



Delibera n. 437 del 9 maggio 2018

Livello di progettazione necessario per l'affidamento di una concessione di lavori.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'Adunanza del 9 maggio 2018;

VISTO l'articolo 213, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) che attribuisce all'Autorità il compito di garantire, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche;

VISTA la definizione di concessione di lavori di cui all'articolo 3, comma 1, lettera uu), del Codice dei contratti pubblici;

VISTO l'articolo 23 del Codice dei contratti pubblici che demanda a un decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, la definizione dei contenuti della progettazione nei tre livelli progettuali;

VISTO l'articolo 59 del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui dà attuazione al principio della limitazione del ricorso all'appalto integrato;

VISTA la Parte III del Codice dei contratti pubblici, inerente i contratti di concessione, e la Parte IV del medesimo Codice, inerente il partenariato pubblico e privato, il contraente generale e altre modalità di affidamento;

CONSIDERATO che sono pervenute diverse richieste di chiarimento in ordine al livello di progettazione necessario per l'affidamento di una concessione;

CONSIDERATO che il citato decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti non è stato ancora emanato;

RITENUTO necessario fornire indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici in merito al livello di progettazione per l'affidamento di concessioni, nelle more di emanazione del suddetto decreto;

DELIBERA

di esprimere le valutazioni riportate in merito al livello di progettazione necessario per l'affidamento di una concessione di lavori.

Nel nuovo assetto normativo, la concessione di lavori è definita, all'articolo 3, comma 1, lettera uu), del Codice dei contratti pubblici, come «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere».

L'oggetto del contratto di concessione, inizialmente limitato alla sola esecuzione di lavori, è stato ampliato dall'articolo 4, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, prevedendo anche *i)* la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori e *ii)* la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori. Tale definizione dell'oggetto del contratto coincide con quella riportata, nel previgente sistema normativo, all'articolo 3, comma 11, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Al riguardo, si osserva che, nel sistema previgente, sulla base delle indicazioni di cui articolo 143, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 163/2016, la concessione di lavori aveva ad oggetto, di regola, la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori; nel caso in cui la stazione appaltante avesse avuto la disponibilità del progetto definitivo ed esecutivo, ovvero del progetto definitivo, poteva essere oggetto di affidamento la revisione della progettazione ovvero il completamento della stessa. Di regola, quindi, la stazione appaltante affidava una concessione di lavori ponendo a base di gara il progetto preliminare.

Ad oggi, sulla base della definizione di concessione di lavori di cui al citato articolo 3, comma 1, lettera uu), del Codice dei contratti pubblici, la stazione appaltante sembra avere due possibilità: *i)* affidare la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, ponendo a base di gara il progetto definitivo, e *ii)* affidare la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, ponendo a base di gara il progetto di fattibilità tecnica ed economica, che ha sostituito il progetto preliminare.

Appare, tuttavia, opportuna una lettura congiunta della suddetta disposizione normativa con quelle inerenti la limitazione del ricorso all'appalto integrato, introdotte nel Codice dei contratti pubblici in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11.

Come noto, all'articolo 1, comma 1, lettera oo), della predetta legge delega è enunciato il principio della «valorizzazione della fase progettuale negli appalti pubblici e nei contratti di

concessione di lavori, promuovendo la qualità architettonica e tecnico-funzionale, ..., limitando radicalmente il ricorso all'appalto integrato, tenendo conto in particolare del contenuto innovativo o tecnologico delle opere oggetto dell'appalto o della concessione in rapporto al valore complessivo dei lavori e prevedendo di norma la messa a gara del progetto esecutivo; esclusione dell'affidamento dei lavori sulla base della sola progettazione di livello preliminare, ...».

In attuazione di quanto sopra, il Codice dei contratti pubblici nella stesura originaria dell'articolo 59 ha sancito che «gli appalti relativi ai lavori sono affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo» e che è «vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità».

Il decreto legislativo n. 56/2017, recuperando l'indicazione della legge delega, ha previsto la possibilità di ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori sulla base del progetto definitivo redatto dall'amministrazione aggiudicatrice nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori (articolo 59, comma 1-bis, Codice dei contratti pubblici). Il decreto correttivo ha, altresì, ampliato le ipotesi eccezionali di ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, includendo, in aggiunta alle ipotesi già indicate, anche quella della locazione finanziaria e delle opere di urbanizzazione a scomputo.

Ad oggi la formulazione dell'articolo 59, comma 1, del decreto legislativo n. 50/2016, per la parte che qui rileva, è la seguente: «Fatto salvo quanto previsto al comma 1-bis, gli appalti relativi ai lavori sono affidati, ponendo a base di gara il progetto esecutivo, il cui contenuto, come definito dall'articolo 23, comma 8, garantisce la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi e dei costi previsti. È vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità, locazione finanziaria, nonché delle opere di urbanizzazione a scomputo di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e). Si applica l'articolo 216, comma 4-bis.».

Ai fini della trattazione, è fondamentale richiamare anche il comma 1-bis, secondo il quale «Le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori.».

Il comma 1, secondo periodo, dell'articolo 59 del codice, quindi, sancisce l'obbligo di affidare i lavori pubblici ponendo a base di gara il progetto esecutivo, fatta salva la possibilità, ai sensi del comma 1-bis del medesimo articolo, per i casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori, di affidare congiuntamente progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori. Per i casi di cui al comma 1-bis, quindi, l'affidamento può avvenire anche sulla base del progetto definitivo e, in tal

caso, il contratto avrà ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori.

Non appare, invece, altrettanto chiara la definizione del livello di progettazione che può essere affidato congiuntamente all'esecuzione dei lavori nelle ulteriori ipotesi di inapplicabilità del divieto di ricorso all'appalto integrato, delineate all'articolo 59, comma 1, terzo periodo, del Codice dei contratti pubblici, tra cui è ricompresa anche la concessione di lavori; la norma si limita, infatti, a elencare una serie di ipotesi per le quali il divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione non si applica, senza specificare il livello di progettazione cui si fa riferimento.

La mancata specificazione, a differenza di quanto fatto al comma 1-bis del medesimo articolo ove si parla espressamente di progettazione esecutiva, lascia presupporre che il legislatore abbia inteso far riferimento alla possibilità di affidare, congiuntamente all'esecuzione, non solo la progettazione esecutiva ma anche la progettazione definitiva. Ciò sembra confermato dalle specificità delle singole fattispecie derogatorie le quali, sulla base delle disposizioni normative di dettaglio riportate nel Codice dei contratti pubblici, sono caratterizzate da un affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione, partendo però da un diverso livello di progettazione posto a base di gara, che in genere è definito nelle medesime disposizioni. Nello specifico, nei casi di affidamento a contraente generale *ex* articolo 194, la stazione appaltante pone a base di gara il progetto definitivo, nei casi di finanza di progetto *ex* articolo 183, locazione finanziaria *ex* articolo 187, in quelle di opere di urbanizzazione a scomputo *ex* articolo 1, comma 2, lett. e), l'affidamento avviene sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica e nel caso di contratto di disponibilità *ex* art. 188 ponendo a base di gara il capitolato prestazionale.

In via incidentale, si segnala un mancato coordinamento tra l'articolo 181, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, relativo alle procedure di affidamento dei contratti di partenariato, in virtù del quale l'affidamento avviene ponendo a base di gara il progetto definitivo, e le prescrizioni contenute nei singoli articoli relativi alle singole tipologie di partenariato – come puntualmente declinate all'art. 180, comma 8 – che riconoscono la possibilità di mettere a gara il progetto di fattibilità (cfr. articolo 183, comma 1, e articolo 187, comma 6) o il capitolato prestazionale (cfr. articolo 188, comma 3).

A differenza delle disposizioni normative inerenti le fattispecie sopra richiamate, le disposizioni di cui alla Parte III del Codice dei contratti pubblici non disciplinano il livello di progettazione da porre a base di gara per l'affidamento di una concessione di lavori. Ne consegue la necessità di dover fare riferimento, ancora una volta, alla definizione di concessione di lavori che, come inizialmente indicato, sembra consentire alla stazione appaltante di porre a base di gara il progetto definitivo o il progetto di fattibilità tecnica ed economica.

Con riferimento alla possibilità di porre a base di gara il progetto di fattibilità tecnica ed economica, appare opportuno valutare la conciliabilità della stessa con le previsioni di cui all'articolo 1, comma 1, lettera oo), della legge n. 11/2016, nella parte in cui hanno sancito il divieto di affidamento dei lavori sulla base del solo progetto preliminare, sostituito nel nuovo Codice dei contratti pubblici proprio dal progetto di fattibilità tecnica ed economica.

Al riguardo, si osserva che la medesima legge delega all'articolo 1, comma 1, lettera tt), ha, altresì, affermato il principio della previsione espressa da parte delle stazioni appaltanti, «al fine di agevolare e ridurre i tempi delle procedure di partenariato pubblico privato, ..., delle modalità e delle tempistiche per addivenire alla predisposizione di specifici studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria derivante dalla verifica dei livelli di bancabilità, garantendo altresì l'acquisizione di tutte le necessarie autorizzazioni, pareri e atti di assenso comunque denominati entro la fase di aggiudicazione».

Appare evidente come il legislatore abbia inteso prevedere una deroga al principio generale di affidamento dei lavori sulla base del solo progetto esecutivo per i contratti di partenariato pubblico privato, consentendo così di porre a base di gara anche il progetto di fattibilità tecnica ed economica che, rispetto al previgente progetto preliminare, come evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere 1 aprile 2016, n. 855, è connotato «da un maggior grado di dettaglio ed una analisi comparativa delle diverse soluzioni in termini di costi e benefici per la collettività e della qualità ed efficienza energetica dell'opera», essendo richiesto anche il rispetto dei «vincoli idrogeologici, sismici e forestali».

Deroga che è stata applicata ai sistemi di realizzazione delle opere, quali il contraente generale, la finanza di progetto, l'affidamento in concessione, il partenariato pubblico privato, il contratto di disponibilità e la locazione finanziaria, per loro natura diversi da quelli ordinari e per i quali l'affidamento della progettazione è funzionalmente necessaria all'adozione del sistema medesimo, al fine di acquisire i benefici della progettazione delle imprese.

L'intenzione del legislatore delegato di ammettere la possibilità di affidare la concessione di lavori ponendo a base di gara il progetto di fattibilità tecnica ed economica, demandando la redazione del progetto definitivo al concessionario, è rilevabile anche da ulteriori disposizioni normative riportate nella Parte III del Codice dei contratti pubblici. All'articolo 165, si afferma, infatti, che la sottoscrizione del contratto di concessione è possibile solo a seguito dell'approvazione del progetto definitivo (comma 3) e che in alcuni casi di risoluzione del contratto, puntualmente individuati, le spese relative alla progettazione definitiva non saranno oggetto di rimborso.

Si ritiene, pertanto, che la concessione di lavori possa essere affidata ponendo a base di gara il progetto definitivo o il progetto di fattibilità tecnica ed economica.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 maggio 2018.

Il Segretario Maria Esposito