

## CAPITOLO X

### LA CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI ED IL PROJECT FINANCING

SOMMARIO: 1. La concessione di lavori pubblici. - 2. Il *project financing*. - 3. Il c.d. contraente generale: cenni.

#### 1. La concessione di lavori pubblici

Già con la legge 109/1994, legge quadro sui lavori pubblici, il sistema di affidamento delle opere pubbliche veniva ad incentrarsi su due distinte modalità di realizzazione di lavori pubblici: l'appalto e la concessione.

Tale distinzione trovava, e trova tutt'oggi, fondamento nella diversa natura dei due istituti ed, in particolare, nell'oggetto della controprestazione.

L'elemento che contraddistingue la concessione di lavori da un appalto pubblico risiede, principalmente, nel diritto di gestire l'opera realizzata come contropartita della costruzione effettuata.

La presenza del rischio di gestione, legato all'investimento realizzato, è determinante ai fini della distinzione tra i due istituti in quanto comporta il trasferimento della responsabilità di gestione dal concedente al concessionario, responsabilità che copre al tempo stesso gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera (*cf.* Comunicazione interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000).

Il Codice dei contratti pubblici dedica un intero Capo alla disciplina delle concessioni di lavori pubblici ed agli appalti di lavori affidati a terzi dai concessionari di lavori pubblici.

In particolare, la disciplina delle concessioni di lavori pubblici si rinviene nella Parte II, Titolo III, Capo II, artt. da 142 a 148, nonché, sino all'entrata in vigore del nuovo regolamento, negli artt. 86, 87 e 98 del d.P.R. 554/99.

Ai sensi dell'art. 142, comma 2, d.lgs. 163/06, alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori affidati da concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo che non siano derogate dal Capo II, le disposizioni del Codice dei contratti pubblici.

Come sarà meglio approfondito in appresso, l'atto attorno a cui ruota il rapporto concessorio, nella disciplina codicistica, è il contratto tra concedente e concessionario.

Difatti, l'art. 3, comma 11, definisce le concessioni di lavori pubblici come *"contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente"*

**Gli elementi che caratterizzano la concessione sono il trasferimento del rischio di gestione ed il diritto di sfruttare economicamente l'opera**

*collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente codice”.*

L'art. 142 dispone che le concessioni di lavori pubblici hanno, di regola, ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, ed i lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica.

Qualora la stazione appaltante disponga del progetto definitivo ed esecutivo, ovvero del progetto definitivo, l'oggetto della concessione, quanto alle prestazioni progettuali, può essere circoscritto al completamento della progettazione, ovvero alla revisione della medesima, da parte del concessionario.

Pertanto, la parte progettuale dell'opera può essere circoscritta al solo completamento della progettazione o alla sua revisione, qualora l'amministrazione sia già in possesso di un progetto definitivo.

L'art. 143, comma 9, inoltre, prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera.

La controprestazione a favore del concessionario consiste, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente l'opera e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati.

In linea di principio, dunque, il concessionario non è direttamente remunerato dall'ente aggiudicatore, fatta salva, in ogni caso, la facoltà della stazione appaltante di prevedere anche la corresponsione di un prezzo secondo quanto disposto dai commi 4 e 5 dell'art. 143 cit..

La concessione ha di regola durata non superiore a 30 anni.

A ben vedere, tuttavia, la durata della concessione rappresenta un elemento essenziale della remunerazione del concessionario, dovendo consentire al medesimo, attraverso i proventi derivanti dal diritto di sfruttare l'opera (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) il recupero dell'investimento e la remunerazione del capitale investito.

La stazione appaltante, infatti, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, può stabilire che la concessione abbia durata superiore a 30 anni.

Nell'ambito degli affidamenti di concessioni, sono individuate tre distinte categorie di opere, a seconda della potenzialità di remunerazione derivante dalle medesime, distinguendosi tra:

a) Opere calde - caratterizzate da un'intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza (es. tipico: la tratta autostradale, i cui pedaggi consentano il recupero dell'investimento di costruzione e la remunerazione del capitale);

**L'oggetto della concessione è la progettazione, l'esecuzione dei lavori ed il diritto di gestire l'opera**

**La durata della concessione è elemento fondamentale della remunerazione del concessionario**

**La potenzialità di remunerazione dipende dalla tipologia di opere affidate in concessione**

b) Opere tiepide - remunerate essenzialmente con i pagamenti effettuati dall'amministrazione, su base commerciale, al concessionario per i servizi che, attraverso la gestione dell'opera realizzata, esso rende all'amministrazione medesima (ad es. carceri, scuole, ospedali);

c) Opere fredde - costituite dalle opere i cui ricavi da utenza non sono sufficienti a remunerare interamente gli investimenti occorrenti alla realizzazione delle medesime ed in cui, per consentirne la fattibilità finanziaria, è necessario un contributo pubblico. Per tali opere la giustificazione dell'intervento pubblico è costituita dai benefici economici e sociali legati alla realizzazione dell'opera (ad es. progetti di riqualificazione di aree urbane degradate; realizzazione di tramvie o metropolitane).

In considerazione, dunque, del rendimento della concessione le stazioni appaltanti possono stabilirne una diversa durata, tenendo conto, altresì, della percentuale del prezzo di cui ai commi 4 e 5 rispetto all'importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni di mercato.

Al riguardo, l'art. 143, comma 4, del Codice prevede che il concedente può stabilire in sede di gara anche un prezzo quando:

a) al concessionario viene imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa;

b) risulta necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.

Nella determinazione del prezzo deve tenersi conto dell'eventuale prestazione di beni e servizi da parte del concessionario allo stesso soggetto aggiudicatore, relativamente all'opera concessa, secondo quanto previsto nel bando di gara

A titolo di prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici possono cedere in proprietà o in 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 indicate nel programma triennale di cui all'art. 128 del Codice.

L'art. 143, comma 7, dispone, poi, che l'offerta e il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono riportare la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione, anche prevedendo un corrispettivo per tale valore residuo

L'offerta, inoltre, ai sensi dell'art. 87 del d.P.R. 554/99, deve indicare:

a) il prezzo richiesto dal concorrente;

**Il concedente può stabilire anche un prezzo al fine di garantire l'equilibrio economico finanziario degli investimenti (rischio di gestione)**

**La concessione di diritti reali su beni immobili come corrispettivo**

**L'offerta ed il contratto devono contenere il piano economico-finanziario che costituirà parte integrante del contratto**

- 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.

I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario costituiscono parte integrante del contratto, così come disposto dall'art. 143, comma 8, cit. .

In corso di esecuzione la stazione appaltante può apportare variazioni a detti presupposti o condizioni di base che, quando determinano una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni. In mancanza di tale revisione il concessionario può recedere dal contratto.

Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente.

In merito ai contenuti specifici dello schema di contratto di concessione, sino all'entrata in vigore del nuovo regolamento, deve aversi riguardo a quanto previsto dall'art. 86 del d.P.R. 554/99.

Tale disposizione, prevede che 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 richiesti;
- 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;
- 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;

**I contenuti minimi dello schema di contratto sono fissati all'art. 86 del d.P.R. 554/99**

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.

Per quanto attiene alle modalità di affidamento, l'art. 144 del Codice prevede che le concessioni vengono affidate con procedura aperta o ristretta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La norma, pertanto, esclude la facoltà di utilizzare la procedura negoziata.

Il bando deve contenere gli elementi indicati nel Codice, le informazioni di cui all'All. IX B ed ogni informazione utile secondo i modelli adottati dalla Commissione Europea, e deve essere pubblicato in conformità all'art. 66 (pubblicità sopra soglia comunitaria) o all'art. 122 (pubblicità sotto soglia comunitaria).

Ai sensi dell'art. 145, il termine per la presentazione della domanda di partecipazione non può, in ogni caso, essere inferiore a cinquantadue giorni dalla data di spedizione del bando, salva l'applicazione dell'art. 70, comma 8, del Codice (riduzione del termine di sette giorni in caso di redazione e trasmissione del bando per via elettronica).

Ai termini si applica, comunque, la disciplina delle riduzioni dettata dall'art. 70, con esclusione dei commi 9 e 11.

Per la disamina degli adempimenti procedurali in tema di pubblicità si rimanda al relativo capitolo del presente Vademecum.

Quanto ai requisiti di ammissione alla gara, deve aversi riguardo all'art. 98, "Requisiti del concessionario", del d.P.R. 554/99.

Tale disposizione prevede che i soggetti che intendono partecipare alle gare per l'affidamento di una concessione di lavori pubblici, se eseguono lavori con la propria organizzazione di impresa, devono essere qualificati 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;

**L'affidamento avviene con procedura aperta o ristretta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**

**Obbligo di pubblicazione del bando di gara**

**Termini minimi per la presentazione delle offerte**

**I requisiti del concessionario sono fissati dall'art. 98 del d.P.R. 554/1999**

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.

L'art. 98 del d.P.R. 554/99 dispone, altresì, che, in alternativa ai requisiti previsti dalle lettere c) e d), 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.

Se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione, non è richiesta la qualificazione per l'esecuzione dei lavori e lo stesso, dunque, deve essere in possesso esclusivamente dei requisiti di cui alle lettere a), b), c), e d).

Qualora il candidato alla concessione sia un raggruppamento temporaneo di imprese o un consorzio, i requisiti di cui alle lettere a) e b) devono essere posseduti dalla capogruppo, dalle mandanti o dalle consorziate nella misura prevista dall'articolo 95 d.P.R. 554/99 cit. ( per la relativa disciplina si rinvia alla lettura del presente Vademecum in tema di soggetti ammessi alla partecipazione alla gara e requisiti di ordine speciale).

L'art. 146, recante "Obblighi e facoltà del concessionario in relazione all'affidamento a terzi di una parte di lavori", attribuisce alla stazione la facoltà di

a) imporre al concessionario di lavori pubblici di affidare a terzi appalti corrispondenti ad una percentuale non inferiore al 30% del valore globale dei lavori oggetto della concessione. Tale aliquota minima deve figurare nel bando di gara e nel contratto di concessione. Il bando fa salva la facoltà per i candidati di aumentare tale percentuale;

b) invitare i candidati a dichiarare nelle loro offerte la percentuale, ove sussista, del valore globale dei lavori oggetto della concessione, che intendono appaltare a terzi.

La norma, inoltre, fa salva in ogni caso la facoltà di affidare in via diretta (unica ipotesi di c.d. trattativa privata) al concessionario i lavori complementari che non figurano nel progetto iniziale e nel contratto che sono divenuti necessari a seguito di una circostanza imprevista.

In particolare, l'art. 147 consente l'affidamento diretto di lavori al concessionario che esegue l'opera, al sussistere delle seguenti condizioni:

a) i lavori complementari non possono essere tecnicamente o economicamente separati dall'appalto iniziale senza gravi inconvenienti per la stazione appaltante  
oppure

b) i lavori, quantunque separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento.

In ogni caso, ai sensi dell'art. 146, comma 3, l'importo cumulato degli appalti aggiudicati per i lavori complementari non deve superare il cinquanta per cento dell'importo dell'opera iniziale oggetto della concessione.

**I requisiti del concessionario in caso di ATI**

**La stazione appaltante può imporre al concessionario di affidare a terzi almeno il 30% dei lavori**

**La stazione appaltante può affidare in via diretta al concessionario i lavori complementari entro il limite del 50% dell'opera iniziale**

Per quanto attiene agli appalti di lavori affidati dai concessionari a terzi, il Codice prevede regole diverse a seconda che il concessionario sia un soggetto pubblico oppure un soggetto privato.

Infatti, ai sensi dell'art. 142, comma 3, i concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici per l'affidamento di appalti di lavori pubblici devono applicare, salvo deroghe, le norme del Codice.

Diversamente, ai sensi del combinato disposto degli artt. 142, comma 4 e 149 del Codice, ai concessionari privati che affidano lavori a terzi si applica la Sez. IV Capo II.

Si applicano, altresì, in quanto compatibili, le disposizioni della Parte I, Parte IV, Parte V, nonché le norme della Parte II. Titolo I, e Titolo II, in tema di pubblicità dei bandi, termini delle procedure, requisiti generali e qualificazione degli operatori economici, subappalto, progettazione, collaudo, piani di sicurezza, che non siano specificamente derogate dalla Sez. IV del Capo II.

Resta ferma, in ogni caso, la disciplina transitoria sancita dall'art. 253, comma 25 del Codice.

L'art. 253 cit., infatti, dispone che i titolari di concessioni già assentite alla data del 30 giugno 2002, ivi comprese quelle rinnovate o prorogate ai sensi della legislazione successiva, sono tenuti ad affidare a terzi una percentuale minima del 40 per cento dei lavori, agendo, esclusivamente per detta quota, a tutti gli effetti come amministrazioni aggiudicatrici.

Ai sensi dell'art. 149, i concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, quando affidano appalti a terzi ai sensi dell'art. 146 (ove sia imposto dalla stazione appaltante) devono applicare le disposizioni in materia di pubblicità di cui all'art. 66 o 122, comma 6, del Codice; se un appalto di lavori rientra in una delle ipotesi di cui all'art. 57 (ipotesi di procedura negoziata senza bando) non è necessaria alcuna pubblicità.

I bandi devono contenere gli elementi indicati nel Codice, le informazioni di cui all'allegato IX C ed ogni altra informazione ritenuta utile, secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione.

Il Codice, pertanto, prevede una bipartizione della disciplina fondata sulla definizione dei soggetti terzi ai quali i concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici possono affidare appalti.

Infatti, le regole dell'evidenza pubblica non trovano applicazione quando il concessionario appalta lavori sulla base del rapporto fiduciario esistente con le imprese raggruppate, consorziate o collegate ad esso o ai soci della società di progetto eventualmente costituita.

In particolare, l'art. 149, ai commi 3, 4 e 5, dispone che non si considerano come terzi le imprese che si sono raggruppate o consorziate per ottenere la concessione, né le imprese ad esse collegate.

Se il concessionario ha costituito una società di progetto, in conformità all'art. 156 (v. *infra* in tema di *project financing*), non si

**La natura pubblica o privata del concessionario incide sulla disciplina applicabile agli appalti di lavori affidati a terzi**

**I concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici quando affidano appalti a terzi devono applicare le disposizioni in tema di pubblicità**

**Gli appalti affidati ad imprese raggruppate consorziate o collegate non sono soggetti alle regole in tema di pubblicità**

considerano terzi i soci, alle condizioni di cui al comma 2 del citato art. 156.

Per “impresa collegata” si intende qualsiasi impresa su cui il concessionario può esercitare, direttamente o indirettamente, un’influenza dominante o qualsiasi impresa che può esercitare un’influenza dominante sul concessionario o che, come il concessionario, è 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

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 deve essere unito alla candidatura per la concessione al fine di consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di vigilare sul rispetto da parte dei concessionari delle regole dell’evidenza pubblica.

Diversamente, per quanto concerne gli adempimenti procedurali ai fini della pubblicazione dei bandi per gli appalti affidati a soggetti terzi dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, l’art. 150 del Codice dispone l’obbligo di pubblicare un bando di gara, con le modalità di cui all’art. 66 (soprasoglia) o 122, comma 6 (sottosoglia).

I bandi devono contenere gli elementi indicati nel Codice, le informazioni di cui all’allegato IX C e ogni altra informazione ritenuta utile dall’amministrazione aggiudicatrice, secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione.

Il termine per la ricezione delle candidature, ai sensi dell’art. 151, non può essere inferiore a trentasette giorni dalla data di spedizione del bando, mentre quello per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a quaranta giorni dalla data della spedizione del bando (nelle procedure aperte) ovvero dell’invito a presentare un’offerta (nelle procedure ristrette).

Sono, comunque, applicabili i commi da 1 a 11 dell’art. 70, in quanto compatibili.

## **2. Il *project financing***

L’istituto della finanza di progetto, già disciplinata nella legge quadro sui lavori pubblici all’art. 37 bis, rappresenta una metodologia attuativa del c.d. partenariato pubblico-privato.

**Agi appalti affidati a terzi da concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici si applicano le regole dell’evidenza pubblica**



L'art. 3, comma 15 ter, del Codice, definisce i contratti di partenariato pubblico privato come “*contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un’opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l’affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l’affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell’opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell’opera per il committente o per utenti terzi*”.

La disciplina del *project financing* si rinviene nella Parte II, Titolo III, Capo III del Codice che, agli articoli 153 e ss., definisce le disposizioni applicabili all’istituto, la figura del promotore e la procedura di selezione da adottare ai fini dell’affidamento della concessione.

Inoltre, si rammenta che, sino all’entrata in vigore del nuovo regolamento di cui all’art. 5 del Codice, trova applicazione l’art. 98 del d.P.R. 554/99 recante “Requisiti del promotore”.

Ciò premesso, deve rilevarsi che, come noto, la disciplina della finanza di progetto è stata profondamente modificata dal cd. terzo correttivo al Codice, d.lgs. 152/08.

In particolare, è stata modificata la rubrica dell’art. 153 del Codice, “Finanza di progetto” in luogo di “Promotore” ed è stata concentrata l’intera disciplina in un solo articolo (art. 153) del Codice, con abrogazione degli artt. 154 e 155 che disciplinavano la procedura trifasica (fase preliminare, fase di gara, fase di costruzione e gestione). Pertanto, nell’attuale impianto normativo, il Legislatore ha previsto una procedura unica semplificata o, in alternativa, il sistema della doppia gara.

Ulteriore novità apportata dal terzo decreto correttivo è la necessità del previo inserimento dei lavori messi a gara nella programmazione triennale e nell’elenco annuale ovvero negli altri strumenti programmatori previsti dalla normativa vigente (si rimanda, sul punto, al capitolo “Programmazione e Progettazione” del presente Vademecum).

La nuova disciplina del *project financing*, ai sensi dell’art. 1, comma 2, d.lgs. n. 152/2008, si applica alle procedure i cui bandi siano stati pubblicati dopo l’entrata in vigore del terzo decreto correttivo (ossia a far data dal 17 ottobre 2008).

Presupposto dell’applicazione è che l’intervento sia contemplato da uno studio di fattibilità inserito nella programmazione triennale e nell’elenco annuale.

**Le modifiche apportate dal cd. terzo decreto correttivo. Il venir meno della procedura trifasica**

Per gli avvisi già pubblicati all'entrata in vigore della nuova disciplina si applicherà la normativa previgente, anche se le proposte non siano ancora pervenute o non siano state ancora prese in esame.

Nel caso di mancanza di proposte alla scadenza del termine, l'amministrazione aggiudicatrice può procedere con nuovo bando; in questo caso troverà applicazione la nuova disciplina normativa.

L'art. 152 del Codice individua la disciplina applicabile alle procedure di *project financing* distinguendo le disposizioni che si applicano automaticamente (comma 1) e quelle che trovano applicazione nei limiti di compatibilità con le norme di cui al Capo III.

In particolare, ai sensi del comma 1, si applicano le disposizioni della parte I (principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice); della parte II, titolo III, capo I (programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori); della parte IV (contenzioso); e della parte V (disposizioni di coordinamento, finali e transitorie).

Ai sensi del comma 2, si applicano, in quanto non incompatibili con le previsioni del Capo III, le disposizioni del Titolo I (contratti di rilevanza comunitaria) ovvero del Titolo II (contratti sotto soglia comunitaria) della Parte II (contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari), a seconda che l'importo dei lavori sia pari o superiore ovvero inferiore alla soglia di cui all'art. 28.

Ai sensi dell'art. 153, comma 1, del Codice, per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale e nell'elenco annuale di cui all'art. 128, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, le amministrazioni aggiudicatrici possono, in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi dell'art. 143, affidare una concessione ponendo a base di gara uno studio di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti.

Tale procedura, pertanto, rappresenta un'alternativa alla concessione di lavori distinguendosi, come sarà in appresso chiarito, non solo per la necessità di predisporre uno studio di fattibilità da porre a base di gara, ma anche con riferimento al potere di iniziativa, alla procedura di affidamento, nonché all'organizzazione ed ai requisiti del promotore.

Lo studio di fattibilità, quindi, viene ad assumere una duplice valenza, quale atto utile per l'inserimento nella programmazione triennale ed annuale (pianificazione territoriale) e quale documento posto a base di gara (documento preliminare per la progettazione).

L'attuale modello di *project financing* prevede una procedura di gara unica con facoltà dell'amministrazione di ricorrere al sistema della doppia gara previsto dall'art. 153, comma 15.

La gara unica viene indetta mediante pubblicazione del bando di gara con le modalità di cui all'art. 66 ovvero di cui all'art. 122 del Codice

**La disciplina del regime transitorio**

**Per ricorrere al *project financing* i lavori devono essere stati inseriti nella programmazione triennale e nell'elenco annuale**

**Il *project financing* rappresenta un'alternativa alla concessione**

**La gara unica viene indetta con pubblicazione del bando ai sensi dell'art. 66 o 122 del Codice**

secondo l'importo dei lavori, ponendo a base di gara lo studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice o adottato ai sensi del comma 19 su iniziativa dei proponenti.

Il bando, oltre al contenuto previsto dall'art. 144 (concessione di lavori pubblici), deve specificare:

a) che l'amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di richiedere al promotore prescelto di apportare al progetto preliminare, da esso presentato, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto e che, in tal caso, la concessione è aggiudicata al promotore solo successivamente all'accettazione, da parte di quest'ultimo, delle modifiche progettuali nonché del conseguente eventuale adeguamento del piano economico-finanziario; b) che, in caso di mancata accettazione da parte del promotore di apportare modifiche al progetto preliminare, l'amministrazione ha facoltà di chiedere progressivamente ai concorrenti che seguono in graduatoria l'accettazione delle modifiche da apportare al progetto preliminare presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.

Il bando, inoltre, deve indicare i criteri, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte atteso che ai sensi dell'art. 153, comma 4, le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83.

Come sarà meglio chiarito in appresso, inoltre, ai sensi dell'art. 156, nel bando di gara deve essere prevista la facoltà dell'aggiudicatario, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto.

Il disciplinare di gara deve essere richiamato espressamente nel bando e deve indicare, in particolare, l'ubicazione e la descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire, in modo da consentire che le proposte siano presentate secondo presupposti omogenei.

L'esame delle proposte è demandato ad una commissione giudicatrice chiamata ad esaminare gli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione.

Con riguardo ai soggetti ammessi a partecipare alla procedura selettiva, l'art. 153, comma 8, dispone che sono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario (v. art. 98 d.P.R. 554/99) anche associando o consorziando altri soggetti, fermi restando i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del Codice.

Nelle more dell'entrata in vigore del nuovo regolamento, quindi, continua a trovare applicazione l'art. 99 d.P.R. 554 cit..

La norma in parola prevede, al comma 1, che possono presentare proposte 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

**I contenuti del bando di gara**

**Si applica il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa**

**I soggetti ammessi alla gara**

**I requisiti di partecipazione**

collettività, che negli ultimi tre anni hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta.

Sono ammessi a partecipare alla gara anche soggetti appositamente costituiti, nei quali comunque devono essere presenti in misura maggioritaria soci aventi i requisiti di esperienza e professionalità stabiliti nel comma 1.

In ogni caso, al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il promotore deve possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti per il concessionario dall'articolo 98 d.P.R. 554/99.

Quanto alla possibilità di presentare proposte da parte dei privati, deve rilevarsi che l'art. 153, commi 19 e 20, consente la presentazione di proposte, a mezzo di studi di fattibilità, relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale di cui all'art. 128 del Codice ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, ai soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8.

La medesima facoltà è prevista, al comma 20 dell'art. 153 cit., per i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché i soggetti di cui agli artt. 34 e 90, comma 2, lett. b (società di ingegneria), eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi.

Il comma 20 dispone, altresì, che 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, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale.

Le amministrazioni sono tenute a valutare le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento e possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse; l'adozione, in ogni caso, non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione dei lavori, né alla gestione dei relativi servizi.

Quanto ai contenuti delle offerte (o delle proposte presentate dai soggetti di cui ai commi 19 e 20), l'art. 153, comma 9, prevede che le offerte devono contenere:

- un progetto preliminare;
- una bozza di convenzione;
- un piano economico-finanziario asseverato da una banca;
- la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 del codice civile.

L'art. 2578 cit. prevede, infatti, che all'autore di progetti di lavori d'ingegneria o di altri lavori analoghi che costituiscono soluzioni

**I privati in possesso dei requisiti necessari possono presentare proposte per realizzare lavori non presenti nella programmazione**

**L'offerta deve contenere un piano economico finanziario asseverato da una banca**

originali di problemi tecnici, compete, oltre il diritto esclusivo di riproduzione dei piani e disegni dei progetti medesimi, il diritto di ottenere un equo compenso da coloro che eseguono il progetto tecnico a scopo di lucro senza il suo consenso.

Tale importo, in ogni caso, non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara.

Inoltre, ai sensi dell'art. 153, comma 13, le offerte devono essere corredate da una cauzione provvisoria in conformità all'art. 75 del Codice e da un'ulteriore cauzione fissata dal bando in misura pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio fattibilità posto a base di gara.

Il soggetto aggiudicatario è tenuto a prestare la cauzione definitiva di cui all'art. 113 del Codice.

Dalla data di inizio dell'esercizio del servizio, da parte del concessionario è dovuta anche una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'art. 113 cit.; la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale.

In merito allo svolgimento della procedura di gara, l'art. 153, comma 10, dispone che l'amministrazione aggiudicatrice:

- a) prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando;
- b) redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta; la nomina del promotore può aver luogo anche in presenza di una sola offerta;
- c) pone in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore, con le modalità indicate all'art. 97. In tale fase è onere del promotore procedere alle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione del progetto, nonché a tutti gli adempimenti di legge anche ai fini della valutazione di impatto ambientale, senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo, né incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario;
- d) quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula della concessione;
- e) qualora il promotore non accetti di modificare il progetto, ha facoltà di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.

La stipulazione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione del progetto preliminare e della accettazione delle modifiche progettuali da parte del promotore, ovvero del diverso concorrente aggiudicatario.

**Le offerte devono essere corredate da una cauzione provvisoria e da una ulteriore cauzione pari al 2,5% del valore dell'investimento**

**L'aggiudicatario deve prestare la cauzione definitiva di cui all'art. 113 del Codice ed un'ulteriore cauzione a garanzie delle penali per mancato o inesatto adempimento**

**Gli adempimenti procedurali propedeutici alla stipula della concessione**

In alternativa alla gara unica, le stazioni appaltanti possono procedere mediante una doppia gara ai sensi dell'art. 153, comma 15.

In tale ipotesi, ferme restando le disposizioni relative al contenuto del bando, le amministrazioni aggiudicatrici devono:

a) pubblicare un bando precisando che la procedura non comporta l'aggiudicazione al promotore prescelto, ma l'attribuzione allo stesso del diritto di essere preferito al migliore offerente individuato nella seconda fase della procedura (seconda gara), ove il promotore prescelto intenda adeguare la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa;

b) provvedere alla approvazione del progetto preliminare;

c) bandire una nuova procedura selettiva, ponendo a base di gara il progetto preliminare approvato e le condizioni economiche e contrattuali offerte dal promotore, con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa;

d) ove non siano state presentate offerte valutate economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore, il contratto è aggiudicato a quest'ultimo;

e) ove siano state presentate una o più offerte valutate economicamente più vantaggiose di quella del promotore posta a base di gara, quest'ultimo può, entro quarantacinque giorni dalla comunicazione dell'amministrazione aggiudicatrice, adeguare la propria proposta a quella del migliore offerente, aggiudicandosi il contratto; in tale ipotesi l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al migliore offerente, a spese del promotore, le spese sostenute per la partecipazione alla gara, nella misura massima del 2,5 per cento del valore dell'investimento;

f) ove il promotore non adegui nel termine indicato alla precedente lettera e) la propria proposta a quella del miglior offerente individuato in gara, quest'ultimo è aggiudicatario del contratto e l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al promotore, a spese dell'aggiudicatario, le spese sostenute nella misura massima del 2,5 per cento del valore dell'investimento;

Qualora le amministrazioni aggiudicatrici si avvalgano della doppia gara, non si applicano il comma 10, lettere d), e), il comma 11 e il comma 12, ferma restando l'applicazione degli altri commi che precedono.

Ne discende, quindi, che ove si proceda con il sistema della doppia gara, sarà necessario prevedere espressamente nel bando che la (prima) gara non comporta l'aggiudicazione della concessione, ma solo il diritto di prelazione rispetto alla migliore offerta della (seconda) gara.

Anche in questa procedura il potere di modifica del progetto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice deve ritenersi limitato a ciò che viene richiesto in sede di approvazione del progetto stesso (conferenza di servizi); ciò specialmente nella seconda gara, tenuto anche conto che il promotore è vincolato al progetto approvato ove non ci siano altre offerte.

Pertanto, le offerte migliorative nella seconda gara dovranno essenzialmente attenersi all'aspetto economico o tecnico-gestionale.

L'art. 153, comma 16, prevede, poi, una terza tipologia di procedura che viene attivata ad iniziativa dei privati in relazione ai lavori inseriti nell'elenco annuale (con previsione del ricorso del capitale privato) per i quali le amministrazioni aggiudicatrici non provvedano alla pubblicazione dei bandi entro sei mesi dalla approvazione dello stesso elenco annuale.

Nei quattro mesi successivi alla scadenza del termine per la pubblicazione del bando, i soggetti titolari dei requisiti di cui al comma 8, possono presentare una proposta contenente i documenti di cui al comma 9, potendo, a tal fine, accedere allo studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione.

Entro 60 giorni dalla scadenza del termine dei quattro mesi, la stazione appaltante deve pubblicare un avviso contenente i criteri di valutazione delle proposte, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Verificato il possesso dei requisiti in capo ai proponenti ed esaminati i contenuti delle proposte pervenute, le amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi dell'art. 153, comma 9, possono procedere come segue:

a) se il progetto preliminare necessita di modifiche, qualora ricorrano le condizioni di cui all'art. 58, comma 2, indire un dialogo competitivo ponendo a base di esso il progetto preliminare e la proposta;

b) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, bandire una concessione ai sensi dell'art. 143, ponendo lo stesso progetto a base di gara ed invitando alla gara il promotore;

c) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, procedere ai sensi del comma 15, lettere c), d), e), f), ponendo lo stesso progetto a base di gara e invitando alla gara il promotore.

In buona sostanza, pertanto, l'approvazione del progetto preliminare avviene all'esito della gara mediante dialogo competitivo.

Ove non sussistano i presupposti per il dialogo competitivo, l'unica strada percorribile è l'acquisizione del progetto preliminare da parte dell'amministrazione, l'adeguamento e l'approvazione dello stesso, con conseguente indizione di gara (ai sensi dell'art. 143 del Codice o del comma 15 dell'art. 153 cit. - seconda gara).

Diversamente, se il progetto non necessita di modifiche si procede o con una gara *ex art.* 143 (concessione) oppure con la procedura di cui al comma 15 dell'art. 153 (seconda gara).

In ambedue i casi, ai sensi dell'art. 153, comma 18, ultima parte, è garantito al promotore il diritto di prelazione.

Delineati i tratti essenziali delle procedure volte all'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di lavori di pubblica utilità, è d'uopo evidenziare che nell'ambito delle gare indette ai sensi dell'art. 153 si applica l'art. 156 del Codice.

**La gara ad iniziativa dei privati**

**La società di progetto**

Tale disposizione prevede l'obbligo di prevedere nel bando di gara la facoltà dell'aggiudicatario, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, indicando, altresì l'ammontare minimo del capitale sociale della società.

In tal caso il concorrente che sia costituito da più soggetti dovrà indicare nell'offerta la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascuno di essi.

Il bando di gara può, altresì, prevedere che la costituzione della società sia un obbligo dell'aggiudicatario.

Un volta costituita, la società di progetto per effetto del subentro, che non costituisce cessione del contratto, diviene la concessionaria a titolo originario sostituendo l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente senza necessità di approvazione o autorizzazione.

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 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. 156, inoltre, prevede che, ove sia versato 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 e assicurative (valevoli sino alla data di emissione del certificato di collaudo) dell'opera per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera, liberando in tal modo i soci.

Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'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 e 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.

### **3. Il c.d. contraente generale: cenni**

La figura del contraente generale è stata introdotta nell'ordinamento italiano dalla c.d. "Legge Obiettivo" n. 443/01 dedicata alla realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale.

L'espressione contraente generale identifica colui che ha la responsabilità operativa complessiva della realizzazione delle infrastrutture strategiche.

Secondo la definizione dettata dall'art. 1, comma 2, lett. f) della c.d. legge obiettivo, la figura del contraente generale si distingue dal



concessionario di opere pubbliche per l'esclusione dalla gestione dell'opera eseguita, 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 obbligazioni di risultato complessivo del rapporto che lega detta figura al soggetto aggiudicatore e per l'assunzione del relativo rischio.

Tale distinzione viene riprodotta dall'art. 162, comma 1, lett. g, del Codice, che chiarisce che l'affidamento a contraente generale è il contratto con il quale viene affidata la progettazione e realizzazione con qualsiasi mezzo di una infrastruttura rispondente alle esigenze specificate dal soggetto aggiudicatore e che i contraenti generali non sono soggetti aggiudicatori ai sensi della Parte II, Titolo III, Capo IV. Orbene, in deroga alla regola generale posta dall'art. 53 del Codice, secondo la quale le opere si realizzano mediante l'affidamento di appalti, le grandi opere, costituenti infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale (secondo la formulazione dell'art. 163 del Codice) sono oggetto, ai sensi dell'art. 173 di concessione di costruzione e gestione o di affidamento unitario a contraente generale.

La ragione di tale deroga risiede nella necessità, a fronte dell'entità degli impegni gestionali e finanziari necessari per realizzare e far operare una grande infrastruttura, di prevedere il coinvolgimento di soggetti terzi alle amministrazioni aggiudicatrici legati ad esse da un peculiare rapporto di collaborazione che include il concorso al finanziamento dell'opera.

L'affidamento a contraente generale, pertanto, come nel caso di project financing, rappresenta, nel sistema di realizzazione delle opere pubbliche, una alternativa alla concessione.

Ai sensi dell'art. 176 del Codice con il contratto di cui all'art. 173, lett. b) il soggetto aggiudicatore 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.

Con riguardo alle attività affidate al contraente generale, il comma 2, dispone che lo stesso provvede:

- a) allo sviluppo del progetto definitivo e alle attività tecnico amministrative occorrenti al soggetto aggiudicatore per pervenire all'approvazione dello stesso da parte del CIPE, ove detto progetto non sia stato posto a base di gara;
- b) all'acquisizione delle aree di sedime; la delega di cui all'art. 6, comma 8, del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo Unico delle espropriazioni), in assenza di un concessionario, può essere accordata al contraente generale;

**L'affidamento a contraente generale rappresenta un'alternativa alla concessione di costruzione**

**L'oggetto delle prestazioni affidate al contraente generale**

- c) alla progettazione esecutiva;
- d) all'esecuzione con qualsiasi mezzo dei lavori e alla loro direzione;
- e) al prefinanziamento, in tutto o in parte, dell'opera da realizzare;
- f) ove richiesto, all'individuazione delle modalità gestionali dell'opera e di selezione dei soggetti gestori;
- g) all'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.

Al contraente generale, pertanto, non è affidata la gestione dell'opera; l'amministrazione, tuttavia, può richiedere al medesimo l'individuazione delle modalità gestionali e la selezione dei soggetti gestori.

Inoltre, nell'ambito delle obbligazioni gravanti sul contraente generale, particolare rilievo assume la previsione, contenuta al comma 20, dell'assunzione di una quota di valore dell'opera (fissata preventivamente dal bando di gara) che deve essere realizzata dall'affidatario mediante anticipazione di risorse proprie.

**Il cd. prefinanziamento**

Il *general contractor*, quindi, ha il compito di reperire le risorse destinate a fornire la provvista finanziaria necessaria a realizzare in tutto o in parte l'opera.

Risulta correlata alla previsione del cd. prefinanziamento, la disciplina dei pagamenti prevista dai commi 15 e 16 dell'art. 176 cit.

Viene stabilito, infatti, che il soggetto aggiudicatore liquida l'importo delle prestazioni rese e prefinanziate dal contraente generale con la emissione di un certificato di pagamento esigibile alla scadenza del prefinanziamento secondo le previsioni contrattuali. Per tali crediti ceduti a fronte di finanziamenti senza rivalsa o con rivalsa limitata, la emissione del certificato di pagamento costituisce definitivo riconoscimento del credito del finanziatore cessionario; al cessionario non è applicabile nessuna eccezione di pagamento delle quote di prefinanziamento riconosciute, derivante dai rapporti tra debitore e creditore cedente, ivi inclusa la compensazione con crediti derivanti dall'adempimento dello stesso contratto o con qualsiasi diverso credito nei confronti del contraente generale cedente.

Per converso, al soggetto aggiudicatore spetta di provvedere:

- a) alle attività necessarie all'approvazione del progetto definitivo da parte del CIPE, ove detto progetto non sia stato posto a base di gara;
- b) all'approvazione del progetto esecutivo e delle varianti;
- c) alla 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.

**L'oggetto delle obbligazioni assunte dal soggetto aggiudicatore**

Per quanto attiene alla procedura di selezione da adottare, l'art. 177 del Codice dispone che l'affidamento a contraente generale avviene mediante procedura ristretta avente a base di gara il progetto preliminare ovvero quello definitivo.

La norma dispone, altresì, che è applicabile l'art. 53, comma 2, lett. c) che prevede lo svolgimento della gara sulla base di un progetto preliminare, nonché di un capitolato prestazionale corredato dall'indicazione delle prescrizioni, delle condizioni e dei requisiti tecnici inderogabili. In tale ipotesi, l'offerta ha ad oggetto il progetto definitivo e il prezzo.

Per quanto attiene allo svolgimento della procedura per i soggetti aggiudicatori operanti nei settori speciali si applicano, per quanto non derogate dall'art. 177, le norme della Parte III.

Diversamente, per tutti gli altri soggetti aggiudicatori si applicano, per quanto non derogate, le norme della Parte II che costituiscono attuazione della direttiva 2004/18.

L'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 177, comma 4, 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 174, comma 2;
- f) *(lettera abrogata dall'articolo 1-octies della legge n. 228 del 2006)*
- g) la maggiore entità, rispetto a quella prevista dal bando, del prefinanziamento che il candidato è in grado di offrire;
- h) ulteriori elementi individuati in relazione al carattere specifico delle opere da realizzare.

L'art. 177 non indica il peso che, in caso di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve essere attribuito ai singoli elementi.

Devono applicarsi, pertanto, le regole fissate dall'art. 83, comma 2, del Codice che impone di precisare nel bando:

- i criteri di valutazione (v. art. 177, comma 4 cit.);
- il peso relativo attribuito a ciascuno di essi;
- se necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi.

Circa i contenuti del bando, il comma 5 prevede che i soggetti aggiudicatori possono indicare, 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

**L'affidamento avviene mediante procedura ristretta con il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa**

**Gli elementi di valutazione delle offerte**

oggettivi, non discriminatori e pertinenti all'oggetto del contratto, predefiniti nello stesso bando di gara.

In ogni caso, il numero minimo di concorrenti da invitare non può essere inferiore a cinque, se esistono in tale numero soggetti qualificati e deve essere sufficiente ad assicurare una effettiva concorrenza.

**Il numero di concorrenti da invitare non può essere inferiore a cinque**

Per quanto attiene ai soggetti ammessi a partecipare alla procedura ristretta, l'art. 191, comma 7, del Codice dispone il divieto di partecipazione alla medesima gara delle imprese che versino in taluna delle situazioni di controllo o collegamento di cui all'art. 149, comma 3 (v. capitolo relativo alla concessione di opere pubbliche) nonché il divieto ai partecipanti di concorrere alla gara in più di raggruppamento temporaneo o consorzio, ovvero di concorrere alla gara anche in forma individuale qualora abbiano partecipato alla gara medesima in associazione o consorzio, anche stabile.

Per quanto concerne, poi, i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva, oltre ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del Codice, la cui verifica è obbligatoria in capo all'aggiudicatario, i soggetti aggiudicatori possono richiedere:

**I requisiti di partecipazione alla gara**

- che l'offerente dimostri, tramite i bilanci consolidati e idonee dichiarazioni bancarie, la disponibilità di risorse finanziarie, rivolte al prefinanziamento, proporzionate all'opera da realizzare;

- 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 degli articoli 36 e seguenti e delle indicazioni integrative e di dettaglio da disporsi con apposito decreto del Ministro delle infrastrutture.

Con riferimento, poi, ai requisiti di qualificazione per l'esecuzione delle opere, l'art. 186 del Codice istituisce il sistema di qualificazione dei contraenti generali.

**Il sistema di qualificazione dei contraenti generali**

Trattasi di un sistema di qualificazione nuovo e diverso da quello degli appaltatori in considerazione dalla differente natura delle attività da compiere e delle dimensioni (soprattutto economiche) delle opere da realizzare.

Gli art. da 186 a 193 del Codice, infatti, prevedono l'istituzione di un sistema di qualificazione dei contraenti generali a cui possono accedere imprese singole in forma di società commerciali o cooperative; consorzi di cooperative di produzione e lavoro; consorzi stabili.

I contraenti generali sono qualificati per classifiche, riferite all'importo lordo degli affidamenti per i quali possono concorrere. I contraenti generali non possono concorrere ad affidamenti di importo lordo superiore a quello della classifica di iscrizione, attestata con il sistema di cui alla presente sezione ovvero documentata ai sensi dell'articolo 47, comma 2, salva la facoltà di associarsi ad altro contraente generale ai sensi dell'articolo 191, comma 9.

Le classifiche di qualificazione 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.

Ai sensi dell'art. 187, i requisiti per le iscrizioni nel sistema di qualificazione sono i seguenti:

- un sistema di qualità aziendale UNI EN ISO 9001/2000;
- i requisiti di ordine generale di cui al successivo art. 188, ossia quelli previsti dal regolamento di cui all'art. 5, e quindi nelle more della sua emanazione, dal d.P.R. n. 34/2000;
- i requisiti di ordine speciale di cui al successivo art. 189, ovvero adeguata capacità economica e finanziaria; adeguata idoneità tecnica ed organizzativa; adeguato organico tecnico e dirigenziale.

Ai sensi dell'articolo 192 del Codice, le attestazioni di qualificazione siano rilasciate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (*rectius*: Ministero delle Infrastrutture) e non, come previsto per gli esecutori di lavori pubblici, da organismi privati di attestazione.

Infine, con riguardo alla validità temporale dell'attestazione della qualificazione rilasciata dal Ministero, si rammenta che la durata dell'efficacia della attestazione è pari a tre anni.

Entro il terzo mese precedente alla data di scadenza dell'attestazione il contraente generale trasmette al Ministero tutta la documentazione necessaria ad ottenere il rinnovo.

La attestazione è rilasciata ovvero motivatamente negata entro tre mesi dalla ricezione di tutta la documentazione necessaria.

In caso di ritardo nel rilascio, imputabile all'Amministrazione, l'attestazione scaduta resta valida, ai fini della partecipazione alle gare e per la sottoscrizione dei contratti, fino al momento del rilascio di quella rinnovata.

**L'attestazione di qualificazione rilasciata dal Ministero delle Infrastrutture ha la validità di tre anni**