

DALLA “LEGGE OBIETTIVO” AL “NUOVO CODICE DEGLI APPALTI”: la rivisitazione dell’istituto del contraente generale

di Giuseppe Mosa

Data di pubblicazione: 25-9-2016

Un’autentica novità apportata dal nuovo Codice Appalti è stata la cancellazione della l. 21.12.2001, n. 443 (c.d. legge obiettivo), la legge di semplificazione per le grandi opere strategiche, che di fatto aveva creato una incomprensibile doppia programmazione nelle opere statali. Quello che invece non è stato abrogato ma solo “rivisitato” dal legislatore è il “braccio operativo” della legge obiettivo, e cioè il general contractor, l’affidamento ai privati “chiavi in mano” della progettazione e realizzazione dell’opera. Il governo ha ritenuto di lasciare aperta la possibilità di affidare a soggetti con adeguate capacità tecniche, organizzative e finanziarie la “realizzazione con qualsiasi mezzo dell’opera”, anche se con due profonde differenze rispetto all’istituto pensato nel 2002 da Berlusconi e Lunardi. A gara dovrà andare il progetto almeno definitivo, e non più anche il preliminare e la direzione lavori (cioè il controllo dei cantieri) non sarà più affidata agli stessi privati ma resterà in capo all’amministrazione appaltante.

Il presente lavoro si prefigge di tracciare l’evoluzione normativa dell’istituto del contraente generale onde rendere pienamente comprensibile all’operatore del diritto la ratio sottesa alla novella legislativa, con lo scopo di favorirne un’interpretazione storicamente e teleologicamente orientata.

Sommario: 1. L’evoluzione normativa dell’istituto del contraente generale. – 2. Le prescrizioni della legge delega 28.01.2016 n. 11 – 3. La disciplina del contraente generale nel nuovo codice degli appalti. – 4. Considerazioni conclusive e notazioni critiche. 5. La dottrina.

1. L'evoluzione normativa dell'istituto del contraente generale

Con la dizione **contraente generale o *general contractor*** si definisce, nel lessico tecnico-giuridico, quello *strumento che consente l'affidamento ad un soggetto di una pluralità di prestazioni volte a consentire la realizzazione di un'opera pubblica di particolare complessità, dalla sua progettazione alla fase esecutiva.*

Storicamente l'istituto ha trovato una **prima specifica previsione** nel nostro ordinamento con la ***l. 21.12.2001, n. 443*** (c.d. *legge obiettivo*), disciplina nata con l'esplicito intento di snellire e accelerare la realizzazione di grandi infrastrutture e degli insediamenti strategici a prevalente interesse nazionale.

Tale normativa si poneva in linea con il dettato comunitario e rappresentava altresì il risultato della consapevolezza che per la realizzazione di opere pubbliche particolarmente complesse, l'affidamento ad un unico soggetto responsabile dell'intera realizzazione dell'opera costituiva la scelta ottimale per la P.A. committente in termini di risparmio di costi, tempi e qualità di realizzazione.

Le previsioni programmatiche di cui alla legge obiettivo trovarono poi attuazione nel ***d.lgs 20.08.2002 n. 190***, con il quale **il legislatore provvede a delineare il profilo e le modalità operative del contraente generale**, quale soggetto che assume in se le funzioni di progettista, costruttore e in parte anche finanziatore dell'opera da realizzare, accollandosene integralmente la responsabilità economica, impegnandosi a fornire un pacchetto finito con prezzi, termini di consegna e qualità predeterminati contrattualmente.

Successivamente con il ***d.lgs 10.01.2005 n. 9***, *icasticamente rubricato "integrazioni al decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190"* venne **istituito un sistema di qualificazione dei contraenti generali** delle opere strategiche, distinto dal sistema di qualificazione delle opere delle imprese meramente esecutrici di lavori pubblici, in base al quale per avere la qualifica di contraente generale l'impresa doveva dimostrare il possesso di un'adeguata struttura tecnico-progettuale e organizzativa. Tale scelta si rese necessaria sia in ragione della diversità delle attività che il contraente generale è chiamato a compiere rispetto al mero appaltatore, sia per le dimensioni anche economiche delle opere da realizzare.

La disciplina del contraente generale, contenuta nel combinato disposto dei decreti legislativi 190 del 2002 e 189 del 2005, fu poi trasfusa come ebbe a chiarire la "commissione De Lise" senza alcuna modificazione ma con semplici adattamenti lessicali alla nuova collocazione nel D.lgs 12.04.2006 n. 163 (c.d. "*codice degli appalti*") in particolare nella parte II, titolo III, capo IV, agli artt. 162, 172,173 e 176.

Più specificatamente, l'art. 162 comma 1 lett. g) del citato decreto legislativo definiva il contraente generale con un'accezione oggettivizzante come "*il contratto con il quale viene affidata la progettazione e realizzazione con qualsiasi mezzo di una infrastruttura rispondente alle esigenze specificate dal soggetto aggiudicatore*".

Le recenti **direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del**

Consiglio del 26.02.2014 in materia di appalti e concessioni hanno determinato il legislatore ha emanare la ***l. 28.01.2016 n. 11***, contenente la delega al governo ad adottare, in attuazione delle stesse, un decreto legislativo di riordino della vigente disciplina in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Per quanto all'interno delle suddette direttive l'istituto del contraente generale non trovi una connotazione autonoma, ricadendo nel **genus appalto di lavori quale sua modalità di "esecuzione con qualsiasi mezzo"**, tuttavia il legislatore nella legge delega ha fornito alcune specifiche prescrizioni relativamente alla disciplina dell'affidamento dell'appalto al contraente generale.

Nei paragrafi che seguono si passeranno in rassegna le principali novità che la legge delega ha apportato all'istituto del contraente generale ora contenuta negli artt. da 194 a 199 del D.lgs 18 aprile 2016, n. 50 (nuovo codice degli appalti) rispetto alle speculari disposizioni del D.lgs 12 aprile 2006, n. 163.

2. Le prescrizioni della legge delega 28.01.2016 n. 11

Preliminarmente va precisato come nella menzionate direttive comunitarie la figura del contraente generale non sia specificatamente codificata rientrando la stessa nella più generica nozione di appalto di lavori, nella declinazione della sua "esecuzione con qualsiasi mezzo".

Tuttavia, nell'ambito della libertà lasciata dalle direttive, la Legge delega dedica alcuni precisi punti alla figura del contraente generale.

In particolare, nell'ottica di evitare un conflitto di interessi, questa ha disposto all'**art. 1 co. 3 lett. II)** che: "**è vietata, negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, l'attribuzione dei compiti di responsabile o direttore dei lavori allo stesso contraente generale o soggetto collegato**". Ha inoltre sottoposto anche gli **insediamenti produttivi strategici privati** alle forme di contabilità e collaudo previste per le opere pubbliche, in analogia alle prescrizioni operanti per quest'ultime.

Il comma 9 della stessa legge con disposizione autonoma ed immediatamente precettiva statuisce che: "*a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, è comunque vietata negli appalti pubblici di lavori, affidati a contraente generale ai sensi dell'articolo 176 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, l'attribuzione di compiti di responsabile o di direttore dei lavori allo stesso contraente generale. Il suddetto divieto si applica anche alle procedure di appalto già bandite alla data di entrata in vigore della presente legge, incluse quelle già espletate per le quali la stazione appaltante non abbia ancora proceduto alla stipulazione del contratto con il soggetto aggiudicatario*".

Con tale indicazione **il legislatore della riforma ha inteso rafforzare il principio** di cui all'art. 1, co. 3, lett. II) **vietando anche le procedure già in itinere per le quali non sia stato stipulato il contratto**, prevedendo che, a decorrere dalla data di entrata in vigore della stessa

legge, è comunque vietata negli appalti pubblici di lavori, affidati a contraente generale ai sensi dell'art. 176 del D.Lgs. n. 163/2006 e successive modificazioni, l'attribuzione di compiti di responsabile o di direttore dei lavori allo stesso contraente generale.

In particolare il divieto si applica anche alle procedure di appalto già bandite alla data di entrata in vigore della presente legge, *“includere quelle già espletate per le quali la stazione appaltante non abbia ancora proceduto alla stipulazione del contratto con il soggetto aggiudicatario”*.

Correlativamente all'**art. 1 comma 3 lett. mm)** è stata prevista la creazione presso il ministero delle infrastrutture e dei trasporti di un albo nazionale obbligatorio dei soggetti che possano ricoprire rispettivamente i ruoli di responsabile dei lavori, di direttore dei lavori e di collaudatore negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, prevedendo specifici requisiti di moralità, di competenza e di professionalità e la loro nomina nelle procedure di appalto mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno triplo per ciascun ruolo da ricoprire e prevedendo, altresì, che le spese di tenuta dell'albo siano poste a carico dei soggetti interessati.

Tale principio ha trovato recepimento nel nuovo codice degli appalti all'art. 196, norma dedicata specificatamente ai controlli sull'esecuzione e collaudo delle infrastrutture, che al comma 3 rimanda espressamente per i ruoli di direttore dei lavori e di collaudatore ai soggetti iscritti all'albo nazionale obbligatorio da istituire presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le modalità da determinare con apposito decreto ministeriale (da adottare entro sei mesi dall'entrata in vigore del nuovo codice).

Detto articolo, inoltre, per le opere di grande rilevanza o complessità, consente al soggetto aggiudicatore di autorizzare le commissioni di collaudo ad avvalersi di servizi di supporto e di indagine di soggetti specializzati nel settore. E anche in questo caso, sempre nell'ottica di evitare un conflitto di interessi, ricorre il divieto per l'affidatario del supporto al collaudo, di avere rapporti di collegamento con chi ha progettato, diretto, sorvegliato in tutto o in parte l'infrastruttura.

Inoltre l'**art. 1 comma 3 lett. oo)** con una previsione di ambito tendenzialmente generale, pone il **principio dell'esclusione dell'affidamento dei lavori sulla base della sola progettazione di livello preliminare**.

Trattasi di scelta autonoma in quanto le direttive comunitarie non pongano limiti all'affidamento contestuale di progettazione e di esecuzione a uno stesso soggetto e, in particolare, nella figura del contraente generale (che costituisce una esecuzione con qualsiasi mezzo o c.d. "chiavi in mano").

Sul piano dell'opzione formulata dalla legge delega, la stessa, da un lato, pone quale criterio, nel recepimento delle direttive, il divieto di **gold plating** (e, cioè, di introdurre livelli di regolazione più severi), ma, dall'altro lato, pone in termini generali il principio del divieto di gare affidate sulla base del solo progetto preliminare (lett. oo) della delega). L'attuazione della legge delega ha seguito l'opzione del divieto di affidamento del progetto definitivo al contraente generale. Rispetto, dunque, alla disciplina recata dall'art. 176 del d.lgs. n.

163/2006 la delega ha imposto requisiti più stringenti ovvero:

- a) il contraente generale non ha più la direzione dei lavori né i compiti del RUP;
- b) il contraente generale non espleta la progettazione definitiva, ma solo quella esecutiva;

3. La disciplina del contraente generale nel nuovo codice degli appalti

Nel nuovo codice degli appalti al contraente generale sono dedicati gli artt. da 194 a 199, collocati a livello sistematico, all'interno del **titolo III, parte IV**, dedicata anche al partenariato pubblico privato.

In particolare l'**art. 194**, che disciplina l'**affidamento unitario a contraente generale**, riprende in buona parte le disposizioni dell'art. 176 del D.Lgs. n. 163/2006.

Con tale contratto: *“il soggetto aggiudicatore affida ad un soggetto dotato di adeguata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto definitivo redatto dal soggetto aggiudicatore e posto a base di gara, ai sensi dell'articolo 195, comma 2, a fronte di un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori”*.

Quanto alle **prestazioni del contraente generale il comma 2, lett. a), dell'art. 194, demanda al contraente generale il solo progetto esecutivo**, laddove la corrispondente previsione dell'art. 176 e dell'art. 177 comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, gli demandava anche il progetto definitivo, ove lo stesso non fosse già stato messo a base di gara (C.f.r. a tal proposito l'art. 1 comma 3 lett. oo) della legge delega e quanto precisato al paragrafo che precede).

In tal senso depone anche, con previsione ancor più esplicita, l'**art. 195, comma 2**, secondo cui **a base di gara si pone il progetto definitivo**.

Le altre disposizioni prevedono che la **scelta dell'affidamento al contraente generale** deve essere motivata dalla stazione appaltante in ragione della complessità e di altre esigenze al fine di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza ed economicità. L'aggiudicazione avviene mediante procedura ristretta. Resta ferma la possibilità per i soggetti aggiudicatori, analogamente a quanto prevedeva il comma del 3 art. 117 del 163/2006, di stabilire e 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.

Il collaudo (art. 196) delle infrastrutture avviene con le modalità e nei termini previsti dall'art. 102. Come si è accennato tale disciplina è indicata nella Legge delega all'art. 1 co. 3, lett. mm) (C.f.r. par. 2) ove si prevede, in particolare, la creazione presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di un albo nazionale obbligatorio dei soggetti che possano ricoprire rispettivamente i ruoli di responsabile dei lavori, di direttore dei lavori e di collaudatore negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, prevedendo

specifici requisiti di moralità, di competenza e di professionalità e la loro nomina nelle procedure di appalto mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno triplo per ciascun ruolo da ricoprire e prevedendo, altresì, che le spese di tenuta dell'albo siano poste a carico dei soggetti interessati. La nomina dei collaudatori nelle procedure di appalto avviene mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno triplo per ciascun ruolo da ricoprire e prevedendo, altresì, che le spese di tenuta dell'albo siano poste a carico dei soggetti interessati. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con proprio decreto disciplina le modalità di iscrizione all'albo e di nomina e che, fino all'istituzione dell'albo, possano svolgere il ruolo di direttore dei lavori e di collaudatore i soggetti in possesso dei requisiti di cui alla vigente normativa, ferma restando l'incompatibilità con la funzione di responsabile unico del procedimento. A fronte di tali indicazioni, il Consiglio di Stato nel suo parere ha indicato al legislatore di modificare l'art. 196 dello schema presentato, nel modo seguente:

«1. È vietata al soggetto aggiudicatore l'attribuzione dei compiti di responsabile o direttore dei lavori o di collaudatore allo stesso contraente generale o a soggetto collegato.

2. Al collaudo delle infrastrutture si provvede con le modalità e nei termini previsti dall'articolo 102.

3. Per le infrastrutture di grande rilevanza e complessità il soggetto aggiudicatore può autorizzare le commissioni di collaudo ad avvalersi dei servizi di supporto e di indagine di soggetti specializzati nel settore. Gli oneri relativi sono a carico dei fondi a disposizione del soggetto aggiudicatore per la realizzazione delle predette infrastrutture con le modalità e i limiti stabiliti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. L'affidatario del supporto al collaudo non può avere rapporti di collegamento con chi ha progettato, diretto, sorvegliato o eseguito in tutto o in parte l'infrastruttura.

4. Per gli appalti pubblici di lavori, aggiudicati con la formula del contraente generale, è istituito presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti un albo nazionale obbligatorio dei soggetti che possono ricoprire rispettivamente i ruoli di responsabile dei lavori, di direttore dei lavori e di collaudatore.

5. La loro nomina nelle procedure di appalto avviene mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno triplo per ciascun ruolo da ricoprire e prevedendo, altresì, che le spese di tenuta dell'albo siano poste a carico dei soggetti interessati.

6. Con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sono disciplinate le modalità di iscrizione all'albo e di nomina.

7. Fino all'istituzione dell'albo di cui al comma 4, possono svolgere il ruolo di direttore dei lavori e di collaudatore i soggetti in possesso dei requisiti di cui alla vigente normativa, ferma restando l'incompatibilità con la funzione di responsabile unico del procedimento».

Il legislatore ha, pertanto, proceduto essenzialmente a recepire le indicazioni dei giudici amministrativi in fase di pubblicazione del D.lgs. n. 50/2016.

Novità importante introdotta dal nuovo codice è l'istituzione del sistema di qualificazione del contraente generale (art. 197) e individua gli operatori economici che possono richiedere la qualificazione. Tale norma deve essere integrata con quella di cui all'**art. 199** che stabilisce che l'attestazione del possesso dei requisiti dei contraenti generali venga rilasciata secondo le procedure ordinarie. Il sistema di qualificazione dei contraenti generali passerà dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, dove è attualmente gestito, all'ANAC a partire dall'adozione delle relative linee guida.

Per partecipare alla gara (**art. 198**) la norma entrata in vigore prevede che i soggetti aggiudicatori hanno la facoltà di richiedere agli offerenti per le singole gare. Viene abrogata la disposizione prevista nel vecchio codice per le imprese affidatarie designate di documentare l'esecuzione di lavori analoghi dimostrando di avere eseguito opere ricadenti in specifiche categorie. Il nuovo codice dispone, inoltre, che non possono concorrere alla medesima gara imprese collegate, né è possibile concorrere alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio, ovvero di concorrere alla gara anche in forma individuale qualora abbiano partecipato alla gara medesima in associazione o consorzio, anche stabile. Al contrario, i contraenti generali dotati della adeguata e competente classifica di qualificazione per la partecipazione alle gare possono partecipare alla procedura in associazione o consorzio con altre imprese, purché queste ultime siano ammesse, per qualunque classifica, al sistema di qualificazione ovvero siano qualificabili, per qualunque classifica.

4. Considerazioni conclusive e notazioni critiche

La sostanziale autonomia di cui gode il contraente generale nell'esecuzione dei lavori, analogamente al concessionario di lavori pubblici, ha permesso in passato ai soggetti beneficiari di tale qualifica di creare un vero e proprio mercato dei sub-affidamenti e di gestire una rilevante rendita di posizione, suscettibile di scambi occulti.

Chi infatti possiede i requisiti per l'affidamento unitario a contraente generale poteva (e può) gestire l'esecuzione dell'opera, i sub-affidamenti, le dovute attività collaterali e di progettazione, nonché le necessarie espropriazioni tramite delega in maniera libera, **assoggettando i rapporti con i terzi a norme civilistiche, salvo quanto previsto dalle verifiche antimafia per i lavori pubblici**, quali la tracciabilità dei flussi finanziari delle risorse totalmente o parzialmente utilizzate dal contraente.

Come si è visto rispetto alla precedente normativa, **il contraente generale non provvede più alla direzione dei lavori**, in quanto è **il soggetto aggiudicatore che nomina il direttore dei lavori e i collaudatori**. Viene, altresì, previsto un costante **monitoraggio dei lavori** anche mediante un **comitato permanente**, costituito dai **rappresentanti sia dell'amministrazione sia del contraente generale (art. 194, comma 3, lettera c)**. Inoltre, non sussistendo più l'intervento del CIPE, vengono rimesse al soggetto aggiudicatore tutte le attività necessarie

all'approvazione del progetto definitivo, ove detto progetto non sia stato posto a base di gara (**art. 194, comma 3, lettera a**).

Questo sono modifiche che sicuramente vanno accolte con favore, atteso che istituiscono un **sistema di contrappesi** che tende ad equilibrare l'autonomia organizzativa e gestionale del contraente generale e quindi a contemperare il principio di *efficienza* dell'azione amministrativa con quello di *trasparenza*, diretto a favorire **la massima circolazione possibile delle informazioni all'interno del sistema amministrativo**, ma anche fra quest'ultimo ed il mondo esterno.

Per questo stesso ordine di ragioni ci si sarebbe atteso qualche sforzo in più da parte del legislatore per quanto concerne la stesura delle norme relativa **all'affidamento a terzi dei lavori del contraente generale (art. 194, commi 6, 7 e 8)**, il quale invece ha confermato pedissequamente la previgente disciplina del D.lgs. 163/2006 che consente al soggetto privato l'affidamento a terzi dei lavori **nei limiti e alle condizioni previste per gli appaltatori di lavori pubblici**.

In quest'ottica **l'istituzione del nuovo sistema di qualificazione e il rafforzamento dei compiti dell'ANAC appaiono strumenti idonei a temperare l'elevato grado di discrezionalità affidato al contraente generale ma non sufficienti a prevenire, con la dovuta durezza, il fenomeno corruttivo** (C.f.r. p. 3).

E d'altronde questo è un obiettivo così ambizioso da non poter essere perseguito con **riforme legislative di carattere settoriale**, essendo necessari, al contrario, **interventi di sistema**, capaci come tali di collegare il recepimento delle direttive alle altre riforme, a iniziare da quella dell'amministrazione, della ridefinizione delle autonomie, dell'agenda digitale, delle semplificazioni.

5. La dottrina

R. De Nictolis, R. Garofoli, M. A.Sandulli, Trattato sui contratti pubblici, Milano, 2008; M. La Salvia, *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, Roma, 2016; A. Massari, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Maggioli editore, 2016; F. Caringella, P. Mantini, M. Giustiniani, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - Commento organico al D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Roma, 2016; M. Panato, N. Sperotto, V. Giannotti, *Il regime dei contratti esclusi e il partenariato pubblico privato*, Assago, 2016; F. Garella, M. Mariani, *Il codice dei contratti pubblici, Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, Torino, 2016, R. Garofoli, *La nuova disciplina degli appalti pubblici e della trasparenza*, Roma, 2016, A.M. Cabiddu., M. C. Colombo, *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici, appalti e concessioni*, Assago, 2016.

