

Determinazione n. 2 dell'11 marzo 2010

Premessa

Sono state sottoposte all'attenzione dell'Autorità alcune questioni interpretative attinenti la disciplina applicabile ai rapporti tra amministrazione concedente ed impresa concessionaria nella fase di esecuzione dei lavori previsti nel contratto di concessione di lavori pubblici.

In particolare, è stato chiesto se si debbano applicare integralmente le norme riguardanti la contabilizzazione dei lavori attualmente previste dal d.P.R. n. 554/99 (nel seguito "Regolamento") in materia di appalti. A tal fine, in attuazione delle disposizioni di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 163/2006 (nel seguito "Codice"), l'Autorità ha predisposto un documento riassuntivo delle tematiche di maggior rilievo riguardanti la fase di esecuzione dei lavori previsti in una concessione, quali l'assetto delle funzioni di controllo contabile e di vigilanza e, più in particolare, la figura e le funzioni del direttore dei lavori, del responsabile della sicurezza, del responsabile del procedimento e del collaudatore.

Sulla base di tale documento l'Autorità ha avviato una formale procedura di consultazione preventiva online e un'audizione per garantire la partecipazione delle amministrazioni e delle categorie interessate. A seguito di tale consultazione, l'Autorità ha adottato la seguente determinazione con una consapevole valutazione di impatto positivo sotto il profilo di una maggiore certezza dei rapporti, di una più accentuata garanzia delle procedure, di una migliore efficienza delle relazioni di mercato.

1. Gli elementi distintivi della concessione di lavori pubblici rispetto al contratto d'appalto.

Al fine di fornire una risposta alle problematiche citate in premessa, occorre preliminarmente delineare la natura giuridica del contratto di concessione di lavori pubblici evidenziandone le principali caratteristiche. Il Codice definisce (art. 3, comma 11) le concessioni come contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto la progettazione e l'esecuzione dei lavori, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che "presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo" (in sostanziale continuità con la previgente legge n. 109/1994, ove all'art. 19, comma 2, era stabilito che "la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati", ammettendo la possibilità di riconoscere un prezzo, fissato in sede di gara, solo qualora necessario al fine di garantire l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento in relazione alla qualità ed ai costi del servizio).

Caratteristica peculiare dell'istituto concessorio è l'assunzione da parte del concessionario del rischio connesso alla gestione dei servizi cui è strumentale l'intervento realizzato, in relazione alla tendenziale capacità dell'opera di autofinanziarsi, ossia di generare un flusso di cassa derivante dalla gestione che consenta di remunerare l'investimento effettuato.

Nella concessione di lavori pubblici l'imprenditore, di regola, progetta ed esegue l'opera ed attraverso la gestione e lo sfruttamento economico dell'opera stessa ottiene in cambio i proventi a titolo di corrispettivo per la costruzione, eventualmente accompagnato da un prezzo.

Occorre precisare che ai sensi di quanto previsto dall'art. 143, comma 9, del Codice rientrano a pieno titolo nella nozione di concessione tanto le ipotesi dove il concessionario assume, oltre al rischio di costruzione, il rischio di domanda

(modello autostrade), quanto le concessioni in cui al rischio di costruzione si aggiunge il c.d. rischio di disponibilità (modello ospedali, carceri ecc.), sul quale si tornerà più diffusamente oltre.

In assenza di alea correlata alla gestione, non si configura la concessione bensì l'appalto, nel quale vi è unicamente il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito dell'esecuzione dell'opera. Nella concessione, al rischio proprio dell'appalto, si aggiunge il rischio di mercato dei servizi cui è strumentale l'opera realizzata e/o il c.d. rischio di disponibilità, sui quali si tornerà nel prosieguo.

La Commissione europea, nella Comunicazione interpretativa del 12 aprile 2000, delinea proprio nel senso sopra evidenziato i criteri distintivi tra concessione e appalto: si afferma che il tratto peculiare delle concessioni di lavori pubblici consiste nel conferimento di un diritto di gestione dell'opera che permette al concessionario di percepire proventi dall'utente a titolo di controprestazione della costruzione dell'opera (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo. Il diritto di gestione implica anche il trasferimento della relativa responsabilità che investe gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera. Al contrario, si è in presenza di un appalto pubblico di lavori quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice ed il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti.

La pratica dimostra che, in certi casi, il concedente interviene parzialmente nel rischio economico assunto dal concessionario. Accade, così, che la pubblica amministrazione sostenga in parte il costo di costruzione e/o quello di gestione della concessione al fine di contenere il corrispettivo delle prestazioni a carico dell'utente finale. Tale intervento può avvenire secondo diverse modalità nella fase di costruzione con pagamenti prestabiliti in corso di esecuzione e in fase di gestione con pagamenti in forma forfettaria garantita, o in funzione del numero di utenti e non conduce necessariamente alla modifica della natura del contratto. Sempre secondo la Commissione, se il prezzo versato copre solo parzialmente il costo dell'opera, il concessionario dovrà sempre assumere una parte significativa dei rischi connessi alla gestione. La corresponsione di somme in conto gestione è conseguenza del fatto che il concessionario deve, per ragioni attinenti all'interesse generale, praticare "prezzi sociali" e riceve pertanto a questo titolo una compensazione da parte della amministrazione, in un unico versamento o in più versamenti scaglionati nel tempo. Tale partecipazione dell'amministrazione al costo di funzionamento non solleva il concessionario da una parte significativa del rischio di gestione.

Elemento imprescindibile della concessione di lavori pubblici è, quindi, l'attitudine dell'opera oggetto della stessa a realizzare un flusso di cassa che può consentire di ripagare totalmente o parzialmente l'investimento. Proprio in relazione a questa attitudine, si usa classificare le opere in tre tipologie: opere calde, fredde e tiepide. Calde sono quelle opere dotate di un'intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale coinvolto nell'arco della vita della concessione; fredde sono, invece, le opere per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla Pubblica Amministrazione e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa. A tali opere fa riferimento l'articolo 143, comma 9 del Codice, sopra citato. Tra queste due tipologie di opere, si pongono in posizione mediana quelle i cui ricavi da utenza non sono sufficienti a ripagare interamente le risorse impiegate per la loro realizzazione, rendendo necessario, per consentirne la fattibilità finanziaria, un contributo pubblico (c.d. opere tiepide).

La concessione di lavori pubblici, come è stato definitivamente chiarito all'articolo 3, comma 15 ter, introdotto nel Codice dal terzo decreto correttivo, ricade tra i contratti di partenariato pubblico privato (nel seguito "PPP"), nei quali è previsto in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico dei privati.

Tale articolo richiama la decisione di Eurostat 11 febbraio 2004 avente la finalità di stabilire le condizioni in base alle quali la realizzazione di un'opera è da intendersi a carico del bilancio pubblico o del settore privato. La decisione si applica, quindi, solo qualora lo Stato sia il principale acquirente dei beni e servizi forniti dall'infrastruttura, sia che la domanda venga originata dalla stessa parte pubblica che da terze parti. È questo il caso, ad esempio, di servizi pubblici, come la sanità o l'istruzione, nei quali, per un meccanismo di sostituzione, le prestazioni erogate ai cittadini sono pagate dalla Pubblica Amministrazione o di infrastrutture stradali, i cui pedaggi sono pagati dalla parte pubblica attraverso sistemi di shadow tolls (c.d. pedaggi ombra). Si tratta di "opere fredde" che prevedono oneri finanziari a carico dello Stato distribuiti negli anni.

L'Eurostat individua tre principali forme di rischio nei rapporti di PPP per individuare se un'opera incida o meno sul bilancio pubblico:

1. rischio di costruzione (è il rischio legato ai ritardi nella consegna, ai costi addizionali, a standard inadeguati);
2. rischio di disponibilità (è il rischio legato alla performance dei servizi che il partner privato deve rendere);
3. rischio di domanda (è il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il partner privato deve soddisfare).

In particolare, nella decisione summenzionata, un'opera realizzata con il PPP non inciderà sui bilanci pubblici solo se il partner privato sostiene il rischio di costruzione ed almeno uno degli altri due rischi (rischio di disponibilità o rischio di domanda). Diversamente, le opere realizzate con il PPP ricadono sui bilanci pubblici con ovvie conseguenze in termini di impatto sul deficit.

Tale decisione conferma che un contratto di concessione o di partenariato pubblico privato si distingue in modo sostanziale dall'appalto, in relazione alla allocazione dei rischi in capo al partner privato.

2. La disciplina della concessione di lavori pubblici nel Codice

L'affidamento della concessione di lavori pubblici, indipendentemente dalla specificità dell'oggetto del contratto, può avvenire secondo le modalità previste all'articolo 144 e ss. ed all'articolo 153 (c.d. finanza di progetto). A prescindere dalle modalità di affidamento della concessione, il concessionario può eseguire i lavori direttamente ovvero affidarli a terzi; il concedente può imporre che almeno il 30% dei lavori siano affidati a terzi ovvero chiedere che, in sede di offerta, il concessionario indichi il valore dei lavori che intende appaltare a terzi (cfr. art. 146 del Codice).

La disciplina delineata dal Codice e dal Regolamento per la materia delle concessioni di lavori pubblici, mentre risulta dettagliata per i profili inerenti l'affidamento della concessione, non lo è altrettanto per quanto riguarda l'esecuzione dei lavori.

Ciò in quanto la disciplina prevista dal Codice per la fase esecutiva dei lavori è dettata principalmente per la realizzazione di appalti pubblici di lavori.

Con riguardo alle concessioni di lavori pubblici, il tema trattato trova la sua disciplina, seppur sintetica, in due articoli del Codice: l'articolo 142 per le concessioni affidate sulla base di un progetto preliminare e l'articolo 152 per le concessioni affidate sulla base degli studi di fattibilità.

Al fine di esaminare la disciplina applicabile all'esecuzione dei contratti di concessione di lavori pubblici, occorre considerare alcuni elementi peculiari di tali contratti rispetto all'appalto. Anzitutto, va rammentato che la concessione di lavori pubblici coinvolge sia i rapporti tra amministrazione concedente e concessionario sia l'eventuale rapporto tra concessionario e appaltatore terzo, poiché il concessionario, come sopra specificato può eseguire i lavori direttamente ovvero affidarli a terzi. Il concessionario, a sua volta, rivestire la natura di soggetto privato oppure di amministrazione

aggiudicatrice. Inoltre, il concedente può prevedere un contributo pubblico - prezzo - finalizzato a garantire l'equilibrio economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione

L'articolo 142 del Codice prevede una regolamentazione differenziata in relazione alla natura giuridica del concessionario, amministrazione aggiudicatrice o soggetto privato.

Nel primo caso, secondo l'art. 142, comma 3, agli appalti di lavori affidati a terzi si applicano tutte le disposizioni del Codice, salvo non siano derogate dal Capo II del Titolo III della Parte II che detta la disciplina specifica delle concessioni.

Nel secondo caso, il comma 4 del medesimo articolo 142, prevede che i concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici sono tenuti ad applicare per gli appalti affidati a terzi gli articoli 149-151, e in quanto compatibile e non specificatamente derogati, la normativa in materia di pubblicità e termini, requisiti generali, qualificazione degli operatori economici, progettazione, contenzioso, ecc. e, per la fase di esecuzione, subappalto, collaudo e piani di sicurezza. Non vi è un richiamo espresso alla normativa sulla direzione dei lavori; tuttavia, occorre rammentare, per esempio, l'articolo 64 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), ai sensi del quale l'esecuzione delle opere di conglomerato cementizio armato normale e precompresso ed a struttura metallica deve aver luogo sotto la direzione di un tecnico abilitato, iscritto nel relativo albo, il quale con il costruttore, ciascuno per le parti di rispettiva competenza, assume la responsabilità della rispondenza dell'opera al progetto, dell'osservanza delle prescrizioni esecutive del progetto, della qualità dei materiali impiegati e della posa in opera.

Il concessionario è quindi tenuto alla nomina di un direttore/responsabile tecnico dei lavori che abbia la responsabilità dell'accettazione dei materiali, sulla base anche del controllo quantitativo e qualitativo degli accertamenti ufficiali delle relative caratteristiche meccaniche.

In virtù della previsione dell'art. 142, comma 3 del Codice, risulta, quindi, pacifica l'applicazione delle norme del d.lgs. n. 163/2006 agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici. In altri termini, se il concessionario è riconducibile alla categoria delle amministrazioni aggiudicatrici, il richiamo integrale alle norme del Codice porta a ritenere chiara per gli appalti affidati a terzi l'applicazione delle norme in materia di direzione lavori e di contabilità pubblica. Peraltro, l'art. 148 dispone espressamente che i concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici applicano le disposizioni del Codice non solo per l'affidamento, ma anche per l'esecuzione degli appalti affidati a terzi.

La disciplina sopra delineata si pone in sostanziale continuità con l'assetto previgente alla entrata in vigore del Codice: l'Autorità, con deliberazione n. 191 del 16/05/2001, relativamente alla normativa contenuta nella legge 109/94, aveva affermato che è compito esclusivo del concessionario, qualora proceda all'esecuzione dei lavori affidandoli in appalto ad imprese terze, l'adozione di provvedimenti ritenuti opportuni nei confronti dell'appaltatore in relazione alle problematiche che riguardano il rapporto contrattuale con il concessionario stesso, come, ad esempio, l'introduzione di nuovi prezzi, il rispetto dei tempi stabiliti per l'esecuzione, la verifica della corretta esecuzione. Spetta, invece, al concedente la verifica nei confronti del concessionario della rispondenza delle lavorazioni eseguite al progetto approvato, alle normative vigenti ed alle regole di esecuzione.

Per quanto riguarda le concessioni affidate mediante lo strumento della finanza di progetto, occorre fare riferimento al Capo III ("Promotore finanziario, società di progetto e disciplina della locazione finanziaria per i lavori") del medesimo Titolo III del Codice. In particolare, l'art. 152 stabilisce che a tali procedure di affidamento si applicano i principi e disposizioni comuni, la programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori, il contenzioso, le disposizioni di coordinamento, finali e transitorie. Si applicano, inoltre, in quanto compatibili con le previsioni della disciplina della

finanza di progetto, le norme di cui al Titolo I ovvero al Titolo II della Parte II (in relazione alla soglia di importo dell'investimento).

La previsione normativa ha posto dubbi in quanto, nella sua formulazione letterale, sembra prevedere l'applicazione della disciplina in materia di direzione e contabilità dei lavori con riferimento "alle procedure di affidamento", e non agli appalti a valle.

Occorre però tenere presente che, come sopra già affermato, anche le procedure disciplinate dall'articolo 153 portano all'affidamento di una concessione di lavori pubblici; d'altra parte, la "finanza di progetto", cui si riferisce il suddetto articolo del Codice, è una tecnica di finanziamento utilizzata dagli operatori economici anche per le concessioni di lavori pubblici affidate secondo la procedura individuata dall'articolo 142 e ss..

Pertanto, indipendentemente dalle modalità di affidamento (art. 143 ed art. 153 del Codice), all'esecuzione delle concessioni di lavori pubblici ed in particolare agli appalti a terzi non può che logicamente applicarsi una disciplina uniforme.

Di conseguenza, il concessionario non amministrazione aggiudicatrice non è tenuto ad applicare le norme del Regolamento relative alla contabilità dei lavori pubblici ai lavori eseguiti sia direttamente - ovvero attraverso proprie controllate come specificato dall'articolo 149, commi 3 e 4 del Codice - che tramite appalti a terzi.

Con riguardo agli ulteriori aspetti della disciplina dei rapporti concedente - concessionario, sia che la concessione sia stata affidata secondo la procedura ordinaria ovvero tramite project finance, l'opera realizzata in regime di concessione deve essere sottoposta - per espressa previsione normativa - sia al collaudo finale dell'opera (art. 142 del Codice) sia al collaudo in corso d'opera (art. 141 del Codice), come disciplinati dalla materia dei lavori pubblici. Occorre, poi, considerare che l'art. 141 "collaudo dei lavori pubblici" (situato nel Capo I del Titolo III) stabilisce nei casi di affidamento dei lavori in concessione l'attribuzione al responsabile del procedimento delle funzioni di vigilanza in tutte le fasi di realizzazione dei lavori, verificando il rispetto della convenzione.

Conseguentemente, l'art. 8, comma 1, lett. r) del Regolamento (riprodotto nell'art. 10 dello schema di regolamento attuativo del Codice) prevede tra le funzioni del responsabile del procedimento quella "di vigilanza sulla realizzazione dei lavori nella concessione di lavori pubblici, verificando il rispetto delle prescrizioni contrattuali" e il successivo art. 86 (l'individuazione di tali poteri in sede contrattuale risulta confermata all'art. 115 dello schema di regolamento di attuazione del codice dei contratti, in corso di approvazione) stabilisce che il contratto di concessione deve contemplare i poteri riservati all'amministrazione aggiudicatrice, ivi compresi i criteri di vigilanza sui lavori da parte del responsabile del procedimento. Ciò in linea con quanto disposto dall'art. 119 del Codice secondo cui il responsabile del procedimento svolge in fase di esecuzione dei contratti pubblici (e quindi anche delle concessioni) il ruolo di "Direttore dell'esecuzione".

Dunque, nel caso di affidamento della realizzazione dell'opera in regime di concessione, la normativa vigente non definisce a priori le concrete modalità di svolgimento della funzione di vigilanza da parte del responsabile del procedimento, ma stabilisce che queste, comunque obbligatorie anche nell'ipotesi di affidamento a terzi della realizzazione dei lavori da parte del concessionario, vadano precisate principalmente nell'ambito del contratto, giacché in quest'ultimo documento è possibile identificare maggiori o minori poteri riservati al committente e, pertanto, diverse conseguenti modalità di vigilanza alle quali il responsabile del procedimento deve attenersi. Peraltro, è utile rammentare che, secondo la disciplina del Codice, l'atto attorno al quale ruota il rapporto concessorio è proprio il contratto tra concedente e concessionario, come è ricavabile dalla definizione di concessione citata nel primo paragrafo, dall'articolo 86 del d.P.R. n. 554/1999 e dalla ricostruzione dell'istituto della concessione quale complesso di diritti ed obblighi delle parti che si ricava dal comma 1 dell'articolo 143.

Ne discende l'opportunità, al fine di garantire la piena tutela del concedente rispetto alla fase realizzativa dell'opera pubblica, di prevedere nel contratto di concessione in maniera dettagliata i compiti di vigilanza attribuiti al responsabile del procedimento, come si specificherà meglio oltre. Tale previsione, comunque finalizzata ad assicurare l'esecuzione a regola d'arte dell'opera, nonché il rispetto dei tempi di esecuzione previsti, dovrà essere fatta in relazione alla specifica fattispecie concreta, tenendo conto altresì della previsione o meno, nell'ambito della concessione, di un contributo pubblico. Il potere di controllo da parte del concedente nella fase esecutiva dell'opera ha la finalità non solo di accertare che l'esecuzione avvenga a regola d'arte e nel rispetto delle previsioni contrattuali e progettuali ma anche di avere contezza, attraverso idonei strumenti contabili, del relativo valore quale indice di congruità della tariffa posta a carico dell'utenza nonché di efficiente gestione e manutenzione dell'opera da parte del concessionario.

3. Indicazioni per una efficiente e corretta regolamentazione dei rapporti tra concedente e concessionario
Sulla base del quadro normativo prima delineato, è opportuno ricostruire l'assetto dei rapporti tra concedente e concessionario che deve essere contenuto nel contratto di concessione.

In questo contratto, a differenza di quello di appalto ove il costo dell'opera è a carico del committente, non è di regola prevista la corresponsione di un contributo da erogarsi da parte dell'amministrazione concedente, ma la controprestazione del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente i lavori realizzati.

Nel caso in cui sia previsto un contributo pubblico - prezzo, finalizzato a garantire l'equilibrio economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione, il citato articolo 86 del Regolamento stabilisce, alla lettera i) del comma 1, che il contratto deve prevedere le modalità di corresponsione dell'eventuale prezzo.

In proposito vale richiamare la distinzione, sopra delineata, nell'ambito delle opere suscettibili di essere realizzate attraverso l'istituto della concessione di costruzione e gestione, tra le opere c.d. calde, fredde e tiepide. Nel caso delle opere fredde l'amministrazione concedente è tenuta a pagare al privato concessionario non soltanto l'eventuale prezzo - in beni immobili o in denaro - ma a corrispondere periodicamente il c.d. canone di disponibilità ed i canoni per i servizi resi all'amministrazione. In tal caso l'esborso effettuato dall'amministrazioni concedente è rilevante e costante non soltanto durante il periodo di realizzazione dell'infrastruttura ma anche nel periodo di gestione.

Tuttavia tale esborso, affinché siano effettivamente trasferiti i rischi dedotti nel contratto, aspetto essenziale che differenzia la concessione dall'appalto, è subordinato all'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali da parte del privato concessionario. Ciò richiede una costante ed efficace attività di controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice non soltanto sulla corretta attuazione del contratto, ma anche sulla tenuta della contabilità dei lavori eseguiti e della gestione, come sopra specificato.

Si conferma, quindi, come rilevante per l'amministrazione concedente la contabilità dei lavori espletati nell'ambito di un contratto di concessione di lavori pubblici, quando è previsto un prezzo a carico dell'amministrazione concedente, evento che si manifesta sempre nel caso delle opere fredde e nelle opere tiepide. È necessario pertanto che nel contratto di concessione sia stabilito il tipo di rendicontazione da tenere, al fine di consentire alla stessa amministrazione di esercitare in maniera corretta il potere di controllo e vigilanza ad essa spettante, soprattutto ai fini dell'erogazione del contributo pubblico.

Del pari, non appare coerente con l'istituto della concessione, né probabilmente utile ad un effettivo controllo, un'applicazione puntuale della normativa pubblicistica in materia di contabilità dei lavori. In altri termini, la necessità di introdurre nel contratto di concessione, che costituisce l'elemento centrale di regolamentazione dei rapporti tra concedente e concessionario, apposite clausole volte a consentire al concedente di controllare la realizzazione dell'opera

oggetto della concessione - anche attraverso la redazione di una contabilità - non comporta l'applicazione della normativa sulla contabilizzazione dei lavori pubblici dettata dal legislatore ad altri e diversi fini. Se, invece, il concessionario è riconducibile alla categoria delle amministrazioni aggiudicatrici, è pacifica l'applicazione delle norme in materia di contabilità pubblica limitatamente agli appalti affidati a terzi.

Per il settore delle concessioni autostradali, le considerazioni finora svolte con riguardo alla normativa generale che regola la disciplina delle concessioni di lavori pubblici devono essere integrate alla luce della disciplina speciale di settore, di recente rivisitata ai sensi dell'art. 2, commi 82 e ss. del d.l. n. 262/2006 convertito dalla legge n. 286/2006 e delle direttive contenute nella delibera CIPE 15 giugno 2007, n.39. La finalità sottesa a tali disposizioni è quella di garantire una maggiore trasparenza nei rapporti tra concedente e concessionario ed una migliore qualità delle infrastrutture e dei servizi, in termini di economicità ed efficienza dei procedimenti nel corso del rapporto concessorio. A tal fine si è previsto che deve essere stipulata tra Anas ed ogni concessionario, in occasione del primo aggiornamento del piano finanziario ovvero della prima revisione della convenzione in essere successiva all'entrata in vigore della nuova legislazione, una convenzione unica che deve, tra l'altro, assicurare modalità di controllo del rispetto degli impegni contrattuali e sanzioni in caso di inadempimento; in particolare, le clausole contenute nella convenzione unica contemplano l'obbligo dei concessionari relativo alla tenuta della contabilità, in modo puntuale ed analitico, sia in fase di costruzione sia in fase di gestione. Le funzioni di vigilanza e controllo, attribuite al responsabile del procedimento, sono svolte da ANAS attraverso un apposito Ufficio interno (Ispettorato per la vigilanza sui concessionari autostradali - IVCA).

Si osserva, quindi, che anche con riferimento al settore autostradale appare fondamentale la convenzione fra concedente e concessionario.

Sul piano operativo, alla luce delle considerazioni sopra svolte, si ritiene essenziale per una corretta esecuzione del contratto di concessione che la convenzione disciplini in modo esaustivo i rapporti tra concedente e concessionario sia nella fase di costruzione che nella fase di gestione individuando in modo dettagliato diritti ed obblighi delle parti. In particolare, si ritiene che il contratto di concessione, come già indicato dall'Autorità nella determinazione n. 3 del 2009 in relazione all'art. 153, deve prevedere, tra l'altro:

- a) le modalità di redazione dei progetti definitivi ed esecutivi;
- b) la specificazione delle modalità di esecuzione dei lavori;
- c) la specificazione dei poteri di controllo e di approvazione del concedente, tramite il responsabile del procedimento, in fase di redazione dei progetti definitivi ed esecutivi;
- d) la specificazione dei poteri di controllo del concedente, tramite il responsabile del procedimento, in fase di esecuzione dei lavori in modo da garantire il monitoraggio dei tempi e dei costi;
- e) le modalità di erogazione del contributo pubblico ove previsto;
- f) la specificazione dei poteri di controllo del concedente, tramite il responsabile del procedimento, in materia di sicurezza;
- g) la specificazione delle caratteristiche dei servizi da prestare e della loro gestione;
- h) le modalità di revisione del Piano economico finanziario;
- i) i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione;
- j) la specificazione dei poteri di controllo del concedente durante la fase di gestione dell'intervento;

k) quadro sinottico di tutti i rischi, di qualsiasi natura, suscettibili di verificarsi nel corso dell'intervento complessivo (dalla stipula del contratto al termine della concessione), con l'indicazione del soggetto (concedente o concorrente) che dovrà farsi carico del singolo rischio, nel caso in cui esso si avveri;

l) la durata della concessione;

m) l'obbligo di consegnare l'intervento realizzato al termine della concessione in perfetto stato di manutenzione e funzionalità nella materiale disponibilità della amministrazione aggiudicatrice senza alcun onere per la stessa;

n) l'eventuale obbligo di affidare a terzi appalti, ferma restando la facoltà del concorrente di aumentare tale percentuale. Tali aspetti devono essere integrati con quanto previsto dalla legge, ad esempio in materia di cauzioni e garanzie, nonché dai contenuti previsti dall'articolo 86 del d.P.R. n. 554/99.

Nel merito dei punti sopra elencati, si sottolinea che dato il ruolo fondamentale che assume il responsabile del procedimento nella realizzazione dell'intervento, il concedente deve nominare un tecnico dotato di adeguate competenze professionali. Ciò in quanto, tra l'altro, va affidata al RUP la vigilanza sulla realizzazione dei lavori e, nel caso sia previsto un prezzo, anche l'attività di controllo di natura contabile necessaria per la corresponsione dello stesso, compiti che, come detto, devono essere specificati e previsti nel contratto di concessione.

Si richiama l'attenzione sulla circostanza che nel contratto, inoltre, devono essere specificate le modalità di corresponsione dell'eventuale prezzo in fase di gestione e le modalità di erogazione dei canoni da parte dell'amministrazione, previsti nel caso di opere fredde.

Come sopra specificato, l'attività di vigilanza e controllo del concedente è estesa alla fase successiva all'esecuzione dell'opera al fine di assicurare la qualità del servizio, la manutenzione dell'opera ed il rispetto delle condizioni stabilite nella convenzione, al quale è subordinato l'esborso dell'amministrazione.

Nel contratto devono essere anche previste, come richiesto dall'articolo 86 del Regolamento, le sanzioni da applicare in caso di mancato rispetto degli impegni contrattuali in materia di qualità progettuale e di specifiche tecniche. Gli impegni di norma devono essere corredati dalla presenza di penali o di specifiche garanzie. Nello stesso contratto di concessione si prevedono, in assenza degli atti contabili pubblicistici, le modalità di inoltro e di risoluzione di eventuali contestazioni da parte del concessionario nei confronti del concedente, anche facendo riferimento alla normativa degli appalti di lavori pubblici, come l'accordo bonario. Deve essere previsto, inoltre, che qualsiasi variante, da apportare al progetto, necessita di approvazione da parte del concedente.

Coerente con tale impianto normativo è la nomina, da parte del concedente, della commissione di collaudo (o del collaudatore) in corso d'opera, la cui funzione si configura quale necessario supporto a quella di controllo rimessa al responsabile del procedimento, sia in termini qualitativi e tecnici sia quantitativi, dell'esecuzione dell'oggetto della concessione.

Per quanto riguarda, inoltre, la nomina del direttore dei lavori, si ritiene che essa spetti al concessionario, tenuto anche conto delle specifiche responsabilità stabilite dalle disposizioni in materia di realizzazione di opere in c.a., ai sensi dell'art. 64 del T.U. in materia edilizia, sopra citato. Può prevedersi nel contratto di concessione che il concedente debba esprimere il gradimento sulle relative nomine.

Non può che essere rimesso al concessionario l'adempimento delle funzioni in materia di sicurezza, con riguardo alla nomina del coordinatore in fase di progettazione - che può avvenire contestualmente alla stipula della convenzione, tenuto conto che i piani di sicurezza sono parte integrante della progettazione esecutiva, di regola oggetto del contratto di concessione - e del coordinatore in fase di esecuzione, in ragione della necessità di un rapporto costante con le imprese esecutrici per valutare eventuali modifiche ed interventi diretti a migliorare la sicurezza in cantiere. I

coordinatori per la sicurezza devono essere in possesso dei requisiti previsti all'art. 98 del d.lgs. n. 81/2008, recante il t.u. in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

Nel caso di opere di notevole complessità tecnica o economica, si può valutare l'opportunità di affiancare il responsabile del procedimento con uno specifico Organo di Alta Vigilanza nominato dal concedente che esercita, a cura del concedente, la funzione di vigilanza sulla progettazione e sulla esecuzione dei lavori e tutte le funzioni indicate negli articoli della convenzione. Un esempio di tale assetto può ritrovarsi nella Convenzione tipo nel settore sanità elaborata dall'Unità tecnica finanza di progetto (cfr. UTFP, "Partenariato Pubblico-Privato per la realizzazione di strutture ospedaliere. Un modello di convenzione di concessione di lavori", marzo 2008, in: www.utfp.it).

Sulla base delle considerazioni sopra esposte

Il Consiglio

Ritiene che:

1. nel contratto di concessione debbono essere stabilite le modalità di rendicontazione e di contabilizzazione dei lavori, in relazione alla fattispecie concreta, al fine di consentire al concedente di esercitare in maniera efficace il potere di controllo e vigilanza spettantegli. Non è obbligatorio ai fini di tale rendicontazione applicare le norme previste dal d.P.R. n. 554/99 per la contabilizzazione dei lavori affidati in appalto;
2. il concessionario che riveste la natura di amministrazione aggiudicatrice è tenuto ad applicare per gli appalti affidati a terzi le norme del d.P.R. n. 554/99 relative alla contabilità dei lavori pubblici;
3. il contratto di concessione deve specificare i compiti del responsabile del procedimento, la loro estensione e le relative modalità di esercizio, così come debbono essere previsti gli ulteriori aspetti rilevanti sul piano esecutivo, quali le sanzioni per il mancato rispetto degli standard progettuali e tecnici, l'approvazione di possibili varianti, nonché gli ulteriori aspetti elencati nella presente determinazione;
4. spetta al concedente la nomina dei collaudatori il cui costo può essere posto a carico del concessionario;
5. spetta al concessionario la nomina del direttore dei lavori e dei coordinatori per la sicurezza; può prevedersi nel contratto di concessione che il concedente esprima il gradimento sulla nomina di tali soggetti.

Firmato:

Il Relatore: Alessandro Botto

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 marzo 2010.

Il Segretario: Maria Esposito