto inizialmente proposto.

Non essendo la fase della licitazione privata di cui trattasi, come sopra ricordato, finalizzata alla scelta dell'aggiudicatario finale, ma unicamente a selezionare le due migliori offerte economicamente più vantaggiose al fine successivamente di porre in essere la fase della procedura negoziata fra le stesse ed il promotore, si potrebbe ritenere che, sulla base dei principi generali relativi al sistema della licitazione privata stessa, è da ritenersi legittima l'offerta di un concorrente che formuli unicamente proposte economiche migliorative rispetto a quella del promotore.

Inoltre, nel caso in cui il concorrente modifichi l'organizzazione della gestione in relazione all'opera da realizzare, con ciò modificando il valore degli elementi per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa posti a base della gara, sarà necessario, come stabilito dall'atto di regolazione n. 34/2000 di questa Autorità, che esso presenti un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito "in quanto l'attività di asseveramento è volta ad assicurare in primo luogo la coerenza del piano economico-finanziario in relazione agli elementi di cui all'art. 85, comma 1, del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554."

Per quanto attiene poi alla possibilità di proporre varianti progettuali occorre operare una distinzione tra le due fasi in cui si articola il procedimento in esame.

Se si ammettesse nella fase della licitazione privata che i singoli partecipanti possano introdurre modifiche progettuali, si potrebbe finire per snaturare il progetto posto a base di gara o comunque per non renderlo comparabile con quello originario. Ciò, invece, risulta possibile nella fase della procedura negoziata dove il progetto del promotore viene messo a confronto con quelli dei concorrenti selezionati precedentemente, mediante l'apertura di un dialogo competitivo multiplo e flessibile, non limitato dalla struttura formalmente più rigida della licitazione privata.

In conclusione, è da ritenersi che non vi sia alcun obbligo per i partecipanti alla licitazione privata di presentare un'offerta contenente varianti al progetto posto a base di gara, ma che la possibilità di varianti sia una facoltà attribuita agli stessi dalla legge e dal regolamento attuativo, esercitabile nella fase della procedura negoziata anche relativamente alla sola individuazione del prezzo richiesto od offerto ai sensi dell'art. 87, co. 1 lett. a), e b) del D.P.R. n. 554 citato.

Altra questione di particolare interesse, infine, appare quella relativa al meccanismo previsto dal legislatore per il rimborso per le spese sostenute dal promotore o dai concorrenti nel caso in cui uno di essi non risulti aggiudicatario.

Detto meccanismo ha lo scopo di incentivare la promozione di opere pubbliche nei soggetti privati.

Tuttavia, appare opportuno sottolineare che, se per quanto riguarda il caso del promotore che non risulti aggiudicatario, il meccanismo di rimborso previsto dall'art. 37 *quater* trova il proprio fondamento negli oneri che sicuramente il promotore stesso avrà sostenuto per la elaborazione della proposta, non altrettanto chiaro risulta lo spirito della norma quando disciplina l'ipotesi del promotore che risulti aggiudicatario.

Infatti, in quest'ultimo caso è previsto che esso debba versare al primo e al secondo in graduatoria della licitazione privata le spese sostenute per la predisposizione della proposta e nelle misure rispettivamente del 60% e del 40%. Ora, da un lato, il rimborso di cui trattasi potrebbe essere ben superiore rispetto alle spese sostenute che non sono ovviamente in nessun modo equiparabili a quelle del promotore, poiché non comprendenti gli oneri di promozione dell'opera; dall'altro, può apparire anomalo che, nel caso di aggiudicazione ad altro concorrente, la legge abbia previsto unicamente un rimborso per il promotore, nulla spettando al secondo concorrente individuato nella licitazione privata.

Una *ratio* della norma, peraltro, va individuata nello scopo di incentivare la massima partecipazione alle procedure in *project financing* di concorrenti diversi dal promotore, al fine di instaurare con quest'ultimo un confronto concorrenziale dal cui esito l'amministrazione, e quindi la collettività, può ricavare utile beneficio. Confronto concorrenziale effettivo rispetto alla proposta del promotore, che è incentivato proprio dalla natura, ritenuta penalizzante, del secondo classificato.

In ogni caso, trattandosi di un meccanismo di rimborso automatico, cioè senza alcun vaglio delle spese sostenute da parte dei concorrenti, esso opera a prescindere dal fatto che i concorrenti abbiano o meno presentato nella propria offerta varianti progettuali.

CONCLUSIONI

Sulla base delle suesposte considerazioni, il Consiglio dell'Autorità delibera:

I partecipanti alla licitazione privata indetta sulla base della proposta del promotore (art. 37 *quater*, comma 1, lett. a), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni) non sono tenuti nell'offerta a proporre varianti al progetto del promotore stesso posto a base di gara.

Ne segue che anche il rimborso della spesa che non spetta automaticamente a tutti i partecipanti alla gara non dipende dalla introduzione di varianti progettuali, ma spetta senza che occorra alcun vaglio delle spese effettivamente sostenute.

I Consiglieri

Il Presidente

Il Segretario