

5

*LE NUOVE  
LEGGI  
AMMINISTRATIVE*

*Collana diretta da  
RICCARDO VILLATA*

COMMENTARIO  
AL CODICE  
DEI CONTRATTI  
PUBBLICI

*a cura di*  
Marcello Clarich



ISBN/EAN



9 788892 116528

G. Giappichelli

€ 155,00

COMMENTARIO  
AL CODICE  
DEI CONTRATTI PUBBLICI

*Seconda edizione*

*a cura di*  
Marcello Clarich



G. Giappichelli Editore – Torino

*LE NUOVE LEGGI AMMINISTRATIVE*  
*Collana diretta da RICCARDO VILLATA*

---



COMMENTARIO  
AL CODICE  
DEI CONTRATTI PUBBLICI

*Seconda edizione*

*a cura di* Marcello Clarich

*con la collaborazione di*

Gianfrancesco Fidone e Giuliano Fonderico



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1652-8

*Stampa:* Rotolito S.p.A. - Pioltello (MI)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

# INDICE

---

	<i>pag.</i>
Gli Autori	XXIX
Introduzione di <i>Marcello Clarich</i>	XXXIII

## Parte I Il codice dei contratti pubblici

### Il nuovo codice dei contratti pubblici

*Gianfrancesco Fidone*

1. La legislazione dei contratti pubblici tra discrezionalità e automatismi: un confronto tra l'approccio europeo e quello italiano	3
1.2. Ancora sulla relazione tra flessibilità ed efficienza: l'apprendimento dell'amministrazione attraverso le procedure di aggiudicazione	6
1.3. Sulla distinzione tra corruzione e inefficienza	10
2. Da <i>Tangentopoli</i> alle leggi c.d. Merloni: il legislatore italiano persegue il contrasto alla corruzione attraverso la riduzione della discrezionalità amministrativa	13
3. Le direttive comunitarie del 2004: l'unificazione della disciplina dei lavori, servizi e forniture e l'apertura alla concorrenza da realizzarsi attraverso modelli flessibili	14
4. Il Codice dei contratti pubblici del 2006. Incorporazione degli istituti flessibili europei nel pre-esistente contesto di rigidità e loro conseguente inutilizzazione	16
4.1. La stagione dei correttivi e il protrarsi della instabilità della disciplina di settore: iper-regolazione e «moltiplicazione dei modelli»	18
5. Il riemergere della questione della corruzione: una disciplina anticorruzione «fuori dalle gare»	23
5.1. I nuovi scandali, la creazione dell'Autorità Anticorruzione (ANAC) e l'aggregazione della domanda pubblica	26
6. Le direttive del 2014: l'obiettivo dell'efficienza attraverso un ulteriore aumento della flessibilità delle procedure e il c.d. <i>uso strategico</i> degli appalti	30
6.1. I c.d. appalti verdi e le deroghe al principio di economicità	32
6.2. La direttiva concessioni	37
7. Il codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016: il dibattito sulla «filosofia del recepimento» e la legge delega	44
7.1. Le due anime del Codice, tra diritto europeo e diritto interno. Perdurante instabilità della disciplina di settore (il primo <i>correttivo</i> e lo <i>Sblocca Cantieri</i> )	45

	<i>pag.</i>
7.2. La disciplina generale degli appalti e le discipline speciali	48
7.3. La disciplina delle concessioni e dei PPP	52
7.4. La <i>governance</i> e la <i>soft law</i>	56
8. La ricerca dell'integrità attraverso il perseguimento dell'efficienza	59
8.1. <i>Best value</i> e integrità nel Regno Unito	62
9. Conclusioni: una riforma ancora da completare	65

## Analisi economica e contratti pubblici

*Luigi Prosperetti, Alessia Ghelfi, Matteo Merini*

1. Premessa	69
2. I contratti pubblici come problema di agenzia	70
3. Rischi per il committente e principali parametri di progettazione	71
3.1. Rischi di esecuzione	72
3.2. Rischi di prezzo	74
3.2.1. Prezzi e numero di partecipanti	74
3.2.2. Prezzi e comportamenti collusivi	75
3.3. Rischi di corruzione	76
3.4. Modalità di aggiudicazione	77
3.5. Costi di transazione ed economie di scala	79
4. Effetti della domanda pubblica per lavori e servizi sulla struttura produttiva	81
5. I contratti pubblici in Italia: tendenze recenti	82
6. Conclusioni	85

## Parte II

### Ambito di applicazione, principi, disposizioni comuni, esclusioni e *governance*

#### Ambito di applicazione e definizioni (artt. 1, 3, 28, 35, 49, 216)

*Tommaso Paparo e Gianluca Lo Bianco*

1. Nuovo ambito di applicazione e nuove definizioni: la bussola dei principi generali	89
2. Ambito di applicazione: premessa	95
3. Ambito di applicazione oggettivo: i contratti disciplinati dal nuovo Codice per materia e valore economico	96
3.1. Ambito di applicazione oggettivo per tipo di contratto e correlate definizioni	96
3.2. Ambito di applicazione oggettivo per valore economico; criteri economici di applicazione: rilevanza comunitaria dei contratti di appalto per lavori servizi e forniture e sotto soglia; metodi di calcolo del valore stimato	99
3.3. Ambito di applicazione oggettivo per i contratti misti di appalto	103
3.4. Ambito di applicazione oggettivo: condizioni relative all'AAP e ad altri accordi internazionali	105

	<i>pag.</i>
4. Ambito di applicazione soggettivo e correlate definizioni	105
5. Ambito di applicazione e disciplina dei contratti pubblici alla luce delle definizioni	107
6. L'ambito di applicazione del Codice in base alle disposizioni transitorie e di coordinamento	115

## Le competenze dello Stato e delle Regioni (art. 2)

*Vincenzo Latorraca*

1. Tutela della concorrenza e ordinamento civile: la competenza dello Stato	123
1.1. <i>Segue</i> : la competenza delle Regioni	126
1.2. <i>Segue</i> : la competenza delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome	130
2. Le differenze rispetto al codice previgente (eventuale)	131
3. L'irrelevanza dell'auto-qualificazione	134
3.1. Criteri di risoluzione della concorrenza di competenze	134

## La governance (artt. 212-215)

*Barbara Boschetti*

1. Inquadramento	137
2. L'Autorità nazionale anticorruzione	139
2.1. L'Autorità nazionale anticorruzione (anche) quale autorità di settore	139
2.2. La composizione collegiale, l'autonomia organizzativa e il personale	142
2.3. Il finanziamento	146
2.4. Le strutture di supporto: l'Osservatorio dei contratti pubblici	149
3. Le funzioni normative e di regolazione	154
3.1. L'autonomia normativa rispetto alle funzioni attribuite (con particolare riferimento ai procedimenti in materia di regolazione, vigilanza e sanzione)	154
3.2. Le funzioni di regolazione in materia di contratti pubblici	156
3.3. La funzione di determinazione dei costi e prezzi <i>standard</i>	165
4. La funzione di vigilanza, controllo e sanzione	167
4.1. La funzione di vigilanza e controllo in materia di contratti pubblici	167
4.2. Vigilanza e poteri sanzionatori	173
4.3. La vigilanza collaborativa	176
4.4. Vigilanza e controllo sul sistema di qualificazione degli operatori economici	180
5. I compiti gestionali	183
5.1. La gestione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti. Rinvio	184
5.2. La gestione dell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici	185
5.3. La gestione del sistema di <i>rating</i> d'impresa. Rinvio	186
5.4. L'Elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti	187
5.5. La gestione della Banca dati nazionale e del Casellario informatico	188
6. I compiti di segnalazione e i rapporti con altre Autorità	190
7. Gli altri organi istituzionali	192
7.1. La Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio	192



	<i>pag.</i>
7.2. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti	193
7.3. Il Consiglio superiore dei lavori pubblici	195
7.4. La Commissione europea	196

## I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici (artt. 29, 30, 34, 50, 51)

*Maurizio Cafagno e Andrea Fari*

1. I principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni e il ruolo dell'amministrazione nelle procedure di evidenza pubblica (art. 30)	201
2. La garanzia del mercato attraverso le procedure di evidenza pubblica. La tutela della libera concorrenza (art. 30)	204
3. La trasparenza quale garanzia della legittimità dell'operato della P.A. e della posizione dei soggetti del mercato (art. 29)	207
4. Il principio di economicità e i suoi confini in ottica strategica (artt. 30, 34 e 50)	214
4.1. Le clausole ambientali (art. 34)	216
4.2. Clausole sociali e suddivisione in lotti (artt. 50 e 51)	220
5. Il ruolo della stazione appaltante quale garante dei lavoratori (art. 30)	224

## Contratti esclusi (artt. 4-20)

*Francesco Follieri*

1. I contratti esclusi nelle direttive, nella legge delega e nel Codice	228
2. I regimi dei contratti esclusi	231
2.1. I principi relativi all'affidamento dei contratti esclusi	231
2.2. I «contratti esclusi» cui sono applicabili i principi enunciati dall'art. 4	237
2.3. Le regole per l'affidamento dei contratti esclusi. La distinzione tra contratti esclusi per ragioni soggettive e contratti esclusi per ragioni oggettive	239
3. Contratti esclusi per ragioni soggettive	243
3.1. Affidamenti <i>in house</i> e contratti tra amministrazioni aggiudicatrici (art. 5)	244
3.2. Appalti nei settori speciali o concessioni affidati da una <i>joint venture</i> di enti aggiudicatori a una società collegata ad uno di questi e affidati dall'ente aggiudicatore alla <i>joint venture</i> di cui fa parte o ad un'impresa collegata (artt. 6 e 7)	246
3.3. Contratti di servizi aggiudicati in base ad un diritto esclusivo (art. 9)	248
4. Contratti esclusi per ragioni oggettive	251
4.1. Contratti nei settori speciali riguardanti attività direttamente esposte alla concorrenza (art. 8)	251
4.2. Contratti nel settore dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (art. 10)	252
4.3. Appalti aggiudicati da particolari enti aggiudicatori per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia (art. 11)	253
4.4. Esclusioni specifiche per le concessioni nel settore idrico (art. 12)	254
4.5. Appalti nei settori speciali aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi (art. 13)	255

	<i>pag.</i>
4.6. Appalti e concorsi di progettazione per fini diversi dall'esercizio delle attività interessate nei settori speciali o per l'esercizio di tali attività in un Paese terzo (art. 14)	256
4.7. Esclusioni nel settore delle telecomunicazioni elettroniche (art. 15)	258
4.8. Contratti e concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati in base a norme internazionali. Contratti in materia di difesa (art. 16)	260
4.9. Esclusioni specifiche per appalti e concessioni di servizi (art. 17)	260
4.10. Forniture di prodotti agricoli e alimentari (art. 17 <i>bis</i> )	265
4.11. Esclusioni specifiche riguardanti le concessioni (art. 18)	266
4.12. Contratti di sponsorizzazione (art. 19) e opera pubblica realizzata a spese del privato (art. 20)	267

### Il procedimento e il responsabile (artt. 31, 32, 33, 40, 44, 52, 53)

*Gian Domenico Comporti*

1. Il procedimento di evidenza pubblica: origini e limiti di uno schema che fraziona l'unitarietà dell'operazione economica	273
2. La duplicazione per gemmazione degli atti della procedura e dei relativi controlli: l'aggiudicazione tra proposta ed approvazione	279
3. La stipulazione del contratto	284
4. Il responsabile unico del procedimento quale cabina di regia dell'intero intervento programmato	289
5. Comunicazioni e accesso agli atti	296

## Parte III

### Contratti pubblici di rilevanza comunitaria relativi agli appalti di lavori, servizi e forniture

#### Pianificazione, programmazione e progettazione (artt. 21-27)

*Ruggiero Dipace*

1. La funzione della programmazione nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione	305
2. L'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione: i soggetti tenuti alla programmazione	309
3. I tre livelli della programmazione	311
3.1. La programmazione preliminare	312
3.2. Il programma triennale	314
3.3. L'elenco annuale	318
4. La programmazione biennale dei servizi e delle forniture	319
5. Programmazione ed enti locali	320
6. L'attività di programmazione ed il ruolo del responsabile del procedimento	321
7. La patologia della programmazione	321

	<i>pag.</i>
8. La nuova disciplina della progettazione e i livelli di progettazione	324
9. Il dibattito pubblico	331
10. La verifica e la validazione dei progetti	334
11. La progettazione interna ed esterna	336
12. Le procedure di approvazione dei progetti e gli effetti urbanistici	337

## Disciplina e qualificazione delle stazioni appaltanti (artt. 37-39, 41-43)

*Francesco Mataluni*

1. La centralizzazione della domanda delle stazioni appaltanti	342
1.1. La sfida del nuovo Codice per migliorare l'efficienza dei contratti pubblici: la centralizzazione e la qualificazione delle stazioni appaltanti	342
1.2. La disciplina sull'aggregazione della domanda nei contratti pubblici fra (molti) vantaggi e (alcuni) difetti	347
1.3. Gli incentivi del Codice alla collaborazione e all'aggregazione fra le stazioni appaltanti: dai residui spazi di autonomia agli obblighi di centralizzazione della domanda	352
1.4. La definizione delle centrali di committenza e la classificazione dei modelli di centralizzazione	358
1.4.1. La natura delle centrali di committenza	360
1.4.2. La disciplina del Codice sull'attività delle centrali di committenza	362
1.5. La nuova forma di supporto alle stazioni appaltanti: le attività di committenza ausiliarie	365
1.6. La disciplina della committenza a livello locale: l'attività dei Comuni non capoluogo di Provincia	368
1.7. La responsabilità nel caso di aggregazione di domanda: allocazione dei rischi fra stazioni appaltanti e centrali di committenza	373
1.8. Gli obiettivi di semplificazione delle procedure di gara delle centrali di committenza, in attesa dell'adozione del decreto attuativo	374
1.9. La nuova «frontiera» della domanda di contratti pubblici: la committenza transfrontaliera	378
1.10. Le ragioni alla base della qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza nonché gli obiettivi che si intende perseguire	380
1.10.1. I parametri per la valutazione della capacità delle stazioni appaltanti ai fini della qualificazione	383
1.10.2. Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti: fra disposizioni di immediata applicazione e disposizioni in attesa di attuazione	386
1.11. Le considerazioni conclusive sulla nuova disciplina del Codice in materia di aggregazione della domanda e qualificazione delle stazioni appaltanti	390
2. I conflitti di interesse nell'organizzazione delle stazioni appaltanti.	392
2.1. La lotta alla corruzione e l'imparzialità delle stazioni appaltanti attraverso la disciplina dei conflitti di interesse.	392
2.2. L'analisi delle diverse classificazioni di conflitti di interesse nell'ordinamento giuridico in generale.	393
2.3. La precedente disciplina sul conflitto di interesse nel Codice del 2006 e nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea	395

	<i>pag.</i>
2.4. Le novità in materia di conflitto di interesse introdotte dal Codice del 2016, alla luce della giurisprudenza precedente e delle pronunce più recenti.	399
2.5. Il nuovo approccio del legislatore italiano al tema dei conflitti di interesse nelle stazioni appaltanti, sulla base anche delle indicazioni provenienti dall'Unione europea	404

## Gli operatori economici (artt. 45-47)

*Francesco Sclafani*

1. La nozione di operatore economico	407
2. Gli enti pubblici	411
3. Gli enti privati senza fini di lucro	413
4. Gli schemi societari di incerta collocazione: le società semplici e le società pubbliche	415
5. Gli accordi a titolo oneroso fra amministrazioni	417
6. I consorzi	419
7. La partecipazione alle gare per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria. Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE)	422

## La partecipazione aggregata (art. 48)

*Gloria Maria Barsi*

1. Le associazioni temporanee di imprese (ATI)	425
1.1. Nozione, <i>ratio</i> e funzionamento.	425
1.2. Le ATI orizzontali, verticali e miste	429
1.3. Il divieto di modificare la composizione dell'ATI	432
1.4. Le ATI sovradimensionate	435
1.5. Le ATI costituenti	437
2. I consorzi ordinari	439

## Appalti elettronici e aggregati (artt. 55-58)

*Francesca Di Lascio*

1. Appalti pubblici e informatizzazione	441
2. I sistemi dinamici di acquisizione (art. 55)	446
2.1. Natura dello strumento e ambito oggettivo di applicazione	446
2.2. Articolazione della procedura	448
3. Le aste elettroniche (art. 56)	451
3.1. L'asta come fase negoziativa automatica	451
3.2. Le fasi della procedura e la sua conclusione	454
4. I cataloghi elettronici (art. 57) e le piattaforme telematiche di negoziazione (art. 58)	547

## Le procedure di scelta del contraente (artt. 59-63)

Pietro Milazzo

1. Le regole dell'evidenza pubblica ed il «catalogo» di procedure previsto dall'art. 59	461
2. Procedure disponibili e margini di scelta per la stazione appaltante	463
3. Il divieto di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione: applicazioni ed eccezioni.	466
4. Le procedure aperte e le procedure ristrette	473
5. I presupposti per il ricorso alle procedure diverse dalle procedure aperte e ristrette. In particolare, i presupposti della procedura competitiva con negoziazione	475
6. La procedura concorrenziale con negoziazione: il procedimento	479
7. La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara	484
7.1. Le ipotesi – comuni agli appalti di lavori, forniture e servizi – in cui è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando: fra conferme e novità	484
7.2. Le ulteriori ipotesi di ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di bando, relative a singole categorie di appalti	490
7.3. Il «procedimento» di negoziazione	492

## Dialogo competitivo (art. 64)

Francesca Scaramuzza

1. Premessa	495
1.1. La <i>ratio</i> della procedura di dialogo competitivo	497
1.2. Un cenno al previgente dialogo competitivo	498
2. Il «nuovo» dialogo competitivo. I presupposti applicativi	499
2.1. L'ammissione dei candidati alla procedura: la prequalifica	505
2.2. La struttura bifasica della procedura: <i>a</i> ) la fase dialettica	509
2.3. <i>Segue: b</i> ) la fase competitiva	514
3. Profili di criticità	516

## Partenariato per l'innovazione (art. 65)

Francesca Scaramuzza

1. Premessa	519
2. La <i>ratio</i> della procedura: l'innovazione nella contrattualistica pubblica	522
3. Il partenariato per l'innovazione nel d.lgs. n. 50/2016	524
3.1. La struttura della procedura	524
3.2. Le principali differenze con altre tipologie di procedure	527
3.3. L'ambito di applicazione della procedura	528
3.4. I requisiti di ammissione alla procedura	530
3.5. Il criterio di aggiudicazione della procedura	532
3.6. Le fasi della procedura	533
3.7. La negoziazione delle offerte	535

## Bandi e avvisi (artt. 66-76)

Paolo Fontana

1. Premessa	539
2. Gli avvisi di preinformazione	541
3. Le consultazioni preliminari di mercato	543
3.1. Finalità, origini e prospettive dell'istituto	543
3.2. La portata innovativa di un istituto che restringe l'area del penalmente rilevante	546
3.3. Avvio delle consultazioni	548
3.4. Svolgimento delle consultazioni	550
3.5. Applicazioni particolari dell'istituto	551
3.6. Partecipazione precedente di candidati e offerenti	553
3.7. Profili critici dell'istituto	555
4. Le specifiche tecniche	556
4.1. Funzioni delle specifiche tecniche	556
4.2. Modalità di formulazione delle specifiche tecniche	558
4.3. Il principio di equivalenza	559
4.4. L'idoneità del principio di equivalenza a etero-integrare <i>ex lege</i> i documenti di gara	560
4.5. Le etichettature	562
5. La determina a contrarre, il bando di gara e gli inviti ai candidati	563
5.1. La determina a contrarre	563
5.2. Funzione e natura giuridica del bando di gara	566
5.3. Revocabilità e annullabilità d'ufficio del bando	567
5.4. Vincolatività e interpretazione del bando	571
5.5. Contenuto del bando e bandi-tipo	573
5.6. Impugnabilità del bando	575
5.7. Gli inviti ai candidati	580
6. Redazione e modalità di pubblicazione di bandi e avvisi	581
6.1. Premessa e pubblicazione a livello europeo	581
6.2. Pubblicazione a livello nazionale e indirizzi generali di pubblicazione	583
6.3. Pubblicazione sui quotidiani	586
6.4. Disponibilità elettronica dei documenti di gara	587
6.5. Informazione dei candidati e degli offerenti	589

## La commissione giudicatrice (artt. 77-78)

Elisabetta Pistis

1. Inquadramento generale	591
2. Disposizioni del d.lgs. n. 163/2006	592
3. La legge delega e le novità del nuovo Codice	594
4. Linee guida ANAC	599
5. Criticità del nuovo Codice e delle Linee guida ANAC	604

## L'ammissione alle procedure (artt. 79-82)

Giovanni Pesce

- |   |     |
|---|-----|
| 1. I termini: regole generali e discrezionalità delle amministrazioni per favorire la più ampia partecipazione (art. 79)  | 607 |
| 2. I requisiti di ordine generale: tra motivi di esclusione automatica, codice antimafia, riabilitazione e discrezionalità della stazione appaltante (art. 80)                                    | 609 |
| 2.1. Una premessa sull'art. 57 della direttiva 2014/24/UE   | 609 |
| 2.2. I requisiti di affidabilità morale dei concorrenti   | 611 |
| 2.3. <i>Segue</i> : la sentenza penale e i soggetti destinatari dei controlli   | 611 |
| 2.4. Le cause ostative alla partecipazione alle gare di appalto derivanti dall'applicazione della normativa antimafia: problemi vecchi e questioni nuove  | 615 |
| 2.4.1. Il coordinamento tra la direttiva 2014/24/UE e la normativa antimafia  | 619 |
| 2.4.2. Sulla compatibilità della normativa antimafia con la direttiva appalti   | 620 |
| 2.4.3. <i>Segue</i> : la Corte di giustizia UE per una diversa chiave di lettura tra l'art. 80, comma 2 del Codice rispetto all'art. 57, parr. 3 e 6 della direttiva 2014/24                      | 623 |
| 2.4.4. L'informativa interdittiva antimafia tra prevenzione e diritti costituzionali  | 625 |
| 2.5. Le cause di esclusione relative alla regolarità contabile, fiscale e previdenziale   | 627 |
| 2.6. Le altre ipotesi di esclusione e il potere delle stazioni appaltanti di dimostrare la presenza delle infrazioni  | 630 |
| 2.7. Il <i>self cleaning</i>  | 634 |
| 3. La documentazione di gara tra semplificazione delle procedure e <i>open data</i> (art. 81)   | 637 |
| 3.1. La documentazione di gara e l'interoperabilità tra le pubbliche amministrazioni  | 637 |
| 3.2. L'attuazione pratica del sistema   | 638 |
| 4. I rapporti di prova di conformità ai requisiti o ai criteri stabiliti nelle specifiche tecniche, ai criteri di aggiudicazione o alle condizioni relative all'esecuzione dell'appalto (art. 82) | 639 |
| 4.1. La prova di conformità ai requisiti e ai criteri stabiliti nelle specifiche tecniche e altri mezzi appropriati   | 639 |
| 4.2. Il sistema in pratica  | 641 |

## La selezione delle offerte (artt. 83-93)

Gianlorenzo Ioannides

- |   |     |
|---|-----|
| 1. La qualificazione degli offerenti (artt. 83-84)                        | 644 |
| 1.1. La selezione delle offerte   | 644 |
| 1.1.1. I requisiti di qualificazione                                      | 645 |
| 1.1.2. Il principio di continuità nel possesso dei requisiti              | 648 |
| 1.1.3. La tassatività delle cause di esclusione                           | 649 |
| 1.1.4. Il soccorso istruttorio  | 650 |
| 1.1.5. Il sistema del <i>rating</i> di impresa                            | 653 |
| 1.2. La qualificazione degli esecutori di lavori pubblici                 | 654 |
| 1.2.1. L'attestazione di qualificazione all'esecuzione di lavori pubblici | 655 |

	<i>pag.</i>
1.2.2. Il ruolo dell'ANAC	657
1.2.3. Le società organismi di attestazione	658
2. La dichiarazione dei requisiti e la documentazione a comprova del relativo possesso (artt. 85-88)	659
2.1. Premessa	659
2.2. Il documento di gara unico europeo (art. 85)	659
2.3. I mezzi di prova (art. 86)	661
2.4. Le certificazioni di qualità (art. 87)	663
2.5. Il registro <i>online</i> dei certificati <i>e-certis</i> (art. 88)	664
3. L'avvalimento (art. 89)	665
3.1. Origine del fenomeno e natura giuridica	665
3.2. Ambito di applicazione e disciplina	667
3.3. Il contratto di avvalimento	670
3.4. Profili problematici	671
3.4.1. Sull'avvalimento operativo e sull'avvalimento di garanzia	672
3.4.2. Sull'avvalimento plurimo	673
3.4.3. Sull'avvalimento a cascata	673
3.4.4. Sull'avvalimento multiplo	674
3.4.5. Sull'avvalimento infragruppo	674
4. Elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazioni (art. 90)	675
5. La riduzione del numero di candidati e delle offerte (artt. 91-92)	677
5.1. Premessa	677
5.2. La riduzione del numero dei candidati altrimenti qualificati da invitare a partecipare	677
5.3. La riduzione del numero di offerte e soluzioni	679
6. Garanzie per la partecipazione alla procedura (art. 93)	680

## Aggiudicazione nei settori ordinari (artt. 94-99)

*Domenico Iaria e Ivan Marrone*

1. I principi generali in materia di selezione dei partecipanti e aggiudicazione degli appalti	685
2. I criteri di aggiudicazione	689
2.1. Casi in cui è ammissibile solo il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo	694
2.2. I casi in cui è consentito il criterio del minor prezzo	695
3. I principi generali in tema di criteri di valutazione delle offerte	698
3.1. La connessione con l'oggetto dell'appalto	699
3.2. La specificità e quantificabilità dei criteri	700
3.3. La verificabilità delle informazioni fornite dall'offerente	702
3.4. L'obbligo di previa definizione e pubblicazione dei criteri	703
3.5. Il rispetto del principio di non discriminazione	705
3.6. L'idoneità a differenziare le offerte	707
4. I criteri di valutazione indicati dal codice dei contratti	708
4.1. Il rilievo dell'elemento relativo al costo	711
5. La ponderazione dei criteri	713
5.1. I principi generali	713
5.2. Il tetto massimo per il punteggio economico	714



	<i>pag.</i>
5.3. La predeterminazione dei punteggi	716
5.4. La soglia di sbarramento	717
5.5. La riparametrazione delle offerte	720
6. L'indicazione del costo del lavoro e degli oneri di sicurezza	722
6.1. L'obbligo di indicare il costo della manodopera e le sue implicazioni	722
6.2. Gli oneri di sicurezza	725
7. La facoltà di non aggiudicare la gara	733
8. L'invarianza delle medie	734
9. I costi del ciclo di vita	735
10. Le offerte anormalmente basse	738
10.1. L'individuazione delle offerte anormalmente basse	741
10.2. Il procedimento di verifica	749
10.3. Le giustificazioni e la decisione sull'anormalità dell'offerta	753
10.4. Il sindacato del giudice amministrativo	759
11. L'avviso di aggiudicazione e la relazione unica	761

## L'esecuzione e le vicende del contratto (artt. 100-104, 106-113)

*Daniela Bolognino*

1. Premessa metodologica	774
2. Le garanzie per l'esecuzione del contratto d'appalto	769
2.1. Le garanzie definitive	770
2.2. Le garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore	775
3. La modifica di contratti in corso di validità	777
3.1. Le variazioni progettuali	778
3.2. Le variazioni dei prezzi o modifiche del corrispettivo	783
3.3. La modifica della durata del contratto	785
3.4. Trasparenza e pubblicità in riferimento alle varianti in corso d'opera (ANAC: ruolo e poteri)	786
4. La sospensione dell'esecuzione del contratto	787
4.1. Le cause e la durata della sospensione	788
4.2. Le conseguenze della sospensione illegittima	792
4.3. La proroga dei lavori su richiesta dell'appaltatore	794
5. Le cause di scioglimento del contratto.	795
5.1. La risoluzione del contratto	795
5.1.1. Risoluzione per intervenute modifiche o variazioni che richiedono una nuova procedura di appalto	797
5.1.2. Risoluzione per la insussistenza originaria di motivi di esclusione (comma 1, lett. c) e d))	798
5.1.3. Risoluzione per decadenza dalle attestazioni di qualificazione e per reati accertati	799
5.1.4. Risoluzione per inadempimento o negligenza e ritardi dell'appaltatore	801
5.1.5. Le conseguenze della risoluzione	802
5.2. Il recesso ex art. 109, d.lgs. n. 50/2016	804
5.2.1. Inquadramento generale dell'istituto: natura giuridica, riparto di giurisdizione. Inammissibilità della revoca ex art. 21 <i>quinquies</i> , legge n. 241/1990 come sostitutiva del recesso	804

	<i>pag.</i>
5.2.2. L'iter di recesso, obblighi in capo alla stazione appaltante e la tutela del privato contraente	807
6. Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto	809
7. Il collaudo e la verifica di conformità	819
7.1. Premessa: l'inquadramento degli istituti nell'art. 102, d.lgs. n. 50/2016	819
7.2. Le disposizioni per la nomina dei collaudatori	822
7.3. Tempi, procedura e documenti	824

## Il subappalto (art. 105)

*Flavia Caruso e Alberto Linguiti*

1. Definizione e cenni sull'evoluzione storica, in senso via via più restrittivo, del subappalto	827
2. L'attuale disciplina del subappalto in materia di lavori, forniture o servizi: il procedimento autorizzativo ed il «doppio binario»	829
2.1. Limiti quantitativi del subappalto e la sentenza della Corte di Giustizia UE, 29 settembre 2019, causa C-63/18	834
2.1.1. Le c.d. opere superspecialistiche	836
2.2. Limiti qualitativi: figure assimilate al contratto di subappalto	838
3. Condizioni di ammissibilità del subappalto: i requisiti dei subappaltatori	840
3.1. L'esecuzione del subappalto senza autorizzazione	844
4. La terna dei subappaltatori (forse di nuovo in vigore dal 1° gennaio 2021)	846
5. Vicende del subappalto in fase esecutiva e rapporti tra subappaltatore, appaltatore e committente: <i>favor</i> per la tutela dei lavoratori	850
5.1. Il pagamento diretto della stazione appaltante al subappaltatore	854
5.2. La verifica della congruità della incidenza della mano d'opera di cui al DURC: il cosiddetto DURC di congruità	855
6. Il cottimo	855
7. Il subappalto nelle concessioni (art. 174)	856
8. Criticità e prospettive di riforma in tema di subappalto	859

## Parte IV

### Regimi speciali di appalto

#### Contratti sotto soglia (art. 36)

*Giuliano Fonderico*

1. L'ambito di applicazione della disciplina «sotto soglia»	867
2. Le semplificazioni dell'ambito applicativo e il coordinamento con le procedure ordinarie	869
3. La disciplina comune per i contratti sotto soglia	872

	<i>pag.</i>
3.1. I principi generali e la disciplina puntuale	872
3.2. La regolazione secondaria	876
3.3. Il principio di rotazione	878
4. Le modalità di affidamento: l'affidamento diretto	882
5. <i>Segue</i> : la procedura negoziata con consultazione	886
5.1. Le indagini di mercato e gli elenchi di operatori	886
5.2. La selezione degli operatori	888
6. <i>Segue</i> : le procedure «ordinarie» nei contratti sotto soglia	890
7. Le regole per gli affidamenti	891
7.1. La verifica dei requisiti	892
7.2. L'aggiudicazione e la verifica di anomalia	894
8. La conclusione e l'esecuzione del contratto	897
9. L'amministrazione diretta	899

### Appalti nei servizi sociali specifici e di ricerca e sviluppo (artt. 140, 142-144, 158)

*Maria Cristina Colombo*

1. Introduzione al tema: servizi esclusi e servizi specifici	903
2. Appalti nei servizi sociali	907
2.1. Dalla direttiva 2014/24/UE al Codice dei contratti	907
2.2. Soglie e procedure applicabili ai servizi sociali	911
2.3. Appalti riservati ed altre forme di affidamento	916
3. Appalti specifici	923
3.1. Allegato IX al Codice	923
3.2. Servizi di ristorazione	924
4. Servizi di ricerca e sviluppo	926

### Appalti nel settore dei beni culturali (artt. 145-151)

*Giuseppe Manfredi*

1. L'ambito di applicazione della disciplina dei contratti nel settore dei beni culturali	929
2. La disciplina speciale degli appalti nel settore: le ragioni della specialità, e i precedenti della disciplina vigente	931
2.1. <i>Segue</i> : la qualificazione e il divieto di avvalimento	933
2.2. <i>Segue</i> : la progettazione	935
2.3. <i>Segue</i> : l'affidamento	936
2.4. <i>Segue</i> : le varianti e il collaudo	937
3. Il partenariato: le sponsorizzazioni e le forme speciali di partenariato	938

### Concorsi di progettazione e di idee (artt. 152-157)

*Massimo Nunziata*

1. Concorsi di progettazione e di idee e differenze con gli appalti di progettazione	945
2. Regime normativo e soglie economiche di riferimento	947

	<i>pag.</i>
3. La procedura di selezione	949
3.1. La partecipazione ai concorsi	949
3.2. La declinazione delle procedure	950
3.3. La Commissione	951

### Gli appalti e le procedure in specifici settori: difesa e sicurezza e contratti secretati (artt. 159-162)

*Vincenzo Antonelli*

1. Il quadro normativo dell'Unione europea	954
1.1. L'art. 346 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea	954
1.2. Il Libro verde su « <i>Gli appalti pubblici della difesa</i> »	955
1.3. La Comunicazione interpretativa sull'applicazione dell'art. 296 del Trattato CE agli appalti pubblici della difesa	957
1.4. La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, n. 81	960
2. Il «microsistema» dei contratti nel settore della difesa e della sicurezza	962
2.1. La disciplina del Codice del 2006	962
2.2. La nuova disciplina codicistica del 2016	964
2.3. I contratti nel settore «difesa e sicurezza» regolati dal Codice	966
2.4. I contratti misti	967
2.5. I contratti e concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati in base a norme internazionali	969
2.6. I contratti secretati	970
2.7. La classifica di segretezza e la segretazione	972
2.8. Le misure speciali di sicurezza	976
2.9. I contratti « <i>dual use</i> »	977
2.10. Il nulla osta di sicurezza	978
2.11. Il previo esperimento della gara informale	981
2.12. Il controllo della Corte dei conti	983
2.13. La vigilanza dell'ANAC	986
3. I contratti rientranti nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 208/2011	988
3.1. L'ambito di applicazione	988
3.2. I contratti esclusi	990
4. I contratti del Ministero della Difesa	991
5. I contratti per l'attività d' <i>intelligence</i>	992
6. I contratti aggiudicati dal governo italiano a un altro governo	994
7. I contratti affidati in base all'art. 346 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea	996

### Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile (art. 163)

*Vincenzo Antonelli*

1. L'urgenza e la normativa sugli appalti pubblici	999
2. La somma urgenza	1000
2.1. La disciplina previgente	1000

	<i>pag.</i>
2.2. I lavori in economia	1001
2.3. La disciplina introdotta dal d.lgs. n. 50/2016	1003
2.4. Gli interventi di protezione civile	1004
2.5. Il Codice della protezione civile e i contratti pubblici	1005
2.6. Le ordinanze di protezione civile	1006
2.7. La direttiva del d.P.C.M. 22 ottobre 2004	1008
2.8. La protezione civile e la somma urgenza	1009
2.9. La somma urgenza nel settore dei beni culturali (rinvio)	1011
3. Le modalità di affidamento di lavori, servizi e forniture	1012
3.1. Il verbale	1012
3.2. Il provvedimento di affidamento	1013
3.3. La determinazione del corrispettivo e dei prezzi	1014
3.4. L'approvazione dei lavori e la copertura della spesa	1015
3.5. L'autocertificazione	1016
3.6. Le informazioni antimafia	1017
4. Gli obblighi di pubblicità e il controllo dell'ANAC	1017

## Infrastrutture e insediamenti prioritari (artt. 200-203)

*Claudia Figliola*

1. Inquadramento generale: le <i>grandi opere</i> dalla <i>legge obiettivo</i> al nuovo codice dei contratti pubblici	1019
2. Le peculiarità della nuova disciplina codicistica	1024
2.1. La fase progettuale	1024
2.2. La fase dell'affidamento	1027
2.3. Le varianti	1029
3. Gli strumenti di pianificazione e programmazione: il Piano generale dei trasporti e della logistica (PGTL) e il Documento pluriennale di pianificazione (DPP)	1030
4. Il finanziamento e il monitoraggio delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari	1034
5. Considerazioni conclusive	1037

## Parte V Settori speciali

Appalti di lavori, servizi e forniture nei settori del gas, energia, acqua, trasporti e servizi postali (artt. 114-121; artt. 6, 7, 8, 10, 13, 14, 15)

*Simone Cadeddu e Sergio Fienga*

1. Ambito di applicazione e disposizioni rilevanti (artt. 114-121; artt. 6, 7, 8, 10, 13, 14 e 15)	1044
1.1. L'evoluzione della disciplina: dai settori «esclusi» ai settori «speciali»	1044

	<i>pag.</i>
1.2. Esposizione alla concorrenza e «respirazione» dei settori speciali	1046
1.3. Un nuovo tentativo di semplificazione normativa e procedimentale	1053
1.4. La disciplina generale applicabile	1055
1.5. L'ambito soggettivo di applicazione	1055
1.5.1. Enti aggiudicatori nei settori speciali	1055
1.5.2. La nozione di diritti speciali ed esclusivi	1061
1.6. L'ambito oggettivo di applicazione	1063
1.6.1. I criteri oggettivi di delimitazione	1063
1.6.2. La gestione di reti infrastrutturali, lo sfruttamento di area geografica e i servizi postali	1064
1.6.3. I regimi di esenzione parziale: concorrenza, appalti estranei, affidamenti a imprese collegate, e altri affidamenti esclusi	1068
1.6.4. I contratti plurisetto	1076
1.6.5. I contratti «sotto soglia»	1077
2. Procedure di scelta del contraente	1077
2.1. La scelta delle procedure e le norme applicabili	1077
2.2. Le modalità di indizione delle procedure: le procedure negoziate	1079
2.3. Avvisi periodici indicativi, avvisi sui sistemi di qualificazione e obblighi informativi	1081
2.4. Bandi di gara e forme di pubblicazione	1083
3. Selezione dei partecipanti e delle offerte	1086
3.1. La disciplina dei criteri di selezione dei partecipanti	1086
3.2. I sistemi di qualificazione	1088
3.3. Le offerte contenenti prodotti originari dei Paesi non comunitari	1090

## Parte VI

### Contratti di concessione

#### I principi e le procedure (artt. 164-173)

*Alessandro Botto e Simone Castrovinci Zenna*

1. L'evoluzione storica	1095
2. La direttiva 2014/23/UE	1098
3. La concessione di lavori e servizi nell'ambito del Codice appalti	1100
4. Soglie e criteri di calcolo del valore delle concessioni	1105
5. La durata delle concessioni	1110
6. I contratti misti di concessione	1112
7. Le procedure di affidamento e i criteri di aggiudicazione	1115
8. Trasferimento del rischio ed equilibrio economico finanziario	1128

## L'esecuzione delle concessioni (artt. 174-178)

*Graziana Urbano*

1. L'autonoma e completa disciplina sui contratti di concessione	1137
2. La fase di esecuzione del contratto di concessione: il subappalto	1143
2.1. La nuova disciplina del subappalto nel d.lgs. n. 50/2016	1145
2.2. Il regime delle responsabilità e i limiti al subappalto	1148
3. Profili introduttivi in tema di modifica dei contratti di concessione durante il periodo di efficacia	1150
3.1. Il regime giuridico delle varianti al contratto di concessione: varianti formali e varianti sostanziali	1153
4. Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro	1161
5. Gli affidamenti dei concessionari	1166
6. Le concessioni autostradali e il regime transitorio	1170

## Parte VII

Partenariato pubblico-privato, contraente generale  
ed altre modalità di affidamento

## I contratti di partenariato e la locazione finanziaria (artt. 179-182, 187)

*Gaetano Viciconte*

1. Il contratto di partenariato pubblico-privato (artt. 180, 181, 182)	1175
1.1. L'evoluzione del modello contrattuale e la sua autonomia dalla disciplina della concessione	1184
1.2. La determinazione del contenuto: la progettazione, la realizzazione, il finanziamento e la gestione	1197
1.3. La procedura di affidamento	1213
1.4. Tipicità e autonomia contrattuale	1220
2. La locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità (art. 187)	1226
2.1. L'inquadramento giuridico della fattispecie nel contesto della disciplina sul partenariato pubblico-privato	1231
2.2. La procedura di gara: i requisiti di partecipazione, le caratteristiche dell'opera e la disponibilità dell'area	1240
2.3. La gestione del rischio: i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione, i parametri di valutazione, nonché il controllo sulla realizzazione	1247
2.4. L'esercizio del diritto di riscatto sulla base della compatibilità con le norme di finanza pubblica	1251

## Il contratto di disponibilità, la sussidiarietà, il baratto amministrativo e la cessione di immobili (artt. 188-191)

*Alberto Giovannini*

- |  |      |
|--|------|
| 1. Il contratto di disponibilità (art. 188)  | 1257 |
| 1.1. La proprietà privata dell'opera destinata all'esercizio di un pubblico servizio   | 1263 |
| 1.2. La determinazione del contenuto del contratto e la gestione del rischio nell'ambito del rapporto contrattuale   | 1266 |
| 1.3. Caratteri di specialità del procedimento nell'approvazione del progetto, nelle varianti e nel collaudo dell'opera                                     | 1272 |
| 1.4. Il corrispettivo previsto per l'affidatario: il canone di disponibilità, l'eventuale contributo in corso d'opera, l'eventuale prezzo di trasferimento | 1276 |
| 2. Gli interventi di sussidiarietà orizzontale e il baratto amministrativo (artt. 189 e 190)   | 1280 |
| 2.1. Analisi dei distinti modelli contrattuali di partenariato sociale   | 1285 |
| 2.2. Le finalità sociali, il ruolo dei privati e le posizioni giuridiche rilevanti a seguito della presentazione del progetto                              | 1292 |
| 2.3. I benefici fiscali in relazione alla tipologia degli interventi effettuati  | 1298 |
| 3. La cessione di immobili in cambio di opere (art. 191)   | 1305 |
| 3.1. Il trasferimento di immobili che non assolvono a funzioni di pubblico interesse   | 1312 |
| 3.2. Il procedimento di gara   | 1317 |

## La finanza di progetto (artt. 183-186)

*Biancamaria Raganelli*

- |  |      |
|--|------|
| 1. Premessa: la finanza di progetto come modello di partenariato pubblico-privato  | 1321 |
| 2. Dal <i>project financing</i> alla finanza di progetto   | 1326 |
| 3. Origini ed evoluzione della disciplina nell'ordinamento italiano  | 1330 |
| 4. La disciplina nel nuovo Codice  | 1332 |
| 5. Il finanziamento del progetto   | 1335 |
| 6. La finanza di progetto in particolare e le peculiarità rispetto al contratto di concessione   | 1336 |
| 7. Bando, presentazione delle offerte e valutazione  | 1339 |
| 8. Il promotore <i>tout-court</i> e la presentazione di proposte per la realizzazione di lavori non presenti negli strumenti di programmazione | 1344 |
| 9. La società di progetto  | 1347 |

## *In house* e società pubblica di progetto (artt. 192-193)

*Michele Trimarchi e Rosaria Russo*

- |   |      |
|---|------|
| 1. L'affidamento <i>in house</i>  | 1351 |
| 1.1. L'affidamento <i>in house</i> nella giurisprudenza della Corte di giustizia prima delle direttive del 2014 | 1351 |



	<i>pag.</i>
1.2. L'affidamento <i>in house</i> nelle direttive del 2014	1354
1.3. I principi e criteri direttivi sull' <i>in house</i> nella legge delega n. 11/2016	1355
1.4. L' <i>in house</i> nel d.lgs. n. 50/2016	1356
1.4.1. I requisiti	1356
1.4.2. L'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano affidamenti <i>in house</i>	1359
1.4.3. Procedimentalizzazione dell'affidamento <i>in house</i>	1362
1.5. Cenni alla società <i>in house</i> nel c.d. Testo unico delle società partecipate e ai problemi di coordinamento con la disciplina del Codice dei contratti pubblici	1363
2. La società pubblica di progetto	1366
2.1. Aspetti generali	1366
2.2. La natura giuridica della società pubblica di progetto	1368
2.3. La funzione e la disciplina della società pubblica di progetto	1369
2.4. La società pubblica di progetto e la società di progetto: differenze	1370
2.5. Brevi riflessioni	1371

### L'istituto del contraente generale (artt. 179, 194-199)

*Stefano Gattamelata*

1. Il <i>general contractor</i> : ancora un'opportunità?	1373
2. Cenni sull'evoluzione della disciplina	1375
3. Compiti del contraente generale e del soggetto aggiudicatore	1379
4. Affidamento ed esecuzione del contratto	1385
5. Il finanziamento	1392
6. Il sistema di qualificazione	1395

## Parte VIII

### Il contenzioso e rimedi alternativi, profili penali, tributari e responsabilità contabile

#### La tutela giurisdizionale (art. 204)

*Hadrian Simonetti*

1. La giurisdizione in materia di contratti pubblici	1401
1.1. Fase dell'evidenza pubblica	1401
1.2. La sorte del contratto	1404
1.3. Fase dell'esecuzione del contratto	1408
2. L'effettività della tutela nella giurisprudenza della Corte di giustizia e nelle direttive ricorsi	1409
3. Il rito speciale tra sintesi e complessità	1413
3.1. Il rito processuale e la tutela cautelare	1413
3.2. Tra forma e sostanza. L'inflazione del ricorso incidentale	1415

	<i>pag.</i>
3.3. Gli atti di gara impugnabili	1417
3.4. Nuovi limiti alla tutela cautelare	1420
4. L'impugnazione degli atti dell'ANAC: il parere di precontenzioso e le raccomandazioni	1421
5. I rimedi esperibili: la tutela in forma specifica	1423
6. L'inefficacia del contratto e le sanzioni alternative	1428
7. La tutela per equivalente	1433
8. Principali fattispecie di responsabilità	1437
8.1. La responsabilità precontrattuale	1437
8.2. La responsabilità da perdita di <i>chance</i> e da mancata aggiudicazione	1439
9. Le voci di danno risarcibile	1441

## I rimedi nell'esecuzione del contratto (artt. 205-210)

*Andrea Maltoni*

1. Premessa	1143
2. L'accordo bonario: profili generali	1446
3. Il procedimento di accordo bonario: presupposti e limiti per l'attivazione e condizioni di reiterabilità con riguardo ai lavori pubblici	1448
3.1. Presupposti e limiti del procedimento di accordo bonario con riferimento all'esecuzione di contratti di servizi e di forniture di beni	1450
4. L'ambito soggettivo e quello oggettivo di applicazione della disciplina inerente all'accordo bonario	1452
5. La nuova articolazione semplificata del procedimento di accordo bonario	1456
6. Il regime dell'attività procedimentale e la natura dell'accordo bonario	1460
7. Accordi transattivi e P.A.	1465
7.1. La disciplina della transazione contenuta nel Codice: ambito di applicazione	1466
7.2. Inapplicabilità di alcune regole procedurali ai casi in cui la stazione appaltante non è una P.A. e natura dell'atto di autorizzazione alla stipula della transazione	1468
8. Breve ricostruzione dell'evoluzione della disciplina dell'arbitrato in materia di contratti pubblici	1473
9. Le controversie arbitrabili: ambito soggettivo ed oggettivo. La natura volontaria dell'arbitrato	1476
10. L'autorizzazione all'inserimento della clausola compromissoria	1481
11. La formazione del collegio arbitrale: il ruolo delle parti e della Camera arbitrale. I requisiti previsti per la nomina degli arbitri	1491
12. Il procedimento arbitrale: i principali profili di specialità della disciplina dettata dal d.lgs. n. 50/2016 rispetto a quella prevista dal Codice di procedura civile	1499
13. L'impugnazione del lodo arbitrale e la sua esecuzione	1504

## Il precontenzioso (art. 211)

*Barbara Marchetti*

1. I rimedi alternativi alla giurisdizione nel settore degli appalti pubblici alla luce del nuovo Codice	1507
--	------

	<i>pag.</i>
2. Il parere di precontenzioso. Dalla natura non vincolante alla natura (anche vincolante)	1508
2.1. Procedura precontenziosa, parti interessate e possibili ricorsi dinanzi al giudice amministrativo	1510
3. La legittimazione di ANAC all'impugnazione diretta degli atti di gara (comma 1 <i>bis</i> )	1514
3.1. I contratti di rilevante impatto e gli atti impugnabili	1517
3.2. Una nuova ipotesi di legittimazione straordinaria	1519
4. Il parere motivato in caso di violazioni gravi e le conseguenze del mancato adeguamento (comma 1 <i>ter</i> )	1522
4.1. Gli atti impugnabili e la procedura	1524
4.2. Alcune questioni	1526

## La responsabilità erariale

*Gabriele Bottino*

1. Premessa: le funzioni della responsabilità ed i dati quantitativi	1531
2. I soggetti	1535
3. Le condotte	1540
4. Il nesso causale	1543
5. Il dolo o la colpa grave	1544
6. Il danno erariale	1546

## La tutela penale

*Emmanuele Penco e Giovanna Tedesco*

1. Introduzione	1549
2. Tutela penale nella fase di selezione del contraente	1551
2.1. Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente: art. 353 <i>bis</i> c.p	1551
2.2. Turbata libertà degli incanti: art. 353 c.p	1552
2.3. Rapporti tra art. 353 <i>bis</i> e art. 353 c.p	1556
2.4. Astensione dagli incanti: art. 354 c.p	1558
3. Tutela penale nella fase di esecuzione	1559
3.1. Corruzione: art. 318 e art. 319 c.p	1560
3.2. Concussione e induzione indebita: art. 317 e art. 319 <i>quater</i> c.p	1564
3.3. Traffico di influenze illecite: art. 346 <i>bis</i> c.p	1568
3.4. Inadempimento e frode nei contratti di pubbliche forniture	1570
3.5. Subappalto e cottimo senza autorizzazione	1572
4. Altre fattispecie e rapporti tra norme	1575
5. Responsabilità delle persone giuridiche <i>ex</i> d.lgs. n. 231/2001	1581
6. Il sistema di qualificazione delle imprese: profili penali	1585
7. Conclusioni	1588

## Profili tributari

Ignazio La Candia e Alberto Santi

1. Il contratto di appalto nell'imposizione del reddito	1591
1.1. Considerazioni introduttive	1591
1.2. Appalti di durata infrannuale	1595
1.3. Appalti di durata ultrannuale	1596
1.4. Valutazione sulla base dei corrispettivi pattuiti	1600
1.5. Le maggiorazioni di prezzo	1602
1.6. Gli stati di avanzamento	1607
1.7. Svalutazione per rischio contrattuale	1610
1.8. Corrispettivi liquidati a titolo definitivo	1612
1.9. Valutazione al costo	1614
1.10. Prospetto da allegare alla dichiarazione dei redditi	1616
2. Le imposte indirette nel contratto di appalto	1617
2.1. La qualificazione dell'appalto ai fini dell'integrazione del presupposto oggettivo dell'IVA	1617
2.2. Modalità e termini di fatturazione. Rilevanza ai fini della formazione del <i>plafond</i>	1622
2.3. L'imposta di registro e di bollo nel contratto di appalto	1627
3. Profili fiscali del <i>project financing</i> : cenni	1629
3.1. Premessa	1629
3.2. Il trattamento fiscale dei contributi erogati dal concedente	1630
3.3. Diritti di concessione	1632
3.4. L'ammortamento dell'opera realizzata	1634
3.5. Gli accantonamenti al fondo manutenzione e ripristino	1636
3.6. La cessione di beni immobili da parte dell'amministrazione concedente	1637
3.7. La devoluzione dell'opera al concedente	1638
4. Associazione temporanea di imprese (ATI): cenni	1640
4.1. Aspetti fiscali delle Associazioni temporanee di imprese	1641



# L'ISTITUTO DEL CONTRAENTE GENERALE

## (artt. 179, 194-199)

---

Stefano Gattamelata

1. Il *general contractor*: ancora un'opportunità?
2. Cenni sull'evoluzione della disciplina.
3. Compiti del contraente generale e del soggetto aggiudicatore.
4. Affidamento ed esecuzione del contratto.
5. Il finanziamento.
6. Il sistema di qualificazione.

### 1. IL GENERAL CONTRACTOR: ANCORA UN'OPPORTUNITÀ?

Un istituto importante ed interessante della disciplina relativa alle infrastrutture ed agli insediamenti prioritari, è certamente quello del contraente generale (o *general contractor*)<sup>1</sup> codificato dall'art. 194 come quel soggetto, qualificato per una specifica «capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria», che assume su di sé l'obbligo di eseguire «con qualsiasi mezzo» un'opera rispondente alle esigenze dell'ente aggiudicatore.

Come appena accennato, il contraente generale rientra tra i soggetti che soli possono provvedere alla realizzazione delle opere, delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari secondo l'art. 200.2, lett. b)<sup>2</sup>, tanto che è disciplinato nel Titolo III della Parte IV del Codice<sup>3</sup>, denominata appunto *Partenariato pubblico privato e contraente ge-*

---

<sup>1</sup> Sull'istituto ci si limita a richiamare sotto il profilo generale F. PASCUCCI-R. TOMEI, voce *Contraente generale*, in *Dig. disc. priv., sez. pubbl.*, agg. vol. I, Torino, 2008, p. 222. Più recentemente M. PERRONE-A. M. BENEDETTO, *Il contraente generale*, in AA.VV., *I nuovi appalti pubblici*, a cura di M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, Milano, 2017, p. 715; C. PAGLIARIN, *Contraente generale*, in *www.L'amministrativista.it*, del 28 dicembre 2016; G. MOSA, *Dalla «Legge Obiettivo» al «Nuovo Codice degli appalti»: la rivisitazione dell'istituto del contraente generale*, in *www.italiaappalti.it*, del 25 settembre 2016; G. BERGONZINI, *Affidamento a contraente generale*, in AA.VV., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. VILLATA-M. BERTOLISSI-V. DOMENICHELLI-M. BERTOLISSI-G. SALA, Padova, 2014, II, 1814; G. GAGGIOLI, *La definizione delle riserve del contraente generale: giudizio ordinario e arbitrato rituale dopo la legge anticorruzione 2012*, in *App. e contr.*, 9/2014, p. 48; C. VARRONE, *La ripartizione del rischio nel contratto di affidamento al contraente generale per la realizzazione dell'opera pubblica* in *Arch. giur. oo.pp.*, 85/2013, p. 1087. Per il resto sia consentito rinviare alla nota 1 del contributo fornito dallo stesso Autore, ne *L'Istituto del contraente generale*, in AA.VV., *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, Torino, 2010, p. 903.

<sup>2</sup> L'istituto era delineato dall'art. 176 e ss. del precedente Codice, ed era l'unica modalità per la realizzazione delle c.d. infrastrutture strategiche, oltre alla concessione di costruzione e gestione (di cui all'art. 174).

<sup>3</sup> Così modificata nella denominazione dall'art. 106 del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (denominato *Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, usualmente conosciuto come il c.d.

*nerale ed altre modalità di affidamento.* Il contraente generale riveste dunque una funzione rilevante nell'idea del Legislatore, tanto che la responsabilità di risultato che su di esso grava, se correttamente gestita, rappresenta anche un'opportunità di crescita per il Paese; lo sviluppo del sistema Paese passa infatti necessariamente attraverso una rete infrastrutturale di avanguardia accompagnata dalla realizzazione di opere di rilievo strategico, la cui realizzazione non può che essere frutto di un'operazione complessa (o meglio di più operazioni complesse) che presuppone una visione d'insieme sullo specifico progetto, e che, per poter concretarsi, necessita di una competenza elevata e diffusa in più segmenti produttivi e tecnologici che pochi soggetti possono mettere in campo. Ecco il Contraente generale; ma ecco anche la ragione per cui esso deve essere di volta in volta individuato attraverso procedure che ne garantiscano la professionalità e le particolari caratteristiche allo stesso richieste; procedure di affidamento che sono ovviamente quelle previste nel Codice medesimo, in quanto compatibili e come richiamate all'art. 179.

Dalla stessa definizione normativa emergono dunque i profili caratterizzanti la figura del Contraente generale. La *ratio* della previsione (e dunque dell'istituto), è infatti e come accennato, quella di unificare una serie di competenze specifiche in capo ad un unico soggetto per la realizzazione di opere significative e di grande impatto, che necessiterebbero – utilizzando «percorsi» tradizionali e rivolgendosi indifferentemente agli operatori tutti del settore – di apporti economico-progettuali tali da rendere quanto meno improbabile il raggiungimento dell'obiettivo e cioè il compimento dell'opera in tempi utili. Dunque un soggetto in un primo tempo ideato a priori, dalla norma ancor prima che dal mercato; poi nuovamente ridefinito (con il Codice del 2016 e con il suo «correttivo», ma anche con il c.d. «Sblocca cantieri» del 2019) alla luce delle esperienze maturate. Invero se il mercato ha risposto negli scorsi anni passati, non sempre lo ha fatto in modo adeguato, proponendosi in alcune circostanze quali contraenti generali soggetti che tali nella sostanza non lo erano e che lo sono formalmente diventati perché possedevano *in nuce* alcune delle caratteristiche previste dalla legge, essendo sufficientemente dimensionati e strutturati sotto il profilo tecnico ed economico. Così per un verso già da alcuni anni si è «aperto» un nuovo segmento di mercato; ma, per altro verso, esso si è dimostrato un mercato «per pochi» non sempre, per di più, rivelatisi idonei, che hanno beneficiato di una rendita di posizione. Ed allora – si ripete – la questione delicata è quella della scelta del contraente generale, e, dunque, della procedura per la sua individuazione; un procedimento che, all'esito di una valutazione tra il maggior numero possibile di soggetti, deve portare ad un operatore adeguatamente strutturato e all'altezza dell'incarico, per requisiti di qualificazione tecnica e di condotta morale.

Questo è il quadro fattuale ma anche delle criticità: le considerazioni che seguono tenteranno di illustrare l'uno senza omettere le altre, tenendo conto che un corretto utilizzo dell'istituto parte dalle considerazioni da ultimo effettuate; peraltro ogni istituto sorge per rispondere a determinate e concrete esigenze cosicché esso è di per sé positivo anche se problematico; ed il Contraente generale diventa un'opportunità – e dunque lo può ancora essere – se correttamente utilizzato, e cioè se ad esso si ricorre sempre e solo per i fini per cui è stato ideato.

---

«correttivo» e come tale nelle note che seguono denominato) approvato in Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2017, e pubblicato in *G.U.* 5 maggio 2017, n. 103.

## 2. CENNI SULL'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA

1. Di introduzione relativamente recente nell'ordinamento giuridico italiano, l'istituto del *general contractor* nasce e si sviluppa nel mondo anglosassone in relazione alla realizzazione di opere di notevoli dimensioni (ad esempio nel settore delle grandi opere per l'energia elettrica ovvero delle reti di trasporto), ove appunto forte è l'esigenza di competenze che non siano solamente quelle tipiche dell'appaltatore «tradizionale» orientate all'*opus*, ma che spazino in ambiti differenti, quali ad esempio, quello commerciale o finanziario. Un'esigenza cui risponde proprio la figura del contraente generale, il quale agisce come «esecutore globale» che concentra in un'unica struttura un ampio ventaglio di competenze interdisciplinari così da avere un'elevata affidabilità sotto ogni profilo, tale da garantire al committente certezza di tempi e di «buona costruzione».

Sebbene detta figura avesse già trovato un parziale riconoscimento in ambito comunitario con la direttiva 89/440/CE e 93/37/CE<sup>4</sup>, nell'ordinamento italiano ha fatto il suo ingresso in tempi successivi, con la legge 21 dicembre 2001, n. 443<sup>5</sup> che ha delegato il Governo ad emanare «uno o più decreti legislativi volti a definire un quadro normativo finalizzato alla celere realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti» ivi individuati<sup>6</sup>.

Un programma di vasta portata – quello della legge del 2001 – che mirava a fornire strumenti per far perseguire al Paese un elevato livello di competitività, rilanciando l'economia attraverso l'incentivazione dello sviluppo infrastrutturale e così favorendo la convergenza d'intenti con l'Unione Europea<sup>7</sup>. A tale scopo, il legislatore ha ritenuto di introdurre una disciplina derogatoria del quadro normativo generale dei lavori pubblici (allora vigente, come delineato dalla legge n. 104/1994; c.d. legge Merloni), creando una sorta di «legislazione parallela», che appunto potesse favorire una «celere realizzazione» delle infrastrutture. In particolare, il legislatore ha inciso su due aspetti

<sup>4</sup>La menzionata normativa comunitaria (illustrata compiutamente anche dall'Ufficio Studi della Camera dei Deputati – XIV Legislatura – con l'interessante lavoro su *La legge obiettivo – La disciplina del contraente generale*) individuava tre diverse tipologie di appalto pubblico di lavori, aventi ad oggetto: 1) l'esecuzione di lavori; 2) l'esecuzione e progettazione di lavori congiuntamente tra loro; 3) l'esecuzione con qualsiasi mezzo di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice; cosicché sembrava recepire «la sostanza economica del fenomeno» del *general contractor* (così M. CERRITELLI-M. ANDREANO, *Project financing nel settore delle infrastrutture, evoluzioni normative ed orientamenti interpretativi*, in *Riv. amm.*, 3-4/2003, p. 198).

<sup>5</sup>La c.d. «legge obiettivo», recante «*Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio della attività produttive*». Sull'argomento basti il rinvio a: A. DE LUCA PICIONE, *La figura del general contractor nella «legge obiettivo» – Alcuni spunti di riflessione*, in *Riv. amm. app.*, 2005, p. 103.

<sup>6</sup>In precedenza, l'istituto del *general contractor* aveva trovato applicazione nell'ambito del programma *Alta Velocità* (compreso nel Piano generale dei trasporti del 1991), nel quale era prevista la costituzione (poi in effetti avvenuta) di una società a maggioranza privata (Treno Alta Velocità s.p.a. – TAV), concessionaria delle Ferrovie dello Stato, che avrebbe realizzato (come in effetti ha fatto) alcune tratte ferroviarie appunto tramite contraenti generali.

<sup>7</sup>G. DE VIVO, *L'evoluzione normativa dei lavori pubblici dopo la «legge obiettivo»: il punto sul general contractor; la riforma della «legge Merloni»; le procedure di «via» e le «direttive europee»*, in *Trasporti*, 96/2005, p. 7.



chiave per l'esecuzione delle opere in questione: da un lato ha snellito e razionalizzato le procedure di realizzazione; dall'altro ha valorizzato l'utilizzo di istituti al tempo ancora nuovi o poco utilizzati, che potessero assicurare copertura (o comunque un'anticipazione) finanziaria degli interventi, a fronte della cronica insufficienza dei fondi pubblici<sup>8</sup>. È su tali premesse che l'istituto è stato poi codificato all'art. 176 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ed ha trovato quindi piena dignità nel nostro ordinamento, essendo stato elevato a strumento giuridico di sistema per una certa tipologia di opere ed in particolare per quelle quivi definite «strategiche».

2. Nel Codice che qui si commenta<sup>9</sup>, l'istituto è stato nuovamente previsto e si trova disciplinato, come innanzi detto, nella sua parte IV, al Titolo III; è stato strutturato similmente a quello del 2006 sotto il profilo delle caratteristiche sostanziali, ma risulta ben da esso diverso, con riguardo alle caratteristiche applicative, potremmo dire dinamiche, cioè di concreta sua applicazione. Il contraente generale, per un verso si atteggia quale unico soggetto in cui si concentra sia il potere di organizzare l'intero *iter* di realizzazione dell'infrastruttura (dalla fase della progettazione esecutiva a quella dell'esecuzione, con i correlati controlli sui soggetti coinvolti in tale fase), sia la relativa responsabilità verso il committente, anche sotto il profilo del risultato; ciò implicando un'auspicata ottimizzazione del fattore tempo, qualità dell'intervento realizzativo, e trasparenza dell'azione. Per altro verso (il contraente generale) procura a titolo di anticipazione i mezzi finanziari per dare corso ai lavori, così sollevando l'ente aggiudicatore dalla necessità immediata di provvedere al pagamento dell'intervento.

Da qui la necessaria (e già evidenziata) elevata qualificazione del contraente generale, cui il legislatore del 2016 (del 2017 e del 2019) dedica molta attenzione, e che dovrebbe ridisegnare il mercato nel senso che ad esso possano accedere operatori solo se in possesso di detta qualificazione; una qualificazione (che secondo l'art. 197, novellato dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito in legge con legge 14 giugno 2019, n. 55) è rapportata all'importo lordo degli affidamenti per i quali ciascun contraente può concorrere e che nella sostanza palesa una capacità organizzativa e tecnico-realizzativa, nonché una strutturazione finanziaria idonea per l'assunzione dell'onere relativo all'anticipazione temporale del finanziamento per la realizzazione dell'opera. Un «pacchetto» completo, dunque, quello che viene aggiudicato al contraente generale; pianificazione di opere, attività espropriative, impegni finanziari e garanzie, individuazione e nomina di soggetti attuatori, monitoraggio dei lavori anche in accordo con le competenti autorità, delineano una figura di grande rilievo, anche strategico (correlato cioè alle opere attribuitegli), con diritti ed obblighi connessi alla sua natura, anche di (a sua volta) stazione appaltante<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Si consideri ad esempio l'istituto della finanza di progetto, in ordine al quale si rinvia al contributo di B. RAGANELLI, Parte VII, in questo *Commentario*.

<sup>9</sup> In attuazione della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11.

<sup>10</sup> Come tale è ad esempio destinatario degli obblighi di cui alla legge n. 241/1990 e s.m.i. Grava sul contraente generale infatti, l'obbligo di consentire l'accesso a chi ne ha diritto, quale ad esempio un appaltatore di un Consorzio che esegue (parte del)l'opera affidata ad un contraente generale (cfr. TAR Lombardia, Sez. II, 26 settembre 2016, n. 1230; al riguardo anche TAR Calabria, Sez. I, 19 febbraio 2016, n. 350); accesso naturalmente limitato agli atti di proprio interesse e non (per un terzo affidatario) a quelli afferenti il rapporto tra *general contractor* e ente aggiudicatore (Cons. Stato, Sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5625).

Si delinea così accanto al «soggetto» *general contractor*, un istituto peculiare la cui natura è stata dibattuta<sup>11</sup>, che ha fatto sorgere il soggetto stesso che lo utilizza e che con esso coincide; con ciò essendo proprio questa la prima peculiarità dell'istituto in esame. Quest'ultimo peraltro si distingue per un verso dalla concessione di costruzione e gestione in quanto implica l'esecuzione dell'opera ma non include la gestione della stessa, né quindi pone in capo all'esecutore il relativo rischio<sup>12</sup>; e, per altro verso, dall'appalto, con il quale ha tuttavia taluni punti di contatto (ad esempio, la menzionata esclusione dalla gestione dell'infrastruttura realizzata) tanto che nella relativa nozione può latamente essere ricompreso, seppure molte sono le sue specificità<sup>13</sup>. In effetti al *general contractor* sono demandati una serie di compiti diversificati e ben più ampi rispetto a quelli attribuiti all'appaltatore «tradizionale», posto che si occupa – come già accennato – di un insieme di attività «ulteriori» rispetto all'*opus* principale, che vanno dalla progettazione, all'acquisizione di permessi, e più in generale al coordinamento di tutti i soggetti che partecipano ai lavori e materialmente li svolgono. Cosicché, il contenuto dell'obbligazione del contraente generale è costituito da un «*facere*» che per lo più consiste nel «far fare» a terzi, nei modi che si illustreranno nei paragrafi seguenti.

3. Come si diceva, il ricorso all'istituto non sempre è stato correttamente effettuato; in passato è in alcuni casi stato ritenuto più «semplice» utilizzare il *general contractor* anche ove non era necessario, delegando ad esso funzioni che invece ben avrebbe potuto svolgere l'ente aggiudicatore. Così le opportunità che l'istituto offriva, sono state sovente vanificate, con un impatto negativo (anche di immagine) sull'istituto stesso<sup>14</sup>:

<sup>11</sup> Sul dibattito attorno alla natura giuridica dell'affidamento a contraente generale, si rinvia alla nota 1 nonché a R. DAMONTE-D. GALLI, *Il general contractor*, Milano, 2005, p. 69 ss. La qualificazione contrattuale è stata variamente delineata a seguito di diversi pur autorevoli interventi; ci si riferisce alla Cassazione (sentenza 7 marzo 2005, n. 4896, che lo ha qualificato come contratto misto d'appalto e committenza, ovvero innominato di servizi e prestazioni), all'ANAC (parere 20 marzo 2008, AG6-08; che lo ha ritenuto una concessione di committenza), all'Agenzia delle Entrate (risoluzione 5 luglio 2007, n. 155/E; che lo ha assimilato ad un contratto di appalto pubblico).

<sup>12</sup> La concessione di costruzione e gestione, è peraltro, altro istituto utilizzabile per la realizzazione delle infrastrutture prioritarie, ai sensi dell'art. 200.2, lett. a).

<sup>13</sup> Sul punto si rinvia a Trib. Roma, Sez. II, n. 2948/2016, «in materia di affidamento unitario delle infrastrutture strategiche», commentata da D. DI COSTANZO, in *federalismi.it*, del 20 aprile 2016.

<sup>14</sup> È anche questa la ragione per cui il c.d. «correttivo» ha fissato (all'art. 115, a modifica dell'art. 195, comma 1 del Codice) un limite oggettivo all'utilizzo dell'istituto, correlato al valore delle opere realizzande, che deve essere minimo di 100 milioni di euro (sul punto si rinvia anche alla nota 59). L'auspicio è quello della stabilità di questa come di altre modifiche normative al Codice, in tal guisa recentemente introdotte, che è fondamentale all'interprete ad all'operatore per poter serenamente agire; i troppi cambiamenti di quadro (4 rilevanti in tre anni) non aiutano certo la crescita, gli operatori e gli interpreti. Non si possono però non riportare le perplessità manifestate dal Consiglio di Stato – Commissione speciale degli atti normativi – nel proprio parere del 22-30 marzo 2017, n. 782, sul ruolo dei decreti integrativi e correttivi «una figura non prevista dall'art. 76 Cost., ma ormai stabile nella più recente prassi costituzionale» e sulle modalità del relativo loro utilizzo; afferma il Consiglio di Stato (e questo sembra presagire la mutevolezza del quadro normativo che si è concretata nel biennio successivo) che «non può che confermarsi il consolidato orientamento (ribadito, da ultimo, nel parere Comm. speciale, 14 marzo 2017, n. 638), secondo cui il mancato recepimento di una parte della delega entro il termine di scadenza consuma definitivamente il relativo potere, e tale mancato esercizio non può essere recuperato in sede di adozione di decreti correttivi. Tramite questi ultimi sono consentite, appunto, «integrazioni e correzioni» (anche rilevanti), a seguito di un periodo di «sperimentazione applicativa», riguardanti le parti di delega già esercitate, ma non un esercizio tardivo, per la prima volta, della delega. Inoltre, lo strumento del correttivo non può nemmeno costituire una sorta di «nuova riforma», pur rispettosa della delega originaria, che modifichi le scelte di fondo operate in sede di primo esercizio della

ma si badi non per un cattivo funzionamento dello strumento giuridico in sé, bensì per un suo erroneo utilizzo.

Invero – in vigenza del precedente Codice dei contratti – la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire profili applicativi dell'istituto importanti, che poi sono stati considerati da parte del legislatore delegato del 2016 (su cui si fonda il Codice attuale). Con riguardo, ad esempio, all'effettiva sussistenza delle condizioni quantitative necessarie per l'affidamento a *general contractor* rileva l'accorpamento forzoso delle opere, poiché suscettibile di restringere indebitamente la platea dei partecipanti alle procedure di gara, a scapito della concorrenza<sup>15</sup> fra gli operatori del settore; è stato detto al riguardo<sup>16</sup> che il carattere strategico degli interventi da realizzare non dimostra che l'unitarietà della loro ideazione e del loro finanziamento sia un dato logico-argomentativo dirimente, tale, cioè, da giustificare comunque e da solo l'accorpamento; non basta cioè predicare l'unitarietà strategica degli interventi per dimostrare la necessità di trattarli tutti in un unico appalto. La stazione appaltante deve piuttosto dimostrare e giustificare il ricorso alla scelta del *general contractor*; ed ecco oggi, nel Codice del 2016/2019, il comma 1 dell'art. 195, cosicché l'accorpamento delle opere in capo ad un singolo soggetto di riferimento può essere preferita anche dinanzi ad una eterogeneità dei lavori appaltandi, pur se da realizzare in contesti geografici, urbanistici ed architettonici variegati ed irriducibili, con un costo superabile per i benefici dell'unica procedura.

Dunque – lo si ribadisce – un richiamo ad un utilizzo dell'istituto coerente con i suoi stessi presupposti, che solo può garantire il corretto funzionamento del mercato di riferimento; un mercato che non ha (o non dovrebbe avere) necessità di invaderne altri (con la conseguenza che il contraente generale non può e non deve essere utilizzato per opere ordinarie) ma che ha invece necessità di applicare ad esso stesso i principi della concorrenza.

4. Un ultimo accenno alla applicabilità immediata nella sua interezza della disciplina che il Codice pone con riferimento all'istituto che ci occupa. Tra i provvedimenti attuativi del Codice, sull'operatività del contraente generale, rilevavano due provvedimenti dell'ANAC, e cioè le classifiche di qualificazione (di cui al comma 3 dell'art. 197) e i requisiti di capacità economica, tecnica ed organizzativa (di cui alle Linee guida ANAC originariamente previste dal comma 4 dell'art. 197), entrambi oggi abrogati dall'art. 1, comma 20, lett. *ee*) della legge n. 55/2019. L'individuazione dei requisiti per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione da parte dei contraenti generali, è oggi demandata dall'art. 197, comma 4 (come sostituito prima dall'art. 1, comma 1, lett. *ff*) del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, e poi dal succitato comma 20, lett. *ee*) dell'art. 1 della legge n. 55/2019) al sistema di qualificazione disciplinato dal regolamento unico di esecuzione, attuazione ed integrazione, previsto dall'art. 216, comma 27 *octies*, ed affidato alla redazione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; per la piena operatività dell'istituto, si dovrà attendere l'emanazione di detto regolamento unico, da adottarsi entro 180 giorni dall'entrata in vigore del citato art. 1, comma 20, lett. *gg*)

---

*delega, attuando un'opzione di intervento radicalmente diversa da quella del decreto legislativo oggetto di correzione».*

<sup>15</sup> In tema preme rammentare il pregevole apporto di M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1/2016, p. 71.

<sup>16</sup> Cfr. TAR Lazio, Sez. III *ter*, 11 marzo 2004, n. 2375.

della legge n. 55/2019 e cioè dal 14 giugno 2019. Nelle more dell'adozione di tale nuovo regolamento resta comunque salva l'operatività dei decreti attuativi e delle Linee guida già emanati, che, ove non incompatibili con la nuova normativa, restano efficaci sino alla data di entrata in vigore del detto regolamento. In altre parole a tale data (secondo il chiaro disposto dell'art. 27 *octies*, ult. comma) «cessano di avere efficacia le linee guida di cui all'articolo 213, comma 2, vertenti sulle materie indicate al precedente periodo nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento».

Va peraltro detto che probabilmente l'istituto in parola avrebbe potuto operare da tempo, già in vigenza della precedente disciplina (quella dell'art. 196, comma 4, abrogato dal d.l. n. 32/2019 e dall'art. 1, comma 20, lett. *dd*) della legge n. 55/2019), e dunque anche in assenza del decreto ministeriale attuativo, originariamente previsto relativo «ai criteri, specifici requisiti di moralità, competenza e di professionalità, le modalità»<sup>17</sup> di iscrizione all'Albo nazionale dei collaudatori e direttori lavori (che sarebbe stato a sua volta istituito presso detto Ministero, secondo il comma 3 del medesimo art. 196, oggi abrogato dallo stesso succitato art. 1, comma 20, lett. *dd*), della legge n. 55/2019). Non è stato invece modificato dalla normativa del 2019 l'art. 216, comma 21 del Codice stesso, che stabiliva e stabilisce che il ruolo di decreto legge e di collaudatore, può essere svolto, nelle more dell'emissione del regolamento, da coloro che siano in possesso dei requisiti di cui all'art. 216 del d.P.R. 5 ottobre 2001, n. 207 (ferma restando l'incompatibilità tra tale ruolo e quello del RUP<sup>18</sup>).

### 3. COMPITI DEL CONTRAENTE GENERALE E DEL SOGGETTO AGGIUDICATORE

1. L'art. 194, recepisce – con i necessari adattamenti – quello che era l'art. 176 del Codice dei contratti pubblici del 2006, a sua volta fondato sull'art. 9, d.lgs. n. 190/2002 e le successive novelle<sup>19</sup>. Più esattamente da un lato ribadisce il carattere peculiare della

<sup>17</sup> Nel c.d. «correttivo», l'art. 116 aveva modificato l'originario testo dell'art. 196, comma 4 (appunto oggi abrogato), che parlava solo delle «modalità». La modificazione era stata ritenuta opportuna dal Consiglio di Stato nel parere n. 782/17, e poi tenuto in considerazione in sede di approvazione del testo definitivo in Consiglio dei Ministri, nel senso di una sua letterale aderenza al criterio della delega di cui alla lett. *mm*) dell'art. 1, legge n. 11/2016.

<sup>18</sup> Giova segnalare che le Linee guida ANAC erano state approvate dal Consiglio dell'Autorità il 26 ottobre 2016, con deliberazione n. 1096, e, pur afferendo la «nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni» in applicazione dell'art. 213, comma 2 del Codice, specificamente (al par. 1) riservano a «disposizioni particolari» emanande, la disciplina del detto ruolo nel caso di «appalti di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale». Più recentemente, in esecuzione del d.lgs. n. 56/2017, l'ANAC ha predisposto un testo correttivo delle dette Linee guida, approvato con suggerimenti dall'Adunanza della Commissione speciale del 14 settembre 2017 (affare 1501, parere n. 2040) e quindi pubblicato nel suo testo definitivo con deliberazione del Consiglio 11 ottobre 2017, n. 1007 che ha altresì precisato che «le previsioni già recate dalle Linee Guida del 26 ottobre 2016 su tali ulteriori ambiti disciplinari perdono la loro valenza non vincolante (ai sensi dell'art. 213, co. 2 del "Codice") e vengono ascritte a pieno titolo – a decorrere dall'entrata in vigore dell'aggiornamento in esame – all'ambito delle Linee Guida di contenuto vincolante».

<sup>19</sup> In virtù della delega contenuta nella legge obiettivo del 2002, era stato adottato il d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, recante per l'appunto «Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione

figura in esame, cui può essere affidata la realizzazione di progettazione e di esecuzione delle opere progettate<sup>20</sup>, e dall'altro afferma che gli specifici connotati del contraente generale sono la qualificazione (che sostituisce «l'adeguata esperienza», prevista nel testo del 2006, dimostratasi concetto vago e strumentalizzabile) e la capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria finalizzata alla realizzazione di un'opera di considerevole importo «con qualsiasi mezzo» (comma 1).

L'art. 194 disciplina l'istituto *de quo* in modo dettagliato, distinguendo in primo luogo i compiti spettanti al contraente generale e le funzioni invece riservate al soggetto aggiudicatore.

Con riguardo al primo profilo, la normativa (comma 2) contempla una serie di obblighi che il *general contractor* è tenuto a rispettare e che – si badi – non afferiscono esclusivamente ad attività strettamente connesse alla costruzione materiale dell'opera; anzi, si può dire che dette attività rivestano un ruolo secondario rispetto alle funzioni – invero prevalenti – di tipo preparatorio ed organizzativo. Ciò a conferma di quanto innanzi accennato, e cioè che il *general contractor*, quale struttura esperta di *project management*, si caratterizza preminentemente per essere in grado di far assurgere ad unità le capacità tecniche di progettazione, organizzazione, coordinamento e finanziamento necessarie per la realizzazione dell'opera propria dei soggetti che a detta realizzazione concorrono.

Non ci si vuole dilungare sull'art. 194, il cui tenore letterale è ben chiaro, cosicché allo stesso si rinvia. Va tuttavia evidenziato che il contraente generale<sup>21</sup> (adempiendo –

---

*delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale*», successivamente integrato dal d.lgs. n. 9/2005 («Integrazioni al decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, per l'istituzione del sistema di qualificazione dei contraenti generali delle opere strategiche e di preminente interesse nazionale, a norma della legge 21 dicembre 2001, n. 443») e dal d.lgs. n. 189/2005 («Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, in materia di redazione ed approvazione dei progetti e delle varianti, nonché di risoluzione delle interferenze per le opere strategiche e di preminente interesse nazionale»).

<sup>20</sup> In deroga al principio generale di cui all'art. 59 che vieta l'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, tranne che appunto per il contraente generale.

<sup>21</sup> Cfr. art. 194, comma 2, lett. a) secondo cui il contraente generale è tenuto ad occuparsi della «predispensione del progetto esecutivo e delle attività tecnico amministrative occorrenti al soggetto aggiudicatore per addivenire all'approvazione dello stesso»; con ciò intervenendo sull'opera nel suo complesso, seppur diversamente rispetto a quanto non fosse per lo stesso possibile secondo il legislatore del 2006, ove il *general contractor* doveva sviluppare il «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». In effetti in precedenza le attività amministrative volte ad ottenere l'approvazione del progetto da parte del CIPE, erano svolte dal soggetto aggiudicatore, pur potendo esserlo anche dallo stesso contraente; e ciò per le previsioni di cui agli artt. 166-168 del Codice del 2006. Era quindi previsto che il procedimento volto all'approvazione del progetto, poteva concludersi precedentemente alla gara per l'aggiudicazione (cosicché a base di gara era posto il progetto definitivo già approvato) oppure successivamente a detta aggiudicazione (che dunque avveniva sulla base del progetto preliminare). Nella prima ipotesi si sarebbe applicato l'art. 176, comma 3, lett. a), secondo cui spettavano al soggetto aggiudicatore le «attività necessarie all'approvazione del progetto definitivo da parte del Cipe, ove detto progetto non sia stato posto a base di gara». Nella seconda ipotesi, le attività amministrative necessarie per l'approvazione del progetto definitivo potevano essere svolte anche dal contraente generale, come appunto chiarito al comma 2, lett. a) dell'art. 176. Tali ipotesi non sono più contemplate nel Codice attuale, proprio per l'avvenuta eliminazione dell'opzione redazionale del progetto preliminare e di quello definitivo; una scelta opportuna, quella del legislatore, frutto di esperienza e di semplificazione, poiché molte sono state in passato anche recenti le sentenze che hanno dovuto affrontare problematiche sulle modificazioni del progetto definitivo rispetto a quello preliminare (tra le molte si ricorda Cons. Stato, Sez. IV, 22 febbraio 2016, n. 719).

come detto – a compiti di tipo preparatorio rispetto all'opera realizzanda) fornisce il proprio apporto in sede di *progettazione* (a differenza – si ripete – che nell'appalto ove l'appaltatore provvede alla sola fase di realizzazione dell'opera), ed in particolare per la predisposizione del progetto esecutivo (e non già – o non più – di quello definitivo posto a base della gara e redatto a cura del soggetto aggiudicatore)<sup>22</sup> la cui approvazione è propria del soggetto aggiudicatore<sup>23</sup>. Il contraente generale integra, sviluppa e attua l'attività già posta in essere (ancorché parzialmente) dal soggetto aggiudicatore, cui spettano peraltro ampi poteri approvativi, di alta sorveglianza, di valutazione e di nomina<sup>24</sup>.

2. Al pari del concessionario, anche al *general contractor* sono attribuiti (comma 2, lett. b)) *poteri espropriativi*<sup>25</sup> onde procurare le aree necessarie alla costruzione dell'opera<sup>26</sup>, con l'obbligo a carico del medesimo contraente di informare il committente – ai sensi della successiva lett. f) – circa il piano delle espropriazioni (oltretutto quello degli affidamenti e delle forniture), onde prevenire le infiltrazioni della criminalità<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Come innanzi detto stando al Codice del 2006, spettava al contraente generale la redazione del progetto definitivo; ma tale era una mera eventualità, che si verificava solo qualora il progetto definitivo non fosse stato posto a base di gara, e non fosse stato previamente e compiutamente redatto dalla stazione appaltante (infatti – ex art. 177, comma 2 del «vecchio» Codice – a base di gara poteva essere posto sia il progetto preliminare sia quello definitivo). Il principio dell'esclusione dell'affidamento a *general contractor* sulla base del progetto preliminare – ora inserito nel Codice – era stato previsto nella legge delega n. 11/2016, all'art. 1, comma 3, lett. oo).

<sup>23</sup> Secondo la lett. a) del comma 3 dell'art. 194.

<sup>24</sup> Il comma 2 indica – dalla lett. a) alla f) – i compiti del soggetto aggiudicatore; il comma 3 – dalla lett. a) alla d) – chiarisce i compiti del soggetto aggiudicatore; tra essi non solo l'approvazione del progetto esecutivo e delle varianti (lett. a)), ma anche la nomina del d.l. (che quindi il contraente generale non può più nominare dopo che la stessa legge delega n. 11/2016, lo aveva escluso, all'art. 1, comma 3, lett. ll) e dei collaudatori (lett. b)), nonché il collaudo delle opere.

<sup>25</sup> La lett. b) prevede anche che al contraente generale sia attribuito il compito dell'«*acquisizione delle aree di sedime; la delega di cui all'art. 6, comma 8, d.P.R. n. 327/2001, in assenza di un concessionario, può essere accordata al contraente generale*». A sua volta l'art. 6, comma 8, d.P.R. n. 327/2001 stabilisce che se l'opera pubblica o di pubblica utilità va realizzata da un concessionario, l'amministrazione concedente può delegargli, in tutto o in parte, i propri poteri espropriativi, determinando chiaramente l'ambito della delega nella concessione, i cui estremi vanno specificati in ogni atto del procedimento espropriativo. Ciò comporta l'applicazione – in capo al contraente generale e, per esso, al relativo soggetto attuatore, per la funzione che svolge – dei principi in tema di espropriazione e di azioni giudiziarie che ad esso si rivolgono, con il noto tema di riparto tra a.g.o. e g.a. E, si è detto (Cass., Sez. Un., ordinanza 19 aprile 2007, n. 9325, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1534), che «*sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla domanda di reintegra nel possesso proposta dal proprietario di un fondo occupato in base ad accordo di occupazione provvisoria, strumentale alla realizzazione di opera pubblica su altre aree, da impresa a cui era stato affidato un lotto di detta opera dal contraente generale aggiudicatario dei lavori, ove il soggetto privato occupante risulti del tutto sfornito di poteri, ancorché delegati, alla conduzione della procedura espropriativa*»; sul punto del riparto in tema espropriativo, si segnala l'art. 133, lett. f) e g) del c.p.a.

<sup>26</sup> Naturalmente nell'attività propedeutica all'espropriazione, va prevista «*la doverosa e non dequotabile fase partecipativa dei privati interessati alle attività espropriative*», che deve precedere la dichiarazione definitiva di pubblica utilità dell'opera (TAR Campania, Napoli, Sez. V, 6 dicembre 2016, n. 5635). Ancora sui poteri espropriativi, sui limiti di delega e sui provvedimenti di occupazione d'urgenza, si vedano: TAR Marche, Ancona, Sez. I, 17 ottobre 2016, n. 564; TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 26 gennaio 2016, n. 212; App. Milano, 4 febbraio 2015.

<sup>27</sup> Al riguardo si rinvia a M. BASILE, *Il general contractor di fronte alle informazioni antimafia sulle imprese esecutrici*, in *Nuova giur. civ.*, 1/2012, p. 2050.



3. L'aspetto peculiare che connota l'istituto in esame, permeandolo di flessibilità è (ai sensi della lett. c)) quello dell'«*esecuzione con qualsiasi mezzo dei lavori*»; il che implica un'obbligazione di risultato (non di mezzi), cui il contraente generale adempie (correttamente e tempestivamente) secondo le modalità da questi ritenute più opportune alla luce della propria competenza multidisciplinare. Un risultato di cui risponde unitariamente ed in via esclusiva nei confronti dell'ente aggiudicatore. A differenza di quanto fosse in precedenza, il legislatore non ha ritenuto di attribuire più al *general contractor* la direzione dei lavori<sup>28</sup>; la nomina della direzione lavori – come innanzi detto – è stata posta in capo al soggetto aggiudicatore in linea con lo schema tradizionale di appalto, ove – come pure nella specie – la stazione appaltante conserva altresì «*l'alta sorveglianza sulla realizzazione delle opere*» e quindi il «*collaudo delle stesse*»<sup>29</sup>.

4. Altra funzione peculiare e di particolare importanza alla luce della frequente indisponibilità o comunque insufficienza di risorse pubbliche da destinare alle infrastrutture, è quella che pone in capo al *general contractor* «*il prefinanziamento in tutto o in parte dell'opera da realizzare*» (lett. d)), esonerando il soggetto aggiudicatore dal sostenere un immediato esborso finanziario. A differenza dell'appalto «tradizionale», caratterizzato da pagamenti a stati di avanzamento (che comunque qui pure possono esserci; cfr. comma 9), l'affidamento a contraente generale prevede il pagamento del corrispettivo (in tutto o in parte) al momento dell'ultimazione dei lavori (cfr. comma 1). Il sistema è completato dalla previsione dell'art. 195.4, lett. b)<sup>30</sup>, secondo cui l'ammontare dell'anticipazione di cui il contraente si farebbe carico, assurge ad elemento che (tra altri di cui all'art. 195.4 medesimo) rileva in sede di aggiudicazione, concorrendo ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa; in altre parole una eventuale maggiore entità – rispetto a quella prevista dal bando – del prefinanziamento che un candidato fosse in grado di offrire, consentirebbe a quest'ultimo di acquisire una valutazione migliore della propria offerta. La questione del «prefinanziamento» a carico del *general contractor* ha suscitato un certo dibattito in dottrina, al fine di stabilire se esso sia in effetti un vantaggio per la pubblica amministrazione. Va infatti evidenziato che il sistema appena descritto, se da un lato esonera il committente da un esborso immediato per la realizzazione dell'opera, dall'altro implica per lo stesso un aggravio di costi nel lungo termine posto che il soggetto aggiudicatore si troverà a dover corrispondere (ancorché in modo differito nel tempo) gli interessi sulle somme anticipate appunto dal contraente medesimo<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Cogliendo forse i rischi connessi al venir meno della posizione di alterità del direttore dei lavori rispetto all'esecutore degli stessi, evidenziati sin da A. CIANFLONE-G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, p. 1439; sul punto si veda *supra*, nota 24.

<sup>29</sup> Questo ai sensi dell'art. 194, comma 3, lett. b) e c), letto, quest'ultimo, in combinato con l'art. 196 (cui si rinvia), per cui il soggetto aggiudicatore procede al collaudo delle infrastrutture (comma 2) ovvero degli appalti pubblici di lavori (comma 3) con le modalità e nei termini specificati dall'art. 102 (comma 1), eventualmente servendosi delle Commissioni di collaudo come disciplinate dai provvedimenti di cui al comma 4.

<sup>30</sup> Già lett. c) nel testo del 2016, ed ora, appunto, lett. b). La modifica è avvenuta per opera dell'art. 115.1, lett. b) del c.d. «correttivo», a seguito delle indicazioni del Consiglio di Stato che avevano evidenziato la necessità dell'espunzione dall'art. 195 delle lett. a) «*tempo di esecuzione*», e b) «*costo di utilizzazione e manutenzione*», poiché meramente ripetitive dell'art. 95.

<sup>31</sup> Sull'anticipazione finanziaria, cfr. G. FIDONE, *Il contraente generale*, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, p. 228. Certo è che la pubblica amministrazione in tal modo ha una garanzia di solvibilità che è peraltro con-

D'altra parte però se pure il ricorso al finanziamento privato comporta detto maggior onere finanziario complessivo per il soggetto aggiudicatore, esso è bilanciato nel senso della riduzione di tempi e di costi per la realizzazione dell'opera, derivante sia dalla peculiare competenza, qualificazione ed affidabilità del contraente generale, sia dalla necessità dello stesso di rispettare il cronoprogramma e completare l'opera, con ciò finalmente potendo iniziare a rientrare dell'anticipazione effettuata. Dunque le perplessità sul sistema vengono meno se si valuta l'interesse pubblico volto alla realizzazione dell'opera nonché al dilazionamento del relativo onere finanziario. Ecco nuovamente la ragione per cui ben ponderata deve essere l'opzione «*general contractor*» da parte di un soggetto aggiudicatore. Come innanzi precisato, l'azione del contraente generale è limitata alla sola realizzazione dell'infrastruttura, con esclusione della successiva conduzione. Invero, all'attribuzione del compito eventuale di selezionare i gestori<sup>32</sup> non si prevedono criteri che devono presiedere alla scelta, lasciando quindi al contraente generale margini discrezionali di manovra, naturalmente limitati dalla legge e dalle indicazioni che il soggetto aggiudicatore dovesse fornirgli in sede di attribuzione di detto compito.

5. Come già accennato al fine di controbilanciare gli ampi margini di autonomia riconosciuti al contraente generale, l'art. 194 (comma 3) riserva al soggetto aggiudicatore funzioni di nomina<sup>33</sup>, di approvazione<sup>34</sup>, oltreché di vigilanza<sup>35</sup> e di sorveglianza<sup>36</sup>.

---

naturata all'importante funzione svolta dal *general contractor*. Così i disciplinari di gara prescrivono contenuti e forme della fideiussione bancaria o assicurativa, e comminano – secondo i principi generali – espressamente l'esclusione in caso di presentazione di un documento incompleto o difforme rispetto a quanto richiesto (con riferimento alla preesistente ma analoga normativa, si rinvia tra le molte a Cons. Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2006, n. 8265, riportata anche in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 208, con nota di A. REGGIO D'ACI); principio oggi temperato dal soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9 (contenuto nella Parte II, Titolo III, del Codice) che si applica al contraente generale in virtù del rinvio operato dall'art. 179, comma 2 nella parte in cui rinvia all'art. 164, comma 2.

<sup>32</sup>Cfr. art. 194, comma 2, lett. e) secondo cui «*ove richiesto*» al contraente generale spetta «*l'individuazione delle modalità gestionali dell'opera e di selezione dei soggetti gestori*». Al riguardo, seppure la questione ha giuridicamente rilevato per un profilo in rito, si segnala una pronuncia del TAR Lazio, Sez. II bis, 6 aprile 2017, n. 4295 (punti 2 e 6 in diritto).

<sup>33</sup>Si è detto *supra* (cfr. note 25 e 29) della previsione di cui alla lett. b), comma 3 dell'art. 194.

<sup>34</sup>Si pensi, ad esempio, alle varianti, per le quali, tra l'altro, l'art. 195 comma 5, detta una disciplina peculiare, che si illustrerà nel prosieguo.

<sup>35</sup>Invero le funzioni di vigilanza sono facilitate dall'obbligo che grava sul contraente generale – cfr. comma 2, lett. f) già citato innanzi nel testo – di indicare «*al soggetto aggiudicatore il 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*» cui corrisponde il potere del soggetto aggiudicatore – previsto dal comma 3, lett. d) dell'art. 194 – relativo 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 la realizzano*». Prosegue poi la norma prevedendo la possibilità di stipulare accordi di legalità con clausole che impegnino l'aggiudicatario ed al cui mancato rispetto è correlata la mancata partecipazione a successive procedure ristrette della stessa stazione appaltante. Le misure di monitoraggio sono invero pregnanti, estendendosi al controllo dei flussi finanziari connessi alla realizzazione dell'opera; i relativi oneri sono ricompresi tra quelli di cui al comma 20 del medesimo art. 194, rientrando quindi nelle voci di cui all'aliquota forfettaria non soggetta a ribasso da indicarsi nel bando di gara da parte del soggetto aggiudicatore. Più latamente poi il monitoraggio dei lavori è previsto mediante un comitato permanente costituito dai rappresentanti dell'amministrazione e del contraente generale (art. 194, comma 3, lett. c).

<sup>36</sup>In aggiunta a quanto indicato dal comma 3, riconducibile alle funzioni di sorveglianza spettanti al



Tra i poteri di vigilanza sull'operato del *general contractor*, non va dimenticato né quello generale dell'ANAC<sup>37</sup> né quello previsto dall'art. 32 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90<sup>38</sup> che ha introdotto alcune misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione<sup>39</sup>, e che, al comma 1, lett. b) prevede che ove «*l'autorità giudiziaria proceda*» per gravi delitti contro la pubblica amministrazione ovvero «*in presenza di ... situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ... ad un contraente generale, il Presidente dell'ANAC ne informa il procuratore della Repubblica e ... propone al Prefetto competente ... di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione*» dell'opera; a sua volta il Prefetto, previo accertamento dei presupposti indicati al comma 1 e valutata la particolare gravità dei fatti oggetto dell'indagine, provvede con decreto alla nomina di uno o più amministratori, stabilendo la durata della misura in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera pubblica. Secondo il terzo comma della disposizione, poi, per la durata della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, sono attribuiti agli amministratori tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa ed è sospeso l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa. Una ipotesi molto forte e pregnante che tuttavia «*deve essere circoscritta alla sola esecuzione del contratto di appalto o accordo contrattuale o concessione per cui si sono verificati i fatti gravi*»<sup>40</sup>. Da qui dunque la possibilità di disporre il commissariamento della società di progetto (alla stregua quindi di qualunque altra persona giuridica)<sup>41</sup>. Al di

committente, è il potere di verificare periodicamente – come si vedrà – il regolare adempimento degli obblighi contrattuali del contraente generale verso i propri affidatari (comma 9); e ciò prima di effettuare qualsiasi pagamento a favore del contraente generale.

<sup>37</sup> Ciò alla stregua di un comune soggetto esecutore; tra i vari interventi, a mero titolo esemplificativo, si riporta la delibera 1° marzo 2018, n. 186, fasc. n. 949/2017, su «Affidamento a Contraente Generale della progettazione definitiva ed esecutiva, della realizzazione, della direzione lavori e delle forniture necessarie per la realizzazione della nuova linea C della Metropolitana di Roma. Variante in corso d'opera per stazione Amba Aradam/Ipponio».

<sup>38</sup> Recante «misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari», convertito con modificazioni, nella legge 11 agosto 2014, n. 114, e s.m.i. Come segnalato da M. ARENA: *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa per fatti corruttivi*, in *www.Filodiritto* 16 settembre 2014, il decreto è stato adottato «ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di introdurre disposizioni volte a garantire un miglior livello di certezza giuridica, correttezza e trasparenza delle procedure nei lavori pubblici, anche con riferimento al completamento dei lavori e delle opere necessarie a garantire lo svolgimento dell'evento Expo 2015».

<sup>39</sup> Garantendo tuttavia la continuità nella esecuzione dell'appalto; cfr. Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2016, n. 1533.

<sup>40</sup> Per questa ragione, e dunque poiché in una circostanza erano stati ricompresi nella gestione commissariale ex art. 32, d.l. n. 90/2014, *tutti* i contratti di appalto in corso che facevano riferimento ad un *general contractor* di cui era stata dichiarata la cessazione della validità di qualificazione, e non già *solo* di quello interessato dalla vicenda oggetto di contenzioso, il TAR Lazio, Sez. I, sospendeva (con ordinanza 9 marzo 2016, n. 1139) il provvedimento impugnato «sussistendo il rischio di un danno grave ed irreparabile in relazione alla possibile interruzione con gravi ricadute occupazionali dei contratti in corso di cui la ricorrente, ora sottoposta a gestione commissariale, è direttamente o indirettamente titolare» (per completezza si segnala che la controversia era definita con sentenza in rito 10 giugno 2016, n. 6685, avendo il Ministero nelle more revocato il provvedimento censurato).

<sup>41</sup> Ci si riferisce ad esempio al «caso» della società di progetto titolare del progetto «Mose», appunto commissariata con provvedimenti ritenuti legittimi dal TAR Lazio, Sez. I *ter*, 19 dicembre 2017-22 febbraio 2018, n. 2053.

fuori di tali ipotesi detta misura non può essere disposta; ed infatti, «*attesa la natura eccezionale ... , essa non può concernere soggetti estranei ai fatti rilevanti ai fini dell'adozione della misura stessa*», con ciò escludendosi l'applicazione della misura ad imprese che fossero consorziate a quella colpita e cui nessun fatto grave fosse imputabile<sup>42</sup>.

Con riguardo invece ai poteri di sorveglianza, è opportuno sottolineare come trattasi di «alta sorveglianza» del soggetto aggiudicatore sull'attività del contraente generale, evidentemente essa distinguendosi da un controllo di tipo «ordinario» e limitandola ai casi di inadempienze più gravi, così da salvaguardare quella libertà di forme e di azione che – come innanzi accennato – contraddistinguono il contraente generale<sup>43</sup>.

#### 4. AFFIDAMENTO ED ESECUZIONE DEL CONTRATTO

1. Il contraente generale è tenuto a portare a compimento i lavori nei tempi contrattualmente stabiliti, realizzando l'opera correttamente, sia dal punto di vista tecnico-ingegneristico, sia dal punto di vista dell'organizzazione complessiva dell'intervento (e dunque della gestione dei rapporti con i propri affidatari). È quanto si evince ancora dall'art. 194, secondo cui il *general contractor* risponde della *corretta e tempestiva esecuzione* verso il soggetto aggiudicatore (comma 4, primo periodo) ed assicura il risultato attraverso una «esecuzione unitaria» delle prestazioni di cui al citato comma 2, ponendosi nei confronti del committente quale *unico responsabile* dell'adempimento dell'obbligazione (comma 6).

I rapporti tra soggetto aggiudicatore e contraente generale (comma 4, secondo periodo) sono regolati dalle parti I e II del Codice (che costituiscono attuazione della direttiva 2014/24/UE) o dalle norme della parte III, e naturalmente dagli atti di gara nonché – per quanto non previsto – dalle norme del codice civile regolanti l'appalto. A quest'ultimo proposito occorre sottolineare come tale ultima normativa non disciplini il tema dei rapporti committente/affidatario, cosicché detti rapporti ricadono in modo preminente sotto la regolamentazione del codice civile, e quindi sotto la disciplina dell'appalto *tout court*; non si applica quindi il codice che ci occupa a detti rapporti, eccetto l'ipotesi in cui il contraente generale sia anche amministrazione aggiudicatrice ovvero ente aggiudicatore (comma 6, ultimo periodo)<sup>44</sup>.

Il contraente generale può eseguire i lavori direttamente, nei limiti della qualificazione posseduta, ovvero può affidarli anche totalmente a terzi (comma 7), che, a loro volta, devono essere titolari dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 84.

Il medesimo comma 7 disciplina anche i rapporti tra i terzi esecutori ed eventuali

<sup>42</sup> Così TAR Lazio, Sez. I ter, 25 ottobre 2016-9 gennaio 2017, n. 244/17.

<sup>43</sup> Sul punto, G. FIDONE, *Il contraente generale*, cit., p. 234, il quale sottolinea che «tale potere di controllo non potrà che essere realmente preordinato a situazioni di gravità, se si vuol effettivamente dare senso all'accollo di rischio imprenditoriale da parte del soggetto realizzatore, strettamente legato alla natura di obbligazione di risultato gravante in capo al medesimo soggetto».

<sup>44</sup> In tali ipotesi il contraente generale, nella scelta dei terzi affidatari, deve rispettare le disposizioni di cui alla Parte I, alla Parte II, Titolo I, nonché alla Parte III e IV, secondo la modifica del c.d. «correttivo», art. 115, lett. c); interessante al riguardo è comunque il parere ANAC del 27 luglio 2010, AG 33/2010.

subaffidatari, cui si applica la disciplina pubblicistica ed in particolare l'art. 105 relativo al subappalto<sup>45</sup> che limita detti sub affidamenti.

2. Dunque, per chiarire, l'*esecuzione* dei lavori, può essere effettuata:

a) *direttamente dal general contractor* (come detto, se in possesso della prescritta qualificazione<sup>46</sup>) che (secondo il comma 6 e il comma 10) dovrà costituire (ed operare tramite) una società di progetto (che verrà meglio trattata in questo paragrafo al punto 6), qualora sia esso stesso composto da più soggetti;

b) *tramite affidamento a soggetti terzi*, ugualmente in possesso delle prescritte qualifiche.

Una scelta – quella relativa alle modalità di esecuzione – rimessa alla discrezionalità del contraente generale, che eventualmente può decidere di appaltare anche la totalità dell'opera, scegliendo i terzi esecutori senza soggiacere (qualora non sia amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore) ai limiti imposti dalla disciplina sui lavori pubblici (disciplina che – si è detto – riemerge qualora siano i terzi affidatari del contraente generale a procedere ad un ulteriore sub-affidamento).

3. Per tutti i suddetti affidamenti (e cioè quello al contraente generale, ovvero quelli di quest'ultimo a terzi, nonché quelli di terzi ad altri sub appaltatori), vi sono necessariamente le verifiche antimafia previste dal Codice e dalla normativa per gli affidamenti pubblici<sup>47</sup> (comma 8).

Il legislatore mostra una attenzione particolare agli esecutori di appalti pubblici, anche maggiore rispetto a quella espressa dal legislatore del 2006; significativa è infatti l'ulteriore previsione (comma 9) secondo cui il soggetto aggiudicatore – al fine e prima di effettuare pagamenti, al *general contractor*, anche se correlati ad eventuali stati di avanzamento – verifica il regolare adempimento degli obblighi contrattuali dello stesso verso i propri affidatari. Tale potere del soggetto aggiudicatore è giustificato dalla descritta discrezionalità di cui il contraente generale gode nella scelta degli affidatari, per garantire una «corretta» esecuzione dei rapporti tra operatori. Un potere di verifica (*rectius* di sorveglianza) cui si accompagna la facoltà di sanzionare l'inadempienza del committente applicando – oltre ad eventuali sanzioni che fossero contrattualmente previste – una detrazione sui pagamenti dovuti al contraente generale e procedendo al pagamento diretto dell'affidatario.

4. Ancora in relazione alla fase esecutiva, l'art. 194 (comma 5) fornisce una dettagliata disciplina in tema di *varianti*. È così stabilito che a dette varianti non si applichi l'art. 63 (sulla procedura negoziata, senza previa pubblicazione di bando) mentre la materia è regolata dalle norme della parte II – che, come già detto, costituiscono ap-

<sup>45</sup> Si rinvia al commento di F. CARUSO-A. LINGUITI, Parte III, in questo *Commentario*.

<sup>46</sup> Sul sistema di qualificazione vedi *infra*, par. 7.

<sup>47</sup> Al riguardo, oltre al già richiamato (*supra*, nota 27) apporto dottrinale di M. BASILE: *Il general contractor di fronte alle informazioni antimafia sulle imprese esecutrici*, in *Nuova giur. civ.*, 1/2012, p. 2050, in giurisprudenza si segnala tra le altre la decisione del TAR Calabria, Sez. Reggio Calabria, 19 settembre 2016, n. 927, ove è stata dichiarata legittima la risoluzione di un sub appalto disposta direttamente dal contraente generale, nei confronti di ditta raggiunta da interdittiva *ex art. 10, d.P.R. n. 252/1998*; una risoluzione che, pur essendo atto discrezionale, deve essere motivato e fondato su adeguata istruttoria (si veda TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 30 marzo 2017, n. 922).

plicazione della direttiva 2014/24/UE<sup>48</sup> – da quelle della parte III, nonché dalle specifiche disposizioni di seguito riportate.

In particolare, il legislatore ha individuato due categorie di varianti, cui connette responsabilità finanziarie diversamente ripartite, e precisamente:

lett. *a*) del comma 5: varianti *necessarie*, da adottarsi *sia* per far fronte a vizi o mancanze del progetto esecutivo redatto dal *general contractor*, che quindi si farà direttamente carico dei relativi oneri economici; *sia* per cause di forza maggiore, normativa sopravvenuta, o per richiesta di enti terzi o dal soggetto aggiudicatore medesimo, che farà fronte ai relativi oneri;

lett. *b*) del comma 5: varianti *eventuali*, ovvero quelle ritenute utili dal contraente generale per ottimizzare tempi e costi di realizzazione, che sono sottoposte all'approvazione del soggetto aggiudicatore che, a sua volta, può negarla subordinatamente al ricorrere di talune condizioni relative al mancato rispetto delle esigenze del committente nonché delle specifiche tecniche del progetto posto a base di gara, al peggioramento della funzionalità, curabilità e sicurezza delle opere, o ancora a maggiori spese o ritardi sull'ultimazione dell'opera.

5. Si è detto come il raggiungimento del risultato oggetto dell'obbligazione (ovvero la realizzazione dell'infrastruttura) dipenda dal solo contraente generale, che a tal fine gode di notevole libertà di azione. A fronte di tale rilevante affidamento e dei rischi comunque ad esso connessi, il legislatore ha ritenuto di introdurre una particolare formula assicurativa (comma 18) che il *general contractor* deve prestare: la garanzia globale di esecuzione o c.d. «*performance bond*» regolata dall'art. 104<sup>49</sup> cui la norma in esame rinvia; una garanzia la cui *ratio* è quella di eseguire l'opera poiché consiste nella possibilità, in caso di fallimento o inadempienza del contraente generale, che subentri nel rapporto altro soggetto idoneo in possesso dei requisiti di contraente generale. È questa l'ipotesi che deroga alla procedura ad evidenza pubblica usualmente utilizzata per la fase selettiva ma – come detto – qui non si è più in tale fase, bensì in quella di esecuzione ed anzi in un'ipotesi patologica della stessa<sup>50</sup>. Cosicché la tutela del committente

<sup>48</sup> Per un commento sulla direttiva, propedeutica, come noto, al Codice in discorso, si rinvia per tutti a L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2-3/2015, p. 291.

<sup>49</sup> L'art. 104, al comma 1, prevede, tra le altre, una garanzia di conclusione dell'opera nei casi di risoluzione del contratto, appunto denominata «*garanzia per la risoluzione*» e quivi disciplinata ai commi da 4 a 6 (cfr. art. 68 del c.d. «correttivo»).

<sup>50</sup> Opportunamente – rispetto sia alla legislazione del 2006 sia a quella preesistente – già il c.d. «correttivo» (all'art. 114.1, lett. *c*) ha escluso che la garanzia «*per la risoluzione*» implicasse la facoltà della scelta del nuovo esecutore in capo al garante, allineando così la previsione a quella dell'art. 104.5. Lasciava infatti fortemente perplessi la precedente ipotesi per cui in caso di fallimento o inadempienza, il garante (di cui peraltro non erano delineate le caratteristiche né la natura) dovesse provvedere ad individuare un altro contraente generale, in sostituzione del primo (non da questi scelto). A ben vedere venivano così attribuiti ad un soggetto che era in realtà di garanzia economico-finanziaria (ed i cui compiti avrebbero dovuto essere delimitati a tale contesto), funzioni di amministrazione attiva altamente discrezionale: *i*) con riguardo alla valutazione circa la sostituibilità o meno del contraente generale: se infatti di un fallimento non si può che prendere atto, ben diversa è l'ipotesi dell'inadempienza, oggetto di una valutazione discrezionale e per definire la quale si potrebbe ipotizzare di operare ricorso analogico alle fattispecie di risoluzione del contratto di appalto; *ii*) con riguardo alla valutazione tecnico-economica circa la scelta del nuovo contraente generale. È proprio tale profilo – al di là delle valutazioni tecniche – appariva viepiù ambiguo, posto che

non consisterebbe in tale ipotesi nel mero risarcimento a fronte dell'inadempienza ma piuttosto nell'ottenimento dell'oggetto dell'obbligazione, che sarebbe comunque ed in ogni caso raggiunto grazie alle nuove scelte effettuate. Una tale garanzia è – come detto – certamente riconducibile alla stessa *ratio* dell'istituto e trova giustificazione proprio nell'eccezionalità dell'opera realizzanda; una «eccezionalità» che è quindi propria anche della c.d. *performance bond*<sup>51</sup>.

6. Come anticipato (secondo il comma 6 ed il comma 10), qualora sia composto da più soggetti, il contraente generale è tenuto a costituire una *società di progetto* (c.d. «società veicolo»), in forma di società anche consortile, ovvero una struttura giuridicamente ed economicamente distinta dal contraente generale, che subentra a quest'ultimo nel rapporto, senza alcuna autorizzazione, fatte salve le verifiche antimafia e senza che in tale operazione sia configurabile cessione di contratto; del contraente generale essa svolgerà i relativi compiti, avendo come oggetto sociale proprio la realizzazione dell'infrastruttura.

Detta figura trova la propria regolamentazione, oltre che nell'articolo in commento, anche nell'art. 184 (cui è fatto espresso rinvio), il quale disciplina l'istituto della società di progetto<sup>52</sup> in relazione al *project financing* nei settori ordinari<sup>53</sup>; una società che appunto permette di isolare, sia dal punto di vista giuridico che economico-finanziario, le attività inerenti al progetto dalle altre attività che fanno capo all'aggiudicatario<sup>54</sup>.

---

la facoltà di individuazione (e di nuova scelta) del contraente generale, ai sensi dell'art. 194, comma 1, è compito affidato ad altro soggetto, ovvero al soggetto aggiudicatore. Una tale previsione (invero pure presente nel testo del 2006) non pareva potesse essere giustificata solo considerando il garante quale soggetto forse più idoneo di altri a valutare la solvibilità di un'impresa; rimaneva il fatto che la medesima funzione (e – si badi – quella di scelta del contraente generale, cioè la scelta centrale dell'intero impianto) risulta – seppur nell'ipotesi residuale di cui al comma 18 come in precedenza disciplinato – formalmente ripartita tra due diversi soggetti (a meno di non immaginare un'identità soggettiva tra soggetto aggiudicatore e garante: ipotesi tuttavia che non pareva fornire sufficienti garanzie di terzietà ed imparzialità. La lettura della norma appunto nella sua precedente portata, lasciava dunque notevoli perplessità, anche considerando che il soggetto aggiudicatore si sarebbe trovato a trattare in fase già avanzata con un contraente generale di cui non ha potuto valutare le capacità tecnico operative. Sembrava allora spettare all'interprete operare – ove si fosse verificata una tale ipotesi «limitata» – una corretta valutazione della previsione non potendosi ragionevolmente escludere completamente – nell'ottica della legge e per i principi generali in materie di appalti pubblici – il soggetto aggiudicatore dalla scelta di un diverso e nuovo contraente.

<sup>51</sup> Specifiche disposizioni sono riservate agli affidamenti per i quali «siano riconosciuti crediti definitivi ai sensi del comma 15» (su cui v. oltre). Al riguardo (art. 194, comma 17, lett. a) è altresì previsto che ove la garanzia per la risoluzione si sia già ridotta, ovvero la riduzione sia espressamente prevista nella garanzia prestata, il riconoscimento definitivo del credito non opera se la garanzia non è ripristinata e la previsione di riduzione è espunta dalla garanzia. Il c.d. «correttivo» del 2017 (all'art. 114.1, lett. b) ha peraltro abrogato la previsione di cui al comma 17, lett. b) del Codice secondo cui in tutti i casi di risoluzione del rapporto per motivi attribuibili al contraente generale, si applicavano le disposizioni previste dall'art. 189 (e cioè agli interventi di sussidiarietà orizzontale).

<sup>52</sup> Si rinvia per tutte a V.E. GALLO: *La società di progetto*, in *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, cit. in nota I, Padova, 2014, II, 1675. Nel presente *Commentario* si richiama l'apporto di M. TRIMARCHI-RUSSO, Parte VII.

<sup>53</sup> Si richiama al riguardo in questo *Commentario* il contributo di B. RAGANELLI, Parte VII. Si rinvia altresì a F. CARINGELLA, *Il nuovo volto della finanza di progetto*, in *Il partenariato pubblico-privato*, a cura di G. CERRINA FERRONI, Quaderni Cesifin, Torino, 2011, p. 99; A. BLASINI, *La finanza di progetto tra diritto pubblico e diritto privato: alla ricerca di un adeguato modello di accountability*, in *Dir. e proc. amm.*, 4/2015, p. 1315.

<sup>54</sup> In caso di fallimento della società di progetto, il finanziatore non potrà rivalersi su beni del pro-

Peraltro, mentre nel caso dei settori ordinari l'aggiudicatario «ha la facoltà» dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto, nel caso delle grandi infrastrutture (*rectius* degli insediamenti prioritari) non è lasciata discrezionalità alcuna al contraente generale che – qualora sia formato da una pluralità di soggetti – è tenuto a costituire comunque la società in questione; ciò pur stante la sostanziale identità di forma e di funzione che nell'una e nell'altra ipotesi la società di progetto presenta.

Con riguardo alla struttura, la società di progetto è costituita nell'ambito delle società di capitali, secondo i tipi della società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, il cui capitale minimo (secondo l'ultimo periodo del comma 10), va indicato nel bando di gara; la scelta sulla forma da adottare è rimessa al contraente generale stesso, che valuterà quella più opportuna in relazione alle caratteristiche della singola operazione.

Dal punto di vista della composizione, la società di progetto è formata certamente dai soggetti che costituiscono il contraente generale, ma alla stessa possono prendere parte anche istituzioni finanziarie e assicurative; con l'onere – in quest'ultima ipotesi – di rendere nota in sede di gara la partecipazione e l'identità di tali istituti.

Una volta costituita, la società di progetto – come detto – succede al *general contractor* aggiudicatario, diventando il nuovo centro di imputazione dei rapporti giuridici con il committente e, più in generale, delle operazioni relative all'intervento da realizzare, che pare possano essere affidate anche ai singoli soci per analogia con quanto previsto dall'art. 184, comma 2 (che disciplina le società di progetto).

Come pure innanzi accennato, salvo il rispetto della normativa antimafia, tale subentro non necessita di alcuna autorizzazione ed avviene a titolo originario, posto che la disposizione in commento (come già il comma 10 dell'art. 176 del Codice del 2006) specifica che esso «*non costituisce cessione di contratto*». Per quanto concerne la responsabilità dell'esecuzione, i soggetti componenti il contraente generale, rispondono in solido con la società di progetto verso il soggetto aggiudicatario per la buona esecuzione dell'opera; una responsabilità solidale che costituisce regola generale, da cui i soci possono essere liberati solo qualora siano prestate al committente garanzie bancarie per quanto percepito in corso d'opera, fino all'emissione del certificato di collaudo dell'infrastruttura.

La società di progetto, come delineata anche dal successivo comma 11, consente una limitata mutabilità soggettiva della compagine societaria<sup>55</sup>. È infatti prevista la possibilità di smobilizzare le quote di partecipazione (nei modi di volta in volta stabiliti dal contratto), ma solo per quei soci che non abbiano contribuito a formare i requisiti per la qualificazione, quali gli istituti bancari e gli altri investitori istituzionali, che dunque possono aderire alla società o abbandonarla in qualsiasi momento. Per coloro che invece hanno contribuito a formare i citati requisiti di qualificazione, la suddetta possibilità è logicamente e giustamente (anche nell'ottica della «qualificazione») preclusa, vi-

---

motore diversi da quelli di proprietà della società di progetto e, simmetricamente, in caso di fallimento del promotore, la società di progetto continuerà ad esistere perseguendo le proprie finalità. Sul tema si rinvia a R. CUONZO, *Diritto privato degli istituti preconcorsuali*, Torino, 2017; ID., *L'evoluzione legislativa del diritto preconcorsuale dell'economia*, Napoli, 2012; G. FONDERICO: *Le società pubbliche, tra diritto amministrativo e diritto comune*, in AA.VV. *Il big bang della trasparenza*, a cura di A. NATALINI-G. VESPERINI, Napoli, 2015.

<sup>55</sup> La questione è stata ben affrontata in G. GIUFFRÉ-D. STERRANTINO, *Le nuove norme sulle grandi opere strutturali: interpretazioni ed indicazioni*, Rimini, 2003, p. 105.



gendo al contrario l'obbligo di partecipare alla società nonché di garantire il corretto adempimento dell'intervento, sino al collaudo finale (del resto è questa l'obbligazione propria del contraente generale).

Libertà di trasferimento invece sussiste per i crediti vantati nei confronti del soggetto aggiudicatore, che non può opporsi alla cessione (c.d. *factoring*) effettuata dal contraente generale ai sensi dell'art. 106, comma 14. Ugualmente (secondo l'art. 194, comma 13) è a dirsi per i crediti vantati dalla società di progetto, che possono essere ceduti ai sensi dell'art. 106, comma 13<sup>56</sup> esplicitamente richiamato, anche se non ancora liquidi ed esigibili). Dal punto di vista procedurale (art. 194, comma 14), è previsto inoltre che la cessione sia stipulata tramite atto pubblico o scrittura privata autenticata e sia notificata al debitore ceduto, indicando se la cessione è effettuata a fronte di un finanziamento senza rivalsa o con rivalsa limitata dei finanziatori sugli azionisti della società di progetto.

7. Si è detto che il contraente generale viene individuato tramite procedure ad evidenza pubblica<sup>57</sup>; non pare necessario in questa sede dilungarsi sulle procedure di selezione<sup>58</sup>. Per un verso infatti il dato letterale è di per sé piuttosto chiaro e sarebbe oneroso per il fruitore dell'opera una ripetizione dello stesso; per altro verso esse sono ispirate ai principi generali delle procedure ad evidenza pubblica, trattate in altra parte dell'opera. Così ci si limita a rinviare sostanzialmente all'art. 195, ribadendo alcune novità importanti rispetto al testo del 2006 e cioè: *i*) la scelta dell'aggiudicazione a contraente generale può essere effettuata solo per opere che superino una soglia minima e cioè che abbiano un valore superiore ai cento milioni di euro<sup>59</sup>; la scelta effettuata va in ogni caso motivata, in ragione della complessità dell'opera «e di altre esigenze» per garantire un «elevato livello qualità, sicurezza ed economicità»<sup>60</sup>; *ii*) a base di gara è il

<sup>56</sup> Si rinvia al già richiamato contributo di M. TRIMARCHI-R. RUSSO, Parte VII in questo *Commentario*.

<sup>57</sup> La procedura ad evidenza pubblica sembra venire meno in caso di fallimento del *general contractor* (ipotesi quindi correlata non già alla fase di selezione originaria, quanto a quella di esecuzione) che può essere sostituito ai sensi dell'art. 194, comma 18 (di cui si è detto al punto 5 del presente par., nonché *supra*, nota 50).

<sup>58</sup> Per il più volte effettuato parallelismo con il Codice del 2006, si segnala che le procedure di aggiudicazione erano quivi disciplinate dall'art. 177.

<sup>59</sup> Così – come già accennato – il testo dell'art. 195.1, all'esito del c.d. «correttivo», ha condivisibilmente posto un tetto significativo al di sotto del quale la scelta dell'affidamento a *general contractor* non può neppure essere effettuata. La previsione della soglia minima così rideterminata, appare di rilievo non solo per dare consistenza all'istituto ma anche per evitare un aggiramento del divieto di appalto integrato, ricorrendo all'istituto anche per opere di soglia non significativa (sul punto si rinvia *supra*, nota 14).

<sup>60</sup> Quando si opera una scelta diversa da quella ordinaria per l'esecuzione di un'opera pubblica (e quella dell'individuazione di un contraente generale, è certamente tra quelle più forti e rilevanti) sussistono in capo al soggetto aggiudicatore pregnanti obblighi motivazionali; questo è principio che permea il Codice ma soprattutto le relative Linee guida ANAC, redatte sulla base di indicazioni della Commissione speciale del Consiglio di Stato (tra tutte si cita, ad esempio, il parere del 30 agosto 2016, che ha poi portato all'emissione delle Linee guida ANAC sugli affidamenti sotto soglia del 10 novembre 2016, dove è pregnante l'obbligo motivazionale sulla scelta dell'affidamento diretto o della procedura negoziata, rispetto a quella ordinaria). Si segnala che dette Linee guida sono state oggetto di un aggiornamento al d.lgs. n. 56/2017, con deliberazione 1° marzo 2018, n. 206; per esse – e su alcune segnalazione della Commissione UE – sono state avviate le procedure per l'aggiornamento; il testo revisionato è stato posto in consultazione e su di esso si è espresso il Cons. Stato con parere 30 aprile 2019, n. 1312 (successivamente dunque all'entrata in vigore del d.l. 18 aprile 2019, n. 32).

progetto definitivo (art. 195, comma 2, che si pone in linea con l'art. 194.1); in esso è indicata la somma (di cui all'art. 194, comma 20, che di seguito viene specificata) inclusa tra quelle a disposizione nel quadro economico, con una relazione illustrativa ed una stima dei costi; *iii*) il bando non solo indica il numero dei concorrenti da invitare (come disciplina il già rammentato art. 195, comma 3), ma anche l'aliquota forfettaria – discrezionalmente stabilita secondo valutazioni preliminari da parte del soggetto aggiudicatore, vincolanti per l'offerente – non sottoposta a ribasso, destinata all'attuazione di misure preventive per evitare infiltrazioni malavitose (art. 194, comma 20); *iv*) il bando indica altresì la modalità di aggiudicazione – che è esclusivamente quella dell'offerta economicamente più vantaggiosa – nonché i criteri di valutazione che, ad integrazione di quelli di cui al richiamato art. 95 (comma 6) del medesimo Codice, sono anche quelli riportati alle lettere da *a*) a *d*) del comma 4 dell'art. 195, e sono sussumibili nelle ragioni a fondamento della scelta della procedura per individuare un contraente generale (valore tecnico ed estetico delle varianti; tempo di realizzazione; costo dell'utilizzazione e della manutenzione; quota di prefinanziamento<sup>61</sup>; «ogni ulteriore elemento ... in relazione al carattere specifico delle opere da realizzare», con ciò potendosi adattare ogni aggiudicazione all'opera da ottenere; *v*) a sua volta, anche il Capitolato ha un contenuto predeterminato, ai sensi del comma 19 dell'art. 194, cui si rinvia.

8. La partecipazione alla gara è disciplinata dall'art. 198 che non ha peculiarità specifiche, se non alcune peraltro logicamente necessarie in relazione alla gara medesima (sì che paiono addirittura ultronee). Così il soggetto aggiudicatore ha facoltà di richiedere ai soggetti partecipanti (comma 1, lett. *a*)) che non abbiano motivi di esclusione ai sensi dell'art. 80 del Codice, effettuando comunque la verifica sui requisiti generali; una idonea strutturazione finanziaria (comma 1, lett. *b*)) e capacità tecnica (comma 1, lett. *c*)). Alla gara non possono partecipare soggetti collegati (comma 2), mentre si può partecipare in raggruppamento (comma 3), pur facendo attenzione alla qualificazione di ciascun componente ed al fatto che tutte le società devono rispondere ai requisiti di cui al citato comma 1.

9. Non vi sono infine particolari profili problematici relativamente al collaudo dell'opera realizzata dal contraente generale, che è disciplinato all'art. 196<sup>62</sup>, che, al comma 1, rinvia alla disciplina generale di cui all'art. 102 del Codice medesimo. Ci si limita a segnalare (comma 2, art. 196) che per le opere di particolare complessità i collaudatori possono essere autorizzati dal soggetto aggiudicatore ad avvalersi di affidatari di servizi di supporto e di indagine specialistici, che non dovranno avere avuto relazioni (*rectius* «rapporti di collegamento») con chi abbia in qualsiasi modo operato sull'infrastruttura (i relativi oneri saranno a carico del soggetto aggiudicatore, secondo modalità che un ulteriore decreto interministeriale dovrà indicare).

<sup>61</sup> Non si rinviene più la previsione del Codice del 2006, per cui in sede di offerta – ove il committente ne avesse fatto richiesta – andavano indicate le imprese di cui il contraente generale intendeva servirsi per affidamenti che avrebbero superato il 30% dell'opera, per cui la maggiore entità degli affidamenti rilevava in sede di offerta ai sensi dell'art. 177, lett. *f*); oggi vi è la previsione più generica prevista all'art. 195.4, lett. *b*) [già lett. *c*], così divenuta con l'art. 115, lett. *b*) del c.d. «correttivo» dell'aprile-maggio 2017; si rinvia al riguardo *supra*, nota 30.

<sup>62</sup> Nel Codice del 2006 era l'art. 178.



## 5. IL FINANZIAMENTO

Compito peculiare del contraente generale è quello di provvedere all'anticipazione delle risorse necessarie alla realizzazione dell'infrastruttura (comma 12, dell'art. 194), attuandosi il principio del c.d. prefinanziamento di cui si è detto in precedenza.

Il primo principio contenuto nel citato comma 12 (al primo periodo) è che «*il bando determina la quota di valore dell'opera che deve essere realizzata dal contraente generale con anticipazione di risorse proprie [...]»*. Ed infatti il «*prefinanziamento dell'opera è un'obbligazione tipica del contratto di affidamento unitario a contraente generale che deve necessariamente essere assunta dal contraente generale; cosicché non è legittimo il bando per l'affidamento unitario a contraente generale che non prevede tra le prestazioni a carico del contraente generale il prefinanziamento, in tutto o in parte, dell'opera da realizzare»*<sup>63</sup>.

Invero il bando di gara cui si fa riferimento, e nel quale deve appunto essere contenuta la (importante) determinazione – frutto di una scelta discrezionale ampia del soggetto aggiudicatore – concernente la quota di valore dell'opera da affidare al contraente generale, non è oggetto, nel Capo in commento, di alcuna specifica disposizione<sup>64</sup>, cosicché l'indicazione del valore dell'opera deve essere effettuata in sede di elaborazione del bando e di attuazione delle procedure di affidamento. Al riguardo si sottolinea che – sempre stando alla previsione letterale della disposizione in esame – parrebbe che una serie rilevante di attività debbano essere poste in atto successivamente all'aggiudicazione, e quindi al bando<sup>65</sup>: per cui non è chiaro con quali criteri i relativi costi debbano (e possano) essere presi in considerazione nel momento in cui viene determinata la quota di valore dell'opera da «affidare» al contraente generale.

Il medesimo comma 12, dopo aver ribadito (al secondo periodo) il principio generale per cui il saldo della quota di corrispettivo ritenuta a tal fine deve essere pagato all'ultimazione dei lavori (secondo le modalità poi disciplinate dal comma 15), stabilisce altresì (al terzo periodo del comma 12) che per il finanziamento della «*quota di valore»* appena descritta, il contraente generale o la società di progetto possono *emettere obbligazioni*, previa autorizzazione degli organi di vigilanza, «*anche in deroga ai limiti dell'art. 2412*<sup>66</sup> c.c.».

Va innanzi tutto rilevato che all'esito della riforma del diritto societario<sup>67</sup> la disci-

<sup>63</sup> Delibera ANAC 8 febbraio 2017, n. 96, su istanza di precontenzioso.

<sup>64</sup> Oltre a quello in esame, altri riferimenti si rinvencono nello stesso art. 194, al già richiamato comma 10, che stabilisce che «*Il capitale minimo della società di progetto è indicato nel bando di gara»*, ma anche nel successivo art. 195, comma 3, che impone che «*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, non discriminatori e all'oggetto del contratto, predefiniti nel bando di gara»*.

<sup>65</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla redazione del progetto definitivo che può essere devoluto (o meno) al contraente generale *ex art. 176, comma 2, lett. a)*, sempre che detto progetto non sia stato posto a base di gara.

<sup>66</sup> Il riferimento è analogo a quello contenuto all'art. 176.12 del precedente Codice come modificato dall'art. 2, d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 (il testo ancora prima in vigore richiamava l'art. 2410 c.c.).

<sup>67</sup> D.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6, entrati in vigore il 1° gennaio 2004. In dottrina, per un commento

plina delle obbligazioni è stata modificata tra l'altro anche con riguardo ai limiti alla loro emissione, oggi disciplinati dall'art. 2412 c.c. cui deve farsi integrale richiamo. Una tale previsione consente – e questa è certamente una novità nel campo delle opere pubbliche – al contraente generale (o alla società di progetto) di far fronte alla erogazione del finanziamento della propria quota di valore mediante (risorse proprie e cioè mediante) l'emissione di obbligazioni. Ciò che non esclude che a detta erogazione si possa far fronte – in tutto o in parte – anche con altri e più tradizionali mezzi di finanziamento. In altre parole, la previsione di che trattasi va intesa nel senso di consentire esplicitamente il ricorso *anche* allo strumento obbligazionario per far fronte al finanziamento richiesto. Del resto, una tale interpretazione sembra rispondere meglio alla *ratio* di una normativa volta a «snellire» ed a semplificare i contratti di appalto per le grandi opere, inserendo nello svolgimento dei lavori pubblici principi di diritto societario.

Ma: *i*) la disposizione nulla dice sulla procedura di finanziamento appena richiamata, mentre proprio in considerazione della delicatezza del settore, sarebbe stato opportuno disciplinarne il procedimento di autorizzazione, indicando altresì tempi e modi dello stesso; in assenza di indicazioni specifiche deve farsi richiamo alla disciplina generale codicistica ovvero speciale in materia, con ciò escludendosi una qualsivoglia derogazione alla previsione di cui all'art. 2412 c.c., per cui le società non possono emettere obbligazioni per somme eccedenti il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato<sup>68</sup>; *ii*) non è indicato alcun limite oggettivo cui ancorare la facoltà di ricorrere all'emissione di obbligazioni.

Il medesimo comma 12 prosegue (al quarto periodo) occupandosi delle necessarie garanzie che devono accompagnare l'emissione delle obbligazioni da parte del contraente generale, disponendo che esse sono garantite dal soggetto aggiudicatore (ma

---

al riguardo, si rinvia a: A. DANOVÌ (a cura di), *La riforma del diritto societario – Il parere dei tecnici tre anni dopo*, Atti del convegno, Milano 25 gennaio 2006, in *Riv. dott. comm.*, suppl. 2/2007; G. JAEGER-F. DE-NOZZA-A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2010.

<sup>68</sup> Si ritiene, per ragioni di migliore consultazione, di riportare il testo integrale dell'art. 2412 c.c., come da ultimo modificato dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. «decreto Sviluppo») conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134:

«La società può emettere obbligazioni al portatore o nominative per somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato. I sindaci attestano il rispetto del suddetto limite.

Il limite di cui al primo comma può essere superato se le obbligazioni emesse in eccedenza sono destinate alla sottoscrizione da parte di investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali. In caso di successiva circolazione delle obbligazioni, chi le trasferisce risponde della solvenza della società nei confronti degli acquirenti che non siano investitori professionali.

Non è soggetta al limite di cui al primo comma, e non rientra nel calcolo al fine del medesimo, l'emissione di obbligazioni garantite da ipoteca di primo grado su immobili di proprietà della società, sino a due terzi del valore degli immobili medesimi.

Al computo del limite di cui al primo comma concorrono gli importi relativi a garanzie comunque prestate dalla società per obbligazioni emesse da altre società, anche estere.

I commi primo e secondo non si applicano alle emissioni di obbligazioni destinate ad essere quotate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione ovvero di obbligazioni che danno il diritto di acquisire ovvero di sottoscrivere azioni.

Quando ricorrono particolari ragioni che interessano l'economia nazionale, la società può essere autorizzata con provvedimento dell'autorità governativa, ad emettere obbligazioni per somma superiore a quanto previsto nel presente articolo, con l'osservanza dei limiti, delle modalità e delle cautele stabilite nel provvedimento stesso».

possono esserlo anche dallo Stato<sup>69</sup>, secondo l'ultimo periodo del comma 12), nei limiti del proprio debito verso il contraente generale medesimo, quale risultante dagli stati di avanzamento emessi ovvero dal conto finale o dal certificato di collaudo dell'opera.

Tale previsione appare invero poco in linea con quanto stabilito nella precedente parte del medesimo comma 12, ove si dice che la quota di valore attribuita al contraente generale è finalizzata ad ottenere una anticipazione delle risorse (necessarie per la realizzazione dell'opera), nel senso che detta finalità diverrebbe irrealizzabile tutte le volte in cui per il finanziamento della suddetta quota il contraente intendesse avvalersi della facoltà di emettere obbligazioni. Delle due l'una: se tale facoltà è subordinata a garanzia da parte del soggetto aggiudicatario, e se questi può prestare detta garanzia solo nei limiti del debito a suo carico derivante dagli stati di avanzamento, e dunque solo quando i lavori abbiano raggiunto determinate fasi di esecuzione, non si comprende come le obbligazioni possano prestarsi a consentire al contraente generale la liquidità necessaria per finanziare la quota di valore dell'opera, ovvero – si ripete – quella parte dell'opera che la stessa legge (al primo periodo del punto 12 in esame) vorrebbe che il contraente eseguisse con una anticipazione di risorse proprie. E, a ben vedere, ove si consideri attentamente la circostanza per cui dette obbligazioni possono essere emesse a seguito ed in relazione al conto finale o al certificato di collaudo dell'opera, lo strumento in esame appare diretto ad una finalità esattamente opposta a quella proclamata: quella di «posticipare» il pagamento di quanto dovuto dall'amministrazione al contraente generale.

Se viceversa tale facoltà non è per intero subordinata alla garanzia del soggetto aggiudicatario, l'anticipazione con risorse proprie non sarebbe ovviamente interamente garantita dallo stesso, trovando il supporto nella sola società emittente. Solo così le obbligazioni in questione potrebbero essere idonee a consentire al contraente generale una disponibilità «anticipata» di denaro, e rispondere alla stessa *ratio* di fondo che ha indotto il legislatore ad introdurre nel nostro ordinamento la figura del contraente generale, che è quella della (non solo) preventiva (ma altresì definitiva) acquisizione della fattibilità tecnica e finanziaria dell'opera<sup>70</sup>, ovvero, limitatamente all'aspetto in esame, del reperimento delle risorse finanziarie necessarie alla realizzazione di tutta (e non solo di parte del) l'opera progettata.

Ferma rimane in entrambe le ipotesi (o meglio le interpretazioni) appena descritte l'applicazione della normativa codicistica, in particolare – se necessario, e quindi con riguardo alle garanzie reali delle obbligazioni – dell'art. 2414 *bis* c.c.<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Ha valenza esclusivamente contabile la specificazione per le garanzie prestate dallo Stato, che sono inserite nell'elenco allegato allo stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze.

<sup>70</sup> Stante la analogia con quanto previsto dal legislatore del 2006 è ancora attuale ed in linea con quanto si dice l'opinione di P. SALVATORE: *La nuova figura del general contractor*, in TAR, 2002, II, p. 1 ss., laddove afferma che «non può negarsi che particolarmente sommaria è la disciplina relativa all'anticipazione da parte del contraente generale del finanziamento necessario alla realizzazione dell'opera pur essendo questo come si è sottolineato a più riprese un profilo essenziale e determinante per l'operatività in concreto di questa nuova figura nella quale il legislatore ha riposto tante speranze per il successo dell'operazione di rilancio e sviluppo delle nostre infrastrutture» (p. 10).

<sup>71</sup> Detta disposizione (modificata dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164), al comma 1 stabilisce che la deliberazione di emissione di obbligazioni che preveda la costituzione di garanzie reali a favore dei sottoscrittori deve designare un notaio che, per conto dei sottoscrittori, compia le formalità necessarie per la costituzione delle garanzie medesime.

Rilievo solo finanziario, ma che pure richiederebbe ulteriori precisazioni, ha l'ultima parte del terzo periodo in esame, laddove è previsto che le obbligazioni garantite dal soggetto aggiudicatore possono essere utilizzate per la costituzione delle riserve bancarie o assicurative previste dalla vigente legislazione. Andrebbe a tale riguardo chiarito alle riserve di quali soggetti ci si riferisca, nonché agli effetti di una siffatta evenienza sui relativi crediti del contraente generale e, più latamente, sulla ultimazione dell'opera cui esse si riferiscono.

Giova infine richiamare il penultimo periodo del comma 12 in esame, che devolve le *modalità operative della garanzia* ad un successivo decreto interministeriale assunto di concerto tra il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro delle infrastrutture.

## 6. IL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE

Tra i connotati che caratterizzano il contraente generale spicca la «qualificazione», intesa quale formale attestazione – nei modi appresso indicati – del possesso di una serie di requisiti di tipo tecnico ed economico-finanziario; un'attestazione dotata di pubblica certezza, che assicura la soddisfazione di un determinato livello qualitativo nell'esecuzione dei lavori e che dunque costituisce per le stazioni appaltanti una garanzia di competenza ed affidabilità.

Condizione necessaria per poter essere – a qualunque livello – affidatari di lavori, l'idonea qualificazione è richiesta non solo in capo al *general contractor* (che può eseguire direttamente i lavori nei limiti della qualificazione posseduta) ma anche in capo ai terzi appaltatori e subappaltatori, cui eventualmente venga demandata (secondo quanto innanzi illustrato) l'esecuzione dell'intervento. E tale condizione deve perdurare in capo all'affidatario per tutta la durata dell'intervento, tanto che – come già innanzi evidenziato – l'art. 194, comma 11, fa espresso divieto ai soci della società di progetto «che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione» di recedere dalla società non solo prima di aver portato a compimento i lavori ma anche all'esito del collaudo dell'opera.

La qualificazione dei contraenti generali<sup>72</sup>, precedentemente assicurata attraverso il sistema delineato dalla disciplina generale e cioè dal Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici come previsto dall'art. 84<sup>73</sup>, è oggi, come già

---

<sup>72</sup> Che nel Codice del 2006, era disciplinata agli artt. 186 e ss., che recepivano il d.lgs. n. 190/2002, come modificato dal d.lgs. n. 9/2005. Basti in dottrina il richiamo a C. DELLA NAVE, *Partecipazione in Atti alla procedura di affidamento a contraente generale – Qualificazione delle imprese costituenti l'associazione*, in *App. e Contr.*, 5/2007, p. 34.

<sup>73</sup> Del complesso Sistema delineato dall'art. 84, si richiama in questa sede il punto 4, lett. d) che fa riferimento al *rating* d'impresa a sua volta disciplinato dall'art. 83.10, che è istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione. Esso è da applicarsi ai fini della qualificazione delle imprese per il quale l'ANAC medesimo rilascia certificazione. In data 19 luglio 2016, l'ANAC ha approvato le Linee guida per definire il detto sistema di *rating*, nonché i requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale ed affidabilità dell'impresa; Linee guida per le quali era stata avviata la rivisitazione, con il cui testo posto in consultazione, nel mese di giugno 2018; procedimento che è oggi di fatto interrotto in conseguenza delle

detto rimessa alla disciplina del regolamento unico emanando di cui all'art. 216, comma 27 *octies*, comma 2, lett. c) (cfr. anche art. 197, commi 1 e 4, come novellati dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32 e confermati dalla legge n. 55/2019). A ciò aggiungasi che sebbene il rispetto di *standard* qualitativi vincoli qualsiasi affidatario di lavori pubblici, per i contraenti generali è previsto un sistema di qualificazione e di attestazione peculiare rispetto a quello proprio degli altri affidatari di opere pubbliche, fondato sulle SOA<sup>74</sup>. Una distinzione invero giustificata – e che in quest'ottica appare coerente con i principi generali – da una diversa e ben più complessa valutazione che nel caso dei *general contractors* l'ente attestatore è chiamato ad operare, dovuta – da un lato – alle più ampie competenze che il contraente generale vanta rispetto ad un «semplice» appaltatore di lavori pubblici (si pensi, ad esempio, ai compiti di tipo organizzativo o finanziario), e – dall'altro – all'elevato importo dei lavori che detto contraente è incaricato di realizzare.

Stabilisce l'art. 197, comma 1, che la richiesta della qualificazione in parola può essere avanzata da imprese singole in forma di società commerciali o cooperative, oppure da consorzi di cooperative o da consorzi stabili. Il sistema di qualificazione è ordinato per classifiche riferite all'importo lordo degli affidamenti per cui si concorre; esse delimitano l'ambito di azione del contraente generale, cosicché non è possibile concorrere per lavori di importo superiore a quello della classifica di iscrizione (pur se è ammessa l'associazione ad altro contraente generale).

Il nuovo sistema di qualificazione, sostituisce le precedenti classifiche di qualificazione determinate dall'ANAC<sup>75</sup>, e rinvia dunque al regolamento unico di attuazione *ex* art. 216, comma 27 *octies*, comma 2, lett. c) l'individuazione degli ulteriori requisiti di idoneità tecnica e finanziaria necessari, nonché organizzativa.

Le modalità procedurali sono contemplate dall'art. 199, che stabilisce che l'emissione ed il rinnovo dell'attestazione del possesso dei requisiti dei contraenti generali venga rilasciata secondo le procedure ordinarie; quest'ultimo, se avviene con ritardo per fatto imputabile all'amministrazione, non incide sul contraente generale che ben può partecipare alle gare con l'attestazione di qualificazione in suo possesso, poiché essa viene prorogata nella sua validità sino al rilascio di quella rinnovata (comma 2 dell'art. 199, così come di recente modificato dal d.l. n. 32/2019 e dall'art. 1, comma 20, lett. *ff*) della legge n. 55/2019) senza tuttavia poter superare la propria durata triennale<sup>76</sup>.

---

modifiche legislative avvenute nel 2019. Invero, come già chiaramente indicato nel parere dall'Adunanza della Commissione speciale del 7 giugno 2017 (affare 903, parere n. 1479) reso sull'interpretazione degli artt. 197 e 199 del Codice, relativamente alla competenza ad emanare gli atti di attuazione del sistema di qualificazione, l'ANAC dovrà astenersi «*dal predisporre linee guida aventi ad oggetto il sistema di qualificazione, trattandosi ... di un compito che spetta al Ministero*» tramite il regolamento unico ai sensi dell'art. 83.2 del Codice come novellato dal d.l. n. 32/2019 e dalla legge n. 55/2019.

<sup>74</sup> Nel Sistema unico sopra indicato rivestono una valenza centrale le SOA per le quali lo stesso art. 84, al comma 2, rinvia a Linee guida ANAC in attuazione dell'art. 216.14, per la definizione dei livelli standard di qualità di controlli. Sistema da intendersi modificato a favore del Ministero, a seguito degli interventi legislativi del 2017 e del parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, illustrato alla nota che precede e più recentemente dalla novella del 2019.

<sup>75</sup> Secondo quanto prevedeva l'art. 197, comma 3, soppresso ancora con il citato d.l. n. 32/2019.

<sup>76</sup> Come stabilito dall'art. 199.3, modificato sin dal c.d. «correttivo» del 2017 all'art. 117.1, lett. *a*).

Il Ministero delle infrastrutture<sup>77</sup> provvede a rilasciare l'attestazione del possesso dei requisiti sin qui delineata nelle more dell'adozione del più volte menzionato regolamento di cui all'art. 216, comma 27 *octies* (così l'art. 199, comma 4)<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Le regole e i modelli di domanda da utilizzare per la qualificazione dei *general contractors*, contenuti nel d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (*Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*), sono stati organizzati nella guida «*Istruzioni pratiche per la compilazione e per la presentazione della domanda di Qualificazione a Contraente Generale*» che si rinviene sul web al link <http://www.mit.gov.it/come-fare-per/infrastrutture/infrastrutture-strategiche/qualificazione-contraente-generale>.

<sup>78</sup> In precedenza la norma prevedeva che il sistema attendesse le Linee guida ANAC, di cui all'art. 83, comma 2; esse avrebbero stabilito altresì i criteri di valutazione con i quali le stazioni appaltanti avrebbero considerato gli attestati presentati in sede di gara durante il periodo di coesistenza delle diverse modalità di attestazione di qualificazione. Ai sensi dell'art. 83, comma 2 (nella precedente formulazione) all'ANAC rimaneva anche il potere di proposta del testo del decreto – avente ad oggetto il sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro – che era stata infatti inviata al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e pubblicata il 14 marzo 2018.

