

Ministero Infrastrutture e Trasporti

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

Oggetto: Audizione presso l’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici sulle problematiche relative alla realizzazione di infrastrutture strategiche mediante l’istituto della finanza di progetto e mediante contraente generale.

Con riferimento al documento di consultazione predisposto da codesta Autorità sulle problematiche in oggetto, inviato con nota prot. n. 97606 del 24.12.2010, si rappresenta quanto segue.

In via preliminare, si condivide quanto rilevato dall’Autorità circa alcuni disallineamenti, presenti nel codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006, fra le disposizioni dettate dall’articolo 175, che disciplina la finanza di progetto con il sistema del promotore relativamente alle opere di interesse strategico, e quelle dettate all’articolo 153, che reca la disciplina della finanza di progetto in via generale per i contratti di lavori pubblici.

Una siffatta circostanza, dovuta alla mancanza di un opportuno coordinamento tra le disposizioni sopra richiamate, in sede dei successivi interventi di modifica del codice con i decreti legislativi correttivi, sembrerebbe richiedere un intervento legislativo volto a superare le questioni interpretative sorte in merito ai meccanismi procedurali applicabili alle infrastrutture strategiche in materia di project financing.

Passando ad esaminare i punti critici posti in rilievo dall’Autorità di Vigilanza, si rileva quanto segue.

Rispetto alla questione relativa all’**obbligo di pubblicazione del bando di gara** per la scelta del promotore, sembra che il problema posto dall’Autorità di Vigilanza trovi risposta, quantomeno dal punto di vista testuale, nell’articolo 175, comma 1, del codice dei contratti pubblici, secondo cui: “Il Ministero pubblica sul sito informatico di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici in data 6 aprile 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 100 del 2 maggio 2001, nonché nella Gazzetta Ufficiale italiana e comunitaria, la lista delle infrastrutture, inserite nel programma di cui al comma 1 dell’articolo 162, per le quali i soggetti aggiudicatori intendono avviare le procedure di cui all’articolo 153. Nella lista è precisato, per ciascuna infrastruttura, l’ufficio del

soggetto aggiudicatore presso il quale gli interessati possono ottenere le informazioni ritenute utili”.

Infatti, è vero che tale disposizione trae origine da una precedente versione dell'articolo 175 - che aveva dato adito a dubbi alla luce del secondo comma del medesimo articolo, che faceva riferimento ad un avviso indicativo - ma è altrettanto vero che, allo stato, risulta modificato anche il secondo comma dell'articolo 175 che non richiama più l'avviso indicativo ma la lista di cui al comma 1.

Sembrerebbe comunque che dal rinvio alle procedure di cui all'articolo 153 contenuto nell'articolo 175, comma 1, derivi l'obbligo della pubblicazione del bando per la scelta del promotore, alla luce del testo vigente dell'articolo 175 commi 1 e 2. Peraltro, occorre tenere conto che il disposto dell'art. 165 comma 2, che testualmente recita che “Ove il soggetto aggiudicatore intenda sollecitare, per la redazione del progetto preliminare, la proposta di un promotore, ne dà immediata comunicazione al Ministero, ai fini della pubblicazione dell'avviso di cui all'articolo 175, comma 1”, sconta un evidente problema di mancato coordinamento fra norme (l'art. 175 fa riferimento ad una lista e non più ad un avviso).

La soluzione interpretativa proposta dall'Autorità di Vigilanza, nel senso dell'obbligatorietà della scelta del promotore attraverso una procedura di gara con pubblicazione del bando, sembra condivisibile atteso che la lista di cui all'art. 175, seppure assolve alla funzione di rendere noti gli interventi che si intende realizzare in finanza di progetto, non contiene gli elementi individuati dall'articolo 153 del codice, ed indicati ai commi 3 e 15, rispettivamente per la procedura unica e per la procedura di affidamento bifasica, quali elementi necessari per l'espletamento delle procedure di cui all'art. 153.

Tuttavia, per un coordinamento effettivo fra le due disposizioni, occorre intervenire sull'art. 165, comma 2, sostituendo il termine “avviso” con il termine “lista”.

Con riferimento alla **questione dell'applicabilità alle infrastrutture di interesse strategico della procedura a gara unica**, si rileva che i commi 4 e 5 dell'articolo 175 del codice dei contratti pubblici non sembra debbano essere intesi nel senso dell'esclusione della possibilità di esperire la procedura monofasica, nonostante sussistano alcuni difetti di coordinamento tra le disposizioni del codice in *subiecta materia*.

Tuttavia, tenuto conto che il comma 4 dell'articolo 175 fa riferimento alla valutazione ed all'approvazione da parte del CIPE non del solo progetto preliminare ma dell'intera proposta del promotore, sarebbe opportuno che il bando, onde evitare contenziosi con l'eventuale aggiudicatario della gara, prevedesse espressamente l'eventualità della mancata approvazione della proposta da parte del CIPE.

Ciò sia nel caso di scelta della procedura monofasica che di quella bifasica, atteso che è previsto per entrambe che la gara per la scelta del promotore (ed in caso di procedura monofasica anche del concessionario) venga indetta sulla base del solo studio di fattibilità.

Peraltro, in caso di procedura monofasica dovrebbe essere individuato con chiarezza ed univocità il momento della procedura di affidamento in cui debba intervenire l'approvazione del CIPE sul progetto preliminare, se fra l'aggiudicazione provvisoria e

quella definitiva, come propone l'Autorità di Vigilanza, ovvero prima della stipula del contratto di appalto e dopo l'aggiudicazione definitiva, come sembrerebbe preferibile atteso che in tale ipotesi il soggetto aggiudicatore ha già compiuto tutte le verifiche sul possesso da parte del promotore prescelto dei requisiti prescritti e pertanto la successiva approvazione del CIPE avviene sul preliminare presentato dall'effettivo promotore e, una volta acquisita, consente *tout court* la stipula del contratto.

In ogni caso, il quinto comma dell'articolo 175, che fa riferimento ai tempi della gara, sembrerebbe potersi intendere riferito solo alla procedura bifasica dell'art. 153 e, in tale ambito, alla "seconda" gara..

Alla luce della previgente disciplina e delle interpretazioni proposte dall'Autorità di Vigilanza, si ritiene dunque opportuno un intervento del legislatore volto a specificare nel dettaglio le procedure per l'affidamento in project financing delle infrastrutture strategiche e ad assicurare un maggior coordinamento fra le norme speciali e quelle di carattere generale.

Tuttavia, muovendosi nell'ambito dell'attuale assetto normativo, caratterizzato dal richiamo, contenuto nell'articolo 175, alle procedure dell'articolo 153, sembrerebbe doversi ritenere, in via interpretativa, che l'utilizzo dello strumento del promotore per le infrastrutture strategiche debba avvenire con le seguenti modalità:

1. il soggetto aggiudicatore comunica al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti l'elenco dei progetti per i quali intende procedere ai sensi dell'art. 153;
2. il Ministero pubblica la lista ai soli fini di notizia e pubblicità, posto che il soggetto aggiudicatore deve comunque provvedere alla pubblicazione del bando di cui all'art. 153 per la scelta del promotore;
3. la gara procede *in toto* sulla falsariga dell'art. 153, potendo il soggetto aggiudicatore scegliere tra l'utilizzo della procedura monofasica o di quella bifasica fermo restando che il bando di gara della procedura monofasica e il bando della prima gara della procedura bifasica devono prevedere espressamente l'eventualità della mancata approvazione della proposta da parte del CIPE;
4. l'approvazione del progetto preliminare di cui all'art. 153, comma 10, lett. c) avviene nel rispetto dell'art. 165 del codice;
5. nella procedura monofasica, il progetto preliminare è sottoposto all'approvazione del CIPE dopo che l'aggiudicazione definitiva abbia acquisito efficacia.

Inoltre, relativamente alla **procedura di cui all'art. 153, comma 16**, sembrerebbe non doversi escludere l'applicabilità della stessa alle infrastrutture strategiche, fermi restando gli opportuni adattamenti necessari ad escludere l'indizione del dialogo competitivo nell'ipotesi in cui il progetto preliminare necessiti di modifiche. Con riferimento alla **procedura ad iniziativa privata** ed alla valutazione delle proposte, si condivide quanto riportato nel documento dell'Autorità.

Le soluzioni prospettate in via interpretativa delle problematiche emerse, non fa comunque venire meno le problematiche connesse alla durata della procedura di affidamento con il sistema della finanza di progetto per le infrastrutture strategiche,

posto che l'approvazione della proposta e del progetto preliminare da parte del CIPE comporta tutta una serie di passaggi ulteriori e di tempi di attesa non trascurabili. Tanto più che il CIPE è chiamato a valutare l'intera proposta del promotore prescelto (sia in caso di procedura monofasica che bifasica) e, ove detta valutazione si chiuda con esito negativo, è previsto che l'istruttoria debba ripetersi nonostante le valutazioni già compiute dal soggetto aggiudicatore e le eventuali modifiche e/o integrazioni al progetto già apportate dal promotore (soprattutto nella procedura monofasica).

Ne deriva che la questione, come già più volte richiamato, debba essere esaminata sotto un profilo più generale al fine di valutare l'opportunità di porre in essere un intervento normativo che non sia limitato a chiarire la definizione nel dettaglio delle singole fasi della procedura di scelta del promotore in materia di infrastrutture strategiche, ma divenga l'occasione per un ripensamento dell'istituto riferito alle infrastrutture strategiche secondo una logica ed una scansione temporale maggiormente compatibile con le peculiarità proprie dei procedimenti di approvazione dei progetti in materia di infrastrutture strategiche e che tenga conto dei molteplici interessi coinvolti e delle diverse Autorità chiamate ad esprimersi nella fase istruttoria.

Con riferimento alla **locazione finanziaria**, deve rilevarsi che, nonostante le conclusioni cui perviene l'Autorità possano ritenersi sostanzialmente condivisibili dal punto di vista teorico, esse si fondano su di un'interpretazione estensiva delle disposizioni vigenti, in relazione alle quali sarebbe – anche in questo caso - preferibile un intervento normativo *ad hoc*, che si basi su una specifica valutazione della specifica fattispecie

Si rappresenta infine che, per quanto attiene alla **realizzazione della progettazione nell'ambito degli affidamenti a contraente generale**, si condividono le considerazioni riportate nel corrispondente paragrafo del documento dell'Autorità.