

**Beschluss
der Landesregierung****Deliberazione
della Giunta Provinciale**

Nr. 1042
Sitzung vom 04/10/2016
Seduta del

ANWESEND SIND

Landeshauptmann
Landeshauptmannstellvertr.
Landeshauptmannstellvertr.
Landesräte

Generalsekretär

Arno Kompatscher
Christian Tommasini
Richard Theiner
Philipp Achammer
Waltraud Deeg
Florian Mussner
Arnold Schuler
Martha Stocker

Eros Magnago

SONO PRESENTI

Presidente
Vicepresidente
Vicepresidente
Assessori

Segretario Generale

Betreff:

Anwendungsrichtlinie für Art. 36 Abs. 2 des Landesgesetzes vom 17.12.2015 Nr. 16 i.g.F. – endgültige Kautions für die Vorlage von Vorschlägen bei öffentlich-privaten Partnerschaften (ÖPP)

Oggetto:

Linea guida per l'art. 36 comma 2 della Legge Provinciale 17.12.2015 n. 16 e s.m.i. – cauzione definitiva per la presentazione di proposte nel settore del partenariato pubblico-privato (PPP)

Vorschlag vorbereitet von
Abteilung / Amt Nr.

G.S.

Proposta elaborata dalla
Ripartizione / Ufficio n.

Die Landesregierung

Nach Einsicht in Art. 183 Abs. 15 des gesetzesvertretenden Dekretes vom 18.04.2016 Nr. 50 (Projektfinanzierung), wird deutlich, dass dieser den Wirtschaftsteilnehmern die Möglichkeit einräumt, einen Antrag auf eine öffentlich-private Partnerschaft an die öffentliche Verwaltung zu richten. In diesem Fall setzt die genannte Norm fest, dass diesem Antrag bereits die im Art. 103 des GvD. 50/2016 genannte Kautionsbeilage beiliegen muss (endgültige Kautionsbeilage).

Der neue Kodex hat die Vergabeverfahren für die Konzessionen von Bau- und Dienstleistungsaufträgen vereinheitlicht. Dazu gehört auch, dass das Verfahren auf Antrag des Promotors gemäß Art. 183 Abs 15 im Falle einer positiven Bewertung des Antrags des privaten Promotors, von der öffentlichen Verwaltung ausgeschlossen wird.

Die Verfahren, im bisherigen Kodex GvD. Nr. 163/2006, welche es Privaten gestatteten der öffentlichen Verwaltung auch nicht in deren Programmen vorkommende Anträge vorzulegen, waren für die Bauauftragskonzessionen in Art. 153 Abs 19 des vorhergehenden Kodex GvD. 163/2006 und für die Dienstleistungskonzessionen in Art 278 des DPR 207/2010 (Durchführungsverordnung des Legislativdekrets 163/06) geregelt.

Der Artikel 36 Abs. 2 des LG 16/2015 setzt fest, dass die endgültige Kautionsbeilage in der Bekanntmachung der Ausschreibung oder im Aufforderungsschreiben im Höchstmaß von fünf Prozent der Vertragssumme festgesetzt werden muss, regelt aber nicht die Fälle der öffentlich-privaten Partnerschaften, welche von den Wirtschaftsteilnehmern beantragt werden.

Wie oben bereits für die Projekte, welche von den Wirtschaftsteilnehmern im Sinne des Art. 183 Abs 15 GvD. vorgelegt werden, verdeutlicht wurde, ist es ebenso notwendig, dass die öffentliche Verwaltung den Betrag der endgültigen Kautionsbeilage festsetzt und die Landesregierung eine bindende Richtlinie im Sinne des Art. 40 des LG 16/2015 erlässt.

La Giunta Provinciale

Visto l'art. 183 comma 15 del Decreto Legislativo 18.04.2016 n. 50 (finanza di progetto), che prevede che gli operatori economici possono presentare proposte di partenariato pubblico privato alla pubblica amministrazione. In tal caso la predetta norma disciplina che la proposta deve essere corredata dalla cauzione di cui all'art. 103 D.lgs. 50/2016 (cauzione definitiva).

Il nuovo Codice ha unificato le procedure di affidamento per le concessioni di lavori e di servizi di cui è parte integrante il procedimento ad iniziativa del promotore (art.183, comma 15), che culmina con l'indizione di una gara competitiva, bandita dalla PA in caso di valutazione positiva della proposta del privato. I procedimenti, sotto il previgente Codice, il D.lgs. 163/2006, che hanno consentito ai privati di presentare delle proposte non presenti nella programmazione delle amministrazioni pubbliche erano disciplinati, per le concessioni di lavori, dall'art. 153, comma 19 del D.lgs. 163/2006, e, per le concessioni di servizi, dall'art. 278 del DPR 207/2010 (Regolamento attuativo del D.lgs. 163/06).

L'art. 36 comma 2 della L.P. 16/2015 stabilisce che la cauzione definitiva è fissata nel bando o nella lettera d'invito nella misura massima del cinque per cento dell'importo contrattuale, non disciplinando però i casi contemplati per i progetti di partenariato pubblico privato che sono presentati dagli operatori economici.

Come evidenziato sopra per i progetti presentati dall'operatore economico ai sensi dell'art 183 comma 15 è necessario che la pubblica amministrazione determini l'importo della cauzione definitiva, ed è il caso che la Giunta Provinciale adotti una linea guida vincolante ai sensi dell'art. 40 L.P. 16/2015.

Der Wert einer Konzession, ob für Bauaufträge oder Dienstleistungen, wird auf Basis des voraussichtlichen Cashflows nach der Entlohnung des Konzessionärs berechnet – ebenso aufgrund des Umsatzes desselben für die gesamte Laufzeit der Konzession, ex-Art. 35 Abs. 4 des Kodex: somit handelt es sich um einen wichtigen Wert in Anbetracht der langen Dauer der Konzessionen.

Eine Kautio im Ausmaß von 10 Prozent des Wertes von Konzessionen eines so großen Betrages, dessen Wiederbeschaffung unsicher ist, ist in Anbetracht der Möglichkeit der öffentlichen Verwaltung den Antrag als nicht machbar oder nicht von öffentlichem Interesse zu deklarieren, eine faktische Behinderung der Antragsstellung seitens Privater.

Die Erfordernis der definitiven Kautio im Zuge des Antrages, stellt somit nicht nur ein beträchtliches Eintrittshindernis in Hinblick auf die von Privaten initiierten Anträge dar, sondern kann, in Rücksicht auf die europäischen Wettbewerbsprinzipien, als eine wahrhaftige Beschränkung der unternehmerischen Freiheit gewertet werden.

Was die Kosten für den Antragssteller betrifft, die im Falle der Abweisung des Antrags von Seiten der öffentlichen Verwaltung aufgrund nicht vorhandener Machbarkeit oder aufgrund von fehlendem öffentlichem Interesse einen Verlustfaktor darstellen, umfassen diese die Kosten für die Vorbereitung des Antrages aus technischer, wirtschaftlich-finanzieller und juristisch-administrativer Sicht (auf Anordnung des Gesetzes müssen diese explizit im Antragsdokument genannt sein). Die Kosten für die Erklärungen und Bestätigungen der Banken und, seit dem neuen Kodex, die Erfordernis der Kautio im Sinne des Art. 103 kommen hinzu.

Es bestehen diverse Zweifel bezüglich der Anwendung, insbesondere aufgrund der Unangemessenheit der Garantie und der Geltungsdauer (dies sind wettbewerbsbeschränkende Effekte sowie eine Beschränkung der unternehmerischen Freiheit, welche der obgenannten neuen Kautio des ex-Art. 103 des Kodex zuzuschreiben sind). Ebenso ist unklar, ob sich der Gesetzgeber nicht auf den Art. 93 des Kodex beziehen wollte, welcher die provisorische Kautio zum Gegenstand hat und nicht die endgültige Kautio des Art. 103.

Il valore di una concessione sia essa di lavori o di servizi si calcola attualizzando i flussi di cassa previsti a remunerazione del concessionario – equivalenti al fatturato del concessionario, per tutta la durata della concessione, ex art. 35, comma 4 del Codice: si tratta di un valore importante in considerazione della lunga durata delle concessioni.

Un premio cauzionale, commisurato al 10 per cento del valore delle concessioni di così grande importo, il cui recupero è incerto per la possibilità della PA di dichiarare la proposta non fattibile o non di pubblico interesse, impedisce, di fatto, la presentazione delle proposte da parte dei privati.

La previsione della cauzione definitiva in sede di proposta, oltre ad essere una vera e propria barriera all'ingresso nei procedimenti attivabili a proposta dei privati, a dispetto dei principi europei sull'ampliamento della concorrenza, si traduce altresì in una vera e propria limitazione costituzionale alla libertà d'impresa.

Per quanto concerne i costi sostenuti dal proponente, potenzialmente a rischio di perdita per il rifiuto della PA alla fattibilità o mancanza d'interesse dell'operazione, includono i costi di predisposizione della proposta per le parti tecniche, economico-finanziarie e giuridico amministrative (per disposizione di legge devono essere indicati esplicitamente nei documenti della proposta), il costo dell'asseverazione bancaria e, con il nuovo Codice, il costo di una cauzione da prestarsi ai sensi dell'art. 103 del Codice.

Sorgono dubbi applicativi proprio dalla funzione sproporzionata della garanzia e sui tempi della sua vigenza (necessariamente limitati al tempo di valutazione di fattibilità della proposta da parte della PA perché l'art. 183 comma 13 impone che a seguito della pubblicazione del bando i concorrenti, compreso il promotore, devono presentare una cauzione preliminare e poi l'aggiudicatario quella definitiva). Altri dubbi sorgono sugli effetti limitativi della concorrenza, nonché limitativi della libertà di impresa, riferibili alla predetta nuova cauzione ex art. 103 del Codice. Non è chiaro se il Legislatore avesse voluto, in realtà, riferirsi all'art. 93 del Codice che disciplina la cauzione provvisoria e non all'art. 103 sulla cauzione definitiva.

Nach einer gründlichen Gegenüberstellung mit dem zuvor geltenden Kodex und der Verordnung wird deutlich, dass gemäß dem Art 153 Abs 19 hinsichtlich der Projekte für Baukonzessionen auf Initiative von Privaten die vorläufige Kautions des Art 75 begleitend zum Antrag vorgesehen ist; hingegen für Projekte für Dienstleistungskonzessionen gemäß Art. 278 des DPR 207/2010, die reine "Angabe der geleisteten Garantien des Initiators an die öffentliche Verwaltung" ausreicht.

Darüberhinaus war die endgültige Kautions im vorherigen Kodex ausdrücklich bei Verträgen über Baukonzessionen gefordert und hatte die Funktion, die Realisierung des Projekts bis zur Prüfung zu garantieren und wurde, nach Fertigstellung der Arbeiten wieder rückabgewickelt.

Derselbe Art 153 Abs 13 des GvD. 163/06 zeigte auf, dass ab Beginn bis zum Ende der Dienstleistungsausführung von Seiten des Konzessionärs "eine Kautions zur Deckung der Strafen im Falle der nicht erfolgten oder nicht ordnungsgemäßen Erfüllung aller vertraglichen Pflichten im Zuge der Ausführung, in der Höhe von 10 % der jährlichen Kosten und nach der Modalität des Art 113 " gefordert wurde.

Nach der Realisierung der Bauaufträge und in der ausführenden Phase trat die Pflicht einer Durchführungskautions ein, welche keine prozentualen Abschläge und keine höhere Deckung als die angegebene haben durfte. In den Konzessionen für Dienstleistungen wurde lediglich die Durchführungskautions zur Verfügung gestellt, da die definitive Kautions die Konzessionen für Bauaufträge betraf.

Der Artikel über die Garantie in der ausführenden Phase wurde auch im Artikel 183 Abs. 13 des neuen Kodex verankert.

Es erscheint daher offensichtlich, dass die definitive Kautions (Artikel 103) ausschließlich die Konzessionen für Bauaufträge betrifft und nicht auf die Konzessionen für Dienstleistungen auszuweiten ist. Andererseits sieht der neue Kodex in Artikel 179 Abs. 3 auch vor, dass "die Anordnungen des betreffenden Teils (zu den öffentlich-privaten Partnerschaften: Art. 179-199) auch, sofern kompatibel, auf die Konzessionen der Dienstleistungen anwendbar sind".

Una disamina di raffronto con il Codice previgente e il relativo Regolamento fa emergere che, all'art 153, comma 19, in ordine ai progetti su iniziativa dei privati relativi a concessioni di lavori, è prevista a corredo della proposta la cauzione provvisoria di cui all'art 75 e per i progetti di concessioni di servizi, disciplinati dall'art 278 del DPR 207/2010, è addirittura sufficiente la mera "indicazione delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice". Inoltre, la cauzione definitiva nel previgente Codice in fase di gara era espressamente richiesta nei contratti di concessione di lavori e aveva la funzione di garantire la realizzazione dei lavori sino al collaudo, una volta realizzati i lavori veniva svincolata. Lo stesso art. 153, comma 13 del D.lgs. 163/06 indicava che dalla data di inizio dell'esercizio del servizio sino al termine da parte del concessionario "è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto inadempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10 % del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'art. 113.

Dopo la realizzazione dei lavori e in fase gestionale interveniva l'obbligatoria cauzione gestionale che non poteva avere abbattimenti percentuali e non poteva avere un massimale di copertura superiore a quella indicato. Nelle concessione di servizi veniva prestata solo la cauzione gestionale, perché quella definitiva riguardava le concessioni di lavori. L'articolo sulla garanzia in fase gestionale è stato contemplato anche nel nuovo Codice all'art. 183, comma 13.

Appare dunque evidente che la cauzione definitiva (art. 103) riguardi esclusivamente le concessioni di lavori e non sia estensibile alle concessioni di servizi. D'altra parte, il nuovo Codice prevede all'art. 179, comma 3, che "le disposizioni della presente parte (sul PPP: art 179-199) si applicano, in quanto compatibili, anche alle concessioni di servizi".

Dies vorausgeschickt, wird es als notwendig erachtet, als endgültige Kautionsregelung für öffentlich-private Partnerschaften die gleiche Regelung anzuwenden, die vom Landesgesetzgeber als provisorische Kautionsregelung vorgesehen wurde, nämlich ein Prozent der Vertragssumme sowie die entsprechenden Vergünstigungen bei Vorhandensein von Zertifizierungen von Qualitätssystemen.

Nach Einsichtnahme in das positive Gutachten des Lenkungs- und Koordinierungsbeirates durch Umlaufverfahren.

Der gegenständliche Beschlussentwurf wurde von der Agentur für die Verfahren und die Aufsicht im Bereich öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge erstellt;

beschließt

einstimmig in gesetzmäßiger Weise

1. festzulegen, dass die definitive Kautionsregelung für Anträge auf öffentlich-private Partnerschaften seitens der Wirtschaftsteilnehmer im Sinne des Art. 183 Abs. 15 GvD. 50/2016 ein Prozent des Vertragswertes beträgt.
2. Dieser Beschluss stellt eine verbindliche Anwendungsrichtlinie im Sinne von Art. 40 des L.G. 16/2015 dar und wird auf der homepage der Agentur für Öffentliche Verträge des Landes und im Amtsblatt der Region veröffentlicht.

DER LANDESHAUPTMANN

DER GENERALSEKRETÄR DER L.R.

Tutto ciò premesso si ritiene opportuno adottare come cauzione definitiva per i progetti di partenariato pubblico privato la percentuale prevista dalla legislazione provinciale per la cauzione provvisoria, l'un per cento del valore contrattuale e le relative premialità disposte in caso di certificazione di sistemi di qualità.

Preso atto del parere positivo del Comitato di indirizzo e coordinamento di seguito a procedura scritta di data.

La presente bozza di delibera è stata predisposta dall'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici, di lavori, servizi e forniture;

delibera

a voti unanimi legalmente espressi

1. di stabilire la cauzione definitiva per le proposte di partenariato pubblico privato presentate dagli operatori economici, ai sensi dell'art. 183 comma 15 D.lgs. 50/2016 all'un per cento del valore contrattuale.
2. La presente delibera costituisce linea guida vincolante ai sensi dell'art. 40 L.P. 16/2015 e viene pubblicata sul sito dell'Agenzia per i contratti pubblici della Provincia e sul Bollettino Ufficiale della Regione.

IL PRESIDENTE DELLA PROVINCIA

IL SEGRETARIO GENERALE DELLA G.P.

Sichtvermerke i. S. d. Art. 13 L.G. 17/93
über die fachliche, verwaltungsgemäße
und buchhalterische Verantwortung

Visti ai sensi dell'art. 13 L.P. 17/93
sulla responsabilità tecnica,
amministrativa e contabile

Der Vizegeneralsekretär 28/09/2016 15:08:17 Il Vice Segretario Generale
MATHA THOMAS

Der Abteilungsdirektor Il Direttore di ripartizione

Laufendes Haushaltsjahr

Esercizio corrente

La presente delibera non dà luogo a
impegno di spesa.
Dieser Beschluss beinhaltet keine
Zweckbindung

zweckgebunden

impegnato

als Einnahmen
ermittelt

accertato
in entrata

auf Kapitel

sul capitolo

Vorgang

operazione

Der Direktor des Amtes für Ausgaben 29/09/2016 09:13:47 Il direttore dell'Ufficio spese
NATALE STEFANO

Der Direktor des Amtes für Einnahmen Il direttore dell'Ufficio entrate

Diese Abschrift
entspricht dem Original

Per copia
conforme all'originale

Datum / Unterschrift

data / firma

Abschrift ausgestellt für

Copia rilasciata a



Der Landeshauptmann
Il Presidente

KOMPATSCHER ARNO

04/10/2016

Der Generalsekretär
Il Segretario Generale

MAGNAGO EROS

04/10/2016

Es wird bestätigt, dass diese analoge Ausfertigung, bestehend - ohne diese Seite - aus 8 Seiten, mit dem digitalen Original identisch ist, das die Landesverwaltung nach den geltenden Bestimmungen erstellt, aufbewahrt, und mit digitalen Unterschriften versehen hat, deren Zertifikate auf folgende Personen lauten:

*nome e cognome: Arno Kompatscher
codice fiscale: IT:KMPRNA71C19D571S
certification authority: InfoCert Firma Qualificata
numeri di serie: 34EA36
data scadenza certificato: 10/01/2017*

Si attesta che la presente copia analogica è conforme in tutte le sue parti al documento informatico originale da cui è tratta, costituito da 8 pagine, esclusa la presente. Il documento originale, predisposto e conservato a norma di legge presso l'Amministrazione provinciale, è stato sottoscritto con firme digitali, i cui certificati sono intestati a:

*nome e cognome: Eros Magnago
codice fiscale: IT:MGNRSE66H24H612Y
certification authority: InfoCert Firma Qualificata 2
numeri di serie: 282549
data scadenza certificato: 04/10/2019*

Die Landesverwaltung hat bei der Entgegennahme des digitalen Dokuments die Gültigkeit der Zertifikate überprüft und sie im Sinne der geltenden Bestimmungen aufbewahrt.

Ausstellungsdatum

04/10/2016

Diese Ausfertigung entspricht dem Original

L'Amministrazione provinciale ha verificato in sede di acquisizione del documento digitale la validità dei certificati qualificati di sottoscrizione e li ha conservati a norma di legge.

Data di emanazione

Per copia conforme all'originale

Datum/Unterschrift

Data/firma