



Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

DETERMINAZIONE n. 1

Del 14 gennaio 2009

LINEE GUIDA SULLA FINANZA DI PROGETTO DOPO L'ENTRATA IN VIGORE
DEL C.D. "TERZO CORRETTIVO" (D. LGS. 11 SETTEMBRE 2008, N. 152)

PREMESSE

Una delle più importanti innovazioni contenute nel d.lgs. n. 152/2008, correttivo al d.lgs. n. 163/2006 (d'ora innanzi "Codice"), riguarda l'introduzione di nuove procedure per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici con l'utilizzo, totale o parziale, di risorse private.

Il d.lgs. n. 152/2008 introduce all'articolo 153 del Codice un sistema innovativo, che comporta per l'amministrazione una scelta preliminare tra la "classica" procedura di affidamento delle concessioni di lavori pubblici prevista dall'articolo 143 del Codice e due nuove procedure; è poi prevista una terza procedura, alla quale i soggetti privati legittimati dalla norma possono ricorrere per superare l'eventuale inattività della pubblica amministrazione stessa.

L'Autorità, tenuto conto del nuovo assetto della materia, ritiene opportuno fornire alle amministrazioni aggiudicatrici ed alle imprese, alcune prime indicazioni operative, sia in merito a talune problematiche interpretative riguardanti le nuove procedure di gara delincate dal legislatore, sia in merito ai contenuti dello *studio di fattibilità*.

A tali indicazioni faranno seguito ulteriori approfondimenti in merito ai criteri di redazione dei bandi di gara e all'applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'Autorità, data la complessità del tema ed il coinvolgimento di numerosi interessi di

settore, ha elaborato due documenti, che sono stati sottoposti all'attenzione degli operatori pubblici e privati, convocati in audizione, al fine di acquisire le relative valutazioni e indicazioni.

Sulla base di quanto sopra considerato

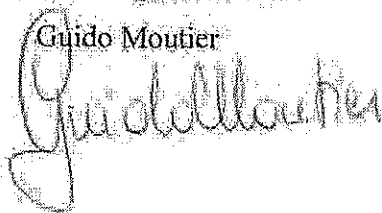
IL CONSIGLIO

approva le seguenti linee guida:

- 1) "linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici mediante le procedure previste dall'articolo 153 del Codice";
- 2) "linee guida per la redazione dello studio di fattibilità".

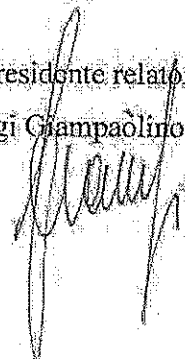
Il Consigliere relatore

Guido Moutier



Il Presidente relatore

Luigi Ciampaolino



Depositato presso la Segreteria del Consiglio
in data 15 gennaio 2009.

Il Segretario
Marco Esposito



*Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici
di lavori, servizi e forniture*

**LINEE GUIDA PER L'AFFIDAMENTO DELLE
CONCESSIONI DI LAVORI PUBBLICI MEDIANTE LE
PROCEDURE PREVISTE DALL'ARTICOLO 153 DEL
D.LGS 163/2006**

A handwritten signature in dark ink, located in the bottom right corner of the page.

INDICE

1. IL REGIME TRANSITORIO
2. LA FASE DELLA PROGRAMMAZIONE
 - 2.1 LO STUDIO DI FATTIBILITÀ
 - 2.2 LE PROPOSTE DEI PRIVATI
3. LE MODALITÀ DI SVOLGIMENTO DELLA PROCEDURA A GARA UNICA (COMMI 1- 14)
 - 3.1 LA FASE DELLA GARA
 - 3.1.1 PROCEDURE DI AFFIDAMENTO, BANDIE PUBBLICITÀ
 - 3.1.2 I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE
 - 3.1.3 LE GARANZIE
 - 3.1.4. I CONTENUTI DELLE OFFERTE
 - 3.1.5 IL CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE
 - 3.2 L'APPROVAZIONE DEL PROGETTO E LA STIPULA DEL CONTRATTO
4. LO SVOLGIMENTO DELLA PROCEDURA A DOPPIA GARA (COMMA 15)
 - 4.1 LA PRIMA GARA E L'APPROVAZIONE DEL PROGETTO
 - 4.2 LA SECONDA GARA
5. LO SVOLGIMENTO DELLA PROCEDURA AD INIZIATIVA DEI PRIVATI (COMMA 16)



1. IL REGIME TRANSITORIO

L'articolo 1, comma 2 del d.lgs. n. 152/2008 prevede che *"la disciplina recata dall'articolo 153 del codice, come sostituito dal presente decreto, si applica alle procedure i cui bandi siano stati pubblicati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto; in sede di prima applicazione della nuova disciplina, il termine di sei mesi di cui all'articolo 153, comma 16, primo periodo, decorre dalla data di approvazione del programma triennale 2009-2011"*.

Da tale disposizione si evince che la disciplina prevista all'articolo 153 del Codice, come modificato dal d.lgs. n. 152/2008, si applica alle procedure i cui bandi siano pubblicati dopo il 17 ottobre 2008, data di entrata in vigore dello stesso decreto, qualora ricorrano i presupposti richiesti dalla norma per l'avvio delle medesime procedure. Tali presupposti sono costituiti dall'inserimento dello *studio di fattibilità* dell'intervento nella programmazione triennale e nell'elenco annuale, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice. Quest'ultima, dovrà, quindi, attivarsi per porre in essere le condizioni necessarie all'avvio delle nuove procedure prima della pubblicazione del bando di gara.

Per gli avvisi già pubblicati secondo la previgente formulazione dell'articolo 153, ancorché le proposte non siano ancora pervenute, o non ancora prese in esame, si applica dunque la precedente disciplina.

Nel caso di mancanza di proposte alla scadenza del termine ultimo previsto per la loro presentazione, le amministrazioni aggiudicatrici potranno utilizzare la nuova procedura, mediante la pubblicazione di un bando di gara, sempre nel rispetto dei presupposti attualmente previsti (*inserimento nell'elenco annuale e redazione di adeguato studio di fattibilità*).

Un aspetto che merita di essere precisato riguarda il *dies a quo* di applicazione delle ulteriori modifiche apportate all'istituto della concessione ed in particolare quelle introdotte all'articolo 159 (*subentro*) ed all'articolo 160 (*privilegio*).

La norma transitoria contenuta nell'articolo 1, comma 2, del d.lgs. n. 152/2008 dispone espressamente l'applicabilità, a partire dal 17 ottobre 2008, soltanto delle nuove procedure di cui all'articolo 153. L'articolo 2, lett. vv) del terzo correttivo introduce una norma transitoria nell'ambito dell'articolo 253 del Codice, prevedendo che, nelle more

dell'emanazione del decreto ministeriale che stabilirà le modalità di attuazione dell'istituto del subentro, tali criteri potranno essere fissati dalle parti nel contratto.

La modifica più rilevante introdotta all'istituto del subentro riguarda la fissazione del termine per la designazione del soggetto subentrante: infatti, mentre nella previgente normativa tale termine era fissato dalla legge in novanta giorni, la nuova disposizione stabilisce che il termine sia previsto nel contratto o, in mancanza, sia assegnato dall'amministrazione aggiudicatrice.

Tale innovazione introduce una normativa più flessibile, che rimette all'autonomia negoziale la fissazione del termine suddetto; pertanto, si può ritenere che la nuova disciplina del subentro si applichi anche alle procedure in corso, ivi comprese quelle indette ai sensi dell'articolo 143, laddove il contratto sia già stato stipulato, le parti potranno di comune accordo prevedere un termine diverso da quello vigente al momento della conclusione del contratto.

Quanto all'articolo 160 del Codice, in materia di privilegio sui crediti, per i contratti di concessione di lavori pubblici, l'attuale formulazione estende il privilegio generale dei crediti dei soggetti finanziatori sui beni mobili del concessionario a quelli delle società di progetto concessionarie. Tale privilegio era anche nella normativa previgente logicamente esteso ai beni mobili della società di progetto, nell'ipotesi in cui il concessionario si fosse avvalso della facoltà di costituzione della stessa.

2. LA FASE DELLA PROGRAMMAZIONE

Preliminarmente, è opportuno svolgere alcune considerazioni sulla fase della programmazione triennale, che si conferma anche nel nuovo assetto normativo quale punto di partenza per la realizzazione di tutti i lavori pubblici, compresi quelli che si possono realizzare con il contributo dei privati.

Il terzo correttivo introduce al riguardo due novità: 1) la possibilità di inserire i lavori realizzabili con risorse private nell'elenco annuale mediante la redazione dello *studio di fattibilità* (articolo 128, comma 6); 2) alcune modifiche alla possibilità per il privato di presentare proposte per interventi da inserire nella programmazione triennale (articolo 153, comma 19).



2.1 Lo studio di fattibilità

Si osserva che lo *studio di fattibilità* assume ora una duplice valenza: esso è atto propedeutico all'inserimento delle iniziative negli strumenti di programmazione, nonché documento a base di gara nelle nuove procedure ex articolo 153 del Codice.

Appare evidente, quindi, il ruolo sostanziale che viene ad assumere lo *studio di fattibilità* e la necessità di individuarne chiaramente i contenuti minimi indefettibili, in relazione alla duplice funzione ad esso assegnata, come più dettagliatamente descritti nelle linee guida per lo studio di fattibilità.

Lo *studio di fattibilità*, redatto ai fini dell'inserimento dell'opera nella programmazione triennale e nell'elenco annuale, deve essere integrato per consentire l'individuazione degli elementi necessari ad indire la gara; quindi le amministrazioni aggiudicatrici dovranno provvedere alla sua implementazione prima di procedere all'indizione della stessa.

Sempre ai fini dell'inserimento nella programmazione, si suggerisce alle amministrazioni aggiudicatrici di sottoporre gli studi di fattibilità, relativi ad opere di particolare complessità ed importanza, ad una conferenza di servizi preliminare, ai sensi dell'articolo 14 bis della legge 241/90, al fine di verificare quali siano le condizioni per ottenere i necessari atti di consenso sui successivi livelli di progettazione.

Il Codice ed il D.P.R. n. 554/1999 non prevedono per lo *studio di fattibilità* una disciplina adeguata, sia dal punto di vista dei contenuti che del procedimento di elaborazione.

Si ritiene che la definizione in concreto dello *studio di fattibilità* debba bilanciare due esigenze: da una parte, deve consentire l'acquisizione delle necessarie autorizzazioni preliminari, in virtù della completezza ed affidabilità dei suoi contenuti e, dall'altra, deve mantenere uno spazio per la creatività dei concorrenti nella partecipazione alle successive gare.

Inoltre, tenuto conto che lo *studio di fattibilità* viene posto a base di gara e che l'articolo 153, comma 8 – come di seguito meglio specificato – ammette alla procedura solo i soggetti in possesso dei requisiti previsti nel regolamento per i concessionari, esso deve contenere anche tutte le informazioni essenziali per consentire l'individuazione dei requisiti dei concorrenti, nonché dei criteri di valutazione delle proposte e della loro relativa ponderazione.

In particolare lo *studio di fattibilità* deve consentire l'individuazione:

- a) dell'importo presunto dell'intervento, ricavato o da un computo metrico estimativo di massima o da un calcolo sommario, applicando alle quantità di lavori i costi unitari o sulla base di parametri desumibili da interventi simili;
- b) del valore complessivo dell'investimento su cui calcolare la percentuale del 2,5 %, quale limite massimo del costo di predisposizione delle offerte;
- c) delle categorie generali e specializzate dei lavori e delle classifiche delle opere da realizzare.

La corretta redazione degli *studi di fattibilità* da porre a base di gara, contenenti aspetti tecnico-progettuali, giuridico-amministrativi (*compresi quelli urbanistici*) ed economico-finanziari, ha anche lo scopo di consentire la redazione di progetti preliminari, minimizzando il rischio di modifiche in fase di approvazione.

Lo *studio di fattibilità*, mediante l'adozione di uno scenario base di riferimento, deve identificare le principali categorie di rischio connesse alla realizzazione e gestione del progetto e dimostrare il livello di fattibilità amministrativa, tecnica, economica e finanziaria del progetto.

Si segnala, inoltre, che le stazioni appaltanti, prima di decidere di realizzare l'opera con una delle forme di Partenariato Pubblico Privato e di definire le modalità di coinvolgimento del privato nella gestione dei servizi, devono analizzare l'opportunità di tale scelta rispetto alla procedura dell'appalto con risorse totalmente pubbliche.

Nelle linee guida relative allo *studio di fattibilità* è delineato il processo decisionale che consente di operare tale valutazione.

2.2 Le proposte dei privati

Quanto alla possibilità di presentare proposte da parte dei privati, la novità del comma 19 dell'articolo 153 risiede in tre profili:

- a) la necessità di corredare la proposta di uno *studio di fattibilità*;
- b) la specificazione dei soggetti che possono presentare la proposta;
- c) l'obbligo di valutazione delle proposte da parte della pubblica amministrazione.

La norma precisa che le proposte riguardano interventi non presenti nella programmazione triennale di cui all'articolo 128, ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice.

Anche per i privati che presentano la proposta, quindi, lo *studio di fattibilità* diventa un documento necessario per l'eventuale inserimento della stessa nella programmazione triennale dell'amministrazione.

E' per questo che, si ritiene, esso debba contenere gli stessi elementi indicati come essenziali per gli studi redatti dall'amministrazione.

Quanto all'individuazione dei soggetti che possono presentare le proposte, l'articolo 153, comma 19, si riferisce a quelli individuati ai commi 8 e 20 dello stesso articolo.

Ai sensi del comma 8, possono presentare le proposte di inserimento nel programma triennale:

- i soggetti in possesso dei requisiti di concessionario (cfr. articolo 98 del D.P.R. n. 554/1999 e determinazione n. 20/2001).

Ai sensi del comma 20, possono presentare le proposte di inserimento nel programma triennale:

- a) i soggetti dotati dei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali specificati dal regolamento;
- b) gli imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative;
- c) i consorzi tra società cooperative e consorzi tra imprese artigiane;
- d) i consorzi stabili di cui all'articolo 34, comma 1, lettera c);
- e) i consorzi ordinari e raggruppamenti;
- f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE);
- g) le società di ingegneria;
- h) le Camere di commercio;
- i) le fondazioni.

Per quanto riguarda i soggetti di cui alla lettera a), in attesa del nuovo regolamento, si può fare riferimento all'articolo 99 del D.P.R. n. 554/1999, che disciplina i requisiti del promotore ed alla determinazione n. 20 del 2001.

Tutti i soggetti indicati possono associarsi, o consorziarsi con enti finanziatori o gestori di servizi.

La nuova disciplina ha inoltre introdotto l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di

valutare le proposte entro sei mesi. Si ritiene che tale termine, posto certamente a tutela dei privati che investono nella redazione dello *studio di fattibilità*, debba essere inteso come sollecitatorio.

Tuttavia, deve considerarsi che l'articolo 2, comma 1, della legge n. 241/1990 prevede l'obbligo di conclusione del procedimento mediante un provvedimento espresso, nel caso in cui il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, c.d. iniziativa privata tipizzata.

Dal combinato disposto dell'articolo 2 della legge n. 241/1990 e dell'articolo 153, comma 19, che prevede un obbligo di valutazione della pubblica amministrazione a seguito di presentazione di proposte da parte dei privati, appare quindi sussistente un obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di concludere il procedimento con un provvedimento espresso.

Si osserva che l'eventuale adozione della proposta non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute, o alla realizzazione dei lavori, né alla gestione dei relativi servizi. In tali casi, l'amministrazione potrebbe prevedere nei bandi, pubblicati a seguito dell'inserimento dell'opera negli strumenti di programmazione, il ricorso della procedura di gara di cui al comma 15.

Infine, si ritiene opportuno precisare che, qualora siano presentati più studi di fattibilità riguardanti la stessa esigenza o bisogno, l'amministrazione procede alla scelta dello *studio di fattibilità* da inserire nel programma triennale applicando le regole previste dall'articolo 15, comma 12, del D.P.R. n. 554/1999.

3. LE MODALITÀ DI SVOLGIMENTO DELLA PROCEDURA A GARA UNICA (COMMI 1-14)

Nella procedura a gara unica, disciplinata dai commi 1-14 dell'articolo 153, l'amministrazione aggiudicatrice:

- 1) pubblica un bando di gara, ponendo alla base dello stesso uno studio di fattibilità;
- 2) prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando;
- 3) redige una graduatoria secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta;

la nomina del promotore può aver luogo anche in presenza di una sola offerta;

- 4) pone in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore, sottoponendolo a conferenza di servizi, ex articoli 14 bis e seguenti della legge n. 241/1990;
- 5) quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula del contratto di concessione;
- 6) qualora il progetto debba essere modificato, richiede al promotore di procedere, stabilendone anche i termini: a) alle modifiche progettuali prescritte in conferenza di servizi, ai fini dell'approvazione del progetto; b) ad adeguare il piano economico-finanziario; c) a svolgere tutti gli adempimenti di legge, anche ai fini della valutazione di impatto ambientale. La predisposizione di tali modifiche e lo svolgimento di tali adempimenti, in quanto onere del promotore, non comporta alcun compenso aggiuntivo, né incremento delle spese sostenute e indicate nel piano economico-finanziario per la predisposizione delle offerte;
- 7) qualora le modifiche proposte non siano accettate dal promotore, l'amministrazione aggiudicatrice, fissando il termine per la risposta, ha facoltà di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria la disponibilità a stipulare il contratto di concessione, previa modifica del progetto preliminare del promotore, eventuale adeguamento del piano economico-finanziario nonché svolgimento tutti gli adempimenti di legge.

Quindi, se il progetto preliminare può essere approvato così come presentato in gara, l'amministrazione ha l'obbligo di stipulare il contratto di concessione col promotore; in caso contrario, se il progetto necessita di modifiche è onere del promotore effettuare le modifiche e, così operando, egli mantiene il diritto di stipulare il contratto.

3.1 LA FASE DELLA GARA

3.1.1 Procedure di affidamento, bandi e pubblicità

Con riferimento alla procedura con gara unica, si deve, anzitutto, sottolineare che la norma non prevede indicazioni sull'utilizzo della procedura, aperta o ristretta.

Al riguardo, alcune indicazioni sono, comunque, rinvenibili all'articolo 144 del Codice, che prevede l'esperibilità di entrambe le procedure per l'aggiudicazione della concessione di lavori pubblici ed all'articolo 55, comma 2, del Codice, alla stregua del quale le amministrazioni aggiudicatrici devono utilizzare di preferenza la procedura ristretta quando il contratto non ha ad oggetto la sola esecuzione, o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Si deve tuttavia rammentare che, in caso di procedura ristretta, è ammissibile, per i soli lavori di importo superiore a 40 milioni di euro, l'utilizzo della cosiddetta "forcella" (articolo 62 del Codice). Pertanto, qualora si utilizzi la procedura ristretta e l'investimento previsto nello studio di fattibilità sia inferiore a 40 milioni di euro, vanno obbligatoriamente invitati a presentare offerta tutti i soggetti che abbiano fatto richiesta e siano in possesso dei requisiti.

Si deve, inoltre, sottolineare che la nuova disciplina prescrive espressamente (cfr. anche determinazione n. 8 del 2007) la pubblicazione del bando di gara, oltre che sui siti informatici di cui all'articolo 66 del Codice, anche sulla GURI e sulla GUCE, in relazione all'importo a base di gara: la norma prevede, infatti, che il bando venga pubblicato con le modalità di cui all'articolo 66, ovvero di cui all'articolo 122 del Codice.

L'amministrazione aggiudicatrice deve curare con particolare attenzione i contenuti del bando di gara e del disciplinare, da richiamare espressamente nel bando stesso (ai sensi dell'articolo 153, commi 3 e 7).

Si rammenta che il bando, oppure il disciplinare di gara, devono obbligatoriamente prevedere, oltre ai contenuti di cui all'articolo 144 del Codice:

- a) la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di chiedere al promotore di apportare le modifiche intervenute in fase di approvazione del progetto e che la concessione sarà aggiudicata al promotore solo subordinatamente all'accettazione, da parte di questo ultimo, delle modifiche progettuali e dei conseguenti adeguamenti del piano economico-finanziario;
- b) la facoltà per l'amministrazione aggiudicatrice – in caso di mancata accettazione da parte del promotore di apportare modifiche al progetto preliminare – di interpellare progressivamente i concorrenti seguenti in graduatoria;
- c) i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nonché la loro

relativa ponderazione e, qualora ciò sia impossibile, il loro ordine di importanza; tali criteri devono includere, oltre a quanto previsto dall'articolo 83, comma 1, del Codice, anche gli aspetti relativi a:

- 1) la qualità del progetto preliminare;
- 2) il valore economico-finanziario del piano;
- 3) il contenuto della bozza di convenzione;
- d) i criteri motivazionali di attribuzione dei punteggi per ogni criterio di valutazione;
- e) la metodologia di determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, scelta fra quelle indicate negli allegati A e B del D.P.R. n. 554/1999.

E' facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice, considerato che il concessionario dovrà sviluppare i successivi livelli di progettazione, prevedere tra i criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa quanto disposto dall'articolo 64, comma 2, lettera a) del D.P.R. n. 554/1999.

Ai sensi dell'articolo 153, comma 7, il disciplinare, al fine di consentire che le proposte siano omogenee, deve obbligatoriamente indicare:

- 1) l'ubicazione e la descrizione dell'intervento da realizzare;
- 2) la destinazione urbanistica;
- 3) la consistenza;
- 4) le tipologie dei servizi da gestire.

Allegato al disciplinare vi deve essere lo *studio di fattibilità* (redatto dall'amministrazione aggiudicatrice, o adottato recependo una proposta dei privati, ai sensi del comma 19 dell'articolo 153).

L'Autorità ritiene, inoltre, che, qualora non siano già parte dello *studio di fattibilità*, ad esso vadano allegati, quanto meno:

- a) per gli interventi puntuali:
 - 1) gli stralci dello strumento di pianificazione paesaggistico-territoriale e del piano urbanistico, generale o attuativo delle aree interessate dall'intervento;
 - 2) le planimetrie delle aree interessate dall'intervento, con le indicazioni delle curve di livello, in scala non inferiore ad 1:2.000;
 - 3) tutte le informazioni, in possesso dell'amministrazione concedente, inerenti i vincoli e le caratteristiche archeologiche, geologiche, geotecniche, idrologiche,

idrauliche e sismiche delle aree interessate dall'intervento, integrative o aggiuntive di quelle già contenute nello studio di fattibilità, o, comunque, indicazioni concernenti la loro reperibilità;

b) per gli interventi a rete:

- 1) corografia generale, contenente l'andamento planimetrico delle aree interessate dall'intervento, in scala non inferiore a 1:25.000;
- 2) gli stralci dello strumento di pianificazione paesaggistico-territoriale e del piano urbanistico, generale o attuativo delle aree interessate dall'intervento, contenente le curve di livelli, in scala non inferiore a 1:5.000;
- 3) tutte le informazioni, in possesso dell'amministrazione concedente, inerenti i vincoli e le caratteristiche archeologiche, geologiche, geotecniche, idrologiche, idrauliche e sismiche delle aree interessate dall'intervento, integrative o aggiuntive di quelle già contenute nello studio di fattibilità o, comunque, indicazioni concernenti la loro reperibilità;

Si suggerisce, inoltre, che il disciplinare di gara prescriva, altresì, che:

- a) il progetto preliminare, presentato dai concorrenti, dovrà essere composto, in attesa di quanto stabilirà il regolamento di cui all'articolo 5 del Codice, dagli elaborati indicati nella Sezione I dell'allegato tecnico XXI al Codice, ovvero una diversa indicazione derivante dalla decisione assunta dal responsabile del procedimento ai sensi dell'articolo 1, comma 2, dell'allegato medesimo;
- b) il progetto preliminare dovrà essere corredato:
 - 1) dal computo metrico estimativo dell'intervento, redatto applicando alle quantità delle diverse lavorazioni previste nel progetto i relativi prezzi unitari;
 - 2) dall'elenco dei prezzi unitari applicati, che possono essere sia quelli dedotti dai vigenti prezzi dell'amministrazione concedente, sia quelli determinati con apposite analisi, redatte secondo quanto previsto dall'articolo 34, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999;
 - 3) da un capitolato prestazionale che contenga, oltre a quanto previsto dall'articolo 7 dell'allegato XXI del Codice, tutto quanto non sia pienamente deducibile dagli elaborati grafici;
- c) qualora in sede di approvazione del progetto dovessero essere prescritte varianti,

modifiche o integrazioni, i relativi costi saranno determinati applicando i prezzi unitari previsti nel prezzario vigente a disposizione dell'amministrazione concedente; quelli non previsti saranno determinati con apposite analisi, redatte secondo quanto previsto dall'articolo 34, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999;

- d) l'adeguamento del piano economico-finanziario e dei connessi elementi, costituenti la struttura economica e gestionale della concessione (*durata della concessione, tariffe da applicare all'utenza, oneri collegati alla disponibilità dell'opera, ecc. ecc.*), saranno effettuati in base ai maggiori costi derivanti dalle eventuali modifiche, o integrazioni progettuali.

Quanto agli ulteriori contenuti del bando, deve precisarsi quanto segue.

La disciplina non indica più il termine di presentazione delle offerte; la fissazione dello stesso rientra, quindi, nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice, nel rispetto dei limiti minimi previsti dall'articolo 70 e dall'articolo 145 del Codice, fermo restando il principio generale di cui al comma 1 del medesimo articolo 70, che prescrive alle amministrazioni di tenere conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte.

Al fine di garantire una durata certa della procedura, è opportuno, come già evidenziato, inserire nel bando che l'amministrazione aggiudicatrice indicherà il termine entro il quale il promotore (o i concorrenti seguenti in graduatoria, interpellati in caso di scorrimento) dovrà comunicare alla stessa l'accettazione o meno delle modifiche al progetto presentato, ai fini della stipula del contratto.

3.1.2 I requisiti di partecipazione

Quanto ai requisiti di partecipazione, l'articolo 153, comma 8 del Codice richiede che i soggetti che intendano presentare offerta nella procedura a gara unica (*commi 1-14*) siano in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario, anche associando o consorziando altri soggetti, o ricorrendo all'istituto dell'avvalimento.

Al riguardo, in attesa dell'emanazione del nuovo regolamento, occorre fare riferimento ai requisiti previsti dall'articolo 98 del D.P.R. n. 554/1999, nonché definire la misura dei requisiti in caso di associazione o consorzio (*cf. articolo 98, comma 4, del D.P.R. n. 554/1999*).

In ordine al possesso dei requisiti, il nuovo ordinamento introduce un maggiore rigore rispetto alla previgente disciplina, giustificato, nel caso di procedura a gara unica, dalla circostanza che, mediante tale gara, si perviene all'aggiudicazione della concessione.

3.1.3 Le garanzie

La nuova disciplina di cui all'articolo 153, comma 13, prevede che il concorrente debba prestare le seguenti garanzie: la cauzione provvisoria (*articolo 75*) ed una cauzione fissata dal bando in misura pari al 2,5% del valore dell'investimento.

Com'è noto, la cauzione provvisoria di cui all'articolo 75, comma 6, del Codice copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto imputabile all'aggiudicatario.

Tale cauzione è volta, pertanto, a garantire l'ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto nel caso in cui la proposta non necessiti di modifiche ed il promotore, che è ad essa vincolato, rifiuti la stipula.

Poiché la procedura prevede espressamente la facoltà, per il promotore, di non accettare l'aggiudicazione del contratto in caso di modifiche progettuali, qualora egli si avvalga di tale facoltà, si ritiene che l'amministrazione aggiudicatrice non sia legittimata ad escutere la cauzione di cui sopra.

Inoltre, è prevista una nuova forma di cauzione, connessa alla gestione dell'opera, stabilita nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio, da indicarsi nel contratto, sulla base dei dati riportati nel piano economico-finanziario.

La finalità di tale cauzione è quella di garantire l'adempimento contrattuale della prestazione del servizio da fornire.

Pertanto, in base ad un'interpretazione logico-sistematica, la stessa cauzione dovrebbe prevedersi anche per le concessioni affidate ai sensi dell'articolo 143, poiché l'istituto della concessione di lavori pubblici è unitario e presenta il medesimo regime giuridico, a prescindere dalla procedura di affidamento. Tuttavia, poiché la norma non lo specifica, per l'affidamento della concessione indetta ai sensi dell'articolo 143, è opportuno, a maggiore garanzia, precisarlo nel bando di gara.

3.1.4. I contenuti delle offerte

Con riguardo ai contenuti delle offerte, il concorrente deve presentare:

- a) un progetto preliminare, redatto secondo quanto prescritto nel disciplinare di gara;
- b) una bozza di convenzione;
- c) un piano economico-finanziario asseverato da una banca *(che indichi, tra l'altro, l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo dei diritti sulle opere dell'ingegno, di cui all'articolo 2578 del codice civile; tale importo non può superare il 2,5% del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara)*;
- d) la specificazione delle caratteristiche dei servizi e della loro gestione.

Il piano economico-finanziario, ai sensi dell'articolo 143, comma 7 del Codice, deve prevedere la specificazione del valore residuo dell'investimento, al netto dei previsti ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo non ammortizzato al termine della concessione, qualora il piano non abbia previsto l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione dei servizi.

Quest'ipotesi si verifica nel caso in cui il livello delle tariffe a carico dell'utenza ed il livello presunto della domanda dei servizi non siano sufficienti a coprire l'ammortamento dell'intero investimento, nel periodo di concessione previsto.

In tal caso, alla fine di tale periodo, l'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi del menzionato articolo 143, comma 7, dovrà corrispondere al concessionario il valore residuo nell'entità indicata nel contratto di concessione.

Comunque, sia nel caso in cui si preveda un ammortamento totale, che parziale dell'investimento, l'importo degli ammortamenti indicato nel piano economico-finanziario deve essere determinato in base al livello della tariffa da praticare all'utenza, o dei canoni da riscuotere dall'amministrazione *(articolo 143, comma 9 del Codice)*, in base alla presunta dimensione del bacino di utenza e della domanda del servizio.

I rischi relativi alla correttezza dell'ipotesi di andamento della domanda ed alle dimensioni del bacino di utenza sono a carico del concessionario.

Ai sensi dell'articolo 87 del D.P.R. n. 554/1999, qualora il tipo di concessione ed il bando lo richiedano, l'offerta deve contenere anche:

- a) il prezzo richiesto dal concorrente;

- b) il prezzo che eventualmente il concorrente è disposto a corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice;
- c) il canone da corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice;
- d) il tempo di esecuzione dei lavori;
- e) la durata della concessione;
- f) il livello iniziale della tariffa da praticare all'utenza ed il livello delle qualità di gestione del servizio e delle relative modalità.

Per quanto concerne i contenuti dell'asseverazione del piano economico-finanziario, l'articolo 153 fa rinvio al regolamento attuativo del Codice. Nelle more dell'adozione del regolamento, si può fare riferimento agli Atti di regolazione dell'Autorità n. 34 del 18 luglio 2000 e n. 14 del 5 luglio 2001 nei quali è affermato che:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice, pur nell'assoluta autonomia della propria valutazione sulla proposta, assume le proprie determinazioni senza rivalutare il contenuto dell'asseverazione, ma utilizzando la stessa come uno degli elementi su cui basare le successive decisioni;
- b) la verifica della congruità, che deve essere effettuata dalla banca, riguarda la struttura finanziaria dell'opera, nonché i costi ed i ricavi da valutarsi con riferimento a quegli elementi che, per essere relativi ad accertamenti di fatto posti in essere dall'impresa, debbono darsi per veri e congrui, non oggetto di possibile riesame, costituendo profili di scelta industriale propri dell'impresa stessa.

L'asseverazione è, quindi, il documento redatto da un istituto di credito (ai sensi dell'articolo 153 del Codice), allo scopo di attestare la coerenza e l'equilibrio del piano economico-finanziario, la capacità del progetto di generare adeguati flussi di cassa, tali da garantire il rimborso del debito e la remunerazione del capitale di rischio e quindi la possibilità di realizzare l'opera pubblica con il ricorso al capitale privato.

L'attività di asseverazione rappresenta, pertanto, la verifica di coerenza della struttura economico-finanziaria dell'intervento. Non rientra tra le attività di asseverazione la valutazione della correttezza dei dati utilizzati nel piano economico-finanziario quali, ad esempio, l'entità della domanda di servizio, la dimensione del bacino di utenza ed il costo di realizzazione dell'opera.

Inoltre, l'attività di asseverazione non può essere considerata come impegno giuridico, da

parte dell'istituto di credito, al successivo finanziamento a favore del promotore, si ritiene, infatti, che il legislatore abbia voluto distinguere i due diversi momenti dell'asseverazione e del finanziamento.

Nessuna rilevanza può assumere, né sotto il profilo formale, né sostanziale, la circostanza per cui l'asseverazione sia contenuta in un atto distinto dal piano economico-finanziario, perché ciò che conta è soltanto l'univoca afferenza a questo (al riguardo, cfr. *TAR Campania, Napoli sez. I, 29/11/2007 n. 15613 e deliberazione dell'Autorità n. 110 del 17/4/2007*).

3.1.5 Il criterio di aggiudicazione

Il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previsto dall'articolo 83 del Codice. Al riguardo, si sottolinea che il d.lgs. 152/2008 ha soppresso l'ultimo periodo del comma 4 dell'articolo 83, relativo al potere della commissione giudicatrice di fissare i criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi; pertanto, viene implicitamente sancito che le modalità di ripartizione dei punteggi per ciascun criterio di valutazione siano predeterminate a monte, in sede di stesura del bando di gara (cfr. determinazione dell'Autorità n. 5/2008).

Con riguardo ai parametri di valutazione, sono tre i principali profili da valutare:

- a) profilo tecnico (*costruttivo-progettuale*);
- b) profilo economico (*rendimento, costo di gestione e manutenzione, durata, valore economico e finanziario del piano*);
- c) impatto sull'utenza (*fruibilità dell'opera, accessibilità al pubblico, tempi di ultimazione dei lavori, tariffe da applicare e relative modalità di aggiornamento, contenuto della bozza di convenzione*).

Il Codice (*articolo 83, comma 2*), recependo una disposizione comunitaria, consente di stabilire una soglia con riferimento alla ponderazione dei criteri di valutazione. Ciò significa che, nei documenti di gara, è possibile prevedere che i concorrenti debbano conseguire, per il peso o il punteggio di un dato criterio di valutazione, un valore prestabilito minimo; ad esempio, se il peso o il punteggio di un criterio, quale il pregio tecnico, sia previsto pari a 30, si può stabilire che il concorrente debba conseguire almeno il punteggio di 15; qualora il concorrente non consegua tale punteggio, è escluso dalla gara.

Inoltre, si rammenta che il Codice prevede che il bando possa suddividere, ove necessario, ciascun criterio di valutazione e relativo peso in sub-criteri e sub-pesi. Per esempio, se uno dei criteri di valutazione è il pregio tecnico della proposta (*Determinazione dell'Autorità n. 1/2003*), i sub-criteri potrebbero essere: 1) soluzioni tecnologiche innovative; 2) flessibilità nell'utilizzazione; 3) contenimento dei consumi energetici; 4) minore impatto ambientale; 5) particolari tipologie di impianti; 6) qualità dei materiali e delle finiture. Poiché ognuno di tali sub-criteri contribuisce, con il sub-peso ad esso attribuito, alla valutazione complessiva del criterio di partenza, occorre fare riferimento al principio contenuto nell'allegato E del D.P.R. n. 554/1999: la somma dei punteggi assegnati ad ogni concorrente sulla base dei sub-criteri dovrà essere riparametrata con riferimento al peso previsto per l'elemento di partenza. È opportuno che l'applicazione di tale principio sia prevista nel disciplinare di gara, per evitare dubbi nella fase di valutazione delle offerte.

3.2 L'approvazione del progetto e la stipula del contratto.

L'articolo 153, comma 10, lett. c), fa riferimento a *"modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione del progetto"*; si ritiene che la formulazione della norma non contempli la possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di apportare, essa stessa, ulteriori modifiche, oltre a quelle richieste in sede di approvazione del progetto, nell'ambito della conferenza di servizi.

In merito alla facoltà dell'amministrazione di apportare modifiche al progetto preliminare, la giurisprudenza (formatasi in base alla previgente normativa), ha ritenuto che la stessa fosse legittimata ad apportare al progetto preliminare prescelto, da porre a base di gara, unicamente lievi correttivi, tali da non alterare il quadro finanziario proposto dal promotore; si è ritenuto pertanto, che il progetto non fosse modificabile, nelle sue linee portanti, ma solo migliorabile in relazione ad elementi quantitativi, in virtù del principio di non modificabilità del progetto a base di gara. (*Tar Calabria, sent. 449/2004, Tar Emilia Romagna, sent. 762/2004 Tar Campania, sent. 9571/2004*).

Il citato orientamento è riferibile, *a fortiori*, alla nuova disciplina, in quanto le modifiche interverrebbero a valle della procedura di gara, con il rischio, quindi, di alterare la *par condicio* tra i concorrenti. In sostanza, l'amministrazione non può rimettere in discussione le scelte fondamentali già effettuate con lo studio di fattibilità.

Qualora, in sede di approvazione del progetto preliminare, siano prescritte modifiche tali da comportare un aumento dei costi di realizzazione dell'intervento, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà verificare, prima della stipula del contratto di concessione, che sussistano ancora i requisiti di qualificazione in capo al soggetto aggiudicatario. Laddove il promotore necessiti di possedere requisiti in misura maggiore a quelli inizialmente richiesti, si ritiene che egli possa integrare la propria compagine con nuovi soggetti che apportino ulteriori requisiti.

Come si è prima precisato, la determinazione dei costi delle nuove opere integrative o modificative del progetto iniziale va effettuata in base ai parametri già definiti nell'originario piano economico-finanziario, o comunque nel progetto preliminare (*riferimento ai prezzi dell'amministrazione aggiudicatrice o ai listini correnti nell'area interessata, tariffe proposte ecc.*).

Si ritiene che l'inciso del comma 10, lett. c), relativo *"all'onere del promotore di apportare le modifiche ai fini dell'approvazione del progetto"*, sia riferibile all'ipotesi in cui il promotore sia interessato alla stipula del contratto. In tale fase, pertanto, il promotore è tenuto ad apportare le modifiche progettuali richieste senza alcun compenso, ai fini dell'approvazione del progetto stesso. L'unica voce, quindi, che, ai sensi del comma 10, non comporta alcun compenso aggiuntivo, è quella delle spese di progettazione inerenti le modifiche richieste e delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte. Ciò significa, naturalmente, che qualsiasi altro incremento dei costi inerenti, sia la realizzazione delle opere, sia la gestione dei servizi, dovrà costituire oggetto di adeguamento del piano economico-finanziario, così come previsto dal comma 3, lettera a) della disposizione in esame.

Se, invece, il promotore non è più interessato alla stipula del contratto, può rifiutare di apportare le modifiche richieste.

Per quanto riguarda l'eventuale scorrimento della graduatoria, si deve tenere presente che esso non è volto ad individuare una proposta diversa, ma un altro concorrente disposto ad uniformare la propria proposta a quella del promotore già selezionata, comprese le modifiche non accettate dal promotore stesso. Anche in questo caso, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà verificare l'adeguatezza dei requisiti di qualificazione del concorrente al nuovo progetto prima della stipula della concessione.