



Università  
Ca' Foscari  
Venezia

**Dipartimento di Economia**

**Corso di Laurea magistrale**

in

Governance delle organizzazioni pubbliche

**Tesi di laurea**

Gli appalti nei settori speciali:

Il recepimento della Direttiva 25/2014/UE, la nuova disciplina  
nei settori speciali, il Partenariato Pubblico Privato ed  
Il case study in Italgas.

**Relatore**

Prof. Giuliano Zanchi

**Correlatore**

Prof. Maurizio Falsone

**Laureando**

Martino Biasin

Matricola 974002

**Anno Accademico**

2020/2021



## Sommario

<b>INTRODUZIONE</b> .....	1
<b>CAPITOLO I</b> .....	3
<b>I SETTORI SPECIALI</b> .....	3
<b>1.1 Da Settori esclusi a settori speciali</b> .....	3
<b>1.2 Le Direttive del 2014 e la loro attuazione</b> .....	4
1.2.1 <b>Strategia Europa 2020</b> .....	4
1.2.2 <b>L'attuazione delle direttive: il D.lgs. n. 50/2016</b> .....	8
<b>1.3 Settori speciali: una disciplina ibrida?</b> .....	10
<b>1.4 L'ambito di applicazione nei settori speciali</b> .....	11
1.4.1 <b>Ambito soggettivo</b> .....	11
1.4.2 <b>Ambito oggettivo</b> .....	14
<b>1.5 Le esclusioni dall'applicazioni del codice</b> .....	17
<b>CAPITOLO II</b> .....	21
<b>LA NUOVA DISCIPLINA DEI SETTORI SPECIALI NEL DLGS 50/2016</b> .....	21
<b>2.1 Fase di aggiudicazione</b> .....	21
2.1.1 <b>Le procedure di scelta del contraente e gli appalti sotto soglia</b> .....	22
2.1.2 <b>Procedura negoziata previa pubblicazione del bando</b> .....	24
2.1.3 <b>Procedura negoziata senza previa indizione di gara</b> .....	25
2.1.4 <b>Procedure di affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria</b> .....	28
2.1.5 <b>Pubblicità, Comunicazioni, Avvisi</b> .....	30
<b>2.2 La selezione delle offerte</b> .....	36
2.2.1 <b>Verifica delle offerte anomale</b> .....	42
2.2.2 <b>I sistemi di qualificazione nei settori speciali</b> .....	45
2.2.3 <b>I requisiti per la qualificazione. La certificazione di qualità aziendale</b> .....	47
2.2.4 <b>Principi, criteri di selezione e aggiudicazione dell'appalto</b> .....	48
2.2.5 <b>La nuova disciplina dei criteri di aggiudicazione</b> .....	51
<b>2.3 Aspetti peculiari della fase di esecuzione del contratto di appalto: la modifica contrattuale durante il periodo di efficacia</b> .....	52
<b>CAPITOLO III</b> .....	57
<b>IL PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO</b> .....	57
<b>3.1 La nascita</b> .....	57
3.1.1 <b>I fondamenti giuridici europei dell'istituto negoziale</b> .....	58
3.1.2 <b>Il partenariato pubblico privato quale "archetipo generale"</b> .....	60
<b>3.2 Il finanziamento del PPP</b> .....	63

3.3 PPP: volano per l'efficienza energetica e salvaguardia ambientale? .....	67
3.4 Il P.P.P. nel Codice del 2016.....	69
3.4.1 “Partenariato” o “partenariati”? Un primo tentativo di distinzione. Il P.P.P. contrattuale.....	72
3.4.2 Il P.P.P. c.d. istituzionalizzato.....	74
<b>CAPITOLO IV</b> .....	79
<b>Tirocinio in Italgas: il case study della bonifica di Santa Marta.</b> .....	79
4.1 Introduzione.....	79
4.2 L'iter amministrativo di bonifica: la normativa di riferimento.....	81
4.2.1 Il D.lgs. 152/2006 : l'articolo 242 e le nozioni di riferimento.....	81
4.2.2 Dalle attività preliminari al Progetto Operativo di Bonifica (POB).....	85
4.3 Dal Progetto esecutivo al Contratto.....	87
4.3.1 Il progetto esecutivo e la sua validazione. ....	87
4.3.2 La Richiesta di Offerta (RDO).....	90
4.4 Il contratto e la sua esecuzione.....	95
4.4.1 L'appaltatore e le nomine professionali. ....	96
4.4.2 L'esecuzione dei lavori e le peculiarità del subappalto.....	98
<b>CONCLUSIONI</b> .....	103
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	111
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	113
<b>NORMATIVA E PRASSI</b> .....	114
<b>SITOGRAFIA</b> .....	115
<b>FONTI CAPITOLO IV : CASE STUDY TIROCINIO IN ITALGAS</b> .....	115



## INTRODUZIONE

Il presente lavoro o mira ad esplorare il settore degli appalti nei settori speciali. Quest'ultimi, afferenti ad attività e settori di interesse generale, erano originariamente relegati a settori esclusi dal diritto comunitario a causa della natura tendenzialmente chiusa del mercato e dell'influenza delle autorità pubbliche. Si vedranno le ragioni sia di quest'iniziale esclusione e sia del progressivo avvicinamento della disciplina a quella dei settori ordinari, anche per opera della recente Direttiva 25/2014/UE relativa al settore utilities, nata assieme alle Direttive gemelle 23/2014/UE e 24/2014/UE, rispettivamente riguardanti concessioni ed appalti pubblici. Direttive nate allo scopo di innestare un efficientamento del settore degli appalti pubblici, individuato come uno dei settori leva per raggiungere degli obiettivi della "Strategia Europa 2020". Verranno approfondite le peculiarità dei *settori utilities*, sia dal punto di vista dell'ambito di applicazione della disciplina normativa che della peculiare procedura di affidamento, focalizzandosi sulla nuova disciplina tracciata dal D.lgs. 50/2016 nato dal recepimento delle tre direttive 2014. A fianco della nuova disciplina codicistica dei settori speciali, si porrà evidenza anche al fenomeno del Partenariato Pubblico Privato, relativamente recente nel dibattito comunitario e racchiuso sempre nel "nuovo codice dei contratti pubblici", quale mezzo di collaborazione pubblico-privato per la realizzazione di attività volte al conseguimento di interessi pubblici. Il presente lavoro è frutto anche di una coerenza con il tirocinio curriculare svolto in Italgas, società leader nella distribuzione del gas. Nell'ultimo capitolo verrà infatti illustrato, come case study, l'appalto di bonifica relativo all'area dell'ex officina gas a Santa Marta (Venezia), approfondito durante il tirocinio all'interno dell'unità Realizzazioni Bonifiche-Area 2.



## CAPITOLO I

### I SETTORI SPECIALI

#### 1.1 Da Settori esclusi a settori speciali.

I settori del gas, dell'energia, elettricità, acqua, trasporti e servizi postali, rappresentanti servizi d'interesse generale per gli Stati membri, sono stati per molto tempo "esclusi" dalla regolazione comunitaria dei lavori pubblici.

In particolare, essi sono stati esclusi *tout court* nella prima Dir. 71/CEE del 26 Luglio 1971 di contratti pubblici sui lavori, e restarono esclusi anche dalla successiva, la Dir. 77/62/CE del 21 Dicembre 1976. Solamente trent'anni dopo il legislatore europeo si è interessato dei settori anzidetti, prima con il varo delle Dir. 90/531/CEE del 17 Settembre 1990 e 93/38/CEE del 14 Giugno 1993 (concernenti le procedure di gara degli enti erogatori di acqua ed energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali ed enti che operano nel settore delle telecomunicazioni) e dopo con la più recente Dir. 2004/17/CE, recentemente abrogata dall'ultima Dir. 2014/25/EU del 26 Febbraio 2014. Quest'ultima ha continuato nel processo di regolazione della "specialità" di tali settori, apportando numerose novità nell'ordinamento nazionale con la nascita del nuovo codice dei contratti pubblici (D.lgs. 18 Aprile 2016, 50) in seguito al recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE relative all'aggiudicazione dei contratti di concessione, agli appalti pubblici e alle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

Le ragioni che per lungo tempo hanno portato all'esclusione di questi settori si possono ricondurre a due direttrici: la presenza pubblica e la chiusura del mercato.

Si constatò che tali attività erano influenzate dalle Autorità nazionali, attraverso partecipazioni nel capitale sociale e rappresentanze nella *governante*, le Pubbliche Amministrazioni erano in grado di influenzarne il comportamento. Inoltre, le direttive sui lavori, trovando applicazione alle pubbliche amministrazioni avrebbero portato ad un'asimmetria tra i vari stati nazionali. In alcuni di essi i servizi di pubblica utilità erano erogati da privati e soggetti a disciplina privatistica<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sulle ragioni della specificità dei settori speciali cfr. A. CARULLO - G. IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2009, 1120 ss.

Si voleva quindi evitare che le stesse attività fossero sottoposte “*a regimi differenziati a seconda che esse dipendano dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o dalle altre persone giuridiche di diritto pubblico o che abbiano una distinta personalità giuridica*”<sup>2</sup>.

La seconda ragione dell’iniziale esclusione dalle normative europee è racchiusa nel fatto che tali settori, in virtù della loro strategicità, non permettevano un accesso concorrenziale al mercato in quanto le autorità nazionali concedendo diritti speciali ed esclusivi agli enti erogatori, ne limitavano l’accesso<sup>3</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, le autorità europee cambiarono orientamento ed iniziarono a normare questi settori nel tempo fino ad arrivare alla più recente direttiva del 2014, pensata per perseguire scopi ed obiettivi del più vasto programma europeo, “Strategia Europa 2020”.

## **1.2 Le Direttive del 2014 e la loro attuazione.**

### **1.2.1 Strategia Europa 2020.**

La congiuntura economico-finanziaria che colpì l’intera zona euro all’indomani della crisi finanziaria del 2008 impose una risposta comunitaria coesa ed efficace, in modo da porre rimedio alle debolezze strutturali che per gran parte del decennio successivo misero in difficoltà tutta l’UE, seppur con sostanziali differenze di portata tra gli Stati membri.

Proprio per questo motivo, la Commissione Europea, con una sua comunicazione del 3 Marzo 2010, presentava “*Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva*”. L’agenda presentata, oltre a cercare di porre rimedio agli effetti della crisi economica finanziaria, era proiettata al conseguimento di obiettivi economici e sociali di lungo respiro. La Commissione mise al centro del programma 5 grandi obiettivi da conseguire entro il 2020, i quali sono stati tradotti in percorsi di avvicinamento differenziati in base alle differenti situazioni dei vari Stati.

I cinque pilastri individuati erano:

- Occupazione: portare il tasso di occupazione nella fascia d’età 20-64 anni almeno al 75%.
- Ricerca e sviluppo: investire il 3% del PIL in ricerca e sviluppo.

---

<sup>2</sup> Cfr. il Considerando 6 della Direttiva 71/305/CEE

<sup>3</sup> Queste peculiarità congenite dei settori “*utilities*” vennero poste alla base del primo intervento normativo in materia, avvenuto con la Dir. 90/351/CE. In questa Direttiva venne premesso appunto nei considerando iniziali le *rationes* storiche di esclusione dalla normativa degli appalti, quali in primo luogo la natura chiusa del mercato causata da connessioni a diritti speciali o esclusivi da parte delle autorità nazionali e dall’influenza di quest’ultime nei confronti delle società operanti nei settori speciali, attraverso partecipazioni nei capitali sociali e nella rappresentanze in organi di amministrazione (cfr. Considerando 11 e 12, Dir. 90/531/CE).

- Cambiamenti climatici: ridurre le emissioni di gas serra almeno del 20%; innalzare al 20% la quota di energie rinnovabili e aumentare l'efficienza energetica del 20%.
- Istruzione: riduzione del tasso di abbandono scolastico almeno del 10 %; portare il tasso di giovani laureati al 40%.
- Inclusione sociale: riduzione di 20 milioni di persone a rischio povertà o a rischio di esclusione sociale.

Il conseguimento di questi obiettivi certo non poteva escludere un dibattito sugli appalti pubblici, strumento essenziale per un mercato unico più efficiente, sostenibile e più innovativo. Il cantiere delle consultazioni che portò alle nascite delle Direttive del 2014 si aprì con le osservazioni e le analisi fatte dalla Commissione nel *“Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti”* (Bruxelles, 27.1.2011 COM(2011) 15). Inoltre, la revisione della disciplina UE sugli appalti rappresentava una delle dodici leve individuate nell'atto per il mercato unico<sup>4</sup>, anche in ossequio dell'art. 114 del TFUE, concernente il ravvicinamento delle discipline nazionali per l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

Le valutazioni e le analisi esposte dalla Commissione all'interno del Libro Verde sulla modernizzazione degli appalti confluiscono verso 4 direttrici ritenute fondamentali per rendere gli appalti pubblici uno strumento utile al conseguimento degli obiettivi individuati dalla Strategia Europa 2020 e per la creazione di un mercato europeo più integrato: un uso efficiente dei soldi pubblici, la tutela della concorrenza, il perseguimento per politiche economiche e sociali volte all'innovazione e alla sostenibilità ed, in ultima, la lotta alla corruzione.

In un periodo storico caratterizzato da sensibili restrizioni di bilanci, l'allocazione efficiente della spesa pubblica compatibilmente con obiettivi di valenza sociale diventa il caposaldo della revisione della disciplina che portò alla nascita delle Dir. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, rispettivamente inerenti all'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi pubblici.

---

<sup>4</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione (COM(2011)206 del 13.4.2011) al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni *“L'atto per il mercato unico -Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia”*. Cfr. R. PALASCIANO, *Gli appalti pubblici nei settori speciali: soglie di rilevanza comunitaria, ambito di applicazione e disciplina applicabile*, in M. SANINO (a cura di), *Commento al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2000, 2011.

Le direttive in primis, cercano di creare le condizioni per un mercato degli appalti scevro da distorsioni della concorrenza, nonostante le peculiarità che verranno analizzate più avanti per quanto riguarda i settori speciali.

Gli operatori economici devono essere messi in condizioni di parità, con un coinvolgimento ed un'apertura sempre maggiore verso le PMI, attraverso procedure semplificate atte ad accrescere l'efficienza delle gare in nome della concorrenza e della trasparenza, ponendo l'attenzione non solo alla mera convenienza di prezzo in sede di aggiudicazione, ma cercando di ponderare la scelta analizzando anche altre componenti. Si è spostata maggiormente l'attenzione verso la ricerca della qualità, tenendo in considerazione per esempio il costo del ciclo della vita e dando spazio a valutazione qualitative incentrate su innovazione e "green"<sup>5</sup>. Il legislatore europeo ha puntato sull'incentivazione di politiche sostenibili in materia d'appalti in modo da farne uno strumento strategico in grado di influire positivamente nei vari "goals" comunitari. Si è deciso di puntare con ancor più decisione sul *Green Public Procurement*, come strumento idoneo all'integrazione di interessi ambientali in materia d'appalti. Le pubbliche amministrazioni indossano la veste di driver per la sostenibilità e l'innovazione, ponderando sempre di più le aggiudicazioni con criteri di salvaguardia ambientale, efficienza energetica e tecnologica. Dall'altra parte invece, questa rafforzata sensibilità qualitativa, pone gli operatori a misurarsi anche con requisiti di accesso più "tech and green", i quali non rappresentano di certo un ostacolo, ma al contrario stimolano tutto il mondo imprenditoriale al progresso in un contesto di sana competizione.

Un ulteriore aspetto su cui il Libro Verde ha posto rilievo è la lotta alla corruzione. In un settore come gli appalti, dove i rapporti pubblico-privato sono molto forti, è ovviamente necessario prevedere meccanismi e procedure idonee a scongiurare conflitti d'interessi, corruzione e collusione. Le Direttive del 2014 vanno proprio in questa direzione prevedendo meccanismi di esclusione certi e requisiti morali imprescindibili per garantire una trasparente e corretta procedura.

---

<sup>5</sup> In Italia sussiste oggi un problema di spesa pubblica, dovuto alla scarsità di risorse a disposizione, che spinge le amministrazioni a concentrarsi sulle politiche di spesa, per privilegiare la qualità. Tale ottica ha ispirato la politica degli acquisti verdi della pubblica amministrazione (il *Green Public Procurement*), ossia quel processo mediante il quale "le pubbliche amministrazioni cercano di ottenere beni, servizi e opere con un impatto ambientale ridotto per l'intero ciclo di vita rispetto a beni, servizi e opere con la stessa funzione primaria ma oggetto di una procedura di appalto diversa". Cfr. Commissione europea (Comunicazione della Commissione al Consiglio COM (2008) 400 "Appalti pubblici per un ambiente migliore". In dottrina cfr. S. BIANCAREDDU – G. SERRA, *Gli appalti verdi: la soddisfazione di interessi ambientali attraverso le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici*, Giur. amm., IX, n. 7/8, Roma, 2014.

Entrando più nello specifico nei settori speciali, nel corso delle consultazioni e dei documenti presi in esame per la revisione della disciplina, si sono sottolineati i passi in avanti fatti nel tempo, in particolar modo dovuti alla liberalizzazione in molti stati membri nel settore dell'elettricità, gas, servizi di trasporto e postali, in seguito alle varie regolamentazioni dei settori avvenute negli anni 90 con le prime due direttive (n. 90/532/CE e n. 93/38/CE) fino alla Dir. 2004/17/CE, quest'ultima abrogata in favore della Dir. 2014/25/UE<sup>6</sup>.

Tuttavia questo processo di liberalizzazione, avvenuto dagli anni 90 in poi, non è combaciato con un'automatica propulsione concorrenziale. Nonostante i risultati positivi in merito agli operatori privati operanti nel settore *utilities*, la maggioranza del mercato è stata conservata dagli operatori tradizionali, in particolar modo da imprese pubbliche, a partecipazione pubblica o sulla base di diritti esclusivi concessi dalle istituzioni. Una seconda motivazione di limitazione concorrenziale intrinseca al settore *utilities*, nasce dal fatto che per operare in questi settori nella maggioranza dei casi sono necessarie alte specializzazioni dal punto di vista dei mezzi, delle innovazioni e del *know-how*, precludendo di fatto l'accesso a piccoli operatori sprovvisti di tale *expertise*.

Il legislatore europeo, tenendo conto delle sopraccitate peculiarità che ne frenano una piena apertura concorrenziale e alla luce degli obiettivi di Europa 2020<sup>7</sup> è intervenuto a regolamentare la disciplina *utilities* in modo più attento rispetto al passato, mirando ad un'integrazione sempre più incisiva, anche in tali settori, dei principi fondamentali espressi nei trattati. Si afferma appunto, *“la necessità di un coordinamento per questi contratti per assicurare l'effetto dei principi del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazioni dei servizi, nonché i principi che ne derivano, come*

---

<sup>6</sup> Cfr. *ex multis* F. CARINGELLA E M. PROTTO, *Regolamento unico dei contratti pubblici*, Roma, 2012, 817.

<sup>7</sup> Cfr. Considerando 4 Direttiva 2014/25/UE. Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo “Europa 2020 - Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva” («strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente dei finanziamenti pubblici. A tal fine, la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale. È inoltre necessario chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare una migliore certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia

*la parità di trattamento, la non discriminazione , il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza”<sup>8</sup>.*

Accanto al rispetto dei sopracitati principi, confermati dalla giurisprudenza comunitaria<sup>9</sup> ed estesi ai settori speciali, restano comunque impregiudicati, la libertà degli stati nell’individuazione dei servizi generali e nella loro caratterizzazione operativa sempre in ottemperanza del TFUE<sup>10</sup>.

Nella nuova Direttiva *utilities*, recepita nel D.lgs. 50/2016, nonostante un sensibile avvicinamento alla “gemella” Dir 2014/24/UE, sussistono profili di “specialità” e differenziazioni in particolare dal punto di vista di applicazione della disciplina che vedremo più approfonditamente nei prossimi paragrafi.

### **1.2.2 L’attuazione delle direttive: il D.lgs. n. 50/2016.**

Nell’ordinamento italiano, il recepimento delle direttive del 2014, in materia di concessioni, appalti pubblici e settori speciali, fu visto dal legislatore come un’opportunità storica per ripensare e riordinare la materia apportando flessibilità, semplificazione e salvaguardia di valori socio ambientali.

Fino ad allora, i contratti pubblici erano regolati dal D.lgs. n. 163/2016, il quale recependo le direttive 17 e 18 del 2004 andò ad abrogare la cd. legge Meloni (L.11 febbraio 1994, n. 109). Questa disciplina presentava tuttavia complessità procedurali con una forte incertezza regolativa. Sovrapposizioni normative e regimi transitori avevano portato nel tempo ad una proliferazione dei contenziosi e degli oneri amministrativi a carico delle imprese, in particolare per le PMI. In aggiunta, si sono evidenziate incertezze

---

<sup>8</sup> Cfr. Considerando n. 2 Direttiva 25/2014/UE.

<sup>9</sup> Cfr. *ex multis* Corte giustizia Unione Europea Sez. V, Sent., 26-09-2019, n. 63/18; Corte giustizia Unione Europea Sez. IV, 03/10/2019, n. 285/18, secondo la quale: *“La libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l’esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE, segnatamente, la libertà di circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza”*.

<sup>10</sup> Cfr. Considerando n. 9 Direttiva 25/2014/UE . Occorre infine ricordare che la presente direttiva lascia impregiudicata la libertà delle autorità nazionali, regionali e locali di definire, in conformità del diritto dell’Unione, i servizi d’interesse economico generale, il relativo ambito operativo e le caratteristiche del servizio da prestare, comprese le eventuali condizioni relative alla qualità del servizio, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico. Parimenti, la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare la facoltà delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, fare eseguire e finanziare i servizi di interesse economico generale, conformemente all’articolo 14 TFUE e al protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale allegato al TFUE e al trattato sull’Unione europea (TUE). Inoltre, la presente direttiva non riguarda il finanziamento dei servizi di interesse economico generale o le sovvenzioni concesse dagli Stati membri, in particolare nel settore sociale, in conformità delle norme dell’Unione sulla concorrenza.

procedimentali, in un mercato degli appalti pubblici non scevro da infiltrazioni criminali ed illegalità.

Alla luce di queste considerazioni, la legge delega n. 11/2016, impose un riordino della disciplina esigendo “*semplificazione, certezza delle regole*”<sup>11</sup>, optando per il superamento del modello del regolamento unico di attuazione in favore di un sistema di regolazione sub-primaria con cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei ministri ed un potenziamento del ruolo dell’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC). Tale operazione, dal punto di vista sostanziale, come specificato sia dalla legge delega che dal parere del Consiglio di Stato n° 855 del 1 Aprile 2016, prevedeva il rispetto del divieto di “*gold plating*” ovvero il “*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive*”<sup>12</sup>.

La *ratio* di questa impostazione è quella di avere un testo normativo primario chiaro, affidandone il completamento ad un sistema più flessibile in sostituzione del regolamento unico di attuazione. Dal punto di vista dell’attuazione, il sistema delle fonti è stato innovato con un triplice ordine di atti:

- 1) proposti dall’ANAC ed approvati con decreto ministeriale.
- 2) deliberati dall’ANAC a carattere vincolante.
- 3) deliberati dall’ANAC a carattere non vincolante.

All’ANAC, come specificato dal nuovo art. 213 del Codice dei contratti pubblici è stata affidata la triplice funzione di vigilanza, controllo e di regolazione. Ai fini dell’assolvimento delle proprie funzione, l’Autorità si serve di una serie di atti, quali linee guide, bandi, capitolati, contratti ed “*altri strumenti di regolazione flessibile*”, in ottica di *better regulation* così come specificato dal Consiglio di Stato nel citato parere n° 855<sup>13</sup>.

Il “nuovo” codice entrato in vigore il 19 Aprile del 2016, è formato da 220 articoli, nonché XXV allegati ed è completato da atti di varia natura, quali le già menzionate linee guida dell’ANAC.

---

<sup>11</sup> Art. 1, comma 1, lett.d, legge delega n.11/2016.

<sup>12</sup> Cfr. l’art 1, comma 1, lettera f, legge delega n. 11/2016. Cfr. D. GALLI - M. NESI, *Appalti pubblici*, Milano, 2015, 1283

<sup>13</sup> Al riguardo giova precisare in ogni modo, che solo le linee guida approvate da decreti ministeriali o interministeriali hanno capacità di innovare l’ordinamento giuridico, mentre gli altri atti dell’ANAC vanno considerati come meri atti di regolazione di un’Autorità indipendente, assimilandone di fatto la valenza alla natura del soggetto.

### 1.3 Settori speciali: una disciplina ibrida?

Nel D.lgs. 50/2016, con riferimento ai settori speciali, si nota subito un cambio di passo rispetto al passato con una sostanziale riorganizzazione sistematica della materia. La disciplina non resta più relegata ad una singola parte come nel precedente codice, amalgamandosi sempre più con la disciplina ordinaria. In termini di applicabilità, *“il codice ne individua la disciplina con una triplice tecnica:*

- l’inclusione, già nella parte generale, di disposizioni specifiche per i settori speciali;*
- la ricognizione delle disposizioni applicabili, dettate per i settori ordinari;*
- le disposizioni specifiche;”*<sup>14</sup>

Per quanto riguarda la parte generale, troviamo norme riferite specificatamente ai settori speciali già nei primi articoli del codice, in particolare gli art. 6,7 e 8 riferiti alle cause di esclusione di applicazione del codice .

L’articolo 114 invece, norma di riferimento per i settori speciali, traccia lo schema d’applicabilità delle norme al settore utilities denotando un assottigliamento della distanza con la disciplina ordinaria attraverso la già usata tecnica del rinvio. Si rimanda in particolare, per la fase di aggiudicazione dell’appalto, alle norme applicabili per i settori ordinari dall’art. 1 al 59, mentre per la fase di aggiudicazione si ritengono applicabili gli artt. 100,105,106,108 e 122.

In questa crescente apertura alla disciplina ordinaria, l’attenzione va però posta all’espressione contenuta sempre nell’art. 144 *“in quanto compatibile”*. L’applicabilità della disciplina ordinaria va infatti sempre ponderata a seconda del caso. In particolare, si evidenziano disomogeneità applicative a seconda dell’ambito soggettivo, in quanto vari istituti non vengono applicati nel caso in cui l’ente erogatore sia diverso dalle amministrazioni aggiudicatrici, senza dimenticare inoltre le casistiche di esonero dell’applicazione del codice.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Evidenziato dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato nel parere del 21 Marzo 2016

<sup>15</sup> Si veda *sub* il paragrafo 1.3 ed 1.4. Cfr. *ex multis* T.A.R. Piemonte, Sez. I, 17 marzo 2016, n. 369 in cui si rimarca la *“peculiarità e (...) la specialità degli appalti rientranti nei “settori speciali”, i quali, in presenza dei necessari presupposti soggettivi e oggettivi normativamente previsti, obiettivamente si differenziano dalla generalità degli appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, di cui alla parte II del Codice dei contratti pubblici, e proprio in virtù di tale differenziazione sono oggetto di specifica apposita normativa di cui alla parte III del Codice dei contratti pubblici”* in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2015, n. 497 in cui si evidenzia che *“la normativa comunitaria e nazionale, pur perseguendo lo scopo di sottoporre alla disciplina di evidenza pubblica anche i c.d. settori speciali (già esclusi, perché regolati dal diritto privato), delimita in modo rigoroso non solo il loro ambito soggettivo ma anche quello oggettivo, descrivendo in dettaglio ciascun settore con prescrizioni che devono essere applicate restrittivamente, onde conservare ai detti settori economici di specialità, e alle stazioni appaltanti maggiore libertà nella scelta degli operatori economici”* in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Milano, Sez. I, 15 maggio 2012, n. 1356 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

Sotto il profilo dell'applicabilità delle norme stabilite dall'art. 114, sono stati aperti vari dibattiti giurisprudenziali sul fatto che queste potessero rappresentare un "appesantimento" della direttiva UE, incorrendo di conseguenza nel rischio di *gold plating*, quale primo criterio direttivo individuato nella legge delega di recepimento delle direttive Ue del 2014. Ci si riferisce in particolare agli articoli 29, 79 e 22 ,rispettivamente in materia di trasparenza, pubblicità e dibattito pubblico sui quali è dovuto intervenire il Consiglio di Stato, chiarendo che trattandosi di norme proconcorrenziali o di strumenti di partecipazioni democratica non si viola il divieto di *gold plating*<sup>16</sup>. Correlato invece a tale criterio sembra configurarsi la scelta di sopprimere la facoltà in capo agli enti aggiudicatori di optare su base volontaria all'applicazione di disposizioni dettate per i settori ordinari, come previsto dall'*ex art.* 206, comma 3, del D.lgs. n. 163/2006.<sup>17</sup> .

In ultima istanza, è possibile dunque affermare che la nuova disciplina dei settori speciali rappresenti un modello ibrido in materia di appalti. Una forma di ibridazione tra le peculiarità congenite dei settori utilities e la disciplina ordinaria che il legislatore ha introdotto in ossequio alle Direttive UE, oltre che per la riorganizzazione della materia stessa. Un avvicinamento di portata storica, che va accolto con positività in uno spirito di interesse nazionale ed europeo volto al rafforzamento del mercato unico europeo con certezza delle regole, trasparenza e contendibilità del mercato. Permangono ovviamente delle peculiarità che verranno analizzate nei prossimi paragrafi, sia dal punto soggettivo che oggettivo e che rappresenteranno un tratto peculiare rispetto agli appalti ordinari.

#### **1.4 L'ambito di applicazione nei settori speciali.**

##### **1.4.1 Ambito soggettivo.**

L'ambito soggettivo dei settori speciali viene tracciato dal già citato art. 114 del D.Lgs. n. 50 del 2016, il quale conferma la classificazione tracciata dall'*ex art.* 207, annoverando tra gli enti aggiudicatori tre categorie: Amministrazioni Pubbliche, imprese pubbliche e soggetti che, pur non rientranti in nessuna delle prime categorie, operano in virtù di diritti speciali ed esclusivi.

Tra le amministrazioni aggiudicatrici, oltre allo Stato ed autorità regionali o locali, vi rientra il c.d. organismo di diritto pubblico, categoria esaminata ripetutamente dalla giurisprudenza comunitaria<sup>18</sup>. A fianco delle amministrazioni tradizionali, quali Stato,

---

<sup>16</sup> Parere Consiglio di Stato, Comm. Spec. 1 Aprile 2016, n.855

<sup>17</sup> Cfr. H. D'HERIN, *Commento all'articolo 114 in Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, a cura di F. CARINGELLA - M. PROTO, Roma, 2017, 560 ss.

<sup>18</sup> Cfr. tra le tante Corte giust. UE, 10 Novembre, C-360/1996.

enti pubblici territoriali e loro associazioni, le successive direttive<sup>19</sup> definiscono, “amministrazioni aggiudicatrici”, anche gli “organismi di diritto pubblico”, descritti come “*qualsiasi soggetto: a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, e b) dotato di personalità giuridica, e c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d’amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*”.

Le categorie di soggetti pubblici individuati negli allegati alle direttive non assumono più carattere tassativo, vedendo nel tempo diminuire la propria importanza; finiscono per rilevare semplicemente come elemento presuntivo. Si tratta, peraltro, di una presunzione “relativa” superabile laddove si dimostri che il soggetto, in relazione alle condizioni in cui opera, non possiede individualmente le caratteristiche per essere qualificato come “organismo di diritto pubblico”.

È di comune opinione che il legislatore comunitario si sia ispirato alle nozioni, dai non rigidi confini, di “ente pubblico” elaborate negli ordinamenti nazionali. La differenza con la nostra tradizionale definizione di soggetto pubblico, emerge, tuttavia, subito, sol che si consideri come gli indici “rivelatori” della “pubblicità” del soggetto sono lasciati, nell’ordinamento interno, essenzialmente all’apprezzamento dell’interprete, stante la marginale rilevanza delle qualificazioni formali; il legislatore comunitario, viceversa, richiede per la configurazione dell’“organismo di diritto pubblico” la contestuale presenza di tre elementi “tipici”, appunto: la personalità giuridica, la preordinazione al soddisfacimento di bisogni di interesse generale di carattere non industriale né commerciale, l’influenza pubblica dominante, integrata dai tre requisiti, questa volta alternativi, sopra descritti<sup>20</sup>.

Rispetto ai settori ordinari, nei settori *utilities* vengono incluse tra gli enti aggiudicatori su cui ricade la disciplina specialista anche le imprese pubbliche. A delinearne

---

<sup>19</sup> Cfr. l’art. 1 dir. CEE 18-7-1989, n. 89/440, di modifica della dir. CEE n. 71; art. 1 dir. CEE 14-6-1993, n. 93/36; art. 1 dir. CEE 14-6-1993, n. 93/37; art. 1 dir. CEE 18-6-1992, n. 92/50; art. 2 dir. CE 31-3-2004, n. 2004/17; dir. CE 31-3-2004, n. 2004/18.

<sup>20</sup> Cfr. l’art. 3 D.lgs. n. 50/2016 co. 1, lett. d). In dottrina cfr. R. CARANTA, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*, GI, 2004, 12, 2415 ss.; M.P. CHITI, *L’organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000; G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, RiDPC, 1999, 184; Id., *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, RiDPC, 2000, 3-4.

l'individuazione ci viene in aiuto il codice, il quale le *configura come "imprese sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: 1) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; 2) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; 3) possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa"*<sup>21</sup>. L'assoggettabilità alla disciplina codicistica dedicata ai settori speciali va parametrata a valutazioni oggettive riferibili all'attività svolta. Le imprese pubbliche sono dunque soggette a quanto previsto dal Titolo VI del codice nel caso in cui l'appalto sia strumentale e collegato ad una delle attività speciali. Diversamente, *"non sorge la necessità di assicurare normativamente la garanzia della concorrenza dei potenziali contraenti; vengono infatti meno la rilevanza e la peculiarità dell'attività che giustificano l'eccezionale attrazione e assoggettamento a regole eteronome sulla formazione della volontà contrattuale con terzi. L'impresa pubblica, in quanto tale è soggetta a rischi, agisce con lucro ed è soggetta a moduli privatistici"*<sup>22</sup>.

Il più interessante ambito soggettivo rispetto ai settori ordinari è rappresentato da quei soggetti diversi da amministrazioni aggiudicatrici ed imprese pubbliche operanti nei settori speciali grazie a diritti speciali ed esclusivi. La definizione di "diritto speciale ed esclusivo" e la sua declinazione concreta, individua fattispecie varie. L'articolo 114 traccia le caratteristiche di questi diritti speciali, quali :

- Concessione dallo stato o da Enti locali;
- Compatibilità della disposizione di concessione con i trattati UE;
- Incidenza sostanziale sulla capacità altrui di esercitare l'attività.

Rispetto al passato si è innovato il concetto di diritto esclusivo, prevedendo una casistica di esclusione in ossequio alla legislazione europea. Si prevede, infatti, la non configurabilità di un diritto speciale o esclusivo se quest'ultimi sono stati concessi in virtù di una procedura ad evidenza pubblica basata su criteri che garantiscano sul piano sostanziale il rispetto dei principi sopra individuati.

---

<sup>21</sup> Cfr. l'art. 3 D.lgs. 50/2016, co. 2, lett. T).

<sup>22</sup> Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 1 Agosto 2016, n. 16

#### **1.4.2 Ambito oggettivo.**

Il perimetro dell'attività oggetto della disciplina speciale è definito dagli articoli dal 115 al 121, sempre nella sezione I del capo I dedicata ai settori speciali, in cui ne viene fatta una puntuale descrizione dal legislatore, in rispetto dei criteri e dei principi della legge delega. Nell'ordine, questi articoli tracciano l'ambito oggettivo in riferimento a:

- Gas ed energia termica; (ART. 115)
- Elettricità; (ART. 116)
- Acqua; (ART. 117)
- Servizi di trasporto; (ART. 118)
- Porti e aeroporti; (ART.119)
- Servizi postali; (ART. 120)
- Estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili fossili; (ART.121)

Quasi tutti questi settori sono caratterizzati dalla presenza di reti la cui gestione, a causa di caratteristiche del settore, non è mai stata pienamente aperta alla concorrenza nonostante le varie politiche di liberalizzazione susseguitesesi negli anni. *In primis*, nel caso di gas ed energia termica, permane un monopolio naturale/oligopolio a causa della limitatezza delle reti e della loro non duplicabilità.

Nel nuovo codice, questo settore è definito dall'articolo 115, il quale lo delinea prevedendone l'applicazione nel duplice caso di messa a disposizione o gestione a terzi di reti infrastrutturali fisse e nel caso di alimentazione delle stesse, intendendo con alimentazione<sup>23</sup> la generazione, produzione, vendita all'ingrosso ed al dettaglio di gas ed energia termica. È previsto inoltre l'esclusione dalla configurabilità di settori speciali per quegli enti, diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici, che producono gas ed energia termica ai fini un'attività non riconducibile a quelle degli articoli 116-118 con un'incidenza di tale attività nel fatturato dell'ente del 20 % massimo in media dell'ultimo triennio. Condizioni quest'ultime diventate cumulative per il legislatore ai fini della deroga.

Sempre restando in campo di gas, seppur parzialmente, è utile analizzare l'ambito applicativo dell'articolo 121 innovato dal nuovo D.lgs. n. 50/2016 e riguardante un'attività, quale l'estrazione o prospezione di gas, carbone e combustibili solidi, a cui anche il legislatore comunitario nella direttiva ha dato attenzione. Si deve fare

---

<sup>23</sup> Cfr. l'art. 114 D.Lgs. 50/2016, comma 7.

innanzitutto una distinzione terminologica tra prospezione, estrazione e produzione. Con il primo termine si intende l'attività di ricerca atta a verificare la presenza di gas o petrolio, e nel caso la loro sfruttabilità a scopi industriali<sup>24</sup>. Dall'altro canto distinguiamo invece estrazione e produzione, considerando in quest'ultima anche l'attività di sviluppo e creazione infrastrutturale atta alla futura produzione. Alla luce di queste precisazioni, si esclude dalla disciplina vincolistica la prospezione di petrolio e gas naturale, oltre la produzione di petrolio, in quanto rientranti nella fattispecie di attività direttamente esposte alla concorrenza su mercati accessibili<sup>25</sup>. Di contro, restano soggetti agli obblighi dei settori speciali l'estrazione di gas e petrolio, nonché la prospezione di carbone ed altri combustibili.

Discorso analogo a gas ed energia termica viene fatto per l'elettricità, con la variante che la produzione di elettricità per consumo necessario ad attività non ricomprese nei settori speciali (nello specifico 115, 117 e 118), per essere considerata come condizione di non configurabilità di settore speciale, dev'essere cumulata alla condizione che tale attività di alimentazione dipenda soltanto dal consumo proprio dell'ente nella misura del 30% massimo della sua produzione totale, calcolato in media negli ultimi tre anni.

Lo schema di questi primi due articoli viene ripreso anche nel settore dell'acqua in quanto servizio a rete fissa. Anche in questo caso, troviamo l'esclusione dalla configurabilità di settore speciale per enti diversi da amministrazioni aggiudicatrici alla duplice condizione dell'alimentazione di acqua per consumo utile ad attività diverse e della soglia del consumo proprio dell'ente nel limite massimo del 30% in media triennale della sua produzione totale. Inoltre, alle attività di messa a disposizione, gestione ed alimentazione, viene aggiunto in tale settore anche lo smaltimento o il trattamento di acque reflue, nonché i progetti di ingegneria idraulica, irrigazione o drenaggio in cui il volume d'acqua destinato all'alimentazione con acqua potabile rappresenti più del 20 % del volume totale reso disponibile da tali progetti o impianti<sup>26</sup>. Ovviamente, tali appalti e concorsi di progettazione, per essere pienamente configurabili al settore devono essere in capo ad un ente aggiudicatario esercitante le attività prescritte.

Tra i c.d servizi a rete, volti all'erogazione di un servizio pubblico, vi rientrano anche i servizi di trasporto. Tra questi si comprendono il trasporto ferroviario, tramviario, e filoviario, lasciandone esclusi i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e

---

<sup>24</sup> Cfr. il Considerando 25, Dir. 2014/25/UE.

<sup>25</sup> Vedi *sub*, paragrafo 1.4.

<sup>26</sup> Cfr. l'art. 117, D.lgs. 50/2016, co. 2, lett. a).

metro, in aggiunta alla già previgente esclusione, prevista dall'*ex* 210, del servizio pubblico di autotrasporto, quest'ultimo disciplinato dal Regolamento (CE) n. 1370/2007. In questo settore la peculiarità è dovuta alla mancanza di "fissità" nell'esistenza di una rete, in quanto, essendo correlata quest'ultima ad elementi infrastrutturali, è suscettibile a variazioni. In virtù di queste considerazioni ci si spiega il fatto che l'esistenza e la configurabilità di una rete non sia collegata a tratti fisici, ma normativi, quali le prescrizioni delle autorità competenti in relazione a tratte, capacità di trasporto e frequenza del servizio.

L'ambito oggettivo di porti ed aeroporti non subisce invece variazioni e ne resta invariato il suo contenuto, prevedendo come nel precedente art 213 del Codice dei contratti pubblici l'applicazione per "*attività relative a messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi, fluviali*". La locuzione "*messa a disposizione*" ne risulta il concetto più interessante in quanto è stato interpretato sia in riferimento alle aree *air side* che a quelle *land side*, comprendendo di conseguenza ogni attività funzionale anche ai passeggeri. In questa applicazione estensiva restano ovviamente escluse le attività di messa disposizione di aree e servizi non direttamente collegate al servizio, per esempio gli esercizi commerciali all'interno delle aree portuali e aeroportuali.

Ulteriore settore soggetto a regime speciale è rappresentato dai servizi postali. Quest'ultimo viene trattato nel D.lgs. 50/2016 in modo pressochè specularmente alla direttiva utilities del 2014. L'appellativo di servizi postali, va precisato, è riconducibile ad attività di raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione di invii postali, sia se questi siano inclusi nella definizione di servizio universale (nota definizione D.Lgs. 22 luglio 1999, n. 261 su servizio universale), sia che questi ne siano esclusi. Nell'ambito di altri servizi postali, quest'ultimi vi rientrano solo nel caso essi siano prestati da un soggetto che fornisca anche servizi postali in senso stretto. Tuttavia il legislatore in merito a questi servizi è stato più restrittivo rispetto al precedente articolo 213 Codice, escludendone in parte una serie di servizi prescritti dall'articolo 10 del nuovo codice, quali per esempio servizi speciali connessi a strumenti elettronici e servizi di filatelia e dall'altro per l'avvenuta constatazione che taluni servizi sono esposti alla concorrenza su mercati liberi ed accessibili. Quest'ultima previsione è comune a tutte le attività rientranti nei settori speciali.

Dal punto di vista oggettivo, il *discrimen* fondamentale ai sensi dell'applicazione o meno del codice è la funzionalità o meno dell'appalto di lavoro, servizi o forniture alle attività

proprie dei settori speciali. È necessario a monte un nesso di causalità diretto ed immediato il quale va ricercato ponderando oggetto, causa del contratto e attività propria del settore. Questo vincolo va individuato caso per caso sulla base di un'interpretazione restrittiva che dia rilievo solo agli affidamenti strettamente funzionali alle attività proprie del settore di riferimento. Sulla base di queste motivazioni, la giurisprudenza si è espressa nel tempo in vari settori, escludendo per esempio il nesso di strumentalità tra un appalto avente ad oggetto i servizi di vigilanza nei confronti di un ente aggiudicatore operante nei settori speciali<sup>27</sup>.

### **1.5 Le esclusioni dall'applicazioni del codice.**

In aggiunta ai requisiti inerenti il profilo soggettivo ed oggettivo dell'appalto, altra fondamentale delimitazione del perimetro applicativo dei settori speciali è rappresentata dal *supra* citato articolo 8, il quale prevede l'esclusione dall'applicazione della disciplina riservata ai settori speciali in favore delle attività utilities, nonché ai concorsi di progettazione e le concessioni aggiudicate da enti aggiudicatori, a condizione che l'attività in esame sia direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili.

La valutazione dell'esposizione concorrenziale e dell'accessibilità del mercato è riposta alla Commissione Europea, la quale valuta seguendo una serie di modalità e parametri, quali in particolare l'attività e il mercato di riferimento. Una serie di parametri fondamentali in proposito è fornita dalle disposizioni del TFUE in materia di concorrenza, nonché in relazione alle caratteristiche dei prodotti o dei servizi interessati, all'esistenza di prodotti o servizi alternativi considerati sostituibili sul versante della domanda e dell'offerta, ai prezzi ed alla presenza, effettiva o potenziale, di più fornitori di prodotti o servizi in questione. Per quanto riguarda il mercato geografico di riferimento, il quale valuta l'esposizione alla concorrenza, si specifica nella norma che lo stesso dev'essere ricercato nel territorio dove le imprese interessate intervengono nell'offerta e nella domanda di prodotti e servizi, nel quale le condizioni di concorrenza sono omogenee. Risultano già presenti una serie di mercati elencati nell'allegato VI, per i quali sono già stati emanati i provvedimenti attuativi che ne accertano la libera accessibilità<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. il commento all'articolo 115,116 in *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, a cura di F. CARINGELLA - M. PROTO, Roma, 2017, pagina 564 ss.

<sup>28</sup> Commento all'articolo 8 in *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, a cura di F. CARINGELLA - M. PROTO, Roma, 2017, pagina 50

Ai fini di intercettare tale deroga, il Presidente del Consiglio o il Ministro delle politiche europee, nonché gli stessi enti aggiudicatori, possono richiedere alla Commissione europea di riconoscerne l'attività, posta in esame, in linea con le condizioni dettate consentendone l'esclusione dall'applicabilità del codice attraverso l'adozione di un atto di esecuzione entro novanta giorni, qualora sia possibile presumerne il libero accesso, oppure di centotrenta giorni nei casi in cui va dimostrato<sup>29</sup>. L'autorità competente, in questo caso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), svolge un'attività di collante ed ausilio nei confronti degli enti aggiudicatori, motivando la richiesta di deroga alla Commissione con un'azione illustrativa ed informativa circa l'apertura concorrenziale nel territorio in esame.

Un'altra casistica di esclusione per gli appalti nei settori speciali poggia invece le basi sulla necessità di evitare potenziali distorsioni concorrenziali dovute all'organizzazione in gruppi economici da parte di molti soggetti aggiudicatori. Trattasi nello specifico di appalti e concessioni nei settori speciali aggiudicati da una joint venture composta da enti operanti nei settori utilities ad un'impresa collegata ad uno di tali enti, oppure nel caso contrario di un'aggiudicazione nei confronti di una joint venture da parte di un ente aggiudicatore componente dello stesso gruppo economico<sup>30</sup>. Il regime speciale di deroga è introdotto dall'articolo 6 del D.lgs. 50/2016, il quale ne giustifica l'esclusione a condizione che la joint venture sia costituita da almeno tre anni con annesso obbligo inserito nell'atto costitutivo di farne parte per un pari periodo. Si ritrova anche in questo caso, un ruolo della Commissione europea, alla quale devono pervenire informazioni relative alle imprese, alla natura ed al valore dell'appalto o concessione considerata.

Tale prescrizione normativa, va interpretata in sinergia con il successivo articolo 7, il quale prescrive l'esclusione per appalti e concessioni aggiudicate ad un'impresa collegata oppure da una *joint venture* ad un ente facente parte sempre della medesima organizzazione. Detta derogabilità opera, oltre al sussistere di requisiti soggettivi ed oggettivi, anche in virtù di parametri legati al fatturato. L'impresa collegata infatti, deve averne realizzato almeno l'80% in media negli ultimi tre anni in virtù di lavori, servizi o forniture rese all'ente aggiudica o alle altre imprese a cui è collegata. In questo caso, si ammette esplicitamente la possibilità di cumulo infragruppo, andando ad eliminare i dubbi lasciati dall'ex 218. Va ricordato inoltre che tali previsioni di esclusione concesse

---

<sup>29</sup> Termini per l'adozione di atti di esecuzione per cui all'articolo 8, Allegato VII, D.lgs. 50/2016.

<sup>30</sup> Per una definizione di joint venture cfr. il commento all'articolo 6 in *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, a cura di F. CARINGELLA - M. PROTO, Roma, 2017, 44.

dall'articolo 6 e 7 costituiscono loro stesse una deroga alla possibilità prevista nel codice di affidamento *in house*.



## CAPITOLO II

### LA NUOVA DISCIPLINA DEI SETTORI SPECIALI NEL DLGS 50/2016.

#### 2.1 Fase di aggiudicazione.

Con specifico riferimento alla fase di aggiudicazione delle procedure ad evidenza pubblica di forniture, di lavori o di servizi, secondo quanto stabilito dall'art. 44 della direttiva 25/2014/UE gli enti aggiudicatori sono tenuti ad applicare procedure conformi alla direttiva stessa, a condizione che, previa pubblicazione di un avviso di indizione di gara. Inoltre: *“Gli Stati membri prevedono la possibilità per gli enti aggiudicatori di applicare procedure aperte, ristrette o negoziate precedute da indizione di gara”* e possono prevedere la possibilità per gli enti aggiudicatori di applicare dialoghi competitivi e partenariati per l'innovazione.

Si tratta di una disposizione che si pone in linea con quanto già previsto nella precedente disciplina comunitaria, così come recepita nel D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 nel quale il principio della libertà di scelta della procedura era consacrato all'art. 220 ai sensi del quale *“gli enti aggiudicatori possono affidare i lavori, le forniture o i servizi mediante procedure aperte, ristrette o negoziate ovvero mediante il dialogo competitivo”*, previa pubblicazione di un avviso di indizione di gara (ai sensi dell'art. 224), restando ferme le ipotesi limitate ed eccezionali – tassativamente individuate dall'art. 221<sup>31</sup> – che consentono agli enti aggiudicatori di negoziare con uno o più operatori economici di propria scelta le condizioni dell'appalto senza necessità di esperire una preventiva gara e per le quali è concessa la deroga alla previa pubblicità, oltre che una ampia discrezionalità nella modulazione della procedura d'acquisto.

La nuova disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 50/2016 non contiene particolari elementi di innovazione rispetto al precedente assetto normativo. Rimane la possibilità che la gara sia indetta alternativamente mediante la pubblicazione di un bando (ai sensi dell'art. 129), di un avviso periodico indicativo (ai sensi dell'art. 127) ovvero mediante il ricorso ad un sistema di qualificazione (*ex artt. 128, 134<sup>32</sup> e 136*).

---

<sup>31</sup> In attuazione dell'art. 40 della Dir. 17/2004/CE. Si rinvia al recente e pregevole contributo di C. PANETTA - P. MANTIN, *I settori speciali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, agosto 2020.

<sup>32</sup> L'art. 134 (Sistemi di qualificazione) stabilisce che gli enti aggiudicatori possono istituire e gestire un sistema di qualificazione degli operatori economici. In tal caso gli enti provvedono affinché gli operatori economici possano chiedere in qualsiasi momento di essere qualificati, con vari stadi di qualificazione.

Solo apparentemente di rilievo, in tema di procedura negoziata non preceduta da forme di pubblicità, è l'espunzione dell'ipotesi di lavori e servizi complementari, in precedenza prevista dall'art. 221, comma 1, lett. f).

Sul piano sostanziale, tale modifica non dovrebbe avere impatto particolare in quanto la disciplina sostanziale è ora contenuta nell'art. 106 che regola la fattispecie in termini, sostanzialmente analoghi alla disciplina previgente<sup>33</sup>.

In tema di criteri di aggiudicazione, trovano integrale applicazione le disposizioni previste per i settori ordinari: il che comporta la generalizzata applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e dei meccanismi automatici di individuazione della soglia di anomalia.

Va detto, peraltro, che tali vincoli non sembrano configurabili per imprese pubbliche e soggetti privati operanti in virtù di diritti speciali od esclusivi qualora diano corso ad affidamenti sottosoglia, posta la possibilità di utilizzare i propri regolamenti negoziali, con il solo vincolo rappresentato dal rispetto del principio di libera concorrenza.

Di rilievo, nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la previsione dell'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere a commissari esterni, iscritti in un apposito albo gestito dall'ANAC, da sorteggiare nell'ambito di un elenco, fornito, a richiesta, da quest'ultima.

### **2.1.1 Le procedure di scelta del contraente e gli appalti sotto soglia.**

Per quanto attiene alle procedure di affidamento, la disciplina europea introdotta nel 2014 presenta delle indubbie novità, sia sotto il profilo della tipologia delle procedure a disposizione degli enti aggiudicatori, sia sotto il profilo della tecnica normativa adottata, dedicando, la dir. 25/2014/UE, maggiore "attenzione" a ciascuna delle procedure, così come accade per i settori ordinari.

Con riferimento alle procedure di affidamento, la tendenza al parallelismo che si registra tra settori ordinari e settori speciali – e che ha trovato conferma sin dalla stessa legge delega n. 11 del 28 gennaio 2016 nella quale vi è una assoluta identità di principi e criteri direttivi per il recepimento delle tre direttive –, è lievemente attenuata. Infatti nella

---

<sup>33</sup> Con riferimento alle procedure di scelta del contraente, l'art. 122 del codice degli appalti pubblici prevede che "gli enti aggiudicatori nei settori speciali applicano, per quanto compatibili con le norme di cui alla presente Sezione, i seguenti articoli della Parte II, Titolo III, Capi II e III: salvo che la disposizione sull'avviso di preinformazione si intende riferita all'avviso periodico indicativo; 61, commi 1 e 2, con la precisazione che il termine di 30 giorni ivi previsto può essere ridotto fino a quindici giorni, nonché commi 3 e 5; 64 con la precisazione che il termine di trenta giorni per la ricezione delle domande di partecipazione di cui al comma 3, può essere ridotto fino a quindici giorni, qualora sia stato pubblicato un avviso periodico indicativo e sia stato trasmesso un invito a confermare interesse".

direttiva 2014/25/UE viene mantenuta la procedura negoziata con previa pubblicazione di bando (o indizione di gara), che scompare nei settori ordinari e non vi è traccia della procedura competitiva con negoziazione, prevista per i settori ordinari dall'art. 29 della direttiva 2014/24/UE. Inoltre nei settori speciali si registra una maggiore discrezionalità e libertà operativa degli enti aggiudicatori.

In entrambe, poi, viene inserito il “partenariato per l’innovazione”; secondo quanto espressamente previsto nel Considerando n. 59 della Direttiva 25/2014/UE. Tale fonte normativa prevede esplicitamente che le Amministrazioni Pubbliche dovrebbero essere agevolate nell’applicazione di una procedura di gara peculiare, qualora il bisogno di incrementare prodotti, servizi o lavori innovativi e specularmente di acquisire in seguito le forniture, i servizi o i lavori che ne derivano non possa essere soddisfatto usando soluzioni già fruibili sul mercato.

Tale procedura consentirebbe alle Pubbliche Amministrazioni di stabilire un partenariato per l’innovazione *“per lo sviluppo e il successivo acquisto di prodotti, servizi o lavori caratterizzati da novità e innovazione, a condizione che tale prodotto o servizio possa essere fornito o tali lavori possano essere effettuati nel rispetto dei livelli di prestazione e dei costi concordati, senza bisogno di una procedura d’appalto distinta per l’acquisto”*<sup>34</sup>.

Con riferimento alle procedure di scelta del contraente, dunque, anche la nuova disciplina sancisce, da un lato, il principio della libertà di scelta (precedentemente codificato nell’art. 220 del vecchio codice dei contratti pubblici) e, dall’altro lato, la sostanziale equivalenza tra procedure aperte e ristrette e procedura negoziata previa pubblicazione del bando.

Va, inoltre, rilevato che l’attuale formulazione è frutto dei correttivi suggeriti dal Consiglio di Stato nel parere n. 855/2016, intervenuto soprattutto con riguardo all’eliminazione dal testo originario approvato dal Governo dell’estensione ai settori speciali delle limitazioni, previste per i settori ordinari, all’utilizzo del dialogo competitivo e del partenariato per l’innovazione. La direttiva 25/2014 non sembra porre limiti all’utilizzo di tali istituti nel settore degli appalti speciali (a differenza di quanto avviene per gli appalti ordinari, ex artt. 26 e 31 della direttiva 24/2014).

---

<sup>34</sup> Sulla disciplina del partenariato si rinvia al terzo capitolo del presente lavoro. Il nuovo Codice dei contratti pubblici, all’art. 123, comma primo, in linea con la precedente disciplina, dispone che *“Nell’aggiudicazione (...) gli enti aggiudicatori utilizzano procedure di affidamento aperte, ristrette o negoziate precedute da indizione di gara in conformità alle disposizioni di cui alla presente sezione”*.

Per i settori speciali l'art. 122, che elenca le norme applicabili alle procedure di gara, non richiama l'art. 59 (procedure di scelta, che indica i presupposti del dialogo competitivo), ma richiama le sole disposizioni procedurali degli artt. 64 e 65. E tuttavia il successivo art. 123, al comma 1, sembra richiamare anche l'art. 59 laddove dispone che gli enti aggiudicatori possono ricorrere a dialoghi competitivi e partenariati per l'innovazione in conformità alle norme del codice.

La disciplina non risulta in linea con la direttiva 25/2014 che non pone per i settori speciali le stesse limitazioni previste per il settore ordinario, quanto a presupposti di utilizzo di dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione; d'altra parte non sembra esserci nella legge una norma che preveda estensioni delle limitazioni agli appalti dei settori speciali.

### **2.1.2 Procedura negoziata previa pubblicazione del bando.**

In ragione delle *“peculiarità tecniche dei servizi, ricompresi nei settori cosiddetti speciali, che il ricorso a tale forma di scelta del contraente consente di valorizzare”*<sup>35</sup> la procedura negoziata con pubblicazione del bando ha assunto, nei settori speciali, da sempre, una *“valenza ordinaria”*.

Al contrario di quanto accadeva nella vigenza del codice del 2006 (ove era rinvenibile esclusivamente un richiamo all'art. 220 circa la possibilità di esperire tale procedura), l'art. 124 del codice del 2016 fissa alcune regole di carattere generale in relazione al termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione, ai soggetti che possono partecipare alle negoziazioni ed alla possibilità dell'ente aggiudicatore di limitare il numero dei candidati idonei, nonché alle modalità di fissazione del termine per la ricezione delle offerte (identico per tutti i candidati selezionati)<sup>36</sup>.

L'art. 131 del codice prevede, poi, un invito simultaneo a presentare offerta; e la selezione di offerte e candidati sulla scorta di quanto anticipato dall'avviso o bando della procedura<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr. AVCP, determinazione 6 aprile 2011, n. 2. Cfr. A. CARULLO, *Appalti pubblici dei settori esclusi*, in *Enc. dir., agg.* V, 2001.

<sup>36</sup> Cfr. l'art. 124 (Procedura negoziata con previa indizione di gara). Nelle procedure negoziate con previa indizione di gara, qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dall'ente aggiudicatore per la selezione qualitativa. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è fissato in non meno di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara.

<sup>37</sup> Cfr. l'art. 133 (Principi generali per la selezione dei partecipanti). Per la selezione dei partecipanti e delle offerte nelle procedure di scelta del contraente nei settori speciali si applicano, per quanto compatibili con le norme di cui alla presente sezione, le disposizioni di cui ai seguenti articoli: 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 95, 96 e 97.

Nonostante ciò, la nuova disciplina codicistica lascia ampia discrezionalità all'ente aggiudicatore in ordine alla scelta di fare ricorso a tale procedura, che continua a porsi in rapporto di completa alternatività rispetto alle procedure aperte o ristrette, non essendovi alcuna predeterminazione delle ipotesi in cui è possibile farvi ricorso, e dovendosi, dunque, ritenere operante l'unico limite, riconosciuto dalla giurisprudenza, dei principi generali di proporzionalità, ragionevolezza, *par condicio* e trasparenza.

Tale ricostruzione appare in linea con gli orientamenti giurisprudenziali, i quali hanno precisato che nei settori speciali la procedura negoziata è preposta alla tutela della *par condicio creditorum*, ma con inferiore schematismo rispetto agli appalti dei settori ordinari, con la conseguente necessità di un maggiore rigore nel concreto riscontro della logica e della correttezza della fase negoziata<sup>38</sup>.

### **2.1.3 Procedura negoziata senza previa indizione di gara.**

La disciplina contenuta nell'art. 125 del nuovo codice, che conserva una valenza eccezionale in ragione della "distanza" della procedura dalle regole della concorrenza, non presenta particolari elementi di innovazione rispetto all'assetto delineato dall'art. 221 del Codice previgente<sup>39</sup>.

Deve essere comunque segnalata l'eliminazione dell'ipotesi relativa ai lavori e servizi complementari, attualmente disciplinata dall'art. 106 del nuovo codice, recante disposizioni in caso di modifica di contratti durante il periodo di efficacia, che prevede, alla lett. b) del comma 1, la possibilità, sia nei settori ordinari sia nei settori speciali, di modificare i contratti di appalto senza una nuova procedura di affidamento, "*per lavori, servizi o forniture, supplementari da parte del contraente originale che si sono resi*

---

<sup>38</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 4934.

<sup>39</sup> Cfr. l'art. 125 (Uso della procedura negoziata senza previa indizione di gara). Gli enti aggiudicatori possono ricorrere a una procedura negoziata senza previa indizione di gara nei seguenti casi: a) quando, in risposta a una procedura con previa indizione di gara, non sia pervenuta alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate. Un'offerta non è ritenuta appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è quindi manifestamente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze dell'ente aggiudicatore e ai requisiti specificati nei documenti di gara. Una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato deve o può essere escluso o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'ente aggiudicatore a norma degli articoli 80, 135, 136; b) quando un appalto è destinato solo a scopi di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo e non per rendere redditizie o recuperare spese di ricerca e di sviluppo, purché l'aggiudicazione dell'appalto non pregiudichi l'indizione di gare per appalti successivi che perseguano, segnatamente, questi scopi; c) quando i lavori, servizi e forniture possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: 1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte odi una rappresentazione artistica unica; 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici.

*necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente (...): 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale; 2) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi"*<sup>40</sup>.

Ai sensi del nuovo art. 125 può dunque farsi ricorso alla procedura negoziata senza previa indizione di gara nell'alveo di ipotesi tassative, principalmente, per la mancata presentazione, in risposta ad una procedura con indizione di una gara, di un'offerta o di un'offerta appropriata, di una domanda di partecipazione o di una domanda di partecipazione appropriata. In questo caso il ricorso alla procedura senza previa indizione di gara è ammesso a patto che non vengano modificate le condizioni del contratto in modo da garantire da un lato, stabilità e serietà alla domanda pubblica, in modo da evitare comportamenti collusivi, e, dall'altro, la reale parità di condizioni tra i concorrenti.

La disposizione, al contrario di quanto accadeva in precedenza, definisce i concetti di offerta o domanda ritenuta appropriata, disponendo che deve considerarsi non appropriata: l'offerta che non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è conseguentemente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze dell'ente aggiudicatore e ai requisiti specificati nei documenti di gara; la domanda di partecipazione nel caso in cui l'operatore economico interessato deve o può essere escluso o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dagli artt. 80, 135, 136 del nuovo codice del 2016<sup>41</sup>.

La seconda ipotesi riguarda una specifica categoria di appalti destinati solo a scopi di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo, chiara nella sua formulazione e che tra l'altro si presenta di più ampia portata applicativa rispetto alla analoga previsione

---

<sup>40</sup> Nel novero delle ipotesi in cui può farsi ricorso alla procedura negoziata senza previa indizione di gara non è altresì più compresa quella prevista dall'art. 221, comma 1, lett. i), del codice del 2006 relativa agli appalti da aggiudicare in base ad un accordo quadro la cui disciplina è ora contenuta integralmente nell'art. 54 del codice del 2016.

<sup>41</sup> Il decreto legislativo del 18/04/2016, n. 50 all'art. 135 (Criteri di selezione qualitativa e avvalimento) chiarisce che gli enti aggiudicatori possono stabilire norme e criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli offerenti o dei candidati. Qualora gli enti aggiudicatori si trovino nella necessità di garantire un equilibrio adeguato tra le caratteristiche specifiche della procedura di appalto e i mezzi necessari alla sua realizzazione, possono, nelle procedure ristrette o negoziate, nei dialoghi competitivi oppure nei partenariati per l'innovazione, definire norme e criteri oggettivi che rispecchino tale necessità e consentano all'ente aggiudicatore di ridurre il numero di candidati che saranno invitati a presentare un'offerta.

relativa ai settori ordinari contenuta alla lett. a), del comma 3 dell'art. 63 che, infatti, prevede l'ipotesi ivi contemplata solo con riferimento ai contratti di forniture.

Vi è poi il caso dell'affidamento ad un operatore economico determinato. Si tratta di una ipotesi specifica a fondamento della quale si ravvisano ragioni di natura artistica – ovvero il fine dell'appalto consta nella realizzazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o di una rappresentazione artistica - tecnica - ovvero la concorrenza non è presente per motivi di natura tecnica - ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi – si tratta della tutela di diritti esclusivi, inclusi quelli di proprietà intellettuale - che determinano in concreto la circostanza che l'appalto debba essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato, risultando quest'ultimo l'unico in grado di eseguire a regola d'arte le specifiche prestazioni oggetto del contratto.

Ragioni che, come nell'ipotesi di cui alla lett. a), l'art. 125, lett. c), il nuovo codice definisce in maniera più puntuale rispetto alla disciplina previgente, limitando in tal modo l'esercizio del potere discrezionale dell'ente aggiudicatore.

La deroga al principio concorrenziale, nell'ipotesi che qui occupa, trova il suo fondamento nella “infungibilità” o nella “esclusività” dell'oggetto del contratto che si vuole affidare<sup>42</sup>.

Ulteriore ipotesi di deroga ai termini ed alle condizioni di cui alle procedure aperte, ristrette o negoziate con previa indizione di gara, è contemplata con riferimento alle ipotesi dell'estrema urgenza, nella misura strettamente necessaria, derivante da eventi imprevedibili ed imprevedibili per l'ente aggiudicatore.

Una urgenza che, evidentemente, non deve essere imputabile all'ente aggiudicatore<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> A tal proposito meritano di essere segnalate le Linee Guida n. 8, approvate dal Consiglio dell'ANAC il 13 settembre 2017 recanti disposizioni relative al “Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili”, che delineano con chiarezza i concetti di infungibilità ed esclusività: “*Da un punto di vista giuridico ed economico, i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi. L'esclusiva attiene all'esistenza di privative industriali, mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno. L'infungibilità può essere dovuta all'esistenza di privative industriali ovvero essere la conseguenza di scelte razionali del cliente o dei comportamenti del fornitore; l'effetto finale è comunque un restringimento della concorrenza, con condizioni di acquisto meno favorevoli per l'utente*”. Non esisterebbe dunque un'unica soluzione per favorire il superamento concreto di fenomeni di infungibilità, ma sarebbe necessario piuttosto avanzare caso per caso, allo scopo di agevolare soluzioni che possano in ogni caso favorire la trasparenza, la non discriminazione e la libera concorrenza nel mercato.

<sup>43</sup> Cfr. par. 46, Conclusioni dell'Avvocato Generale F.G. Jacobs presentate il 24 febbraio 2005 nella causa C-394/02: “*Per quanto riguarda la deroga basata sulle ragioni di estrema urgenza, al fine di poter invocare con successo la deroga prevista dall'art. 20, n. 2, lett. d) della direttiva per il settore dei servizi, devono ricorrere cumulativamente tre condizioni e cioè l'esistenza di un evento imprevedibile, un'estrema urgenza tale da rendere impossibile il rispetto dei termini stabiliti da altre procedure e la correlazione tra l'evento imprevedibile e l'estrema urgenza che ne deriva*”.

Il testo della lett. d) dell'art. 125 del nuovo codice riproduce in buona sostanza il testo dell'art. 221 del codice del 2006, con l'aggiunta dei casi di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati ai sensi della Parte IV, Titolo V, del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

Altra ipotesi di deroga è connessa alla complementarità dei servizi. Si tratta di un'ipotesi che ripropone l'analoga previsione contemplata per i settori ordinari, per i quali è prevista la possibilità di ricorrere alla procedura senza gara per appalti di forniture per consegne complementari effettuate dal fornitore originario e finalizzate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente, o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, nelle ipotesi in cui il cambiamento di fornitore obbligherebbe l'ente aggiudicatore ad acquistare materiale con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate<sup>44</sup>.

#### **2.1.4 Procedure di affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria**

Il regime applicabile agli appalti nei settori speciali cc.dd. sottosoglia<sup>45</sup> differisce a seconda che l'ente aggiudicatore sia un'impresa pubblica o un soggetto privato che opera in virtù di diritti speciali ed esclusivi, ovvero che si tratti di una amministrazione pubblica<sup>46</sup>.

Nel primo caso, infatti, si applica la disciplina stabilita nei regolamenti negoziali, che, comunque, deve essere conforme ai principi del Trattato UE ed in particolare a quelli di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e tutela della concorrenza.

---

<sup>44</sup> Appare opportuno rilevare che non è presente, per i settori speciali, la limitazione relativa alla durata dei contratti che, nei settori ordinari, non può eccedere, di regola, i tre anni.

<sup>45</sup> La disciplina dei contratti sotto soglia è nell'art. 36, codice, nonché negli artt. 31, c. 8; 32, c. 10 e c. 14; lett. b); 97, c. 8; 106, c. 14; 157, c. 2; 216, c. 9. Il nuovo articolo 35 modificato dall'articolo 25, comma 1, lettera b), numero 1), del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, stabilisce che: "Ai fini dell'applicazione del presente codice, le soglie di rilevanza comunitaria sono: a) euro 5.225.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni; b) euro 135.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato VIII; c) euro 209.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato VIII; d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX". Relativamente ai settori speciali, le soglie di rilevanza comunitaria sono: "a) euro 5.225.000 per gli appalti di lavori; b) euro 418.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione; c) euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX". Tali soglie sono periodicamente rideterminate con provvedimento della Commissione europea.

<sup>46</sup> Cfr. l'art. 140 - Norme applicabili ai servizi sociali e ad altri servizi specifici dei settori speciali.

Nel secondo caso si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 36 del Codice e alle Linee Guida n. 4 dell'ANAC, approvate con delibera del 26 ottobre 2016<sup>47</sup>. In linea con la tradizionale impostazione, è stata riproposta la bipartizione tra affidamenti cc.dd. soprasoglia e sottosoglia e, per questi ultimi, viene precisato che per imprese pubbliche e soggetti privati che operano in virtù di diritti speciale ed esclusivi trovi applicazione la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti negoziali, nel rispetto dei principi fondamentali del Trattato UE.

Tale possibilità non è invece ammessa per gli enti aggiudicatori rientranti nel novero delle cc.dd. amministrazioni aggiudicatrici. Gli effetti di tale differenziazione nel regime applicabile quanto alle modalità di affidamento di appalti sottosoglia sono, nella pratica, piuttosto attenuate.

Infatti, il vincolo per imprese pubbliche e soggetti privati a garantire i principi generali del Trattato UE a tutela della concorrenza (art. 36, comma 8), da un lato, e le modalità semplificate di affidamento previste, in generale, dall'art. 36, per gli appalti a rilevanza nazionale rendono sotto più profili meno netta la differenziazione dei regimi applicabili.

Le amministrazioni aggiudicatrici, infatti tanto nei settori ordinari che nei settori speciali potranno procedere all'affidamento diretto, adeguatamente motivato, per i contratti di importo inferiore a euro 40.000, analogamente a quanto stabilito nel D.Lgs. n. 163/2006, sulla base del presupposto di un ridotto interesse dell'affidamento per il mercato<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Cfr. Linee Guida n. 4, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici". L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture secondo le procedure semplificate di cui all'art. 36 del Codice del 2016 avvengono nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, nonché del principio di rotazione e di tutela dell'effettiva possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese. Inoltre: *"Tutti gli atti della procedura sono soggetti agli obblighi di trasparenza previsti dall'art. 29 d.lgs. 50/2016. Gli affidamenti di servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 d.lgs. 50/2016 ed i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro possono essere aggiudicati, ai sensi dell'art. 95, comma 4, d.lgs. 50/2016, con il criterio del minor prezzo, purché ricorrano le condizioni ivi disposte"*.

<sup>48</sup> Per i lavori di importo compreso tra euro 40.000 e euro 150.000 nonché per gli affidamenti di servizi e forniture a rilevanza nazionale, l'affidamento presuppone un confronto concorrenziale tra almeno cinque operatori, ove disponibili, individuati in esito ad una previa consultazione. Per i lavori di importo compreso tra i 150.000 ed un milione di euro, l'affidamento può avere luogo mediante procedura negoziata, cui sono invitati a prendere parte almeno 10 operatori (in tendenziale continuità con quanto stabilito dall'art. 122 del D.Lgs. n. 163/2006).

### **2.1.5 Pubblicità, Comunicazioni, Avvisi.**

Ai sensi dell'art. 142 del D.Lgs. 50/2016, gli enti aggiudicatori che intendono procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico per i servizi speciali rendono nota tale intenzione mediante un bando di gara, corredato di tutte le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera f), conformemente ai modelli di formulari di cui all'articolo 72, ovvero attraverso un avviso di preinformazione, che viene pubblicato in maniera continua e contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I)<sup>49</sup>. L'avviso di preinformazione si riferisce specificamente ai tipi di servizi che saranno oggetto degli appalti da aggiudicare, specificando che gli appalti saranno aggiudicati senza successiva pubblicazione, ed invitando gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse per iscritto.

Il principio di pubblicità, quale corollario della trasparenza e ineliminabile presidio dell'imparzialità della pubblica amministrazione (*ex art. 97 Cost.*), trovava esplicito riconoscimento nella materia degli appalti pubblici nell'art. 2, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che indica *“i principi generali informativi di ogni tipologia di affidamento di opere, servizi e forniture”*<sup>50</sup>.

Sulle stazioni appaltanti incombono precisi obblighi di pubblicità i cui contenuti si differenziano a seconda della fase di svolgimento della procedura di scelta del contraente. In tale contesto si inseriva l'avviso di preinformazione – disciplinato dall'art. 63 Codice del 2006 - con il quale le stazioni appaltanti rendevano noto il programma degli appalti che intendevano aggiudicare durante l'anno, consentendo così a tutti gli operatori economici potenzialmente interessati, sia in ambito nazionale che eurounitario, di assumere le decisioni più opportune al fine di presentare le proprie offerte.

L'obbligo di preinformativa non rappresentava una novità introdotta con il codice del 2006, atteso che il legislatore italiano aveva già in precedenza previsto e disciplinato l'obbligo di « avviso indicativo annuale » (ai sensi dell'art. 8, comma 1, D.lgs. 157 del 1995) e il « bando di gara indicativo » (*ex art. 5, comma 1, D.lgs. n. 358 del 1992*), i cui contenuti erano sostanzialmente assimilabili a quello previsto dal richiamato art. 63 del Codice del 2006.

---

<sup>49</sup> Ciò non si verifica allorché sia utilizzata per l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi una procedura negoziata senza previa pubblicazione in presenza dei presupposti previsti dall'articolo 63.

<sup>50</sup> Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 6 luglio 2010, n. 2313.

Quest'ultimo articolo, nel recepire quasi integralmente le previsioni contenute all'art. 35, par. 1, Direttiva 2004/18/CE, ha il merito di aver dettato una disciplina unitaria ed omogenea per i settori dei lavori, dei servizi e delle forniture.

La nuova direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici (che ha abrogato la precedente Direttiva 2004/18/CE) disciplina ora all'art. 48 gli avvisi di preinformazione i quali devono contenere le informazioni previste nell'Allegato V, Parte B, della medesima Direttiva.

Gli avvisi in questione sono pubblicati dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione Europea o dalle amministrazioni aggiudicatrici sul proprio profilo di committente. In quest'ultimo caso, le amministrazioni aggiudicatrici inviano all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione Europea un avviso dell'avvenuta pubblicazione sul proprio profilo di committente.

La legge 28 gennaio 2016, n. 11 ha delegato il Governo italiano all'attuazione delle Direttive 2014/23/UE (sull'aggiudicazione dei contratti di concessione), 2014/24/UE e 2014/25/UE (sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE) del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, nonché al riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

L'art. 1, lett. s) della richiamata legge ha stabilito i principi e criteri direttivi che il legislatore delegato è stato chiamato a rispettare nel riordinare la disciplina in materia di pubblicità.

Nello specifico, al Governo è stato affidato il compito di revisionare *in toto* la materia della pubblicità degli avvisi di preinformazione e dei bandi di gara, ricorrendo, se del caso, a mezzi informatici di pubblicità<sup>51</sup>.

Il Governo italiano ha quindi adottato uno schema di decreto legislativo sul quale si è espresso il Consiglio di Stato con il parere del 1 aprile 2016, n. 855. In tale occasione il Supremo Consesso amministrativo ha espresso un unico rilievo sulla formulazione

---

<sup>51</sup> Cfr. l'art. 2 della legge 28 gennaio 2016 n.11 (in Gazz. Uff., 29 gennaio 2016, n. 23) Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

dell'articolo 70 dello schema di D.Lgs. dedicato alla disciplina in tema di « avvisi di preinformazione »<sup>52</sup>.

La previsione contenuta nel richiamato art. 48 Direttiva 2014/24/UE è stata trasposta all'art. 70 del D.lgs. 50 del 2016.

Il Governo italiano si è successivamente avvalso del potere conferito dalla legge delega (ex art. 1, comma 8, della richiamata legge 28 gennaio 2016, n. 11) di adozione di disposizioni correttive e integrative al testo del codice del 2016 (entro il termine di un anno dalla sua entrata in vigore). In tale prospettiva nella seduta del Consiglio dei Ministri del 23 febbraio 2017 è stato approvato lo schema di decreto correttivo al D.lgs. n. 50 del 2016 il quale, nel rispetto dell'*iter* previsto dalla richiamata legge delega, è stato trasmesso al Consiglio di Stato e alla Conferenza Unificata Stato Regioni ai fini della formulazione dei rispettivi pareri.

Il Consiglio di Stato ha adottato il parere del 30 marzo 2017, n. 782, mentre la Conferenza Unificata Stato Regioni si è espressa con il parere n. 33 del 2017 parimenti adottato in data 30 marzo 2017.

Nella seduta del Consiglio dei Ministri del 13 aprile 2017 è stato approvato, in via definitiva, il testo del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56<sup>53</sup>: sul tema degli avvisi di preinformazione il D.lgs. n. 56 del 2017 ha circoscritto l'arco temporale di copertura dell'avviso di preinformazione nel caso di appalti pubblici per i servizi sociali e altri servizi, aggiungendo all'originaria previsione secondo cui in tali specifici casi l'avviso di preinformazione può coprire un periodo più lungo di 12 mesi, la precisazione secondo cui tale durata non deve essere più grande di ventiquattro mesi.

Ai sensi del comma 1 dell'art. 63 codice del 2006 il preavviso di informazione era circoscritto ai contratti di lavori, servizi e forniture di rilevanza comunitaria affidati dalle stazioni appaltanti di cui alle lett. a) e c) dell'art. 32 del medesimo codice<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Nel dettaglio, il Consiglio di Stato ha suggerito la soppressione, all'art. 70 comma 1, delle parole "di norma", dovendosi precisare quali siano le conseguenze del superamento del termine del 31 dicembre entro il quale le stazioni appaltanti devono rendere nota l'intenzione di bandire appalti per l'anno successivo, pubblicando un avviso di preinformazione.

<sup>53</sup> Pubblicato sulla G.U. n. 103 del 5 maggio 2017, Suppl. Ord. n. 22, ed è entrato in vigore a partire dal 20 maggio 2017.

<sup>54</sup> Ai sensi del richiamato art. 63 del Codice del 2006 l'avviso di preinformazione doveva contenere: I. Gli elementi indicati nel Codice del 2006, ovvero: a) per le forniture l'importo complessivo stimato degli appalti o degli accordi quadro, per gruppi di prodotti, che si intendono aggiudicare nei dodici mesi successivi, qualora il loro valore complessivo stimato, tenuto conto degli articoli 28 e 29 (sulle soglie e sui relativi metodi di calcolo), sia pari o superiore a 750.000 Euro. b) per i servizi, l'importo complessivo stimato degli appalti o degli accordi quadro che si intendono aggiudicare nei dodici mesi successivi, qualora tale importo

Pertanto, l'obbligo in questione era circoscritto ai contratti sopra soglia comunitaria affidati da amministrazioni statali, enti pubblici territoriali, enti pubblici non economici, associazioni, unioni, consorzi comunque denominati costituiti da detti soggetti, società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non siano organismi di diritto pubblico, la cui attività consista nella realizzazione di lavori od opere, ovvero nella produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, comprese le società di cui agli artt. 113, 113-*bis*, 115 e 116 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

L'articolo 70 Codice del 2016 reca ora la disciplina in materia di avviso di preinformazione.

Il primo comma prescrive, in tema di appalti sotto soglia, che la stazione appaltante entro il 31 dicembre di ogni anno rende nota l'intenzione di bandire gli appalti per l'anno successivo, provvedendo, a tal fine, alla pubblicazione, esclusivamente sul proprio profilo di committente (definito, all'art. 3, lett. nnn), come "*il sito informatico di una stazione appaltante, su cui sono pubblicati gli atti e le informazioni previsti dal presente codice, nonché dall'allegato V*", di un avviso di preinformazione recante le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera B, sezione B.1.

Ciò detto, meritano di essere evidenziati anche gli aspetti normativi collegati agli adempimenti pubblicitari ed ai correlativi avvisi. Secondo quanto previsto dall'art. 127 del codice del 2016 ("Pubblicità e avviso periodico indicativo"), alla pubblicità degli atti delle procedure di scelta del contraente dei settori speciali si applicano le disposizioni anche le disposizioni previste per i settori c.d. ordinari. Nel dettaglio è data facoltà agli

---

complessivo stimato, tenuto conto degli artt. 28 e 29, sia pari o superiore a 750.000 Euro, per ciascuna delle categorie di servizi elencati nell'Allegato II A. c) per i lavori, le caratteristiche essenziali dei contratti o degli accordi quadro che si intendono aggiudicare e i cui importi siano pari o superiori alla soglia indicata all'art. 28 (importi delle soglie dei contratti pubblici di rilevanza comunitaria), tenuto conto dell'art. 29 (metodi di calcolo del valore stimato dei contratti pubblici) (art. 63, comma 1, lett. b), Codice del 2006). Il legislatore aveva previsto, in linea generale, che le stazioni appaltanti dovevano provvedere alla pubblicazione dell'avviso di preinformazione "*possibilmente entro il 31 dicembre di ogni anno*" (art. 63, comma 1, Codice del 2006). Si era registrato, tuttavia, un difetto di coordinamento con le successive disposizioni, atteso che nei co. 2 e 3 del richiamato art. 63 del Codice del 2006, il legislatore nazionale aveva previsto – discostandosi dalle previsioni contenute nella Direttiva 2004/18/CE – due diverse scadenze relative ai servizi e le forniture da un lato, e i lavori dall'altro. Ai sensi del comma 2 era infatti previsto che gli avvisi di preinformazione relativi ai servizi e alle forniture dovevano essere inviati alla Commissione Europea o pubblicati sul profilo del committente "il più rapidamente possibile dopo l'avvio dell'esercizio di bilancio". Diversamente, ai sensi del successivo comma 3, in caso di lavori gli avvisi di preinformazione relativi ai lavori dovevano essere inviati alla Commissione Europea o pubblicati sul profilo del committente "il più rapidamente possibile dopo l'adozione della decisione che autorizza il programma in cui si inseriscono i contratti di lavori o gli accordi quadro" da aggiudicare.

enti aggiudicatori di rendere nota l'intenzione di programmare appalti pubblicando un avviso periodico indicativo entro il 31 dicembre di ogni anno<sup>55</sup>.

Il D.Lgs. 50/2016 stabilisce inoltre all'art. 128 (“Avvisi sull'esistenza di un sistema di qualificazione”) che gli enti aggiudicatori possono istituire e gestire un proprio sistema di qualificazione degli operatori economici.

Tale sistema va reso pubblico indicando le finalità del sistema di qualificazione e le modalità per conoscere le norme relative al suo funzionamento.

Ciò è rilevante in quanto *“Se viene indetta una gara con un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione, gli offerenti, in una procedura ristretta, o i partecipanti, in una procedura negoziata, sono selezionati tra i candidati qualificati con tale sistema”*<sup>56</sup>.

Nelle procedure ristrette, nei dialoghi competitivi, nei partenariati per l'innovazione, nelle procedure negoziate con previa indizione di gara, e nella procedura negoziata senza previa indizione di gara, gli enti aggiudicatori invitano simultaneamente e per iscritto i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte, a partecipare al dialogo o a negoziare<sup>57</sup>.

Con le stesse modalità gli enti aggiudicatori invitano, nel caso di indizione di gara tramite un avviso periodico indicativo, gli operatori economici che già hanno espresso interesse a confermare nuovamente interesse.

Nelle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara, gli operatori economici selezionati vengono invitati a mezzo di posta elettronica certificata o strumento analogo negli altri Stati membri ovvero, quando ciò non sia possibile, con lettera. Gli inviti contengono gli elementi essenziali della prestazione richiesta.

In tale contesto di trasparenza sotteso alla partecipazione alla gare di appalto, il bando di gara costituisce, generalmente, il primo atto a rilevanza esterna delle procedure di

---

<sup>55</sup> Tali avvisi sono pubblicati dalla P.A. sul proprio profilo di committente. *“Per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35, gli avvisi sono pubblicati anche dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea (...) Quando una gara è indetta per mezzo di un avviso periodico indicativo per procedure ristrette e procedure negoziate precedute da indizione di gara, l'avviso soddisfa tutte le seguenti condizioni: a) si riferisce specificatamente alle forniture, ai lavori o ai servizi che saranno oggetto dell'appalto da aggiudicare; b) indica che l'appalto sarà aggiudicato mediante una procedura ristretta o negoziata senza ulteriore pubblicazione di un avviso di indizione di gara e invita gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse; c) contiene, oltre alle informazioni di cui all'allegato XIV, parte II, sezione A, le informazioni di cui all'allegato XIV, parte II, sezione B; d) è stato inviato alla pubblicazione tra trentacinque giorni e dodici mesi prima della data di invio dell'invito a confermare interesse”*.

<sup>56</sup> Cfr. l'art. 232 (Sistemi di qualificazione e conseguenti procedure selettive) del Codice de contratti pubblici del 2006.

<sup>57</sup> Cfr. l'art. 131 (Inviti ai candidati).

affidamento dei contratti pubblici (c.d. procedure ad evidenza pubblica), quale momento attuativo della determina a contrarre (atto di rilevanza interna).

In sostanza, le amministrazioni aggiudicatrici: esplicitano, con determina a contrarre di cui all'art. 32, comma 2, D.Lgs. n. 50 del 2016 le ragioni di pubblico interesse che le hanno indotte ad avviare una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di un determinato contratto, del quale individuano altresì gli elementi essenziali nonché le modalità di scelta del contraente e rendono nota, con il bando di gara di cui all'art. art. 71 D.Lgs. n. 50/2016, l'esistenza della procedura selettiva, dando alla stessa concreto avvio e fissandone contestualmente le regole.

L'espressione "bando di gara" è di derivazione comunitaria (introdotto nel nostro ordinamento in sede di adeguamento alle direttive della Comunità economica europea delle procedure di aggiudicazione degli appalti, rispettivamente, di lavori pubblici<sup>58</sup> e di pubbliche forniture<sup>59</sup>). Prima della sua adozione, si parlava di "avviso d'asta" con riferimento all'asta pubblica (art. 63, Rd. n. 827 del 1924, recante regolamento di contabilità dello Stato) e di "preventivo avviso" con riferimento alla licitazione privata (art. 7, l. n. 14 del 1973).

Con l'entrata in vigore, D.Lgs. n. 163 del 2006 il bando di gara e il suo contenuto, nonché le relative modalità di pubblicazione hanno trovato espressa disciplina negli artt. 64 e 66 c.c.p. Tale disciplina ha subito delle modifiche a decorrere dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, recante il nuovo codice dei contratti pubblici in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, abrogative delle citate direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Secondo il codice del 2016 (art. 71 d.lgs. n. 50 del 2016), il bando di gara deve contenere le informazioni di cui all'allegato XIV, Parte I, lettera c). Il bando, quindi, consta di una serie di disposizioni individuate dalla normativa vigente in materia di appalti pubblici, che ne costituiscono il contenuto minimo essenziale, e di una serie di disposizioni lasciate alla determinazione discrezionale della stazione appaltante.

Per quanto concerne le prime, il legislatore ha previsto nel Codice la descrizione di elementi obbligatori o facoltativi del bando, nonché un vero e proprio schema generale di riferimento per le stazioni appaltanti nella redazione dei bandi di gara<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Cfr. l. 8 agosto 1977, n. 584.

<sup>59</sup> Cfr. l. 30 marzo 1981, n. 113.

<sup>60</sup> Entrambi i citati allegati – sia l'allegato IX al Codice del 2006 sia l'allegato XIV, Parte I, lettera C) al codice del 2016 – individuano quattro gruppi fondamentali di indicazioni: autorità, sede e clausole

Per quanto concerne le disposizioni lasciate alla discrezionalità della stazione appaltante, invece, è necessario che le stesse, perché siano legittime, non contrastino con i principi di trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità e non discriminazione. In tal senso sia l'art. 69 del 2006 sia l'art. 100 del nuovo codice: nel consentire alle stazioni appaltanti di prevedere condizioni particolari per l'esecuzione degli appalti (attinenti, in particolare, esigenze sociali o ambientali), ulteriori, diverse e più restrittive rispetto a quelle minime legali, impongono entrambi che le stesse siano compatibili con il diritto europeo e, in particolare che siano precisate nel bando di gara.

## **2.2 La selezione delle offerte.**

I termini di ricezione delle domande di partecipazione e di presentazione delle offerte rientrano fra gli elementi essenziali da specificare nella *lex specialis* di gara<sup>61</sup>. La relativa disciplina di carattere generale è attualmente contenuta nell'art. 79 D.Lgs. n. 50 del 2016 (in precedenza era contenuta nell'art. 70 d.lgs. n. 163 del 2006), che ha recepito, senza discostarsene in modo significativo, l'art. 47 della direttiva 2014/24/UE, con cui il legislatore europeo ha, in larga parte, confermato l'impostazione della previgente normativa (dettata dagli artt. 38 e 39 direttiva 2004/18/CE), ribadendo, in particolare, la piena operatività della clausola generale di adeguatezza e proporzionalità dei termini, in forza della quale le stazioni appaltanti, nel fissare i termini, debbono tenere conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e, di conseguenza, delle tempistiche ordinariamente occorrenti per la predisposizione delle offerte, fermo restando l'obbligo di rispettare i termini minimi fissati dalla legge.

I termini fissati dalle stazioni appaltanti hanno, in ogni caso, natura decadenziale e debbono essere rispettati dai concorrenti ai fini dell'ammissibilità delle domande di partecipazione ovvero delle offerte<sup>62</sup>. In tale contesto, la previsione legislativa di termini minimi, differenziati in relazione a ciascuna modalità di affidamento, aventi natura perentoria e, quindi, non derogabile da parte delle Amministrazioni affidanti, risponde

---

ordinatorie della procedura di gara (luogo, tempi, modi e termini); caratteristiche ed entità delle prestazioni (con indicazione del prezzo posto a base di gara), modalità di esecuzione e di pagamento; criteri di aggiudicazione e modalità delle offerte; infine, requisiti ed obblighi dei partecipanti.

<sup>61</sup> Cfr. Cons. St., Sez. V, 10 aprile 2002, n. 1960.

<sup>62</sup> In applicazione di tale principio, la giurisprudenza amministrativa afferma la legittimità dell'esclusione dalla gara di un'impresa in ragione del ritardo col quale il plico, recante l'offerta della stessa, è pervenuto presso la stazione appaltante, laddove la non superabilità del limite temporale posto per la presentazione delle domande si evinca sia dalla inequivoca formulazione degli atti di gara sia dalla possibilità, riconosciuta nel bando ai concorrenti, di ricorrere a diverse ed alternative forme di trasmissione della propria documentazione al fine di rispettare la scadenza (cfr. Cons. St., Sez. VI, 17 gennaio 2017, n. 170).

all'esigenza di evitare arbitrii nell'ammissione dei concorrenti e nella ricezione delle offerte, salvaguardando in tal modo la *par condicio*.

In linea di continuità con il passato, l'attuale disciplina (dettata, con specifico riferimento a ciascuna tipologia di procedura di affidamento, dagli artt. 60-63, nonché 64 e 65, del nuovo codice dei contratti pubblici) distingue tre tipologie di termini minimi: ordinari, accelerati e, infine, applicabili in via d'urgenza alle procedure di gara.

Le principali innovazioni apportate dal nuovo Codice, in recepimento di quanto previsto dalla direttiva 2014/24/UE, consistono nell'introduzione una disciplina più approfondita dell'eventuale proroga dei termini e nella previsione di una significativa riduzione dei termini minimi di partecipazione e di presentazione delle offerte, preordinata a rendere le procedure di affidamento più veloci ed efficaci (anche se il legislatore europeo sottolinea, di converso, anche l'esigenza di evitare di creare indebiti ostacoli all'accesso di operatori economici e, in particolare, alle PMI, ed invita conseguentemente le stazioni appaltanti ad osservare il criterio di adeguatezza, anche quando ciò sia suscettibile di comportare la fissazione di termini più lunghi rispetto a quelli minimi stabiliti *ex lege*).

L'art. 79, comma 1, D.Lgs. n. 50 del 2016, in recepimento dell'art. 47, comma 1, direttiva 2014/24/UE, prevede che le stazioni appaltanti, nel fissare i termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione dei concorrenti tengano conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte, fermo restando, in ogni caso, il rispetto dei termini minimi fissati *ex lege*.

Il criterio di adeguatezza (e proporzionalità) stabilito dal legislatore si applica a tutti i contratti d'appalto (anche d'importo inferiore alla soglia comunitaria) e parrebbe assurgere a parametro di legittimità della discrezionalità esercitata dall'ente affidante in sede di individuazione dei termini di partecipazione e presentazione delle offerte. Nel caso di incertezza delle previsioni degli atti di gara relative al termine di presentazione delle offerte da parte dei concorrenti, deve essere preferita la soluzione interpretativa che favorisca la più ampia partecipazione alla procedura, e ciò non solo in ossequio al generale principio di conservazione degli atti amministrativi, ma anche in conformità al criterio del *favor participationis*, a cui corrisponde lo specifico interesse pubblico all'ampliamento della platea delle imprese in gara<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr. Cons. St., Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1214

La portata cogente dei termini rileva sotto un duplice profilo. Da un lato, nelle gare pubbliche i termini fissati dalle stazioni appaltanti per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte hanno sempre natura decadenziale, perfino in ipotesi di mancanza di dichiarata comminatoria, “*a garanzia della par condicio e della trasparenza dell’azione amministrativa*” (ANAC, parere 29 luglio 2014, n. 4), tenuto conto che anche un minimo ritardo comporta l’esclusione del concorrente dalla gara in considerazione del fatto che, attraverso la risoluzione dell’ora prevista si consoliderebbe l’interesse legittimo dei partecipanti a eludere l’ammissione di altre offerte<sup>64</sup>.

Secondo consolidata giurisprudenza, infatti, una volta che la stazione appaltante si sia autolimitata « relativamente a data, ora e luogo di ricevimento delle offerte, non ha alcun margine di scelta circa la non ammissione delle imprese non rispettose del termine »<sup>65</sup>.

Dall’altro lato, rileva la circostanza che i termini minimi previsti dalla legge rivestono natura perentoria e non possono, quindi, in alcun caso essere derogati dalle stazioni appaltanti.

I termini minimi ordinari debbono essere rispettati nella generalità dei casi, salvo che ricorrano le peculiari condizioni che consentono alle stazioni appaltanti di applicare quelli accelerati ovvero quelli relativi alle procedure urgenti. Nelle procedure aperte, il termine minimo ordinario per la ricezione delle offerte è pari a trentacinque giorni decorrenti dalla trasmissione del bando di gara (art. 60, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016), che può essere ridotto a trenta nel caso di presentazione di offerte per via elettronica (art. 60, comma 2-bis, del D.Lgs. n. 50 del 2016, introdotto dal correttivo di cui al D.Lgs. n. 56 del 2017)<sup>66</sup>. Nelle procedure ristrette, nelle procedure competitive con negoziazione, nel dialogo competitivo e nel partenariato per l’innovazione, il termine per la ricezione delle domande di partecipazione non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla data di trasmissione del bando di gara o, se è utilizzato come mezzo di indizione della gara un avviso di preinformazione, dalla data d’invio dell’invito a confermare l’interesse (artt. 61 comma 2, 62 comma 4, 64 comma 3, 65 comma 4, del d.lgs. n. 50/2016; artt. 28, 29 e 30 della direttiva 2014/24/UE).

Anche detto termine è stato ridotto con l’entrata in vigore del nuovo codice, in quanto, nel vigore della precedente disciplina, era pari a trentasette giorni.

---

<sup>64</sup> Cfr. TAR Toscana, Sez. I, 2 ottobre 2000, n. 2045; TAR Lombardia, 1 luglio 2008, n. 747.

<sup>65</sup> Cfr. Cons. St., Sez. V, n. 1960 del 2002.

<sup>66</sup> Prima dell’entrata in vigore del nuovo Codice, detto termine era pari cinquantadue giorni.

Il riferimento del legislatore (europeo, ancor prima che nazionale) alla “*data di trasmissione del bando di gara*” ai fini della pubblicazione sulla GUUE, quale *dies a quo* per la decorrenza del termine minimo, desta alcune perplessità correlate alla circostanza che tale data potrebbe, in ipotesi, essere, anche significativamente, anteriore a quella di effettiva pubblicazione del bando sulla GUUE, e dunque a quella di conoscibilità del bando, con la conseguenza che sarebbe stato preferibile far decorrere detto termine dalla data di pubblicazione del bando. Tuttavia, l’evoluzione del sistema di trasmissione ha progressivamente posto rimedio a detto problema.

Per quanto concerne, invece, l’individuazione del momento della « ricezione delle domande di partecipazione », possono essere previsti tre diversi regimi e, in particolare, caso per caso e a seconda delle prescrizioni contenute nei bandi, detto termine può dirsi rispettato nel caso in cui, entro la sua scadenza, il plico contenente la domanda.

Nelle procedure ristrette e nelle procedure competitive con negoziazione, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a trenta giorni dalla data di trasmissione dell’invito a presentare le offerte (artt. 61, comma 3, e 62, comma 5, del nuovo codice).

Alle Amministrazioni aggiudicatrici è riconosciuta la facoltà di fissare il termine per la ricezione delle offerte di concerto con i candidati selezionati, con l’unico limite di fissare un termine identico per tutti i candidati. In assenza di accordo, il termine non può essere inferiore a dieci giorni dalla data di invio dell’invito a presentare le offerte<sup>67</sup>.

A chiusura del sistema, l’art. 79, comma 2, del nuovo codice, prevede, con riferimento al caso in cui le offerte possano essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo la consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati, che i termini per la ricezione delle offerte debbano essere, in ogni caso, superiori a quelli minimi ordinari per ciascuna tipologia di procedura e debbano, altresì, consentire a tutti gli operatori economici interessati di poter prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per la predisposizione delle offerte.

Nel nuovo testo del 2016 non ha trovato spazio la disposizione precedentemente contenuta nell’art. 70, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006, che stabiliva un prolungamento dei termini minimi ordinari per la presentazione delle offerte, applicabile a tutte le

---

<sup>67</sup> Nel vigore della precedente disciplina, il termine minimo applicabile alle procedure ristrette era pari quaranta giorni (art. 70, comma 4, d.lgs.n. 163 del 2006; art. 38, comma 3, lett. b), direttiva 2004/18/CE), mentre, di converso, era previsto, – con riferimento alle procedure negoziate, con o senza bando, e al dialogo competitivo – che il termine per la ricezione delle offerte fosse stabilito dalle stazioni appaltanti nel rispetto del principio di adeguatezza e, in assenza di specifiche ragioni di urgenza, non potesse essere inferiore a venti giorni dalla data di invio dell’invito (art. 70, comma 5, D.Lgs.n. 163 del 2006).

procedure di affidamento, nel caso in cui il contratto comprendesse la progettazione esecutiva (sessanta giorni dalla trasmissione del bando di gara oppure della trasmissione dell'invito) ovvero anche la progettazione definitiva (ottanta giorni dalla trasmissione del bando di gara oppure della trasmissione dell'invito).

Di converso, il nuovo codice ha introdotto una disciplina dei termini minimi specifica per i sistemi dinamici di acquisizione.

In caso di affidamento di appalti nei settori speciali, il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è fissato in non meno di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, se come mezzo di indizione di gara è usato un avviso periodico indicativo, dell'invito a confermare interesse; non sono applicabili ulteriori termini per la ricezione delle domande di partecipazione dopo l'invio dell'invito a presentare offerte per il primo appalto specifico. Il termine minimo per la ricezione delle offerte è di almeno dieci giorni dalla data di trasmissione dell'invito a presentare offerte. Relativamente alle procedure di scelta del contraente riferite ad appalti rientranti nei settori speciali, si applicano sostanzialmente le regole in materia di termini minimi previste per gli appalti nei settori ordinari, salve le peculiari ipotesi di abbreviazione dei termini predetti disciplinate dall'art. 122 D.Lgs. n. 50 del 2016.

Il correttivo 2017 ha introdotto la precisazione secondo cui nelle procedure di dialogo competitivo aventi ad oggetto affidamenti rientranti nei settori speciali, il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni, decorrenti dalla data di trasmissione dell'invito a confermare l'interesse, se come mezzo di indizione della gara è utilizzato un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione.

Meritano un cenno a parte i termini stabiliti dall'art. 124 del nuovo Codice, con riferimento alle procedure negoziate con previa indizione di gara finalizzate all'affidamento di contratti d'appalto nei settori speciali. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è fissato, in linea di massima, in non meno di trenta giorni dalla trasmissione del bando di gara o, se come mezzo di indizione della gara è utilizzato un avviso periodico indicativo, dalla data dell'invito a confermare interesse e non può essere, in alcun caso, inferiore a quindici giorni. Invece, il termine minimo per la ricezione delle offerte può essere fissato d'accordo tra l'ente aggiudicatore e i candidati selezionati, purché questi ultimi dispongano di un termine identico per presentare le offerte.

In assenza di accordo, il termine non può essere inferiore a dieci giorni dalla data di invio dell'invito a presentare offerte. Da ultimo, viene in rilievo l'art. 173 del D.Lgs. n. 50 del

2016 che definisce i termini applicabili alle procedure di affidamento dei contratti di concessione, nel rispetto dei principi sanciti dall'art. 79, commi 1 e 2, del nuovo Codice. Il cit. art. 173, comma 2, prevede che il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione, comprese eventualmente le offerte, sia di trenta giorni dalla data di pubblicazione del bando, e prevede, altresì, che, se la procedura si svolge in fasi successive, il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali sia pari a ventidue giorni<sup>68</sup>.

L'art. 60, comma 3, del nuovo codice, relativo alle procedure aperte, stabilisce la possibilità, per le Amministrazioni aggiudicatrici, di fissare un termine non inferiore a quindici giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara se, per ragioni di urgenza debitamente motivate dalle medesime stazioni appaltante, i termini (ordinari ed accelerati) previsti dalle altre disposizioni non possano essere rispettati.

Parimenti, con riferimento alle procedure ristrette e alle procedure competitive con negoziazione, il successivo art. 61, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 (richiamato anche dall'art. 62, commi 5 e 6) riconosce alle Amministrazioni aggiudicatrici, al ricorrere delle stesse condizioni sopra menzionate, di fissare, per la ricezione delle domande di partecipazione, un termine non inferiore a quindici giorni dalla data di trasmissione del bando di gara, e un termine di ricezione delle offerte non inferiore a dieci giorni a decorrere dalla data di invio dell'invito a presentare offerte.

La disciplina dei termini applicabili in caso di urgenza ha subito rilevanti modifiche in sede di recepimento della direttiva 2014/24/UE, con cui il legislatore europeo ha enfatizzato l'esigenza di riconoscere la possibilità di ridurre ulteriormente i termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte nei casi in cui uno stato di emergenza renda impraticabili i termini regolari, ma non renda impossibile una procedura regolare con pubblicazione, di converso circoscrivendo il ricorso a procedure negoziate senza bando alle sole situazioni eccezionali, in cui l'estrema urgenza risultante da eventi

---

<sup>68</sup> I termini minimi per la ricezione delle offerte nelle procedure aperte, e ristrette e competitive con negoziazione, possono essere ridotti rispettivamente a quindici giorni nel caso di procedure aperte e dieci giorni negli altri casi, nel caso in cui qualora sia stato pubblicato un avviso di preinformazione non utilizzato come mezzo di indizione di una gara, contenente tutte le informazioni richieste per il bando di gara, a condizione che detto avviso sia stato inviato alla pubblicazione non meno di trentacinque e non oltre dodici mesi prima della trasmissione del bando di gara (artt. 60, comma 2, e 61, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016; artt. 27 e 28 della direttiva 2014/24/UE). La *ratio* della disposta riduzione dei termini minimi, in caso di preventiva pubblicazione di un avviso di preinformazione, si correla alla circostanza che, al verificarsi delle predette condizioni, risulta già garantita, per i potenziali concorrenti, la piena conoscibilità di tutti gli elementi della gara.

imprevedibili e non imputabili all'Amministrazione aggiudicatrice renda impossibile il ricorso ad una procedura regolare anche entro termini ridotti.

In tale prospettiva, l'attuale disciplina della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara non precisa più i relativi termini minimi, ma si limita ad indicare, fra le fattispecie che consentono il ricorso a detta tipologia di procedura, la sussistenza di ragioni di estrema urgenza, derivanti da eventi imprevedibili, che non consentono di rispettare i termini previsti per le altre procedure.

L'art. 79 del d.lgs. n. 50 del 2016 ha introdotto alcune significative innovazioni in materia di proroga dei termini, in recepimento di quanto stabilito dall'art. 47 della direttiva 24/2014/UE.

Innanzitutto, è previsto l'obbligo, per le Amministrazioni aggiudicatrici, di prorogare il termine di ricezione delle offerte, al fine di consentire agli operatori economici interessati di prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte, se, per qualunque motivo, le informazioni supplementari, pur se richieste tempestivamente dagli operatori economici, non siano fornite al più tardi sei giorni (quattro giorni, nel caso di procedura di gara urgenti ai sensi degli artt. 60, comma 3, e 61, comma 6) prima del termine originariamente stabilito. Detto obbligo ricorre, altresì, nel caso in cui siano effettuate modifiche significative ai documenti di gara.

Ciò nondimeno, l'innovazione più interessante consiste nell'introduzione del criterio di proporzionalità, in forza del quale la durata della proroga deve essere commisurata all'importanza delle modifiche o delle informazioni supplementari. A corollario di tale principio, viene, altresì, precisato che se le informazioni supplementari non sono state richieste in tempo utile o la loro importanza, ai fini della preparazione di offerte adeguate, è insignificante, le Amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a prorogare le scadenze.

### **2.2.1 Verifica delle offerte anomale.**

Nel contesto dei settori "speciali", una gara per l'affidamento dell'esecuzione di un'opera, di un servizio o di una fornitura da parte di una pubblica Amministrazione costituisce il luogo dell'incontro tra la domanda del soggetto pubblico e l'offerta del privato, all'interno del quale s'invera, calando il confronto competitivo in una cornice di regole che impegnano tutti gli offerenti, una riproduzione fedele del mercato concorrenziale.

Se il fine dell'Amministrazione è quello di reperire la migliore prestazione al prezzo più basso sul mercato in quel dato momento storico, il mezzo per raggiungerlo passa anche per l'eliminazione di alcuni fenomeni distorsivi della concorrenza, quali l'esasperata riduzione dei prezzi da parte di quei concorrenti che intendano acquisire, ad ogni costo, la commessa, salvo poi a non poterla onorare a termini di contratto<sup>69</sup>.

L'accaparramento dei contratti d'appalto a prezzi "fuori mercato" dà luogo ad un'esecuzione approssimativa, a ritardi, a richieste di varianti in corso d'opera, e quindi al contenzioso amministrativo, tutti accadimenti che rendono la commessa molto più onerosa rispetto alle previsioni, cancellando ogni apparente beneficio per l'Amministrazione derivante dall'aver accettato un ribasso vistoso. Inoltre, il meccanismo della verifica di anomalia, con il calcolo della relativa soglia, costituisce un passaggio cruciale per determinare l'andamento della gara e l'attribuzione dell'aggiudicazione, onde v'è la necessità che lo stesso non sia in qualche modo predeterminato dagli offerenti, circostanza di recente paventata esplicitamente dal legislatore che ha introdotto una serie di misure dirette proprio a scongiurare questo fenomeno.

Ai sensi dell'art. 217, comma 1, lett. u), n. 2, d.lgs. n. 50 del 2016, con la sua entrata in vigore sono abrogati, tra gli altri, gli articoli 121 e 284 del Regolamento approvato con d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, oltre che, ovviamente, il Codice dei contratti del 2006. Sicché le norme fondamentali disciplinanti il procedimento per l'individuazione delle offerte anomale sono, allo stato, in attesa dell'approvazione del Regolamento unico di cui all'art. 216, co. 27-octies, tutte racchiuse nell'art. 97 del nuovo Codice, di recente

---

<sup>69</sup> Secondo Consiglio di Stato sez. V, 21/05/2020, n. 3210, il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e motivazione vale anche per i settori speciali. La regola dell'art. 95, comma 5, d.lgs. n. 50, richiamato dal successivo art. 133, che impone alla stazione appaltante, in caso di scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, di darne adeguata motivazione, non appare per alcun profilo incompatibile con le caratteristiche proprie degli appalti nei settori speciali ed è, per questo, ad essi pienamente applicabile. Dalla previsione dell'art. 95 del codice dei contratti pubblici si ricava che nell'ambito della generale facoltà discrezionale nella scelta del criterio di aggiudicazione, a sua volta insita nell'esigenza di rimettere all'amministrazione la definizione delle modalità con cui soddisfare nel miglior modo l'interesse pubblico sotteso al contratto da affidare, le stazioni appaltanti sono nondimeno vincolate alla preferenza accordata dalla legge a criteri di selezione che abbiano riguardo non solo all'elemento prezzo, ma anche ad aspetti di carattere qualitativo delle offerte (Cons. di Stato, ad. plen., 21 maggio 2019, n. 8). Per i servizi standardizzati è consentito scegliere se procedere all'aggiudicazione con l'uno o l'altro criterio, ma qualora sia stato scelto il criterio del prezzo più basso occorre darne adeguata giustificazione; se i servizi non sono standardizzati la preferenza va al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Si è in presenza di servizi standardizzati quando la *lex specialis* descrive puntualmente tutti gli elementi, individuando in modo preciso sia la concreta organizzazione del lavoro sia le prestazioni dovute senza lasciare margini di definizione dell'appalto in capo all'iniziativa dell'impresa (Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1063).

novellato dal d.l. del 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni nella legge del 14 giugno 2019, n. 55 (cd. Sblocca cantieri)<sup>70</sup>.

Secondo una giurisprudenza costante, almeno nelle affermazioni di principio, le caratteristiche salienti del procedimento di anomalia possono così riassumersi: si tratta di un sub-procedimento ad alto tasso di discrezionalità tecnico/amministrativa, sicché il sindacato del giudice amministrativo si svolge entro confini assai ristretti, quelli del sindacato estrinseco sulla manifesta irrazionalità o evidente travisamento dei fatti delle scelte della P.A., mentre il giudice non può sostituire il proprio giudizio a quello della commissione di gara, procedendo ad un'autonoma verifica delle singole voci d'offerta<sup>71</sup>. L'obbligo motivazionale che incombe sulla P.A. varia a seconda che l'offerta sia esclusa o ammessa a seguito della verifica di anomalia: nel primo caso la motivazione deve essere rigorosa e analitica; nel secondo, invece, può essere effettuata *per relationem* rinviando al contenuto delle giustificazioni presentate dall'interessato, in quanto ritenute adeguate. Il procedimento di anomalia non ha carattere sanzionatorio e non consiste nella "caccia all'errore" delle singole voci di prezzo, piuttosto tende ad accertare che l'offerta, nel suo complesso, sia affidabile e consenta di garantire l'interesse pubblico al proficuo svolgimento della commessa al miglior prezzo reperibile sul mercato. Per converso,

---

<sup>70</sup> Gli ulteriori riferimenti al sub-procedimento di anomalia all'interno del c.c.p. sono riscontrabili all'art. 36, co.2, lett. d) per gli affidamenti dei lavori dal valore ricompreso tra un milione di euro e la soglia europea, laddove si può applicare, a determinate condizioni, l'esclusione automatica ex art. 97, co.8; all'art. 53, comma 2, lett. d), riguardante i limiti dell'accesso agli atti di gara laddove, in relazione al procedimento di verifica di anomalia dell'offerta, gli atti non possono essere esibiti fino all'aggiudicazione; inoltre, all'art. 62, co. 12, che prevede l'applicazione dell'art. 97 anche alle procedure competitive con negoziazione; all'art. 95, comma 10, a proposito delle verifiche del costo della manodopera e degli oneri per la sicurezza, e all'art. 95, comma 15, che pone il principio di invarianza delle medie e delle soglie: "Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte"; infine all'art.133, commi nn. 1 e 6, che prevede l'applicabilità della verifica di anomalia anche agli affidamenti nei settori speciali.

<sup>71</sup> Cfr. *ex multis* T.A.R., Milano, sez. I, 30/06/2020, n. 1251: nell'ambito delle gare pubbliche, il sub-procedimento di verifica dell'anomalia non ha come obiettivo la riparametrazione dell'offerta alla luce delle sollecitazioni provenienti dalla stazione appaltante, ma quello di verificare la sussistenza della serietà dell'offerta già formulata, sussistendo in caso contrario una palese violazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti. Secondo un'altra rilevante pronuncia di Cons. Stato, sez. V, 24/06/2020, n. 4050, la verifica della congruità di un'offerta ha natura globale e sintetica, in quanto verte sull'attendibilità della medesima nel suo insieme e sulla sua idoneità a fondare un serio affidamento sulla corretta esecuzione dell'appalto. Infine, sul giudizio di anomalia dell'offerta cfr. T.A.R. Roma, sez. III, 09/06/2020, n. 6248: esso costituirebbe una valutazione complessiva e globale sull'attendibilità e serietà dell'offerta presentata, da intendere in termini di effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte. Tale possibilità di corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali assunte (da leggere alla luce del criterio dell'attendibilità/serietà dell'offerta complessivamente intesa), può conservarsi anche in presenza di parziali sottostime di alcune voci di costo o sovrastime di certi risparmi di spesa e, più in generale, di scostamenti di singole voci del quadro economico, purché attraverso le giustificazioni e gli elementi allegati in sede di verifica dell'anomalia l'impresa dimostri la sostenibilità dell'offerta nel suo complesso.

anche il sindacato del giudice amministrativo sull'operato della p.A. deve tener conto della complessità del giudizio di anomalia, non potendo sindacare i singoli aspetti dell'offerta che appaiano incongrui<sup>72</sup>.

L'ultima modifica introdotta dalla legge "Sblocca cantieri" nella disciplina dell'art. 97 è legata all'esclusione automatica per anomalia dell'offerta nelle gare al minor prezzo ove l'offerta di ribasso risulti più elevato della soglia di anomalia.

L'esclusione deve essere prevista nel bando, non essendo più facoltativa, ed è applicabile per le gare sotto le soglie europee come determinate dall'art. 35: in presenza di almeno dieci offerte ammesse; nel caso in cui il contratto pubblico il cui affidamento è oggetto di gara non abbia carattere transfrontaliero.

### **2.2.2 I sistemi di qualificazione nei settori speciali.**

Più complesso è l'esame del tema relativo ai requisiti di partecipazione. Quanto alle cause di esclusione, in linea con le indicazioni della disciplina europea, il nuovo Codice introduce una differenziazione tra amministrazioni aggiudicatrici, da un lato, e imprese pubbliche e soggetti privati dall'altro (cfr. l'art. 136).

Per i primi, i criteri per l'ammissione alle gare degli operatori economici comprendono quelli previsti dall'art. 80 per i settori ordinari, con i quali necessariamente coincidono; per i secondi, il ricorso a detti requisiti è facoltativo. Questa impostazione differisce dal previgente regime in cui la disciplina in tema di requisiti di ordine generale aveva una portata cogente per tutti gli affidamenti nei settori speciali, a prescindere dalla natura dell'ente aggiudicatore<sup>73</sup>.

Facoltativa è, per tutti gli enti aggiudicatori, l'applicazione dei requisiti di idoneità economico-finanziaria e tecnico-professionale, contenuti all'art. 83 (art. 136, comma 2). Più complesse considerazioni debbono invece essere svolte con riferimento alla possibilità di ritenere non cogente, per i lavori, il sistema di qualificazione incentrato sul possesso delle attestazioni S.O.A. La questione assume profili di delicatezza, in considerazione della inidoneità di tale sistema a qualificare in modo adeguato i concorrenti, laddove oggetto di affidamento siano lavori che richiedano particolari capacità e specializzazioni.

---

<sup>72</sup> Cfr. Cons. St., Sez.V, 12 marzo 2020, n. 1772; 9 marzo 2020, n. 1655; Id., Sez. III, 2 marzo 2020, n. 1470.

<sup>73</sup> Cfr. l'art. 136 ( Applicabilità dei motivi di esclusione e dei criteri di selezione dei settori ordinari ai sistemi di qualificazione).

L'art. 84 che disciplina la materia è tra quelli (al pari dell'art. 83) cui fa generico riferimento l'art. 113 (ed è, come tale applicabile ai settori speciali), sempre nei limiti di compatibilità con la specifica disciplina dettata per questi ultimi.

Ad esso non fa, tuttavia, alcuno specifico riferimento, invece, l'art. 136; il che, proprio in virtù del richiamo di cui all'art. 113, potrebbe indurre a ritenere tale requisito cogente anche per gli affidamenti nell'ambito dei settori speciali.

Tale conclusione non è condivisibile perché non tiene, innanzitutto, conto del fatto che il sistema unico di qualificazione disciplinato dall'art. 84, altro non è che lo strumento attraverso il quale, nel caso di appalti lavori, è dimostrato il possesso dei requisiti di idoneità previsti dall'art. 83 citato<sup>74</sup>. Inoltre, una scelta in questo senso non sarebbe in linea con quanto stabilito dalla Dir. n. 25/14 (art. 80, par. 2), che fa riferimento alla possibilità che i criteri di selezione degli operatori economici tengano conto di quelli previsti, in generale e con portata cogente, nell'ambito della disciplina sui settori tradizionali<sup>75</sup>.

La qualificazione è obbligatoria per l'esecuzione di lavori pubblici d'importo superiore ad euro 150.000,00, ed il sistema unico di qualificazione è articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori oggetto di affidamento. Le verifiche sui requisiti di qualificazione sono rimesse ad organismi di diritto privato di attestazione appositamente autorizzati dall'Autorità Nazionale Anticorruzione che esercita la vigilanza sul sistema di qualificazione (art. 84, D.Lgs. n. 50 del 2016). In ragione dello svolgimento di funzioni pubblicistiche, è imposto a tali società il rispetto del principio di indipendenza non solo con riferimento all'attività di attestazione, che deve essere esercitata garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori, ma anche nella stessa composizione e struttura organizzativa degli enti certificatori.

---

<sup>74</sup> La differenza rispetto al precedente regime è rilevante. Le amministrazioni aggiudicatrici, infatti, erano vincolate ad applicare requisiti di idoneità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria analoghi a quelli previsti per i settori tradizionali. Esse, infatti, erano tenute ad applicare gli artt. da 39 a 48, vale a dire, tutte le disposizioni in tema di requisiti di idoneità, ivi compresa, quella su modalità e termini di verifica degli stessi. Imprese pubbliche e soggetti privati operanti in virtù di diritti speciali ed esclusivi, ai fini dell'accertamento dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria potevano alternativamente: a. istituire propri sistema di qualificazione (ed, in tal caso, definire i requisiti in applicazione secondo i criteri stabiliti dell'art. 340 del Reg. attuativo n. 207/10); b. ovvero, a differenza di quanto previsto per le amministrazioni aggiudicatrici applicare gli artt. da 39 a 48 del Codice.

<sup>75</sup> Cfr. Corte cost., 22 maggio 2009, n. 160. La disciplina relativa al sistema unico di qualificazione delle imprese partecipanti alle gare d'appalto rientra nella competenza legislativa statale attesa la necessità di garantire la parità di trattamento agli operatori del settore a tutela della concorrenza.

L'attestazione rilasciata dalle S.O.A. ha durata quinquennale (con verifica triennale) ed è condizione non solo necessaria ma anche sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici, non potendo le stazioni appaltanti richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi.

La disciplina della qualificazione degli esecutori di lavori pubblici è oggi recata nell'articolo 84 del nuovo codice dei contratti pubblici, che introduce una serie di novità rispetto al sistema previgente. La vigilanza sul sistema unico di qualificazione è attribuita all'Autorità Nazionale Anticorruzione, alla quale sono conferiti poteri ispettivi, di vigilanza e di controllo, attivabili anche su motivata e documentata istanza di un'impresa, di un ente certificatore ovvero di una stazione appaltante.

L'art. 84 stabilisce infatti espressamente l'obbligo per le stazioni appaltanti di effettuare controlli, anche a campione, sulla sussistenza dei requisiti oggetto dell'attestazione, segnalando immediatamente le eventuali irregolarità riscontrate all'ANAC.

### **2.2.3 I requisiti per la qualificazione. La certificazione di qualità aziendale.**

Con esclusione delle sole classifiche I e II, ai fini della qualificazione le imprese devono possedere il sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 ed il possesso della certificazione di qualità aziendale deve essere attestato dalle società di certificazione che devono riscontrare la regolarità dei certificati di qualità mediante il collegamento informatico con gli elenchi ufficiali tenuti dagli enti partecipanti all'*European cooperation for accreditation (EA)*<sup>76</sup>.

L'art. 93, comma 7, c.c.p. in punto di disciplina della cauzione provvisoria a corredo dell'offerta dispone testualmente: "*L'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del 50 per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati*".

Corrispondentemente, l'art. 84, comma 4, lett c.), c.c.p., prevede che gli organismi di cui al comma 1 attestano il possesso di certificazioni di sistemi di qualità conformi alle norme europee.

La certificazione del sistema di qualità aziendale richiesta ai fini in esame è dunque riferita al sistema agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso, con riferimento

---

<sup>76</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, 11 luglio 2012, n. 4105 T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 27 febbraio 2012, n. 159.

alla globalità delle categorie e classifiche, e non inerisce a giacché la diminuzione della cauzione è spiegata dalla più rilevante serietà strutturale e esecutiva dell'azienda, sarebbe opportuno che *“tale requisito sia posseduto con riferimento all'oggetto specifico dell'appalto, ma che tale collegamento significa che, nel caso l'appalto ricomprenda una pluralità di lavori o servizi, debba esservi corrispondenza solo tra la categoria prevalente dei lavori posti in gara e quella a cui si riferisce la certificazione di qualità”*<sup>77</sup> singole lavorazioni, la cui certificazione può venir in rilievo ai diversi fini dei requisiti di capacità tecnica dell'impresa.

#### **2.2.4 Principi, criteri di selezione e aggiudicazione dell'appalto.**

Il vecchio codice del 2006, in linea con la disciplina europea mirante a garantire una omogenea applicazione della disciplina all'interno dei diversi Stati membri, superando, così, le differenze organizzative in essi esistenti, ha ampliato la sfera soggettiva di applicazione della disciplina sugli appalti, attraendo nel suo ambito di operatività i contratti di soggetti che, al di là della loro qualificazione formale, pubblica o privata, hanno tuttavia una sostanza pubblica.

Tali soggetti, per ciò che attiene ai settori speciali, sono stati individuati con la locuzione “enti aggiudicatori” e, in base a quanto previsto all'art. 3, co. 29, del D.Lgs n. 163 del 2006 ricondotti a tre categorie: le amministrazioni aggiudicatrici, categoria nella quale sono inclusi (art. 3, commi 25 e 26), oltre allo Stato, agli enti pubblici territoriali e agli altri enti pubblici non economici, anche gli organismi di diritto pubblico; le imprese pubbliche; i soggetti che, pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano nei settori speciali in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi dal potere pubblico tramite disposizioni legislative o amministrative.

La disciplina introdotta dal D.Lgs 18 aprile 2016, n. 50 si pone in linea di continuità e, conformemente alla disciplina europea, individua gli enti aggiudicatori all'art. 3, comma 1, lett. e). Stante la decisione del legislatore di recepire in un unico testo normativo le tre direttive europee, la disposizione specifica la nozione di ente aggiudicatore di contratti di appalto e ente aggiudicatore di concessioni.

---

<sup>77</sup> Cfr. T.A.R. Catania, (Sicilia) sez. III, 14/12/2010, n.4721; con specifico riferimento agli appalti di servizi quando il servizio da affidare non si estrinseca in un'attività di un unico tipo, ma richiede l'espletamento di un insieme di prestazioni eterogenee, il concorrente deve disporre della certificazione di qualità con riguardo alle prestazioni prevalenti e caratterizzanti del servizio, potendo difettare della detta certificazione — salvo che il bando non disponga esplicitamente il contrario — relativamente a quelle secondarie e marginali.

Con riferimento alla Parte II del nuovo Codice, sono enti aggiudicatori: le amministrazioni aggiudicatrici o le imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli artt. da 115 a 121 del nuovo Codice; i soggetti che, pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, esercitano una o più attività tra quelle di cui agli artt. da 115 a 121 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente.

Per ciò che concerne la Parte III, sono enti aggiudicatori quegli enti che svolgono una delle attività di cui all'Allegato II al Codice (Attività svolte dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori di cui all'articolo 164, comma 1) ed aggiudicano una concessione per lo svolgimento di una di tali attività, ed in particolare: le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da uno o più di tali soggetti; le imprese pubbliche; gli enti diversi da quelli indicati ai precedenti punti, ma operanti sulla base di diritti speciali o esclusivi ai fini dell'esercizio di una o più delle attività di cui al suddetto Allegato II.

La disciplina dei criteri di selezione dell'offerta migliore (c.d. criteri di aggiudicazione) riveste fondamentale rilievo, in quanto volta a garantire che l'aggiudicazione dei contratti pubblici avvenga in un contesto realmente trasparente e concorrenziale, oltre a garantirne l'effettiva convenienza e la qualità, in ossequio ai principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

Il d.lgs. 163 del 2006, che, in forza dell'art. 216 del D.Lgs. n. 50 del 2016, continua a trovare applicazione per le residue procedure formalmente avviate fino alla pubblicazione del nuovo codice dei contratti pubblici disciplinava la materia agli artt. 81 ss., che trovavano applicazione tanto nei settori ordinari quanto nei settori speciali, costituendo attuazione dell'art. 53 della direttiva 2004/18/CE e dell'art. 55 della direttiva 2004/17/CE. La predetta disciplina, è stata peraltro notevolmente modificata dal citato D.Lgs. 50 del 2016.

La legge delega per il recepimento delle direttive "gemelle" del 2014, per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, individua i seguenti principi e criteri direttivi: utilizzo, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita includendo il «miglior rapporto qualità/prezzo» valutato con criteri oggettivi sulla base di aspetti qualitativi, ambientali o sociali connessi

all'oggetto dell'appalto pubblico o del contratto di concessione; regolazione espressa dei criteri, delle caratteristiche tecniche e prestazionali e delle soglie di importo entro le quali le stazioni appaltanti ricorrono al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta, nonché indicazione delle modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale, che rendano non predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo dell'offerta anomala, con particolare riguardo ad appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria<sup>78</sup>.

I predetti principi e criteri hanno trovato attuazione negli artt. 95 e 96 del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 50 del 2016. In particolare, ha trovato attuazione l'espressa preferenza del legislatore comunitario per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (O.E.P.V.), con conseguente connotazione (apparentemente) residuale del criterio del prezzo più basso.

La ragione della preferenza per il primo dei due criteri sopra indicati è duplice.

Da un lato, si tratta di criterio che consente di far prevalere la componente qualitativa delle offerte, con conseguente miglioramento della qualità dei lavori, servizi e forniture. D'altro lato, si tratta di criterio che in linea teorica dovrebbe rappresentare un elemento di contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata e corruzione, oltre che di sfruttamento della manodopera da parte delle imprese partecipanti.

Il primo comma dell'art. 95 esordisce con una disposizione, che più altro sembra costituire una sorta di monito per le Stazioni appaltanti. Con specifico riferimento ai criteri di aggiudicazione esso, infatti, stabilisce che non assegnano all'ente aggiudicatore un potere di selezione senza limiti dell'offerta, ma piuttosto, assicurano la probabilità *“di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfazione dei criteri di aggiudicazione delle offerte. Le stazioni appaltanti verificano l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti”*.

---

<sup>78</sup> Nel dettaglio, la previsione dell'applicazione del solo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per gli appalti relativi a servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché per quelli ad alta intensità di manodopera.

## **2.2.5 La nuova disciplina dei criteri di aggiudicazione.**

Il nuovo codice ha fatto propria la nuova terminologia contenuta nelle direttive comunitarie del 2014. Il c.d. “correttivo” (di cui al D.Lgs. 19 aprile 2017 n. 56) ha ulteriormente affinato il contenuto dell’art. 95, recependo anche taluni suggerimenti provenienti dall’Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato chiamata, ad esprimere il proprio parere sul disegno di legge (parere del 22 marzo 2017).

Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, l’art. 95, comma secondo, stabilisce che le Stazioni appaltanti procedono all’aggiudicazione degli appalti e all’affidamento dei concorsi di progettazione e di idee sulla scorta del rilevante criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa determinata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo o sulla base dell’elemento prezzo o del costo, inseguendo un metodo di raffronto costo/efficacia<sup>79</sup>.

Dunque, mutuando la definizione comunitaria (art. 67 Dir. 2014/24/UE), alla nozione di “offerta economicamente più vantaggiosa” è stato attribuito un significato omnicomprensivo di tutti i possibili criteri di aggiudicazione (nel precedente sistema il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa era considerato distintamente dal criterio del prezzo più basso).

Inoltre, è stata prevista la possibile articolazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa in un “ventaglio” più ampio di soluzioni, che scaturiscono in particolare dalla concezione più complessa del criterio del “prezzo più basso”, rispetto a quella che eravamo soliti utilizzare.

In particolare, all’ipotesi, per così dire, “pura” di tale criterio (che coincide con l’aggiudicazione al prezzo più basso, inteso come corrispettivo che la Stazione appaltante dovrà corrispondere all’appaltatore), si è aggiunto il criterio del “costo” (che esorbita dal mero prezzo, potendo comprendere anche elementi ulteriori, come i costi di utilizzazione e manutenzione, i consumi energetici e delle risorse naturali, delle emissioni inquinanti, etc.) e che al suo interno può consistere anche nel costo del ciclo di vita (la cui compiuta declinazione è contenuta nell’art. 96).

---

<sup>79</sup> Cfr. I. POTRONE, *Gli appalti nelle società a partecipazione pubblica nei settori speciali e la disciplina del “codice dei contratti pubblici”*, in *GiustAmm.it*, Roma, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, 2002; R. GRECO, *Le norme applicabili e il regime dei contratti relativi a più settori*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI - R. DE NICOTOLIS - R. GAROFOLI, V, Milano, Giuffrè, 2008, 3129 ss.

Avvalendosi della facoltà concessa agli Stati membri dall'art. 67, comma 2, Dir. 2014/24/UE, il d.lgs. 50 del 2016 ha stabilito che in alcune ipotesi sia obbligatorio utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (art. 95, comma 3).

In particolare, è sempre obbligatorio applicare il suddetto criterio nei seguenti casi (art. 95, comma 3): contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera a) (tale ultimo inciso è stato inserito dall'art. 60, c. 1, lett. a), del D.Lgs. 56/2017, c.d. decreto correttivo, al fine di introdurre una deroga per i contratti di importo inferiore a € 40.000/00); contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro; contratti di servizi e forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo (lettera b-bis), aggiunta dall'articolo 1, comma 20, lettera t), numero 1), del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla Legge 14 giugno 2019, n. 55).

Per altro verso, l'art. 95, comma 4, del d.lgs. 50 del 2016 ha stabilito le ipotesi in cui è consentito utilizzare il criterio del minor prezzo.

Gli aspetti che possono essere considerati per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sono elencati dal comma 6: essi, in parte, ricalcano gli elementi già indicati dall'art. 83 del d.lgs. 163, ma ve ne sono anche di nuovi (ad esempio, il criterio di cui alla lettera c), che riguarda “*il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che favorisca la salvaguardia del bene ambiente e dell'occupazione.*”

### **2.3 Aspetti peculiari della fase di esecuzione del contratto di appalto: la modifica contrattuale durante il periodo di efficacia.**

Con l'art. 106 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, l'ordinamento italiano ha recepito l'art. 72 della direttiva 2014/24/UE, con il quale il legislatore europeo, innovando la precedente disciplina, ha introdotto la possibilità di apportare varianti ai contratti in corso di esecuzione, al ricorrere di specifiche condizioni, generalmente afferenti i concetti di imprevedibilità della variante in sede di affidamento originario e di non sostanzialità della

variante introdotta, con ciò intendendo, ad esempio, che la variazione in corso d'opera non deve in alcun modo introdurre condizioni che, se previste dall'originario bando di gara, avrebbero consentito un allargamento della platea dei partecipanti.

In applicazione del disposto europeo, il citato art. 106 del Codice 2016 stabilisce le condizioni alle quali la stazione appaltante può evitare di indire una nuova procedura di affidamento, ricorrendo alla variazione del contratto in corso di esecuzione, la quale è possibile nei cinque casi previsti alle lettere dalla a) alla e) del comma 1, i cui contenuti sono qui di seguito riepilogati.

Innanzitutto, per modifiche già previste nei documenti di gara attraverso clausole chiare, precise e inequivocabili che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi: si tratta dell'ampliamento del concetto di adeguamento dei contratti alle mutate condizioni congiunturali ed economiche del mercato, invero già presente nel precedente codice del 2006, il quale stabiliva, all'art. 133, che i contratti potessero essere modificati in modo "automatico" in presenza di particolari condizioni, (quali la differenza eccedente il 2% fra il tasso d'inflazione reale ed il tasso d'inflazione programmato, ovvero rilevanti fluttuazioni, positive o negative, dei costi dei materiali da costruzione, accertate dal Ministero delle infrastrutture).

Secondo la nuova normativa, la stazione appaltante può prevedere, in sede di bando, dei meccanismi compensativi che possono comportare variazioni economiche, di qualsivoglia entità, all'unica condizione che detti meccanismi di revisione contrattuale siano espressi con la massima chiarezza e precisione possibili.

Nel caso di lavori, tali variazioni di prezzo, sia in aumento che in diminuzione, saranno possibili soltanto per la quota parte eccedente il 10% del prezzo originario (con evidente riferimento al valore convenzionalmente assunto per l'alea contrattuale), e con limite massimo pari al 50% della variazione accertata.

Per lavori, servizi o forniture supplementari, resi necessari in corso d'opera e non inclusi nell'appalto iniziale, qualora la variazione del contraente sia impraticabile per motivi economici o tecnici, ovvero comporti "notevoli" disguidi o una "consistente" duplicazione dei costi a carico della stazione appaltante.

I motivi tecnici e economici possono essere ravvisati, a titolo d'esempio, nella necessità di mantenere la funzionalità e l'operatività di macchine o componenti tecnologiche già installate dall'appaltatore originario, che potrebbero non essere perfettamente compatibili con quelle fornite da un nuovo esecutore. In ogni caso, per gli appalti nei settori ordinari, l'aumento dell'importo contrattuale per effetto di tale tipologia di varianti non può

eccedere il 50% del contratto originario, con ciò intendendosi il valore del contratto al netto dell'ultima modifica intervenuta. Questa tipologia modificativa del contratto, inoltre, va trasmessa all'ANAC entro 30 giorni dal suo perfezionamento, come stabilito al comma 8 del medesimo art. 106<sup>80</sup>.

Sulla base delle considerazioni sviluppate nei precedenti paragrafi, è indubbio che il d.lgs 18 aprile 2016, n. 50 abbia innovato, attraverso il recepimento della direttiva 2014/24/UE, la precedente disciplina, prevedendo la possibilità di introdurre varianti modificative dei contratti in corso di esecuzione subordinatamente all'esistenza di condizioni generalmente afferenti ai concetti di imprevedibilità della variante in sede di affidamento originario e di non sostanzialità della variante, con ciò intendendo, ad esempio, che la variazione in corso d'opera non deve in alcun modo introdurre condizioni che, se previste dall'originario bando di gara, avrebbero consentito un allargamento della platea dei partecipanti.

Se si considerano i requisiti di ammissibilità delle varianti stabiliti all'art. 132 del Codice del 2006, non si può non rilevare, in prima istanza, come le prime quattro lettere (dalla a alla d) siano confluite, de plano, nella nuova fattispecie disciplinata dalla sola lettera c) dell'art. 106, comma 1 del Codice del 2016; in altri termini, viene meno, innanzitutto, la 'vecchia' distinzione fra "cause impreviste ed imprevedibili" ed "eventi inerenti la natura e la specificità dei beni" (art. all'art. 132, comma 1, lett. c) del codice 2006), che peraltro aveva determinato le criticità rilevate, in più occasioni, dall'ANAC.

---

<sup>80</sup> Varianti in corso d'opera propriamente dette: il nuovo Codice definisce come modificazioni contrattuali determinate da circostanze impreviste ed imprevedibili che non alterano la natura generale del contratto, con la precisazione che entrambe le condizioni (imprevedibilità ed invariabilità della natura generale del contratto) devono essere verificate congiuntamente.





## CAPITOLO III

### IL PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO

#### 3.1 La nascita.

L'espressione Partenariato Pubblico Privato (P.P.P.), indica un complesso fenomeno giuridico di matrice europea, caratterizzato da una equiordinazione tra soggetti afferenti alle diverse sfere dei settori pubblici e privati per la concretizzazione di un'attività volta al conquista di interessi pubblici. In tale ambito ai soggetti di natura prevalentemente pubblicistica è conferito il ruolo di precisare gli interessi da vigilare e assicurare, nonché il dispositivo economico/giuridico/finanziario più adatto per poterli ottenere. Diversamente, ai soggetti privati, che mettono a disposizione della P.A. le proprie capacità finanziarie e il proprio know how, è riconosciuto il diritto di trarre utilità, mediante la disponibilità o lo sfruttamento economico dell'opera<sup>81</sup>. Caratteristiche peculiari del contratto di P.P.P., che richiede un approccio multidisciplinare economico-giuridico sono il trasferimento del rischio in capo all'operatore, nonché il mantenimento dell'equilibrio economico finanziario. La nascita del partenariato pubblico-privato si colloca temporalmente ai primi anni del nuovo millennio quando apparvero a breve distanza di tempo il Libro Verde della Commissione 30 aprile 2004 e la comunicazione della Commissione 15 aprile 2005.

Sulla base della constatazione che le autorità pubbliche sono sempre più interessate a cooperare con il settore privato, tramite forme di collaborazione quando si tratta di assicurare la realizzazione di infrastrutture e la fornitura di servizi pubblici, gli organismi europei individuano quali elementi identificativi di tali forme la lunga durata nel tempo della prestazione richiesta e la collaborazione con il privato che partecipa almeno in parte al finanziamento e all'eventuale redazione del progetto, assumendosene sia pure non totalmente, il rischio.

---

<sup>81</sup> Cfr. Consiglio di Stato, parere, 29 marzo 2017, n. 775. Il rischio (e il suo trasferimento all'operatore privato) costituisce l'elemento che caratterizza il Partenariato Pubblico Privato non solo nel suo momento genetico, ma anche per tutta la durata della sua esecuzione. Vengono individuati il rischio di costruzione; il rischio di disponibilità e, nei casi di attività redditizia, il rischio di domanda dei servizi resi. A parere del Collegio tale elencazione, in ossequio al principio di legalità, deve ritenersi tassativa fermo restando la possibilità, all'interno di tali tipi di rischi, di procedere ad una loro ulteriore specificazione, quale espressione della volontà contrattuale delle parti. La concreta e puntuale individuazione dei rischi trasferiti, che deve essere contenuta nel contratto, risulta essere uno degli elementi fondanti dell'equilibrio economico e finanziario, rappresentando in concreto la "*contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria*" e in termini più propriamente giuridici la stessa "causa" del contratto di Partenariato Pubblico Privato.

Le conseguenze positive per i bilanci delle pubbliche amministrazioni e il miglioramento della qualità delle infrastrutture e dei servizi sono le ragioni fondamentali dello sviluppo del partenariato anche in Italia. Anzi, l'utilizzo del partenariato rappresenta una scelta particolarmente opportuna per porre in essere un'efficace politica di realizzazione di infrastrutture e dei servizi essenziali.

Altro fattore di impulso alla costruzione di una categoria autonoma del partenariato pubblico privato è dato dal percorso di modernizzazione organizzativa e gestionale intrapreso negli ultimi anni dalle pubbliche amministrazioni. Questa evoluzione, tra l'altro, ha portato al lento ma progressivo inserimento, in ambito pubblicistico, di principi e criteri economico aziendali, opportunamente adattati (il c.d. *new public management*), nonché all'affermarsi della concezione della amministrazione di risultato<sup>82</sup>. I capisaldi sui quali si fonda questa teoria della organizzazione e della gestione delle Pubbliche Amministrazioni consistono nella promozione delle logiche del mercato nel settore dei servizi pubblici, con conseguente favore per i criteri sostanziali rispetto agli elementi formali delle gare ad evidenza pubblica; nel ricorso alle esternalizzazioni, per cui il servizio non viene più erogato dalle pubbliche amministrazioni, bensì affidato a soggetti esterni tramite contratti che individuano la qualità, la quantità dei servizi, il costo, i sistemi di controllo, le penali e lasciano al soggetto esterno l'autonomia e la responsabilità di gestire il servizio; nell'introduzione di sistemi di valutazione e di misurazione, come gli indicatori di efficacia dei servizi e dell'economicità della gestione, e di sistemi innovativi di verifica e controllo, che consentono di acquisire informazioni utili sui settori che non funzionano correttamente.

Per quanto concerne l'attività delle Pubbliche Amministrazioni, il merito di questa nuova concezione è stato di porre in evidenza che il coinvolgimento del privato nella produzione e gestione del servizio pubblico è indispensabile per rendere efficiente ed efficace l'erogazione dello stesso e per realizzare consistenti risparmi.

### **3.1.1 I fondamenti giuridici europei dell'istituto negoziale.**

Nell'arco di pochi anni la Commissione Europea ha prodotto numerose comunicazioni in materia di partenariato pubblico-privato. Giova prendere le mosse dal Libro verde del 2004 perché in esso, pur non essendo fornita una definizione giuridica di partenariato,

---

<sup>82</sup> Scuola di pensiero alla quale si ispirava il Report of the National Performance Review promosso dal vicepresidente degli Stati Uniti Al Gore, *From Red Tape to Results. Creating a Government that Works Better and Costs Less*, 7 settembre 1993. Si cfr. D. OSBORN E T. GAEBLER, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector*, Boston, Addison-Wesley, 1992.

non soltanto sono descritti i tratti essenziali delle formule che ad esso si collegano, ma sono anche anticipati molti dei profili problematici relativi alla loro applicazione<sup>83</sup>.

Secondo la Commissione, le operazioni di partenariato pubblico-privato sarebbero caratterizzate dai seguenti elementi: la collaborazione di lungo periodo tra la pubblica Amministrazione ed il *partner* privato; la modalità di finanziamento del progetto fondata in larga misura dalle garanzie fornite dalla parte privata; la ripartizione dei compiti che assegna alla parte privata la responsabilità delle varie fasi di vita del progetto ed a quella pubblica la definizione degli obiettivi e la funzione di verifica e di controllo; la ripartizione dei rischi, addebitati di solito al soggetto privato.

Sempre secondo la Commissione il fenomeno del P.P.P. deve riferirsi all'esperienza propria dello Stato regolatore che, dismessi i panni interventisti, si appropria delle funzioni tipiche dell'organizzatore e del controllore. Ciò vale a diversi fini: a sottolineare che l'opzione per la cooperazione pubblico-privato si giustifica soltanto alla luce di comprovati vantaggi microeconomici e della peculiare relazione contrattuale che il partner pubblico intrattiene con il soggetto privato, non potendo servire per aggirare politiche pubbliche di restrizione finanziaria<sup>84</sup>; a rimarcare le differenze con figure giuridiche che partenariali non sono; a collocare saldamente l'esperienza dei P.P.P. all'interno dei principi del diritto europeo.

Non esiste, quindi, una specifica disciplina europea sui P.P.P.<sup>85</sup>, ma trattandosi di fattispecie in cui un soggetto pubblico affida la prestazione di un'attività economica ad un terzo, il quadro normativo non può che essere quello proprio dei principi del Trattato, in particolare quelli di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, e, più generalmente, quelli posti a presidio del principio di concorrenza<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Cfr. Commissione delle Comunità Europee, Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, COM (2004) 327 def.

<sup>84</sup> Come ricordato anche nella Comunicazione sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni 15 novembre 2005, COM (2005) 569 def. "*i P.P.P. non costituiscono una soluzione miracolosa: per ciascun progetto è necessario valutare se il partenariato apporti realmente un valore aggiunto allo specifico servizio o ai lavori pubblici in questione, rispetto ad altre opzioni come la conclusione di un contratto più tradizionale*".

<sup>85</sup> Cfr. la Relazione del Parlamento Europeo sui partenariati pubblico-privati e diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni, 16 ottobre 2006, A6-0363/2006, in cui si dichiara la contrarietà alla creazione di un regime giuridico specifico per i PPP (punto 2 delle Osservazioni generali).

<sup>86</sup> Cfr. il Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni; per sulla dottrina dei P.P.P., cfr. M. P. CHITI, *Partenariato pubblico-privato*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura M. CLARICH e G. FONDERICO, Milano, 2007, 495 ss., R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, 93 ss.; B. RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico privato: un quadro generale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010.

### **3.1.2 Il partenariato pubblico privato quale “archetipo generale”.**

Il nuovo Codice degli appalti detta specifiche disposizioni relative al partenariato pubblico privato. Pur senza modificare radicalmente il quadro normativo vigente sino alla sua recentissima entrata in vigore, la nuova disciplina presenta alcuni aspetti innovativi, specialmente in tema di affidamento, finanziamento e nuove figure di PPP (quali i cc.dd. “interventi di sussidiarietà orizzontale”, il “baratto amministrativo” e la cessione di immobili in cambio di opere). Nel complesso, tale nuova disciplina conferma che il P.P.P. è categoria giuridica ampia e variegata che può prestarsi ad intercettare, da un lato, esigenze di maggior tutela della finanza pubblica sempre più avvertite e, dall’altro, opportunità di flessibilità operativa ed innovatività gestionale per progetti di dimensioni più o meno rilevanti.

La nozione di partenariato pubblico privato ha assunto tradizionalmente, e prevalentemente, una valenza più descrittiva che prescrittiva. Si tratta di una “categoria” dai contorni “problematici e incerti”<sup>87</sup> che ha trovato nell’ordinamento italiano una sistematizzazione incompiuta. Da un lato, sul piano europeo, è la stessa Dir. 2014/23/UE ad affermare che le difficoltà legate all’interpretazione dei concetti di contratto di concessione e di appalto pubblico hanno generato una costante incertezza giuridica tra i soggetti interessati e sono state oggetto di numerose sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea<sup>88</sup>, confermando che nozioni di concessione e appalto appunto palesano difficoltà interpretative di non poco conto. Dall’altro, sul piano nazionale, il giudice amministrativo<sup>89</sup>, chiamato ad esprimere il proprio parere sullo schema di decreto legislativo recante il nuovo codice, ha ricordato che le forme di partenariato pubblico-privato non sono tutte esattamente riconducibili né all’appalto né alla concessione e che gli articoli 180, 181 e 182 recano un archetipo generale del partenariato pubblico privato contrattuale. Si introduce così una disciplina quadro valevole, oltre che per le figure tipizzate, anche per figure atipiche, definite come qualunque altra procedura di realizzazione di partenariato in materia di opere o servizi<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Cfr. A. TRAVI, *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, febbraio 2014.

<sup>88</sup> Cfr. il Considerando 18 della Dir. 2014/23/UE.

<sup>89</sup> Cfr. Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016 del Consiglio di Stato.

<sup>90</sup> Per quanto attiene ai confini definitivi, lo stesso Consiglio di Stato ha rilevato che la lett. eee) dell’art. 3 reca una definizione di partenariato pubblico privato che fa riferimento alle sole ‘opere fredde’ e manca qualsiasi riferimento alle concessioni e al partenariato istituzionale, presenti invece nel D.Lgs. 163/2006 all’art. 3, comma 15-ter. Inoltre, lo stesso istituto trova una definizione anche nell’art. 180 (partenariato pubblico-privato), dove si riscontra una definizione più corretta di partenariato che considera anche le “opere calde”. La presenza di due definizioni, peraltro non univoche, per lo stesso oggetto può creare rischi

E proprio la natura di “archetipo generale” del partenariato pubblico privato, nonché la sua valenza quale “disciplina quadro”, peraltro comune ai codici del 2006 e del 2016, a non determinare, sul piano definitorio, cesure particolarmente marcate tra vecchia e nuova normativa.

Nel vecchio codice dei contratti pubblici (art. 3, comma 15-ter, inserito dal decreto correttivo del 2008 e successivamente modificato dal D.L. n. 1 del 2012) i “contratti di partenariato pubblico privato” sono definiti quali contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un’opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, “compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni” con allocazione dei rischi ai sensi delle “prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti”.

In particolare, il D.Lgs. n. 152/1008 ha inserito nel vecchio codice dei contratti pubblici all’art. 3, comma 15-ter, la definizione dei contratti di partenariato pubblico-privato (di cui fanno parte le concessioni di lavori e di servizi), specificando che per tali contratti deve esserci una “allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni comunitarie vigenti”. L’ultimo periodo dell’art. 15-ter del Codice stabilisce come, fatti salvi gli obblighi di comunicazione normativamente previsti, “alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat”<sup>91</sup>. In generale le prescrizioni comunitarie<sup>92</sup> prevedono che in un contratto di P.P.P. il privato debba sostenere sostanzialmente, e non formalmente<sup>93</sup>, il rischio di costruzione e almeno uno dei due rischi di domanda e di disponibilità, mentre la P.A. deve assumere pienamente il rischio cd. “amministrativo”, costituito da eventi riconducibili alla sua diretta responsabilità<sup>94</sup>.

---

interpretativi; pertanto sarebbe opportuno riportare nell’art. 3 la definizione contenuta nel citato art. 180, limitandosi in quest’ultimo a operare un rinvio all’art. 3.

<sup>91</sup> Cfr. S. FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>92</sup> Cfr. Comunicazione sulle concessioni, cit., “il concessionario assume non soltanto i rischi inerenti ad una qualsiasi attività di costruzione, ma dovrà altresì sopportare quelli connessi alla gestione e all’uso abituale dell’impianto” e il Libro Verde sul PPP, cit.

<sup>93</sup> Cfr. il d.P.C.M. sui criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell’art. 44, comma 1-bis del D.L. 31 dicembre 2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1 della L. 28 febbraio 2008, n. 31. (09A04127) (GU n. 84 del 10 aprile 2009), in [www.utfp.it](http://www.utfp.it), 27 marzo 2009.

<sup>94</sup> Cfr. Libro Verde sul PPP, cit. e C. GIORGIANTONIO, V. GIOVANNIELLO, *Infrastrutture e project financing in Italia: il ruolo (possibile) della regolamentazione, Occasional Paper, Questioni di economia e finanza, Banca d’Italia*, novembre 2009.

Il rischio disponibilità, invece, è individuabile, secondo il Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati del 30 aprile 2004 (Libro Verde sul P.P.P.) in operazioni di altro tipo, dove il partner privato è destinato a realizzare e gestire un'infrastruttura per la pubblica amministrazione (ad esempio, una scuola, un ospedale, un centro penitenziario, un'infrastruttura di trasporto). In questo modello la retribuzione del *partner* privato non avviene in forma di compensi versati dagli utenti del lavoro o del servizio, ma di pagamenti regolari ricevuti dal partner pubblico. Il rischio di disponibilità è il rischio legato alla *performance* dei servizi che il partner privato deve rendere alla P.A. e si sostanzia nella potenziale decurtazione dei pagamenti pubblici per effetto dell'applicazione di penali, qualora gli *standard* dei servizi non siano soddisfatti. L'applicazione delle penali per il mancato raggiungimento degli *standard* predeterminati in termini di volume e di qualità, dovrebbe avvenire, per essere considerata effettiva, in conseguenza di un monitoraggio oggettivo in tempo reale.

Nel nuovo Codice (art. 3, comma 1, lett. eee) il medesimo "contratto di partenariato pubblico privato" è il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici, per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, del suo sfruttamento economico o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa con assunzione di rischio, secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore.

Dal punto di vista strettamente formale, vi è, tra le definizioni contenute nel vecchio e nel nuovo codice, una differenza evidente che può forse derivare da un mero difetto di coordinamento. Il vecchio codice faceva riferimento anche alla progettazione tra le prestazioni oggetto del contratto di P.P.P. mentre il nuovo codice fa riferimento, in generale, alla realizzazione, senza indicare espressamente se la progettazione possa essere ricompresa nel contratto di partenariato o meno. Ebbene, l'art. 59 del nuovo Codice, relativo alla scelta delle procedure, indica che il divieto di ricorrere 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, recuperando la progettazione quale possibile oggetto di affidamento congiunto.

A ciò si aggiunga che all'art. 180 del nuovo Codice, dedicato specificamente al partenariato pubblico privato, si trova una conferma dell'affermazione di cui sopra, posto che questo dispone, tra l'altro, che il contratto di partenariato pubblico privato può avere ad oggetto anche la progettazione di fattibilità tecnico ed economica e la progettazione definitiva delle opere o dei servizi connessi.

Una ulteriore differenza tra vecchio e nuovo codice, sotto il profilo squisitamente definitorio, appare il tema del finanziamento. Nel codice previgente una particolare enfasi era prestata al finanziamento dell'opera - almeno parzialmente a carico di privati - mentre nel nuovo Codice si fa genericamente riferimento al contratto quale fonte delle modalità di finanziamento fissate, evidentemente, per ogni singolo caso di specie. Dal confronto fra i due testi normativi emerge la distinzione, operata innanzitutto sul piano definitorio, tra partenariato pubblico privato e concessioni, definite e disciplinate, queste ultime, in modo sostanzialmente autonomo. Se partenariato e concessione stanno in rapporto di genere e specie, oppure se, diversamente, le due nozioni sono più distanti tra loro, ciò è irrilevante ai fini della nuova disciplina (sostanziale) dei contratti pubblici.

Per quanto concerne i profili di rischio, infine, nella sostanza nulla cambia, non potendosi ritenere che il mancato riferimento agli orientamenti europei in materia, nel testo del nuovo codice, possa valere ad escluderne l'applicabilità<sup>95</sup>.

### **3.2 Il finanziamento del PPP.**

L'art. 182 del nuovo Codice dispone che il finanziamento dei contratti di P.P.P. possa avvenire mediante "idonei strumenti" quali, ad esempio, la finanza di progetto (disciplinata al successivo art. 183)<sup>96</sup>. Il finanziamento può anche riguardare il conferimento di *asset* patrimoniali pubblici e privati e la remunerazione del capitale investito, coerentemente con la definizione di cui al richiamato art. 3, è definita nel contratto.

---

<sup>95</sup> In argomento, G.F. CARTEI, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze*, in G.F. CARTEI - M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2015, 37 ss.

<sup>96</sup> Il *project financing* a iniziativa privata ha fatto ingresso nel nostro ordinamento con l'art. 11, l. 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni ter), che ha inserito nella legge quadro sui lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. legge Merloni) gli articoli da 37-ter a 37-nonies. L'istituto in esame ha attratto un particolare interesse da parte della dottrina: cfr. tra i tanti F. MERUSI, *Variazioni pubblicistiche sulla finanza di progetto*, in AA.VV., *Scritti in memoria di P. de Vecchis*, Roma, 1999, 772 ss.; M. BALDI - G. DEMARZO, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2001; C.E. GALLO, *La finanza di progetto*, in R. VILLATA (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001, 931 ss.

L'art. 182 del nuovo Codice affronta altresì il tema della “anticipata estinzione del contratto” e della revisione dell’equilibrio del piano economico finanziario (P.E.F.). Sul primo versante, il nuovo codice dispone che sia il contratto a definire le conseguenze derivanti dall’anticipata estinzione e che queste debbano essere “tali da comportare la permanenza dei rischi trasferiti in capo all’operatore economico”. Sul secondo versante, il verificarsi di “fatti non riconducibili all’operatore economico”, incisivi sull’equilibrio del P.E.F., “può” comportare la sua revisione volta a rideterminare le condizioni di equilibrio inizialmente previste. Nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l’attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (c.d. N.A.R.S.). Negli altri casi, la valutazione del N.A.R.S. può essere chiesta dall’amministrazione in via facoltativa.

In caso di mancato accordo sul riequilibrio del P.E.F., le parti possono recedere dal contratto e all’operatore economico spetta il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori, al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici. La differenza tra vecchio e nuovo Codice sembrano quindi rilevanti, almeno per ciò che concerne l’applicazione dei principi generali in materia<sup>97</sup>.

La nuova disciplina del P.P.P. determina quindi una maggiore ampiezza dei presupposti per l’eventuale cessazione del rapporto (i “fatti non riconducibili all’operatore economico” contro le variazioni apportate dal concedente o il *change-in-law* di cui al vecchio codice); indica che il riequilibrio delle condizioni di equilibrio economico-finanziario è solo possibile (sottolineando, pertanto, una minore forza contrattuale della parte privata) e che il recesso, in caso di mancato riequilibrio, è anch’esso solo possibile e non necessario (tutelando maggiormente la finanza pubblica ma, probabilmente, scoraggiando i privati che possono fare meno affidamento sul riequilibrio e, da questo

---

<sup>97</sup> Sul tema, *ex multis*, C.P. SANTACROCE, *Il recesso dagli accordi tra pubbliche amministrazioni*, Padova, 2012; G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; F. TIGANO, *Gli accordi procedurali*, Torino, 2002; W. GIULIETTI, *Attività consensuale della p.a. e vincoli giuridici: tutela del pubblico interesse e affidamento del privato*, in *Il Consiglio di Stato*, 2001, 1617 ss. Il testo dell’art. 143, comma 8, del Codice del 2006 concernente il recesso (tuttavia relativo al rapporto concessorio, non essendo presente, nel vecchio testo normativo una disciplina ad hoc del PPP), disponeva che i presupposti e le condizioni di base che determinano l’equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione costituissero parte integrante del contratto. Le variazioni apportate dalla stazione appaltante a detti presupposti o condizioni di base, nonché le norme legislative e regolamentari che stabilivano nuovi meccanismi tariffari o che comunque erano idonee ad incidere sull’equilibrio del P.E.F., previa verifica del Comitato interministeriale per la programmazione economica, sentito il N.A.R.S., comportavano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni. In mancanza della predetta revisione il concessionario poteva recedere dal contratto.

punto di vista, rendendo la fase della negoziazione più importante rispetto a quella della gestione).

Pur meritando l'argomento un approfondimento ulteriore, è possibile evidenziare in tale sede la *ratio* della c.d. finanza di progetto (o *project financing*), quale forma di istituto di partenariato pubblico privato per la realizzazione e la gestione di opere pubbliche o di pubblica utilità, che si basa sull'utilizzo di capitali privati, remunerati attraverso i proventi derivanti dalla gestione dell'opera per un congruo periodo di tempo, e sul coinvolgimento degli operatori economici fin dalla fase di progettazione degli interventi. Dal punto di vista pratico la finanza di progetto si configura come una particolare forma di concessione, sebbene diversi e variegati siano i moduli procedurali e gli schemi negoziali utilizzabili<sup>98</sup>.

L'art. 183 del D.Lgs. n. 50 del 2016 prevede due meccanismi procedimentali di affidamento della concessione mediante finanza di progetto, cui poter alternativamente fare ricorso a seconda che i lavori pubblici ovvero di pubblica utilità da realizzare siano o meno inseriti negli strumenti di programmazione approvati dalle amministrazioni aggiudicatrici.

La prima parte dell'articolo (commi 1-14) è dedicata alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità inseriti nei predetti strumenti di programmazione approvati e ricalca sostanzialmente la disciplina della procedura ordinaria "a gara unica" prevista dal codice del 2006. Le principali differenze sono da rinvenire nella scomparsa del riferimento ai lavori inseriti negli strumenti di programmazione della stazione appaltante e nella individuazione, quale documento tecnico da porre a base di gara, di un "progetto di fattibilità", anziché di uno studio di fattibilità, sempre redatto da personale qualificato delle amministrazioni aggiudicatrici ovvero, in caso di carenza in organico, da soggetti esterni. La seconda parte dell'articolo (commi 15-19) contempla la facoltà per gli operatori economici di presentare proposte (contenenti un progetto di fattibilità, uno schema di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione) relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità che non siano inseriti negli strumenti di programmazione approvati dalle amministrazioni aggiudicatrici.

---

<sup>98</sup> L'istituto è attualmente disciplinato dall'art. 183 del nuovo "Codice dei contratti pubblici", di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per come di recente, in minima parte, modificato dall'art. 110 d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

In particolare, il *project-financing* non si configura come un istituto giuridico totalmente autonomo, quanto come un sistema di realizzazione di opere pubbliche innestato su quello proprio della concessione con il medesimo esito di stipula e di gestione<sup>99</sup>.

L'elemento che principalmente caratterizza il *project-financing* e lo distingue dalla concessione tradizionale è rinvenibile nel maggiore grado di coinvolgimento del privato nella progettazione dell'opera<sup>100</sup>.

Lo strumento della concessione presuppone, infatti, indipendentemente da qualsiasi scambio interlocutorio con gli operatori privati, la predisposizione, da parte dell'amministrazione concedente, sia attraverso i servizi tecnici dell'amministrazione, sia tramite un professionista esterno appositamente incaricato, della documentazione necessaria da porre a base di gara, contenente i seguenti documenti: progetto preliminare; bozza di convenzione; disciplinare sulle modalità di gestione; piano economico-finanziario.

Al contrario, in tutte le procedure di *project-financing*, il progetto preliminare, con l'indicazione dei relativi costi e delle risorse da impiegare e il piano economico-finanziario, sono predisposti dai soggetti privati in piena autonomia. La Pubblica Amministrazione si limita a predisporre, in sede di programmazione delle opere pubbliche, uno studio di fattibilità entro cui spetterà alle imprese definire il quadro progettuale dell'intervento.

Come nel contratto di concessione, poi, imprescindibile è l'elemento del rischio economico assunto dal soggetto fornitore: alla base del concetto di *project-financing* vi è la possibilità di realizzazione di un'opera tramite un finanziamento che avvenga con esclusivo riferimento alla validità del progetto e alla sua futura redditività. In particolare il finanziamento non avviene a favore di un determinato soggetto ma piuttosto di un progetto, in forza di garanzie costituite dalla redditività del progetto stesso, ossia

---

<sup>99</sup> Cfr. G.F. CARTEI, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati: profili critici, in Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008, 217 ss.; S. SAMBRI, *Project financing, la finanza di progetto per la realizzazione delle opere pubbliche*, Padova, Cedam, 2006.

<sup>100</sup> Cfr. T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. IV, 09 febbraio 2018, n. 386. Ai sensi dell'art. 180, comma 3, il contratto di partenariato implica il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico, sotto il triplice profilo del rischio di costruzione, del rischio di disponibilità e del rischio di domanda dei servizi resi; parimenti, nella concessione di servizi, risulta essenziale il trasferimento in capo al concessionario del "rischio operativo", il che implica che in condizioni operative normali non deve essere garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione del servizio in concessione; in definitiva il trasferimento del rischio – nelle sue varie tipologie - in capo all'operatore economico privato assume quindi un rilievo fondamentale ai fini della qualificazione di un accordo fra un soggetto privato ed un soggetto pubblico, quale partenariato pubblico privato/concessione oppure quale appalto di servizi.

l'attitudine dell'attività economico-finanziaria ad autofinanziarsi, cioè a produrre flussi di cassa di segno positivo in grado di compensare il prestito ottenuto per finanziare l'attività, garantendo al contempo un'adeguata remunerazione del capitale investito dai finanziatori.

In particolare è la previsione di redditività futura dell'opera che fa sorgere in capo ad un operatore economico privato l'intenzione di promuovere la realizzazione di un'opera pubblica e tale prospettiva è evidente all'interno delle diverse tipologie di contratto di rendimento energetico a risparmi condivisi ove il soggetto fornitore viene remunerato quanto più il sistema di efficientamento energetico realizzato sull'immobile della pubblica amministrazione sarà efficiente.

### **3.3 PPP: volano per l'efficienza energetica e salvaguardia ambientale?**

Il P.P.P. declinato nel nuovo codice sottende relazioni tra parte pubblica e parte privata di svariata natura, niente affatto riconducibili alle fattispecie di cui all'art. 3, comma 15-ter del vecchio codice e più facilmente assimilabili al partenariato contrattuale<sup>101</sup>. Esso, sotto questo aspetto, disciplina tre particolari "figure" di P.P.P. che nella disciplina dei contratti pubblici del 2006 non erano previste: i cc.dd. "interventi di sussidiarietà orizzontale" (art. 189), il c.d. "baratto amministrativo" (art. 190) e la cessione di immobili in cambio di opere (art. 191).

Per quanto concerne gli "*interventi di sussidiarietà orizzontale*", questi possono riguardare le aree riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale "*riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere*". Tali beni possono essere affidati in gestione "*per quanto concerne la manutenzione*" a consorzi di cittadini residenti.

Per la realizzazione di opere di interesse locale, inoltre, "*gruppi di cittadini organizzati*" possono formulare agli enti locali "*proposte operative di pronta realizzabilità*", indicando costi e mezzi di finanziamento. Per quanto concerne il baratto amministrativo, è data facoltà agli enti territoriali di definire criteri e condizioni affinché possano essere realizzati progetti presentati da cittadini singoli o associazioni di essi che riguardino la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro

---

<sup>101</sup> Cfr. G. SANTI, *Il partenariato contrattuale*, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, 2014, 243 ss.

valorizzazione mediante iniziative culturali, gli interventi di decoro urbano o di recupero e riuso con finalità di interesse generale di aree e beni immobili inutilizzati<sup>102</sup>.

La definizione codicistica del partenariato pubblico-privato rende idoneo il ricorso a questo contratto per attività che si svolgono in un arco temporale non breve determinato in funzione dell'investimento e del relativo periodo di ammortamento, attività che consistono nella costruzione e gestione di un'opera pubblica o nella gestione di un servizio pubblico. Essenziale è il trasferimento del rischio nella sua triplice articolazione di rischio di costruzione, di disponibilità e di domanda che deve essere correttamente allocato sul *partner* privato.

La corretta collocazione comporta, peraltro, la necessità di assicurare l'equilibrio economico finanziario dell'intera operazione. Con esso s'intende, quindi, un accordo finalizzato a superare il problema della scarsità di risorse delle pubbliche amministrazioni, attraverso una partecipazione degli operatori privati agli investimenti e, quindi, al conseguente sfruttamento economico del servizio, di modo da offrire la possibilità di collaborare con le p.A. condividendone i rischi nella realizzazione di interventi quali, nella specifica materia trattata, quelli di efficientamento energetico. E proprio in ambito energetico l'applicazione di tale strumento a fronte degli obiettivi di sviluppo sostenibile ha condotto all'introduzione di due particolari tipologie di figure giuridiche. Si tratta di una figura soggettiva specificamente modulata sulle esigenze del settore, l'*energy service company* (E.S.Co.), e di un tipo contrattuale, l'*energy performance contract* (E.P.C.), caratterizzato da analoga modulazione.

Il D.Lgs. 115/2008 è il primo a contemplare una precisa definizione di E.S.Co. individuandola nella persona fisica o giuridica che fornisce servizi energetici ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica assumendo un certo margine di rischio finanziario in quanto il corrispettivo è collegato al raggiungimento del risultato conseguito<sup>103</sup>. La forma contrattuale con la quale possono essere erogati i servizi di tali operatori economici è, appunto, l'E.P.C.

---

<sup>102</sup> Il quale risulta comunque già introdotto nell'ordinamento dall'art. 24 del D.L. n. 133 del 2014.

<sup>103</sup> Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. i) d.lgs. n. 115/2008 "*persona fisica o giuridica che fornisce servizi energetici ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica nelle installazioni o nei locali dell'utente e, ciò facendo, accetta un certo margine di rischio finanziario. Il pagamento dei servizi forniti si basa, totalmente o parzialmente, sul miglioramento dell'efficienza energetica conseguito e sul raggiungimento degli altri criteri di rendimento stabiliti*".

In origine, la disciplina italiana era solita identificare tale contratto con l'accordo tra due parti in cui una, il soggetto fornitore, obbligava al compimento di servizi e interventi volti all'efficientamento di un sistema energetico il soggetto beneficiario, verso un corrispettivo. La normativa, quindi, già definiva il contratto di rendimento energetico, senza però dettarne una disciplina specifica.

Le incertezze applicative furono superate dal recepimento delle nuove direttive europee sull'efficienza energetica, entro cui il contratto di rendimento energetico è stato definito in modo più dettagliato, prevedendo che, quando l'accordo contrattuale abbia come soggetto beneficiario una pubblica amministrazione, esso debba obbligatoriamente contenere gli elementi minimi elencati nell'Allegato VIII del decreto legislativo 102/2014<sup>104</sup>. Tendenzialmente si fa utilizzo di due specifiche tipologie di E.P.C.: il contratto a risparmi garantiti, *guaranteed savings* e il contratto a risparmi condivisi, *shared savings*<sup>105</sup>. La prima tipologia prevede che il soggetto finanziatore coincida con il soggetto beneficiario, mentre il soggetto fornitore abbia il compito di realizzare un intervento che garantisca un certo livello di risparmio energetico<sup>106</sup>. Nel modello *shared savings*, invece, le parti prevedono le condizioni e i tempi per la ripartizione dei proventi derivanti dal risparmio energetico.

### **3.4 Il P.P.P. nel Codice del 2016.**

Il nuovo Codice del 2016 individua due diverse forme di partenariato pubblico-privato: una contrattuale e una istituzionale.

Si tratta di una fenomenologia, in realtà, ampiamente conosciuta nel nostro ordinamento: concessione di costruzione e gestione e project finance non sono altro che forme di P.P.P. contrattuale, mentre a quello istituzionale si riconducono le società miste che, a partire dal 1990 specie nella gestione dei servizi pubblici locali, hanno assunto un ruolo

---

<sup>104</sup> Allegato VIII contenente: Elementi minimi che devono figurare nei contratti di rendimento energetico sottoscritti con il settore pubblico o nel relativo capitolato d'appalto.

<sup>105</sup> Cfr. L. PAROLA - T. ARNONI - S. GRANATA, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, in *Contratti*, 2015, 516 ss.

<sup>106</sup> In particolare, in tale tipo di contratto il soggetto beneficiario è tenuto a pagare al soggetto fornitore dei corrispettivi fissi per gli interventi svolti e quest'ultimo si impegna a mantenere i risparmi energetici entro il valore fissato contrattualmente. Nel momento in cui i risparmi siano inferiori a quelli garantiti, il soggetto fornitore è tenuto al pagamento di penali al soggetto beneficiario in qualità di indennizzo; gli eventuali risparmi superiori, invece, potranno andare a beneficio del soggetto beneficiario o essere condivisi con il soggetto fornitore, a seconda degli accordi contrattuali.

decisamente centrale<sup>107</sup>. La disciplina comune applicabile a tutte le fattispecie riconducibili al partenariato pubblico-privato è contenuta nella Parte IV, Titoli I del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Tralasciando per un istante la forma di P.P.P. istituzionalizzato è possibile evidenziare che l'attuale codice dei contratti pubblici fornisce unicamente la definizione della forma di P.P.P. contrattuale come quel negozio giuridico plurilaterale a titolo oneroso concluso in forma scritta attraverso cui una o più P.A. assegnano a uno o più operatori economici per un lasso di tempo specifico in funzione del tempo della tipologia di investimento o delle concrete modalità di finanziamento fissate, un insieme di *“attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa”* con accettazione di rischio da parte dell'operatore economico<sup>108</sup>.

Il nuovo codice dei contratti contiene una disciplina generale in materia di partenariato contrattuale e ciò rappresenta una novità rispetto alla precedente disciplina che si limitava alla individuazione della nozione.

Al riguardo, l'art. 179 del D.Lgs. n. 50 del 2016 individua in via generale le norme che sono applicabili alle procedure di affidamento richiamando anche la disciplina circa l'individuazione delle soglie di rilevanza comunitaria.

Quest'ultima disposizione è particolarmente rilevante considerato che in precedenza proprio con riferimento ai contratti non tipizzati di partenariato contrattuale non si era mai effettuata una distinzione in relazione alle modalità di affidamento sopra e sotto la soglia comunitaria. Il codice si occupa di precisare, sulla scorta di quanto previsto dalla direttiva comunitaria in materia di concessioni sopra richiamata, le modalità di allocazione dei rischi. In particolare l'art. 180, comma 2, prevede che il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera. Tali tipologie di rischi sono descritti dall'art. 3 del codice.

---

<sup>107</sup> Cfr. R. VILLATA, *Il partenariato pubblico-privato nel settore dell'energia in Aspetti della transizione nel settore energetico: gli appalti nei settori speciali, il market design e gli assetti di governance*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIS, A. TRAVI, Milano, Wolters Kluwer, 39 ss.

<sup>108</sup> Cfr. l'art. 3, co. 1, lett. eee), del codice dei contratti pubblici del 2016.

Per rischio di costruzione si intende il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli *standard* di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera (art. 3, comma 1, lett. aaa); per rischio di disponibilità si intende il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti (art. 3, comma 1, lett. bbb); per rischio di domanda si intende il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il contraente deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa (art. 3, comma 1, lett. ccc). Con il contratto di partenariato pubblico privato sono disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico.

A fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere di versare un canone all'operatore economico che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi. Per la disponibilità l'amministrazione può anche corrispondere una differente utilità, pattuita *ex ante*, ovvero rimette la remunerazione del servizio allo sfruttamento diretto della stessa da parte dell'operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo.

L'operazione di partenariato si fonda sul raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario da parte del privato (definito dall'art. 3, comma 1 lett. fff), come la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento).

La norma di cui all'art. 180, comma 6 prevede che la pubblica amministrazione possa pagare un prezzo consistente in un contributo pubblico o nella cessione di beni immobili che non assolvono più alla funzione di interesse pubblico e il contributo può consistere anche in un diritto di godimento su determinati beni purché siano strumentali all'opera da affidare in concessione.

Il pagamento del prezzo può contribuire a garantire l'equilibrio economico finanziario ma, per non snaturare il contratto di partenariato il prezzo o la contribuzione pubblica non può mai superare il trenta per cento del costo dell'investimento effettuato dal privato

(l'art. 191 del codice prevede in via generale che il bando di gara possa prevedere a titolo di corrispettivo il trasferimento all'affidatario della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice). È essenziale per la sottoscrizione del contratto che il privato documenti la disponibilità del finanziamento necessario per avviare l'operazione in partenariato con la pubblica Amministrazione.

L'art. 181 chiarisce che l'affidamento dei contratti di partenariato debba avvenire attraverso procedure a evidenza pubblica indicando tra queste anche il dialogo competitivo. Quest'ultima procedura si caratterizza per essere particolarmente flessibile e, quindi, adatta alla aggiudicazione di contratti di partenariato, anche atipici, in quanto sono gli stessi candidati che concorrono a definire i profili contrattuali e non la pubblica amministrazione a predeterminarli<sup>109</sup>.

#### **3.4.1 “Partenariato” o “partenariati”? Un primo tentativo di distinzione. Il P.P.P. contrattuale.**

Il quadro dei P.P.P. si scompone giuridicamente nella distinzione tra partenariato di tipo puramente contrattuale e P.P.P. di tipo istituzionalizzato. La distinzione riflette, in vero, una tipologia diversa di P.P.P., ma le problematiche sottese risultano spesso comuni, riguardando l'applicazione al fenomeno partenariale del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

Le ipotesi di P.P.P. contrattuali alludono ai casi in cui il modello partenariale è basato su forme di collaborazione tra parti indipendenti. È il caso soprattutto della concessione di lavori pubblici e di servizi, la cui disciplina, come noto, se raffrontata a quella del contratto di appalto, si presenta parzialmente lacunosa sotto il profilo della procedura di aggiudicazione<sup>110</sup>. Secondo la Commissione, il modello concessorio si caratterizzerebbe dalla relazione diretta sussistente tra il soggetto imprenditoriale privato ed il diretto destinatario finale: il primo soggetto somministra una prestazione al soggetto pubblico, “in luogo”, ma in virtù del diretto controllo, del pubblico. Altro elemento identificativo sarebbe costituito dal tipo di retribuzione del contraente privato, che consisterebbe in

---

<sup>109</sup> Lo schema di procedura delineato dall'art. 181 prevede che l'affidamento possa avere a oggetto la progettazione oppure debba avvenire ponendo a base di gara il progetto definitivo, lo schema de contratto il piano economico finanziario che disciplinano l'allocatione dei rischi fra le parti.

<sup>110</sup> Sulle differenze tra le due forme di concessione di recente C. CORSI, *Le concessioni di lavori e di servizi, in Il partenariato pubblico-privato (Concessioni Finanza di progetto Società miste Fondazioni)*, a cura di M. P. CHITI, Napoli, 2009, 47 ss.

corrispettivi percepiti presso gli utenti del servizio, qualora doverosa perfezionata da sovvenzioni versate dalla Amministrazione Pubblica<sup>111</sup>.

Quanto al P.P.P. istituzionale, l'espressione allude alla creazione di un'entità terza con il compito di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico, detenuta congiuntamente dal *partner* privato e dal soggetto pubblico, di cui costituiscono l'esempio più noto le società miste. In tal caso gli aspetti più problematici della cooperazione tra partner pubblici e privati riguardano la compatibilità con la disciplina europea in materia di contratti pubblici, ed in particolare i criteri di scelta del soggetto privato, le modalità di affidamento del servizio ed i principi da applicare allo svolgimento dell'attività<sup>112</sup>.

L'intera problematica è stata analizzata dalla Commissione nella più recente Comunicazione del 2008, in cui l'esecutivo comunitario ha preliminarmente sottolineato che l'apporto del soggetto privato all'attività svolta dall'entità a capitale misto non può limitarsi al semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato, ma deve consistere nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità.

Al pari di quanto affermato con riguardo ai PPP contrattuali, anche con riguardo ai P.P.P.I. occorre applicare i principi del Trattato in materia di trasparenza, divieto di discriminazione e di concorrenza.

La mancata applicazione in materia dei principi dell'*in house providing*, a causa della partecipazione di un'impresa privata al capitale di una società cui partecipa anche l'amministrazione aggiudicatrice, conduce la Commissione a sottolineare la necessità del rispetto delle regole di aggiudicazione contrattuale con riguardo alla scelta del partner privato, ed a prevedere che quest'ultimo sia selezionato con una procedura che abbia per oggetto, a pena, altrimenti, di dover ricorrere ad una seconda gara avente ad oggetto l'aggiudicazione dell'appalto/concessione, altresì, il contratto ed il contributo operativo del *partner* privato all'esecuzione ed alla gestione dell'entità medesima.

La forma contrattuale nel settore dell'energia si configura come strumento particolarmente utile per le pubbliche amministrazioni che abbiano necessità di effettuare ingenti interventi di miglioramento e di riqualificazione degli immobili ma che siano

---

<sup>111</sup> Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

<sup>112</sup> Commissione delle Comunità Europee sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (P.P.P.I.), 5 febbraio 2008, C(2007)6661.

tuttavia sprovvisti di esperienza tecnica nel settore o di adeguata informazione sugli strumenti e tecnologie necessari e che non abbiano a propria disposizione risorse sufficienti per finanziare tali interventi. Il contratto di rendimento energetico rientra in quelle modalità di copertura delle opere pubbliche che prevedono l'intervento di capitali privati, come il *project-financing*<sup>113</sup>. Il finanziamento da parte di terzi, inoltre, permette di rinnovare gli impianti senza ricorrere a stanziamenti di bilancio per la realizzazione di nuove opere<sup>114</sup>.

### **3.4.2 Il P.P.P. c.d. istituzionalizzato.**

Per quanto attiene al modello di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, la Commissione europea, il 5 febbraio 2008, ha concluso un'apprezzabile iniziativa, pubblicando un documento interpretativo sulle norme applicabili al P.P.P. istituzionalizzato, in particolare in presenza di appalti o concessioni.

La Commissione conferma con fermezza l'esigenza del rispetto delle direttive su appalti e concessioni quando queste prestazioni siano previste nel rapporto di cooperazione. Si tratta, ad esempio, del caso in cui una E.S.Co. esegua interventi sugli edifici e sugli impianti pubblici o nei confronti delle aziende pubbliche. Nel caso di I.P.P.P. (*institutionalized public-private partnership*) il pubblico e il privato, a differenza del partenariato di tipo contrattuale, stringono un legame di carattere societario, tramite cui condividere le strategie, la gestione, gli investimenti, i rischi e i risultati. Da questo punto di vista, il rapporto tra il soggetto privato e quello pubblico colloca la E.S.Co. in

---

<sup>113</sup> Art. 183 del D.lgs. 50 del 2016.

<sup>114</sup> L'art. 3, comma 1, lett. eee), D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede che alle operazioni di partenariato pubblico-privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat. L'Ufficio statistico dell'UE (Eurostat) con decisione 11 febbraio 2004, n. 18 ha deliberato che i contratti di partenariato pubblico-privato non sono da registrare nei bilanci delle pubbliche amministrazioni quando vi sia un sostanziale trasferimento di rischio economico dalla parte pubblica alla parte privata, condizione che si verifica allorché ricorrano le condizioni che il *partner* privato si assume il rischio di costruzione ed almeno uno tra i rischi di disponibilità (capacità del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità) e di domanda (presenza di alternative più convenienti, ciclo di business, nuove tendenze del mercato). La decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004 ha dunque contribuito a rendere ancor più attraente il ricorso al P.P.P. andando ad incidere soprattutto su quell'area di progetti (c.d. "freddi") che, non essendo autonomamente in grado di remunerare l'investimento effettuato dal privato, richiedono l'intervento economico dello Stato, che sostiene l'equilibrio del progetto con la spesa pubblica. Al riguardo, Governo italiano, Dipartimento economico, Circolare 14 aprile 2009 n. 84 che ha precisato che la spesa per realizzare opere pubbliche in *project-financing* "freddo" può essere contabilizzata fuori bilancio, ai fini del deficit pubblico statale e del Patto di stabilità, solo se il canone pagato dall'amministrazione per ripagare l'investimento del privato non è fisso, ma risulta contrattualmente variabile in base a parametri di qualità della gestione. In particolare "il rischio di disponibilità si può considerare trasferito al privato qualora contrattualmente sia prevista l'applicazione automatica di penali che incidano sul canone corrisposto dal soggetto pubblico sia nel caso d'indisponibilità completa o parziale della struttura, sia di erogazione di servizi non corrispondenti agli standard attuali" ossia corrisponda a un *performance-contract*.

un ruolo non solo esecutivo, ma di reciproco scambio con gli enti locali di riferimento, per contribuire alla definizione delle stesse strategie energetiche.

La condivisione delle scelte amministrative, poi, facilita anche i relativi adattamenti nel tempo dello svolgimento delle operazioni, in funzione delle mutate circostanze. La parte pubblica può sviluppare un'esperienza propria, acquisendo nel tempo le conoscenze apportate dalla parte privata e in questo senso assume molta importanza la possibilità di sviluppare internamente all'ente promotore le competenze in grado di gestire in modo efficiente l'eventuale opera o servizio oggetto della *partnership*.

Da tale modello di collaborazione, inoltre, si potrebbe avanzare un'ulteriore distinzione a seconda che il partenariato istituzionale sia diretto o indiretto.

Nel primo caso gli enti locali posseggono essi stessi quote di partecipazione dell'organismo in comune con il privato, nel secondo, invece, poste a valle società pubbliche già esistenti, si costituiscono società partecipate per l'associazione con i privati, a cui delegare una parte delle proprie funzioni, oppure assumere nuove iniziative. Le ragioni che spingono una P.A. ad adottare questa tipologia di strumento giuridico prendono le mosse da un dato fattuale: la P.A. si trova spesso in difficoltà nel dover affrontare temi così nuovi e complessi, con il rischio di aggravare una situazione che per alcuni aspetti è già critica. A tal riguardo le *partnership* pubblico-private istituzionali possono rappresentare una soluzione valida, che consentirebbe alle amministrazioni pubbliche di mantenere il proprio ruolo di regia politico-economica utilizzando uno strumento, la *partnership*, che consenta di impiegare le garanzie offerte dal diritto societario per impostare rapporti stabili e affidabili.

Possono dunque evidenziarsi diversi vantaggi: innanzitutto il settore privato ha sviluppato raffinate tecniche di controllo e gestione che difficilmente vengono applicate con gli stessi risultati dagli enti locali: se il modello fosse misto pubblico-privato, si garantirebbe un controllo di gestione efficiente e costante; inoltre, l'esternalizzazione rende più visibili i costi del servizio essendo l'organizzazione notevolmente sensibilizzata al controllo dei costi.

A ciò deve aggiungersi che la cooperazione con il privato può ampliare notevolmente il patrimonio di esperienza dell'organizzazione; ancora, il crescere della domanda del settore pubblico crea opportunità di mercato per chi si specializza in questi campi, con effetti trainanti sul resto dell'economia. In particolare, il tipo di attività svolto dalle *energy service companies* si presta molto all'impiego dell'*outsourcing*, mediante strumenti contrattuali che permettono di disporre di organizzazioni esterne con un tessuto di

relazioni specialistiche misurate in qualità e quantità sull'impegno necessario al raggiungimento degli obiettivi programmati. In caso di costituzione di un partenariato pubblico-privato istituzionale che preveda, quindi, la realizzazione di una E.S.Co. mista cui affidare direttamente, tramite appositi contratti di servizio o convenzioni, i servizi tesi al conseguimento del risparmio energetico, la gara pubblica è finalizzata alla selezione del socio privato con compiti operativi e funzionali.

Quanto allo svolgimento della stessa per la selezione del socio operativo occorre considerare che l'argomento è stato oggetto di una intensa elaborazione giurisprudenziale che, a partire dal parere del Consiglio di Stato n. 456 del 18 aprile 2007, confermato dall'Adunanza Plenaria n. 1/2008, fino alle più recenti pronunce, è giunta a delinearne gli aspetti caratterizzanti<sup>115</sup>.

In particolare, sulla base della premessa che solo in presenza dei presupposti che identificano l'istituto del *in house providing* in senso proprio è possibile l'affidamento diretto, i giudici amministrativi hanno cercato di indagare se, nel caso di società mista, la scelta del socio privato tramite procedura ad evidenza pubblica, ovvero il rispetto del principio di concorrenza nella fase costitutiva della società, possa considerarsi sufficiente garanzia di apertura del mercato, o se, invece, sia necessario l'espletamento di una ulteriore procedura per l'affidamento del servizio. Secondo l'orientamento consolidato, la gara effettuata per la scelta iniziale del socio privato può essere considerata sufficiente a condizione che le attività operative che si intendono affidare allo stesso siano oggetto della medesima gara.

Secondo questo modello la selezione del socio non ha luogo allo scopo della istituzione di una collettività generalista, alla quale assegnare l'esecuzione di servizi non identificati al momento della valutazione, ma per l'individuazione, mediante competizione di natura pubblica, del soggetto che dovrà dare una analitica attività<sup>116</sup>.

In tal modo, l'affidatario del servizio non è un soggetto costituito unilateralmente dalla pubblica amministrazione, come invece avviene nel caso di società *in house*, ma è l'aggiudicatario di una procedura competitiva tra gli operatori del settore. Di conseguenza l'affidamento non può dirsi diretto perché la scelta del beneficiario è subordinata all'esito

---

<sup>115</sup> Cfr. Cons. St., sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214; Cons. St., sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824; Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603.

<sup>116</sup> Cfr. Cons. St., sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214.

di una gara e, trattandosi di una gara in senso proprio, la procedura deve rispettare tutti i canoni della gara pubblica a cominciare dalle forme di pubblicità .



## CAPITOLO IV

### **Tirocinio in Italgas: il case study della bonifica di Santa Marta.**

#### **4.1 Introduzione**

Il seguente capitolo tratterà l'analisi dell'appalto di bonifica dell'ex officina gas di Venezia Santa Marta di proprietà di Italgas, società leader nel settore della distribuzione del gas, presso cui ho svolto un tirocinio curriculare all'interno dell'unità Realizzazioni Bonifiche Area 2. Prima di analizzare le varie fasi che hanno caratterizzato l'appalto, risulta opportuno inquadrare il contesto.

La genesi delle officine del gas in Italia risale a metà del 1800, quando si iniziò ad utilizzare come fonte di energia il gas combustibile attraverso processi di distillazione del carbone. Presero così vita, principalmente nei pressi di scali ferroviari e portuali delle grandi città, le grandi aree industriali delle officine del gas. Nel corso degli anni i processi produttivi mutarono e si passò all'utilizzo di idrocarburi liquidi come materia prima, fino alla progressiva dismissione degli impianti a partire dalla metà del secolo scorso a causa della metanizzazione delle città. Nonostante la dismissione, i processi produttivi pregressi segnarono in modo più o meno marcato queste aree. I residui potenzialmente presenti nelle ex officine sono prevalentemente idrocarburi, metalli pesanti, solfuri e solfati, impattando prevalentemente nel sottosuolo.

I siti inquinati in Italia devono essere sottoposti ad interventi di bonifica, messa in sicurezza e/o riqualificazione. A tal fine, si rendono necessari ingenti investimenti, sia per la parte operativa di esecuzione dei lavori, ma altresì per dotarsi dell'expertise necessario riguardante tutta la parte di caratterizzazione, analisi e progettualità. L'iter normativo che delinea le fasi per l'esecuzione di un intervento di bonifica è contenuta dal Testo Unico Ambientale, il D.lgs. 152/06.<sup>117</sup>

Entrando più nello specifico, l'officina del gas in oggetto è stata costruita nel 1907 quando, in seguito alla constatazione di un sottodimensionamento dell'iniziale insediamento produttivo a San Francesco, la società acquistò un terreno di 50.000 mq (ex Campo di Marte militare) nel sestiere di Dorsoduro e si costruirono edifici industriali e due gasometri. Il complesso industriale fu dismesso negli anni '70, e a seguito di un lungo iter amministrativo si intraprese un procedimento di bonifica ambientale finalizzato alla

---

<sup>117</sup> v. *infra*, par. 2.

rimozione di sostanze inquinanti provenienti dalle attività pregresse di distillazione del carbone per la produzione di gas per la città.

Per coerenza con i contenuti di quest'elaborato e della materia in oggetto, si precisa che l'appalto di bonifica oggetto di case study non è soggetto al regime pubblicistico in quanto i lavori:

- i. non rientrano nell'alveo di uno specifico progetto di finanziamento pubblico per interventi di bonifica;
- ii. non trovano origine in un piano urbanistico, né in un programma di sviluppo immobiliare per il quale è prevista la possibilità di scomputare i costi di bonifica dagli oneri di urbanizzazione;
- iii. non rientrano né sono direttamente richiamati o collegabili alle attività oggetto di concessioni.

Sulla base di queste considerazioni è stato valutato che l'appalto possa rientrare in regime privatistico. Viene applicato comunque in larga parte anche il Codice dei Contratti Pubblici, del quale nel corso dell'analisi non mancheranno ovviamente riferimenti.

## **4.2 L'iter amministrativo di bonifica: la normativa di riferimento.**

### **4.2.1 Il D.lgs. 152/2006 : l'articolo 242 e le nozioni di riferimento.**

Il quadro normativo di riferimento, quando si parla di attività di bonifiche, è rappresentato dal Decreto Legislativo del 3 Aprile 2006, n. 152, conosciuto meglio come Testo Unico Ambientale. Esso è stato emanato in attuazione della Legge 15 Dicembre 2004, n. 308 ed è suddiviso in 5 parti, 318 articoli e 45 allegati, a cui sono stati aggiunte nel tempo ulteriore due parti, per arrivare alla seguente e definitiva struttura:

**-Parte prima** : Disposizioni comuni e principi generale

**-Parte seconda** : Procedure per la valutazione ambientale strategica (VAS), per la valutazione d'impatto ambientale (VIA) e per l'autorizzazione ambientale integrata (IPPC)

**-Parte terza** : Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione, di tutela delle acque dall'inquinamento e di gestione delle risorse idriche;

**-Parte quarta**: Norme in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati.

**-Parte quinta** : Norme in materia di tutela dell'aria e di riduzione di emissioni in atmosfera.

**-Parte quinta-bis**: Disposizioni per particolari installazioni.

**-Parte sesta**: Norme in materia di tutela risarcitoria contro i danni ambientali.

Ai nostri fini la parte più significativa è la quarta, avente ad oggetto le procedure da adempiere per intraprendere ed implementare un'attività di bonifica, ed in particolare l'articolo 242 di cui a seguito si tratteranno gli step procedurali richiesti e necessari. L'articolo in questione traccia le procedure operative ed amministrative da seguire dal momento della scoperta di un sito potenzialmente inquinato fino all'approvazione di un piano di bonifiche. L'iter procedimentale può essere schematizzato, in massima sintesi, con quanto segue:

1. Al verificarsi di un evento potenzialmente contaminante, il responsabile dell'inquinamento entro 24h procede ad attuare le misure di prevenzione e ne dà immediata comunicazione.
2. Vengono svolte nelle zone interessate dalla contaminazione, delle indagini preliminari sui parametri oggetto dall'inquinamenti per accertare il rispetto delle concentrazioni

soglia di contaminazione (CSC). Nel caso in cui non si possa ricondurre l'inquinamento ad un singolo evento, i parametri da valutare devono essere individuati sulla base della storia del sito e delle attività pregresse. I risultati possono essere di non superamento del livello o di superamento anche di un solo parametro. Nel primo caso, ove non si constati superamento, si procede al ripristino della zona contaminata dandone comunicazione a comune e provincia di competenza. Nel secondo caso invece, ove si sia constatato il superamento, se ne da sempre comunicazione alle autorità competenti ed entro 30 giorni si presente a Comune, Provincia e Regione un piano di caratterizzazione. Sempre entro 30 giorni dalla presentazione del piano, la regione convoca la conferenza di servizi per procederne all'approvazione.

**3.** Sulla base dei risultati della caratterizzazione si applica la procedura di analisi di rischio di sito, i cui risultati vanno presentati alla Regione entro sei mesi dall'approvazione del piano di caratterizzazione. Quest'ultima convoca una conferenza di servizi istruttoria, in contraddittorio con il responsabile della contaminazione, ed approva il documento di analisi di rischio entro sei mesi dalla ricezione dello stesso, fornendo nella delibera di adozione, su volontà della maggioranza, precise motivazioni ed opinioni.

**4.** La procedura di analisi di rischio può configura due scenari: il superamento delle soglie di rischio da parte dei contaminanti in esame, oppure il non superamento delle stesse. In quest'ultimo caso, il procedimento viene dichiarato concluso positivamente e può essere prescritta un'attività di monitoraggio della situazione. Il soggetto responsabile ne deve presentare il piano entro sessanta giorni, mentre la Regione lo approva entro trenta dal ricevimento. In caso di superamento delle CSR, invece, il responsabile deve presentare, entro sei mesi dall'approvazione dell'analisi di rischio, un piano operativo di bonifica o di messa in sicurezza, operativa o permanente, e ove necessario anche ulteriori misure di riparazioni e ripristino ambientale. Nel caso di interventi complessi a causa della natura delle contaminazioni o degli interventi necessari, il progetto può essere articolato per fasi progettuali concernenti aree e tempistiche diverse. L'individuazione delle tecniche di intervento a costi sostenibili deve essere in accordo con quanto legiferato in allegato alla normativa ambientale.

**5.** La Regione, sentiti i pareri di Comune e Provincia interessati mediante conferenza di servizi, approva il progetto di bonifica entro sessanta giorni dal ricevimento dello stesso. Va precisato inoltre che, ai fini della realizzazione ed esercizio di impianti ed attrezzature

per l'attuazione del progetto operativo, l'autorizzazione regionale sostituisce gli atti autorizzatori previsti ordinariamente dalla legislazione applicabile in capo alle amministrazioni competenti, in quanto quest'ultime vengono convocate e partecipano alla conferenza di servizi.<sup>118</sup>

Allo scopo di fare chiarezza su alcune terminologie settoriali, presenti nell'iter amministrativo delineato, presento nella tabella alcune precisazioni terminologiche.

Tabella 1 : Glossario Bonifiche.<sup>119</sup>

<b>CSC: Concentrazione soglia di contaminazione</b>	Rappresentano valori di riferimento per la concentrazione di sostanze inquinanti nelle matrici ambientali, al di sopra dei quali il sito è considerato potenzialmente inquinato ed è necessaria caratterizzazione nelle modalità descritte dall'allegato 2 della parte IV del D.lgs. 52/2006.
<b>CSR: Concentrazione soglia di rischio</b>	Rappresentano i livelli di contaminazione da determinare caso per caso, sulla base dei risultati della caratterizzazione e nel rispetto della procedura dell'allegato 1, parte IV, del D.lgs. 52/2006.
<b>Sito potenzialmente contaminato</b>	Sito nel quale una o più valori di concentrazione delle sostanze inquinanti rilevati nelle matrici ambientali risultano superiori ai valori di concentrazione soglia di contaminazione (CSC).
<b>Sito contaminato</b>	Sito nel quale le concentrazioni dei contaminanti sono sopra la soglia di rischio (CSR) determinate con l'analisi di rischio sito specifico.
<b>Piano di caratterizzazione</b>	Insieme delle attività che permettono di ricostruire i fenomeni di contaminazione a carico delle matrici ambientali al fine di ottenere informazioni di base per la continuazione dell'iter. Sulla base dell'allegato 2 ,parte IV del D.lgs. 52/2006 deve contenere almeno: Inquadramento del sito nel complesso (storia, geologia, morfologia, idrogeologia, ecc.) <ul style="list-style-type: none"> <li>• Informazioni storiche sulle attività svolte sul sito e sulle sostanze utilizzate;</li> <li>• Informazioni sulla potenziale contaminazione da indagare (modalità di rinvenimento, estensione, natura, matrici interessate, probabili vie di migrazione, ecc.)</li> </ul>

<sup>118</sup> Art. 242, D.lgs. 3 Aprile 2006, n. 152

<sup>119</sup> Fonte : Agenzia Regionale per la Protezione e per l'Ambiente

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Riepilogo delle indagini svolte sul sito in passato e risultati ottenuti;</li> <li>• Indagini da eseguire nel dettaglio e obiettivi dell'intervento (matrici interessate, numero, tipologia, profondità, composti da cercare, ecc.), inclusi elaborati grafici generali e di dettaglio;</li> <li>• Modalità di esecuzione delle indagini;</li> <li>• Modalità di restituzione e interpretazione dei risultati;</li> <li>• Tempi e stima dei costi.</li> </ul>
<p><b>Analisi di rischio</b></p>	<p>Analisi sul sito finalizzata a valutare degli effetti sull'ambiente e sulla salute umana. Le modalità di esecuzione devono rispettare quanto riportato nell'allegato I, parte IV, del D.lgs 52/2006 e contenere almeno:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Inquadramento del sito di dettaglio;</li> <li>• Riepilogo dell'iter amministrativo del sito in termini ambientali;</li> <li>• Riepilogo delle indagini di caratterizzazione e monitoraggio;</li> <li>• Dati di input per l'analisi di rischio;</li> <li>• Modello concettuale;</li> <li>• Metodologia di calcolo per l'analisi di Rischio, compresi i calcoli e le schermate del software;</li> <li>• Dati di output dell'analisi di Rischio;</li> <li>• Cartografia raffigurante i dati di input e di output (comprese le aree sorgente di contaminazione);</li> <li>• Commenti e indicazioni per eventuali step successivi di intervento (es. progettazione).</li> </ul>
<p><b>POB: Progetto Operativo di Bonifica</b></p>	<p>Descrive le modalità operative con cui si intende rendere accettabile la contaminazione del sito. La redazione di quest'elaborato, si basa sugli esiti della caratterizzazione e dell'analisi di rischio, seguendo i criteri dell'allegato 3 , parte IV, del D.lgs. 52/2016, contenendo almeno :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Definizione della destinazione d'uso del sito prevista dagli strumenti urbanistici;</li> <li>• Acquisizione dei dati di caratterizzazione del sito, dell'ambiente e del territorio influenzati;</li> <li>• Definizione degli obiettivi di bonifica/messa in sicurezza da raggiungere secondo quanto definito tramite l'Analisi di Rischio e dalle prescrizione degli enti in sede di Conferenza dei Servizi;</li> <li>• Analisi delle tecnologie adottabili;</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Selezione e descrizione dettagliata della tecnica di bonifica prescelta (criterio BAT);</li> <li>• Calcolo e dimensionamento degli interventi previsti e calcolo dei flussi di materiale coinvolti dagli interventi;</li> <li>• Indicazione delle eventuali misure di sicurezza particolari da osservare;</li> <li>• Studio della sostenibilità degli interventi;</li> <li>• Definizione dei criteri di raggiungimento degli obiettivi di bonifica/messa in sicurezza;</li> <li>• Controllo e monitoraggio in corso d'opera degli interventi di bonifica e/o di messa in sicurezza permanente e delle eventuali misure di sicurezza per verificarne l'efficacia;</li> <li>• Definizione delle eventuali limitazioni e prescrizioni all'uso del sito;</li> <li>• Cronoprogramma o Piano temporale e di gestione degli interventi;</li> <li>• Stima economica di dettaglio degli interventi;</li> <li>• Misure di sicurezza da adottare in fase di realizzazione degli interventi;</li> <li>• Indicazioni per la progettazione di dettaglio.</li> </ul>
--	--

#### **4.2.2 Dalle attività preliminari al Progetto Operativo di Bonifica (POB).**

L'iter amministrativo delineato nell'articolo 242 del D.lgs. 52/2006, descritto nel paragrafo precedente, rappresenta la procedura che ha portato nel caso specifico in questione, all'approvazione del Progetto di Bonifica-Suoli dell'area dell'ex officina del gas di S.Marta, approvato in conferenza dei servizi decisoria. Il percorso che ha portato a quest'approvazione è durato più di un decennio a causa della complessità dell'oggetto e dell'accuratezza delle indagini che si sono susseguite negli anni, a tutela sia della società proprietaria dell'area e sia delle amministrazioni competenti del territorio coinvolte nel procedimento. Lo strumento cardine è rappresentato dall'Istituto della conferenza dei servizi, convocata a più riprese, sia di tipo istruttorio che decisorio. Le amministrazioni competenti coinvolte nel corso degli anni, e partecipanti alle varie conferenze di servizi sono: Regione del Veneto, Provincia di Venezia, Comune di Venezia, Arpa (Dipartimento provinciale di Venezia) e soprintendenza.

Le principali fasi propedeutiche possono essere così riassunte:

**1. Notifica di situazione di inquinamento:** alla luce di verifiche preliminari condotte ed effettuate sulla base delle attività industriali svolte in passato nell'area dell' ex officina gas di Santa Marta, il proprietario ha notificato alle amministrazioni competenti la possibile presenza di residui di produzione sull'area. Si è ritenuto possa sussistere il superamento dei valori di concentrazione accettabili nel suolo e sottosuolo.

**2 Piano di caratterizzazione:** è stato presentato, in ottemperanza al procedimento amministrativo, un piano di caratterizzazione relativo agli interventi di bonifica e ripristino ambientale, successivamente approvato in Conferenza di Servizi con prescrizione.

**3 Analisi di Rischio:** presentato il documento di analisi di rischio sito specifico, approvato anch'esso in Conferenza dei Servizi.

**4 Progetto operativo di Bonifica (POB):** presentato in seguito all'approvazione dell'analisi di rischio, in coerenza ai tempi e alle modalità stabilite dalla normativa di riferimento, il Piano operativo di bonifica relativo a suoli e falda. Questo progetto è stato approvato in Conferenza di servizi decisoria. Il progetto prevede in primis lo scavo e lo smaltimento dei terreni non conformi ed il successivo reinterro con terreni conformi alle CSC. Si è previsto inoltre, laddove non esistente, la realizzazione di pavimentazione specifiche idonee ad evitare il contatto coi terreni.

Va precisato che da una fase e l'altra si sono susseguite varie Conferenze di servizi istruttorie, nelle quali sono state richieste, da parte delle autorità competenti, alcune prescrizioni e integrazioni documentali, riferite ad ulteriori indagini di vario tipo che è stato ritenuto essenziale svolgere.

### **4.3 Dal Progetto esecutivo al Contratto.**

#### **4.3.1 Il progetto esecutivo e la sua validazione.**

Sulla base del POB e dei relativi vincoli individuati ed approvati in sede di Conferenza di Servizi decisoria è stato redatto, sempre dalla stessa società d'ingegneria del POB, il Progetto Esecutivo di Bonifica relativo al lotto 1. Tale progetto costituisce la base del futuro contratto è comprensivo di una serie di contenuti quali:

-**Relazione tecnico illustrativa:** finalità di chiarire, con motivazioni, quali aspetti del Progetto Operativo di Bonifica per i suoli sono oggetto dell'appalto, fornendo una sintetica descrizione lavori;

-**Capitolato speciale d'appalto:** documento tecnico fulcro del progetto esecutivo. Rappresenta documento contrattuale nel quale vengono illustrate le specifiche tecniche delle opere da realizzare, le prescrizioni operative e le modalità di contabilizzazione

-**Relazione di compatibilità ambientale:** documento che analizza l'area nel suo complesso, verificando la compatibilità ambientale degli interventi previsti nel progetto;

-**Computo metrico estimativo:** stima economica del totale delle opere da realizzare.

- **Elenco prezzi unitari:** documento che delinea i prezzi alla base dei quali verranno fatte le offerte;

-**Piano sicurezza e coordinamento:** documento redatto ai sensi dell'articolo 100 del D.lgs. 81/08 con l'obiettivo di valutare tutti i rischi e di indicarne le azioni di protezione e prevenzione idonee a ridurli entro limiti di accettabilità,<sup>120</sup>

-**Tavole grafiche.**

-**Manuale di manutenzione:** prescrive le condizioni in cui debbano trovarsi le aree oggetto di capitolato alla fine dei lavori;

---

<sup>120</sup> Il D.lgs. 81/08, conosciuto come Testo unico sulla salute e sicurezza sul lavoro, è l'attuazione della legge del 3 Agosto 2007, n. 123 in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Il Piano di Sicurezza e Coordinamento è legiferato all'articolo 100, il quale lo inquadra come parte integrante del contratto d'appalto. Entrando nello specifico del PSC in oggetto, esso è composto da varie sezioni quali: l'identificazione e descrizione dell'opera; l'individuazione dei soggetti con compiti di sicurezza con annesse prescrizioni di organizzazione del cantiere; analisi del contesto e prescrizioni e prescrizioni relative ai rischi; pianificazione dei lavori e prescrizioni coordinamento lavori; stima dei costi della sicurezza come definiti dall'allegato XV dello stesso decreto legislativo.

- **Relazione gestione materiale:** Documento che in coerenza con le attività previste dal progetto ne delinea approvvigionamento e destinazione.

- **Cronoprogramma:** rappresentazione dell'andamento nel tempo dei lavori;

Va precisato che la redazione del Progetto Operativo di Bonifica, in fase di iter amministrativo ai sensi del Testo Unico Ambientale, ed il successivo Progetto Esecutivo, sono stati ad opera della stessa società d'ingegneria.

Il progetto esecutivo in seguito alla sua redazione, per poter essere posto a base della procedura di affidamento e del futuro contratto, dev'essere prima verificato ai sensi dell'articolo 26 del D.lgs. 50/2016 e successivamente validato dal responsabile del procedimento sulla base dei risultati della verifica. Questa attività, nello specifico, ha lo scopo di contribuire alla realizzazione di opere coerentemente con le finalità e gli scopi stabiliti, nel rispetto dei limiti temporali e di spesa, sempre in accordo con le normative cogenti. La verifica dev'essere svolta dai soggetti autorizzati ai sensi del c.ma 6, art. 26, Dl.gs 50/2016 <sup>121</sup>, ed è mirato ad accertare in specifico: la completezza della progettazione; la coerenza e completezza del quadro economico in tutti i suoi aspetti; l'appaltabilità della soluzione progettuale; i presupposti per la durata dell'opera nel tempo; la minimizzazione dei rischi di introduzione di varianti e di contenzioso; la possibilità di ultimazione dell'opera entro i tempi previsti; la sicurezza personale e degli utilizzatori; l'adeguatezza dei prezzi unitari utilizzati; la manutenzione delle opere, ove richiesto.

Al fine di permettere parere sia sull'impostazione generale del progetto e sia sul merito tecnico concettuale dei diversi elaborati, l'attività di controllo si svolge su 3 livelli:

1 **Verifica formale:** concerne nell'accertamento degli elementi formali costituenti il progetto, soffermandosi sulla totale presenza dei documenti necessari, sulle apposite

---

<sup>121</sup> Il comma 6 dell'articolo 26 del D.lgs 50/2016, individua i soggetti autorizzati a svolgere l'attività di verifica. Le distinzioni in capo alla tipologia di soggetti autorizzati sono fatte in base al valore dell'appalto. Per gli appalti inferiori ad 1 milione l'attività è svolta dal RUP. Per quelli tra 1 milione e la soglia comunitaria, la verifica può essere svolta dalla stazione appaltante nel caso di progettazione esterna, mentre nel caso di progettazione interna sempre dalla stessa stazione ove essa disponga internamente di un sistema di controllo qualità. Per gli appalti sopra i 20 milioni, la verifica dev'essere affidata ai soggetti esterni dalla stazione appaltante, accreditati ai sensi della normativa europea. Tale norma sugli organismi di controllo UNI CEI EN ISO/IEC 17020, distingue tre tipi di organismi, rispettivamente A, B e C a seconda del grado di indipendenza dalla stazione appaltante. Per quanto concerne invece gli appalti tra la soglia comunitaria e 20 milioni, oltre che da soggetti accreditati, può essere svolta anche dai soggetti annoverati, nel co. 1, art 46, Dlgs 50/2016, ovvero soggetti ammessi alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e l'ingegneria.

firme da parte dei titolari e sulla presenza delle autorizzazioni di legge necessari al progetto.

**2 Verifica generale:** effettuata sempre su ogni documento progettuale, verificandone la congruenza tra essi, sia dal punto di vista delle tavole che delle relazioni tecniche con sguardo ad affidabilità e funzionalità tecnica dell'intervento.

**3 Verifica di merito:** una volta terminate le verifiche generali, questo livello di verifica rappresenta il fulcro dell'attività in quanto conclude l'analisi concettuale e tecnica delle precedenti fasi di analisi.

Gli strumenti di controllo consistono in una serie di *check list* specifiche in cui vengono identificati i requisiti da rispettare per ogni aspetto progettuale preso in esame. Essi sono organizzati su 2 livelli a seconda della profondità d'analisi, nello specifico Verifiche formale e generale da un lato e Verifiche nel merito nell'altro. La *check list* descrive un requisito specifico oggetto di verifica a cui viene riportata una valutazione con descrizione dell'eventuale anomalia, le quali costituiranno contraddittorio con il progettista. Le valutazioni apportate a seconda della tipologia di analisi possono essere articolate in presenza/non presenza nel caso di un documento richiesto e di conformità/non conformità, oltre che ad andare ad apporre eventuali osservazioni/raccomandazioni.

Nello specifico, l'attività di verifica in oggetto si è sviluppata in una prima fase attraverso un rapporto intermedio di verifica, emesso dalla società incaricata, nel quale sono state trasmessi i risultati della *check list*. In seguito si è proceduto ad un incontro in contraddittorio con il progettista, alla luce del quale è stata fatta chiarezza sulle osservazione poste nel rapporto intermedio con una conseguente integrazione/sostituzione della documentazione di progetto, fino ad arrivare al rapporto finale di verifica con esito positivo.

A seguito della verifica progettuale, basandosi sulle risultanze dell'attività di verifica, si è potuti procedere alla validazione del progetto da parte del responsabile del procedimento. Tale documento rappresenta un atto essenziale per la costituzione della futura lettera d'invito per l'affidamento dei lavori.

### 4.3.2 La Richiesta di Offerta (RDO).

Al termine della verifica del progetto esecutivo e della sua validazione da parte del responsabile del procedimento, l'unità bonifiche ha inviato una Richiesta di Approvvigionamento al procurement con tutte le informazioni e le specifiche utili a procedere alla redazione della richiesta di offerta.

La procedura di affidamento in oggetto è di tipologia ristretta e possono essere invitati a presentare offerta esclusivamente le aziende fornitrici di Italgas inserite, nel loro sistema di qualificazione, nel gruppo merceologico "Lavori di bonifica di terreni/corpi idraulici e conferimento in discarica/depurazione" indicato con la sigla SS03AA01. Ai fini della qualificazione è necessario aver superato con successo il relativo processo valutativo, il quale richiede dei requisiti specifici di natura economico/finanziaria, tecnica, organizzativa e gestionale organizzativa a seconda del gruppo merci al quale si vuol essere qualificati diventando fornitori della società.

Qualora la complessità dell'opera, della fornitura e del servizio lo richieda, in una procedura ristretta è possibile ridurre il numero di candidati invitati a partecipare, prevedendo comunque un numero minimo di partecipazione di candidati qualifica per assicurarne una sufficiente ed effettiva concorrenza <sup>122</sup>.

Qui di seguito illustrate le modalità di offerta, la documentazione necessaria e i requisiti richiesti per ottenere l'affidamento.

- **Oggetto:** invito a presentare offerta per assegnazione di interventi di bonifica dei suoli, sito di Venezia Santa Marta, Dorsoduro 2050.  
  
-Tipologia contrattuale: contratto aperto.

---

<sup>122</sup> L'articolo 91 del " nuovo codice dei contratti pubblici", disciplina la possibilità di riduzione dei candidati da invitare rispettivamente alle procedure ristrette, procedure competitive con negoziazione, dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione. Esse configurano tutte procedure in cui ,dopo una candidatura o richiesta di partecipazione, la stazione appaltante sceglie i candidati da invitare alla gara sulla gara di requisiti minimi e criteri d'ammissione. In tutte queste procedure è previsto il ricorso alla facoltà di riduzione dei candidati prevista da quest'articolo. Alla base di tale possibilità deve però sussistere una difficoltà o una complessità dell'opera tale da renderlo necessario. Il ricorso deve essere specificatamente indicato nel bando e nell'invito, insieme al numero minimo di candidati da invitare. Nel caso di procedura ristretta quest'ultimo è di cinque, mentre nelle altre procedure a cui è riservata questa possibilità è di tre. I criteri di riduzione del numero devono comunque essere oggettivi e non discriminatori, sempre nel rispetto del principio di proporzionalità ed a tutela di un effettiva concorrenza.

- **Articolazione offerta e modalità di presentazione:** L'offerta dev'essere articolata in tre sezioni, rispettivamente amministrativa, tecnica ed economica.
  - L'offerta dev'essere firmata da un soggetto autorizzato, redatta su carta intestata e firmata da parte del legale rappresentante con annessa copia di documento d'identità.
  - L'offerta economica dev'essere presentata su apposito modello fornito nella documentazione di gara dal Committente ed inoltrato via PEC. L'offerta inerente alla parte tecnica ed amministrativa dev'essere inviata all'indirizzo indicato in buste chiuse, sigillate e distinte.
  - Validità: L'offerta resta valida per 180 giorni dalla data di presentazione.
- **Offerta da parte di un Raggruppamento temporaneo d'impres:**
  - Non sono ammesse RTI nel caso in cui singolarmente siano in possesso dei requisiti economico finanziari per concorrere da soli.
  - L'intenzione di formare un RTI dev'essere portata in sede d'offerta mediante comunicazione con le seguenti caratteristiche : sottoscrizione di tutti i membri dell'RTI con specifiche identificative; specificarne ruolo all'interno del raggruppamento con quote di partecipazione in capo a ciascuna; annessione di una dichiarazione d'impegno da parte delle mandanti che conferiranno mandato di rappresentanza alla mandataria, la quale si impegnerà a stipulare il contratto in nome e per conto entro 10 giorni dall'aggiudicazione ,inviandone copia autenticata dell'atto di costituzione;
  - Le imprese mandanti devono essere qualificate dal Committente per i servizi oggetto dell'appalto e ne sono responsabili in solido nei suoi confronti. Va indicato esplicitamente il gruppo merci per cui i mandanti sono in possesso di qualifica del committente;
  - La quota della mandataria dev'essere maggioritaria. Nel caso di RTI orizzontale la quota assunta dalla mandataria dev'essere almeno del 70 % ed almeno del 0 % per ciascuna mandante.
  - Ai fini del requisito economico finanziario inerente al fatturato annuo, nel caso di RTI, la capogruppo dovrà ricoprire almeno il 70 %.
  - cause d'esclusione: mancata sottoscrizione offerta da parte di tutti i componenti e/o mancato impegno alla costituzione in caso di aggiudicazione; partecipazione

dell'offerente alla gara in più di una RTI, sia da costituendo che costituito; violazione delle prescrizione dell'art.48, D.lgs 50/2016.<sup>123</sup>

- **Criteri di aggiudicazione:** criterio del minore prezzo, con facoltà del Committente di chiedere offerte migliorative.  
-Alla valutazione economica partecipano solo le offerte ritenute idonee dal punto di vista tecnico amministrativo.
- **Sopraluogo- Clarification meeting:** Prima di presentare offerta , l'offerente deve effettuare un sopraluogo sul sito concordato con il Committente per acquisire un quadro completo delle attività richieste ai fini di un'ideonea presentazione dell'offerta. Verrà inoltre firmato congiuntamente un verbale di sopraluogo il quale costituirà documentazione dell'offerta; al Committente è riservata anche la possibilità di invitare l'offerente per un Clarification Meeting per chiarimenti ed approfondimento concernenti la documentazione di gara. A seguito verrà trasmesso a tutti gli offerenti una specifica delle domande e delle relative spiegazioni/integrazioni, costituente anche quest'ultimo documentazione di gara.

Nella tabella che segue vengono illustrati i principali requisiti minimi tecnico amministrativi ed economici richiesti.

---

<sup>123</sup> Ai sensi dell'articolo 48, D.lgs 50/2016, pena l'annullamento dell'aggiudicazione, la nullità del contratto o l'esclusione dei concorrenti riuniti, è vietata l'associazione in partecipazione sia durante la procedura e sia successivamente. Per la costituzione del raggruppamento è necessario il conferimento degli operatori economici, con unico atto, del mandato collettivo speciale con la rappresentanza ad un unico soggetto, il mandatario. Il mandato è irrevocabile e gratuito, salvo quanto prescritto dal nuovo comma 13, il quale ha introdotto una deroga al principio di irrevocabilità. Esso prevede un favore legislativo, con possibilità di revoca del mandato in caso di inadempienze da parte del mandatario, in modo da permettere il pagamento diretto delle imprese da parte della stazione, a patto che quest'ultime siano adempienti.

Tabella 2 : Requisiti richiesta di offerta.<sup>124</sup>

<p>Sezione Amministrativa</p>	<p>-Dichiarazione possesso requisiti dell'art. 80. D.lgs. 50/2016. -Sottoscrizione per accettazione del Patto Etico e d'Integrità; dichiarazione impegno Responsabilità amministrativa e anticorruzione; dichiarazione del Certificato Iscrizione alla Camera di commercio; -dimostrazione requisiti fatturato con dichiarazione Iva; - Dichiarazione presa visione del PSC e di tutta la documentazione di gara messa a disposizione dal Committente. -Autocertificazione del possesso dei requisiti professionali ai sensi dell'art. 26, D.lgs.81/08.</p>
<p>Sezione Tecnica</p>	<p><b>-Iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali:</b> Categoria 4 (Classe B, SUBAPPALTABILE), Cat. 5 (Classe B, SUBBAPALTABILE), Cat. 8 Classe C, Cat. 9 Classe A, Cat. 10 Classe D. <b>-Personale qualificato:</b> presenza nel libro unico del lavoro da almeno 2 anni di un ingegnere iscritto all'ordine con almeno 10 anni di esperienze nelle bonifiche; un ingegnere/geologo con almeno 5 anni di esperienza nel settore bonifiche; 4 operai a libro paga da almeno 4 anni con esperienza nel campo bonifiche; - <b>autocertificazione</b> di aver eseguito almeno 3 lavori riguardanti la categoria SOA OG 12 "Opere ed impianti di bonifica e protezione ambientali" per importi almeno di <i>x</i>, negli ultimi 7 anni. Requisiti qualità, ambiente, sicurezza: certificazione ISO 9001 per attività attinenti gara ; cert. ISO 14001 per attività attinenti gara; cert. OHSAS 18001 in corso validità; possesso SOA OG 12 CLASSIFICA VI . <b>-Requisito fatturato medio ultimi 3 anni</b> : riferito ai soli lavori ricadenti in SOA OG 12. Nel caso di RTI, la capogruppo deve avere almeno il 70 %. Subappalto: fermo restando le condizioni contrattuali, si deve allegare il dettaglio delle attività che si intende subappaltare ed eventuale elenco dei potenziali subappaltatori.</p>
<p>Sezione Economica</p>	<p>Tale offerta dev'essere trascritta negli appositi modelli offerta indicando le variazioni percentuali a cui assoggettare i prezzi progettuale e di listino. Si fa riferimento ai prezzi unitari utilizzati per il Computo Metrico Estimativo del Progetto esecutivo. I prezzi degli oneri di sicurezza non sono soggetti a ribasso e si trovano nel PSC.</p>

<sup>124</sup> Italgas Reti, *Richiesta di Offerta per assegnazione interventi di bonifica suoli sito in Venezia Santa Marta, Dorsoduro 2050*

- **Valutazioni offerte:** L'offerta economica non sarà valutata se non saranno presenti tutti i documenti della sezione amministrativa e tecnica nell'ottemperanza delle prescrizioni della Richiesta di Offerta. In caso di mancanza di un documento previsto nella sezione amministrativa, il Committente può invitare l'offerente ad apporre le integrazioni del caso. Ove quest'ultime risultino ancora non conformi, la sezione tecnica ed economica non verrà presa in considerazione. Procedura analoga viene applicata per quanto riguarda la parte tecnica. Le offerte ritenute idonee, quindi prese in considerazione, vengono valutate secondo uno *scoring model* aziendale.
- **Esclusione dalla gara:** oltre ad aver già citato delle cause di esclusione nel punto concernente RTI e valutazione offerta, costituiscono altresì causa di esclusione la sussistenza di una delle cause dell'art 80, D.lgs. 50/2016.<sup>125</sup>
  - Mancato invio dell'offerta PEC;
  - Mancata produzione, totale o parziale, delle dichiarazioni/certificazioni prescritte o la produzione di dichiarazioni/certificazioni irregolari o incompleta ai sensi dell'art. 80 e 83 del D.lgs 50/2016, qualora il difetto non sia stato sanato entro 10 giorni.
  - Assenza di un'iscrizione in white list;

---

<sup>125</sup> L'articolo 80, D.lgs 50/2016, legifera i requisiti di moralità, intesa come moralità professionale ed affidabilità, necessari per partecipare a procedure di affidamento. In quest'articolo vengono elencati i motivi di esclusione di carattere soggettivo, suddivisibili in 4 casistiche:

-Il primo caso è riferibile alla sussistenza di una condanna definitiva o sentenza ex art. 444 c.p.p, ascrivibile a tali reati, quali : reati in via associativa ; reati contro la PA; frodi agli interessi finanziari delle comunità europee; delitti di riciclaggio, impiego di denari, beni o utilità illecita, riciclaggio di proventi di attività criminose ed ogni altro delitto per cui derivi l'incapacità di contrarre.

-Nel secondo caso è prevista l'esclusione per la sussistenza di cause di decadenza, sospensione o divieto previste dal c.d. Codice Antimafia (D.lgs 159/2011)

-Il terzo caso previsto è relativo a l'aver commesso violazioni gravi e direttamente accertati., relativi agli obblighi di pagare imposte,tasse e contributi previdenziali.

-Nel quarto caso l'esclusione dalla partecipazione non è imposta dalla legge ma è rimessa alla valutazione in concreto della stazione appaltante, al sussistere di alcune previsioni di legge, quali per esempio la situazione di fallimento o liquidazione coatta, la sussistenza di illeciti professionali tali da renderne dubbia l'affidabilità. Una volta accertata la sussistenza del presupposto, l'esclusione è imposta dalla legge e necessità di un'adeguata valutazione e congrua motivazione da parte della stazione appaltante ( Cons Stato Sez III, 23 Novembre 2017, n. 5467)

- Produzione dichiarazioni/certificazioni mendaci;
- Assenza del set di requisiti minimi richiesti;
- Sussistenza di conflitto d'interessi ai sensi del codice etico del Committente;
- Situazione di controllo ai sensi del 2359 c.c tra l'offerente ed un 'altro partecipante alla gara, che accerti l'imputabilità dell'offerta ad un unico centro decisionale;<sup>126</sup>

#### **4.4 Il contratto e la sua esecuzione**

In seguito all'aggiudicazione dell'incarico, il committente si riserva la facoltà di recesso del contratto in caso di difetto dei requisiti richiesti. L'aggiudicazione non corrisponde ad accettazione dell'offerta. Solo con la lettera di stipulazione e la conseguente accettazione da parte del futuro appaltatore si cristallizza il rapporto contrattuale con il committente. Quest'ultimo ha comunicato all'appaltatore l'esito dell'aggiudicazione chiedendone l'invio dell'atto costitutivo del RTI per verificarne i requisiti oggetto di affidamento e successivamente si è proceduto all'invio della lettere di stipula del contratto, contenente le specifiche dei documenti che lo compongono. In ordine di priorità, il contratto è composto dai seguenti documenti<sup>127</sup>:

- La lettera di stipula;
- Il Patto Etico e d'integrità sottoscritto per espressa ed incondizionata accettazione;
- La lettera di accettazione del contratto;
- Le condizioni specifiche contrattuali;
- Il progetto esecutivo di bonifica comprendente: Capitolato speciale; Relazione tecnica illustrativa; Computo metrico estimativo; Elaborati grafici, Piano di sicurezza e di coordinamento;
- Le condizioni generali;
- Il capitolato generale d'appalto (già a mano dell'appaltatore);
- Modello lettera subappalto;

---

<sup>126</sup> Nel caso sussistano situazioni di controllo ai sensi dell'articolo 2369 del c.c, quali : 1) disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria : 2) disponibilità di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria ; 3) influenza dominante da parte di una società in virtù di particolari vincoli contrattuali.; o altresì relazioni di fatto che comportano l'imputabilità dell'offerta ad un unico centro decisionale , tra l'offerente ed un altro partecipante alla gara. Il committente, ove ne accerti tale imputabilità sulla base di elementi univoci, esclude l'offerente dalla procedura di affidamento.

<sup>127</sup> Italgas Reti, Lettera di stipula Contratto n.. 5800000645, 10 Luglio 2018, Torino

- Polizza CAR “contractor’s all risk”;
- Protocolli interni società;

Essendo un appalto soggetto a regime privatistico, il contratto è concluso nel momento del ricevimento da parte del committente della lettera di accettazione ai sensi del 1341 c.c.

#### **4.4.1 L'appaltatore e le nomine professionali.**

- **Il Raggruppamento Temporaneo d'Imprese**

Le attività oggetto di contratto, ovvero di bonifica dei suoli del sito di Venezia Santa Marta sono state aggiudicate ad un'associazione temporanea d'impresa , ai sensi dell'articolo 48, D.lgs. 50/2016 e nel rispetto dei requisiti stabiliti in sede di procedura d'affidamento, quali i requisiti finanziari in termini di fatturato e tecnici in riferimento ai SOA e alle iscrizioni all'Albo dei Gestori Ambientali nelle categorie indicate , previste sia per la società costituente RTI/ATI e sia per la società mandante.

L'RTI del contratto in oggetto è di tipologia orizzontale, con distribuzione del lavoro in capo alla mandataria costituente nell'ammontare del 70 % sul totale del valore dell'appalto, ed il 30 % in capo alla mandante. Le imprese riunite devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione e sono responsabili in solido nei confronti del committente. Alla mandataria è stato conferito apposito mandato speciale di rappresentanza e procura attraverso scrittura privata autenticata. Al mandatario resta in capo la responsabilità, anche processuale, dei mandanti, salvo il potere del committente di far valere direttamente la responsabilità in capo ai mandanti, ai sensi dell'articolo 1548 c.c.

L'atto di costituzione dell'associazione temporanea d'impresa è documento imprescindibile e ne è stata data copia al committente al fine di poter dare effettiva esecuzione ai lavori previsti dal progetto alla base del contratto.

- **Le nomine professionali**

Sempre al fine di procedere con l'inizio dei lavori è d'obbligo la nomina di alcune figure professionali con relative specifiche riguardo le mansioni da espletare. A seguito è presentato un elenco riguardante la tipologia d'incarico e le mansioni in capo a ciascun professionista.

**Direttore lavori(DL)** : Verifica la corretta realizzazione dell'opera in conformità al progetto ed alle prescrizioni di esecuzione dell'opera; verifica gestione filiera dei rifiuti; supporta il committente dal punto di vista tecnico sulle attività di contabilizzazione dei lavori; collabora con il Coordinatore della Sicurezza in fase d'Esecuzione (CSE) e Responsabile Lavori (RL) per quanto riguarda le prescrizione di sicurezza e la tutela dei lavoratori; verifica il rispetto delle documentazioni inerenti a subappalti e subcontratti; fa attuare le prescrizioni impartite dagli enti ed emana le disposizioni necessarie affinché l'opera sia in conformità con il progetto ambientale. Esso riporta direttamente al committente ed è il responsabile dell'esecuzione a regola d'arte dell'opera;

**Responsabile Lavori (RL):** Tale figura riporta al committente ed ha il compito di verificare l'idoneità tecnico professionale dell'impresa affidataria chiedendone anche dichiarazioni inerenti all'organico medio impiegato in un anno e agli adempimenti previdenziali ed assistenziali; nomina il CSE e ne verifica l'adempimento degli obblighi a suo carico; ridetermina , se necessario a causa di variazioni la durata dei lavori;

**Coordinatore Sicurezza in fase d'Esecuzione (CSE):** Svolge attività di reporting nei confronti di Committente e Responsabile Lavori dando riscontro degli adempimenti da parte dell'appaltatore delle prescrizioni del PSC ; redige il PSC su cui è basato il Piano Operativo di Sicurezza(POS) recepito dall'Appaltatore; verifica l'idoneità del POS; sospende i lavori in caso di grave pericolo riscontrato. Esso riporta direttamente al Responsabile dei lavori ed è responsabile del coordinamento delle attività ai fini della sicurezza;

**Ispettore di cantiere:** Figura rispondente direttamente al DL. Verifica della fornitura dei materiali per assicurare conformità alle prescrizione del controllo qualità; assiste il CSE, ai collaudi e alle prove di laboratorio;

**Collaudatore:** partecipa agli incontri con gli Enti preposti al collaudo; effettua verifiche e collaudi intermedi in corso d'opera se necessari; redige la relazione di collaudo dell'intervento; Esso riporta direttamente al committente.

**Direttore Operativo:** presta assistenza a DL; cura l'aggiornamento del cronoprogramma generale e particolaristico e segnala al DL eventuali difformità; esamina e approva il programma delle prove di collaudo; programma e coordina le attività degli ispettori di cantiere;

Queste sono figure professionali che mediante rapporti di gerarchia sono scelte proprio dal Committente attraverso procedure di affidamento per servizi di ingegneria. L'appaltatore, dal suo lato, nomina invece un Capocantiere, un Direttore Tecnico di Cantiere, un delegato alla firma dei documenti contabili, un addetto al primo soccorso ed un addetto antincendio.

#### **4.4.2 L'esecuzione dei lavori e le peculiarità del subappalto.**

L'inizio operativo dei lavori è subordinato alla redazione, in ordine sequenziale, prima del verbale di consegna lavori e dopo del verbale di inizio lavori predisposto dal DL.

La consegna dei lavori è avvenuta contestualmente alla redazione dell'apposito verbale in sede di *kick off meeting* tra Committente ed Appaltatore. All'incontro hanno partecipato i rappresentanti dell'appaltatore, il Coordinatore della Sicurezza in fase di Esecuzione, il Responsabile dei Lavori in fase d'Esecuzione, il Direttori Lavori, l'ispettore di cantiere e i rappresentanti di cantiere. Durante l'incontro sono state ripercorsi i principali aspetti contrattuali concernenti modalità di affidamento lavori, contabilizzazione e gestione dei rifiuti.

- **ESECUZIONE DEI LAVORI E CONTABILITÀ**

In seguito al verbale di inizio lavori, stilato dal Direttore Lavori, l'esecuzione operativa dei lavori previsti da progetto alla base del contratto, può aver inizio. Essendo un contratto aperto l'esecuzione viene affidata mediante Richiesta di Consegna (RDC) su singola attività emessa dal Committente. L'inizio e la fine delle singole attività e la tempistica di esecuzione sono indicate all'interno della singola rdc. Più nello specifico esse devono contenere:

- luogo di esecuzione dei lavori;
- caratteristiche del servizio;
- tempi di esecuzione;
- PSC con fascicolo tecnico;
- riferimenti ad elaborati progettuali, ove previsto;
- riferimenti a permessi ed autorizzazioni di enti e privati, ove previsto;

Le RDC concernenti attività rientranti nell'oggetto del contratto sono automaticamente obbligatorie per l'appaltatore senza necessità di accettazione, fermo restando che entro e

non oltre tre giorni dal ricevimento della richiesta di consegna l'appaltatore deve comunicare: conferma della ricezione ; eventuali osservazioni su oggetto e tempistiche; l'eventuale sopravvenienza di circostanze che ne impediscano l'esecutività ; eventuali subappalti nei limiti di legge, contratto e indicazioni in fase di offerta. In mancanza di segnalazioni da parte dell'appaltatore le tempistiche sono vincolanti e nel caso in cui non siano rispettate l'appaltatore è soggetto a penali giornaliera. Nel caso di segnalazioni invece, il committente ha il potere di revocare e riemetterla oppure affidarne l'esecuzione a terzi.

Settimanalmente l'appaltatore deve rendicontare al DL lo stato di avanzamento settimanale e il programma della settimana successiva.

La contabilizzazione delle opere avviene attraverso gli Stati di Avanzamento Lavori (SAL), con cadenza mensile. L'appaltatore entro il 5° giorno di ogni mese invia al DL lo stato d'avanzamento, inerente al mese di riferimento appena concluso, allegandone specifiche tecniche, giustificativi e specifiche contabili in accordo con i prezzi del contratto.

Il direttore lavori, entro cinque giorni dal ricevimento della documentazione, svolge dei controlli e chiede eventuali integrazioni. In seguito a quest'operazione, il sal viene trasmesso al referente dell'unità bonifiche di ITG Reti, il quale provvede all'emissione del modulo di acquisizione pagamento (MAP) per la fatturazione dell'importo del sal. Il Committente ha il potere di chiedere eventuali integrazioni alla documentazione del sal, la quale dovrà essere presentata entro il 15° giorno del medesimo mese.

Sono previste inoltre casistiche in cui si può procedere alla sospensione dei pagamenti ove vengano constatate delle difformità od inadeguatezze da parte del DL, quali ad esempio un inadempimento nella gestione rifiuti, un ritardo di trenta giorni rispetto al piano lavoro oppure una mancata attuazione di disposizioni presenti nel capitolato e puntualmente contestate dal direttore lavori.

- SUBAPPALTO

Un' aspetto molto interessante di quest'appalto di servizi è rappresentato dalla possibilità da parte dell'appaltatore di ricorrere al subappalto. Possibilità, quest'ultima, che deve trovare coerenza con l'art.105, D.lgs. 50/2016 e dev'essere in accordo con prescrizioni inerenti la richiesta di affidamento e con i protocolli aziendali.

Nel Rdo,<sup>128</sup> sono infatti precisate quali attività possono essere subappaltate, nello specifico le attività di classe b di categoria 4 e 5 previste dall'albo dei gestori ambientali, rispettivamente indicanti l'attività di raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi e la raccolta ed il trasporto di rifiuti pericolosi. In sede di offerta il committente tra la documentazione di gara mette a disposizione:

- La lettera di richiesta di autorizzazione al subappalto;
- L'autocertificazione attestante l'assenza di motivi esclusione del subappaltatore, previsti dall'articolo 80 del codice dei contratti pubblici.
- Dichiarazione dell'appaltatore di aver effettuato i controlli e concluso positivamente le verifiche sull'idoneità tecnico professionale dei subappaltatori.

In sede di offerta va riportato l'elenco delle attività che s'intende subappaltare e l'eventuale elenco, se disponibile, dei subappaltatori, nel numero massimo di cinque. Va precisato inoltre, che il committente non autorizzerà subappalti per attività non specificatamente dichiarate in sede di offerte e, nel caso di RTI, quelle presentate dalle mandanti anziché dalla mandataria.

Qualora l'appaltatore abbia intenzione di subappaltare le attività preventivamente indicate in sede di offerta, ne deve dare comunicazione al Committente almeno sessanta giorni prima dell'inizio dell'attività in oggetto mediante la presentazione della lettera di richiesta di subappalto presente nei documenti di gara. Tale obbligo temporale può essere dimezzato nel caso di importi inferiori al 2% del totale del contratto o a centomila euro.

L'autorizzazione del subappalto è subordinata alle verifiche svolte dal gestore del contratto in merito a:

- assenza dei motivi di esclusione dell'articolo 80;
- controllo condizioni prescritte dalla normativa antimafia;
- sottoscrizione del Patto etico e d'integrità;
- verifica delle previsioni dell'articolo 105 del D.lgs 50/2016.

---

<sup>128</sup> V.supra, par. 3.2.

Va precisato inoltre che è vietato il subappalto a cascata e non può eccedere il 30% del valore dell'intero contratto.<sup>129</sup>

La richiesta del subappalto oltre all'attestazioni e vincoli inerenti principi morali ed etici deve contenere anche specifiche di carattere tecnico professionali riguardanti ogni subappaltatore, quali:

- l'inserimento tra fornitura Italgas nelle categorie merceologica in oggetto;
- la qualifica SOA per l'attività richiesta;
- la disponibilità da parte dell'appaltatore di un sistema di gestione qualità certificato da un Organismo Accreditato in accordo con l'ISO.

Nel caso in cui il committente accetti il subappalto, l'appaltatore provvede a depositare una copia autentica del contratto di subappalto almeno 20 giorni prima dell'inizio dell'attività ed ogni mese ha l'obbligo di trasmettere la dichiarazione che attesti la veridicità delle annotazioni del Libro Unico Lavoro in riferimento al numero di uomini impiegati o attività in oggetto.

Qualora l'affidamento a terzi riguardi attività ricadenti nei settori a rischio di infiltrazioni mafiose, l'appaltatore ha l'obbligo di utilizzare i soggetti iscritti alle white list del committente, fornendo evidenza 30 giorni prima. Il mancato rispetto di quest'obbligo dà diritto al committente di risolvere il contratto.

Esiste anche la possibilità che l'autorizzazione possa essere revocata dal Committente, con conseguente obbligo in capo all'appaltatore di far cessare l'esecuzione delle prestazioni da parte del subappaltatore e liberare il luogo di esecuzione. La revoca dell'autorizzazione può incorrere al verificarsi di varie casistiche, quali:

- l'incorrere di uno dei motivi di esclusione dell'art. 80, D.lgs. 50/2016;
- la perdita del possesso delle idoneità tecnico-professionali in riferimento alla tutela della salute e sicurezza nel lavoro da parte del subappaltatore;

---

<sup>129</sup> Nel rispetto del comma 2 dell'articolo 105 del D.lgs. 50/2016 , è vietato il subappalto per una quota superiore del 30 % dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi e forniture, ed altresì ai sensi del comma 19 dello stesso articolo è vietato che le prestazioni affidate in subappalto formino oggetto di ulteriore subappalto.

- evidenza di cause ostative ai sensi e per gli effetti della Normativa Antimafia;
- violazione del Patto Etico e d'Integrità;

Il committente, in caso di revoca può chiedere all'appaltatore il risarcimento di eventuali danni e procedere alla risoluzione del contratto.

## CONCLUSIONI

I settori c.d. speciali, previsti e disciplinati dal codice degli appalti e delle concessioni pubbliche, sono caratterizzati da peculiarità congenite, le quali non permettono mai un pieno allineamento con la disciplina ordinaria.

Basti pensare, al riguardo, che l'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene di dover condividere la considerazione che nei settori *de quibus* "laddove sussista l'assenza di una disciplina normativa codicistica primaria, è rimessa a ciascuna Amministrazione procedente la discrezionalità in ordine all'applicazione o meno della normativa prevista per gli altri settori". E tuttavia, "essendo rimessa alla *lex specialis* di ogni singolo appalto la predisposizione della normativa al riguardo, tale facoltà deve essere esercitata nel rispetto del nesso di necessità della deroga rispetto all'oggetto dell'appalto e del principio di proporzionalità, da coniugarsi con il perseguimento della tutela della concorrenza e del principio di massima partecipazione, dovendo garantire ai partecipanti analoghe – rispetto a quelle dei settori classici – condizioni di accesso alla gara, laddove la stessa non abbia quel carattere di specificità che ne giustifica la deroga alla disciplina generale" (così sempre T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 05/03/2014 n. 2550).

La presenza pubblica e la tendenziale chiusura del mercato in questi settori sono connesse alle attività oggettivamente svolte. Per loro natura, essi intercettano interessi generali, in cui sono richieste alte specializzazioni e *know-how* che difficilmente possono essere consegnate all'applicazione di un regime di piena concorrenza e, in particolare, per le PMI che non dispongono di queste specializzazioni.

Difatti, è lo stesso tessuto economico europeo a poggiare su un sistema diffuso di piccole e medie imprese (PMI), che costituisce una risorsa rilevante in termini di potenzialità di occupazione e sviluppo.

È convinzione diffusa che una maggiore partecipazione delle PMI al mercato del *public procurement* possa determinare un potenziale incremento di concorrenza, in termini qualitativi e quantitativi. Di qui il dibattito circa l'opportunità di adottare politiche a sostegno delle micro, piccole e medie imprese, che trovano espressione in una serie di documenti europei<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> L'attenzione alle PMI da parte del legislatore europeo nel corso dell'ultimo decennio si è intensificata. L'accesso al finanziamento delle piccole medie imprese è una delle 12 leve, per stimolare la crescita e

La strategia della Commissione Europea si ispira al principio *think small first* e ad un modello di *SME-friendly procurement*. La recente crisi economica internazionale ha contribuito, tra le altre cose, a porre in evidenza il ruolo delle infrastrutture e degli investimenti in nuove infrastrutture per il rilancio dell'economia e l'importanza di tutti gli operatori economici, anche piccoli.

Da tempo la Commissione europea ha sviluppato e applicato un complesso di misure finalizzate specificamente ad assistere le PMI in Europa. La convinzione diffusa è che queste possano giocare un ruolo importante nel perseguimento degli obiettivi dell'Unione europea di accelerare la crescita economica e sviluppare il mercato del lavoro e da più parti si chiede di introdurre misure di discriminazione a favore delle PMI. La ricerca di misure che favoriscano la partecipazione e introducano un vero e proprio *favor participationis* delle PMI al mercato dei contratti pubblici ha posto questioni di compatibilità con alcuni principi generali europei.

I principi fondamentali europei sono finalizzati a garantire la concorrenza nel mercato, architrave dell'intero sistema. In tale contesto, i cambiamenti che, lentamente ma progressivamente, hanno caratterizzato il settore degli appalti, ambiscono a delineare un nuovo modo di essere dell'amministrazione, funzionale a conseguire obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità. In questa prospettiva va collocato l'art. 30 del nuovo Codice degli appalti, il quale dispone che nell'affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti rispettino i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, con le modalità indicate dal codice stesso.

L'importanza della previsione di politiche e strumenti a sostegno delle PMI risulta oggi uniformemente condivisa anche nel nostro paese, ma si indugia sulle misure più opportune da adottare. Come noto, le principali fonti della disciplina dei contratti

---

rafforzare la fiducia nel mercato unico , individuate dalla Commissione Europea nella COM(2011) 206 , *L'atto per il mercato unico* , del 13 Aprile 2011. La Commissione inoltre, mette al centro le PMI anche nella Comunicazione (2011) 15 Definitivo, "*Libro Verde sulla Modernizzazione dell'UE della politica in materia di appalti pubblici*", 27 Gennaio 2011, Bruxelles, definendo l'obiettivo di aprire il mercato degli appalti pubblici al più grande numero possibile di operatori, in modo da offrire alle amministrazioni aggiudicatrici una base di fornitori più ampia, anche in ottica di svolta *green* degli appalti, stimolando il tessuto imprenditoriale ad una sana competizione innovativa. Questi propositi presenti nei documenti preparatori, sono poi stati implementati dalla "*Strategia Europa 2020*", e più nello specifico dalle Direttive del 2014, le quali hanno rivisitato ed aggiornato la normativa europea in materia di appalti risalente al 2004, ponendosi come uno degli obiettivi quello di facilitare la partecipazione delle PMI al mercato degli appalti pubblici, anche per sostenere obiettivi di valenza sociale.

pubblici sono rinvenibili a livello di diritto europeo primario — principi generali contenuti nei Trattati, desumibili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e i principi generali del diritto uniformemente riconosciuti e di portata globale — nelle principali direttive europee in materia e nella disciplina nazionale.

Le nuove direttive sui contratti pubblici, approvate nel 2014 dal Parlamento Europeo e dal Consiglio dei Ministri dell'Unione europea, 2014/25/UE e 2014/24/UE, hanno spinto progressivamente nella direzione di semplificare e modernizzare le procedure di affidamento. L'art. 18 della direttiva 2014/24/UE, dedicato ai principi di aggiudicazione degli appalti, opera un formale riconoscimento dei principi di parità di trattamento e trasparenza stabilendo formalmente che “ *le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata* ”. In realtà, le direttive europee vengono integrate dalla disciplina nazionale che eventualmente includano misure più penetranti ed efficaci che a favore delle PMI.

L'obiettivo del legislatore europeo di introdurre un *favor* per le PMI è chiaramente definito nei considerando delle direttive e ribadito in Italia dal Codice in vigore (D.Lgs n. 50/2016).

Alla luce di tutto ciò, sembrerebbe doversi accogliere positivamente la parziale ibridizzazione di parti della disciplina ordinaria, in ottemperanza della spirito comunitario e degli obiettivi comunitari.

In senso dinamico, la distinzione sul piano soggettivo dei soggetti operanti in questi settori, influisce e si riverbera all'interno della disciplina ordinaria e ne limita l'estensione della stessa.

In un simile contesto il P.P.P. rappresenta un istituto molto valido per le variegata esigenze delle Amministrazioni pubbliche di operare logiche aziendalistiche improntate su efficienza ed efficacie, affidandosi alle competenze e *skills* del settore privato, soprattutto se si rimanda al c.d. *project financing*.

Sin dalla sua introduzione nell'ordinamento italiano, il *project financing* a iniziativa privata ha posto numerosi temi interpretativi, in parte ancora irrisolte, specialmente con riferimento alla sua qualificazione giuridica e alla sua compatibilità sistematica con la normativa di derivazione europea in materia di contratti pubblici.

Conseguenza diretta di tale incertezza è l'elevatissimo tasso di contenzioso che ha impegnato — e tuttora impegna — la magistratura amministrativa in un'ardua impresa ricostruttiva delle posizioni giuridiche, sostanziali e processuali, dei soggetti coinvolti nella procedura — *in primis* del promotore del progetto, figura cardinale dell'iniziativa privata nella realizzazione di opere pubbliche.

Fra le questioni maggiormente critiche vi sono la diretta impugnabilità della dichiarazione di interesse pubblico della proposta, l'estensione del sindacato del giudice amministrativo sulla valutazione della proposta presentata dal privato, l'applicabilità delle garanzie procedurali previste dalla normativa sui contratti pubblici alla fase di selezione del promotore e la tutela dell'affidamento del promotore in caso di mancato esperimento della gara.

Non ha certamente giovato alla definizione di confini precisi e stabili della figura il susseguirsi di interventi normativi che ne hanno modificato nel tempo, anche profondamente, i connotati procedurali, da ultimo, con l'emanazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Tale continua evoluzione normativa, se da un lato segnala e riflette la crescente importanza che l'ordinamento attribuisce all'istituto *de quo*, dall'altro lato rischia di comprometterne la funzione primaria, ossia quella di attrarre investimenti privati per la realizzazione di opere di pubblico interesse.

Va detto che la procedura, per quanto ricompresa nell'ambito delle tecniche di realizzazione di opere ed infrastrutture nel nostro Paese, presenta una forte peculiarità rispetto alle altre modalità di affidamento dei contratti pubblici, consentendo a operatori privati di farsi promotori della realizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico non inserite nella programmazione triennale delle amministrazioni aggiudicatrici.

In tal senso, l'interesse del legislatore, così come degli operatori economici, verso il *project financing* a iniziativa privata deve essere letto in parallelo all'altrettanto interessante e controversa espansione della funzione collaborativa del privato nella gestione della *res pubblica*, propria dei fenomeni di partenariato pubblico privato: si permette in tal modo alle amministrazioni pubbliche di rispondere alla crescente domanda di soddisfazione di interessi generali rimanendo entro stringenti vincoli di spesa.

Con peculiare riferimento al settore energetico che lentamente inizia a farsi strada nel nostro Paese, la configurazione del *project financing* come speciale forma di affidamento di contratti di partenariato pubblico privato rende particolarmente pressante l'esigenza di chiarezza circa l'ambito, le modalità e le tempistiche della valutazione che l'amministrazione deve compiere sulle proposte di iniziativa privata.

Tale esigenza è stata uno dei motori ispiratori della riforma della procedura in parola compiuta con il decreto n. 50/2016, che tuttavia non pare — almeno per il momento — aver ridotto le problematiche interpretative. Ne è una chiara testimonianza il cospicuo numero di pronunce giurisprudenziali che hanno interessato la figura nel corso degli anni 2017 e 2018, spesso su profili dubbi già presenti in vigenza della vecchia disciplina. Nell'ottica di fornire un contributo all'individuazione di alcuni punti fermi in merito alla nuova articolazione della procedura delineata l'art. 183, comma 15, d. lg. n. 50/2016 ricalca, in maniera pressoché identica, il dettato del previgente art. 153, comma 19, d. lg. 12 aprile 2006, n. 163.

Le modifiche apportate rispetto alla vecchia formulazione della norma sono, tuttavia, altamente rilevanti, in quanto dettagliano la scansione temporale della sequenza di attività che portano alla selezione del promotore e all'approvazione del progetto da porre a base di gara.

Secondo la nuova disciplina, la proposta deve contenere un "progetto di fattibilità" e non più un progetto preliminare, coerentemente con il nuovo sviluppo della progettazione di opere pubbliche individuato agli artt. 23 e ss. del decreto n. 50/2016. Inoltre, la valutazione compiuta dall'amministrazione, che prima aveva ad oggetto "il pubblico interesse della proposta" è ora scandita in due momenti successivi: la valutazione di fattibilità della proposta, che si deve concludere "entro il termine perentorio di tre mesi", e l'approvazione della stessa, alla luce delle eventuali modifiche apportate dal proponente e di un eventuale confronto comparativo con altre proposte presentate.

Per comprendere le ragioni alla base della scelta legislativa compiuta è utile contestualizzare il *project financing* a iniziativa privata nell'ambito della disciplina sul partenariato pubblico privato fornita dagli articoli 3, comma 1, lett. eee) e 181 del d. lg. n. 50/2016 e dalle Linee guida dell'ANAC in tema di "Monitoraggio delle amministrazioni

aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”.

La nuova normativa impone alle amministrazioni aggiudicatrici di svolgere un'attenta valutazione *ex ante* dei progetti e dei contratti proposti dagli operatori privati, soprattutto sotto il profilo della corretta allocazione dei rischi dell'operazione e del c.d. *value for money*, al fine di rispondere alle preoccupazioni sollevate, sia a livello nazionale, sia a livello delle istituzioni europee, nei confronti di un atteggiamento superficiale nella valutazione di operazioni complesse e di lunga durata, quali quelle partenariali.

Si è così inteso indurre le amministrazioni, che troppo spesso hanno valutato la convenienza di proposte di partenariato pubblico privato sulla sola base dell'entità del finanziamento stanziato dal privato, a compiere un approfondimento istruttorio circa i fondamenti tecnici, economici e giuridici della proposta, fra cui la scelta della forma giuridico-contrattuale dell'operazione partenariale rispetto alle alternative disponibili, la convenienza dello schema economico in un'ottica di medio-lungo periodo, la consapevole distribuzione di rischi fra pubblico e privato e la disciplina contrattuale dei poteri di controllo in fase di gestione.

Ciò spiega l'aumentata complessità della procedura del *project financing* a iniziativa privata, la cui riforma — come si legge nel documento redatto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze per l'ottavo congresso annuale dei Senior PPP Officials organizzato dall'OCSE a Parigi nel marzo 2015 — è stata ispirata dall'intenzione di consentire alle amministrazioni di aggiudicare i contratti di partenariato pubblico privato in tempi certi, di valutare approfonditamente le proposte, anche sotto il profilo del c.d. *value for money* e di ridurre il contenzioso.

Tali direttrici si ritrovano espresse anche nella legge 28 gennaio 2016, n. 11 di delega all'implementazione delle direttive europee n. 23, 24 e 25 del 2014 sui contratti pubblici, ove la necessità di approfondimento istruttorio sui progetti di fattibilità presentati dagli operatori privati viene coniugata con l'ulteriore preoccupazione di porre a base di gara proposte economicamente fattibili e in grado, sulla base di una valutazione compiuta *ex ante*, di raggiungere il c.d. *financial close*: alla lettera tt) della legge citata si ritrova il seguente criterio direttivo: “al fine di agevolare e ridurre i tempi delle procedure di partenariato pubblico privato, previsione espressa, previa indicazione

dell'amministrazione competente, 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”.

L'auspicata riforma della procedura di *project financing* a iniziativa privata è stata attuata nel d. lg. n. 50/2016, tramite la valorizzazione di un risalente orientamento espresso già in vigore della l. n. 109/1994, dalla giurisprudenza e dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, che scandiva la valutazione dell'amministrazione sulle proposte di finanzia di progetto a iniziativa privata in due successive momenti, il primo di carattere tecnico, indirizzato “ad accertare l'idoneità della proposta sulla base di appositi parametri e successivamente sulla rispondenza della proposta al pubblico interesse” e il secondo propriamente discrezionale in quanto riguardante la comparazione degli interessi al momento attuale.

I vantaggi di tale articolata procedura sono racchiusi nell'art. 183, comma 15, d. lg. n. 50/2016, norma che sembrerebbe non richiedere più una valutazione in termini di pubblico interesse della proposta di partenariato, ma qualifica in modo più specifico l'attività di cui è investita l'Amministrazione, richiedendosi un accertamento non tanto o non solo limitato alla rilevanza pubblicistica dell'iniziativa, che certamente pure deve sussistere, ma, penetrando sin da subito il dettaglio tecnico ed economico in cui è declinato il progetto, al fine di rilevarne la sua piena appetibilità per il mercato settoriale e, in definitiva, la sua realizzabilità, non solo in astratto, ma in concreto.

In riferimento al Capitolo IV, inerente il case study del tirocinio in Italgas, ho avuto la possibilità di visionare in prima persona, dalla genesi alla sua esecuzione, un contratto d'appalto. L'oggetto del case study, ovvero la bonifica dell'ex officina del gas di Santa Marta (Venezia), è stato molto interessante in particolare per l'approfondimento circa l'applicazione del Testo Unico Ambientale e più nello specifico dell'articolo 242, delineante lo schema normativo da seguire per quanto concerne la fase progettuale. Per quanto riguarda l'applicazione del nuovo codice del 2016, è stato interessante visionare in concreto la verifica del progetto esecutivo, la composizione della richiesta di offerta, i requisiti di qualificazione e le procedure propedeutiche inerenti l'esecuzione dell'appalto, con particolare riferimento alla possibilità di subappaltare. Ho accolto inoltre con piacere il rigore con cui vengono selezionati gli offerenti, con una forte

attenzione ai requisiti tecnico professionali e morali, quali per esempio l'esistenza di situazione ai sensi dell'art. 80 del D.lgs 50/2016, in ossequio al perseguimento di alcuni obiettivi comunitari in materia d'appalti, quali l'eliminazione del rischio di infiltrazione mafiosa e la sempre maggior attenzione a requisiti qualitativi.

## BIBLIOGRAFIA

- S. BIANCAREDDU – G. SERRA, *Gli appalti verdi: la soddisfazione di interessi ambientali attraverso le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici*, Giur. amm., IX, n. 7/8, Roma, 2014;
- E. BRUTTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI, *“Aspetti della transazione nel settore dell'energia: Gli appalti nei settori speciali, il Market design e gli aspetti di governante”*, Aiden, Wolters Kluwer, 2017, Milano;
- R. CARANTA, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*, GI, 2004, 12;
- F. CARINGELLA, M. PROTTO, *“Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo”*, Giuridica edizione, 2017, Roma;
- A. CARULLO, *“Appalti pubblici dei settori esclusi”*, in Enc. dir., agg. V, 2001;
- G.F. CARTEI, *“Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati: profili critici, in Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici”*, Napoli, 2008;
- G.F. CARTEI, *“Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze”*, in G.F. CARTEI;
- M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000;
- M. P. CHITI, *“Partenariato pubblico-privato, in Dizionario di diritto amministrativo”*, a cura M. CLARICH e G. FONDERICO, Milano, 2007;
- C. CORSI, *Le concessioni di lavori e di servizi, in Il partenariato pubblico-privato (Concessioni Finanza di progetto Società miste Fondazioni)”*, a cura di M. P. CHITI, Napoli, 2009;
- R. DIPACE, *“Partenariato pubblico privato e contratti atipici”*, Milano, 2006;
- S. FANTINI, *“Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità”*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2012;
- C. GIORGIANTONIO, V. GIOVANNIELLO, *“Infrastrutture e project financing in Italia: il ruolo (possibile) della regolamentazione,”* Occasional Paper, Questioni di economia e finanza, Banca d'Italia, novembre 2009;
- W. GIULIETTI, *Attività consensuale della p.a. e vincoli giuridici: tutela del pubblico interesse e affidamento del privato*, in Il Consiglio di Stato, 2001;
- G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, RiDPC, 1999;
- G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, RIDPC, 2000;

- G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003;
- R. GRECO, *“Le norme applicabili e il regime dei contratti relativi a più settori*, in *Trattato sui contratti pubblici*”, a cura di M.A. SANDULLI - R. DE NICOTOLIS - R. GAROFOLI, V, Milano, 2008;
- D. OSBORN E T. GAEBLER, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector*, Boston, Addison-Wesley, 1992;
- C. PANETTA - P. MANTIN, *“I settori speciali nel nuovo codice dei contratti pubblici”*, in *giustamm.it*, agosto 2020;
- L. PAROLA - T. ARNONI - S. GRANATA, *“I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi”*, in *Cont.*, 2015;
- I. POTRONE, *“Gli appalti nelle società a partecipazione pubblica nei settori speciali e la disciplina del “codice dei contratti pubblici”*, in *GiustAmm.it*, Roma, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, 2002;
- B. RAGANELLI, *“Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico privato: un quadro generale”*, in *www.giustamm.it*, 2010;
- M. RICCHI (a cura di), *“Finanza di progetto e Partenariato Pubblico-Privato”*, Napoli, 2015;
- S. SAMBRI, *“Project financing, la finanza di progetto per la realizzazione delle opere pubbliche”*, Padova, 2006;
- C.P. SANTACROCE, *Il recesso dagli accordi tra pubbliche amministrazioni*, Padova, 2012;
- G. SANTI, *“Il partenariato contrattuale”*, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *“Diritto dei contratti pubblici”*, 2014;
- F. TIGANO, *Gli accordi procedimentali*, Torino, 2002;
- A. TRAVI, *“Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria”*, in M. CAFAGNO - A. BOTTO - G. FIDONE - G. BOTTINO (a cura di), *“Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati”*, Milano, febbraio 2014;
- R. VILLATA, *“Il partenariato pubblico-privato nel settore dell’energia in Aspetti della transizione nel settore energetico: gli appalti nei settori speciali, il market design e gli assetti di governante”*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIS, A. TRAVI, Milano, Wolters Kluwer, 2017.

## **GIURISPRUDENZA**

Corte giustizia Unione Europea Sez. V, Sent., 26 settembre 2019, n. 63/18;

Corte giustizia Unione Europea Sez. IV, 03 ottobre 2019, n. 285/18

Cons. di Stato, ad. plen., 21 maggio 2019, n. 8

Cons. di Stato, ad. plen., 1 Agosto 2016, n. 11

Consiglio di Stato , sez. V , 24/06/2020 , n. 4050

Cons. St., sez. V, 21/05/2020, n. 3210

Cons. St., parere, 29 marzo 2017, n. 775

Cons. St., sez. V, 12 marzo 2020, n. 1772

Cons. St., sez. V, 9 marzo 2020, n. 1655

Cons. St., sez. III, 2 marzo 2020, n. 1470

Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1063

Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2017, n. 170

Cons di Stato, Commissione Speciale, 21 Marzo 2016

Parere Cons. di Stato, Commissione Speciale, 1 Aprile 2016, n. 16

Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2015, n. 497

Cons. St., Sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 4934

Cons. St., Sez. VI, 11 luglio 2012, n. 4105

Cons. St., sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214

Corte cost., sez. V, 22 maggio 2009, n. 160

Cons. St., sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824

Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603

Cons. St., Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1214

Cons. St., Sez. V, 10 aprile 2002, n. 1960

T.A.R. , Milano , sez. I , 30 giugno 2020 , n. 1251  
T.A.R. , Roma , sez. III , 09/06/2020 , n. 6248  
T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. IV, 09 febbraio 2018, n. 386  
T.A.R. Piemonte, Sez. I, 17 marzo 2016, n. 369  
T.A.R. Milano, Sez. I, 15 maggio 2012, n. 1356  
T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 27 febbraio 2012, n. 159  
T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 6 luglio 2010, n. 2313  
T.A.R. Catania, (Sicilia) sez. III, 14/12/2010, n. 4721  
TAR Lombardia, 1 luglio 2008, n. 747  
TAR Toscana, Sez. I, 2 ottobre 2000, n. 2045

## **NORMATIVA E PRASSI**

Linee Guida n. 8, approvate dal Consiglio dell'ANAC il 13 settembre 2017  
Decreto legislativo 18 Aprile 2016, n. 50  
Legge 28 Gennaio 2016, n.11  
Linee Guida n. 4, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.  
Direttiva 2014/25/UE  
Direttiva 2014/25/UE  
Comunicazione della Commissione, COM (COM(2011) 206 del 13 Aprile 2011  
Comunicazione della Commissione COM (2011) 15 definitivo, 27 Gennaio 2011  
A.v.c.p. determinazione 6 aprile 2011, n. 2.  
COM (2010) 2020 Definitivo del 3 Marzo 2010  
Commissione europea (Comunicazione COM(2008)400  
Direttiva 90 /531/CEE  
Comunicazione sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni 15 novembre 2005, COM (2005) 569  
Dir. 17/2004/CE

## SITOGRAFIA

Eur-lex.europa.eu/legal.content/

www.giustiziaamministrativa.it

[www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

## FONTI CAPITOLO IV : CASE STUDY TIROCINIO IN ITALGAS

Articolo 242, D.lgs. 3 Aprile 2006, n. 152.

Articolo 100, D.lgs. 9 Aprile 2008, n. 81.

Articolo 80, D.lgs. 18 Aprile 2016, n. 52.

<http://www.arpalombardia.it/siti/arpalomnbardia/impres/bonifiche/Pagine/Glossario>

Decreto n.35 del 08.06.2015 del Direttore della Sezione Progetto di Venezia di approvazione del Progetto Operativa di Bonifica, parte suoli, dell'area ex officina gas-Santa Marta-Venezia, ricadente nel bacino scolante della laguna di Venezia.

REAG SpA, *Progetto operativo di bonifica-stralcio suoli*, N° 8823,10, 16 Gennaio 2015

REAG SpA, *Progetto Esecutivo Venezia Santa Marta*, Revisione 2 Settembre 2017

DNV-GL, *Rapporto finale di verifica di progetto esecutivo di bonifica suoli-lotto 1-Area di Santa Marta- Venezia*, Report n. PP164320B-RT002, Documento n. 112G7LVP-2, 26 Ottobre 2017

Italgas Reti, *Richiesta di Offerta per assegnazione interventi di bonifica suoli sito in Venezia Santa Marta*, Dorsoduro 2050

Atto costitutivo , *Associazione Temporanea Impresa Mandato Speciale di Rappresentanza*, Milano, 12 Giugno 2018

Documenti Contratto N. 5800000645

Italgas Reti, Verbale consegna lavori, Venezia, 12 Luglio 2018

NCE S.r.l., Verbale inizio lavori, Venezia, 27 Agosto 2018

Lettera Protocollo 18164DEF0182, *nomina Direttore dei Lavori*, 13 Giugno 2018

Lettera Protocollo 18166DEF0035, *nomina Responsabile dei Lavori in fase di Esecuzione*, 15 Giugno 2018

Lettera Protocollo L1.02-08-065, *nomina Coordinatore Sicurezza in fase di Esecuzione*, 12 Luglio 2018

Lettera Protocollo L2.02-18-065, *nomina Ispettore di Cantiere*, 12 Luglio 2018

