



*vai alla
scheda
del libro*

della stessa collana

APPALTI E P.A.

La fase di esecuzione nell'appalto di lavori pubblici

gli autori

Arturo Cancrini, Vittorio Capuzza, Massimo Nunziata

La gestione del contratto alla luce delle linee guida ANAC
Aggiornato al D.M. 49/2018 sulla direzione lavori

*Con contributi di: Gregorio Calabresi, Giorgia Cancrini, Filippo Casadei,
Alessandro D'Alberti, Giovanni D'Alessio, Maria Teresa Della Vittoria Scarpati,
Claudia Figliolia, Laura Fioravanti, Stefano Libutti, Giorgia Malorni,
Giulia Pietropaolo, Elena Quaranta Miccolis, Francesca Salvi,
Stefano Santori, Roberto Savino, Valerio Scarpato, Aldo Scarpello*

Arturo Cancrini, Vittorio Capuzza, Massimo Nunziata

LA FASE DI ESECUZIONE NELL'APPALTO DI LAVORI PUBBLICI

La gestione del contratto alla luce
delle linee guida ANAC

Aggiornato al D.M. 49/2018 sulla direzione lavori

*Con contributi di: Gregorio Calabresi, Giorgia Cancrini, Filippo Casadei,
Alessandro D'Alberti, Giovanni D'Alessio, Maria Teresa Della Vittoria Scarpati,
Claudia Figliolia, Laura Fioravanti, Stefano Libutti, Giorgia Malorni,
Giulia Pietropaolo, Elena Quaranta Miccolis, Francesca Salvi,
Stefano Santori, Roberto Savino, Valerio Scarpato, Aldo Scarpello*

Immagine di copertina: Andrea Chiesi, 6 febbraio 2015

LA FASE DI ESECUZIONE NELL'APPALTO DI LAVORI PUBBLICI

ISBN: 978-88-6310-860-6

Copyright © 2018 EPC S.r.l. Socio Unico

EPC S.r.l. Socio Unico - Via Clauzetto, 12 - 00188 Roma

www.epc.it

Servizio clienti: 06 33245277 - Fax 06 33245248

Redazione: Tel. 06 33245264/205

Proprietà letteraria e tutti i diritti riservati alla EPC S.r.l. Socio Unico. La struttura e il contenuto del presente volume non possono essere riprodotti, neppure parzialmente, salvo espressa autorizzazione della Casa Editrice. Non ne è altresì consentita la memorizzazione su qualsiasi supporto (magnetico, magneto-ottico, ottico, fotocopie ecc.).

La Casa Editrice, pur garantendo la massima cura nella preparazione del volume, declina ogni responsabilità per possibili errori od omissioni, nonché per eventuali danni risultanti dall'uso dell'informazione ivi contenuta.



Il codice QR che si trova sul retro della copertina, consente attraverso uno smartphone di accedere direttamente alle informazioni e agli eventuali aggiornamenti di questo volume.

Le stesse informazioni sono disponibili alla pagina:

<https://www.epc.it/Prodotto/Editoria/Libri/Lesecuzione-dell-appalto-di-lavori-pubblici/4510>

AUTORI E CURATORI

CURATORI E AUTORI

Arturo Cancrini, avvocato amministrativista, è titolare dello Studio Legale Cancrini & Partners. È professore di Legislazione delle Opere Pubbliche presso l'Università di Roma "Tor Vergata". Svolge la sua attività professionale per primarie imprese di costruzioni nazionali ed estere, oltre che per enti pubblici. Docente presso numerosi Istituti di formazione e autore di numerose pubblicazioni in materia di contratti pubblici.

Vittorio Capuza, svolge l'attività didattica e di ricerca presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", ove insegna Diritto amministrativo (facoltà di Lettere, facoltà di Medicina e Chirurgia e nella Scuola di Specializzazione per le professioni legali – II anno, facoltà di Giurisprudenza). È docente di Organizzazione del cantiere (parte giuridica) e di Ingegneria forense nel dipartimento di Ingegneria Civile, facoltà di Ingegneria. È Responsabile didattico-scientifico dell'Ufficio studi presso la I° Divisione dell'Ateneo. È Responsabile della prevenzione della corruzione e per la Trasparenza nella CRUI – Conferenza dei Rettori delle Università Italiane, nella Fondazione PTV – Policlinico Tor Vergata e per l'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Roma. Direttore di diverse Collane Editoriali, è autore di numerosi scritti nelle materie giuridiche e letterarie.

Massimo Nunziata, abilitato professore associato in diritto amministrativo. Docente di diritto amministrativo presso la Scuola di Specializzazione delle Università di Roma "Sapienza", "Luiss Guido Carli" e "Roma Tre". Autore di approfondimenti scientifici in materia di diritto amministrativo. Avvocato iscritto all'albo dell'Ordine di Roma.

AUTORI

Gregorio Calabresi, dottore in Giurisprudenza.

Giorgia Cancrini, dottoressa in Giurisprudenza.

Filippo Casadei, avvocato del foro di Roma.

Alessandro D'Alberti, avvocato del foro di Roma.

Giovanni D'Alessio, dottore in Giurisprudenza.

Maria Teresa Della Vittoria Scarpati, avvocato del foro di Napoli Nord.

Claudia Figliolia, dottoressa di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

Laura Fioravanti, avvocato del foro di Roma.

Stefano Libutti, dottore in Giurisprudenza, consulente C.N.R. presso Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare - Direzione per le Valutazioni e le Autorizzazioni Ambientali.

Giorgia Malorni, avvocato del foro di Roma.

Giulia Pietropaolo, avvocato del foro di Roma.

Elena Quaranta Miccolis, cultore della materia di "Legislazione delle opere pubbliche" presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", docente e tutor disciplinare del Master di II livello "La disciplina dei contratti pubblici" presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", avvocato del Foro di Roma.

Francesca Salvi, dottoressa in Giurisprudenza.

Stefano Santori, avvocato del foro di Roma.

Roberto Savino, dottore in Giurisprudenza.

Valerio Scarpato, avvocato del foro di Benevento - Cultore della materia presso la cattedra di "Legislazione delle Opere Pubbliche" della Facoltà di Ingegneria dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Aldo Scarpello, avvocato del foro di Roma, patrocinante in Cassazione e presso le altre giurisdizioni superiori. Abilitato alle funzioni di professore di II° fascia in Diritto Privato. Dottore di ricerca in Diritto privato e garanzie costituzionali presso l'Università "Sapienza" di Roma. Già assegnista di ricerca ed assistente di cattedra in Diritto Privato all'Università "Sapienza" di Roma. Docente presso la Scuola di specializzazione delle professioni forensi dell'Università Europea di Roma.

SOMMARIO

Saggio introduttivo

LE AREE DI APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI ALLE SOCIETÀ OPERANTI NEL SETTORE SPECIALE DEI TRASPORTI

di Arturo Cancrini	15
I.1. La Direttiva U.E. per gli appalti nei settori speciali (n. 2014/25)	15
I.1.1 <i>Inquadramento generale</i>	15
I.1.2 <i>Ambito di applicazione</i>	16
I.1.3 <i>Soglie</i>	17
I.1.4 <i>Appalti aggiudicati da un'impresa collegata</i>	18
I.1.5 <i>Attività direttamente esposte alla concorrenza</i>	20
I.1.6 <i>Principi</i>	20
I.2. Il Settore dei trasporti	21
I.3. Servizi pubblici, <i>in house</i> e gestione di servizi strumentali e pubblici locali tramite organismi societari e aziende speciali	22
I.3.1 <i>Organismi di diritto pubblico e impresa pubblica</i>	38

capitolo 1

RUOLO E FUNZIONI DEL RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO NEGLI APPALTI E NELLE CONCESSIONI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

di Alessandro D'Alberti	47
1.1. Premessa: uno sguardo d'insieme al nuovo quadro normativo in continua evoluzione	47

LA FASE DI ESECUZIONE NELL'APPALTO DI LAVORI PUBBLICI

1.2.	Nomina del Responsabile del procedimento	53
1.3.	Gli obblighi formativi del RUP	63
1.4.	Funzioni e compiti del RUP.....	70
1.5.	Ipotesi di cumulo di funzioni e casi di incompatibilità	86
1.6.	Conflitto di interesse e casi di responsabilità erariale del RUP	93

capitolo 2

IL DIRETTORE DEI LAVORI

di Stefano Libutti e Roberto Savino	99
---	----

2.1.	Nomina.....	99
2.2.	Funzioni e compiti	100
2.3.	Accettazione dei materiali	105
2.4.	Verifica del rispetto degli obblighi dell'impresa affidataria e del subappaltatore	107
2.5.	Gestione di modifiche, variazioni e varianti contrattuali	109
2.6.	Sospensione dei lavori	111
2.7.	Gestione dei sinistri	113
2.8.	Il Controllo amministrativo contabile	115
2.9.	Atti del Direttore dei lavori	117
2.10.	Responsabilità civile e contabile	118
2.11.	Giurisdizione ordinaria o contabile	125

capitolo 3

LA FORMA DEL CONTRATTO D'APPALTO E DEGLI ATTI AGGIUNTIVI

di Gregorio Calabresi	129
-----------------------------	-----

3.1.	La forma del contratto in generale. Le differenze tra diritto civile e diritto amministrativo.....	129
3.2.	La forma del contratto d'appalto di lavori, servizi e forniture	131

3.3.	L'evoluzione normativa	132
3.3.1	<i>La legge di contabilità generale dello Stato</i>	132
3.3.2	<i>La disciplina del "vecchio codice"</i>	133
3.4.	La forma del contratto nel D.Lgs. n. 50 del 2016	139
3.5.	La forma degli atti di sottomissione e degli atti aggiuntivi al contratto	142

capitolo 4

LA CONSEGNA DEI LAVORI ORDINARIA E IN VIA D'URGENZA

di Vittorio Capuzza	143	
4.1.	Paradigmi e limiti	143
4.2.	Consegna "sotto riserva di legge"	145
4.3.	Difformità tra progetto e area	150
4.4.	Le conseguenze negative prodotte dalla sottoscrizione del verbale di cantierabilità in relazione ad un'eventuale richiesta di varianti al progetto	152
4.5.	Conclusioni	155

capitolo 5

IL CONTRATTO DI SUBAPPALTO

di Giulia Pietropaolo	157	
5.1.	Nozione e inquadramento	157
5.1.1	<i>Natura giuridica</i>	158
5.1.2	<i>Evoluzione normativa</i>	160
5.1.3	<i>L'ambito di applicazione</i>	161
5.2.	I limiti del subappalto nei contratti pubblici: il limite del 30% alla luce del correttivo	162
5.2.1	<i>Le condizioni per il subappalto; l'autorizzazione del Committente</i>	166

LA FASE DI ESECUZIONE NELL'APPALTO DI LAVORI PUBBLICI

5.2.2	<i>Le ulteriori condizioni imposte dalla normativa: l'indicazione delle prestazioni da subappaltare</i>	167
5.2.3	<i>La novità importate dal comma 6 dell'art. 105 D.Lgs. 50/2016: l'indicazione della terna di subappaltatori</i>	169
5.2.4	<i>Il cd. subappalto necessario</i>	170
	5.2.4.1 <i>La tesi della Plenaria</i>	172
5.3.	Il contenuto del contratto di subappalto	174
5.4.	Le ipotesi di pagamento diretto ai subappaltatori	175
5.5.	Il divieto di subappalto	176

capitolo 6

LA CEDIBILITÀ DEL CREDITO DERIVANTE DAL CONTRATTO DI APPALTO

	di Massimo Nunziata	177
6.1.	La cessione del credito vantato nei confronti della P.A.	177
6.2.	Le origini della disciplina	179
6.3.	L'attuale configurazione del potere di veto dell'amministrazione	183
6.4.	Libertà delle forme e cessione del credito pubblico: la prospettiva contabilistica	187
6.5.	L'attuale regime di circolazione del credito vantato nei confronti della P.A.	191
6.6.	Osservazioni conclusive	194

capitolo 7

LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA E ALCUNE QUESTIONI APERTE DOPO IL DECRETO CORRETTIVO

	di Vittorio Capuzza	197
--	---------------------------	-----

LA FASE DI ESECUZIONE NELL'APPALTO DI LAVORI PUBBLICI

9.3.3	<i>Il Collaudo o il Certificato di regolare esecuzione delle prestazioni</i>	248
9.4.	Modalità e termini di esplicitazione delle riserve	250
9.5.	Il concetto di fatto continuativo	252
9.6.	Modalità e Termini di esplicitazione delle riserve sul Conto Finale.....	254

capitolo 10

LE MODIFICHE DEL CONTRATTO

di Giorgia Malorni	257	
10.1.	Introduzione. Le modifiche del contratto nel D.Lgs. 50/2016, ambito di applicazione e profili innovativi	257
10.2.	Le modifiche oggettive del contratto	261
10.2.1	<i>Le clausole di revisione dei prezzi o di "opzione"</i>	261
10.2.2	<i>I lavori supplementari</i>	263
10.2.3	<i>Le varianti in corso d'opera</i>	266
10.2.4	<i>Ulteriori previsioni in tema di modifiche oggettive del contratto</i>	268
10.3.	Obblighi di comunicazione	274
10.4.	Le modifiche soggettive	277
10.5.	Le modifiche della durata del contratto	279
10.6.	La cessione del credito	282

capitolo 11

CESSIONE DEL CREDITO DERIVANTE DA RISERVE

di Giorgia Malorni	285	
11.1.	Le riserve – Natura, sede e contenuto del credito	285
11.2.	La cessione del credito derivante da riserve	287
11.2.1	<i>Natura ed efficacia della cessione del credito nella disciplina generale</i>	287
11.2.2	<i>Normativa applicabile negli appalti pubblici</i>	288

capitolo 12**LA RISOLUZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI**

di Valerio Scarpato	293
12.1. La risoluzione contrattuale nel nuovo Codice degli appalti pubblici	293
12.2. Profili generali	294
12.3. La risoluzione del contratto pubblico "facoltativa"	297
12.4. La risoluzione del contratto pubblico "obbligatoria"	302
12.5. Procedura relativa alla determinazione di risoluzione contrattuale	303
12.6. Gli effetti della risoluzione	305
12.7. Gli istituti posti a tutela dell'appaltatore a rimedio della risoluzione unilaterale del contratto di appalto esercitata dalla stazione appaltante	306

capitolo 13**IL RECESSO**

di Aldo Scarpello	311
13.1. Premessa	311
13.2. Presupposti ed effetti del recesso. Rapporti con gli altri strumenti risolutori	312
13.3. Gli strumenti di tutela dell'appaltatore	318
13.4. Profili procedurali	321
Riferimenti bibliografici	322

capitolo 14**CONTRATTO E PROCEDURE CONCORSUALI**

di Elena Quaranta Miccolis	323
14.1. Introduzione	323

LA FASE DI ESECUZIONE NELL'APPALTO DI LAVORI PUBBLICI

14.2. La partecipazione alle gare di affidamento e la sorte dei contratti pubblici in caso di procedure concorsuali.....	325
14.3. Il concordato con continuità aziendale, il concordato con cessione dei beni e il concordato "in bianco"	331
14.4. L'avvalimento	335
14.5. I crediti dei subappaltatori	337
14.6. La cessione del contratto in caso di insolvenza	340

capitolo 15

MONITORAGGIO E GESTIONE STRAORDINARIA DELLE IMPRESE

di Claudia Figliolia	343
15.1. Profili introduttivi: il quadro normativo di riferimento e la <i>ratio legis</i>	343
15.2. Le misure ex art. 32 D.L. 190/2014	346
15.3. L'iter procedimentale	350
15.4. I presupposti	352
15.5. La sorte degli utili di impresa	355
15.6. Anticorruzione e antimafia	357
15.6.1 <i>Il provvedimento interdittivo: inquadramento generale alla luce della più recente giurisprudenza</i>	357
15.6.2 <i>Il rapporto tra il provvedimento interdittivo e le misure di temporanea e straordinaria gestione</i>	363
15.6.3 <i>Problematiche in tema di raccordo tra gestione straordinaria e gestione ordinaria</i>	369

capitolo 16

IL COLLAUDO NEI LAVORI PUBBLICI

di Francesca Salvi	373
16.1. Definizione e competenze	373
16.2. Il collaudatore. Nomina ed incompatibilità	376

16.3. Attività propedeutiche al collaudo	378
16.4. Il certificato di collaudo ed il certificato di regolare esecuzione	379
16.5. Termini	380
16.6. Il collaudo in corso d'opera	382
16.7. La consegna anticipata dell'opera	384

capitolo 17

L'ACCORDO BONARIO

di Giorgia Cancrini	387
17.1. Ambito di applicazione	389
17.2. Presupposti di attivazione	391
17.3. Competenza	393
17.4. Tempi del procedimento di accordo bonario	396
17.5. Motivazione della proposta	399
17.6. Conclusioni	401

capitolo 18

TRANSAZIONE

di Giovanni D'Alessio	403
18.1. Premessa	403
18.2. Sintesi degli altri mezzi alternativi previsti dagli artt. 205-210 del codice dei contratti pubblici	404
18.3. L'art. 208 del D.Lgs. n. 50/2016, come modificato dall'art. 79 del decreto correttivo	406
18.4. La disciplina civilistica della transazione e suoi limiti di applicabilità nel campo pubblicistico	407
18.5. Conclusioni	411

capitolo 19

IL CONTENZIOSO

di Maria Teresa della Vittoria Scarpati, Laura Fioravanti.....	413
19.1. L'evoluzione storica della normativa: dalla preminenza istituzionalizzata dell'arbitrato, alla devoluzione "quasi" obbligata al Giudice Ordinario. Momenti di riflessione e profili di criticità	413
19.2. Lo strumento della tutela giurisdizionale alla luce dell'introduzione del nuovo codice degli appalti	419
19.3. La tutela giurisdizionale innanzi al giudice ordinario civile	422
19.4. Utilità dei procedimenti sommari speciali di istruzione preventiva in fase esecutiva	426
19.5. Il processo telematico e il contenzioso nella fase di esecuzione dell'appalto	429

SAGGIO INTRODUTTIVO

LE AREE DI APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI ALLE SOCIETÀ OPERANTI NEL SETTORE SPECIALE DEI TRASPORTI

di **Arturo Cancrini**

I.1. La Direttiva U.E. per gli appalti nei settori speciali (n. 2014/25)

I.1.1 Inquadramento generale

La scelta del legislatore europeo di mantenere una disciplina speciale per alcune categorie di settori economici discende dalla permanenza – ieri, come oggi – dei rischi connessi alla capacità delle amministrazioni nazionali di influenzare le “strategie” di mercato degli enti erogatori di servizi pubblici di interesse economico generale; giustificando, pertanto un regime parzialmente derogatorio rispetto alle regole dell’evidenza pubblica dettate nella corrispondente direttiva 2014/24/UE.

Così, *“la natura chiusa dei mercati in cui agiscono gli enti in tali settori, data l’esistenza di diritti speciali o esclusivi concessi dagli Stati membri in materia di alimentazione, fornitura o gestione delle reti per erogare il servizio pertinente”*⁽¹⁾, se da un lato giustifica la specialità del relativo regime giuridico, dall’altro mantiene viva l’apertura a quei principi di concorrenza, libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi, parità di trattamento e non discriminazione che trovano la loro fonte primaria nei Trattati Europei.

La specifica natura dei mercati di interesse si riflette, inoltre, sul particolare ambito di applicazione della direttiva settori speciali, laddove, infatti il legislatore comunitario lascia impregiudicata la libertà degli Sta-

1. Considerando n. 1 Dir. 2014/25/UE.

LA FASE DI ESECUZIONE NELL'APPALTO DI LAVORI PUBBLICI

ti membri di organizzare liberamente la prestazione dei servizi sociali o dei servizi di interesse economico generale, la cui rilevanza collettiva li lega indissolubilmente all'alveo della sovranità di ogni singolo Stato ⁽²⁾.

Allo stesso modo, *“nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici”*. Pertanto, in linea con l'assetto vigente, sono mantenuti ampi spazi a quelle scelte di politica economica che rinvergono la propria sede nazionale in ogni singolo Stato membro.

1.1.2 Ambito di applicazione

Il Titolo I, Capo I della direttiva in commento è dedicato alla delimitazione del perimetro applicativo della direttiva stessa, e non presenta novità di particolare rilievo rispetto alla vigente disciplina codicistica e regolamentare.

Principalmente viene mantenuta l'impostazione a doppio binario che contraddistingue l'individuazione di tali settori, che avviene sulla base della sommatoria tra il criterio soggettivo, relativo all'ente erogatore, e quello oggettivo, ancorato alla attività materialmente espletata.

Sotto il primo profilo, il considerando n. 12 precisa l'invarianza dell'ambito applicativo *ratione personae* della direttiva in commento, recependo, così, le medesime definizioni di amministrazione aggiudicatrice, impresa pubblica e organismo di diritto pubblico consolidate nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Al riguardo, il menzionato considerando sottolinea che un organismo opera in condizioni normali di mercato – e pertanto non può essere qualificato quale organismo di diritto pubblico – qualora miri alla realizzazione di un profitto e sostenga le perdite connesse all'esercizio delle attività espletate, lasciando facilmente supporre che sia stato istituito allo sco-

2. Considerando n. 8 *“la presente direttiva non dovrebbe incidere sulla normativa degli stati membri in materia di sicurezza sociale. Essa non dovrebbe neppure trattare la liberalizzazione di servizi di interesse economico generale, riservati a enti pubblici o privati, né la privatizzazione di enti pubblici che forniscono servizi. (...) gli Stati membri sono liberi di organizzare la prestazione di servizi sociali obbligatori o di altri servizi, quali i servizi postali, in quanto servizi di interesse economico generale o in quanto servizi non economici di interesse generale ovvero in quanto combinazione di tali servizi”*.

po o con l'incarico di soddisfare bisogni di carattere industriale o commerciale. Viene, altresì, evidenziato che per finanziamento maggioritario debba intendersi l'apporto per più del 50% dei finanziamenti provenienti dallo Stato, potendo anche includervi pagamenti da parte di utenti che siano riscossi, calcolati o imposti secondo norme di diritto pubblico.

Sotto il profilo oggettivo, la direttiva, in conformità all'assetto normativo vigente, identifica i settori speciali con le attività di erogazione del gas e dell'energia (art. 8); elettricità (art. 9); acqua (art. 10); servizi di trasporto (art. 11); sfruttamento di area geografica per la messa disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni o di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali (art. 12); servizi postali (art. 13) e sfruttamento di area geografica al fine di estrarre petrolio e gas, carbone o altri combustibili solidi (art. 14).

Pertanto, sia per i criteri soggettivi, sia per quelli attinenti alla natura delle attività espletate, non si rilevano modificazioni sostanziali rispetto al vigente assetto normativo di cui agli artt. 208-213 del Codice dei contratti pubblici.

1.1.3 Soglie

L'articolo 15 della Direttiva definisce il valore degli appalti soggetti all'ambito di applicazione della direttiva con le seguenti soglie, che sono state da ultimo modificate dai Regolamenti Comunitari 18 dicembre 2017, n. 2364, n. 2365 e n. 2366, con decorrenza 1° gennaio 2018:

- 221.000 EUR per gli appalti di fornitura e di servizi;
- 5.548.000 EUR per gli appalti di lavori;
- 750.000 EUR per i contratti di servizi per i servizi sociali e gli altri servizi speciali elencati all'Allegato XVII della Direttiva, che corrisponde all'Allegato IX del D.Lgs. n. 50/2016. Tale soglia rappresenta un elemento di novità rispetto alla vigente direttiva 17, vincolando, pertanto, il legislatore nazionale al relativo recepimento.

Viene inoltre precisato che tali soglie non si applicano ai contratti esclusi ai sensi delle eccezioni di cui agli artt. da 18 a 23.

Per quanto concerne, poi, il calcolo del valore stimato delle summenzionate soglie non si rilevano profili di novità, ribadendosi al successivo

LA FASE DI ESECUZIONE NELL'APPALTO DI LAVORI PUBBLICI

art. 16 che il calcolo del valore stimato di un appalto deve basarsi sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA e comprensivo di qualsiasi forma di eventuale opzione o rinnovo dei contratti che siano previsti nella documentazione di gara, nonché di eventuale premi o pagamenti a favore dei candidati o degli offerenti. Così, al considerando 29 viene precisato che per la determinazione del valore di un appalto *"è necessario tenere conto di tutti i ricavi, a prescindere dal fatto che siano stati ottenuti dall'ente aggiudicatore o da terzi,"* precisando, poi, al successivo paragrafo, che il frazionamento di un appalto ai fini dell'individuazione del relativo valore è consentito solo se giustificato da ragioni oggettive, quali ad esempio le ipotesi di unità operative distinte dall'ente aggiudicatore.

Inoltre, occorre precisare che per gli appalti il cui valore sia inferiore alle suddette soglie deve farsi riferimento tanto ai principi cristallizzati nella giurisprudenza della Corte, quanto alle norme e ai principi cristallizzati nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea³.

Come già accennato, le menzionate disposizioni europee trovano puntuale corrispondenza agli articoli 215 per quanto riguarda la fissazione delle soglie e 29 in ordine alle relative modalità di calcolo.

1.1.4 Appalti aggiudicati da un'impresa collegata

L'art. 29 prosegue nel delimitare l'ambito operativo della Direttiva in commento, dettando una specifica disciplina per gli appalti aggiudicati da un ente aggiudicatore a un'impresa ad esso collegata o da una joint venture costituita da più enti aggiudicatori per svolgere una delle attività speciali, ovvero a un'impresa collegata ad uno di tali enti. L'art. 29, pertanto, ricalcando la disciplina di cui al vigente art. 23 della direttiva 17 (recepito dall'art. 218 del codice), esclude dall'ambito applicativo della direttiva in esame tali ipotesi di collegamento sostanziale, precisando al considerando 39 l'opportunità *"di escludere taluni appalti di servizi, forniture e lavori aggiudicati a un'impresa collegata la cui attività principale consista nel prestare tali servizi, forniture o lavori al raggruppamento cui appartiene, invece di renderli disponibili sul mercato,"* ovvero estromettervi quegli appalti attribuiti da un ente aggiudicatore a una joint venture di cui il primo faccia parte per lo svolgimento delle attività

3. Considerando 3, Dir. 2014/25/UE.

e dei servizi contemplati dalla direttiva. Per quanto attiene alla nozione di collegamento sostanziale il legislatore la identifica nell'esistenza di un'influenza dominante sia in forma diretta sia in forma indiretta tra l'ente aggiudicatore e l'impresa interessata⁽⁴⁾.

Posto che, in via generale, non si rilevano particolari differenze tra la direttiva e il Codice dei contratti, va ravvisato un elemento novativo nell'eliminazione della possibilità per la Commissione di domandare agli enti aggiudicatori un quadro informativo in ordine all'applicazione della norma, comprensivo dell'indicazione dei nominativi delle imprese coinvolte, nonché della natura e del valore degli appalti che ad oggi è prevista al comma 5 dell'art. 218 del Codice. Ulteriore elemento di novità si registra nella precisazione del calcolo del fatturato massimo (80%) il quale dovrà essere computato tenendo in conto tutti i servizi, le forniture e i lavori realizzati dall'impresa nel periodo di riferimento.

Per quanto riguarda, specificamente gli *"Appalti aggiudicati da una joint venture o a un ente aggiudicatore facente parte di una joint venture"*, di cui all'art. 30 della direttiva, si rileva che, se da un lato il contenuto della norma è recepito dal comma 4 dell'art. 218 del Codice, dall'altro lato, è riscontrabile l'estensione della condizione di stabilità dei rapporti all'interno del gruppo societario anche a quei casi in cui l'appalto sia aggiudicato dalla joint venture ad uno degli enti aggiudicatori che la compongono; infatti, si precisa, che attualmente la restrizione di che trattasi è circoscritta unicamente alla fattispecie inversa in cui l'appalto sia aggiudicato da un ente aggiudicatore alla joint venture di cui fa parte.

4. Considerando 41: *"Le imprese dovrebbero essere considerate collegate se esiste un'influenza dominante diretta o indiretta tra l'ente aggiudicatore e l'impresa interessata oppure se entrambi sono soggetti all'influenza dominante di un'altra impresa; in tale contesto, la partecipazione privata non dovrebbe di per sé avere rilevanza. Verificare se un'impresa sia collegata ad un determinato ente aggiudicatore dovrebbe essere il più facile possibile. Di conseguenza, e dato che l'eventuale esistenza di detta influenza dominante diretta o indiretta avrebbe dovuto già essere verificata per decidere se i conti annuali delle imprese e degli enti interessati debbano essere consolidati, le imprese dovrebbero essere considerate collegate laddove i loro conti annuali siano consolidati. Tuttavia, le norme dell'Unione in materia di conti consolidati non si applicano in taluni casi, ad esempio per via della dimensione delle imprese interessate o perché talune condizioni riguardanti la loro forma giuridica non sono soddisfatte. In questi casi, qualora non si applichi la direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, sarà necessario esaminare l'esistenza di un'influenza dominante diretta o indiretta prendendo in considerazione la proprietà, la partecipazione finanziaria o le norme che disciplinano le imprese in questione."*

LA FASE DI ESECUZIONE NELL'APPALTO DI LAVORI PUBBLICI

1.1.5 Attività direttamente esposte alla concorrenza

In ordine alla precisa individuazione dell'ambito di applicazione materiale della direttiva, occorre fare riferimento agli articoli 34 e 35 della Direttiva che definiscono, con alcune precisazioni rispetto alla vigente direttiva 17, quelle attività che in quanto direttamente esposte alla concorrenza non soggiacciono alla normativa in materia di procedure concorsuali.

In proposito, la principale novità è da riscontrare nella positivizzazione puntuale della nozione di "mercato geografico di riferimento" che viene identificato con il *"territorio nel quale le imprese interessate intervengono nell'offerta e nella domanda di prodotti o di servizi, nel quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere distinto dai territori vicini, in particolare a motivo di condizioni di concorrenza sensibilmente diverse da quelle che prevalgono in quei territori"*; in tale valutazione deve inoltre tenersi in conto la natura e le caratteristiche dei prodotti o dei servizi appaltati, nonché dell'eventuale presenza di barriere all'entrata nel mercato di riferimento o ancora l'eventuale esistenza di un particolare regime di preferenza dei consumatori rispetto a determinati o prodotti o servizi.

Il mercato geografico di riferimento – quale *"area specifica in cui l'attività o le relative parti in questione vengono svolte dagli operatori economici"* (cons. 45) – pertanto, costituendo il principale parametro di riferimento per determinare se una determinata attività debba o meno soggiacere alle regole dell'evidenza pubblica, è stato puntualmente delineato nei suoi confini dal legislatore comunitario, innovando rispetto al vigente regime che rinvia alle principali applicazioni giurisprudenziali.

Nessuna novità è riscontrabile, invece, per quanto riguarda le procedure volte a stabilire l'applicabilità dell'articolo 34, che ricalcano l'attuale assetto codicistico di cui all'art. 219 nel coinvolgimento delle istituzioni comunitarie e delle autorità indipendenti nazionali per determinare il grado di esposizione concorrenziale di un determinato mercato o di una specifica attività.

1.1.6 Principi

L'articolo 36, con un tenore che richiama l'art. 2 del Codice dei contratti, individua quei principi fondamentali di matrice comunitaria che devono ispirare le procedure di aggiudicazione per gli appalti nei settori

speciali, non trovando un immediato riscontro nella vigente direttiva 17:

1. Gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata.

La concezione della procedura dell'appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura dell'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici.

2. Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato XIV.

L'elemento che maggiormente risalta dalla lettura della disposizione va ravvisato in quel riferimento agli aspetti sociali, ambientali e del lavoro che vanno a costituire i fattori di principali di completamento della strategia europea per una crescita intelligente sostenibile e inclusiva.

Così, l'occupazione e la crescita sociale assurgono a fondamento e a completamento necessario della normativa sugli appalti anche in quei settori speciali sui quali i singoli stati membri godono di maggiore discrezionalità.

1.2. Il Settore dei trasporti

L'articolo 17 (Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessioni di servizi), conformemente a quanto disposto dall'articolo 10 della direttiva 2014/24/UE, dall'articolo 21 della direttiva 2014/25/UE, nonché dell'articolo 10, paragrafo 8, della direttiva 2014/23/UE, prevede alcuni casi specifici di esclusione sia degli appalti che delle concessioni di servizi, dall'applicazione delle norme contenute nel codice. Tali casi di esclusioni erano in parte già contemplati dall'articolo 19 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Pagine omesse dall'anteprima del volume