

ANCE

Osservazioni sul documento base: “Questioni interpretative concernenti la realizzazione di infrastrutture strategiche mediante l'istituto della finanza di progetto e mediante contraente generale”

Audizione presso l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture del 26 gennaio 2011

Premessa

Nell'ambito del codice dei contratti pubblici le infrastrutture strategiche trovano una specifica disciplina contenuta nella parte II, titolo III, capo IV, che tuttavia per quanto in essa non espressamente previsto rinvia alla disciplina generale relativa alle opere ordinarie (art. 161, comma 6).

In particolare, per quanto attiene alla finanza di progetto, l'art. 175 del codice contiene alcune disposizioni specifiche per le opere strategiche, richiamando le procedure previste dall'art. 153, senza tuttavia fornire indicazioni di coordinamento sotto il profilo delle procedure di affidamento e di quelle di programmazione ed approvazione della progettazione degli interventi strategici.

Occorre dunque valutare se le diverse procedure di gara previste per le opere ordinarie trovino applicazione anche per quelle strategiche ed individuare eventuali modalità applicative peculiari per tale settore.

L'Autorità inoltre pone due ulteriori problematiche applicative riguardanti il settore delle opere strategiche, ossia l'applicabilità dell'istituto del leasing in costruendo e la possibilità di affidare la progettazione a soggetti esterni al contraente generale.

Procedure di gara previste dall'art. 153

Quanto alle procedure di gara per la scelta del promotore da applicarsi alle opere strategiche, si fa presente che l'art. 175 del codice fa un generico riferimento all'art. 153, senza distinguere le diverse tipologie di gara dallo stesso previste.

Al riguardo, l'Autorità ritiene che possa trovare senz'altro applicazione la seconda procedura c.d. bifasica (art. 153, comma 15), considerato che la seconda fase è effettuata a valle dell'approvazione del progetto preliminare, che per le opere strategiche spetta al CIPE. Ciò in quanto tale procedura è pienamente compatibile con la

previsione dell'art. 175, comma 5 che prevede l'esperimento della gara "entro un mese dalla delibera di approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE".

A parere dell'Autorità, qualche problema di compatibilità potrebbe porsi con riguardo alla procedura a gara unica o c.d. monofasica (art. 153, commi 1-14), nella quale l'approvazione del progetto preliminare avviene successivamente all'indizione dell'unica gara prevista prima dell'affidamento della concessione.

In tale ipotesi, occorre chiarire se tale procedura possa ritenersi coerente con la previsione sopra citata di cui all'art. 175, comma 5, che richiede che il progetto preliminare dell'opera strategica sia approvato dal CIPE prima del bando di gara.

A parere di questa Associazione, la norma richiamata non appare ben coordinata con le modifiche apportate dal terzo decreto correttivo alla finanza di progetto e dunque il dato letterale non sembra assumere il significato di una chiara scelta del legislatore nel senso di escludere le procedure diverse da quella bifasica. Sembra, pertanto, ragionevole la soluzione indicata dalla stessa Autorità di vigilanza, secondo cui l'approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE potrebbe intervenire nel corso della procedura unica di gara dopo l'aggiudicazione provvisoria e prima della definitiva.

Tale soluzione appare maggiormente percorribile rispetto all'alternativa di sottoporre al CIPE il solo studio di fattibilità necessario per l'inserimento dell'opera nella lista redatta dal Ministero delle infrastrutture. Se, infatti, si ritenesse non necessaria l'approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE, si verrebbe anche a contraddire il disposto del comma 4 dell'art. 175 che richiede chiaramente la valutazione della proposta del promotore, consistente nel progetto preliminare, da parte del CIPE, senza distinzioni in ordine alla tipologia di procedura seguita.

Per quanto riguarda le due ulteriori procedure di gara contemplate dall'art. 153, ossia quella relative ad opere in programma in caso di inerzia della stazione appaltante (comma 16) e quella relativa ad opere non inserite in programma (comma 19), occorre effettuare una premessa con riferimento alle specifiche procedure di individuazione delle opere strategiche.

Infatti, queste sono individuate in un programma specifico approvato dal CIPE che attribuisce a monte il carattere strategico alle opere ivi previste; per quelle suscettibili di sfruttamento economico, il ricorso al promotore può essere attivato, a seguito di richiesta dei soggetti aggiudicatori, mediante l'inserimento dell'opera nella lista pubblicata dal Ministero delle infrastrutture, come previsto dall'art. 175, comma 1.

Pertanto, l'ipotesi della procedura di gara attivata su iniziativa del privato in caso di inerzia della stazione appaltante può trovare applicazione nel caso in cui l'opera sia stata inserita nella lista del Ministero, ma l'amministrazione non abbia proceduto a pubblicare il relativo bando di gara. In tale ipotesi, si ritiene che trovi piena applicazione l'art. 153, comma 16 anche nella parte in cui impone all'amministrazione di valutare le proposte presentate.

Diverso il caso in cui l'opera, inserita nel programma CIPE e dunque avente sicuramente carattere di opera strategica, non sia però inclusa nella lista del Ministero. In tal caso, il problema è chiarire se residui un margine di iniziativa in capo al privato che potrebbe richiedere l'inserimento dell'opera nella lista.

A questa ipotesi sembra riferirsi espressamente l'art. 175, comma 2, laddove prevede la facoltà degli operatori economici di presentare direttamente al Ministero proposte di intervento e studi di fattibilità di opere da inserire nella lista. La disciplina specifica prevede, tuttavia, una rilevante differenza rispetto a quella ordinaria di cui al comma 19 dell'art. 153, nel senso che non impone al Ministero alcun obbligo di valutazione della proposta stessa. Per il principio di specialità, si ritiene che questa previsione espressa non possa che prevalere su quella generale.

Applicazione alle opere strategiche del leasing in costruendo

L'Autorità di vigilanza evidenzia, da un lato, che l'art. 161, comma 6, lettera c) contiene un richiamo generico per le opere strategiche alle disposizioni relative alle opere ordinarie, tra le quali anche quella che disciplina il leasing in costruendo (art. 160 bis) e dall'altro che l'art. 173 prevede la realizzazione delle infrastrutture strategiche soltanto attraverso gli strumenti della concessione e del contraente generale.

Si pone, pertanto, il problema di stabilire se l'istituto del leasing in costruendo possa trovare applicazione anche alle opere strategiche.

Al riguardo, si evidenzia che la figura del contraente generale prevede tra le prestazioni oggetto del contratto anche il prefinanziamento, in tutto o in parte, dell'opera da realizzare. Sembrerebbe, pertanto, di scarsa utilità, nel settore delle opere strategiche, l'istituto del leasing in costruendo, il quale presenta profili di specificità e requisiti che caratterizzano la prestazione finanziaria, tali da richiedere la presenza, accanto al soggetto realizzatore, di un soggetto finanziatore debitamente autorizzato ai sensi del T.U. leggi bancarie.

Affidamento della progettazione

L'Autorità di vigilanza pone la questione relativa alla possibilità che il contraente generale affidi direttamente a terzi l'attività di progettazione oggetto del suo contratto.

In proposito, vengono in considerazione:

- 1) l'art. 162, comma 1, lettera g) che definisce l'affidamento a contraente generale il contratto con il quale viene affidata la progettazione e realizzazione dell'opera "con qualsiasi mezzo";
- 2) l'art. 176, comma 6 in base al quale il contraente generale provvede all'esecuzione unitaria delle attività "direttamente ovvero, se costituito da più soggetti, a mezzo della società di progetto";
- 3) l'art. 176, comma 7 che prevede espressamente che il contraente generale possa eseguire i lavori affidati "direttamente nei limiti della qualificazione posseduta" ovvero "mediante affidamenti a soggetti terzi";
- 4) l'art. 176, comma 10 che rinvia all'art. 156, secondo il quale i lavori e i servizi da prestare da parte della società di progetto si intendono realizzati e prestati in proprio, anche nel caso in cui siano affidati direttamente dalla società di progetto ai propri soci.

In base a tale ricostruzione, l'Autorità sembra ritenere che il contraente generale possa eseguire la progettazione esclusivamente in modo diretto ovvero tramite la società di progetto, che a sua volta può affidare la progettazione direttamente ai propri soci, purché questi ultimi abbiano prestato i propri requisiti in fase di gara. Sembrerebbe pertanto esclusa la possibilità di un affidamento diretto a soggetti terzi.

Fermo restando l'ammissibilità dell'affidamento diretto ai soci della società di progetto, così come riconosciuto dall'Autorità, non si ravvisano, a parere di questa Associazione, particolari preclusioni ad ammettere altresì la possibilità di affidare la progettazione a terzi estranei al contraente generale.

Ciò in particolare può desumersi dalla definizione del contratto come esecuzione "con qualsiasi mezzo" e, più in generale, dalle caratteristiche peculiari del contraente generale, delineato dal legislatore quale soggetto complessivamente responsabile di tutte le attività affidategli, nonché dal rapporto con il soggetto aggiudicatore, che ha natura prevalente di obbligazione di risultato.

Pertanto, ove si pervenisse a diversa soluzione, non si comprenderebbe la disparità di trattamento dell'attività di progettazione rispetto a quella di esecuzione dei lavori, caratterizzata da ampia libertà organizzativa.