

# TOPLEGAL FOCUS

APPALTI

Le sfide per  
le imprese approfondite  
con gli esperti



## Sommario

<b>Il Recovery fund accende i riflettori sugli appalti</b>	<b>3</b>
<b>Contratti pubblici e conflitto d'interesse: quale soglia di attenzione per le imprese?</b>	<b>4</b>
AG Studio Legale	
<b>Il "Decreto Semplificazioni": reale semplificazione o (solo) accelerazione</b>	<b>5</b>
Bertacco Recla & Partners	
<b>Il D.L. n. 76/2020 ed il termine per le offerte</b>	<b>6</b>
CTL Studio Legale	
<b>Ai confini del grave illecito professionale</b>	<b>7</b>
Lipani Catricalà & Partners	
<b>Decreto Semplificazione e Investimenti pubblici</b>	<b>8</b>
Merani Vivani & Associati	
<b>I contratti di PPP: gli studi legali chiamati a rinnovate sinergie</b>	<b>10</b>
P&I-Studio Legale Guccione e Associati	
<b>Certezza e semplificazione nei contratti pubblici: un rinnovato ruolo per l'Avvocato</b>	<b>12</b>
Police & Partners	
<b>Appalti innovativi e sanità</b>	<b>14</b>
Stefanelli & Stefanelli	

# Il Recovery fund accende i riflettori sugli appalti

*Gli amministrativisti sono tornati a riflettere sull'efficienza della Pa, da cui è atteso un forte intervento di trasformazione e di accelerazione alla luce delle novità normative*

L'Italia ha urgenza di rendere più efficienti le procedure per la realizzazione di investimenti programmati. Un discorso che vale soprattutto per le infrastrutture, che troppo spesso sono frenate da lungaggini burocratiche e da un numero troppo elevato di adempimenti. Il tema dell'efficienza pubblica è tornato nell'agenda dell'esecutivo e, di conseguenza, sotto la lente degli amministrativisti. Il Consiglio dei ministri il 12-13 gennaio 2021 ha approvato il Piano nazionale di ripresa e resilienza, per stabilire come impiegare i fondi che arriveranno all'Italia dall'Unione europea con il Recovery fund. Gli oltre 210 miliardi di euro previsti serviranno a fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza Covid-19 e a rimettere in carreggiata il Paese. Negli scorsi mesi il governo ha già adottato alcuni provvedimenti ad hoc, con l'obiettivo di introdurre misure di semplificazione procedimentale in tema di appalti pubblici e far ripartire gli investimenti. Con il decreto "Semplificazioni" (n.76/2020), convertito in legge l'11 settembre 2020 (n. 120/2020), sono state introdotte alcune modifiche al Codice dei contratti pubblici. Sarà realizzato un vasto programma di interventi per lo snellimento delle 29 procedure autorizzative e di controllo nei settori nei quali più è avvertito dalle imprese l'eccessivo carico di oneri normativi e burocratici, ed evitare la perdita di tempi "inutili" e di risorse economiche. L'Ance, l'associazione di categoria dei costruttori edili, stima che si potrebbero recuperare 240 giorni nella realizzazione di un'opera con un incremento dell'efficienza pubblica. In un sistema più efficiente, significa realizzarla con quasi un anno in anticipo. E in cantiere il governo ha elencato ben

36 opere da realizzare, inserite nel Piano messo a punto dal Ministero delle infrastrutture collegato al decreto, tra dighe, opere ferroviarie, strade e reti digitali.

In questo scenario di rinnovato interesse sugli investimenti pubblici e di incertezza normativa, TopLegal pubblica una guida sugli Appalti, una bussola preziosa in questo momento congiunturale per professionisti, giuristi d'impresa e imprese attive in settori a stretto contatto con la pubblica amministrazione.

Gli esperti di diritto amministrativo sentiti da TopLegal fanno notare che le ultime novità non riducono sul serio gli adempimenti a carico delle imprese. Persistono, inoltre, alcune criticità.

Gli amministrativisti sono tornati a riflettere anche sul tema della individuazione e gestione dei conflitti di interesse nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici, alla luce delle recenti sentenze del Consiglio di Stato emesse tra il 2019 e il 2020. L'enfasi sugli investimenti di Stato ha fatto tornare alta l'attenzione anche su altri aspetti ancora poco chiari della normativa. Tra questi, l'attestazione dell'assenza delle cause di esclusione e, in particolare, di gravi illeciti professionali, in merito alle vicende da riferire in gara per le valutazioni della stazione appaltante.

Le lacune organizzative delle pubbliche amministrazioni e le ristrettezze dei bilanci pubblici sono tornate, infine, a porre al centro delle esigenze del Paese i contratti di partenariato pubblico-privato (Ppp). L'andamento nei primi mesi del 2020, del resto, ha visto su 395 procedimenti, 51 concessioni, 64 project financing a iniziativa pubblica e ben 280 procedimenti attivati dai privati.

# Contratti pubblici e conflitto d'interessi: quale soglia di attenzione per le imprese?



Assume crescente rilevanza nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici il tema della **individuazione e gestione dei conflitti di interesse**. Il legislatore è entrato in argomento con l'**art. 42 del Codice dei contratti pubblici** (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), applicabile alle procedure sotto e sopra la soglia di rilevanza comunitaria. La norma definisce il conflitto di interessi come quella situazione in cui la presenza di un interesse personale in capo ad un soggetto, operante in nome o per conto della stazione appaltante, che interviene a qualsiasi titolo nella procedura di gara o potrebbe in qualsiasi modo influenzarne l'esito, è **potenzialmente idonea a minare l'imparzialità e l'indipendenza del committente** nella procedura di gara. Le **Linee Guida Anac n. 15** sulla *individuazione e gestione dei conflitti di interesse* hanno precisato che l'interesse personale dell'agente può essere di varia natura (finanziaria, economica o anche affettiva) e deve comportare *"la sussistenza di gravi ragioni di convenienza"* (punto 2.4). La giurisprudenza ha interpretato queste previsioni come 'atipiche', statuendo che "non esiste un numerus clausus di situazioni che comportano incompatibilità" (Cons. Stato, n. 667/2019): la norma opera "per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può determinare" (Cons. Stato, n. 3048/2020). Proprio partendo dalla considerazione che trattasi di norma atipica e di pericolo, la giurisprudenza ha altresì tratto la conclusione che la norma del conflitto di interessi **si applica anche ai concorrenti** alle gare (nonostante che nella sua versione letterale l'art. 42 si riferisca espressamente solo a chi agisce per conto della stazione appaltante) e che la disciplina del conflitto di interessi trovi applicazione **anche per la fase di esecuzione** dei contratti pubblici (art. 42, comma 4, del Codice). Perciò grava sulla Stazione appaltante un genera-

le **obbligo di vigilanza** "in relazione a tutte le possibili misure che possano essere prese per prevenire o porre rimedio al conflitto d'interessi" (Cons. Stato, n. 5151/2020). Va anche aggiunto che l'art. 80, comma 5, lettera D del Codice dei contratti pubblici dispone che risulta ostativo alla partecipazione alla gara (o alla conclusione del contratto) il fatto che la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interessi "non diversamente risolvibile". Dal combinato tra la rilevanza della posizione del concorrente ai fini del conflitto di interessi e l'obbligo della stazione appaltante di attivarsi per prevenirlo, **la più recente giurisprudenza** ha tratto il corollario secondo cui **se il concorrente non dichiara** (nella documentazione di gara) la posizione di conflitto anche solo "**meramente potenziale**", **ed anche se il conflitto** non si sia, poi, effettivamente concretizzato, la stazione appaltante deve procedere ad annullare l'aggiudicazione e risolvere il contratto (Tar Lazio, n. 13181/2020 e 12849/2020, in cause patrocinata dall'av. Andrea Grazzini). Un approccio quindi particolarmente cautelativo, quello della giurisprudenza, che richiede agli operatori del settore una particolare sensibilità alle possibili dinamiche di conflitto d'interessi e impone ai professionisti coinvolti un supplemento di attenzione, anticipata alla soglia del mero pericolo.

---

## AG Studio Legale

FIRENZE  
Piazza Vittorio Veneto, 1 50123 Tel.055.2608700  
PRATO  
Piazza Europa 8, 59100 Tel.0574.553678  
segreteria@agstudiolegale.com

[www.agstudiolegale.com](http://www.agstudiolegale.com)

---

A CURA DI JACOPO RECLA

# Il “Decreto Semplificazioni”: reale semplificazione o (solo) accelerazione?

Il sistema degli appalti pubblici richiederebbe interventi per rendere più efficienti le gare, ma anche le ultime novità normative non riducono davvero gli adempimenti. L'esame di un caso pratico.



Con il cd. “Decreto Semplificazioni” (Decreto legge n. 76/2020, convertito in L.n. 120/2020) sono state introdotte alcune modifiche al Codice dei contratti pubblici al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici. Per verificare se le norme ottengono davvero tali finalità, soprattutto in relazione alle gare “ordinarie” come quelle sotto-soglia, partiamo da un caso concreto.

Poniamo l'ipotesi di una stazione appaltante che, prima del DL Semplificazioni, aveva già impostato una gara per l'affidamento di un appalto lavori sotto soglia da indire con procedura aperta, con il criterio del minor prezzo, nella quale aveva previsto l'inversione procedimentale.

## Quali possibilità offre ora il DL Semplificazioni?

In stretta applicazione del DL, si dovrebbe cambiare la tipologia di gara ed indire una procedura negoziata con invito di almeno 15 operatori. E questo ridurrebbe di molto il numero delle offerte da esaminare. Tuttavia, non si potrebbe utilizzare l'inversione procedimentale (ammessa solo per le procedure aperte) e dunque si dovrebbero esaminare anche tutte le offerte amministrative, con conseguente dispendio di tempo e risorse. In alternativa, si potrebbe mantenere l'impostazione originaria della gara e affidare l'appalto mediante procedura aperta (scelta ammessa dal parere del MIT n. 735/2020), tornando ad avvalersi della facoltà di inversione procedimentale. E dunque si potrebbero ricevere più di 15 offerte, ma verrebbe esaminata solo l'offerta

amministrativa della prima classificata. Il DL prevede anche termini molto più ridotti per la formulazione delle offerte e stabilisce anche l'obbligo di concludere la gara nel termine di 4 mesi, sanzionandolo con la responsabilità erariale del RUP o con l'esclusione del concorrente / risoluzione del contratto. Le nuove disposizioni consentono inoltre di non richiedere la garanzia provvisoria e di non prevedere il sopralluogo obbligatorio: forse le uniche reali semplificazioni per i concorrenti. Viene infine fortemente incentivata l'immediata stipula del contratto e ne viene sempre consentita l'esecuzione in via d'urgenza, anche durante la fase di comprova dei requisiti. In sintesi, dunque, anche dall'esame di un caso pratico risulta che il DL impone certamente l'accelerazione delle procedure di gara. Ma lo stesso DL non ha affrontato le reali criticità che comportano ritardi negli appalti pubblici e - almeno per quelli sotto-soglia - non ha nemmeno introdotto una reale “semplificazione”, né per le stazioni appaltanti, né per i concorrenti in quanto ad entrambi vengono richiesti gli stessi adempimenti entro termini più brevi.

---

## Bertacco Recla & Partners

MILANO  
Via San Damiano, 9 • 20122 Milano  
Tel +39 02 45386060 • Fax +39 02 76340469  
P.Iva 08673360965  
[www.bertaccorecla.it](http://www.bertaccorecla.it)

---

# Il D.L. n.76/2020 ed il termine per le offerte

Il decreto legge c.d. “Semplificazioni” e la riduzione dei termini di presentazione delle offerte per motivi di urgenza. Profili di criticità.



L'art. 8, I comma, lettera c) del D. L. n. 76 del 16.6.2020, «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», prevede che: “in relazione alle procedure ordinarie, si applicano le riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui agli articoli 60, comma 3, 61, comma 6, 62 comma 5, 74, commi 2 e 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti”. Come è noto, Il Codice dei Contratti Pubblici stabilisce i termini ordinari minimi per la presentazione delle offerte da parte degli operatori economici, inderogabili, se non per ragioni di urgenza debitamente motivate. Con l'intervento in commento, il legislatore consente alle Stazioni Appaltanti, per i soli settori ordinari, di adottare i termini ridotti, esonerandole però dal dovere di motivazione relativo alle ragioni di urgenza, ritenute sussistenti ex lege. Se per un verso la ratio del Decreto è certamente meritevole di apprezzamento, la norma reca tuttavia profonde criticità, specie con riferimento a: i. gli appalti di servizi dei quali le Amministrazioni necessitano in termini di continuità e ripetitività, ii. quelli con prestazioni “complesse” che richiedono spesso l'intervento di operatori in RTI c.d. verticale, iii. nonché le gare di interesse transfrontaliero. La novella riconosce dunque ampia discrezionalità alle Stazioni Appaltanti, alle quali viene rimessa in maniera esclusiva la scelta tra termini ordinari e ridotti. Tale opzione, che certamente può limitare l'accesso alle procedure di gara, proprio per la difficoltà di definire in tempi così stretti gli accordi tra i membri dei RTI, prodromici alla presentazione dell'offerta, a giudizio di chi scrive, in taluni casi potrebbe essere censurata ai

sensi dell'art. 79, I comma Codice degli Appalti. L'effetto indiretto della previsione in commento potrebbe essere quello di ridurre sensibilmente la platea dei partecipanti alle gare. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle sopra citate tipologie di appalti, in cui la riduzione dei termini renderebbe oggettivamente difficile la predisposizione delle offerte da parte dei concorrenti ad esclusivo vantaggio dell'operatore c.d. uscente, il quale, avendo precedentemente eseguito il contratto, avrà probabilmente già risolto tutte le questioni organizzative inerenti alla partecipazione alla gara. In tali casi si assisterebbe dunque ad una violazione del principio di libera concorrenza (cfr. Intervento Pres. ANAC del 31.07.2020). In conclusione, in ragione del contesto pandemico in cui la norma ha trovato origine, un approccio maggiormente ponderato, anche alla luce dell'orientamento espresso dalla Commissione Europea (Cfr. Comunicazione 2020/C 108 I/01), avrebbe forse dovuto suggerire l'applicazione di tale riduzione alle sole procedure finalizzate a fronteggiare l'emergenza sanitaria e non anche l'estensione a qualsiasi tipologia di contratto pubblico. In tal modo, i descritti effetti pregiudizievoli sulla concorrenza sarebbero stati per un verso mitigati e, certamente, giustificati dalla tutela diretta del superiore interesse alla salute pubblica.

---

## CTL Studio Legale

MILANO  
Via Vincenzo Monti, 15 / 20123  
ROMA  
Via della Conciliazione, 10 / 00193  
tel. +39 02 84240711 / fax +39 02 84240715  
e-mail: a.pellegrino@ctladvisory.com

---

# Ai confini del grave illecito professionale

Nell'evidente incertezza delle norme, possono definirsi alcuni principi per delimitare gli oneri dichiarativi delle imprese concorrenti alla gare pubbliche.



Tra i molti e complessi adempimenti con cui le imprese devono cimentarsi per partecipare alle gare per l'affidamento di contratti pubblici, vi è senza dubbio l'attestazione dell'assenza delle cause di esclusione dell'art. 80 del Codice dei contratti pubblici e, in particolare, di gravi illeciti professionali. Questa fattispecie è di non immediata perimetrazione, in quanto concerne un'ampia, generale e variegata gamma di circostanze critiche e potenzialmente sintomatiche che devono essere oggetto di dichiarazione da parte dell'impresa. Al riguardo, rilevano le condotte dei concorrenti che devono compiere scelte spesso non agevoli ed in ogni caso insidiose sulle vicende da riferire in gara per le valutazioni della stazione appaltante. Infatti, tra i gravi illeciti professionali rientra proprio l'omessa dichiarazione di informazioni rilevanti, mentre le false dichiarazioni concretano un caso diverso e a sé stante, che implica l'esclusione immediata senza valutazioni discrezionali della committente.

Da tempo gli operatori del settore invocano indicazioni atte ad agevolare i suddetti oneri dichiarativi per la partecipazione alle gare pubbliche e superare così le tante incertezze ed i rischi che ostacolano l'accesso delle imprese al "mercato pubblico" – si pensi anzitutto alla individuazione delle circostanze, dei soggetti rilevanti per l'impresa e del periodo temporale in cui collocare le vicende da dichiarare.

Pur nell'incertezza del quadro normativo vigente – nonostante le riforme degli ultimi 3 anni – e dei

contrastanti giurisprudenziali sul punto, da alcune recenti sentenze del Consiglio di Stato possono comunque trarsi indicazioni utili e significative sulla questione. In particolare, quanto ai soggetti le cui condotte possono rilevare per le dichiarazioni da rendere, è lecito riferirsi a tutti coloro che abbiano responsabilità e capacità di incidere sulle attività dell'impresa in termini di rappresentanza e gestione della stessa, quali specificati dall'art. 80, comma 3, del Codice.

Le condotte da considerare pertinenti e rilevanti, invece, sono quelle poste in essere dall'operatore economico partecipante, nonché dai predetti soggetti, a prescindere dal fatto che siano state commesse nell'interesse personale degli stessi, di altra impresa o di quella concorrente alla gara cui si partecipa. Circa l'arco temporale in cui tali atti e circostanze devono ricadere per assumere rilievo ed essere dichiarate in sede di partecipazione alla gara pubblica, ci si dovrebbe riferire agli ultimi 3 anni antecedenti la data di partecipazione dell'impresa alla gara stessa.

---

## Lipani Catricalà & Partners

ROMA  
Via Vittoria Colonna, 40 - 00193

MILANO  
Via della Posta, 8 - 20123

[www.lipanicatricala.it](http://www.lipanicatricala.it)  
tel: +39 06 36002365

---

# Decreto Semplificazioni e Investimenti pubblici



Il decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, recante “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale” (c.d. “Decreto Semplificazioni”), convertito in legge 11 settembre 2020 n. 120, è finalizzato, come chiarito nelle sue premesse, a soddisfare “la straordinaria necessità e urgenza di realizzare un’accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici ed edilizia”, perseguendo tale obiettivo con misure di semplificazione procedimentale e con lo scopo di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all’emergenza epidemiologica da COVID-19.

La prima parte del decreto contiene previsioni che interessano la materia dei contratti pubblici, con modifiche molto significative alla normativa di riferimento, il Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). In particolare, l’art. 1 del decreto è rubricato “procedure per l’incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all’aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia”; a sua volta l’art.2 contiene disposizioni “... per l’incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all’aggiudicazione dei contratti pubblici ...”. Entrambi gli articoli introducono semplificazioni nelle procedure di affidamento, anche prevedendo – per alcune tipologie di opere (quali quelle relative ad esempio all’edilizia scolastica e alle infrastrutture di vario

genere) – deroghe a quasi tutte le norme vigenti per gli appalti pubblici, ad esclusione di alcuni principi generali (economicità, efficacia, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità), delle direttive europee e di alcune disposizioni a presidio della legalità dell’azione amministrativa e delle imprese (antimafia, subappalto, conflitto di interessi). L’obiettivo delle due norme è inequivocabile: semplificare per facilitare gli investimenti. Ed è altrettanto inequivocabile la consapevolezza del legislatore che il sistema normativo previgente era caratterizzato da una complessità tale da impedire che gli appalti pubblici fossero realmente ed efficacemente un settore produttivo per il Paese.

Come rilevato da una recente ricerca dell’ANCE (“Investimenti pubblici e burocrazia: cause, costi sociali e burocrazia – gennaio 2020”), in Italia è estremamente difficile realizzare gli investimenti programmati, troppo spesso a causa di lungaggini burocratiche e di un numero troppo elevato di adempimenti. Si stima che i tempi “inutili”, che si potrebbero recuperare con un incremento dell’efficienza pubblica, ammontino, in media, a ben 240 giorni. Un’opera pubblica, pertanto, potrebbe divenire realtà ben 8 mesi prima. Si tratta di un tempo che, se fosse recuperato in modo efficiente, potrebbe essere impiegato per generare mediamente ricadute economiche per 9 miliardi di euro

all'anno, pari a mezzo punto percentuale di PIL. Tale situazione è aggravata dal continuo intervento normativo, spesso finalizzato a salvaguardare – non sempre, purtroppo, con successo – l'esigenza di evitare fenomeni corruttivi o criminali a scapito dell'efficacia degli aspetti procedurali ed esecutivi, caricandoli di incumbenti e verifiche burocratiche. Si pensi solo che gli enti attivati per la verifica dei requisiti dell'impresa che si è aggiudicata una gara sono ben 10 (la Procura per il Casellario Giudiziario e i carichi pendenti, la Prefettura per le certificazioni antimafia, l'Agenzia Entrate per la regolarità fiscale, l'INPS-INAIL per la regolarità contributiva, il Tribunale per gli accertamenti relativi a fallimenti, liquidazioni ecc., l'ANAC per il casellario informatico, l'AGCM per le verifiche sulla disciplina anticoncorrenziale, il Sistema AVCPASS per i certificati delle sanzioni amministrative, i Centri per l'impiego per la normativa sui disabili, la Camera di Commercio per la verifica dei dati aziendali). Tale contesto è peggiorato dalle diversità di fonti interpretative esistenti, che costringono gli operatori, siano essi stazioni appaltanti o imprese concorrenti, a dover di volta in volta individuare quale sia, nei singoli casi, la migliore soluzione possibile e più accettabile: infatti, oltre alle norme di legge, spesso scritte da mani inesperte, vi sono quelle regolamentari, le circolari ministeriali, le Linee Guida, le determinazioni e i pareri dell'ANAC, le sentenze della giurisprudenza amministrativa (TAR e Consiglio di Stato), le sentenze della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione. E sono frequenti i casi in cui due fonti interpretative contrastano tra di loro o, comunque, lasciano un problema senza soluzione.

Proprio l'insieme delle complessità brevemente descritte ha indotto il legislatore, con il "decreto semplificazioni", a introdurre modifiche strutturali al sistema dei contratti pubblici, pur sempre avendo a presidio la legalità e i principi di concorrenza e trasparenza. Si tratta di modifiche che rappresentano una grande opportunità per le imprese e per gli enti appaltanti, non soltanto nel settore delle grandi opere infrastrutturali ma di tutti gli appalti pubblici, per realizzare procedure ed eseguire contratti in un quadro normativo semplificato e meno dispersivo di quello esistente sino ad oggi. Opportunità resa ancor più concreta dall'obbligo di rispettare dei tempi precisi per la conclusione di ogni procedura, con il rischio che il mancato rispetto dei termini, la mancata tempestiva stipulazione del contratto o il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso siano valutati ai fini

della responsabilità per danno erariale in capo al funzionario pubblico e, qualora imputabili all'impresa, costituiscano causa di esclusione dalla procedura o di risoluzione del contratto. Tale intervento innovativo, essendo maturato nel contesto emergenziale, avrà efficacia solo per un periodo limitato di tempo (procedure indette fino al 31 dicembre 2021). Nei prossimi 12 mesi, pertanto, assisteremo a un test i cui risultati saranno strategici per una eventuale riforma del sistema di più ampio respiro ispirata alla de-burocratizzazione, semplificazione ed efficienza degli affidamenti pubblici. Una occasione, in definitiva, che non va perduta, in un momento così delicato per tutto il sistema Italia e anche per la sua credibilità internazionale.

---

### Merani Vivani & Associati



Carlo Merani

**Merani Vivani & Associati** presta consulenza e assistenza in giudizio nel settore pubblicistico, con particolare riguardo alla contrattualistica pubblica e al diritto dell'ambiente.

Lo studio è composto da diciotto professionisti, tutti operanti nell'ambito del diritto amministrativo e nel relativo contenzioso: ciascuno ha poi sviluppato nel tempo esperienze in settori più specifici, dai contratti pubblici all'urbanistica, dal diritto ambientale al diritto dell'energia, dal diritto degli enti locali alle società pubbliche, dal partenariato pubblico-privato agli appalti internazionali, dalle procedure innanzi alle Autorità indipendenti al contenzioso civile in materia esecutiva e ai giudizi contabili.

#### TORINO

Galleria Enzo Tortora, 21 – 10121  
Tel. 011 5075811 – Fax 011 5075818

#### MILANO

Largo Donegani, 2 – 20121  
Tel. 011 5075811 – Fax 011 5075818

#### GENOVA

Via Interiano, 3/10 – 16123  
Tel. 010 532492 – Fax 010 540870

info@meranivivani.com  
www.meranivivani.com

---

# I contratti di PPP : gli studi legali chiamati a rinnovate sinergie

La gestione ottimale delle operazioni di PPP nelle infrastrutture e nei servizi rende ineludibile una continua interazione tra legali di estrazione diversa e con i professionisti esperti di finanza pubblica



## Avanzano le iniziative dei privati ed arrancano quelle pubbliche

Le ataviche ristrettezze dei bilanci pubblici in una con le lacune organizzative delle pubbliche amministrazioni pongono i contratti di Partenariato Pubblico Privato sempre più al centro delle esigenze del nostro Paese in relazione alla loro qualificazione come operazioni *off balance*, fuori dunque dal vincolo di pareggio di bilancio, nonchè alla importante delega di funzioni ed annessa allocazione dei rischi sui soggetti privati.

I contratti di PPP sono utilizzati a tutto tondo per le infrastrutture – tra cui ospedali, autostrade, impianti sportivi, parcheggi - e ne è previsto un precipuo utilizzo per la messa a norma antisismica e l'efficientamento energetico di edifici pubblici tra cui in primis le scuole; ma negli ultimi anni è stato forte l'incremento anche nell'ambito dei servizi (servizi informatici, specie nel settore sanitario, *smart city*, gestione di siti museali o archeologici, servizi di ristorazione, illuminazione pubblica).

Pur se sono certamente rilevanti le recenti modifiche apportate al Codice dei Contratti Pubblici in tema di PPP permangono ancora talune lacune, in particolar modo di carattere procedimentale, che non consentono un ottimale utilizzo di questi contratti. La fotografia dell'Osservatorio OICE/Informa-tel dell'utilizzo delle concessioni ad iniziativa pub-

blica per costruzione e gestione di infrastrutture, dei procedimenti di finanza di progetto ad iniziativa dell'amministrazione e di quelli su proposta di operatori economici è eloquente: nel 2019 su 574 procedimenti attivati, solo 108 sono le concessioni (art 164 e seguenti del Codice), 91 le gare ad iniziativa pubblica (art 183, commi 1-14) e ben 375 le proposte ad iniziativa privata (art 183, comma 15), il che rende evidente un utilizzo troppo scarso dell'iniziativa pubblica. L'andamento per i primi mesi del 2020 è sostanzialmente confermato: su 395 procedimenti si registrano 51 concessioni, 64 *project financing* ad iniziativa pubblica e 280 procedimenti attivati dai privati.

Quali le ragioni? Certamente tra queste vi sono gli importanti oneri progettuali che incombono sulle PA: occorre predisporre un progetto di fattibilità tecnica ed economica da porre a base di gara, il che è molto impegnativo se non addirittura un ostacolo insormontabile per talune stazioni appaltanti di piccole dimensioni. Altrettanto scoraggiante è poi per i privati dover partecipare ad una gara proponendo in sede di offerta un progetto definitivo, il che accade sia nelle concessioni che nei *project financing* ad iniziativa pubblica. A tal proposito, perché non differenziare i due procedimenti prevedendo che nelle concessioni i concorrenti possano limitarsi ad offrire modifiche migliorative del progetto a base



di gara? Ovviamente a spostare l'ago della bilancia verso le proposte ad iniziativa privata vi è anche il diritto di prelazione che stimola i privati e, lo sgravio di compiti, non solo progettuali ma anche programmatori, che incomberebbero sulla PA, che per l'appunto invece ne viene sollevata dall'iniziativa privata; sgravio talvolta così gradito che si va implementando l'utilizzo di avvisi pubblici per sollecitare manifestazioni di interesse da parte dei privati.

### **Le novità normative e le nuove opportunità professionali**

La disciplina del procedimento di finanza di progetto ad iniziativa privata (art 183, comma 15) ha subito un'importante modifica ad opera dell'art. 8, co. 5, lett. d) del D.L. n. 76/2020 (c.d. "D.L. Semplificazioni"), alla luce della quale il presupposto per l'avvio del procedimento di finanza di progetto da parte del privato non risulta più essere il mancato inserimento delle opere e dei servizi negli strumenti di programmazione dell'amministrazione.

Ciò significa, in altri termini, che da ora in poi le proposte dei privati potranno prevedere anche opere e/o servizi già inclusi negli strumenti pubblici di programmazione.

La relazione illustrativa al decreto chiarisce, in proposito, che *"Al fine [...] di assicurare la migliore fattibilità dei progetti ovvero rimediare alla potenziale inerzia dell'amministrazione, la disposizione [di cui all'art. 8, co. 5, lett. d) del D.L. n. 76/2020, n.d.r.] concede al promotore la facoltà di proporre progetti anche alternativi, migliorati e affinati rispetto a quelli già inseriti negli strumenti di programmazione"*.

La modifica normativa riscrive, dunque, la *ratio* dell'istituto, poiché l'apporto del privato nella presentazione di proposte potrà intervenire anche in una fase

successiva a quella di programmazione, così da ampliare il raggio di azione di tale procedura.

Sul piano operativo, prima di proporre una nuova opera/un nuovo servizio ai sensi dell'art. 183, co. 15 del Codice, sarà importante approfondire il progetto infrastrutturale così come concepito dall'amministrazione. Se, infatti, la relazione al D.L. n. 76/2020, chiarisce che al promotore è riconosciuta la facoltà di proporre progetti anche alternativi, migliorati e affinati rispetto a quelli già inseriti negli strumenti di programmazione, l'alternatività in questione non potrà certamente tradursi nel trascurare quanto previsto dall'amministrazione. Occorrerà, pertanto, valutare adeguatamente quanto programmato dall'amministrazione, cogliere gli aspetti distintivi dell'opera/servizio e, sulla base di ciò, elaborare e presentare la relativa proposta migliorativa/alternativa.

Quali le componenti professionali rivelatesi fondamentali in questi anni e che certamente lo saranno sempre di più per il futuro? La oggettiva multidisciplinarietà richiesta per gestire in modo ottimale le operazioni di PPP implica una approfondita conoscenza non solo dei profili procedurali disciplinati dal Codice dei Contratti, che si addicono in particolar modo agli avvocati amministrativisti, ma anche dei profili di bancabilità del contratto, che richiedono una sensibilità da civilisti. Imprescindibile poi su molteplici aspetti (piano economico-finanziario, *public sector comparator*, *value for money*, etc) il ruolo degli esperti di finanza pubblica, così come è importante avere la sensibilità derivante dal contenzioso, sia per impostare l'attività di assistenza e consulenza ai clienti, pubblici e privati, anche alla luce della prevenzione del contenzioso, sia per poterlo gestire al meglio laddove divenga inevitabile. Infine, la diversificazione delle esperienze sia con soggetti pubblici che privati è molto importante ed apprezzata. Difatti, se si assiste un operatore economico e si hanno esperienze anche come consulenti delle pubbliche amministrazioni si riesce più agevolmente ad immedesimarsi nella *forma mentis* dei soggetti pubblici evitando in tal modo più efficacemente di provocare un approccio all'insegna della cosiddetta burocrazia difensiva.

---

### **P&I-Studio Legale Guccione e Associati**

ROMA  
Via Sardegna, 50 - 00187  
tel + 39 06 8553054  
www.peilex.com

---

# Certezza e semplificazione nei contratti pubblici: un rinnovato ruolo per l'Avvocato



Le *Linee guida del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR) sono la risposta della Repubblica Italiana all'iniziativa proposta dalla Commissione Europea e successivamente approvata dal Consiglio Europeo il 21 luglio 2020, intitolata *Next Generation EU* (NGEU). La proposta, al pari del Bilancio 2021-2027 dell'Unione Europea, dopo l'approvazione del Parlamento Europeo, dovrà poi essere ratificato dai Parlamenti nazionali. Un Focus particolare sulla ripresa economica si concentra sul livello di efficienza della pubblica Amministrazione che certo non da ora, ma ora in modo drammatico, si pone come indicatore fondamentale per valutare le potenzialità di crescita del Paese, della sua attrattività e della competitività. Come correttamente rilevato da più parti, sulla pubblica Amministrazione si è appuntato lo sguardo europeo e da essa è dichiaratamente atteso un forte intervento di trasformazione e di accelerazione.

Nel solco del decreto-legge in materia di semplificazioni (n. 76 del 2020), sarà realizzato un vasto programma di interventi per la semplificazione normativa e lo snellimento delle 29 procedure autorizzative e di controllo nei settori nei quali più è avvertito dalle imprese e dalle famiglie l'eccessivo carico di oneri normativi e burocratici.

L'effettiva necessità di autorizzazioni, nulla osta, permessi verrà attentamente verificata, mirando ove possibile a sostituire i controlli *ex ante* con controlli

*ex post*, favoriti anche dalle tecnologie digitali che garantiscono trasparenza e immodificabilità delle attività svolte. La realizzazione del programma di semplificazione è quindi affidata sia alla revisione del *framework* legale e delle norme procedurali, sia all'impiego ove possibile della digitalizzazione nei processi decisionali.

Le norme e le procedure per l'aggiudicazione di contratti e concessioni da parte delle pubbliche Amministrazioni costituiscono il mezzo per assicurare gli ingenti investimenti infrastrutturali che la Repubblica progetta di realizzare nel prossimo triennio. Sono 36 le opere elencate nel Piano di infrastrutture messo a punto dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti collegato al decreto semplificazioni: si tratta di 12 opere idriche (dighe o acquedotti) di nuova realizzazione o di messa in sicurezza; 15 opere ferroviarie (anche ad alta velocità); 9 significativi tratti di rete stradale. Ed a questo si aggiunga il massiccio potenziamento della infrastruttura digitale di ultima generazione e la ristrutturazione in termini di efficienza energetica degli immobili pubblici e di quelli privati.

Da gran tempo è noto che il settore delle opere e delle infrastrutture pubbliche, che ha un peso importante nel prodotto interno lordo del nostro Paese, è affetto da una regolazione troppo pervasiva, dal sovrapporsi di più tipi di controlli, dalla riluttanza degli amministratori pubblici ad assumere decisioni

che possono comportare responsabilità. Su questo tema, la cultura giuridica di cui è espressione il mondo della professione forense ha forse da dire più di quanto abbia fatto finora.

Gli Avvocati esperti di diritto amministrativo e di contrattualistica pubblica, infatti, hanno maturato una profonda conoscenza dei problemi che quotidianamente si frappongono al raggiungimento del risultato ed hanno sviluppato una particolare sensibilità nel coniugare le necessità dell'effettivo ed utile impiego delle risorse pubbliche stanziare con l'esigenza di certezza e tempestiva realizzazione delle opere e delle infrastrutture strategiche progettate. È quindi preziosa per la semplificazione del settore, l'elevata specializzazione che gli Avvocati hanno maturato sia in sede di procedure di gara, sia in sede di esecuzione delle infrastrutture e delle opere, sia ancora in occasione dell'annoso contenzioso che spesso ne segue. Questa esperienza suggerisce, sul versante delle regole, di guardarsi dalla facile tentazione di agire in modo semplicistico nel porsi al di fuori dalla cornice giuridica del diritto europeo, né pare credibile che l'Italia si faccia promotrice di proposte volte a sospendere una serie di indeterminati obblighi sanciti dalle direttive dell'Unione, inclusi quelli riguardanti i ricorsi degli operatori esclusi dagli appalti. Basterebbe infatti incentivare il ricorso alle procedure più semplici che pure il Diritto Europeo ci offre, ovvero sanzionare (o addirittura precludere) il ricorso a procedure più onerose e defatiganti che ancora sono previste dalle norme nazionali, per assicurare il risultato.

Non che deroghe o mitigazioni alle regole europee o nazionali non siano praticabili. Come è stato sospeso il Patto di stabilità ed è stato mitigato il controllo sugli aiuti statali alle imprese, così potrebbe essere considerata anche la sospensione di alcune norme europee. Ma come gli Avvocati esperti del settore ben sanno gli ostacoli maggiori non si rinvergono nelle norme esistenti o nelle regole procedurali oggi applicabili (siano esse di matrice europea o nazionale), quanto piuttosto nelle incertezze derivanti dall'applicazione di tali regole, soprattutto per l'instabilità del quadro normativo in materia (due Codici succedutisi a meno di un decennio, continue modifiche legislative sulle norme centrali un Regolamento prontamente redatto dal Ministero competente ma non ancora approvato dal Governo, la permanenza di incerte Linee guida applicative dettate dall'Autorità di vigilanza di settore), e poi l'instabilità degli orientamenti giurisprudenziali conseguente certo al mutare delle norme, senza dire dell'assenza di un opportuno *self-restraint* nella propensione a mutare troppo frequentemente gli orientamenti consolidati delle Corti supreme.

Il concorso qualificante che gli Avvocati specializzati nel settore possono assicurare — anche nel giusto interesse dei propri Clienti — si rinviene nella consulenza strategica nella fase che precede la partecipazione alle procedure. Una assistenza specializzata che anche grazie alla possibilità di una interlocuzione professionale e specialistica con le Stazioni appaltanti riduce i rischi di insuccesso ancor prima di (ed anzi nella speranza di non) giungere alla controversia.

È compito degli Avvocati che assistono importanti stazioni appaltanti suggerire strategicamente e fin da ora — a legislazione vigente — l'applicazione di procedure negoziate anche senza bando, l'impiego di sistemi dinamici di acquisizione, il ricorso ad accordi quadro flessibili e di duraturo impiego. In ciò essendo ben possibile favorire anche le piccole e medie imprese, che risentono maggiormente delle ripercussioni della crisi. Un ulteriore ruolo degli Avvocati specializzati nel settore, non ultimo per importanza, concerne il modo in cui si esercita la giurisdizione. Un approccio al contenzioso sulle procedure di gara e sulle illegittime aggiudicazioni che faccia tesoro delle norme processuali accelerate per consolidare l'esito dell'aggiudicazione e la definitiva stipula dei contratti. Al contempo, nel più lungo contenzioso ordinario relativo alla esecuzione dei contratti, il ruolo degli Avvocati specializzati è quello di costruire solidamente la difesa anche nella utile prospettiva della cessione dei crediti controversi, in modo da accelerare le esigenze di cassa delle Imprese. In sostanza, quella che si va consolidando da parte degli Avvocati specialisti del settore è un'assistenza legale che anche nel contenzioso sappia offrire un supporto strategico alle Imprese e alle Stazioni appaltanti rispetto al raggiungimento dei rispettivi risultati aziendali e istituzionali.

---

## Police & Partners



**Aristide Police**

ROMA  
Viale Liegi, 32 | 00198 Roma  
Tel. 06 99344799  
Fax 06 99291244  
studio@policepartners.it  
www.policepartners.it

---

# Appalti innovativi e sanità

Come spendere bene i soldi del Recovery Plan attraverso gli appalti pubblici



Sono 19,7 i miliardi che ad oggi (11/01/2021) risultano destinati al Comparto sanità dalla bozza del Recovery Plan, di cui 7,9 all'assistenza di prossimità ed alla telemedicina ed i restanti 11,8 all'innovazione, alla ricerca ed alla digitalizzazione. Questi 11,8 miliardi dovranno essere dunque destinati, nel futuro prossimo venturo, ad incrementare la ricerca in ambito sanitario nonché all'acquisto d'innovazione tecnologica, sia nell'ambito dei servizi sanitari che di dispositivi medici. In che modo, tuttavia, può essere legittimamente allocata quest'enorme quantità di denaro, che da un lato deve servire a proiettare la Sanità italiana nel futuro nonché, dall'altro, rappresenta un volano per far ripartire l'economia? La risposta a tale domanda deve trovarsi necessariamente nella normativa che regola gli appalti pubblici, stante il divieto di aiuti di Stato previsto dalle regole della U.E.; d'altro canto la Direttiva 2014/24/EU sembrava già anticipare tale scenario quando, nel Considerando n. 47, indicava come *“La ricerca e l'innovazione sono uno dei principali motori della crescita futura e sono poste al centro della strategia Europa 2020 [.]*. **Le autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l'innovazione”**.

A fronte di dette considerazioni il Legislatore comunitario ha quindi introdotto specifici strumenti

procedurali per consentire alle Amministrazioni Pubbliche non solo d'acquistare beni e servizi innovativi, ma anche di “creare” innovazione tramite la collaborazione con gli operatori privati; nelle ultime Direttive comunitarie in materia d'appalti pubblici sono state così introdotte, oltre alle tradizionali procedure aperte, ristrette e negoziate, altre tipologie di gare che consentono una diversa interlocuzione fra le PP.AA. ed i privati, graduate a seconda della differente collaborazione fra loro. Tali nuove procedure sono poi state tutte recepite dal Legislatore italiano nel D.Lgs.n. 50/2016.

Così con la “procedura competitiva con negoziazione” la P.A. ricerca un operatore economico in grado di proporre soluzioni innovative a prodotti e servizi, che risultano già esistenti sul mercato ma che non soddisfano appieno le specifiche esigenze della P.A. (da cui la possibilità di modifiche), mentre tramite il “dialogo competitivo” la Stazione appaltante chiede al mercato di formulargli delle proposte tecniche, giuridiche e finanziarie per soddisfare sue particolari necessità, tanto complesse che la stessa Pubblica Amministrazione appaltante era stata neppure in grado di “progettare” quale possibili soluzioni da ricercare sul mercato. Con il “partenariato per l'innovazione”, invece, si entra in un ambito di sperimentazione pura, trattandosi di una procedura volta a individuare un soggetto con cui la P.A. intende

instaurare una partnership per lo sviluppo e la produzione di prototipi o di soluzioni innovative, che tuttavia l'operatore economico non ha ancora completato e/o commercializzato.

E' tuttavia con gli **appalti pre-commerciali** che si raggiunge il vero punto d'equilibrio fra la spinta all'innovazione del Buyer pubblico e l'interesse dell'operatore economico (start-up o multinazionale che sia) che intende progettare e commercializzare un prodotto/servizio innovativo.

L'art. 158 del Codice appalti infatti, in disparte il comma 1° (che regola i servizi di R&S "puri", in cui la P.A. finanzia totalmente le ricerche ed acquista il 100% delle risultanze), prevede al comma 2° che *"Le stazioni appaltanti possono ricorrere [...] agli appalti pubblici pre-commerciali, destinati al conseguimento di risultati non appartenenti in via esclusiva all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività e per i quali la prestazione del servizio non è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice [...] nelle ipotesi in cui l'esigenza non possa essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato."*

Già nella Comunicazione CD 799/2007 la Commissione Europea scriveva *"il settore pubblico deve far fronte ad importanti sfide sociali. Si tratta tra l'altro, di assicurare cure sanitarie di elevata qualità a prezzi accessibili per affrontare l'impatto dell'invecchiamento della popolazione, di lottare contro i cambiamenti climatici, di accrescere l'efficienza energetica, di migliorare l'accesso ad un insegnamento di elevata qualità, e di gestire più efficacemente le minacce alla sicurezza"*. Sembra scritto ieri e non 13 anni or sono !!! Il fine degli appalti pre-commerciali non è dunque il mero impulso alla ricerca ma l'utilizzo pratico ed effettivo di prodotti/servizi utili per la collettività e di futura commercializzazione, condividendo i rischi ed i benefici con l'operatore privato ma non acquistando l'esclusiva del prodotto/servizio; in tal modo la P.A. può sfruttarne le potenzialità, limitandosi a coprirne il mero prezzo di mercato (ma non d'acquisto del diritto d'esclusiva).

Così, peraltro, la P.A. ovvia pure al divieto di fornire aiuti di Stato, in quanto versa all'imprenditore un mero contributo per la *partnership*. Se dunque lo scenario che la pandemia Covid 19 ci consegna è un futuro di grandi investimenti pubblici, lo strumento che in Italia si ritiene possa essere maggiormente utilizzato per stimolare l'innovazione e fare da volano strategico alle commesse pubbliche è quello degli appalti pre-commerciali.

Lo Studio Stefanelli&Stefanelli, da anni specializzato in appalti e sanità pubblica, ha le competenze e la

professionalità per affiancare e coadiuvare le amministrazioni pubbliche e gli imprenditori privati nella corretta formulazione di un contratto d'appalto pre-commerciale, avendo già seguito in passato alcuni casi molto interessanti e accingendosi ad assumere, per l'anno 2021, l'incarico di gestire altri appalti pre-commerciali per importanti multinazionali del biomedicale.

Anche in quest'ottica lo Studio ha provveduto a costituire, nell'anno 2020, una specifica società ("BEST IN HEALTH MANAGEMENT, ADVOCACY & COMPLIANCE SERVICES S.P.A.") insieme ad altre professionalità complementari, proprio allo scopo di curare Parteneriati Pubblico-Privati ed appalti pre-commerciali prevalentemente in ambito sanitario. Ciò nella consapevolezza che l'enorme flusso d'investimenti che arriverà sul mercato della sanità in Italia debba essere correttamente utilizzato e veicolato verso gli obiettivi che la Commissione Europea già preconizzava nel lontano 2007 con la Comunicazione n. 799.

---

## Stefanelli & Stefanelli



Andrea Stefanelli

Lo Studio Legale Stefanelli&Stefanelli, specializzato in Appalti e Sanità, ha realizzato in oltre vent'anni di attività un team di professionisti fortemente specializzato, sviluppando competenze legate ai temi innovativi della digitalizzazione, gestione del dato e nuove tecnologie. I principali clienti sono aziende che operano in ambito sanitario, farmaceutico e biomedicale, oltre ad imprese di costruzioni ed impiantistica.

BOLOGNA

Via Azzo Gardino 8/A 40122 Bologna

Telefono: +39 051520315

MILANO

Via Nino Bixio, 31 - 20129

Telefono: +39 02 87325559

ROMA

Palazzo Marignoli - Piazza di San Silvestro, 8 - 00187

Telefono: +39 0699312761

VENEZIA

Castello 2388 - 30122 Venezia

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

[info@studiolegalestefanelli.it](mailto:info@studiolegalestefanelli.it)

---

Il Focus Appalti fa parte degli speciali  
giuridici di TopLegal

Consulta su [www.toplegal.it](http://www.toplegal.it)  
tutti gli approfondimenti editoriali

**Gli speciali:**  
Focus Tax  
Focus Sport  
Focus Fintech  
Focus COVID-19  
Focus Penale  
Focus Lavoro  
Focus Commercialisti

TOPLEGAL  
FOCUS  

---

APPALTI