



Maxiopere finanziabili per lotti Ma l'affidatario deve rinunciare a qualsiasi pretesa risarcitoria

Per evitare l'impasse dovuta alla mancanza di fondi la Finanziaria 2010 individua le opere e le condizioni che permettono di procedere per lotti costruttivi. Il contraente generale o l'affidatario dei lavori deve però rinunciare a ogni tipo di risarcimento.

DI ROBERTO MANGANI

Testo a pagina 21

I commi da 232 a 234 della legge finanziaria introducono la possibilità di realizzare le grandi opere infrastrutturali attraverso il meccanismo dei «lotti costruttivi». La disciplina dettata, infatti, consente di procedere all'affidamento di un'unica opera – ovvero, si deve ritenere, anche di parti funzionali della stessa – quale individuata in un progetto definitivo, attraverso la suddivisione in singoli lotti. A questo meccanismo si può ricorrere nel caso in cui la copertura finanziaria sia disponibile per il singolo lotto ma non per l'opera complessivamente considerata. In sostanza, è la misura del finanziamento disponibile che determina gli affidamenti: questi ultimi sono ammessi nei limiti e nella misura in cui vi sia la corrispondente disponibilità finanziaria.

L'intento della disciplina è evidente: si vuole accelerare l'avvio di quei grandi progetti infrastrutturali per i quali sono disponibili risorse finanziarie limitate, che non consentono di procedere all'affidamento dell'opera nella sua unitarietà.

La nozione di «lotto costruttivo» non sembra però coincidere con quella di lotto funzionale. Que-

st'ultimo presuppone infatti che il singolo lotto, pur essendo parte di un'opera più complessa, abbia una sua autonomia funzionale, sia cioè fruibile di per sé a prescindere dal completamento dell'opera complessivamente considerata. Il «lotto co-

**L'obiettivo
è accelerare l'avvio
di grandi progetti
infrastrutturali per
i quali sono disponibili
risorse limitate**

struttivo», invece, è individuato esclusivamente in funzione della misura del finanziamento disponibile, a prescindere dalla sua concreta utilizzabilità. In questo modo si viene a sancire il principio della frazio-

nabilità degli affidamenti a fronte dell'unitarietà dell'opera.

Nel contempo vengono tuttavia dettate una serie di condizioni che rappresentano altrettanti limiti cautelativi volti a evitare abusi o utilizzi distorti dell'istituto. Questa disciplina rappresenta infatti una deroga rispetto alla regola generale secondo cui l'affidamento di un'opera presuppone che, al momento in cui esso avviene, vi sia l'integrale copertura finanziaria, anche al fine di evitare successive contestazioni da parte dell'affidatario.

Le opere frazionabili

Il meccanismo dei «lotti costruttivi» trova applicazione con riferimento a una tipologia di opere specificamente individuata dal comma 232. Si deve trattare di opere:

- a) che sono ricomprese nei corridoi europei Ten-T;
- b) inserite nel programma delle infrastrutture strategiche, cioè di opere da realizzare in base alla legge obiettivo;
- c) il cui importo (riferito evidentemente all'intera opera) sia superiore a due miliardi di euro;
- d) che prevedano tempi di rea-



lizzazione (anche in questo caso riferiti all'intera opera) superiori a quattro anni decorrenti dall'approvazione del progetto definitivo;

e) che non siano suddivisibili in lotti funzionali di importo inferiore a un miliardo di euro. Questo elemento tende evidentemente a evitare che si ricorra al meccanismo dei lotti costruttivi laddove vi sia la possibilità, con un impegno finanziario rilevante ma comunque di importo non eccessivo, di procedere ad affidamenti di lotti funzionali, considerati preferibili in quanto consentono di per sé un utilizzo immediato di parte dell'opera.

Vi è infine un ultimo elemento che deve caratterizzare il ricorso ai lotti costruttivi: l'importo complessivo residuo da finanziare, riferito all'insieme delle opere per le quali si ricorre a questo meccanismo, non deve essere superiore a 10 miliardi. In questo modo si tende a evitare che si avviino un numero eccessivo di opere per «lotti costruttivi», limitando l'esposizione finanziaria complessiva all'importo di 10 miliardi di euro.

Dal punto di vista procedurale, l'autorizzazione a procedere all'affidamento di lotti costruttivi è operata dal Cipe sulla base di un Dpcm che individua i progetti, su proposta del ministro delle Infrastrutture di concerto con il ministro dell'Economia.

Le condizioni

Individuate le caratteristiche strutturali delle opere, la legge finanziaria delinea, sempre al comma 232, le condizioni che permettono di procedere all'affidamento di lotti costruttivi.

La prima riguarda il finanziamento (lettera a). È necessario da un lato, che il lotto costruttivo sia di per sé integralmente finanziato; dall'altro, che, all'atto dell'autorizzazione del primo lotto, vi sia una copertura finanziaria – derivante da risorse pubbliche o private nazionali o comunitarie – per almeno il 20% dell'importo complessivo dell'opera. Tale percentuale può scen-

LE CONDIZIONI

1. Opere previste dalla legge obiettivo ricomprese nei corridoi **Ten-T**
2. Importo complessivo superiore a **2 miliardi** di euro
3. Tempi di realizzazione superiori a **4 anni** dall'approvazione del definitivo
4. Impossibilità di suddividere l'opera in **lotti funzionali** di importo inferiore a un miliardo
5. L'**importo residuo** da finanziare riferito a tutte le opere che ricorrono a questo sistema non deve superare i **10 miliardi**

dere al 10% nel caso di opere ritenute di particolare interesse strategico, come tali individuate dal ministro delle Infrastrutture.

La prima subcondizione risulta del tutto naturale, essendo evidente che vi deve essere l'integrale finanziamento del primo lotto costruttivo, in mancanza del quale non vi sarebbero neanche i presupposti per procedere al relativo affidamento. Più significativa è invece la seconda subcondizione, che vuole indicare la necessità che si delinei una ragionevole prospettiva in merito al finanziamento di successivi lotti costruttivi, che al momento dell'affidamento del primo lotto deve essere assicurato per una percentuale minima del 20% (ovvero del 10% nel ricorso delle condizioni sopra ricordate). In sostanza, attraverso questa limitazione si tende a evitare che vi possa essere un affidamento di un lotto costruttivo che, rispetto al progetto complessivo, resti in termini isolati, anche se non si può non rilevare come il limite del 20% – o addirittura del 10% – di copertura finanziaria risulti di per sé non particolarmente elevato in relazione all'esigenza di assicurare che non si verifichi il suddetto fenomeno.

Questa condizione va peraltro letta in coordinamento con la previsione contenuta al comma 233. Questa impone che il Cipe, all'atto dell'autorizzazione del primo lotto costruttivo, assuma l'impegno programmatico di finanziare l'intera

opera (o di corrispondere l'intero contributo finanziato, per l'ipotesi in cui vi siano altre forme di finanziamento) e successivamente assegnare le risorse che si rendano disponibili ai progetti per i quali si è proceduto all'affidamento del primo lotto costruttivo, al fine di affidare i successivi lotti.

La lettura combinata delle due disposizioni non è delle più agevoli. Sembra infatti che il legislatore da un lato abbia imposto al Cipe di assumere il suddetto impegno programmatico volto a garantire il finanziamento dell'intera opera; dall'altro, abbia in qualche modo ridimensionato la valenza di tale impegno, laddove ha consentito che la copertura finanziaria dell'intera opera sia limitata, all'atto dell'affidamento del primo lotto costruttivo, al 20% del costo complessivo. La non perfetta coerenza delle due previsioni può trovare spiegazione distinguendo il carattere programmatico dell'impegno rispetto alla natura cogente del limite quantitativo fissato. In altri termini il primo è una manifestazione di intenti che rileva sotto il profilo programmatico, mentre il secondo è un vincolo che va rispettato sulla base di un parametro ben definito, correlato al raggiungimento di una percentuale minima rispetto al costo complessivo dell'opera.

La seconda condizione indicata dal legislatore è di natura essenzialmente procedurale (lettera b). Vengono infatti individuati alcuni adempimenti il cui assolvimento è condizione propedeutica all'affidamento del lotto costruttivo. Tali adempimenti si sostanziano nell'obbligo di accompagnare il progetto definitivo dell'opera con una relazione che indichi le fasi di realizzazione della stessa, il cronoprogramma dei lavori per ogni lotto costruttivo e i connessi fabbisogni finanziari annuali. Questa relazione deve essere aggiornata a ogni affidamento di successivi lotti costruttivi.

L'intento di questa previsione è evidentemente quello di inserire l'affidamento dei singoli lotti in



una visione più complessiva, che consenta di avere un quadro d'insieme in progressiva evoluzione in relazione a ogni singolo affidamento che viene operato.

Il rapporto contrattuale

Di gran lunga più significativa è la terza condizione individuata dal comma 222 alla lettera c), in quanto investe il rapporto contrattuale tra stazione appaltante e affidatario dei lavori. Si tratta della previsione che presenta i maggiori dubbi interpretativi e che nel contempo è presumibilmente destinata a creare i più rilevanti problemi in fase applicativa.

La norma, infatti, impone alcune rinunce preventive a carico della controparte dell'ente appaltante, venendo a incidere profondamente sull'equilibrio contrattuale che viene alterato da una fonte esterna, quale appunto una disposizione legislativa.

In via preliminare va peraltro chiarito chi sia il soggetto che deve operare detta rinuncia. La norma, infatti, fa riferimento al contraente generale o, in alternativa, all'affidatario dei lavori. Tenendo conto che si tratta di opere ricomprese nei programmi infrastrutturali della legge obiettivo si deve ritenere che l'affidatario, oltre che con il general contractor, sia da identificare nel concessionario di costruzione e gestione, considerato che appalto del general contractor e concessione di costruzione e gestione sono gli unici due sistemi previsti dalla legge obiettivo per procedere alla realizzazione delle opere.

Non sembra, infatti, che il termine affidatario possa riferirsi ai soggetti che ricevono l'affidamento da parte del general contractor, sia perché essi vanno qualificati più correttamente come subaffidatari, sia perché rimangono del tutto estranei al rapporto con la stazione appaltante verso la quale, quindi, appare improprio configurare un atto di rinuncia.

Più complessa è la questione relativa all'individuazione dell'oggetto della rinuncia. La norma opera

infatti su due livelli. Una prima rinuncia è legata a qualunque pretesa, anche futura, che tragga origine dall'eventuale mancato o ritardato finanziamento dell'intera opera o di lotti successivi. La seconda copre qualunque pretesa risarcitoria comunque connessa alla realizzazione delle opere per le quali si procede all'affidamento per lotti costruttivi.

Quanto al primo profilo, se imporre una rinuncia preventiva a successive pretese risarcitorie in relazione a un fatto del tutto estraneo al rapporto contrattuale quale il mancato o ritardato finanziamento non appare coerente con il fisiologico svolgimento di detto rapporto contrattuale tra stazione appaltante e affidatario dei lavori, si deve tuttavia rilevare come tale principio non sia del

Prevista la rinuncia a ogni pretesa dovuta al mancato o ritardato finanziamento dell'intera opera o di lotti successivi

tutto estraneo al nostro sistema.

Si possono ricordare in proposito alcuni orientamenti giurisprudenziali dettati con riferimento a ipotesi che, seppure non pienamente coincidenti con quella oggetto di analisi, presentano tuttavia con essa alcune analogie. Così, in giurisprudenza è stato affermato che in caso di affidamento di lotti successivi di un'unica opera, il titolo all'esecuzione di tali lotti sorge in capo all'appaltatore solo a fronte della sussistenza di un corrispondente finanziamento (Consiglio di giustizia amministrativa 8 marzo 2005, n. 102).

Sotto altro profilo, va segnalato un orientamento della Cassazione che appare ormai consolidato che ritiene valida una clausola che, nell'ambito di un rapporto conven-

zionale tra progettista e un ente pubblico, subordini alla sussistenza del finanziamento addirittura il pagamento della prestazione resa (Cassazione civile 27 settembre 2007, n. 20319; 8 febbraio 2007, n. 2770; 2 dicembre 2005, n. 26257).

Maggiori perplessità suscita invece la seconda rinuncia introdotta dalla norma. Nella sua formulazione letterale, essa sembra avere un carattere assoluto, slegato cioè da qualunque connessione con il mancato o ritardato finanziamento dei lotti successivi dell'opera. Ma estendere l'ambito di operatività di tale rinuncia indistintamente a qualunque pretesa risarcitoria esclude anche la possibilità che l'affidatario possa preventivamente valutare le circostanze cui collegare tale rinuncia. Il che, oltre ad apparire irrazionale e gravemente lesivo dell'equilibrio contrattuale, sembra porre anche dei problemi di legittimità costituzionale in relazione ai principi di eguaglianza e di libertà dell'iniziativa economica privata.

Vi è infine un'ulteriore previsione contenuta sempre alla lettera c) del comma 232, secondo cui dalle determinazioni assunte dal Cipe non devono comunque derivare nuovi obblighi contrattuali nei confronti di soggetti terzi e a carico del soggetto aggiudicatario dell'opera per i quali non sussista l'integrale copertura finanziaria. Si deve ritenere che i terzi vadano individuati con gli appaltatori e i fornitori cui il general contractor o il concessionario di costruzione e gestione affidano le prestazioni realizzative. L'intento della norma è quindi quello di limitare i subaffidamenti a valle nell'ambito dell'importo coincidente con il finanziamento relativo al singolo lotto costruttivo, così da evitare – anche nell'ambito dei rapporti tra affidatario e subaffidatari e non solo nei rapporti tra il primo ed ente appaltante – possibili contestazioni e controversie collegate a eventuali impegni assunti dall'affidatario per i quali non fossero poi disponibili le relative risorse finanziarie. ■