

Roberto GAROFOLI
(a cura di)

COMPENDIO dei
**CONTRATTI
PUBBLICI**

Con **Formule** del **processo** dei **contratti
pubblici**, scaricabili ed editabili *online*

III Edizione
2025


Neldiritto
Editore

co. 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, che preclude la costituzione di società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente).

Come si vedrà, un **primo limite legale** è contenuto già nel secondo comma dell'art. 8, ove si fa divieto di concludere **contratti di prestazione d'opera intellettuale** (cfr. artt. 2229 ss. c.c.) **a titolo gratuito**, se non in casi eccezionali (e previa adeguata motivazione), al di fuori dei quali deve essere comunque garantita la corresponsione di un **equo compenso** in applicazione della norma imperativa di cui all'art. 2233, comma 2, c.c. La disposizione non chiarisce né in cosa consistano tali "**casi eccezionali**", né tantomeno il contenuto della relativa **motivazione**, la cui individuazione appare, dunque, rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione e all'autonomia negoziale del professionista che abbia comunque interesse alla conclusione del contratto pur in assenza di un corrispettivo.

■ 2.1. Le prestazioni legali e l'equo compenso: la l. 21 aprile 2023, n. 49, il parere ANAC 28 febbraio 2024, n. 101 e gli orientamenti della giurisprudenza.

Il carattere generale della disposizione in questione consente di ritenere **superato l'orientamento restrittivo della giurisprudenza amministrativa** formatosi, in tema di compenso degli avvocati, sull'art. 13-*bis* della legge 31 dicembre 2012, n. 247, introdotto dall'art. 19-*quaterdecies* d.l. 16 ottobre 2017, n. 148 (in forza del quale "*la pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*"), che imponeva l'applicazione del principio dell'equo compenso **soltanto ove ne fosse stata pattuita la corresponsione senza indicazione della misura**, con conseguente ammissibilità indiscriminata di contratti a titolo gratuito in questo settore.

Attualmente, non pochi problemi pone il coordinamento dell'art. 8, co. 2 del Codice con la **disciplina generale** di cui all'art. 3, l. 21 aprile 2023, n. 49, il quale sancisce la **nullità**, parziale e rilevabile d'ufficio solo a vantaggio del professionista, delle **clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all'opera prestata**, da determinarsi **con riferimento agli importi stabiliti dai parametri** per la liquidazione dei compensi dei professionisti iscritti agli ordini o ai collegi professionali, fissati con **decreto ministeriale**.

A norma dell'art. 2, co. 3, infatti, la norma si applica anche alle **prestazioni rese dai professionisti in favore della pubblica amministrazione**.

Sul punto, l'ANAC ha ipotizzato, nel **parere di precontenzioso n. 101 del 28 febbraio 2024** (reso, dunque, prima dell'entrata in vigore del **D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209**: v. *infra*) che, a legislazione vigente, **tre sono le soluzioni percorribili**:

- procedure di gara a **prezzo fisso**, con competizione limitata alla sola parte tecnica;

- procedure di gara da aggiudicare secondo il criterio dell'**offerta economicamente più vantaggiosa**, in cui l'importo a base d'asta è limitato alle **sole spese generali**;
- **inapplicabilità della disciplina dell'equo compenso** alle procedure di evidenza pubblica, con conseguente ribassabilità dell'intero importo posto a base di gara.

La questione, naturalmente, ha dato luogo ad un **contrasto nella giurisprudenza amministrativa di primo grado**, che, sul piano applicativo, concerne, in sostanza, la **ribassabilità del compenso del professionista** nella predisposizione dell'offerta economica rispetto ai parametri tabellari cui rinvia la l. n. 49/23.

Sul tema, appaiono particolarmente significative le seguenti pronunce:

- secondo **T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. III, 3 aprile 2024, n. 632** (conforme T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V *ter*, 30 aprile 2024, n. 8580), non sussisterebbe alcuna **antinomia** tra le disposizioni di cui alla l. n. 49/23 e l'art. 108 del nuovo Codice, che prevede (come il previgente), tra i criteri di aggiudicazione, anche quello del **miglior rapporto qualità/prezzo**. Le norme sarebbero, infatti, suscettibili di **reciproca integrazione**, con **limitazione della competizione sull'elemento prezzo alle sole spese ed oneri accessori**. Ciò in quanto *"il legislatore, al dichiarato intento di tutelare i professionisti intellettuali nei rapporti contrattuali con 'contraenti forti' ha espressamente previsto l'applicazione della legge anche nei confronti della Pubblica Amministrazione e ha riconosciuto la legittimazione del professionista all'impugnazione del contratto, dell'esito della gara, dell'affidamento qualora sia stato determinato un corrispettivo qualificabile come iniquo ai sensi della stessa legge (...). Ne deriva che il compenso determinato dall'Amministrazione ai sensi del D.M. 17 giugno 2016 deve ritenersi non ribassabile dall'operatore economico, trattandosi di "equo compenso" il cui ribasso si risolverebbe, essenzialmente, in una proposta contrattuale volta alla conclusione di un contratto pubblico gravato da una nullità di protezione e contrastante con una norma imperativa"*;
- di contrario avviso **T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 16 luglio 2024, n. 1494** (conforme T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 25 luglio 2024, n. 483), secondo cui **il sistema dei contratti pubblici risponde a una logica proconcorrenziale**, che appare **incompatibile con la fissazione di minimi tariffari rigidi e imm modificabili**; pertanto, la normativa sull'equo compenso non sarebbe applicabile a tali contratti in maniera automatica, potendo tutt'al più costituire un riferimento per le stazioni appaltanti ai fini di verificare la congruità dei corrispettivi in sede di eventuale verifica di anomalia dell'offerta. La conseguenza è che **la normativa sull'equo compenso non potrebbe eterointegrare il disciplinare di gara che non ne preveda l'applicazione**, considerato che il meccanismo dell'eterointegrazione è ammesso in casi eccezionali a fronte di norme di natura chiaramente imperativa. In definitiva, il sistema dei contratti pubblici sarebbe **ontologicamente incompatibile con la normativa sull'equo compenso**.

Sul punto è intervenuto a fare chiarezza il **Cons. St., Sez. III, 27 gennaio 2025, n. 594**, che ha affermato come non possa predicarsi alcuna antinomia tra la disciplina dei contratti pubblici e la sopravvenuta disciplina sull'equo compenso: *"la nozione di*

dendo egli ad indicare all'amministrazione destinataria gli elementi relativi alla concessione. Il vantaggio che trae il privato dall'operazione sta nel fatto che, dopo aver realizzato l'opera a proprio carico, egli ottiene dalla P.A. il diritto di gestirla.

L'operazione di *project financing* è, come si nota, un'operazione complessa, coinvolgente diversi soggetti: oltre alla P.A., infatti, vengono in rilievo le figure del **promotore**, il quale promuove la realizzazione dell'iniziativa sino alla fase gestionale e fornisce il capitale di rischio (si tratta di solito di ATI o di imprese in *joint venture*), e della **società di progetto** (oggi denominata **società di scopo**), cui è affidata la gestione dell'opera una volta realizzata.

La finanza di progetto può essere definita una tecnica finanziaria che, da una parte, consente la costruzione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione, attraverso la predisposizione del progetto preliminare e del piano economico da parte di un promotore privato, e, dall'altra, implica un'operazione di finanziamento di una particolare attività economica capace, in realtà, di autofinanziarsi e, quindi, idonea ad assicurare una fonte di utili nel tempo che consenta il rimborso del prestito e una proficua gestione.

Al pari di ciò che si verifica nella concessione di costruzione e gestione, la P.A. consegue il fine pubblico senza oneri finanziari; a differenza, però, di quanto avviene per la concessione, non è la P.A. a predisporre il progetto preliminare e a stabilire in modo autonomo gli elementi da indicare nel bando di gara per l'aggiudicazione; nella proposta di *project financing* sia il progetto preliminare che il piano economico sono predisposti dal promotore in piena autonomia, ed è il promotore ad indicare all'amministrazione destinataria gli elementi relativi alla concessione.

Il vantaggio che trae il privato dall'operazione sta nel fatto che, dopo aver realizzato l'opera a proprio carico, ottiene dalla P.A. il diritto di gestirla. Si tratta, quindi, di una concessione di costruzione e gestione, con iniziativa presa dal promotore. Ciò spiega il fatto che deve riferirsi ad un'opera che presenti una redditività futura sicura.

■ 6.2.2.1. L'evoluzione normativa della finanza di progetto. Le novità del D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 (c.d. Correttivo Contratti pubblici)

La **finanza di progetto** ha trovato nel tempo compiuta disciplina negli artt. 183 ss. del D.lgs. 50/2016; essa, tuttavia, era già stata regolata con gli artt. 37 *bis* e ss. legge Merloni, introdotti dalla L. n. 415 del 1998, che limitava il ricorso a tale strumento – con norma confermata dal d.lgs. n. 50 del 2016 – soltanto se contemplato nel quadro di specifiche previsioni programmatiche (dovendo i lavori relativi essere negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente o comunque in specifici atti programmatici); indicava, inoltre, precisi limiti temporali entro i quali formulare la proposta e tipizzava il contenuto della stessa.

Rispetto al codice previgente, la finanza di progetto con il nuovo codice del 2023 è stata innanzitutto più correttamente collocata nel Titolo IV del Libro IV del nuovo Codice, dedicato, appunto, a "*Partenariato pubblico-privato e concessioni*" (trattandosi di una particolare modalità di finanziamento delle concessioni) ed è stata sensibilmente semplificata e ridotta nella sua estensione. La novella legislativa ha inteso semplificare e promuovere

tale strumento rendendolo più agile, flessibile e concretamente utilizzabile per la realizzazione delle opere pubbliche.

Sul piano sistematico sono stati meglio precisati i **rapporti tra concessione e finanza di progetto** a cui sono dedicati gli artt. 193 ss. e, a differenza che nell'impianto codicistico del 2016, sono state limare le differenze e positivamente stabilito che il medesimo contratto di concessione può essere finanziato sia in *corporate financing* sia in *project financing*, nel quale ultimo caso, in ragione delle peculiarità di tale operazione economica, sono state comunque riservate alla finanza di progetto norme specifiche in tema di aggiudicazione ed esecuzione del contratto.

Il **D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209** (c.d. **Correttivo Contratti pubblici**) ha poi introdotto importanti novità in materia di finanza di progetto, oggetto di integrale riformulazione, anche nell'ottica di dare attuazione agli impegni assunti in sede europea con l'intento di incentivarne ulteriormente l'utilizzo. In particolare, oltre ad alcuni interventi di dettaglio riguardanti gli artt. 174, 175 e 177 del Codice del 2023, il **D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209** ha riscritto integralmente l'art. 193 che disciplina le procedure di affidamento mediante finanza di progetto, oggetto di analisi nel successivo paragrafo, e dettagliando in uno specifico articolo (**Allegato I.7 art 6-bis**) i contenuti del Progetto di fattibilità per la finanza di progetto.

L'obiettivo primario della recente riforma del *project financing* è stato quello di rendere tale strumento – come anche gli altri che fanno parte del PPP – attrattivo sia per le amministrazioni che per gli operatori, e non solo quelli già attivi nel mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi resi in concessione, ma anche per gli investitori professionali garantendo, a vantaggio di tutti i soggetti coinvolti, trasparenza delle procedure e pubblicità degli atti, precisando i contorni di tale istituto inteso come strumento caratterizzato dall'iniziativa avviata su proposta del privato e non solo su sollecitazione dell'amministrazione

La disciplina attuale, come modificata dal decreto Correttivo, distingue ora due tipologie di finanza di progetto:

- su **iniziativa privata**, anche per iniziative non incluse nella programmazione triennale delle esigenze pubbliche idonee ad essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato di cui all'art. 175 comma 1
- su **iniziativa dell'ente concedente** per iniziative incluse nella programmazione triennale del partenariato pubblico-privato.

Quanto alle ipotesi di **finanza di progetto su iniziativa dell'ente concedente**, occorre evidenziare il legislatore del 2023 aveva provveduto all'eliminazione dell'ipotesi della finanza di progetto su iniziativa pubblica, poiché ritenuta dal Legislatore del 2023 "*di fatto una duplicazione rispetto alla scelta della pubblica amministrazione di indire una gara pubblica per l'affidamento di una concessione*". Il d.lgs. n. 36 del 2023 agli artt. 193 ss., infatti, a differenza del Codice previgente e al fine dichiarato di evitare inutili duplicazioni e sovrapposizioni rispetto alla scelta dell'amministrazione di indire una gara per l'affidamento di una concessione, disciplina(va) la finanza di progetto solo ad iniziativa privata e non più anche ad iniziativa pubblica. Il Correttivo interviene su tale disciplina, specificando le modalità di affidamento mediante finanza di progetto "ad iniziativa dell'ente concedente", nelle ipotesi in cui il medesimo ente concedente intenda *sollecitare* la presentazione di iniziative volte a realizzare in concessione, mediante finanza di progetto, di progetti inclusi

nella programmazione del partenariato pubblico privato di cui all'articolo 175, comma 1 del Codice 2023. Si prevede, in particolare, che nell'**avviso di sollecitazione** delle proposte l'ente concedente assegni un termine non inferiore a sessanta giorni per la presentazione delle proposte, facendo salva la possibilità per gli eventuali operatori interessati di richiedere all'ente concedente di fornire eventuali integrazioni documentali utili per una migliore formulazione della proposta (cfr. art. 193, comma 16, del nuovo Codice 2023, così come riformulato dal **D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209**).

Con riferimento alla **procedura di finanza di progetto su iniziativa privata**, il **D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209** introduce importanti novità in relazione alla disciplina del contenuto della **proposta di project financing** (cfr. comma 3 dell'art. 193). In particolare, si prevede che ciascuna proposta deve contenere: *"un progetto di fattibilità, redatto in coerenza con l'articolo 6-bis dell'Allegato I.7., una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione e l'indicazione dei requisiti generali e speciali del promotore"*. Le novità rispetto alla formulazione previgente del codice del 2023 riguardano, in particolare, i seguenti elementi della proposta: (i) le **caratteristiche del progetto di fattibilità** (di cui si è detto sopra) e (ii) i **requisiti generali e speciali del promotore**. Questo secondo profilo, in particolare, è il più rilevante, posto che si richiede ora, già in fase di proposta, di indicare i **requisiti generali e speciali del promotore**, mentre la previgente disciplina rinviava ogni valutazione in punto di requisiti (generali e speciali) alla successiva ed eventuale fase di gara sulla proposta dichiarata fattibile.

■ 6.2.2.2. La procedura di affidamento (art. 193). Le novità del D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 (c.d. Correttivo Contratti pubblici)

Dal punto di vista procedurale, una delle maggiori novità del **D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209** (c.d. **Correttivo Contratti pubblici**) è l'introduzione di una vera e propria **"procedimentalizzazione" della fase di scelta della proposta avente "anche" carattere comparativo** risultante dalla riscrittura dell'art. 193 del Codice. La disciplina di tale fase risponde, secondo la relazione illustrativa, ai rilievi sollevati dalla Commissione europea con la procedura di infrazione INFR (2018) 2273 *"Non conformità del diritto italiano alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, e agli articoli 49 e 56, TFUE"*. Inoltre, la relazione illustrativa sottolinea che la nuova disciplina della procedura di affidamento in concessione di lavori o servizi mediante finanza di progetto mira *"a rendere effettivamente applicabile l'istituto della finanza di progetto, fornendo agli enti concedenti e agli operatori economici un quadro normativo chiaro ed esaustivo per l'applicazione dell'istituto"*, nonché a *"garantire massima trasparenza su tutte le fasi della procedura"*. Il Consiglio di Stato con il recente **parere dell'Adunanza della Commissione speciale n. 1463 del 2 dicembre 2024**, che si è espresso sullo schema di decreto correttivo, ha evidenziato la necessità che l'individuazione selettiva della proposta (o delle proposte) di interesse pubblico avvenga, in ogni caso, quando ne ricorrono le condizioni, in forma effettivamente comparativa e con modalità oggettive e trasparenti, sulla base di criteri predeterminati e con formale esito provvedimento costitutivo, suscettibile di impugnazione in sede giurisdizionale da parte degli operatori controinteressati.