

Documento di consultazione per la definizione dello schema di bando di gara relativo all'affidamento della concessione di costruzione e gestione dell'autostrada Modena–Brennero A22

Di seguito si riportano quesiti di natura regolatoria sui quali l'Autorità ritiene opportuno acquisire le osservazioni dei soggetti interessati in vista della definizione dello schema di bando di gara relativo all'affidamento della concessione di costruzione e gestione dell'autostrada Modena – Brennero A22 a luce della sentenza del Consiglio di Stato sez. IV n. 1243 del 13 marzo 2014, che ha annullato precedente bando di gara.

* * *

1. Riguardo alla fase della **progettazione**, la concessione di lavori ha ad oggetto, di regola, anche la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva, l'esecuzione dell'opera o dei lavori nonché la loro gestione. La progettazione (definitiva e esecutiva) a carico del privato si giustifica in base alla circostanza che il concessionario deve non solo realizzare l'opera, ma anche gestirla per un periodo di tempo tendenzialmente lungo. Tuttavia, la previsione normativa riserva all'amministrazione concedente la possibilità di procedere alla redazione, parziale o integrale, della progettazione. In tal caso, qualora il concedente decidesse di escludere dall'oggetto del contratto la progettazione definitiva, o anche solo la progettazione esecutiva, l'amministrazione dovrà motivarne le ragioni, presentando una scelta che discosta dalla previsione normativa. Infine, la parte progettuale può essere circoscritta al solo completamento della progettazione o alla sua revisione qualora l'Amministrazione sia già in possesso del progetto definitivo (art. 143, comma 2 del Codice dei contratti pubblici).

Quesito 1 - Si chiede di conoscere le osservazioni motivate dagli interessati in ordine alla eventuale previsione nel bando dell'onere a carico degli offerenti di presentare un'offerta anche relativamente al progetto preliminare nel caso in cui l'Amministrazione aggiudicatrice avesse predisposto unicamente un sintetico progetto di base e previsto che gli offerenti debbano presentare un progetto integrativo che dovrà essere approvato da quest'ultima

Ferme restando le previsioni normative sopra citate, riteniamo che per le opere che presentano un elevato grado di complessità sul piano tecnico (nuova opera/terze e quarte corsie, infrastruttura che abbia un'incidenza significativa sul valore degli investimenti complessivi) la progettazione da porre a base di gara debba essere, in linea generale, al livello di definitivo, o comunque tale da consentire, da una parte, all'Amministrazione Concedente di definire più puntualmente l'intervento, sia da un punto di vista tecnico che economico, dall'altra, ai concorrenti di acquisire tutti i necessari elementi per poter valutare adeguatamente l'intervento stesso, stimando i costi ed i tempi di esecuzione e formulando, conseguentemente, un'offerta adeguata.

2. Riguardo alle opere complementari, il bando di gara deve contenere una descrizione completa di tutte le opere da realizzare. Di conseguenza, per il principio di completezza dell'oggetto, anche alla luce del disposto di cui all' art. 8 duodecies, comma 2 bis, del decreto legge 8 aprile 2008, n. 59 e della sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, del 13 marzo 2014 n. 1243/2014, il bando dovrà contenere la descrizione di tutte le opere infrastrutturali da realizzare, ivi incluse quelle complementari, ammissibili a fini tariffari.

<p>Quesito 2 - Si chiede di formulare osservazioni motivate in ordine ai criteri in base ai quali saranno identificate le "opere complementari".</p>

3. Con riferimento **all'equilibrio economico-finanziario del concessionario**, l'art. 143, comma 8, del Codice dei contratti pubblici stabilisce che la stazione appaltante, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario, può stabilire una durata della concessione superiore a trenta anni in considerazione dell'eventuale valore di indennizzo da corrispondere al concessionario uscente e degli investimenti che dovranno essere effettuati. La possibilità, riconosciuta all'amministrazione aggiudicatrice di stabilire nel bando una durata superiore a quella ordinaria deve, in ogni caso, rispondere al principio di proporzionalità e non può essere fissata modo da limitare o restringere la libera concorrenza più di quanto sia necessario per ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali investiti in misura ragionevole e mantenendo sul concessionario il rischio derivante dalla gestione.

Quesito 3 - Si chiedono osservazioni sull'opportunità di prevedere una durata della concessione ridotta rispetto a quella ordinaria (non superiore ai trenta anni) accompagnata dalla ulteriore previsione che il valore degli investimenti non ammortizzati al termine della concessione sia inserito nel piano finanziario posto a base di gara per l'affidamento, ovvero se, nella fattispecie in oggetto, possa giustificarsi la previsione di una durata più lunga della concessione, che consenta il completo ammortamento degli stessi.

4. L'art. 143 comma 8 del Codice dei contratti pubblici prevede, altresì, che le variazioni apportate dalla stazione appaltante ai presupposti ed alle condizioni di base del piano economico-finanziario e non imputabili al concessionario ne determinano la revisione.

Quesito 4 - Si chiedono osservazioni motivate in ordine alle variazioni dei presupposti e delle condizioni di base del piano economico-finanziario ammissibili ai fini della revisione di quest'ultimo.

La convenzione deve prevedere che, al verificarsi di elementi imprevedibili e straordinari e comunque non imputabili al concessionario (es. forza maggiore, sostanziali alterazioni delle condizioni economiche finanziarie), il concessionario abbia titolo di richiedere il ripristino delle condizioni contrattuali originarie. Deve essere in ogni caso salvaguardato il principio secondo cui eventuali maggiori oneri che dovessero essere posti a carico del concessionario per effetto di nuove normative, nonché di atti e/o fatti imprevedibili ed estranei al concessionario – che vanno ad alterare l'assetto del rapporto contrattuale – debbano necessariamente comportare il diritto del Concessionario stesso di rinegoziare con il Concedente i termini della convenzione al fine di ripristinare le condizioni *quo ante*.

Fermo restando quanto sopra, si ritiene che andrebbe previsto un automatico adeguamento dei livelli tariffari in caso di modifiche del canone di concessione che il concessionario è tenuto a corrispondere al concedente.

5. Ai sensi dell'art. 143 comma 8bis, la convenzione contiene una definizione di equilibrio economico-finanziario che fa riferimento ad **indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito** sottesi al piano economico-finanziario, nonché la procedura di verifica e la cadenza temporale degli adempimenti connessi.

Quesito 5 - Si chiede di conoscere se gli indicatori di redditività IRR e di capacità di rimborso del debito DSCR appaiono pertinenti e quali possano esserne i valori di riferimento, desunti anche sulla base di affidamenti simili, motivandone le ragioni.

6. Riguardo al **finanziamento**, ai sensi dell'art. 144, comma 3-ter del Codice dei contratti pubblici, il bando può prevedere che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione, anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario. La norma rende esplicito il prevalente interesse pubblico ad affidare la concessione ad un soggetto dotato di solidità economico finanziaria.

Quesito 6 - Si chiede di conoscere osservazioni motivate al riguardo.

7. Riguardo alla **procedura di gara**, ai sensi dell'art. 144, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, la concessione è affidata con procedura aperta o ristretta, utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La norma va coordinata con l'art. 55, comma 2, dello stesso Codice che recita: *"Le stazioni appaltanti utilizzano di preferenza le procedure ristrette quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa"*.

Quesito 7 - Si chiede di conoscere se vi siano motivazioni per preferire l'applicazione della procedura aperta alla fattispecie in oggetto.

In considerazione della natura e della complessità del contratto che si intende affidare, riteniamo sia preferibile l'utilizzo della procedura ristretta.

8. Riguardo agli **obblighi del concessionario**, ai sensi dell'art.146, comma 1, lett. a) del Codice dei contratti pubblici, il bando può prevedere quello di affidare a terzi con procedura di evidenza pubblica una quota pari ad almeno il 30% dei lavori oggetto della concessione, fatta salva la facoltà per i candidati di aumentare tale percentuale in sede di offerta. L'inserimento nel bando della suddetta clausola, attualmente prevista dalla legge come facoltà, è conforme ai principi comunitari in materia di procedure di evidenza pubblica.

Quesito 8 - Si chiedono osservazioni motivate in ordine alla possibilità di inserire nel bando l'obbligo, a carico del concessionario, di affidare a terzi, con procedura di evidenza pubblica, una quota pari (ovvero superiore) al 30% dei lavori oggetto della concessione.

9. Riguardo ai **soggetti ammessi alla procedura** di affidamento del contratto in oggetto, oltre a quanto previsto in via generale agli articoli 34 e 47 del Codice dei contratti pubblici, l'art. 156, comma 1, del Codice medesimo dispone che il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione o gestione di un'infrastruttura deve prevedere la facoltà per l'aggiudicatario, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile.

Quesito 9 - Con riferimento alla previsione della costituzione della società di progetto si richiedono osservazioni motivate con particolare riferimento al livello di capitalizzazione richiesto in considerazione degli investimenti da eseguire, all'obbligo di mantenimento della partecipazione al capitale della società ed alle eventuali modalità operative dell'avvalimento.

10. Ai sensi dell'art. 144, comma 3-bis del Codice, qualora si faccia ricorso alla procedura ristretta, il concedente può indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una **consultazione preliminare** con gli operatori economici invitati a presentare le offerte al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base ai gara sotto il profilo della finanziabilità, e provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando conseguentemente il termine di presentazione delle offerte.

Quesito 10 - Si chiedono osservazioni motivate riguardo all'eventuale ricorso alla consultazione preliminare sulla finanziabilità del progetto.

11. Ai sensi dell'art. 144, comma 3 *quater* del Codice dei contratti pubblici, il bando dovrà assicurare che lo schema di convenzione stabilisca che la convenzione si risolve in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento entro un termine congruo, comunque non superiore a ventiquattro mesi dall'approvazione del progetto definitivo degli interventi. In tal caso, il concessionario non avrà diritto al rimborso delle spese sostenute, ivi comprese quelle relative alla progettazione definitiva. Inoltre, il bando può prevedere che in caso di **parziale finanziamento del progetto**, e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione resti valido limitatamente alla parte che regola la realizzazione e gestione del medesimo stralcio.

Quesito 11 - Si chiedono osservazioni motivate in ordine alla possibilità che il bando disponga in ordine alla validità del contratto di concessione in caso di finanziamento parziale del progetto.

12. Ai sensi dell'art. 37, comma 2, lett. g) del d.l. 201/2011, la **formula di revisione della tariffa** di pedaggio dovrà essere del tipo *price-cap*, con previsione del parametro X di produttività a cadenza quinquennale.

Quesito 12 - Si chiedono osservazioni motivate in ordine ai criteri sui quali deve basarsi la determinazione di tale parametro.

13. L'applicazione del criterio della **offerta economicamente più vantaggiosa** consente di valorizzare elementi ulteriori dell'offerta rispetto al prezzo, quali il valore tecnico, la durata, la qualità del servizio, l'impatto ambientale e sociale dell'intervento. E' dibattuta, inoltre, la possibilità di valorizzare a criteri di valutazione legati all'esperienza pregressa dell'offerente, come avviene nel caso degli appalti di servizi e fornitura e, che potrebbero risultare di rilievo nella fattispecie della gestione di tratte autostradali. A titolo esemplificativo e non esaustivo, e per quanto riguarda i criteri economici, nella fattispecie in oggetto, potrebbero essere presi in considerazione: la previsione nell'offerta di un maggior importo, non ammissibile a fini tariffari, per l'accantonamento destinato al finanziamento della realizzazione delle opere ferroviarie del Brennero, ferma restando la quota minima di accantonamento; l'indicazione in sede di offerta della volontà di affidare a terzi una quota dei lavori superiore al 30%; per l'offerta che assicuri l'importo maggiore a titolo di valore della

concessione, non ammissibile a fini tariffari; per il concorrente che formuli la migliore offerta in ordine alla realizzazione delle opere complementari.

Inoltre, l'amministrazione concedente potrebbe attribuire importanza preminente al profilo tecnico—qualitativo della offerta rispetto a quello economico.

Quesito 13 - Si chiedono osservazioni motivate in merito alle seguenti possibilità:

- a) inserire, tra i criteri di valutazione dell'offerta, parametri relativi al “valore qualitativo dell'impresa” che ne attestino la specifica attitudine alla realizzazione e/o alla gestione ottimale del servizio, tenendo conto eventualmente anche delle esperienze pregresse;**
- b) inserire criteri economici quali quelli sopra enunciati;**
- c) prevedere “Clausole di sbarramento” in base alle quali il concedente può non aggiudicare la concessione in presenza di una offerta che, ancorchè risulti la più conveniente sotto il profilo economico, non lo sia sotto il profilo tecnico.**

14. In esecuzione dell'art. 37, comma 2, lett. e) del d.l. 201/2011 e dell'art. 8 del decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con modificazioni la legge 24 marzo 2012, n. 27, il bando conterrà disposizioni in materia di qualità e Carte dei servizi resi agli utenti.

Quesito 14 - Si chiedono osservazioni motivate in ordine agli obblighi da porre a carico del concessionario in tema di qualità e Carte dei servizi.

Gli obblighi del concessionario in tema di qualità debbono essere fissati in maniera chiara e definita, oggettivamente misurabili, ed in ogni caso riferibili esclusivamente ad attività che rientrano nel diretto operato del concessionario stesso che attengono allo stato e dotazione della infrastruttura.

15. Altri temi. I soggetti interessati possono proporre osservazioni anche in merito ad ulteriori punti non espressamente indicati nel presente documento, purché attinenti alla procedura ed alla fattispecie in oggetto.

Quesito 15 – Si chiedono osservazioni motivate in ordine ad ulteriori temi ritenuti pertinenti e di interesse inerenti la fattispecie in oggetto.