

# La disciplina dei Settori Speciali nel nuovo Codice Appalti

## *Novità e schema delle disposizioni applicabili*

Il nuovo Codice dedica alla disciplina degli appalti di Settore Speciale un intero libro – il terzo – restituendo a quest’ultima (quantomeno sulla carta) unitarietà e soprattutto autonomia rispetto alla disciplina dei settori ordinari.

### *Il Libro III*

Il libro dedicato ai settori speciali è strutturato come un “piccolo” Codice, è infatti suddiviso in quattro Parti che ripercorrono le diverse fasi della procedura ad evidenza pubblica.

Manca una Parte dedicata esclusivamente all’esecuzione dell’appalto cui si applicheranno solo alcune disposizioni di parte generale individuate all’art. 141.

La struttura del Libro III risponde alla volontà del Legislatore di individuare in modo chiaro e distinguere, rispetto a quella di parte generale, le peculiarità proprie della disciplina di settore speciali.

Chiaramente, per ragioni di opportunità, il Libro III opera alcuni richiami.

### *I richiami alla disciplina di parte generale*

Con riguardo ai richiami previsti nel Libro III del D.Lgs. 36/2023 va preliminarmente sottolineato che, rispetto al passato, si è scelto di operare rinvii puntuali alle specifiche disposizioni.

Il Codice del 2016 infatti – a partire dall’art. 114 – elencava le disposizioni dei settori ordinari applicabili ai settori speciali utilizzando la formula dell’ *“in quanto compatibili”*.

L’inciso *“in quanto compatibili”*, sebbene previsto quale clausola inclusiva, è risultato nel tempo foriero di molti contenziosi.

Come detto, la formulazione del nuovo Codice dovrebbe consentire di superare definitivamente tale criticità.

Il Libro III del D.Lgs. 36/2023, infatti, nelle norme di apertura delle Parti I, II e IV (artt. 141, 153 e 167) fornisce un preciso elenco di libri, parti, e articoli del Codice riferiti ai settori ordinari, applicabili ai settori speciali.

|   |  |
|---|--|
| <p><b><u>Parte I</u></b><br/><b><i>Disposizioni generali</i></b><br/>Artt. 141 - 152</p>    | <p><b><u>Parte II</u></b><br/><b><i>Scelta del Contraente</i></b><br/>Artt. 153 - 158</p>            |
| <p><b><u>Parte III</u></b><br/><b><i>Bandi, Avvisi e Inviti</i></b><br/>Artt. 159 - 166</p> | <p><b><u>Parte IV</u></b><br/><b><i>Selezione Partecipanti e offerte</i></b><br/>Artt. 167 - 173</p> |

## I richiami contenuti all'art. 141 – “Disposizioni generali”



- a) il Libro I, Parte I, Titolo I, eccetto l'articolo 6;
- b) nell'ambito del Libro I, Parte I, Titolo II, gli articoli 13, 14, 16, 17 e 18. L'articolo 15 si applica solo alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti che sono amministrazioni aggiudicatrici;
- c) il Libro I, Parte II;
- d) nell'ambito del Libro I, Parte IV, gli articoli 41, 42, 43, 44, 45 e 46;
- e) nell'ambito del Libro II, Parte II, gli articoli 57, 60 e 61;
- f) nell'ambito del Libro II, Parte III, Titolo I, l'articolo 64;
- g) nell'ambito del Libro II, Parte III, il Titolo II;
- h) nell'ambito del Libro II, Parte V, Titolo IV, il Capo II si applica nei limiti di cui agli articoli 167, 168 e 169:

## I richiami contenuti all'art. 153 – “Procedure di scelta del contraente”



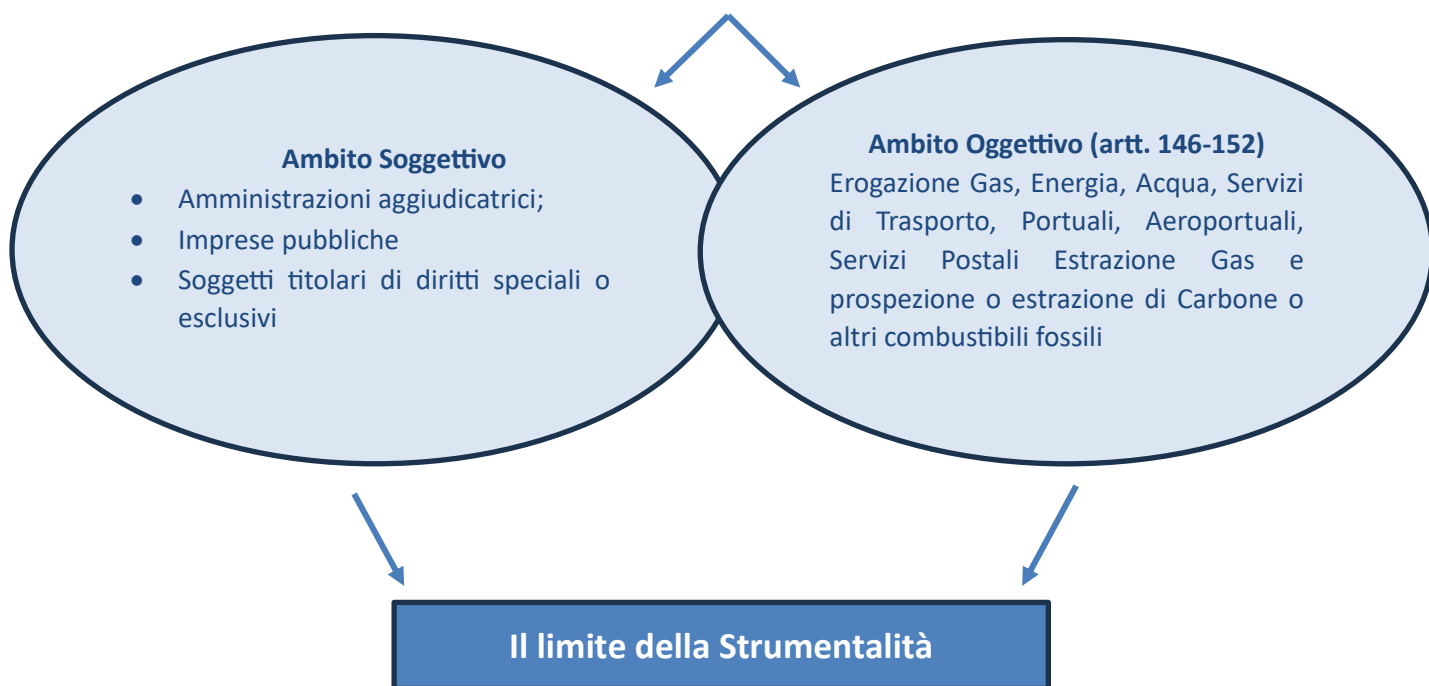
- Articoli 70, co.6, 71, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80 e 85;

## I richiami contenuti all'art. 167 – “Selezione dei partecipanti e delle offerte”



- a) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti che sono amministrazioni pubbliche nominano una commissione giudicatrice;
- b) sono rispettati i termini per la presentazione delle domande di partecipazione secondo quanto previsto dall'articolo 92, comma 1;
- c) salvo quanto stabilito dagli articoli 168 e 169, è accertata l'assenza delle cause di esclusione previste dagli articoli 94, 95, con riferimento agli accordi internazionali elencati nell'allegato XIV alla direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, 96, 97 e 98 ed è richiesta la documentazione prevista dall'articolo 99;
- d) Salvo quanto stabilito dagli articoli 168 e 169, è richiesto il possesso dei requisiti di partecipazione previsti dagli articoli 100 e 103;
- e) è consentito il soccorso istruttorio con le modalità e nei limiti previsti dall'articolo 101;
- f) è stabilito che gli operatori economici presentino la documentazione prevista dagli articoli 91 e 105;
- g) è consentito il ricorso all'avvalimento secondo quanto previsto dall'articolo 104;
- h) è verificata la conformità delle offerte e aggiudicato l'appalto secondo quanto previsto dagli articoli 107, 108 e 110.

## L'ambito di applicazione



Sono compresi i soli contratti *strumentali* da un punto di vista funzionale ad una delle attività di cui sopra, al di fuori dei quali le imprese pubbliche ed i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi applicano la disciplina civilistica ed esercitano la propria più ampia autonomia negoziale, mentre le altre stazioni appaltanti ed enti concedenti applicano la disciplina prevista per i settori ordinari.

La definizione di strumentalità ci è consegnata dall'Adunanza Plenaria, la quale afferma che essa sussiste laddove un appalto che "si pone in termini di mezzo a fine, ovvero che può essere considerato come incluso nella gestione di un servizio di cui ai settori speciali" (Ad. Plen. n. 16/2011).

## Le ipotesi di esclusione di applicazione della disciplina

Le disposizioni del codice non si applicano ai contratti aventi ad oggetto le attività dei settori speciali ove la prestazione sia direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili né ai contratti aggiudicati in un Paese terzo in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno dell'Unione europea.

## Le peculiarità della disciplina di Settore

Il Libro III del D.Lgs. 36/2023, oltre a confermare alcune peculiarità della disciplina di settore già previste nell'abrogato impianto normativo, introduce ulteriori aspetti di flessibilità.

### La suddivisione in lotti



È riconosciuta alle Stazioni Appaltanti la facoltà di determinare le dimensioni dell'oggetto del contratto e dei lotti in cui eventualmente suddividerlo senza obbligo di motivazione aggravata e tenendo conto delle esigenze del settore speciale in cui operano, stabilendo nei documenti di gara se gli operatori economici possono presentare offerte per uno, più o tutti i lotti.

### Le Varianti



Alle imprese pubbliche ed ai soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi è conferito il potere di adottare propri atti con i quali specificare in via preventiva la nozione di variante in corso d'opera in funzione delle esigenze proprie del mercato di appartenenza e delle caratteristiche di ciascun settore, nel rispetto dei principi e delle norme dell'Unione europea

### Ulteriori ipotesi di grave illecito professionale



Nelle procedure regolamentate ai sensi dell'art. 169, è riconosciuta alle Stazioni Appaltanti la facoltà di prevedere ulteriori condotte costituenti grave illecito professionale rispetto a quelle previste dall'art. 98.

### Sistemi di qualificazione degli O.E.



Viene confermata la facoltà di istituire e gestire autonomi sistemi di qualificazione degli operatori economici, disciplinandone (come previsto dall'art. 168) il funzionamento e fissandone i requisiti tecnici ed economici (anche se diversi da quelli previsti agli articoli 100 e 103 e cogenti per i settori ordinari) necessari per l'iscrizione degli operatori interessati.

## L'esclusione delle offerte provenienti da Paesi Terzi



L'art. 170 dispone che qualora nell'offerta presentata la quota di prodotti originaria dei Paesi terzi superi la soglia del 50% sul valore totale la stazione appaltante dispone di un potere discrezionale in merito all'ammissione o all'esclusione dell'offerta.

Nel caso di ammissione dell'offerta alla gara l'amministrazione deve peraltro fornire un'adeguata motivazione sulle ragioni che l'hanno determinata.

In caso di equivalenza\* tra due o più offerte, la S.A. dovrà preferire quella con la quota di prodotti originaria dei Paesi terzi più bassa.

È possibile derogare a tale disposizione qualora il rispetto della stessa determini l'acquisto di materiale con caratteristiche tecniche diverse da quelle del materiale già esistente.

\*Il valore delle offerte è considerato equivalente, ai fini del presente articolo, se la differenza di prezzo non supera il 3 per cento.

## La disciplina dei contratti sottosoglia



L'art. 50, comma 5, dispone che le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi, per i contratti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie europee rientranti nell'ambito dei settori speciali applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti.

Unico limite è previsto per i contratti che presentano un interesse transfrontaliero certo, per i quali la relativa disciplina regolamentare deve essere conforme ai principi del Trattato sull'Unione europea a tutela della concorrenza.