DELIBERA N. 96 DEL 8 febbraio 2016

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da A.N.C.E. – Associazione Nazionale Costruttori Edili – Affidamento unitario a contraente generale della progettazione esecutiva e della realizzazione dei lavori di ristrutturazione, trasformazione ed ampliamento degli impianti tecnologici delle sedi della SOGEI S.p.A., nonché affidamento del servizio di supporto tecnico specialistico agli impianti tecnologici interessati dall'intervento – Importo a base di gara: euro 22.020.383,93 - S.A.: Provveditorato alle Opere Pubbliche per Lazio, Abruzzo, Sardegna
PREC 72/16/S

Affidamento unitario a contraente generale – prefinanziamento totale o parziale dell'opera – prestazione tipica del contraente generale
Il prefinanziamento dell'opera è un'obbligazione tipica del contratto di affidamento unitario a contraente generale che deve necessariamente essere assunta dal contraente generale. 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.
Art. 194 d.lgs. n. 50/2016

Considerato in fatto
Con istanza acquisita al protocollo n. 160689 del 31 ottobre 2016, l'A.N.C.E. – Associazione Nazionale Costruttori Edili ha contestato la legittimità del bando con cui il Provveditorato alle Opere Pubbliche per Lazio, Abruzzo, Sardegna ha indetto la gara per l'affidamento unitario a contraente generale della progettazione esecutiva e della realizzazione dei lavori di ristrutturazione, trasformazione ed ampliamento degli impianti tecnologici delle sedi della SOGEI S.p.A., nonché l'affidamento del servizio di supporto tecnico specialistico agli impianti tecnologici interessati dall'intervento, per l'asserita assenza dei presupposti legittimanti il ricorso alla richiamata tipologia di affidamento.
Ad avviso dell'istante, il bando contestato sarebbe stato emanato in violazione delle prescrizioni dettate dalla disciplina dell'istituto del contraente generale (art. 194 e ss, del d.lgs. 50 del 2016), non proporzionato rispetto all'importo e alle caratteristiche dell'intervento e quindi fortemente lesivo dei principi di concorrenza e massima partecipazione.
Per ciò che concerne il primo aspetto, l'istante evidenzia che il bando non prevede l'onere di prefinanziamento, totale o parziale, dell'opera a carico del contraente (art. 194, comma 2, lett. d) e dunque non indica la quota di valore dell'opera che deve essere realizzata con risorse anticipate dal contraente generale (art. 194, comma 12) né prevede, tra i criteri di valutazione dell'offerta, il punteggio per il maggior prefinanziamento offerto (art. 195, comma 4); all'opposto, il bando prevede a favore del contraente generale l'anticipazione del 20% dell'importo contrattuale. L'utilizzo del modello dell'affidamento a Contraente Generale, pur in assenza dei requisiti legittimanti, sarebbe dovuto,

secondo l'istante, alla necessità di aggirare il generale divieto di affidamento congiunto della progettazione e della esecuzione dei lavori (introdotto dall'art. 59 del d.lgs. n. 50/2016), al cui ambito di applicazione è sottratto l'affidamento a Contraente Generale, come sarebbe confermato dalla circostanza che la gara in esame appare essere la ri-pubblicazione della gara avente il medesimo oggetto pubblicata sulla GUE in data 20 aprile 2016 (quindi immediatamente dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016) con la veste di appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione lavori.
L'istante lamenta inoltre la sproporzione del requisito di qualificazione richiesto rispetto all'entità della gara, tenuto conto che la I classifica di qualificazione del Sistema di Qualificazione del Contraente Generale tenuto dal Ministero delle Infrastrutture (e ancora vigente ex art. 199) abilita alla partecipazione ad affidamenti fino a 350 milioni di euro, a fronte di una base d'asta di circa 22 milioni di euro. Ne consegue, ad avviso dell'istante, una indebita restrizione della platea dei potenziali partecipanti.
Con nota acquisita al prot. n. 163298 del 7 novembre 2016, la stazione appaltante ha replicato di avere rispettato le prescrizioni dettate dal d.lgs. n. 50/2016 per il ricorso alla procedura di affidamento a contraente generale (lavori complessi che superano la soglia di 15 milioni di euro – art. 3, c. 15, lett. oo) – e necessità di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza e economicità – art. 195, c.1), tenuto conto che l'affidamento riguarda "opere complesse" relative quasi esclusivamente ad impianti tecnologici particolarmente critici per il Sistema Paese, in quanto strettamente funzionali all'erogazione di servizi pubblici essenziali. La S.A. ha altresì sostenuto che il prefinanziamento da parte dell'operatore economico non sia un elemento essenziale ai fini dell'utilizzo della procedura ma una mera possibilità per l'amministrazione, in questo caso non necessaria data la disponibilità dell'intera risorsa economica messa a disposizione da Sogei.
Ha infine confermato l'avvenuta indizione di una procedura ristretta per l'affidamento di un appalto integrato ai sensi dell'art. 53, c. 2, lett. b), d.lgs. n. 163/2006 avente un oggetto misto - lavori e servizi – riguardante lavori di ristrutturazione, trasformazione ed ampliamento degli impianti tecnologici delle sedi della SOGEI S.p.A. con bando trasmesso alla GUCE in data 15 aprile 2016 e pubblicato in data 20 aprile 2016, successivamente revocata a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 stante la necessità di adeguamento alla nuova normativa.

Ritenuto in diritto

L'istituto dell'affidamento unitario a Contraente Generale è stato introdotto nell'ordinamento giuridico e specificatamente disciplinato con la legge delega n. 443/2001 ("legge obiettivo") e il successivo decreto di attuazione n. 190/2002, che ha previsto l'affidamento «ad un soggetto dotato di adeguata esperienza e qualificazione nella costruzione di opere nonché di adeguata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria [del]la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto preliminare o nel progetto definitivo redatto dal soggetto aggiudicatore e posto a base di gara, contro un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori» (art. 9, comma 1, d.lgs. n. 190/2002).
Il d.lgs. n.163/2006 ne ha confermato la disciplina riproponendo nell'art. 176 la stessa definizione di cui al decreto di attuazione.

La dichiarata finalità del legislatore era quella di accelerare la realizzazione dei progetti ritenuti strategici e di rilevante interesse nazionale tramite l'affidamento della realizzazione dell'opera "chiavi in mano" ad un unico soggetto – il contraente generale – che assommasse le funzioni di progettista, costruttore e, in parte finanziatore dell'opera, garantendo un'elevata affidabilità sotto ogni profilo (organizzativo, tecnico, economico) grazie ad una visione unitaria e multidisciplinare, sì da assicurare al committente certezza dei tempi e qualità dell'opera.

Il contraente generale si configurava, dunque, non come un mero appaltatore ma come un soggetto dotato di un ventaglio più ampio di funzioni e poteri, alcuni dei quali tipici della stazione appaltante (i.e. espropriazione delle aree e direzione lavori), tenuto, nei confronti del soggetto aggiudicatore, ad un'obbligazione di risultato.

Il nuovo Codice, pur avendo abrogato la "legge obiettivo", ha conservato l'istituto dell'affidamento a contraente generale prevedendo che le stazioni appaltanti vi facciano ricorso motivando la scelta «in ragione della complessità e di altre esigenze al fine di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza ed economicità» (art. 195, comma 1, d.lgs. n. 50/2016).

Per quanto in questa sede interessa, i commi 1, 2 e 3 dell'art. 194, d.lgs. n. 50/2016 riproducono, con alcune modifiche (gara bandita sulla base della progettazione definitiva predisposta dalla stazione appaltante e direzione lavori mantenuta in carico al committente), quanto previsto ai commi 1, 2 e 3 dell'art. 176 del previgente d.lgs. n. 163/2006 in ordine alla definizione del contratto di affidamento a contraente generale e alla individuazione delle prestazioni gravanti sulle controparti contrattuali – contraente generale e soggetto aggiudicatore. Ai sensi del comma 2 dell'art. 194, il contraente generale provvede *a)* alla predisposizione del progetto esecutivo; *b)* all'acquisizione delle aree di sedime; *c)* all'esecuzione con qualsiasi mezzo dei lavori; *d)* al prefinanziamento, in tutto o in parte dell'opera, da realizzare; *e)* ove richiesto, all'individuazione delle modalità gestionali dell'opera e di selezione dei soggetti gestori; *f)* all'indicazione, al soggetto aggiudicatore, del piano degli affidamenti, delle espropriazioni, delle forniture di materiale e di tutti gli elementi utili a prevenire le infiltrazioni della criminalità.

Il quadro delle variegate prestazioni negoziali a carico del contraente generale tratteggiato dal comma 2 dell'art. 194 del d.lgs. n. 50/2016, ricalca sostanzialmente, con l'eccezione delle modifiche previamente menzionate, quanto disposto dall'art. 176 del d.lgs. n. 163/2006, e prima ancora dall'art. 9 del d.lgs. n. 190/2002, in attuazione della delega di cui all'art. 1, comma 2, lett. f) della "legge obiettivo" che, nel criterio di delega, definiva il contraente generale come un soggetto «qualificato per specifici connotati di capacità organizzativa e tecnico-realizzativa, **per l'assunzione dell'onere relativo all'anticipazione temporale del finanziamento necessario alla realizzazione dell'opera in tutto o in parte con mezzi finanziari privati,** per la libertà di forme nella realizzazione dell'opera, per la natura prevalente di obbligazione di risultato complessivo del rapporto che lega detta figura al soggetto aggiudicatore e per l'assunzione del relativo rischio; previsione dell'obbligo, da parte del contraente generale, di prestazione di adeguate garanzie e di partecipazione diretta al finanziamento dell'opera o di reperimento dei mezzi finanziari occorrenti».

Non pare possa dubitarsi che gli aspetti caratterizzanti la figura del contraente generale indicati dal legislatore delegante debbano essere considerati elementi tipici dell'istituto e dunque indispensabili ai fini della sua configurabilità. Tra tali aspetti caratterizzanti è menzionata l'assunzione, anche parziale, dell'onere relativo all'anticipazione temporale del finanziamento necessario alla realizzazione dell'opera.
Ciò posto, si ritiene che la lettura della richiamata disciplina attuativa (art. 9 d.lgs. n. 190/2012 e art. 176 d.lgs. n. 163/2006) alla luce della delega porti a concludere che, tra le prestazioni indicate a carico del contraente generale, quella del prefinanziamento dell'opera sia un'obbligazione tipica che deve necessariamente essere assunta dal contraente generale.
Nel medesimo senso si ritiene debba essere anche letto anche il vigente apparato normativo che, come già evidenziato, riproduce le norme di attuazione delineanti la figura e i compiti del contraente generale e, per quanto concerne, in particolare, il prefinanziamento dell'opera, qualifica il contraente generale come un soggetto dotato di adeguata capacità, oltre che organizzativa e tecnico-realizzativa, anche finanziaria (art. 194, comma 1) e pone a carico del contraente generale il prefinanziamento, in tutto o in parte dell'opera, da realizzare (art. 194, comma, 2 lett. d).
Nel caso in esame, il bando della gara per affidamento a contraente generale indetta dal Provveditorato alle Opere Pubbliche per Lazio, Abruzzo, Sardegna, per la realizzazione di un'opera (ristrutturazione, trasformazione ed ampliamento degli impianti tecnologici delle sedi della SOGEI S.p.A.) che la stazione appaltante definisce di particolare complessità, al punto II.1.5 non annovera, tra le prestazioni a carico del contraente generale, il prefinanziamento dell'opera e conseguentemente non «determina la quota di valore dell'opera che deve essere realizzata dal contraente generale con anticipazione di risorse proprie» in violazione dell'art. 194, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- il bando per l'affidamento unitario a contraente generale non è legittimo perché non prevede tra le prestazioni a carico del contraente generale il prefinanziamento, in tutto o in parte, dell'opera da realizzare.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 febbraio 2017

Il segretario Maria Esposito