

*Giacomo Verde*

**LA CONCESSIONE DI COSTRUZIONE E  
GESTIONE DI LAVORI PUBBLICI, IL  
PROJECT FINANCING E L’AFFIDAMENTO  
A CONTRAENTE GENERALE NELLA  
NORMATIVA VIGENTE**

# 1. ORIGINI ED EVOLUZIONE DELLA CONCESSIONE DI COSTRUZIONE E GESTIONE DI LAVORI PUBBLICI

L'istituto della concessione di opere pubbliche nasce nella seconda metà del secolo scorso<sup>1</sup>. Viene utilizzato in particolare per le concessioni ferroviarie previste dagli articoli 242 – 300 della legge n. 2248/1865, all. F.

Specifici riferimenti alle concessioni di ferrovie si hanno nel regio decreto 17 giugno 1900, n. 306, nella legge 7 luglio 1907, n. 429 e successivamente nel regio decreto 9 maggio 1912, n. 1447, il quale, all'art. 11, prevede la possibilità per le province, i comuni ed i consorzi provinciali e comunali di *“costruire ed esercitare le ferrovie che venissero loro concesse, sia a propria cura diretta, sia a mezzo di società o d'impresе subconcessionarie.”*

Oltre che per la costruzione di ferrovie, l'istituto viene disciplinato dal regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3256 e dal regio decreto 13 febbraio 1933, n. 215 per la realizzazione di opere di bonifica.

Il decreto legislativo luogotenenziale 6 febbraio 1919, n. 107, all'art. 16, prevede la possibilità di concedere a province, comuni, consorzi e privati l'esecuzione e la gestione di opere per conto dello Stato. Analoghe disposizioni si rinvencono nell'art. 23 del regio decreto 8 febbraio 1923, n. 422, modificato dall'art. 5 del regio decreto 28 agosto 1924, n. 1396<sup>2</sup>.

La prima codificazione di carattere generale dell'istituto si rinviene nella legge 24 giugno 1929, n. 1137<sup>3</sup>.

In maniera più specifica, con il regio decreto regio decreto 2 agosto 1929, n. 2150, è previsto, all'articolo 1, che le ferrovie pubbliche possano essere concesse in costruzione e in esercizio all'industria privata, e che allo stesso concessionario possa essere accordata *“una sovvenzione unica chilometrica entro il limite massimo di [lire 50.000] per cinquant'anni, oltre la sovvenzione supplementare entro il limite massimo di [lire 8000] a chilometro di cui all'art. 7, lettera a), del regio decreto 23 maggio 1924, n. 998, per le linee da costruirsi a trazione elettrica.”*

---

<sup>1</sup> Si vedano: *Enc. Giur. Treccani*, 1988, voce *Appalto II*, p. 10; G. LEONE, *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, Padova, 1990; M. MIGUIDI, *L'appalto di lavori pubblici*, Milano, 2000; A. BARGONE - P. STELLA RICHTER, *Manuale del diritto dei lavori pubblici*, Milano, 2001; P. SANTORO, *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2001; A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003.

<sup>2</sup> Si vedano: A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.c.*, p. 108 e ss.

<sup>3</sup> L'art. 1 della legge 24 giugno 1929, n. 1137, prevede la possibilità di concedere *“in esecuzione a province, comuni, consorzi e privati, opere pubbliche di qualunque natura, anche indipendentemente dall'esercizio delle opere stesse”*. Per l'esecuzione dell'opera in concessione è stabilito che la spesa a carico dello Stato va ripartita *“in non più di 30 rate annuali costanti, comprensive di capitale e di interesse”*, con la precisazione che *“l'importo complessivo dei contributi non potrà superare di oltre un quinto quello prima previsto, rimanendo a totale carico del concessionario la eventuale maggiore spesa occorrente per l'opera”*.

Lo stesso regio decreto, all'articolo 24, disciplina la concessione di sola costruzione, prevedendo la possibilità per il Governo di *“concedere in sola costruzione mediante asta pubblica, licitazione o trattativa privata, con la stessa procedura vigente per le ordinarie concessioni di ferrovie, sentito il Consiglio di amministrazione delle ferrovie dello Stato, le ferrovie principali necessarie al completamento della rete di Stato.”* Per la costruzione di tali ferrovie la normativa citata prevede *“la corresponsione in favore del concessionario, per la durata non maggiore di anni cinquanta, di una sovvenzione annua comprensiva degli interessi e dell'ammortamento del costo della linea risultante dalla stima dei lavori allegata al progetto esecutivo.”*

La possibilità che la qualità di concessionario possa essere attribuita ad un privato è ammessa, in via di principio, soltanto in una fase successiva, allorché si concretizza la possibilità che lo Stato affidi ad un'impresa una pluralità di funzioni e di poteri di carattere pubblicistico consistenti nella progettazione, nel reperimento dei fondi, nell'attivazione delle procedure necessarie per realizzare l'opera e, quindi, nella gestione della stessa.

L'istituto della concessione nasce e si sviluppa, da un lato, per fronteggiare la carenza di risorse economiche (lo Stato consente all'imprenditore di realizzare l'opera con fondi privati e di ripagarsi con i proventi derivanti dalla gestione dell'opera), dall'altro, per la mancanza, all'interno dell'Amministrazione, di competenze tecniche idonee<sup>4</sup>.

Nel corso degli anni il sistema concessorio trova condizioni favorevoli di sviluppo, poiché rappresenta uno strumento di convenienza tanto per lo Stato quanto per il concessionario. Il crescente numero di interventi infrastrutturali da parte dello Stato spinge le Amministrazioni ad un impiego diffuso della concessione. L'esigenza di realizzare opere sempre più imponenti pone spesso lo Stato di fronte all'inadeguatezza delle proprie risorse finanziarie e tecnico-amministrative. Da qui la necessità e, al tempo stesso, la convenienza di affidare al concessionario non soltanto le attività di progettazione e di costruzione delle opere, ma anche la gestione delle stesse connesse all'esercizio di un pubblico servizio.

Lo Stato, in tal modo, assicura indirettamente la gestione di un pubblico servizio, sfruttando le professionalità dell'imprenditore privato, riducendo le attività amministrative strumentali ed evitando l'assunzione sul proprio bilancio delle spese di esecuzione dell'opera e di avviamento della sua gestione, nonché dei rischi connessi.

L'impiego dell'istituto risulta assai funzionale in particolari contesti, quando specifiche esigenze di politica economica e finanziaria impongono una seria riflessione sulla reperibilità delle risorse necessarie per finanziare l'esecuzione delle opere pubbliche<sup>5</sup>.

La diffusione della concessione trova la sua spinta nella necessità, dettata non soltanto da motivazioni di carattere tecnico, ma soprattutto da valutazioni di

---

<sup>4</sup> A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.c.*, p. 105 e ss.

<sup>5</sup> In tal senso si vedano: A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.c.*, p. 79 e ss.

carattere economico, di individuare tipologie di finanziamento delle opere pubbliche diverse dalle risorse ordinarie dell'amministrazione appaltante.

Le ristrettezze finanziarie in cui versano le amministrazioni spingono il legislatore a prevedere, con favore, il finanziamento da parte dell'operatore privato per la realizzazione di opere pubbliche, in prospettiva, per lo stesso, di un ritorno economico derivante dalla gestione delle opere edificate.

La concessione rappresenta, così, il sistema più utilizzato per consentire la partecipazione al finanziamento dei lavori pubblici di un soggetto estraneo all'amministrazione appaltante. Il corrispettivo dell'esecuzione dei lavori è dato in tutto o in parte dai proventi che il concessionario (esecutore) trarrà dalla gestione della stessa, la cui fruizione è soggetta al pagamento di una somma di denaro da parte degli utenti.

Sul piano sostanziale, nella concessione di costruzione e gestione dell'opera, l'amministrazione concedente affida ad un soggetto estraneo alla sua organizzazione (altro ente pubblico o, come nella maggior parte dei casi, un soggetto privato) la costruzione di un'opera e la gestione di un pubblico servizio ad essa connesso. Si pensi, ad esempio, alla concessione di costruzione e gestione di un metanodotto. In tal caso il concessionario deve provvedere alla costruzione della rete di distribuzione del gas ed alla gestione della stessa. La realizzazione dell'opera rappresenta, quindi, una fase strumentale e preordinata alla gestione del servizio.

Negli ultimi decenni la diffusione dell'istituto ha evidenziato l'esigenza di disciplinare più dettagliatamente l'istituto, sia a livello nazionale, sia a livello comunitario.

Proprio in riferimento alla normativa comunitaria, va ricordato che la legge 8 agosto 1977, n. 584 (art. 3, comma 1, lett. a), attuativa della direttiva n. 71 del 26 luglio 1971, esclude la concessione di costruzione e di esercizio dal suo ambito di applicazione. Successivamente interviene la legge n. 17 febbraio 1987, n. 80, la quale, all'art. 1, prevede che le amministrazioni statali, le regioni, le aziende autonome, gli enti locali e gli enti pubblici non economici, al fine di accelerare i propri programmi di costruzione, per un periodo non superiore a quattro anni dall'entrata in vigore della legge medesima e per lavori il cui importo sia stimato superiore a venti miliardi, con provvedimento motivato, possano affidare in concessione unitariamente la redazione dei progetti, le eventuali attività necessarie per l'acquisizione delle aree e degli immobili, l'esecuzione delle opere nonché la loro eventuale manutenzione ad imprese di costruzione, loro consorzi e raggruppamenti temporanei.

La legge n. 80/1987, all'art. 3, stabilisce, inoltre, che l'individuazione del concessionario avviene sulla base di progetti di massima ed a mezzo di procedura ristretta tra le imprese di costruzione, loro consorzi o raggruppamenti temporanei che abbiano segnalato il proprio interesse successivamente alla pubblicazione dell'elenco dei lavori che l'amministrazione intende affidare.

Il decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406, attuativo della direttiva comunitaria n. 89 del 18 luglio 1989, disciplina, nel proprio ambito di applicazione, anche le concessioni per lavori di importo pari o superiore a 5 milioni di e.c.u. In particolare, l'art. 4, comma 2, definisce concessioni di lavori pubblici i contratti

aventi per oggetto l'esecuzione di lavori pubblici ovvero, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori pubblici ovvero l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera pubblica, caratterizzati dal fatto che la controprestazione a favore dell'impresa o dell'ente concessionario consista unicamente nel diritto di gestire l'opera, oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo. Per l'affidamento della concessione il citato decreto legislativo, all'art. 4, comma 4, impone all'amministrazione aggiudicatrice di prevedere nel bando di gara l'obbligo per il concessionario di affidare a terzi appalti corrispondenti a una percentuale minima del trenta per cento del valore globale dei lavori oggetto della concessione, salva la facoltà del candidato di aumentare la percentuale stabilita dall'amministrazione aggiudicatrice, con conseguente indicazione nel contratto di concessione dei lavori..<sup>6</sup>.

Il contenuto del decreto legislativo n. 406/1991 è stato sostituito, quasi interamente, prima dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 (di seguito denominata anche "legge quadro" sui lavori pubblici, a sua volta parzialmente novellata dalla legge 1 agosto 2002, n. 166), poi dal decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 (*"Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni"*), di seguito denominato anche "regolamento"), il cui art. 231 ha espressamente abrogato le norme del decreto legislativo n. 406/1991 ad eccezione dei soli artt. 10, 11, 32, 35 e 36.

---

<sup>6</sup> Il decreto legislativo n. 406/1991 stabilisce che, qualora l'importo complessivo degli appalti che il concessionario è tenuto ad affidare a terzi sia pari o superiore a 5 milioni di e.c.u., il concessionario stesso deve pubblicare un bando di gara (art. 12, comma 4) e deve osservare le altre norme contenute nel medesimo decreto legislativo per la specifica ipotesi (art. 14, ultimo comma e art. 19, comma 2). Il citato decreto legislativo prevede all'art. 8, comma 3, quali sistemi di attribuzione delle concessioni, le procedure della licitazione privata o della trattativa privata (quest'ultima soltanto nel caso in cui ricorrano particolari condizioni). Sono previsti, inoltre, il termine minimo di presentazione della candidature (art. 16), le cause di esclusione dalla procedura (art. 18) e la possibilità dell'affidamento della concessione a riunioni di imprese (art. 22). L'art. 4, comma 3, stabilisce che qualora risulti concessionaria un'altra pubblica amministrazione, quest'ultima è tenuta, per i lavori da fare eseguire a terzi, a rispettare tutte le disposizioni dello stesso decreto legislativo.

## 2. LA CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI NELLA NORMATIVA NAZIONALE VIGENTE

Secondo l'art. 19, comma 2, della legge n. 109/1994, le concessioni di lavori pubblici sono contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed un'amministrazione aggiudicatrice<sup>7</sup>, aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica. La controprestazione a favore del concessionario consiste nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati.

Qualora l'amministrazione concedente abbia già a disposizione la progettazione definitiva o esecutiva, la prestazione oggetto della concessione, con riferimento all'attività progettuale, è limitata alla revisione della progettazione, alla sua integrazione ed al suo completamento da parte del concessionario.

L'art. 19, comma 2, della legge n. 109/1994, in seguito alle modifiche apportate dall'art. 7, comma 1, lett. l), della legge 1 agosto 2002, n. 166, stabilisce, quale principio generale, che nella concessione di costruzione e gestione la controprestazione in favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente l'opera e di sfruttarla economicamente. Qualora sia necessario, l'amministrazione concedente assicura al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico – finanziario degli investimenti e della connessa gestione dell'opera in relazione alla qualità del servizio da prestare, anche mediante un prezzo stabilito in sede di gara<sup>8</sup>. L'art. 19, nel testo previgente, subordinava la corre-

---

<sup>7</sup> Nel novero di amministrazioni aggiudicatrici sono ricompresi: le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, gli enti pubblici, compresi quelli economici, gli enti e le amministrazioni locali, le loro associazioni e consorzi nonché gli altri organismi di diritto pubblico. Si veda in proposito l'art. 2 della legge n. 109/1994.

<sup>8</sup> La stessa legge-delega 21 dicembre 2001, n. 443 (legge obiettivo) all'art. 1, comma 2, lett. l) stabilisce che il Governo, nell'emanazione dei successivi atti normativi delegati, debba prevedere, in caso di concessione di opera pubblica unita a gestione della stessa, e tenuto conto della redditività potenziale della stessa, della possibilità di corrispondere al concessionario, anche in corso d'opera e nel rispetto dei limiti determinati in sede di gara, un prezzo in aggiunta al diritto di sfruttamento economico dell'opera, anche a fronte della prestazione successiva di beni o servizi allo stesso soggetto aggiudicatore relativamente all'opera realizzata, nonché della possibilità di fissare la durata della concessione anche oltre trenta anni, in relazione alle caratteristiche dell'opera, e di consentire al concessionario di affidare a terzi i lavori, con il solo vincolo delle disposizioni della direttiva 93/37/CEE (ora sostituita dalla direttiva 2004/18/CEE) relative agli appalti del concessionario e nel limite percentuale eventualmente indicato in sede di gara sulla base di quanto stabilito dalla medesima direttiva. Con riferimento al pagamento di un prezzo, l'art. 6 del decreto legge 31 gennaio 2005, n. 7, in modifica all'articolo 13, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 1997, n. 135, prevede che con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro dell'economia e delle fi-

sponsione di un prezzo a carico del concedente alla circostanza che la gestione dovesse operare in presenza di prezzi o tariffe amministrati, controllati o predeterminati e limitava la sua entità alla misura massima del 50% dell'importo totale dei lavori.<sup>9</sup>

Il concessionario, in possesso della necessaria disponibilità finanziaria, si rivale delle somme spese, traendone anche un vantaggio economico, mediante i proventi della gestione del servizio, cui l'opera è strumentale. La durata della gestione, pertanto, deve essere fissata in un lasso di tempo tale da consentire la reintegrazione delle spese ed il conseguimento di un utile. L'interesse del concessionario consiste nel conseguire un corrispettivo, cui si contrappongono, secondo la logica di mercato, i rischi imprenditoriali di carattere tecnico-gestionale e finanziario. Nella concessione l'opera è di proprietà dello Stato o della pubblica amministrazione concedente; la gestione rimane esterna all'ente concedente. Il concessionario, però, nella sua qualità di gestore, non ha il potere di disposizione delle opere.<sup>10</sup>

---

nanze, vengano individuate le opere ed i lavori, ai quali lo Stato contribuisce, anche indirettamente o con apporto di capitale, in tutto o in parte ovvero cofinanziati con risorse dell'Unione europea, di rilevante interesse nazionale per le implicazioni occupazionali ed i connessi riflessi sociali, già appaltati o affidati a *general contractor* in concessione o comunque ricompresi in una convenzione quadro oggetto di precedente gara e la cui esecuzione, pur potendo iniziare o proseguire, non sia iniziata o, se iniziata, risulti anche in parte temporaneamente comunque sospesa.

<sup>9</sup> L'art. 285 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 e l'art. 46 del testo unico sulle ferrovie concesse all'industria privata, approvato con regio decreto 9 maggio 1912, n. 1447, prevedono, invece, la compartecipazione del concedente agli utili di gestione nel caso che questi superino un determinato ammontare. L'art. 1 della legge 24 giugno 1929, n. 1137 e l'art. 2 della legge 24 luglio 1961, n. 729 prevedono la compartecipazione alla spesa per la realizzazione dell'opera mediante corresponsione di un contributo da parte del concedente, spesso corrisposto in annualità. Si vedano: A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.c.*, p. 105 e ss.

<sup>10</sup> E' stata prospettata anche l'ipotesi di un'eventuale proprietà temporanea in capo al concessionario. Si veda in proposito: A. SANDULLI, voce *Autostrada*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 525 e ss. Secondo l'Autore l'appartenenza delle autostrade costruite dai privati e da questi gestite "va riconosciuta ai concessionari stessi, passando la proprietà allo Stato soltanto alla fine della concessione". Si veda anche: Cass. Sez. Un. 9 marzo 1978, n. 1179, in *Giust. Civ.*, 1978, I, p. 837. Con tale decisione i giudici ritengono che l'opera costruita dal concessionario sia di proprietà dello stesso e non della pubblica amministrazione, "la quale l'acquista solo al termine della concessione". In tale ottica l'opera "non fa parte dei beni del demanio accidentale o del patrimonio indisponibile, ma deve essere classificata, in funzione della sua destinazione permanente alla realizzazione di un pubblico interesse, come un bene di interesse pubblico, con la conseguenza che, ove si tratti di un'autostrada, le sono applicabili il regime delle limitazioni e degli oneri a carico delle proprietà latitanti proprio delle strade pubbliche...". In proposito va rilevato che, per quanto concerne le autostrade in concessione, la legge 27 gennaio 1963, n. 34, superata poi dalla legge 28 aprile 1971, n. 287, legittima il concessionario, previa autorizzazione dell'A.N.A.S., a costituire ipoteca o vincoli reali sull'autostrada per un periodo non eccedente la durata della concessione. La disposizione trova un precedente nell'art. 1 del d.P.R. 10 luglio 1947, n. 787, il quale prevede che i concessionari di ferrovie, nei soli casi di riconosciuta grande utilità pubblica e di notevole importanza per l'economia regionale o nazionale, possano essere autorizzati a contrarre mutui garantiti da ipoteca sul complesso patrimoniale della concessione ferroviaria, allo scopo di provvedere alla costruzione ed alla ricostruzione, al riassetto, alla elettrificazione, al potenziamento e completamento degli impianti.

L'art. 19, comma 2-*bis*, della legge quadro, aggiunto dall'art. 3 della legge n. 415/1998, fissa la durata della concessione nel massimo di trenta anni. Tale limite temporale è soppresso dall'art. 7, comma 1, lett. l), della legge n. 166/2002, il quale dispone che l'amministrazione aggiudicatrice, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, può stabilire una durata anche superiore a trenta anni, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo a carico della concedente sull'importo totale dei lavori e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni di mercato<sup>11</sup>.

La legge n. 166/2002 introduce, nel succitato articolo, un ulteriore aspetto innovativo rispetto alla disciplina precedente. In particolare, ai soggetti concedenti viene riconosciuta la facoltà di cedere, a titolo di prezzo, in proprietà o diritto di godimento, beni immobili nella propria disponibilità, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già indicati nel programma triennale che le amministrazione devono redigere ai sensi dell'articolo 14 della legge quadro, ad esclusione degli immobili ricompresi nel patrimonio da dismettere ai sensi del decreto legge 25 settembre 2001, n. 351, recante "*Disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio*".

---

A parere dello scrivente, appare esclusa la possibilità di considerare il concessionario proprietario dell'opera. Va osservato che il diritto di proprietà è considerato imprescrittibile (salvo l'operare dell'usucapione) e non assoggettabile a limiti di tempo. Ma sono ormai numerose le figure di proprietà temporanea che si registrano nella prassi e che assumono rilevanza giuridica. La qualificazione della proprietà "temporanea" si risolve in una indicazione di "provvisorietà" o comunque di "transitorietà". Ciò accade quando si ammette la possibilità giuridica di configurare fattispecie nelle quali la posizione del *dominus* appare *ex contracto* turnaria ovvero accompagnata da una condizione risolutiva (sia o pur no prefissato il tempo massimo entro il quale questa dovrebbe verificarsi), sicché sussiste incertezza circa l'eventuale permanenza o la futura scomparsa della situazione. In linea di principio, per evitare possibili equivoci, appare opportuno precisare che non è configurabile la proprietà temporanea in tutta una serie di casi, nei quali la disponibilità di un bene (nel caso di specie di un'opera) ad un determinato soggetto viene riconosciuta in vista di un fine specifico (stabilito dalla legge ovvero mediante un contratto) corrispondente in un interesse della collettività. La situazione così creata (come nel caso della concessione di lavori pubblici, ipotesi in cui il gestore ha la detenzione dell'opera) ha, quindi, carattere eminentemente strumentale ed è destinata a venir meno in conseguenza del raggiungimento della scadenza di un termine imposto dalle norme e recepito nel contratto. In questo senso, si può anche affermare che si tratta di una situazione essenzialmente transitoria, nella quale si denotano i caratteri della detenzione dell'opera da parte del concessionario. Il potere di fatto esercitato dal concessionario sul bene trova la sua giustificazione causale nella necessità di assicurare, da un lato, il perseguimento di un interesse della collettività alla fruizione del bene medesimo, dall'altro, il conseguimento di un utile quale corrispettivo della costruzione e della gestione dell'opera. Nella concessione si delinea, infatti, una situazione consistente nell'esercizio di un potere diretto sul bene, destinato a venir meno con la scadenza del rapporto concessorio e vincolato alla realizzazione dell'interesse pubblico.

<sup>11</sup> E' una previsione per alcuni aspetti analoga a quella contenuta nell'art. 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, sostituito dall'art. 44 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, il quale stabilisce che tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa devono recare una clausola di revisione periodica del prezzo da effettuare sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili della acquisizione di beni e servizi.



*immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare*”, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410.

L'affidamento della concessione non può prescindere da un'attenta valutazione dei costi di realizzazione e di gestione dell'opera in relazione alle condizioni di mercato di partenza ed a quelle prospettabili per il futuro. Infatti, sempre l'art. 19, comma 2-*bis*, nella sua versione novellata, stabilisce che le variazioni apportate dall'amministrazione aggiudicatrice ai presupposti di carattere economico richiamati in contratto o alle condizioni di base, nonché l'introduzione di eventuali norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano finanziario, comportano la necessaria revisione dell'equilibrio medesimo da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni. In mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dalla concessione. Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino favorevoli al concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a vantaggio del concedente.

In concreto, è prevista una sorta di *reductio ad aequitatem*, cioè un accordo revisionale finalizzato al mantenimento dell'equilibrio economico – finanziario originario tra investimenti e gestione, prospettando due soluzioni. Da un lato, in considerazione della necessità di riequilibrare il rapporto in termini economici, è consentita la rideterminazione di nuove condizioni contrattuali, anche mediante la proroga della concessione; dall'altro, si riconosce la facoltà per il concessionario di recedere dalla concessione in mancanza di una revisione.

In questa ultima ipotesi, qualora il concessionario abbia esercitato il diritto di recesso, si applicano le disposizioni dell'articolo 37-*septies*, comma 1, lett. a) e b), e comma 2, della legge n. 109/1994. Più specificatamente, nel caso in cui il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del soggetto concedente ovvero quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblico interesse, sono rimborsati al concessionario:

a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero qualora l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;

b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione;

c) un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10% del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario.

La efficacia della revoca della concessione è sottoposta alla condizione del pagamento da parte del concedente di tutte le somme determinate in conformità ai predetti criteri.

Per esplicita previsione dell'art. 37-*septies*, comma 2, della legge quadro le somme predette sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei

finanziatori del concessionario e sono indisponibili da parte di quest'ultimo fino al completo soddisfacimento dei crediti stessi.

In alcuni casi, per la disciplina del meccanismo di adeguamento tariffario, necessario a riequilibrare le condizioni contrattuali, occorre far riferimento ad una regolamentazione di settore relativa a singole tipologie di concessione.

Spesso, laddove si tratti di gestione di opere strettamente correlate all'erogazione di servizi pubblici, al fine di tutelare e garantire gli interessi della collettività, la revisione delle tariffe può spettare ad un'autorità indipendente o comunque estranea al rapporto concessorio. In casi particolari la revisione può essere effettuata dal concessionario, ma la sua efficacia è subordinata all'approvazione dei competenti Ministeri.

E' evidente, quindi, che il sistema concessorio non può essere impiegato per le opere il cui servizio è gratuito, quali ad esempio le strade ordinarie, ma soltanto per quelle per le quali è possibile la percezione di un corrispettivo, quali autostrade, ferrovie, tramvie, reti di distribuzione del gas, ecc.

L'art. 19, comma 2-bis, sancisce, infine, che il contratto deve contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e deve prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione.

Occorre, inoltre, considerare la possibilità prevista dal novellato articolo 19, comma 2-ter, della legge n. 109/1994, per le amministrazioni aggiudicatrici, di affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti al concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera.

Il successivo comma 2-quater riconosce ai concessionari la facoltà di partecipare alla conferenza di servizi finalizzata all'esame ed alla approvazione dei progetti di loro competenza senza diritto di voto<sup>12</sup>.



L'affidamento in concessione è soggetto alle garanzie formali e sostanziali imposte dalla legge per le procedure contrattuali ad evidenza pubblica, in

---

<sup>12</sup> L'art. 14, comma 5, della legge 7 agosto 1990, n. 241 prevede che in caso di affidamento di concessione di lavori pubblici "la conferenza di servizi è convocata dal concedente ovvero, con il consenso di quest'ultimo, dal concessionario entro quindici giorni fatto salvo quanto previsto dalle leggi regionali in materia di valutazione di impatto ambientale (VIA). Quando la conferenza è convocata ad istanza del concessionario spetta in ogni caso al concedente il diritto di voto".

particolare dalla citata legge n. 109/1994 (legge quadro) e dal D.P.R. n. 554/1999 (regolamento).

L'art. 20, comma 2, della legge quadro e l'art. 84 del regolamento stabiliscono che le concessioni devono essere affidate mediante licitazione privata<sup>13</sup>. Per esplicita previsione del citato articolo 20, comma 2, l'affidamento avviene sulla base di un progetto almeno di livello preliminare<sup>14</sup> corredato, comunque, anche degli elaborati relativi alle preliminari essenziali indagini geologiche, geotecniche, idrologiche e sismiche<sup>15</sup>.

L'aggiudicazione avviene secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base ai seguenti criteri: prezzo (qualora previsto), valore tecnico ed estetico dell'opera progettata, tempo di esecuzione dei lavori, rendimento, durata della concessione, modalità di gestione, livello, criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza ed eventuali ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare.

L'offerta del concorrente, pertanto, deve contenere tutti gli elementi necessari per la valutazione da effettuare secondo i predetti criteri e può prevedere anche proposte di varianti al progetto posto a base della gara. Resta ben inteso che i lavori

---

<sup>13</sup> L'art. 222 del d.P.R. n. 554/1999 prevede che i lavori riguardanti i beni culturali possono essere eseguiti mediante contratto di appalto o concessione di lavori pubblici e sono affidati con pubblico incanto, licitazione privata, appalto-concorso, trattativa privata ovvero realizzati in economia.

<sup>14</sup> Il testo originario dell'articolo 20 della legge 109/1994 consente l'affidamento in concessione dei lavori sulla base del progetto definitivo. Attraverso le modificazioni introdotte prima dalla legge n. 415/1998 e poi, di recente, dalla legge 166/2002, viene stabilito che l'affidamento in concessione possa avvenire sulla base di un progetto che sia almeno di livello preliminare, corredato degli atti indicati nel testo. In particolare, in base alla modifica apportata dall'art. 7, comma 1, lett. m), della legge n. 166/2002, ora l'affidamento è consentito sia in presenza «almeno» di un progetto preliminare, sia di un progetto definitivo o esecutivo. L'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici con determinazione n. 1 del 22/01/2003 ha stabilito che *“l'inserimento, nel bando di gara, di una clausola che obbliga tutti i partecipanti a redigere e presentare in sede di offerta la progettazione definitiva, nell'accezione di cui all'art.16, comma 4, della legge 11 febbraio 1994, n.109 (e quindi comprensiva anche di elaborati non strettamente indispensabili nella fase relativa all'affidamento della concessione), oltre a non ritenersi compatibile (...) con l'attuale quadro normativo, reca con sé il concreto rischio di un'indebita restrizione del principio di libera concorrenza che mira a garantire nell'ambito degli appalti pubblici la massima partecipazione possibile da parte di tutti gli operatori qualificati presenti sul mercato, in quanto pone a carico dei soggetti interessati alla gara un onere supplementare - anche di ordine economico - e può costituire causa aggiuntiva di esclusione dalla procedura di aggiudicazione”*.

<sup>15</sup> L'art. 18 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 prevede che, qualora sia posto a base di gara di una concessione di lavori pubblici un progetto preliminare, debbano essere effettuate, sulle aree interessate dall'intervento, le indagini necessarie quali quelle geologiche, geotecniche, idrologiche, idrauliche e sismiche per le quali vengono redatti le relative relazioni e i grafici e debba essere predisposto un capitolato speciale prestazionale. Lo stesso articolo prevede, inoltre, che, in caso di affidamento della concessione sulla base di un progetto preliminare, debba essere altresì predisposto un piano economico e finanziario di massima, sulla base del quale sono determinati gli elementi che, secondo l'art 85, comma 1, del regolamento, devono essere inseriti nel relativo bando di gara.

possono iniziare soltanto dopo l'approvazione del progetto esecutivo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (art. 20, comma 2, legge quadro).

L'art. 85 del regolamento detta la disciplina applicabile ai bandi di gara per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici. In particolare, stabilisce che nel bando vanno specificate le modalità con le quali i partecipanti alla gara dimostrano la disponibilità delle risorse finanziarie necessarie a coprire il costo dell'investimento. Il bando di gara, sulla base dei dati del piano economico-finanziario compreso nel progetto preliminare, deve indicare:

a) l'eventuale prezzo massimo che l'amministrazione aggiudicatrice intende corrispondere;

b) l'eventuale prezzo minimo che il concessionario è tenuto a corrispondere per la costituzione o il trasferimento di diritti;

c) l'eventuale canone da corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice;

d) la percentuale, pari o superiore al quaranta per cento dei lavori da appaltare obbligatoriamente a terzi secondo le modalità e le condizioni fissate dall'articolo 2 della legge n. 109/1994;

e) il tempo massimo previsto per l'esecuzione dei lavori e per l'avvio della gestione;

f) la durata massima della concessione;

g) il livello minimo della qualità di gestione del servizio, nonché delle relative modalità;

h) il livello iniziale massimo e la struttura delle tariffe da praticare all'utenza e la metodologia del loro adeguamento nel tempo;

i) eventuali ulteriori elementi specifici che saranno successivamente inseriti nel contratto;

l) la facoltà o l'obbligo per il concessionario di costituire la società di progetto prevista dall'articolo 37-*quinquies* della legge n. 109/1994.

Lo stesso art. 85 stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici possano prevedere la facoltà per i concorrenti di inserire nell'offerta la proposta di eventuali varianti al progetto posto a base di gara, indicando quali parti dell'opera o del lavoro è possibile variare e a quali condizioni.

L'art. 86 del regolamento definisce gli elementi che necessariamente debbano esseri riportati nel contratto di concessione. In particolare lo schema di contratto deve indicare:

a) le condizioni relative all'elaborazione da parte del concessionario del progetto dei lavori da realizzare e le modalità di approvazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice;

b) l'indicazione delle caratteristiche funzionali, impiantistiche, tecniche e architettoniche dell'opera e lo standard dei servizi richiesto;

c) i poteri riservati all'amministrazione aggiudicatrice, ivi compresi i criteri per la vigilanza sui lavori da parte del responsabile del procedimento;

d) la specificazione della quota annuale di ammortamento degli investimenti;

e) il limite minimo dei lavori da appaltare obbligatoriamente a terzi secondo le modalità e le condizioni fissate dall'articolo 2 della legge n. 109/1994;

f) le procedure di collaudo;

g) le modalità ed i termini per la manutenzione e per la gestione dell'opera realizzata, nonché i poteri di controllo del concedente sulla gestione stessa;

h) le penali per le inadempienze del concessionario, nonché le ipotesi di decadenza della concessione e la procedura della relativa dichiarazione;

i) le modalità di corresponsione dell'eventuale prezzo;

l) i criteri per la determinazione e l'adeguamento della tariffa che il concessionario potrà riscuotere dall'utenza per i servizi prestati;

m) l'obbligo per il concessionario di acquisire tutte le approvazioni necessarie oltre quelle già ottenute in sede di approvazione del progetto;

n) le modalità ed i termini di adempimento da parte del concessionario degli eventuali oneri di concessione, comprendenti la corresponsione di canoni o prestazioni di natura diversa;

o) le garanzie assicurative richieste per le attività di progettazione, costruzione e gestione;

p) le modalità, i termini e gli eventuali oneri relativi alla consegna del lavoro all'amministrazione aggiudicatrice al termine della concessione.

L'art. 87 del regolamento definisce gli elementi dell'offerta, la quale deve necessariamente contenere:

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;

g) le eventuali varianti al progetto posto a base di gara.

Sempre per esplicita previsione del citato articolo 87 all'offerta, inoltre, va allegato un dettagliato piano economico finanziario dell'investimento e della connessa gestione per tutto l'arco temporale individuato.

L'art. 116, comma 3, del regolamento stabilisce che, nel caso in cui nell'ambito della concessione il prezzo sia da corrispondere in più rate annuali, il disciplinare di concessione deve prevedere la decorrenza degli interessi per ritardato pagamento.

Le concessioni di lavori pubblici rientrano nell'ambito di competenza dell'Autorità di vigilanza di cui all'art. 4 della legge n. 109/1994. Agli affidamenti in concessione si applicano, inoltre, le norme della legge quadro e del relativo regolamento concernenti la pubblicità dei bandi di gara (art. 29 della legge quadro), le garanzie e le coperture assicurative richieste sia per la procedura di aggiudicazione sia per l'esecuzione dei lavori (art. 30 della legge quadro e art. 100 del regolamento), il piano di sicurezza che diventa parte integrante del contratto di

concessione (art. 31, comma 2, della legge quadro), nonché le norme sul contenzioso extragiudiziale e giudiziale (artt. 31-*bis* e 32 della legge quadro) e sul subappalto (art. 34 della legge quadro)<sup>16</sup>.

Il concessionario deve possedere i requisiti stabiliti dalle le norme sulla qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, con specifico riferimento al d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 ed al d.P.R. n. 554/1999 (art. 98)<sup>17</sup>.

La legge n. 166/2002 ha apportato rilevanti innovazioni in tema di affidamento dei lavori a terzi da parte del concessionario.

Secondo il testo previgente della legge n. 109/1994, ivi comprese le modifiche introdotte dalla legge n. 415/1998, le amministrazioni aggiudicatrici devono prevedere nel bando l'obbligo del concessionario di appaltare a terzi una percentuale minima del 40% dei lavori oggetto della concessione.

L'art. 2, comma 3, della legge n. 109/1994, nella versione vigente, elimina, invece, l'obbligo del concessionario di far eseguire da terzi la quota del 40% dei lavori (salvo per le convenzioni già assentite al 30 giugno 2002 o rinnovate e prorogate ai sensi della legislazione vigente<sup>18</sup>) e demanda alle amministrazione aggiudicatrici la facoltà di imporre ai concessionari, con espressa previsione nel contratto di concessione, di affidare a terzi appalti corrispondenti a una percentuale minima del 30 per cento del valore globale dei lavori oggetto della concessione oppure di invitare i candidati concessionari a dichiarare nelle loro offerte la

---

<sup>16</sup> A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.c.*, p. 184 e ss.

<sup>17</sup> Per chiarezza espositiva si riporta integralmente il testo dell'art. 98 del regolamento: "Art. 98. *Requisiti del concessionario. 1. I soggetti che intendono partecipare alle gare per l'affidamento di concessione di lavori pubblici, se eseguono lavori con la propria organizzazione di impresa, devono essere qualificati secondo quanto previsto dagli articoli 8 e 9 della Legge con riferimento ai lavori direttamente eseguiti, ed essere in possesso dei seguenti ulteriori requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi:*

*a) fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al dieci per cento dell'investimento previsto per l'intervento;*

*b) capitale sociale non inferiore ad un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento;*

*c) svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al cinque per cento dell'investimento previsto per l'intervento;*

*d) svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad almeno il due per cento dell'investimento previsto dall'intervento.*

*2. In alternativa ai requisiti previsti dalle lettere c) e d) del comma 1 il concessionario può incrementare i requisiti previsti dalle lettere a) e b) nella misura fissata dal bando di gara, comunque compresa fra il doppio e il triplo.*

*3. Se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione, deve essere in possesso esclusivamente dei requisiti di cui al comma 1, lettere a), b), c), e d).*

*4. Qualora il candidato alla concessione sia costituito da un raggruppamento temporaneo di soggetti o da un consorzio, i requisiti previsti al comma 1, lettere a) e b), devono essere posseduti dalla capogruppo, dalle mandanti o dalle consorziate nella misura prevista dall'articolo 95."*

<sup>18</sup> Per la realizzazione delle opere previste nelle convenzioni già assentite alla data del 30 giugno 2002, ovvero rinnovate e prorogate ai sensi della legislazione vigente, i concessionari sono tenuti ad appaltare a terzi una percentuale minima del 40 per cento dei lavori, applicando le disposizioni della legge n. 109, ad esclusione degli artt. 7, 14, 19, commi 2 e 2-*bis*, 27, 32, 33.

percentuale, ove sussista, del valore globale dei lavori oggetto della concessione che essi intendono affidare a terzi. E' fatto divieto alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere ad estensioni di lavori affidati in concessione al di fuori delle ipotesi previste dalla direttiva 93/37/CEE<sup>19</sup>, previo aggiornamento degli atti convenzionali sulla base di uno schema predisposto dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di cui va data comunicazione al Parlamento.

Sempre l'art. 2, comma 3, della legge n. 109/1994, nella sua versione novellata, stabilisce che ai concessionari di lavori pubblici si applicano le sole disposizioni della medesima legge in materia di pubblicità dei bandi di gara e termini per concorrere, secondo quanto previsto per gli appalti a terzi dalla direttiva 93/37/CEE<sup>20</sup> del Consiglio, nonché in materia di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici; lo stesso articolo stabilisce che per i lavori eseguiti direttamente o tramite imprese collegate o controllate, individuate ai sensi della stessa direttiva 93/37/CEE<sup>21</sup>, si applicano le sole norme relative alla qualificazione degli esecutori di lavori pubblici<sup>22</sup>.

Di particolare rilievo è la norma dell'art. 37-*quinquies* della legge quadro, introdotta dall'art. 11 della legge n. 415/1998, secondo cui il bando di gara per l'affidamento di una concessione diretta alla realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve indicare che l'aggiudicatario ha la facoltà o l'obbligo, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, indicando l'ammontare minimo del capitale sociale della società stessa<sup>23</sup>. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta va indicata la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto. La società così costituita diventa la concessionaria, subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro

---

<sup>19</sup> La citata direttiva è abrogata dall'articolo 82 della direttiva 2004/18/CEE, con decorrenza dalla data in cui gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva medesima. Il termine per conformarsi è il 31 gennaio 2006 (art. 80 dir. 2004/18/CEE).

<sup>20</sup> Si veda nota n. 19.

<sup>21</sup> Si veda nota n. 19.

<sup>22</sup> Ai sensi dell'art. 3, par. 4, della direttiva 93/37/CEE, per impresa collegata s'intende qualsiasi impresa su cui il concessionario può esercitare direttamente o indirettamente un'influenza dominante o qualsiasi impresa che può esercitare un'influenza dominante di un'altra impresa per motivi attinenti alla proprietà, alla partecipazione finanziaria o alle norme che disciplinano l'impresa stessa. L'influenza dominante è presunta quando un'impresa direttamente o indirettamente, nei confronti di un'altra impresa, detiene la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa, o dispone della maggioranza dei voti connessi alle partecipazioni al capitale dell'impresa, oppure può designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, direzione o di vigilanza dell'impresa. Viceversa, l'art. 2359 c.c. designa come collegata la società soggetta alla mera influenza notevole di altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ove si configuri una situazione di quest'ultimo genere, l'impresa collegata, anche nel quadro della nuova normativa introdotta dalla legge n. 166/2002, dovrà essere considerata, ai fini in questione, soggetto terzo.

<sup>23</sup> Sull'argomento si veda: G. MANGIALARDI, *La società di progetto per la realizzazione e/o gestione di infrastrutture e servizi*, in *Urb. e appalti*, 2000, p. 237 e ss.

non costituisce cessione di contratto. I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società predette si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari. L'art. 7, comma 1, lett. d) della legge n. 166/2002 ha aggiunto all'art. 37-*quinquies* della legge n. 109/1994 il comma 1-*ter* ed ha previsto che, per effetto del predetto subentro, la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'Amministrazione concedente. Nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte della pubblica amministrazione, i soci della società restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti dell'Amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito. In alternativa, la società di progetto può fornire alla pubblica amministrazione garanzie bancarie ed assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera, liberando in tal modo i soci. Le suddette garanzie cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. Il contratto di concessione stabilisce, inoltre, le modalità per la eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società ed a garantire, nei limiti predetti, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. L'ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche ed altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento.

Per i lavori realizzati mediante lo strumento della concessione è obbligatorio il collaudo in corso d'opera (art. 187, comma 3, del regolamento).



### **3. LA CONCESSIONE NELLA NUOVA DIRETTIVA 2004/18/CEE**

Il ricorso sempre più diffuso allo strumento delle concessioni da parte delle amministrazioni per realizzare e finanziare grandi lavori d'infrastruttura e servizi di gestione connessi ha spinto l'Unione europea a normare l'istituto.

La disciplina comunitaria, infatti, in un contesto di realtà legislative eterogenee dei vari Paesi membri, è intervenuta con la direttiva 93/37/CEE.

Il legislatore comunitario, con la citata direttiva, ha fissato così dei punti di riferimento ben precisi ed ha fornito nel corso degli anni elementi interpretativi utili, anche avviando, per il tramite della Commissione europea, una serie di procedure d'infrazione in materia.

Di recente è intervenuta la direttiva 2004/18/CEE che all'art. 82 abroga la precedente direttiva 93/37/CEE con decorrenza dalla data in cui gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva medesima. Il termine per conformarsi è il 31 gennaio 2006.

La nuova direttiva comunitaria pubblicata nella G.U.C.E. 30 aprile 2004, n. L 134 ed entrata in vigore il 1° maggio 2004 rappresenta una tappa ineludibile nel processo di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

Le direttive 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992, 93/36/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993 e 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993 (riguardanti rispettivamente le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori) necessitano di essere adeguate rispetto alle esigenze di modernizzazione e di semplificazione evidenziate dalle amministrazioni pubbliche e da un contesto socio – economico in continua evoluzione, sempre aperto ad innovativi strumenti di mercato.

La necessità e l'opportunità di coordinare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici sono avvertite sia dalle amministrazioni sia dagli operatori economici.

Il legislatore comunitario, spinto da esigenze di chiarezza e di uniformità, nonché dalla necessità di superare le difficoltà operative connesse alle innovazioni, anche tecnologiche, dettate dall'evoluzione del mercato, ha unificato e razionalizzato la disciplina degli appalti mediante l'adozione di un *corpus* normativo, sotto alcuni aspetti molto innovativo, in modo da assicurare alle amministrazioni ed agli operatori, di muoversi più agevolmente all'interno delle procedure contrattuali ad evidenza pubblica.

L'efficacia della direttiva 2004/18/CEE potrà essere valutata in concreto soltanto tra qualche anno, sulla base della capacità degli Stati membri di recepirne il contenuto. Appare ovvio che il recepimento impone, per alcuni settori degli appalti pubblici, una sostanziale rivisitazione della normativa interna.

La definizione di concessione di lavori pubblici rinvenibile nel diritto comunitario è quella contenuta nelle direttive 93/37/CEE e 2004/18/CEE. Nella recente direttiva l'istituto viene definito come *“un contratto che presenta 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”* (art. 1, comma 3). Una definizione sostanzialmente analoga a quella contenuta nella normativa nazionale.

Nell'ambito della normativa comunitaria il criterio distintivo tra la concessione di lavori pubblici e la concessione di servizi pubblici è data principalmente dall'oggetto dell'attività dedotta in contratto. Nelle due tipologie di concessioni rimane identico sul piano funzionale il *“corrispettivo della prestazione”* resa dal concessionario, in quanto anche al concessionario di servizio non viene riconosciuto un prezzo, ma soltanto il diritto ad ottenere la remunerazione dell'attività svolta attraverso la gestione del servizio per un determinato periodo<sup>24</sup>.

Sul piano concreto la differenziazione tra i due tipi di concessione diventa particolarmente complessa soprattutto per quelle fattispecie nelle quali il tratto distintivo che individua la prevalenza dei lavori rispetto ai servizi e viceversa risulta piuttosto sfumata. In tale ipotesi è necessario stabilire se l'oggetto della concessione riguarda principalmente o prevalentemente la costruzione di un'opera,

---

<sup>24</sup> Anche nel caso di concessione di servizi, l'operatore, quando si assume i rischi di gestione del servizio, trae il suo utile rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di un canone. La modalità di remunerazione dell'operatore è, come nel caso della concessione di lavori, un elemento che permette di stabilire l'assunzione del rischio di gestione. Come la concessione di lavori anche la concessione di servizi è caratterizzata da un trasferimento della responsabilità di gestione. La concessione di servizi riguarda di solito attività che, per la loro natura, l'oggetto e le norme che le disciplinano, possono rientrare nella sfera di responsabilità dello Stato ed essere oggetto di diritti esclusivi o speciali. Si veda in proposito la Circolare 1° marzo 2002, n. 3944 del Dipartimento per le politiche comunitarie, in G.U. n. 102 del 3 maggio 2002. Si veda altresì: comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni del 12 aprile 2000 (G.U.C.E. 121/5 del 29 aprile 2000), punto 2.2. In proposito si veda anche: Cons. Stato, V, 11 settembre 2000, n. 4795, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce Opere pubbliche, n. 276, secondo cui, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. b), della legge n. 109/1994, la concessione di lavori pubblici non esaurisce tutte le ipotesi in cui ad un concessionario possa essere affidata l'esecuzione dei lavori congiuntamente alla gestione del servizio cui l'opera è destinata, atteso che la linea di demarcazione tra i diversi istituti va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori, nel senso che là dove la gestione del servizio sia strumentale alla costruzione dell'opera in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla sua realizzazione è configurabile l'ipotesi della *“concessione di lavori pubblici”*, mentre nel caso inverso, ossia quando l'espletamento di lavori sia strumentale alla gestione di un servizio pubblico, sotto i profili della manutenzione e dell'implementazione di un'opera pubblica già esistente, è configurabile l'ipotesi della *“concessione di servizi pubblici”*.

nel qual caso si tratterà di una concessione di lavori<sup>25</sup>. Ove, al contrario, il contratto costituisca un rapporto in cui l'aspetto gestionale ha rilievo predominante e contempra la realizzazione di lavori solo a titolo accessorio, si tratterà di una concessione di servizi<sup>26</sup> che sarà disciplinata secondo la normativa specifica, ferma restando comunque l'applicazione dei principi di carattere generale del trattato CE, quali in particolare quello di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e di proporzionalità<sup>27</sup>.

Del resto, è anche possibile che talune operazioni contemplino sia la realizzazione di un'opera o la realizzazione di lavori, sia la prestazione dei servizi. In questi casi, a margine di una concessione di lavori, possono essere concluse delle concessioni di servizi per attività complementari ma indipendenti dalla gestione della concessione dell'opera<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> L'accessorietà dell'opera da realizzare diventa un elemento caratterizzante, soprattutto nei casi in cui la concessione di lavori pubblici si mostra in concreto, per gli elementi contenutistici, molto simile alla concessione di servizi. Un indirizzo giurisprudenziale (Cons. Stato, V, 4 maggio 2001, n. 2518, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce Contratti della p.a., n. 124; Cons. Stato, V, 24 aprile 2002, n. 2209, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce Opere pubbliche, n. 174) individua il criterio distintivo delle due tipologie di concessioni nella prevalenza economica delle prestazioni riconducibili ai servizi o di quelle ascrivibili ai lavori. In sostanza, qualora nell'ambito di una concessione le prestazioni contrattuali siano di diversa e commista specie, il criterio risolutore da utilizzare è quello della "prevalenza", con riferimento al valore economico delle prestazioni.

Rovesciando questo orientamento, il Consiglio di Stato, con la sentenza 30 ottobre 2003, n. 6768, nell'affrontare un caso inerente la concessione di lavori di adeguamento e gestione dell'illuminazione votiva cimiteriale, ha ritenuto che la distinzione della concessione di lavori pubblici rispetto alla concessione di servizi va effettuata "non sulla base del solo dato meramente quantitativo bensì alla luce anche del criterio funzionale, che fa riferimento determinante alla finalità complessiva che la stazione appaltante intende conseguire con l'insieme delle prestazioni richieste, e di quello dell'accessorietà, che consente di distinguere tra prestazioni principali caratterizzanti il contratto e prestazioni secondarie costituenti aspetti marginali, sebbene non irrilevanti".

<sup>26</sup> Si vedano: Comunicazione interpretativa, cit., e Corte di giustizia, sentenza 19 aprile 1994, causa C-331/92 *Gestion Hoteliere* e sentenza 5 dicembre 1989, causa C-3/88, *Data processing*.

<sup>27</sup> In linea di continuità con la giurisprudenza comunitaria si veda: Cons. Stato, IV, 17 gennaio 2002 n. 253, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce Concessioni amministrative, n. 3 e 4. Con tale decisione, pronunciandosi in ordine all'affidamento di concessione di gestione di rete autostradale, il giudice amministrativo ha osservato che le concessioni di pubblici servizi, pur se non regolate da direttive specifiche, soggiacciono ai principi generali dettati in materia dal Trattato costitutivo, come esplicitati dalla più volte rammentata comunicazione interpretativa del 29 aprile 2000. In particolare, il Consiglio di Stato, con la richiamata decisione, ha evidenziato che "in tema di affidamento, mediante concessione, di servizi pubblici di rilevanza comunitaria, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli articoli 43 e 49 del Trattato C.E.), nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici (enucleabili dalle direttive in materie di appalti di lavori, servizi, forniture e settori esclusi), impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, merco' l'utilizzo di procedure competitive selettive".

<sup>28</sup> Si pensi, ad esempio, ai servizi di ristoro di un'autostrada che possono essere oggetto di una concessione di servizi diversa dalla concessione di costruzione o di gestione dell'autostrada. In proposito: Comunicazione interpretativa, cit. Secondo la commissione, quando gli oggetti dei

La disciplina sostanziale della concessione di lavori pubblici è contenuta nel Titolo III della direttiva 2004/18/CEE.

L'art. 56 della direttiva citata stabilisce che la normativa in essa contenuta si applica a tutti i contratti di concessione di lavori pubblici stipulati dalle amministrazioni aggiudicatrici il cui valore sia pari o superiore a 6.242.000 EUR.

L'art. 57 stabilisce, invece, che la predetta normativa non si applica alle concessioni di lavori pubblici rilasciate nelle circostanze previste, relativamente agli appalti pubblici di lavori, dagli articoli 13, 14 e 15 della stessa direttiva. In particolare la disciplina non si applica:

- alle concessioni per i lavori necessari alle amministrazioni aggiudicatrici per la messa a disposizione o la gestione di reti pubbliche di telecomunicazioni o la prestazione al pubblico di uno o più servizi di telecomunicazioni;

- alle concessioni per i lavori che vengono dichiarati segreti, quando la loro esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza secondo le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti nello Stato membro di cui trattasi o quando ciò è necessario ai fini della tutela di interessi essenziali di tale Stato membro, per i lavori aggiudicati in base ad un accordo internazionale, concluso in conformità del trattato, tra uno Stato membro e uno o più paesi terzi e riguardante forniture o lavori destinati alla realizzazione o allo sfruttamento congiunti di un'opera da parte degli Stati firmatari o concernente servizi destinati alla realizzazione comune o alla gestione comune di un progetto da parte degli Stati firmatari;

- alle concessioni per i lavori aggiudicati in base ad un accordo internazionale concluso in relazione alla presenza di truppe di stanza e concernente imprese di uno Stato membro o di un paese terzo;

- alle concessioni per i lavori aggiudicati in base ad una particolare procedura di un'organizzazione internazionale;

- alle concessioni che sono rilasciate dalle amministrazioni aggiudicatrici che svolgono attività concernenti i servizi postali e di trasporto, la fornitura di acqua, energia termica, elettricità, gas e la prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi, nonché la gestione di porti e aeroporti.

L'art. 58 impone alle amministrazioni aggiudicatrici che intendono procedere alla concessione di lavori pubblici di rendere nota tale intenzione mediante un bando da redigere secondo uno schema prefissato nella stessa direttiva e da pubblicizzare in base alle norme contenute nella direttiva stessa<sup>29</sup>. Salvo casi particolari,

---

contratti sono dissociabili, ciascun tipo di contratto è disciplinato dalle norme ad esso applicabili. Si vedano sul punto anche: A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.c.*, p. 105 e ss., p. 199 e ss.

<sup>29</sup> A tal proposito, per chiarezza espositiva, si riporta integralmente l'art. 36 della direttiva 2004/18/CEE: *“Articolo 36 - Redazione e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi.1. I bandi e gli avvisi contengono le informazioni indicate nell'allegato VII A e, se del caso, ogni altra informazione ritenuta utile dall'amministrazione aggiudicatrice secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione in conformità alla procedura di cui all'articolo 77, paragrafo 2.*

*2. Le amministrazioni aggiudicatrici trasmettono i bandi e gli avvisi alla Commissione per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato VIII, punto 3 o con altri mezzi di trasmissione. Nel caso della procedura accelerata di cui all'articolo 38, para-*

il termine per la presentazione delle candidature alla concessione non può essere inferiore a cinquantadue giorni dalla data di spedizione del bando.

Secondo quanto previsto dall'art. 60, l'amministrazione aggiudicatrice può imporre al concessionario di lavori pubblici di affidare a terzi appalti corrispondenti a una percentuale non inferiore al 30% del valore globale dei lavori oggetto della concessione. E' comunque fatta salva la facoltà per i candidati di aumentare tale percentuale (detta aliquota minima deve figurare nel contratto di concessione di lavori). Il concedente può anche invitare i candidati concessionari a dichiarare essi stessi nelle loro offerte la percentuale, ove sussista, del valore globale dei lavori oggetto della concessione che intendono affidare a terzi<sup>30</sup>.

La direttiva non si applica ai lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente previsto della concessione, né nel contratto iniziale e che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, per l'esecuzione dell'opera (art. 61). L'amministrazione aggiudicatrice affida al concessionario tali lavori complementari a condizione che:

---

*grafo 8, i bandi e gli avvisi devono essere trasmessi mediante fax o per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato VIII, punto 3. I bandi e gli avvisi sono pubblicati secondo le caratteristiche tecniche di pubblicazione indicate nell'allegato VIII, punto 1, lettere a) e b).*

*3. I bandi e gli avvisi redatti e trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato VIII, punto 3, sono pubblicati entro cinque giorni dalla loro trasmissione. I bandi e gli avvisi non trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato VIII, punto 3, sono pubblicati entro dodici giorni dal loro invio o, nel caso della procedura accelerata di cui all'articolo 38, paragrafo 8, entro cinque giorni dal loro invio.*

*4. I bandi di gara sono pubblicati per esteso in una delle lingue ufficiali della Comunità scelta dall'amministrazione aggiudicatrice; il testo pubblicato in tale lingua originale è l'unico facente fede. Una sintesi degli elementi importanti di ciascun bando è pubblicata nelle altre lingue ufficiali. Le spese per la pubblicazione dei bandi e degli avvisi da parte della Commissione sono a carico della Comunità.*

*5. Gli avvisi e i bandi, nonché il loro contenuto, non possono essere pubblicati a livello nazionale prima della data della loro trasmissione alla Commissione. Gli avvisi e i bandi pubblicati a livello nazionale non devono contenere informazioni diverse da quelle contenute negli avvisi o bandi trasmessi alla Commissione o pubblicate su un profilo di committente conformemente all'articolo 35, paragrafo 1, primo comma, e devono menzionare la data della trasmissione dell'avviso o bando alla Commissione o della pubblicazione sul profilo di committente. Gli avvisi di preinformazione non possono essere pubblicati su un profilo di committente prima che sia stato inviato alla Commissione l'avviso che ne annuncia la pubblicazione sotto tale forma; gli avvisi in questione devono citare la data di tale trasmissione.*

*6. Il contenuto degli avvisi o bandi non trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato VIII, punto 3, è limitato a 650 parole circa.*

*7. Le amministrazioni aggiudicatrici devono essere in grado di comprovare la data di trasmissione degli avvisi o bandi.*

*8. La Commissione rilascia all'amministrazione aggiudicatrice una conferma della pubblicazione dell'informazione trasmessa in cui è citata la data della pubblicazione. Tale conferma vale come prova della pubblicazione."*

<sup>30</sup> Il contenuto dell'art. 60 è sostanzialmente analogo a quanto previsto dalla normativa nazionale. Si veda in particolare l'art. 2, comma 3, della legge n. 109/1994.

- 1) i lavori complementari non possano essere tecnicamente o economicamente separati dall'appalto iniziale senza gravi inconvenienti per le amministrazioni aggiudicatrici;
- 2) qualora i lavori, sebbene separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento.

Tuttavia l'importo cumulato dei lavori complementari affidati non deve superare il 50% dell'importo dell'opera iniziale oggetto della concessione.

Al concessionario che sia un'amministrazione aggiudicatrice si applicano, con riferimento ai lavori che saranno eseguiti da terzi, le disposizioni della direttiva per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (art. 62).

L'art. 63 stabilisce che gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure necessarie affinché i concessionari di lavori pubblici, che non siano amministrazioni aggiudicatrici, applichino, in sede di aggiudicazione di appalti a terzi, le disposizioni in materia di pubblicità contenute nell'art. 64, se il valore di tali appalti è pari o superiore a 6.242.000 EUR<sup>31</sup>. Non è richiesta alcuna pubblicità se un appalto di lavori rientra nelle fattispecie previste dall'articolo 31<sup>32</sup> della direttiva, cioè tra le ipotesi

<sup>31</sup> Per chiarezza espositiva si riporta integralmente l'art. 64 della direttiva: "Articolo 64. Pubblicazione del bando. 1. I concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici e che intendono aggiudicare un appalto di lavori a un terzo rendono nota tale intenzione mediante un bando.

2. I bandi contengono le informazioni indicate nell'allegato VII C ed eventualmente ogni altra informazione ritenuta utile dal concessionario di lavori pubblici, in base ai modelli di formulari adottati dalla Commissione secondo la procedura di cui all'articolo 77, paragrafo 2.

3. Il bando è pubblicato secondo l'articolo 36, paragrafi da 2 a 8.

4. Si applicano inoltre le disposizioni sulla pubblicazione volontaria dei bandi di cui all'articolo 37".

<sup>32</sup> Per chiarezza espositiva si riporta di seguito l'art. 31 della direttiva: "Articolo 31. Aggiudicazione mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle fattispecie seguenti:

1) per gli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi:

a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché una relazione sia trasmessa alla Commissione a richiesta di quest'ultima;

b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;

c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate con pubblicazione di un bando di gara di cui all'articolo 30. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici;

2) per gli appalti pubblici di forniture:

a) qualora i prodotti in questione siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo; in questa disposizione non rientra la produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo;

b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate o al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti

nelle quali è possibile la semplice procedura negoziata per l'individuazione del contraente. Non si considerano come terzi le imprese che si siano raggruppate per ottenere la concessione, né le imprese a esse collegate.

Per «impresa collegata» deve intendersi qualsiasi impresa su cui il concessionario possa esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o qualsiasi impresa che possa esercitare un'influenza dominante sul concessionario o che, come il concessionario, sia soggetta all'influenza dominante di un'altra impresa per motivi attinenti alla proprietà, alla partecipazione finanziaria o alle norme che disciplinano l'impresa stessa. L'influenza dominante è presunta quando un'impresa si trova, direttamente o indirettamente, in una delle seguenti situazioni nei confronti di un'altra impresa:

a) detiene la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa; oppure

---

*esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può, come regola generale, superare i tre anni;*

*c) per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime;*

*d) per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato giudiziario o di una procedura analoga prevista nelle legislazioni o regolamentazioni nazionali;*

*3) per gli appalti pubblici di servizi, qualora l'appalto in questione faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso di progettazione. In quest'ultimo caso tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati;*

*4) per gli appalti pubblici di servizi e gli appalti pubblici di lavori:*

*a) per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto inizialmente preso in considerazione né nel contratto iniziale, che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, all'esecuzione dell'opera o del servizio quali ivi descritti, a condizione che siano aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera:*

*- qualora tali lavori o servizi o complementari non possano essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dall'appalto iniziale senza recare gravi inconvenienti all'amministrazione aggiudicatrice*

*oppure*

*- qualora tali lavori o servizi, pur essendo separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento.*

*Tuttavia, l'importo cumulato degli appalti aggiudicati per lavori o servizi complementari non deve superare il 50% dell'importo dell'appalto iniziale;*

*b) per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo le procedure aperte o ristrette.*

*La possibilità di valersi di questa procedura è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è preso in considerazione dalle amministrazioni aggiudicatrici per l'applicazione dell'articolo 7.*

*Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla conclusione dell'appalto iniziale.”*

b) dispone della maggioranza dei voti connessi alle partecipazioni al capitale dell'impresa; oppure

c) può designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

L'elenco completo di tali imprese va unito alla candidatura per la concessione ed è aggiornato in funzione delle modificazioni intervenute nelle relazioni tra le imprese.

L'art. 65 prevede che negli appalti di lavori banditi da concessionari di lavori pubblici che non siano amministrazioni aggiudicatrici, questi debbano fissare un termine per la ricezione delle domande di partecipazione, non inferiore a 37 giorni dalla data di spedizione del bando, e un termine per la ricezione delle offerte, non inferiore a 40 giorni dalla data di spedizione del bando o dell'invito a presentare un'offerta<sup>33</sup>. Per altri aspetti l'articolo in questione rinvia a quanto previsto dai commi 5, 6 e 7 dell'art. 38.

---

<sup>33</sup> Per chiarezza espositiva si riporta integralmente l'art. 38 della direttiva: "Articolo 38. *Termini di ricezione delle domande di partecipazione e di ricezione delle offerte.*

1. *Nel fissare i termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione le amministrazioni aggiudicatrici tengono conto, in particolare, della complessità dell'appalto e del tempo necessario per preparare le offerte, fatti salvi i termini minimi stabiliti dal presente articolo.*

2. *Nelle procedure aperte, il termine minimo per la ricezione delle offerte è di 52 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara.*

3. *Nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara di cui all'articolo 30 e nel dialogo competitivo:*

a) *il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di 37 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara;*

b) *nelle procedure ristrette il termine minimo per la ricezione delle offerte è di 40 giorni dalla data dell'invio dell'invito.*

4. *Nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici abbiano pubblicato un avviso di preinformazione, il termine minimo per la ricezione delle offerte ai sensi del paragrafo 2 e del paragrafo 3, lettera b), può essere ridotto, di norma, a 36 giorni e comunque mai a meno di 22 giorni.*

*Tale termine decorre dalla data di trasmissione del bando di gara nelle procedure aperte e dalla data di invio dell'invito a presentare un'offerta nelle procedure ristrette.*

*Il termine ridotto di cui al primo comma è ammesso a condizione che l'avviso di preinformazione contenesse tutte le informazioni richieste per il bando di gara di cui all'allegato VII A, sempreché dette informazioni fossero disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso e che tale avviso di preinformazione fosse stato inviato per la pubblicazione non meno di 52 giorni e non oltre 12 mesi prima della data di trasmissione del bando di gara.*

5. *Qualora i bandi siano redatti e trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisati nell'allegato VIII, punto 3, i termini per la ricezione delle offerte di cui ai paragrafi 2 e 4, nelle procedure aperte, e il termine per la ricezione delle domande di partecipazione di cui al paragrafo 3, lettera a), nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate e nel dialogo competitivo possono essere ridotti di sette giorni.*

6. *Una riduzione di cinque giorni dei termini per la ricezione delle offerte di cui al paragrafo 2 e al paragrafo 3, lettera b), è possibile qualora l'amministrazione aggiudicatrice offra, per via elettronica e a decorrere dalla pubblicazione del bando secondo l'allegato VIII, l'accesso libero, diretto e completo al capitolato d'onere e ad ogni documento complementare precisando nel testo del bando l'indirizzo Internet presso il quale tale documentazione è accessibile.*

*Detta riduzione è cumulabile con quella prevista al paragrafo 5.*



La normativa europea in tema di concessioni di lavori non trova applicazione (e pertanto l'affidamento diretto della concessione e della gestione dell'opera è consentito anche senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle norme comunitarie) solo quando manchi un vero e proprio rapporto giuridico tra l'ente pubblico e il soggetto gestore, come nel caso, secondo la terminologia della Corte di giustizia, di delegazione interorganica o di servizio affidato, in via eccezionale, "in house"<sup>34</sup>.

In altri termini, quando un contratto viene stipulato tra un'amministrazione appaltante ed una persona giuridica, l'applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa nel caso in cui l'amministrazione eserciti sulla persona medesima un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona giuridica realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o con le articolazioni della stessa che la controllano. Per controllo s'intende un rapporto equivalente, sul piano pratico, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un penetrante controllo amministrativo, gestionale e finanziario dell'ente pubblico sulla persona giuridica. In tal caso l'affidamento diretto della gestione dell'opera e del servizio è consentito senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie.

Invece, ove non ricorra un siffatto controllo gestionale ed economico dell'ente pubblico sul soggetto concessionario ma l'affidamento riguardi la costruzione di un'opera in cambio della gestione della stessa come corrispettivo, l'aggiudicazione del lavoro deve in ogni caso avvenire nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza e di parità di trattamento che impongono la necessità di seguire procedure di evidenza pubblica.

---

7. Qualora, per qualunque motivo, il capitolato d'oneri e i documenti o le informazioni complementari, seppure richiesti in tempo utile, non siano stati forniti entro i termini di cui agli articoli 39 e 40 o qualora le offerte possano essere formulate solo a seguito di una visita dei luoghi o previa consultazione in loco dei documenti allegati al capitolato d'oneri, i termini per la ricezione delle offerte sono prorogati in modo che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte.

8. Nelle procedure ristrette e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara di cui all'articolo 30, allorché l'urgenza renda impossibile rispettare i termini minimi previsti al presente articolo, le amministrazioni aggiudicatrici possono stabilire:

a) un termine per la ricezione delle domande di partecipazione, non inferiore a 15 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o a 10 giorni se il bando è trasmesso per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione di cui all'allegato VIII, punto 3;

b) e, nelle procedure ristrette, un termine per la ricezione delle offerte, non inferiore a 10 giorni dalla data di trasmissione dell'invito a presentare offerte".

<sup>34</sup> Si veda: Corte di giustizia, sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal. Si veda altresì: Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie, del 1° marzo 2002 in tema di "Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e concessioni"; si veda, altresì, in materia di pubblici servizi l'art. 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

La nuova direttiva, infatti, non può essere interpretata senza un sistematico ed organico riferimento del suo contenuto ad alcuni principi sanciti nel Trattato e recepiti nella giurisprudenza comunitaria<sup>35</sup>.

Il principio di parità di trattamento impone alle amministrazioni aggiudicatrici, una volta individuata liberamente la procedura della concessione di lavori quale sistema più appropriato alle proprie esigenze ed alle caratteristiche del settore interessato e stabiliti i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi del procedimento, di garantire che la scelta del candidato avvenga in base a criteri oggettivi nel rispetto delle regole e dei criteri stabiliti nel bando<sup>36</sup>.

Il principio di non discriminazione, in particolare in base alla nazionalità, implica che le amministrazioni osservino l'obbligo di imparzialità e di adeguata pubblicità, al fine di consentire l'apertura degli appalti alla concorrenza ed il controllo sulla correttezza dell'azione<sup>37</sup>.

Il principio di trasparenza è strettamente legato a quello di non discriminazione poiché assicura condizioni di concorrenza non falsate ed impone alle amministrazioni concedenti di pubblicizzare, con idonei mezzi, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione. Le forme di pubblicità utilizzate dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura, quali ad esempio i criteri di selezione ed attribuzione, l'oggetto della concessione e le prestazioni attese dal concessionario.

La direttiva 2004/18/CEE lascia libere le amministrazioni concedenti, una volta adempiute le pubblicità preliminari, di scegliere la procedura più appropriata per l'individuazione del concessionario, mentre la legislazione nazionale (art. 20, comma 2, legge n. 109/1994), come già detto, prescrive, per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici, la licitazione privata.

Anche il principio di proporzionalità deve trovare applicazione nella disciplina delle concessioni: ciò significa, in particolare, che le amministrazioni concedenti devono adottare provvedimenti necessari ed adeguati in relazione all'obiettivo, evitando di fissare requisiti professionali o finanziari sproporzionati rispetto all'oggetto della concessione. Il principio trova applicazione anche per il profilo della durata della concessione che non può eccedere il periodo necessario per ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali, ferma restando la

---

<sup>35</sup> La comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni del 12 aprile 2000, cit., chiarisce che, anche quando le concessioni non siano disciplinate da specifiche direttive, sono comunque sottoposte ai principi e alle norme del trattato.

<sup>36</sup> Quali esempi di pratiche contrarie alla parità di trattamento, sono considerate dalla Commissione quelle che permettono l'accettazione di offerte non conformi al capitolato d'onori o modificate successivamente alla loro apertura o la presa in considerazione di soluzioni alternative, qualora la possibilità non sia stata prevista dal progetto iniziale. Si veda: Corte di giustizia, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94 Bus Wallons, punto 54.

<sup>37</sup> In tal senso: Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, considerato n. 62.

permanenza del rischio di gestione sul concessionario come già in precedenza illustrato<sup>38</sup>.

Il principio del mutuo riconoscimento implica per le concessioni che lo Stato nel cui territorio la prestazione è fornita deve accettare le specifiche tecniche, i controlli, i titoli e i certificati prescritti in un altro Stato, nella misura in cui questi siano riconosciuti equivalenti a quelli richiesti dallo Stato membro destinatario della prestazione<sup>39</sup>.

Il principio della tutela dei diritti fondamentali esige che eventuali provvedimenti di diniego, adottati dalle amministrazioni in sede di rilascio delle concessioni o di svolgimento delle procedure all'uopo finalizzate, debbano essere motivate e siano oggetto di ricorsi giurisdizionali da parte dei loro destinatari.

Per quanto riguarda in particolare le concessioni di lavori l'art. 1 della direttiva n. 89/665/CEE, così sostituito dall'articolo 41 della direttiva 92/50/CEE, prescrive che qualora le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici abbiano violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto, gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che tali decisioni possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile.

In conclusione, dai principi ricavabili dall'ordinamento comunitario, si evince chiaramente che la scelta del concessionario deve avvenire sulla base di una procedura ad evidenza pubblica, improntata ai principi di competitività e concorrenzialità propri del trattato istitutivo e della direttiva 2004/18/CEE, in modo da consentire, anche attraverso idonee forme di pubblicità, *“la possibilità da parte delle imprese interessate di esplicitare le proprie chances partecipative”*<sup>40</sup>.

Nel sistema comunitario il ricorso alla scelta diretta del concessionario, in deroga ai principi fin qui esposti, costituisce evenienza eccezionale, giustificabile solo in caso di specifiche ragioni tecniche ed economiche che rendano impossibile in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto. Le inosservanze delle regole comunitarie in materia di scelta del contraente comporta l'attivazione di procedure di infrazione da parte dell'Unione europea.

---

<sup>38</sup> Tribunale di primo grado, sentenza 8 luglio 1999, causa T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij NV.

<sup>39</sup> Si veda: Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie, del 1° marzo 2002 in tema di *“Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e concessioni”*.

<sup>40</sup> Si veda: Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, citata nella nota che precede.

## 4. LA CONCESSIONE DI COSTRUZIONE E GESTIONE E L'APPALTO DI OPERE PUBBLICHE

Per delineare gli esatti confini tra l'appalto e la concessione appare opportuno esporre alcune considerazioni.

Nella concessione coesistono caratteri tipici dell'appalto per la costruzione di opera pubblica ed elementi propri della concessione per la gestione di servizi<sup>41</sup>. Con la concessione lo Stato o altro ente pubblico trasferisce ad un altro soggetto, privato o pubblico, che rimane fuori dalla sua organizzazione e che perciò non diventa suo organo, l'esercizio di alcune funzioni pubbliche. Il concessionario redige il progetto delle opere da realizzare, provvede a propria cura ed a proprie spese all'esecuzione dei lavori mediante realizzazione diretta (quando non sia un ente pubblico) o affidamento in appalto, e, quindi, alla gestione del servizio<sup>42</sup>.

L'amministrazione concedente esercita un potere di vigilanza, mediante l'approvazione degli studi preliminari alla realizzazione dell'opera, del progetto (in tutte le sue articolazioni) e delle sue eventuali varianti, ed esegue il collaudo dell'opera. Da un lato, l'amministrazione non corrisponde al concessionario alcun prezzo per la realizzazione dell'opera, oppure corrisponde una somma pari ad una piccola parte del valore dell'opera ovvero assegna al concessionario degli immobili a titolo di prezzo (art. 19, comma 2, legge quadro). Dall'altro lato, l'amministrazione consente al concessionario di far propri i proventi derivanti dalla gestione dell'opera, la cui durata viene fissata in un periodo di tempo tale da consentirgli il recupero delle spese sostenute ed utile di impresa.

Il tratto distintivo delle concessioni di lavori pubblici rispetto agli appalti di lavori consiste nel conferimento di un diritto di gestione dell'opera che permette al concessionario di percepire proventi (consistenti nelle somme pagate dall'utente) a titolo di controprestazione della costruzione dell'opera stessa per un determinato periodo di tempo. Il diritto di gestione implica anche il trasferimento della responsabilità e degli oneri connessi che investono gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera. Appare chiaro, quindi, che nella concessione di lavori l'alea relativa alla gestione viene trasferita al concessionario che assume il rischio economico-imprenditoriale, nel senso che la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi che può trarre dalla fruizione altrui dell'opera. Al contrario, si è in presenza di un contratto di appalto quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e il contraente non si remunera

---

<sup>41</sup> Si veda: Cass., Sez. Un., 4 dicembre 1990, n. 11591, in *Mass. Foro it.*, 1990, 1273.

<sup>42</sup> Si veda dettagliatamente: A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *ol.u.c.*

attraverso i proventi corrisposti dagli utenti<sup>43</sup>, ma mediante la percezione diretta di un corrispettivo pagato dall'ente appaltante.

Mediante la concessione l'amministrazione sostituisce a sè il terzo (un ente pubblico o un soggetto privato) nell'espletamento di un compito di carattere pubblico, compresa l'attività diretta o indiretta di costruzione dell'opera. In altri termini, il concessionario è il sostituto, che, svolgendo in nome proprio un'attività lucrativa, persegue contemporaneamente un fine dell'amministrazione<sup>44</sup>.

Nell'appalto, invece, l'appaltatore si obbliga ad effettuare una prestazione determinata nei confronti esclusivi dell'amministrazione; non si sostituisce ad essa nei rapporti con gli utenti e non svolge nessuna funzione di natura pubblica.

Il concessionario esegue nei confronti dell'utenza le attività che dovrebbe fare l'amministrazione; l'appaltatore, invece, è un semplice *conductor operis*, cioè un realizzatore di un'opera che verso un corrispettivo si obbliga ed eseguire una determinata prestazione. In concreto, il concessionario deve assicurare la propria prestazione e la gestione del servizio soprattutto agli utenti, intesi come cittadini, mentre l'appaltatore esegue la prestazione esclusivamente in favore dell'amministrazione appaltante<sup>45</sup>.

Nella concessione di lavori pubblici, che non è affidata nell'interesse del concessionario (come, ad es., nella concessione di uso) ma in quello dell'amministrazione e, quindi, della collettività, il concessionario non acquista solo la facoltà, ma assume anche l'obbligo di costruire le opere e di esercitare il servizio pubblico connesso. In ciò la concessione differisce sostanzialmente dall'appalto, perché l'obbligo di costruire l'opera pubblica "è, nella concessione, un riflesso della facoltà concessa e insieme dell'obbligo imposto di provvedere al servizio pubblico"<sup>46</sup>.

Nell'appalto, invece, l'edificazione dell'opera è il risultato che l'appaltatore si impegna a realizzare, indipendentemente dalla sua utilizzazione per uno scopo di utilità pubblica; il suo oggetto è dato dalle prestazioni dell'appaltatore e dalle controprestazioni dell'amministrazione. Nella concessione ha un ruolo prioritario l'attribuzione al privato di poteri e facoltà propri dell'amministrazione (esercizio di un pubblico servizio, facoltà di riscuotere e far proprio il corrispettivo a carico del

---

<sup>43</sup> L'art. 1, comma 2, lett. b) della direttiva 2004/18/CEE definisce gli appalti pubblici di lavori come appalti aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di edilizia indicate nell'allegato I della direttiva medesima o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice.

<sup>44</sup> Si veda: A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.c.*, p. 182 e ss. Si veda inoltre: F. FRACCHIA, *Analogie e differenze tra "concessione di gestione" e "concessione di utilizzazione": il caso degli aeroporti. Osservazioni a Cons. Stato, VI, 15 aprile 1996, n. 561*, in *Foro it.*, 1996, 7-8, pt. 3, p. 375 e ss. Secondo l'Autore si deve distinguere il concetto di "gestione" dell'opera, comprendente una serie di attività che vanno dalla sua manutenzione fino all'esercizio di tutto quanto risulti necessario per la realizzazione del fine pubblico o di pubblico interesse al quale è destinata, dal concetto di "utilizzazione" dell'opera stessa in un'ottica puramente imprenditoriale (si pensi alla locazione per trarne un profitto), nel qual caso si esula dalla problematica in esame.

<sup>45</sup> A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.c.*, p. 183.

<sup>46</sup> A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.l.u.c.*

singolo che usufruisce del servizio); l'imposizione dell'obbligo di costruire le opere ha valore strumentale rispetto alla futura gestione delle stesse. La costruzione dell'opera, nella concessione di costruzione e di esercizio, manca perciò di autonomia e non forma oggetto di un contestuale contratto di appalto<sup>47</sup>.

Nel contratto di appalto è previsto un corrispettivo; nella concessione, la reintegrazione delle spese ed il conseguimento dell'utile dipendono quasi esclusivamente dall'andamento della gestione dell'opera. Soltanto in rari casi all'atto di concessione si accompagna una limitata diminuzione patrimoniale a carico dell'amministrazione. Nella concessione l'interesse pubblico alla gestione dell'opera, connesso all'interesse alla fruibilità del servizio da parte della collettività, entra nella causa del negozio; nel caso dell'appalto, invece, *“l'interesse pubblico rimane nella sfera esclusiva degli intenti dell'amministrazione e non si riflette nella causa del negozio”*<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.c.*, p. 184.

<sup>48</sup> A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *ol.u.c.*

## 5. CONCESSIONE E PROJECT FINANCING

Il *project financing* è una particolare figura di affidamento di lavori pubblici. Di tradizione anglosassone, è stata introdotta dagli articoli 37 *bis* - *nonies* della legge n. 109/1994, aggiunti dall'art. 11, comma 1, della legge n. 415/1998 e successivamente modificati dall'art. 7, comma 1, della legge n. 166/2002.

Il *project financing* è utilizzabile per la realizzazione di opere pubbliche che producano, in maniera diretta o indiretta, un reddito. È uno strumento negoziale particolarmente complesso per struttura e causa, caratterizzato da una serie di rapporti di varia natura che intercorrono tra i soggetti finanziatori dell'opera (normalmente banche e imprese commerciali) ed il soggetto affidatario dell'esecuzione dei lavori e della gestione dell'opera<sup>49</sup>.

Nell'ambito del *project financing* i rapporti di natura patrimoniale possono consistere in anticipazioni di disponibilità finanziarie o in concessione di mutui a particolari condizioni in favore dell'esecutore dei lavori, ovvero assumere le caratteristiche di sottoscrizione di obbligazioni mediante offerte pubbliche di vendita, ovvero ancora di partecipazione diretta al capitale di rischio della società titolare dei lavori<sup>50</sup>.

Nel *project financing*, come nella concessione, i proventi derivanti dalla gestione e dallo sfruttamento dell'opera e le eventuali entrate ulteriori previste a vario titolo (contributi, finanziamenti, ecc.) nonché le utilità economiche indotte devono essere tali da ricoprire in un certo lasso di tempo gli investimenti sostenuti ed assicurare un margine di guadagno.

Per l'amministrazione l'aspetto procedurale, particolarmente complesso, attiene alla fase della individuazione del contraente ed alla verifica della serietà ed affidabilità dei rapporti di natura patrimoniale, il controllo sulla costruzione e gestione dell'opera, il rispetto e la attuabilità del piano finanziario.

L'istituto, simile per alcuni aspetti alla concessione di lavori, è utilizzabile per la costruzione sia di opere pubbliche sia di opere di pubblica utilità inserite nella programmazione triennale prevista dall'articolo 14 della legge quadro, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione sulla

---

<sup>49</sup> Sul *project financing*, si vedano: AA.VV., *Project financing. Aspetti economici, giuridici, finanziari, fiscali e contrattuali*, a cura di W. TERNAU, Milano, 1996; C. DE ROSE, *Il project financing: nozioni, possibili applicazioni pubblicistiche, loro compatibilità con l'ordinamento comunitario*, in *Il Cons. di Stato*, 1997, II, 307; A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.c.*, p. 192 e ss.; P. SANTORO, *o.c.*, p. 224 e ss., p. 367 e ss.; G. DE MARZO – M. BALDI, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2004; N. LUGARESI, *Concessioni di costruzione e gestione e project financing: problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, in *Riv. trim. appalti*, 2001, 4, p. 647 e ss.; M. RICCHI, *I limiti della concessione nelle procedure di project financing*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 2, p. 153 e ss.

<sup>50</sup> A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.l.u.c.*

base della normativa vigente. Già in sede di predisposizione del programma triennale i soggetti pubblici e privati possono presentare proprie proposte di intervento e studi di fattibilità, pur non determinandosi con ciò alcun obbligo per le amministrazioni procedenti di esame e valutazione, né, ove l'intervento sia effettivamente inserito nel programma, alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione di quanto proposto.

Possono presentare le proposte di *project financing* i soggetti pubblici e privati<sup>51</sup> dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché i soggetti ammessi generalmente alle procedure di gara e le società di ingegneria costituite in forma di società di capitali<sup>52</sup>, anche in forma associata o consorziata con enti finanziatori e con gestori di servizi. Le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono presentare studi di fattibilità o proposte di intervento, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici per la realizzazione di opere mediante lo strumento del *project financing*, ferma restando la loro autonomia decisionale.

Il Regolamento, all'art. 99, prevede che possano essere promotori di iniziative anche i soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, purchè negli ultimi tre anni abbiano partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta e, ancora, i soggetti appositamente costituiti, nei quali comunque devono essere presenti in misura maggioritaria soci aventi i requisiti di esperienza e professionalità suddetti<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Si veda sul punto A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.l.u..c.* Secondo gli autori, in vigenza degli originari testi degli artt. 37-*bis* e segg. della legge n. 109/1994, alla questione se la veste di promotore potesse essere assunta anche da una società mista a partecipazione (maggioritaria o minoritaria) pubblica, si era prevalentemente risposto in senso negativo, nel precipuo rilievo che simile eventualità, comportando oneri a carico dell'amministrazione partecipante alla società è parsa elusiva della delineata funzione dell'istituto di assicurare l'esecuzione di lavori pubblici mediante finanziamenti privati. L'art. 7, comma 1, lett. *aa*) e segg., della l. n. 166/2002 è ora orientato in senso opposto, là dove, come si è ora detto, annovera tra i possibili promotori delle iniziative in *project financing* da inserire nei programmi triennali soggetti sia privati che pubblici e conferisce espressa legittimazione al riguardo alle camere di commercio.

<sup>52</sup> In proposito si vedano gli artt. 10 e 17, comma 1, lettera f) della legge n. 109/1994. Secondo T.A.R. Milano, III, 2 luglio 2001, n. 4729, in *Trib. amm. reg.*, 2001, 1, 2087, la possibilità di presentare offerte congiunte in una procedura di *project financing* è subordinata alla "costituzione di un'associazione nelle forme di cui all'art. 10, lett. d) ed e), ovvero all'art. 13, comma 5, della legge". Circa l'ammissibilità di una offerta congiunta recante il mero impegno, pur implicito, ad associarsi, si veda: provvedimento Autorità vigilanza ll. pp., 4 ottobre 2001, n. 20, in G.U., 31 ottobre 2001, n. 254. Si veda inoltre: Cons. Stato, V, 5 settembre 2002, n. 4468, in *Sett. giur.*, 2002, 1, 646. Circa la possibilità che la qualità di promotore venga assunta da una impresa singola, si veda: Cons. Stato, V, 11 luglio 2002, n. 3916, in *Sett. Giur.*, 2002, 1, 565.

<sup>53</sup> Sul contenuto concreto di tali requisiti, si veda: Autorità vigilanza ll. pp., 4 ottobre 2001, n. 20, cit.



L'art. 37-*bis*, comma 2-*bis*, della legge n. 109/1994, così come modificato dall'art. 7, comma 1, lett. aa), n. 3) della legge n. 166/2002, stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici, entro venti giorni dalla avvenuta redazione dei propri strumenti programmatici, rendono pubblica la presenza negli stessi programmi di interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione, mediante la pubblicazione di un avviso indicativo con le modalità di cui all'art. 80 del regolamento.<sup>54</sup>

L'art. 37-*bis* della legge n. 109/1994, nella versione novellata, stabilisce che le proposte vanno presentate entro il 30 giugno di ogni anno, oppure, nel caso in cui entro tale scadenza non siano state presentate proposte per il medesimo intervento, entro il 31 dicembre<sup>55</sup>. Le proposte devono contenere uno studio di inquadramento territoriale e ambientale, uno studio di fattibilità, un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966. Nelle proposte vanno specificate le caratteristiche del servizio e della gestione; vanno indicati gli elementi elencati nell'art. 21, comma 2, lettera b) della legge quadro<sup>56</sup>, e le garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice. Le proposte devono, inoltre, indicare l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione, comprensivo anche dei diritti sulle opere d'ingegno di cui all'articolo 2578 c.c.. Tale importo, soggetto all'accettazione da parte della

---

<sup>54</sup> Tale avviso va affisso presso la sede dell'amministrazione per almeno sessanta giorni consecutivi. L'avviso va pubblicato anche per via telematica e va trasmesso all'Osservatorio dei lavori pubblici che ne dà pubblicità. Sono ammesse ulteriori forme di pubblicità. In proposito, si vedano: A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o. c.*, p. 194. Secondo gli Autori il legislatore ha inteso favorire la massima conoscenza di interventi suscettibili di affidamento a mezzo di *project financing*, e pertanto è da ritenere che l'obbligo di pubblicazione “*si riferisce non soltanto al programma triennale di cui all'art. 14 della legge n. 109 del 1994, ma ad ogni altro strumento programmatico di analoga valenza*”. Al tempo stesso, per chiare ragioni di economicità dell'azione amministrativa, il riferimento alla redazione degli strumenti programmatici contenuto nella norma “*va inteso come indicativo della definizione conclusiva dell'atto, che dunque deve aver acquisito compiuta efficacia*”.

<sup>55</sup> Il citato art. 37-*bis* stabilisce, inoltre, che i soggetti pubblici e privati possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, anche nell'ambito della fase di programmazione di cui all'articolo 14 della legge n. 109/1994, proposte d'intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e studi di fattibilità. Tale presentazione, effettuata nella fase della programmazione prevista dall'art. 14 della legge quadro, non determina, in capo alle amministrazioni, alcun obbligo di esame e valutazione. Le amministrazioni possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, le suddette proposte di intervento e gli studi ritenuti di pubblico interesse; l'adozione, in tal caso, non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti.

<sup>56</sup> Gli elementi sono i seguenti: prezzo, valore tecnico ed estetico dell'opera progettata, tempo di esecuzione dei lavori, rendimento, durata della concessione, modalità di gestione, livello e criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza, ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare.

amministrazione aggiudicatrice, non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento che si desume dal piano economico-finanziario.

Entro quindici giorni dalla ricezione della proposta, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono alla nomina e alla comunicazione al promotore del responsabile del procedimento, nonché alla verifica della completezza dei documenti presentati e ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione<sup>57</sup>.

L'amministrazione deve esprimersi entro quattro mesi dalla ricezione della proposta, ma, ove necessario, il responsabile del procedimento concorda per iscritto con il promotore un più lungo programma di esame e valutazione. Entro il predetto termine l'amministrazione valuta la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione. L'amministrazione, inoltre, verifica l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvede ad individuare quelle che ritiene di pubblico interesse.

Successivamente, le amministrazioni aggiudicatrici, qualora fra le proposte presentate ne abbiano individuate alcune di pubblico interesse, indicano, in una prima fase, una gara nella forma della licitazione privata o dell'appalto-concorso da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 21, comma 2, lettera b) della legge quadro, ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore.

In una seconda fase, le amministrazioni aggiudicano la concessione mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara precedentemente espletata mediante licitazione privata o appalto-concorso.

Nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto.

Si hanno, così, due fasi procedurali: quella della licitazione privata o dell'appalto-concorso, volta soltanto a selezionare le migliori offerte, e quella della

---

<sup>57</sup> Si vedano: A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o. c.*, p. 195. Secondo gli Autori la specificità della previsione ed il particolare favore del legislatore ad agevolare l'applicazione dell'istituto, sembrano consentire l'esplicazione dell'attività integratoria non soltanto in relazione a manchevolezze meramente formali della documentazione, ma anche per vera e propria mancanza di qualche documento. È da ritenere, a parere degli Autori, che *“restino non integrabili quelle proposte le quali, a causa delle carenze documentali, non consentano di definire appropriatamente la connotazione soggettiva ed oggettiva della proposta. Indagine questa destinata in concreto ad assumere aspetti di particolare delicatezza qualora per il medesimo intervento siano presentate più proposte da comparare tra loro”*.

trattativa privata, finalizzata alla vera e propria scelta del progetto preferibile<sup>58</sup>. Inoltre, l'affidamento dei lavori è possibile anche in presenza della sola offerta originaria, svolgendosi in tal caso la procedura negoziata tra l'amministrazione concedente e lo stesso promotore. L'art. 7, comma 1, lett. bb), della legge n. 166/2002 ha, inoltre, attribuito a quest'ultimo la facoltà, in sede di procedura negoziata, di adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente, rendendosi in tal caso aggiudicatario della concessione.

L'art. 37-*quater*, commi 2 e 3, così come modificato dall'art. 7, comma 1, lett. cc) della legge n. 166/2002, regola in maniera specifica il regime delle garanzie.

I commi 4 e 5 del citato art. 37-*quater*, disciplinano il pagamento delle spese di progettazione e dei diritti sulle opere dell'ingegno. In particolare stabiliscono che, nel caso in cui nella procedura negoziata, entro un congruo termine fissato dall'amministrazione nel bando di gara, risulti aggiudicatario un soggetto diverso dal promotore, quest'ultimo ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, delle spese sostenute per la predisposizione delle sue proposte, che non devono comunque superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento. Il pagamento è effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, prelevando tale importo dalla cauzione versata dal soggetto aggiudicatario.

Nel caso in cui la gara sia esperita mediante appalto-concorso e nella successiva procedura negoziata il promotore risulti aggiudicatario, lo stesso è tenuto a versare all'altro soggetto, ovvero agli altri due soggetti che abbiano partecipato alla procedura, il rimborso delle spese sostenute e documentate sempre nel limite massimo del 2,5 per cento del valore dell'investimento. Anche in questo caso il pagamento è effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, prelevando tale importo dalla cauzione versata dall'aggiudicatario<sup>59</sup>.

La nuova versione dell'art. 37-*quater*, contrariamente a quanto contenuto nella previgente stesura, non impone ai soggetti aggiudicatari l'obbligo di appaltare a terzi una percentuale minima pari al 30% dei lavori oggetto della concessione.

---

<sup>58</sup> È stato rilevato che, in relazione alle caratteristiche delle due fasi di cui consta il procedimento, in entrambe agli offerenti è riconosciuta la facoltà di proporre varianti al progetto predisposto dal promotore (sempreché, ovviamente, l'iniziativa sia comunque rispettata nelle sue connotazioni essenziali). Si vedano in proposito A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o. c.*, p. 196. Si veda anche: determinazione Autorità vigilanza ll. pp., 26 ottobre 2000, n. 51, in G.U. n. 280 del 30 novembre 2000, secondo cui i partecipanti alla licitazione privata, indetta sulla base della proposta del promotore, non sono tenuti nell'offerta a proporre varianti al progetto del promotore stesso posto a base di gara; ne segue che anche il rimborso della spesa, che non spetta automaticamente a tutti i partecipanti alla gara, non dipende dalla introduzione di varianti progettuali, ma spetta senza che occorra alcun taglio delle spese effettivamente sostenute.

<sup>59</sup> Si vedano: A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o. c.*, p. 197. A parere degli Autori, in quest'ultima ipotesi il legislatore, nell'intento di favorire la più ampia partecipazione di imprese alla iniziativa, mira ad assicurare un ristoro in favore dei partecipanti più meritevoli per le spese sostenute ai fini, principalmente, della redazione, per lo più particolarmente onerosa, del progetto esecutivo.

Neppure è previsto che lo stesso concedente possa, con l'atto di concessione, fissare un tale obbligo<sup>60</sup>.

Al *project financing* si applica la norma dell'art. 37-*quinquies* della legge quadro, in materia di società di progetto. Pertanto, sulla base di detta norma il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile. Il bando di gara deve indicare anche l'ammontare minimo del capitale sociale della società. In caso di concorrente costituito da più soggetti nell'offerta va indicata la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto. La società così costituita diventa concessionaria, subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario, senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione di contratto. Il bando di gara può, altresì, prevedere che la costituzione della società sia un obbligo dell'aggiudicatario.

I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società di progetto si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso in cui siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari. Alle predette società si applicano le eventuali disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali che prevedono obblighi di affidamento dei lavori o dei servizi a soggetti terzi.

Per effetto del predetto subentro nel rapporto di concessione, che, come si è detto, non costituisce cessione del contratto, la società di progetto diventa concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'Amministrazione concedente. Nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte della pubblica amministrazione, i soci della società restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti dell'Amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito. In alternativa, la società di progetto può fornire alla pubblica amministrazione garanzie bancarie ed assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera, liberando in tal modo i soci. Le suddette garanzie cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. Il contratto di concessione stabilisce le modalità per la eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la

---

<sup>60</sup> Si vedano: A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.l.u.c.* Secondo gli Autori, nell'abrogazione disposta dall'art. 7 della legge n. 166/2002 è stata ricompresa anche la parte del previgente testo, la quale manteneva ferme le norme relative ai metodi di affidamento dei lavori da parte del concessionario a terzi e la stessa definizione di questi ultimi. A parere degli Autori non sembra che tale abrogazione modifichi quest'ultimo principio. Atteso, infatti, che pur nell'ambito dell'istituto del *project financing*, l'aggiudicatario assume la veste di concessionario dei lavori e della successiva gestione dell'opera, ai suoi atti di affidamento di appalti a terzi deve intendersi che vadano applicate le corrispondenti regole, non espressamente derogate, contenute nell'art. 2 della legge n. 109/1994. Una diversa conclusione contrasterebbe con i principi comunitari, che non consentono eccezioni al riguardo.

qualificazione sono tenuti a partecipare alla società ed a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. L'ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche ed altri investitori istituzionali, che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione, possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento.

L'art. 37-*octies* stabilisce che in tutti i casi di risoluzione di un rapporto concessorio per motivi attribuibili al soggetto concessionario, gli enti finanziatori del progetto potranno impedire la risoluzione designando, entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione scritta da parte del concedente dell'intenzione di risolvere il rapporto, una società che subentri nella concessione al posto del concessionario e che verrà accettata dal concedente a condizione che:

a) la società designata dai finanziatori abbia caratteristiche tecniche e finanziarie sostanzialmente equivalenti a quelle possedute dal concessionario all'epoca dell'affidamento della concessione;

b) l'inadempimento del concessionario che avrebbe causato la risoluzione cessi entro il termine stabilito dal medesimo articolo ovvero in un termine più ampio che potrà essere eventualmente concordato tra il concedente e i finanziatori.

Dal *project financing* va distinto l'istituto della sponsorizzazione. L'art. 43 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, sancisce che le pubbliche amministrazioni, al fine di favorire l'innovazione dell'organizzazione amministrativa e di realizzare maggiori economie, nonché una migliore qualità dei servizi prestati, possono stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione con soggetti privati ed associazioni, senza fini di lucro, costituite con atto notarile<sup>61</sup>.

L'articolo 119 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, richiamando la disciplina contenuta nella legge n. 449/97, stabilisce che, al fine di favorire una migliore qualità dei servizi prestati, i comuni, le province e gli altri enti locali *“possono stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione, nonché convenzioni con soggetti pubblici o privati diretti a fornire consulenze o servizi aggiuntivi”*.

La diffusione della *“sponsorizzazione”* nel campo dei lavori pubblici prende spunto dall'omologo contratto privatistico, peraltro atipico. La causa del negozio consiste nella pubblicizzazione e reclamizzazione di un servizio o di un bene, verso il pagamento di un corrispettivo.

L'attività dell'amministrazione funge da veicolo alla pubblicizzazione dell'immagine dello *sponsor*, il quale paga una somma o concorre ai costi di realizzazione dell'opera (c.d. *“sponsorizzazione passiva”*)<sup>62</sup>.

L'applicabilità di tale contratto nell'ambito dei lavori pubblici è consentita a condizione che: a) siano con esso perseguiti interessi pubblici; b) siano esclusi conflitti di interesse tra attività pubblica e privata; c) sia conseguito un risparmio di spesa.

---

<sup>61</sup> Si vedano: P. SANTORO, *o.c.*, p. 363 e ss.; A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.c.*, p. 198.

<sup>62</sup> Si veda: P. SANTORO, *o.c.*, p. 365.

Allo scopo di concludere contratti di sponsorizzazione le amministrazioni pubbliche possono stipulare convenzioni con soggetti pubblici o privati dirette a fornire, a titolo oneroso, consulenze o servizi aggiuntivi rispetto a quelli ordinari.

L'istituto è stato poi espressamente contemplato dal nuovo testo dell'art. 2, comma 6, della legge n. 109/1994, introdotto dall'art. 7, comma 1, lett. a) della legge n. 166/2002, laddove si dice che le disposizioni della legge quadro, ad esclusione dell'articolo 8, non si applicano ai contratti di sponsorizzazione.

La stessa Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con determinazione 5 dicembre 2001, n. 24<sup>63</sup>, in risposta ad un quesito proposto, ha ritenuto che:

1) gli interventi ricompresi nell'ambito di applicazione della normativa sui lavori pubblici possono formare oggetto di un contratto di sponsorizzazione ai sensi degli articoli 119 del decreto legislativo n. 267/2000 e 43 della legge 23 dicembre 1997, n. 449;

2) all'affidamento di contratti di sponsorizzazione non si applica la normativa sugli appalti di lavori pubblici in quanto non rientrano nella classificazione giuridica dei contratti passivi ovvero in quanto, nel caso del cosiddetta sponsorizzazione interna, danno origine ad un negozio gratuito modale;

3) i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati ai sensi del D.P.R. 34/2000<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Pubblicata in G.U., n. 8 del 10 gennaio 2002.

<sup>64</sup> Si veda: A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.c.*, p. 198 (in nota 30). Secondo gli Autori l'esclusione dall'applicazione della disciplina predetta è stata dall'Autorità affermata anche là dove la sponsorizzazione non assurga a valore causale del negozio giuridico, per essere prestazione e controprestazione non riconducibili ad un criterio meramente patrimoniale (cd. « *sponsorizzazione interna* »), in quanto pur in tal caso il contratto non ha carattere passivo per l'amministrazione ma assume la veste di negozio gratuito. Nel contempo, trattandosi di eseguire lavori dei quali va assicurata la qualità nel pubblico interesse, l'Autorità ha comunque ritenuto, in conformità alla previsione di principio dall'art. 8 della legge n. 109/1994, che la ditta esecutrice deve essere in possesso dei requisiti di qualificazione prescritti dal d.P.R. n. 34/2000, che ha dettato regole sostanzialmente in linea con l'orientamento predetto. La norma ha, in particolare, disposto che a detti contratti di sponsorizzazione ed a quelli ad essi assimilabili, aventi ad oggetto interventi in materia di lavori pubblici (ivi compresi i lavori di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici sottoposti alla tutela di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42) non si applica la disciplina della legge citata, ad eccezione dell'art. 8 in tema di qualificazione ai lavori.

## **6. LA CONCESSIONE DI COSTRUZIONE E GESTIONE E L’AFFIDAMENTO A CONTRAENTE GENERALE COME STRUMENTI DI REALIZZAZIONE DELLE INFRASTRUTTURE DI PREMINENTE INTERESSE NAZIONALE**

L’art. 6 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, adottato in attuazione della delega contenuta nella legge 21 dicembre 2001, n. 443, c.d. *‘legge obiettivo’*<sup>65</sup>, stabilisce che, in deroga alle previsioni di cui all’articolo 19 della legge n. 109/1994, la realizzazione delle infrastrutture di preminente interesse nazionale è oggetto di: a) concessione di costruzione e gestione; b) affidamento unitario a contraente generale<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Sui profili di legittimità della *‘legge obiettivo’* va considerata la sentenza della Corte Costituzionale n. 303 del 2003. Con la richiamata decisione la Corte è intervenuta su un aspetto strettamente connesso all’affidamento delle concessioni ed all’affidamento al contraente generale previsto dalla *‘legge obiettivo’*. In particolare le regioni Umbria ed Emilia-Romagna, nonché la Provincia autonoma di Trento hanno sollevato, tra l’altro, specifiche censure avverso l’art. 1, comma 2, lettera g) della citata legge, lamentandone il contrasto con il *“diritto europeo”*. Quanto alla lettera g), le doglianze erano riferite alla parte in cui circoscrive l’obbligo per il soggetto aggiudicatore di rispettare la normativa europea in tema di evidenza pubblica solo *‘nel caso in cui l’opera sia realizzata prevalentemente con fondi pubblici’*. Per le regioni ricorrenti si tratterebbe di una previsione che non trova riscontro nella direttiva precedente direttiva 93/37/CEE, neppure nel caso del ricorso all’istituto della concessione di lavori pubblici o all’affidamento ad unico soggetto contraente generale. In considerazione del fatto che quello dell’appalto di lavori è pur sempre un contratto a titolo oneroso tra un imprenditore e un’amministrazione aggiudicatrice, la stessa partecipazione diretta al finanziamento dell’opera o il reperimento dei mezzi finanziari occorrenti, da parte del contraente generale [comma 2, lettera f)], non rilevarebbe ai fini dell’esenzione dalla disciplina comunitario. Secondo le regioni ricorrenti l’interesse a tale censura si radicherebbe sia nella titolarità di competenza legislativa concorrente introdotta dalla modifica al titolo V della Costituzione, sia nel fatto che l’emanazione di disposizioni contrastanti con la normativa europea renderebbe *‘non più semplice ma al contrario più difficoltosa la realizzazione delle opere’*, cui la regione stessa ha interesse, per il probabile avvio di contestazioni in sede comunitaria. La Corte ha ritenuto inammissibile le predette questioni di legittimità, rilevando che l’art. 1, comma 2, lettera g), da un lato, contiene una delega al Governo perché siano adottate procedure di aggiudicazione anche derogatorie rispetto alla legge n. 109/1994 quando non si tratti di opere realizzate prevalentemente con fondi pubblici, dall’altro, però, non autorizza il Governo a violare il diritto comunitario: al contrario si prevede che la deroga non debba riguardare gli aspetti aventi necessaria rilevanza comunitaria. Anche la disciplina dell’aggiudicazione in appalto di opere realizzate con prevalenti fondi privati dovrà quindi rispettare il diritto comunitario, qualunque ne sia il contenuto.

<sup>66</sup> Quale norma di diritto transitorio ai fini della scelta tra i due sistemi di realizzazione degli interventi va segnalato l’art. 16, comma 3, del decreto legislativo n. 190/2002, secondo cui in sede di prima applicazione i soggetti aggiudicatori adottano, in alternativa alla concessione, l’affidamento a contraente generale per la realizzazione dei progetti di importo superiore a duecentocinquanta milioni di Euro, che presentino, inoltre, uno dei seguenti requisiti: interconnessione con altri sistemi di collegamento europei; complessità dell’intervento tale da

Occorre evidenziare che, in entrambi i casi, l'affidamento ha le caratteristiche tipiche degli appalti cd. "integrati", in quanto all'affidatario è commessa non soltanto l'esecuzione dei lavori, ma anche la progettazione degli stessi<sup>67</sup>. Più esattamente, a norma dell'art. 10, comma 2, del citato decreto legislativo n. 190/2000, per l'affidamento delle concessioni si pone a base di gara il progetto preliminare e per l'affidamento al contraente generale (*general contractor*) si pone a base di gara il progetto preliminare ovvero quello definitivo. In ogni caso, comunque, per la procedura di appalto-concorso si pone a base di gara il progetto preliminare. La redazione dei progetti definitivo ed esecutivo ovvero solo di quest'ultimo spetta, pertanto, all'aggiudicatario<sup>68</sup>.

Con riferimento alla concessione di costruzione e gestione, l'art. 7 del d.lgs. citato dichiara operanti gli artt. 19, 20, 21 e dal 37-*bis* al 37-*nonies* della legge quadro (già esaminati in precedenza), nonché le altre norme della citata legge che disciplinano la materia.

Regole particolari, in deroga a quelle corrispondenti contenute nella legge quadro, sono poste in tema di procedura di affidamento della concessione dall'art. 10 del decreto legislativo n. 190/2000.<sup>69</sup>

---

richiedere un'unica logica realizzativa e gestionale, nonché estrema complessità tecnico-organizzativa. L'individuazione dei predetti progetti è effettuata dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. Ferma restando l'applicazione delle semplificazioni procedurali di cui al decreto legislativo citato, i progetti che non abbiano le caratteristiche sopra indicate sono realizzati con appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione, in uno o più lotti, ovvero con appalto di sola esecuzione ove sia stato predisposto il progetto esecutivo, ovvero mediante l'affidamento in concessione.

<sup>67</sup> A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.c.*, p. 1435.

<sup>68</sup> Si è invece visto che, a seguito delle modifiche apportate agli artt. 19 e 20 della legge quadro dall'art. 7, comma 1, lett. l) ed m), della legge n. 166/2002, la concessione di lavori e gestione può essere affidata anche sulla base di un progetto esecutivo per la sola realizzazione e successiva gestione delle opere, demandandosi all'affidatario, riguardo alle prestazioni progettuali, unicamente la revisione ed il completamento del progetto.

<sup>69</sup> Per chiarezza espositiva si riporta testualmente l'art. 10 del decreto legislativo n. 190/2002:

*“Art. 10. - Procedure di aggiudicazione. 1. L'aggiudicazione delle concessioni e degli affidamenti a contraente generale avviene, a scelta del soggetto aggiudicatore, mediante licitazione privata o appalto concorso; per la scelta della procedura non è richiesto il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici.*

*2. Per l'affidamento delle concessioni si pone a base di gara il progetto preliminare; per l'affidamento a contraente generale si pone a base di gara il progetto preliminare ovvero quello definitivo.*

*In ogni caso, per la procedura di appalto-concorso si pone a base di gara il progetto preliminare.*

*3. I soggetti aggiudicatori possono stabilire ed indicare nel bando di gara, in relazione all'importanza e alla complessità delle opere da realizzare, il numero minimo e massimo di concorrenti che verranno invitati a presentare offerta.*

*Nel caso in cui le domande di partecipazione superino il predetto numero massimo, i soggetti aggiudicatori individuano i soggetti da invitare redigendo una graduatoria di merito sulla base di criteri oggettivi predefiniti nel bando di gara.*



E' stabilito (art. 7, comma 2, d. lgs. n. 190/2002) che il concessionario assume a proprio carico il rischio di gestione dell'opera. In effetti si tratta di un connotato tipico del sistema concessorio, così come già delineato dalla stessa legge n. 109/1994 e che vale, soprattutto, a porre in evidenza la necessità che ad esso le amministrazioni concedenti prestino la dovuta attenzione in sede di fissazione del corrispettivo della concessione. Il prezzo eventualmente da riconoscere al concessionario e la durata della concessione sono determinati, nel bando di gara, sulla base del piano economico finanziario e costituiscono parametri di aggiudicazione della concessione. Nella determinazione del prezzo si tiene conto della eventuale prestazione di beni e servizi che il concessionario deve rendere allo stesso soggetto aggiudicatore, relativamente all'opera concessa, secondo le previsioni del bando di gara.

La legge delega stabilisce (art. 1, comma 2, lett. l,) che debba essere prevista la possibilità della corresponsione del prezzo anche in corso d'opera. Il decreto legislativo n. 190/02 non contiene una disposizione espressa in tal senso, ma non sembra dubbio che simile specie di pagamento possa essere fissata in sede di bando di gara<sup>70</sup>.

Il decreto legislativo in questione dedica particolare attenzione alla regolamentazione dei rapporti tra il concessionario ed i propri appaltatori. Conformemente

---

*In ogni caso, il numero minimo di concorrenti da invitare non potrà essere inferiore a cinque.*

*4. L'aggiudicazione dei contratti di cui al comma 1 avviene: al prezzo più basso ovvero all'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base di una pluralità di criteri fra i quali:*

*a) il prezzo;*

*b) il valore tecnico ed estetico delle varianti;*

*c) il tempo di esecuzione;*

*d) il costo di utilizzazione e di manutenzione;*

*e) per le concessioni, il rendimento, la durata della concessione, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza, nonché l'eventuale prestazione di beni e servizi a norma dell'articolo 7, comma 2;*

*f) ulteriori elementi individuati in relazione al carattere specifico delle opere da realizzare.*

*Il soggetto aggiudicatore menziona, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, tutti i criteri di aggiudicazione di cui prevede l'applicazione nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita.*

*5. Per i soggetti aggiudicatori operanti nei settori di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, si applicano, per quanto non previsto nel presente articolo, le norme di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158.*

*6. Per tutti gli altri soggetti aggiudicatori si applicano, per quanto non previsto nel presente articolo, le norme di cui alla direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 16 giugno 1993.*

*7. Le predette disposizioni derogano agli articoli 2, 8, 19, 20, 21, 23, 24 e 25 della legge quadro.*

*8. Per l'affidamento di servizi, anche di progettazione, pertinenti le infrastrutture, di ammontare superiore alla soglia di applicazione della normativa comunitaria in materia, i soggetti aggiudicatori applicano le norme di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, ovvero, se operanti nei settori ivi previsti, le norme di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158;*

*per gli stessi servizi non si applicano i commi 10, 11 e 12 dell'articolo 17 della legge quadro.”*

<sup>70</sup> In tal senso: A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, o.c., p. 1436.

a quanto stabilito dall'art. 2, comma 3, della legge quadro, l'art. 7, comma 3, stabilisce che, nell'ambito rapporti del concessionario con i propri appaltatori, il soggetto aggiudicatore può alternativamente:

- imporre al concessionario di affidare a terzi appalti corrispondenti ad una percentuale minima del 30% del valore globale dei lavori, pur prevedendo la facoltà per i candidati di aumentare tale percentuale in sede di offerta (tale percentuale minima deve figurare nel contratto);
- invitare i candidati a dichiarare la percentuale, ove sussista, del valore globale dei lavori che essi intendono affidare a terzi.

Il medesimo art. 7 sancisce che le procedure di appalto del concessionario ed i rapporti di quest'ultimo con i propri appaltatori o con il proprio contraente generale sono disciplinati esclusivamente dalle norme regolanti gli appalti del concessionario di cui alla direttiva 93/37/CEE<sup>71</sup> e dalle norme di qualificazione degli appaltatori e subappaltatori di cui al decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34. Gli affidatari e subaffidatari di lavori, inoltre, sono soggetti alle verifiche antimafia.

Secondo l'art. 7, comma 3, lett. b), d.lgs. n. 190/02, i rapporti tra concessionario ed appaltatore sono rapporti di diritto privato disciplinati dal contratto e dalle norme del codice civile regolanti l'appalto; alle stesse procedure che riguardano concessionario e appaltatore nonché ai relativi rapporti non si applicano le norme della legge quadro e del regolamento. Ciò comporta la piena autonomia di scelta da parte del concessionario di fare ricorso all'uno o all'altro sistema di affidamento (gara aperta, gara ristretta, trattativa privata) dei lavori a terzi, anche se non è da escludere che l'atto di concessione possa imporre al riguardo taluni criteri procedurali.

Sempre l'art. 7 stabilisce che i rapporti di collegamento del concessionario con le imprese esecutrici dei lavori sono individuati e regolati dall'articolo 3, comma 6, della direttiva 93/37/CEE. L'elenco limitativo di tali imprese è unito alle candidature per la concessione. Tale elenco va aggiornato in funzione delle modifiche che intervengono successivamente nei collegamenti tra le imprese. Ove il concessionario si avvalga per la realizzazione delle opere di un contraente generale e questi sia costituito da un'impresa collegata al concessionario stesso, deve assicurare il subaffidamento a terzi delle quote ad essi riservate, applicandosi ai subaffidamenti la procedura prevista per gli appalti del concessionario dalla direttiva 93/37/CEE<sup>72</sup>.

Per le concessioni già affidate, relative ad infrastrutture, ovvero rinnovate e prorogate, i concessionari sono tenuti ad appaltare a terzi una percentuale minima del quaranta per cento dei lavori. È fatto divieto alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere ad estensioni dei lavori affidati in concessione al di fuori delle ipotesi consentite dalla direttiva 93/37/CEE<sup>73</sup>, previo aggiornamento degli atti convenzionali sulla base di uno schema predisposto dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

---

<sup>71</sup> Si veda nota n. 19.

<sup>72</sup> Si veda nota n. 19.

<sup>73</sup> Si veda nota n.19.

Le disposizioni ora esaminate, contenute nel citato art. 7, si applicano anche alle concessioni relative ad infrastrutture già affidate al momento di entrata in vigore del decreto legislativo n. 190/2002 e derogano agli articoli 24 e 25 della legge quadro.

\*\*\*\*\*

La figura del *general contractor*, che in passato ha avuto rara attuazione, è codificata nell'art. 9 del decreto legislativo n. 190/2002<sup>74</sup>.

Secondo quanto statuito dal comma 1 dell'articolo citato, con il contratto di affidamento a contraente generale l'amministrazione aggiudicatrice, in deroga all'articolo 19 della legge quadro, affida ad un soggetto, dotato di adeguata esperienza e qualificazione nella costruzione di opere nonché di adeguata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria, la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto preliminare o nel progetto definitivo redatto dal soggetto aggiudicatore e posto a base di gara, contro un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori.

Il contraente generale provvede, così, ad anticipare il finanziamento dell'opera, facendosi, in particolare, carico del rischio economico dell'opera.

La codificazione dell'istituto è una risposta legislativa alla esigenza di consentire alle pubbliche amministrazioni di ricorrere ad imprese capaci di realizzare gli interventi con processi e tecnologie innovativi nel campo dei lavori pubblici e di affidare la realizzazione dell'opera ad un'unica struttura imprenditoriale dotata di elevate competenze progettuali ed esecutive, necessarie alla corretta realizzazione delle opere programmate.

Ai sensi dell'art. 10 del decreto legislativo n. 190/2002, gli affidamenti a contraente generale avvengono, a scelta del soggetto aggiudicatore, mediante licitazione privata o appalto concorso; per la scelta della procedura non è richiesto il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici. Per l'affidamento a contraente generale si pone a base di gara il progetto preliminare ovvero quello definitivo. In ogni caso, per la procedura di appalto-concorso si pone a base di gara il progetto preliminare.

Un aspetto caratterizzante l'istituto consiste nell'affidamento al contraente generale della cura, diretta o tramite terzi, non soltanto delle attività di progettazione esecutiva ed eventualmente definitiva dell'opera e di esecuzione dei lavori, ma

---

<sup>74</sup> Si veda: P. SANTORO, *o.c.*, p. 175 e ss.

anche della direzione degli stessi<sup>75</sup> e dello svolgimento delle attività connesse (prima fra tutte quella diretta all'acquisizione dell'area), con anticipazione in tutto o in parte a suo carico del costo dell'iniziativa<sup>76</sup>. A differenza di quanto avviene nella concessione, il contraente non gestisce l'opera. Sul piano del rapporto contrattuale il contraente generale assume un'obbligazione di risultato e non di mezzi. Il contraente, infatti, si obbliga ad assicurare la realizzazione dell'opera. Infatti, a norma dell'art. 9, comma 4, decreto legislativo n. 190/2002, egli risponde nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice della corretta e tempestiva esecuzione dell'opera. A garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi contrattuali il contraente generale è tenuto, ai sensi del comma 13 del citato articolo, a prestare la garanzia globale di esecuzione di cui all'articolo 30, comma 7-bis della legge quadro, che deve comprendere la possibilità per il garante, in caso di fallimento o inadempienza del contraente generale, di far subentrare nel rapporto altro soggetto idoneo in possesso dei requisiti di contraente generale, scelto direttamente dal garante stesso.

Il *general contractor* nella maggior parte dei casi coordina le prestazioni rese da terzi, assumendo il rischio del risultato. Rappresenta, così, il *dominus* della gestione dell'attività costruttiva e svolge la funzione "di intermediazione rispetto agli imprenditori, alle ditte, ai prestatori di servizio", intrattenendo con gli stessi relazioni di scambio e "assumendo nel contempo la veste di procacciatore e di distributore di subcontratti."<sup>77</sup>

Appare chiaro, pertanto, che un'impresa, perché possa essere qualificata come *general contractor*, deve dimostrare di aver eseguito opere complesse e soprattutto di essere in possesso di una adeguata struttura progettuale e tecnico-organizzativa, in maniera tale da garantire l'amministrazione committente circa l'idoneità a realizzare interamente l'opera, nel rispetto degli impegni assunti con la stipula del contratto.

---

<sup>75</sup> Questa previsione può risultare in qualche modo anomala per quelle ipotesi in cui il contraente generale provveda egli stesso alla esecuzione dei lavori. In tal caso verrebbe a mancare nel direttore dei lavori quella posizione di terzietà che garantisce maggiormente l'obiettività della sua attività.

<sup>76</sup> La figura del contraente generale è così delineata dall'art. 1 comma 2, lett. f), della legge delega: "Il contraente generale è distinto dal concessionario di opere pubbliche per l'esclusione dalla gestione dell'opera eseguita ed è qualificato per specifici connotati di capacità organizzativa e tecnico-realizzativa, per l'assunzione dell'onere relativo all'anticipazione temporale del finanziamento necessario alla realizzazione dell'opera in tutto o in parte con mezzi finanziari privati, per la libertà di forme nella realizzazione dell'opera, per la natura prevalente di obbligazione di risultato complessivo del rapporto che lega detta figura al soggetto aggiudicatore e per l'assunzione del relativo rischio; previsione dell'obbligo, da parte del contraente generale, di prestazione di adeguate garanzie e di partecipazione diretta al finanziamento dell'opera o di reperimento dei mezzi finanziari occorrenti". Si veda: M. PROTTO, *La legge obiettivo: arriva il general contractor e dilaga la "super DIA"*, in *Urb. e appalti*, 2002, p. 12 e ss. Secondo l'Autore, con il ricorso alla figura del *general contractor*, si realizza più che un rapporto di appalto un mandato senza rappresentanza. Lo stesso Autore sottolinea, nell'ambito dell'istituto, il ruolo primario dell'attività di *management* dell'opera pubblica, rispetto a quella tradizionale di *work construction*.

<sup>77</sup> In tal senso: P. SANTORO, *o.c.*, p. 178.

Il contraente generale provvede alla esecuzione unitaria delle attività direttamente ovvero, se costituito da più soggetti, a mezzo della società di progetto. Infatti, per il compimento delle proprie prestazioni il contraente generale, ove composto da più soggetti, deve costituire una società di progetto in forma di società, anche consortile, per azioni o a responsabilità limitata, il cui capitale minimo è indicato nel bando di gara<sup>78</sup>. Secondo quanto stabilito dall'articolo 9, comma 10, del decreto legislativo n. 190/2002, alla società possono partecipare, oltre ai soggetti componenti il contraente generale, istituzioni finanziarie, assicurative e tecnico operative preventivamente indicate in sede di gara. La società così costituita subentra nel rapporto al contraente generale senza alcuna autorizzazione, salvo le verifiche antimafia e senza che il subentro costituisca cessione di contratto. Salvo diversa previsione del contratto, i soggetti componenti il contraente generale restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice per la buona esecuzione del contratto. In alternativa, però, la società di progetto può fornire al soggetto aggiudicatore garanzie bancarie ed assicurative per la restituzione delle somme percepite in corso d'opera, liberando in tal modo i soci. Tali garanzie cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera.

Il successivo comma 11 del citato articolo stabilisce che nel contratto vengono definite le modalità per la eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società ed a garantire, nei limiti del contratto, il buon adempimento degli obblighi assunti dal contraente generale, sino a che l'opera sia realizzata e collaudata. L'ingresso nella società di progetto e lo smobilizzo di partecipazioni da parte di istituti bancari ed altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione può tuttavia avvenire in qualsiasi momento.

I rapporti del contraente generale con i terzi sono rapporti di diritto privato, ai quali non sono applicabili, salvo eccezioni, le norme della legge quadro e del relativo regolamento. Al contraente generale che sia esso stesso soggetto aggiudicatore si applicano le disposizioni comunitarie in tema di appalti e quelle contenute nel decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158.

Il contraente provvede (art. 9, comma 2): *a*) allo sviluppo del progetto definitivo ed alle attività tecnico amministrative occorrenti al soggetto aggiudicatore per pervenire alla approvazione dello stesso da parte del CIPE, ove detto progetto non sia stato posto a base di gara; *b*) alla acquisizione delle aree di sedime<sup>79</sup>; *c*) alla

---

<sup>78</sup> Tale previsione di obbligatoria costituzione della società di progetto si differenzia da quanto stabilito in materia di *project financing* dall'art. 37-*quinquies* della legge n. 109/1994, il quale prevede la costituzione della stessa come facoltativa, salvo eventualmente l'obbligo imposto espressamente dal bando.

<sup>79</sup> Per l'acquisizione delle aree va rilevato che, ove manchi un soggetto concessionario, al contraente generale possono essere delegati i poteri espropriativi dell'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'art. 6, comma 8, del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327. La citata disposizione prevede, infatti, che se l'opera pubblica o di pubblica utilità va realizzata da un concessionario o contraente generale, l'amministrazione titolare del potere espropriativo può delegare, in tutto o in parte, l'esercizio dei propri poteri espropriativi, determinando chiaramente l'ambito della delega

progettazione esecutiva; *d*) alla esecuzione con qualsiasi mezzo dei lavori ed alla loro direzione; *e*) al prefinanziamento, in tutto o in parte, dell'opera da realizzare; *f*) ove richiesto, alla individuazione delle modalità gestionali dell'opera e di selezione dei soggetti gestori; *g*) alla indicazione, al soggetto aggiudicatore, del piano degli affidamenti, delle espropriazioni, delle forniture di materiale e di tutti gli altri elementi utili a prevenire le infiltrazioni della criminalità, secondo le forme stabilite tra quest'ultimo e gli organi competenti in materia.

Il soggetto aggiudicatore, invece, provvede (art. 9, comma 3): *a*) alle attività necessarie alla approvazione del progetto definitivo da parte del CIPE, ove detto progetto non sia stato posto a base di gara; *b*) alla approvazione del progetto esecutivo e delle varianti; *c*) all'alta sorveglianza sulla realizzazione delle opere; *d*) al collaudo delle stesse; *e*) alla stipulazione di appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza, nonché di prevenzione e repressione della criminalità, finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori in vista del successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano. Il soggetto aggiudicatore, inoltre, verifica periodicamente il regolare adempimento degli obblighi contrattuali del contraente generale verso i propri affidatari; ove risulti la inadempienza del contraente generale, esso ha facoltà di applicare una detrazione sui successivi pagamenti e procedere al pagamento diretto all'affidatario, nonché di applicare le eventuali diverse sanzioni previste in contratto.

I rapporti tra soggetto aggiudicatore e contraente generale sono regolati, per quanto non previsto dalla legge delega n. 443/2001, dal decreto legislativo n. 190/2002 e dalle integrazioni del regolamento previste dall'art. 15 di detto decreto, dalle norme della direttiva 93/37/CEE o del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158 per i rapporti facenti capo ai soggetti operanti nei settori speciali, dagli atti di gara e dalle norme del codice civile regolanti l'appalto.

Il *general contractor*, qualora intenda eseguire in tutto o in parte i lavori, deve essere in possesso della corrispondente qualificazione a norma dell'art. 8 della legge quadro e del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34. Infatti, per esplicita previsione dell'art. 9, comma 7, decreto legislativo n. 190/2002, il contraente generale può eseguire i lavori affidati direttamente, nei limiti della qualificazione posseduta secondo la normativa vigente, ovvero mediante affidamento a soggetti terzi. I terzi affidatari di lavori del contraente generale devono a loro volta possedere i requisiti di qualificazione prescritti dal predetto D.P.R. n. 34/2000 e possono subaffidare i lavori nei limiti ed alle condizioni previste per gli appaltatori di lavori pubblici, secondo quanto stabilito dall'articolo 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55. Il soggetto aggiudicatore è tenuto a richiedere al contraente generale di individuare ed indicare, in sede di offerta, le imprese esecutrici di una quota non inferiore al trenta per cento degli eventuali lavori che lo stesso contraente generale

---

nella concessione o nell'atto di affidamento, i cui estremi vanno specificati in ogni atto del procedimento di esproprio. A questo scopo i soggetti privati, cui sono attribuiti per legge o per delega poteri espropriativi, possono avvalersi di società controllata e possono, altresì, avvalersi di società di servizi ai fini delle attività preparatorie.

prevede di eseguire mediante affidamento a terzi. Tale la quota minima del trenta per cento si intende riferita a tutti i lavori che il contraente generale non esegue con mezzi propri.

L'affidamento al contraente generale, nonché gli affidamenti e subaffidamenti di lavori del contraente generale, sono soggetti alle verifiche antimafia, con le modalità previste per i lavori pubblici.

Il recente decreto legislativo 10 gennaio 2005, n. 9, che integra il decreto legislativo n. 190/2002, inserendo gli articoli che vanno dal 20-*bis* al 20-*undecies*, istituisce un sistema di qualificazione dei contraenti generali. In particolare, l'art. 20-*bis* stabilisce che la qualificazione può essere richiesta da imprese singole in forma di società commerciali o cooperative, da consorzi di cooperative di produzione e lavoro previsti dalla legge 25 giugno 1909, n. 422, e da consorzi stabili previsti dall'articolo 12 della legge quadro. I contraenti generali vengono qualificati per classifiche, riferite all'importo lordo degli affidamenti per i quali possono concorrere e non possono concorrere ad affidamenti di importo lordo superiore a quello della classifica di iscrizione, che viene attestata secondo un sistema previsto dallo stesso decreto legislativo, salva la facoltà di associarsi ad altro contraente generale<sup>80</sup>.

Il contraente generale può qualificarsi se possiede particolari requisiti di ordine generale (art. 20-*quater*) e di ordine speciale (20-*quinquies*)<sup>81</sup>.

Specifici criteri di qualificazione sono previsti per i consorzi stabili ed i consorzi di cooperative (art. 20-*sexies*) e per le imprese stabilite in Stati diversi dall'Italia (art. 20-*septies*).

Secondo quanto previsto dall'art. 20-*octies* i soggetti aggiudicatori hanno facoltà di richiedere, per le singole gare:

- a) che l'offerente dimostri la sussistenza dei requisiti di ordine generali;
- b) che l'offerente dimostri, tramite i bilanci consolidati ed idonee dichiarazioni bancarie, la disponibilità di risorse finanziarie, rivolte al prefinanziamento, proporzionate all'opera da realizzare;
- c) che sia dimostrato il possesso, da parte delle imprese affidatarie designate in sede di gara o dallo stesso offerente, della capacità tecnica specifica per l'opera da realizzare e dei requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi adeguati al progetto da redigere nel rispetto delle previsioni della citata direttiva 93/37/CEE e delle indicazioni integrative e di dettaglio, al momento non disponibili, ma che saranno disposte con apposito decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

Nei confronti dell'aggiudicatario va sempre espletata la verifica di sussistenza dei requisiti generali.

---

<sup>80</sup> Le classifiche di qualificazione previste sono le seguenti:

- a) I: sino a 350 milioni di euro;
- b) II: sino a 700 milioni di euro;
- c) III: oltre 700 milioni di euro. L'importo della classifica III, ai fini del rispetto dei requisiti di qualificazione, è convenzionalmente stabilito pari a 900 milioni di euro.

<sup>81</sup> Tra i requisiti speciali rientrano l'adeguata capacità economica e finanziaria dimostrata dal patrimonio, l'idoneità tecnica ed organizzativa documentata dall'esecuzione di altre opere e l'adeguato organico tecnico e dirigenziale.

A prescindere dalla qualificazione richiesta in sede di gara, i soggetti aggiudicatori indicano, negli atti contrattuali, le specifiche qualificazioni anche specialistiche che devono essere possedute dagli esecutori delle lavorazioni più complesse.

La attestazione del possesso dei requisiti dei contraenti generali è rilasciata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. La sua efficacia è pari a tre anni. L'attestazione è necessaria per la partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti di contraente generale a decorrere dal sesto mese dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 9/2005, ossia dal prossimo mese di agosto.

Al comma 4 del citato art. 20-*octies* è prevista un'integrazione degli elementi che gli enti aggiudicatori possono richiedere ai fini degli affidamenti ai contraenti generali con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In particolare, è possibile richiedere:

a) la maggiore entità di lavori e servizi che il contraente generale si impegna ad affidare ad imprese nominate in sede di offerta. Ai fini predetti rilevano esclusivamente gli affidamenti di lavori aventi singolarmente entità superiore al cinque per cento dell'importo di aggiudicazione della gara, gli affidamenti di opere specialistiche ai sensi dell'articolo 13, comma 7, della legge quadro aventi singolarmente entità superiore al tre per cento del predetto importo, nonché gli affidamenti di servizi di ingegneria, gestione, programmazione e controllo qualità, che il contraente generale intende affidare a terzi;

b) la maggiore entità, rispetto a quella prevista dal bando, del prefinanziamento che il candidato è in grado di offrire.

L'art. 20-*octies*, al comma 7, stabilisce che non possono concorrere alla medesima gara imprese collegate ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 93/37/CEE. Inoltre, è fatto divieto ai partecipanti di concorrere alla gara in più di un'associazione temporanea o consorzio, ovvero di concorrere alla gara anche in forma individuale qualora abbiano partecipato alla gara medesima in associazione o consorzio, anche stabile.

Per gli appalti-concorso e le gare da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i soggetti aggiudicatori possono prevedere il conferimento di un premio in denaro, a parziale recupero delle spese sostenute, ai migliori classificati. Tali premi devono essere limitati al rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate e possono essere accordati per un valore complessivo massimo dell'uno virgola cinque per cento dell'importo a base di gara, in caso di appalto concorso, e dello zero virgola sessanta per cento, in caso di offerta economicamente più vantaggiosa (art. 20-*octies*, comma 8).

Ove ne ricorrano i presupposti, il soggetto aggiudicatore può provvedere in via di autotutela all'annullamento della aggiudicazione intervenuta (art. 20-*octies*, comma 10).

Una disciplina particolare è stabilita riguardo alle varianti del progetto in corso d'opera (art 9, comma 5, decreto legislativo n. 190/2002). Alle varianti del progetto affidato al contraente generale non si applicano gli articoli 24 e 25 della



legge quadro<sup>82</sup>, in quanto esse sono regolate dalla direttiva 93/37/CEE<sup>83</sup> o dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158. In particolare restano a carico del contra-

---

<sup>82</sup> Per chiarezza espositiva si riporta integralmente l'art. 25 della legge n. 109/1994: "25. Varianti in corso d'opera. 1. Le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentiti il progettista ed il direttore dei lavori, esclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi:

a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari;

b) per cause impreviste e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento di cui all'articolo 3, o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale;

b-bis) per la presenza di eventi inerenti la natura e specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale;

c) nei casi previsti dall'articolo 1664, secondo comma, del codice civile;

d) per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il responsabile del procedimento ne dà immediatamente comunicazione all'Osservatorio e al progettista.

2. I titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione di cui al comma 1, lettera d).

3. Non sono considerati varianti ai sensi del comma 1 gli interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, che siano contenuti entro un importo non superiore al 10 per cento per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro e al 5 per cento per tutti gli altri lavori delle categorie di lavoro dell'appalto e che non comportino un aumento dell'importo del contratto stipulato per la realizzazione dell'opera. Sono inoltre ammesse, nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, le varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità, sempreché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. L'importo in aumento relativo a tali varianti non può superare il 5 per cento dell'importo originario del contratto e deve trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera.

4. Ove le varianti di cui al comma 1, lettera d), eccedano il quinto dell'importo originario del contratto, il soggetto aggiudicatore procede alla risoluzione del contratto e indice una nuova gara alla quale è invitato l'aggiudicatario iniziale.

5. La risoluzione del contratto, ai sensi del presente articolo, dà luogo al pagamento dei lavori eseguiti, dei materiali utili e del 10 per cento dei lavori non eseguiti, fino a quattro quinti dell'importo del contratto.

5-bis. Ai fini del presente articolo si considerano errore o omissione di progettazione l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle norme di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali."

<sup>83</sup> E' stato già detto che la direttiva 93/37/CEE è abrogata dall'articolo 82 della direttiva 2004/18/CEE con decorrenza dalla data in cui gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva medesima (il termine per conformarsi è il 31 gennaio 2006). La nuova direttiva, all'art. 31, prevede che per gli appalti pubblici di lavori è possibile ricorrere all'aggiudicazione mediante una procedura negoziata per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto inizialmente preso in considerazione né nel contratto iniziale, che siano divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, all'esecuzione dell'opera o del servizio quali ivi descritti, a condizione che vengano aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, a condizione che tali lavori o servizi o complementari non possano essere separati, sotto il profilo tecnico o economico,

ente generale le eventuali varianti necessarie ad emendare i vizi o integrare le omissioni del progetto redatto dallo stesso ed approvato dal soggetto aggiudicatore, mentre restano a carico del soggetto aggiudicatore le eventuali varianti indotte da forza maggiore, sorpresa geologica o sopravvenute prescrizioni di legge o di enti terzi o comunque richieste dal soggetto aggiudicatore.

A prescindere da tali considerazioni, comunque, il contraente generale può proporre al soggetto aggiudicatore le varianti progettuali o le modifiche tecniche ritenute dallo stesso utili a ridurre il tempo o il costo di realizzazione delle opere. Il soggetto aggiudicatore, da parte sua, può rifiutare l'approvazione delle varianti o le modifiche tecniche ove queste non rispettino le specifiche tecniche e le esigenze del soggetto aggiudicatore, specificate nel progetto posto a base di gara, o comunque determinino un peggioramento della funzionalità, durabilità, manutenibilità e sicurezza delle opere, ovvero comportino maggiore spesa a carico del soggetto aggiudicatore o ritardo del termine di ultimazione<sup>84</sup>.

Ai sensi dell'art. 20-*decies* del decreto legislativo n. 9/2005, tutte le informazioni inerenti i contratti di appalto del contraente generale e di subappalto degli appaltatori del contraente generale, devono essere comunicate, a cura dello stesso, al soggetto aggiudicatore e da questo all'osservatorio sui lavori pubblici, costituito presso l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, nonché agli osservatori regionali dei lavori pubblici, sul cui territorio insistono le opere.

---

dall'appalto iniziale senza recare gravi inconvenienti all'amministrazione aggiudicatrice oppure nel caso in cui tali lavori o servizi, pur essendo separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento. Tuttavia, l'importo cumulato degli appalti aggiudicati per lavori o servizi complementari non deve superare il 50% dell'importo dell'appalto iniziale. E' possibile, inoltre, ricorrere alla procedura negoziata per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo le procedure aperte o ristrette.

<sup>84</sup> Si vedano: A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *o.c.*, p. 1444. Gli Autori si chiedono se in presenza di tale regolamentazione specifica, operi il limite quantitativo del quinto del prezzo contrattuale. La risposta potrebbe essere affermativa in primo luogo perché, quanto al limite quantitativo del quinto, esso è posto da una norma, l'art. 344 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, la cui applicazione non è ricompresa nella statuizione di esclusione dell'art. 9, comma 5, del decreto legislativo 190/2002 e in secondo luogo *“perché comunque, più in generale, detti limiti attengono alla stessa identità del rapporto e come tali non possono essere superati senza comportare il mutamento dello stesso oggetto del contratto”*.