

## **Decommissioning nucleare:**

### **un'opportunità di domanda e di sviluppo**

Workshop - Roma 20 maggio 2015 - Sala Capranichetta - Piazza Montecitorio

\* \* \*

#### **Domanda e contratti pubblici nel *decommissioning***

prof. Piergiorgio Alberti

1. Secondo la definizione data dal d.lgs. n. 31 del 2010 ("*Disciplina dei sistemi di stoccaggio del combustibile irraggiato e dei rifiuti radioattivi*" – art. 2), il *decommissioning* comprende l'insieme delle azioni pianificate, tecniche e gestionali, da effettuare su un impianto nucleare a seguito del suo definitivo spegnimento o della cessazione definitiva dell'esercizio, nel rispetto dei requisiti di sicurezza e di protezione dei lavoratori, della popolazione e dell'ambiente, fino allo smantellamento finale o comunque al rilascio del sito esente da vincoli di natura radiologica.

Sotto il profilo tecnico, il ciclo del *decommissioning* di un impianto si articola in una serie di livelli – individuati dalla International Atomic Energy Agency (I.A.E.A.) – che vanno dalla mera conservazione del sito in sicurezza, alla rimozione o decontaminazione degli impianti, ovvero ancora al "rilascio incondizionato", che implica lo smantellamento completo del sito che dovrebbe essere ripristinato come "prato verde" (*green field*).

E' intuitivo che tali operazioni, quale che sia il livello di avanzamento del *decommissioning*, richiedono un complesso e – assai spesso –

integrato insieme di attività che vanno organizzate e gestite anche mediante l'acquisizione delle occorrenti prestazioni di lavori, forniture e servizi.

Il Trattato Euratom fa riferimento alla necessità di creare un "*mercato comune nucleare*" richiamando, in maniera meno stringente rispetto al Trattato U.E., i principî di non discriminazione e di libera circolazione, e sancendo il divieto di introdurre restrizioni "*alle persone fisiche o giuridiche pubbliche o private ... che siano desiderose di partecipare alla costruzione nella Comunità di impianti nucleari a carattere scientifico o nucleare*" (art. 97 Trattato Euratom).

Dunque, la normativa europea ed interna sugli appalti pubblici costituisce il presupposto dal quale muovere per esaminare le questioni circa le modalità di affidamento dei lavori, delle forniture e dei servizi nel nucleare.

**2.** Com'è noto, nell'ambito della disciplina sugli appalti pubblici sono stati enucleati dalle direttive europee i c.d. "settori speciali" che attengono ai lavori, forniture e servizi affidati nel campo dei trasporti, dell'acqua, dei servizi postali e dell'energia.

Gli appalti del *decommissioning* vengono ricondotti ai settori speciali in quanto le attività di conservazione o smaltimento dei siti nucleari fanno pur sempre parte del più ampio "ciclo di vita" degli impianti di produzione dell'elettricità.

Tuttavia, il fatto che anche il *decommissioning* rientri nella normativa sui settori speciali non comporta che questa possa essere

considerata, di per sé, idonea a soddisfarne le obiettive – e particolari – esigenze, come avremo modo di vedere tra breve.

3. In linea generale, quando nel nostro Paese era stata avviata la costruzione di centrali nucleari, si era diffusa in dottrina la tesi della doverosa separatezza e autonomia del diritto dell'energia nucleare, proprio in ragione delle sue peculiarità.

Sul punto, era comune l'opinione secondo cui i problemi organizzativi "*sollevati da caratteristiche proprie delle attività nucleari*" richiedono "*soluzioni diverse da quelle necessarie per la disciplina delle attività ... convenzionali*" anche tenuto conto dell'esperienza "*di altri paesi più progrediti del nostro ... che ... hanno dovuto riconoscere prima o poi che la regolamentazione degli usi civili dell'atomo non richiede solo norme speciali, cioè il 'diritto atomico' sostanziale, ma anche la creazione e il funzionamento di procedure, strumenti e istituzioni, ...*" altamente specializzati (G. Arangio-Ruiz, Gli Stati e gli organi preposti all'attività pubblicistica in materia nucleare, in Il diritto della energia nucleare, Milano, 1961, 277).

E ciò tenuto conto sia della strategicità degli impianti nucleari ai fini della politica energetica, sia delle problematiche sotto il profilo ambientale e della sicurezza pubblica derivanti dalla gestione delle attività con impatto nucleare (v. G. Guarino, Stato ed energia nucleare, Riv. Soc., 1959, 19 e ss.).

L'"ordinamento sezionale" che stava cominciando a formarsi è stato poi bloccato dal duplice stop al nucleare sancito dalle tornate referendarie del 1987 e del 2011.

Rimane tuttavia il *decommissioning*, il cui quadro regolatorio è caratterizzato dalla frammentazione delle norme, che appaiono il frutto di interventi del legislatore scarsamente coordinati tra loro e, comunque, privi di logica sistematica.

Il settore, quanto alle modalità di esecuzione delle prestazioni, risulta lasciato all'applicazione delle regole ordinarie, che non appaiono idonee per disciplinare attività che presentano elementi di rilevante complessità e delicatezza.

Non è un caso che il *decommissioning* venga considerato – nella normativa di livello internazionale ed europeo – un segmento inscindibile dell'intero ciclo di vita di un determinato impianto nucleare.

4. Le criticità connesse all'utilizzazione degli strumenti "ordinari" per il settore del *decommissioning* appaiono evidenti proprio con riferimento all'organizzazione e gestione degli appalti occorrenti per acquisire lavori, forniture o servizi.

In effetti Sogin, sul fronte della domanda, si è trovata – e si trova – ad operare attraverso procedure che vengono svolte applicando gli istituti previsti dalle direttive europee e dal codice degli appalti pubblici (di cui al d.lgs. n. 163/2006), i quali, tuttavia, non considerano le specifiche esigenze del nucleare.

Al riguardo, mi limito ad accennare ai seguenti punti.

#### **4.1. Il problema delle qualificazioni SOA**

Per quanto concerne gli appalti di lavori, è noto che possono partecipare alle gare soltanto le imprese in possesso della

qualificazione SOA, che individua, per categorie e classifiche, le varie prestazioni che possono essere acquisite dalle stazioni appaltanti.

Tuttavia, il sistema SOA (in passato disciplinato dal d.p.r. n. 34/2000 e ora dagli artt. 60 e ss. del d.p.r. n. 207/2010) non prevede ancora una qualificazione specificamente riferita ai lavori del *decommissioning*.

In effetti, quella che maggiormente si attaglia al settore sembra essere la OG9, per gli interventi sulle centrali "*alimentate da qualsiasi tipo di combustibile*".

Assai di frequente, Sogin ha dovuto fare ricorso a qualificazioni nelle opere civili o impiantistiche, quali, ad esempio: OG1 (Edifici civili e industriali); OS4 (Impianti elettromeccanici trasportatori); OS18 (Componenti strutturali in acciaio o metallo); OS28 (Impianti termici e di condizionamento).

Siffatte qualificazioni, tuttavia, poco hanno a che vedere con il *decommissioning*, posto che gli appalti in tale settore sono caratterizzati da una notevole complessità e connotati dal necessario possesso di elevate competenze specialistiche.

A ben vedere, infatti, la progettazione e realizzazione degli interventi di *decommissioning* – di ogni loro parte o componente essenziale o ausiliaria, nonché delle opere connesse – richiedono, tenuto conto delle caratteristiche dell'intero processo, un approccio ingegneristico ed operativo altamente qualificato, basato su apposite metodologie, idonei sistemi di garanzia della qualità, di controllo dei processi e di sicurezza.

Conseguentemente, utilizzando le attuali qualificazioni vi potrebbe

essere il rischio che le gare vengano aggiudicate ad imprese non specializzate, che non hanno progettato o realizzato interventi nel settore nucleare, con eventuali ricadute negative non soltanto sul buon andamento e la corretta esecuzione della commessa, ma anche sulla sicurezza e sulla salute pubblica.

Il che potrebbe costituire, in un qualche modo, anche una violazione della direttiva Euratom n. 71/2009 (come modificata dalla direttiva Euratom n. 87/2014), che impone ai gestori dei siti nucleari di garantire che *"gli appaltatori e i subappaltatori, di cui sono responsabili e le cui attività potrebbero incidere sulla sicurezza nucleare di un impianto, dispongono delle necessarie risorse umane in possesso delle qualifiche e delle competenze adeguate per adempiere ai loro obblighi"*.

Tant'è che Sogin ha frequentemente "affiancato" la richiesta del possesso della certificazione SOA con la dimostrazione di esperienze specifiche nel settore nucleare.

A tale, evidente lacuna ha inteso porre rimedio la legge n. 116/2014 (art. 13) che, tenuto conto della specificità delle lavorazioni che richiedono il trattamento di materiali e rifiuti radioattivi, ha individuato un'apposita categoria riferita *"alla realizzazione di opere di smantellamento e messa in sicurezza di impianti nucleari"*.

Tuttavia, si è ancora in attesa del decreto interministeriale di attuazione della norma, che dovrà anche fissare le modalità atte a comprovare il possesso dei requisiti di ordine speciale necessari ai fini dell'acquisizione della qualificazione in tale categoria.

L'introduzione della "categoria *decommissioning*" è, dunque, un

condivisibile passo avanti verso quella disciplina speciale, parametrata alle peculiari caratteristiche ed esigenze del settore.

Il che, tra l'altro, consentirebbe di agevolare la partecipazione alle gare da parte delle imprese specializzate nel nucleare non soltanto in Italia, ma anche all'estero, dove viene frequentemente richiesta dalle stazioni appaltanti la dimostrazione del possesso di adeguate "attestazioni" rilasciate da appositi organismi a ciò preposti.

Rimane, comunque, pur sempre la possibilità per Sogin di ulteriormente incrementare il proprio sistema di qualificazione. In proposito, va ricordato che i requisiti per accedere al sistema di qualificazione vengono fissati dalla stazione appaltante *"in relazione alla normativa tecnica, alle regole dell'arte, alle omologazioni e alle esigenze di sicurezza e continuità del servizio"* (v. art. 340, d.p.r. n. 207/2010).

#### **4.2. La disciplina sulle varianti**

Altro elemento di criticità nell'applicazione del regime "ordinario" è dato dalla disciplina sulle varianti.

Com'è noto, il codice appalti contiene una serie di regole assai restrittive che limitano l'introduzione di varianti in corso d'opera, ammesse soltanto in casi eccezionali e di stretta interpretazione (ad esempio: esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari; errori od omissioni progettuali; ecc.).

Senonché, negli appalti concernenti il *decommissioning* è assai frequente che il quadro completo delle prestazioni da svolgere si abbia soltanto quando si è ormai giunti alla fase esecutiva, proprio

in considerazione del fatto che potrebbero emergere in corso d'opera circostanze tali da imporre una differente configurazione delle attività appaltate e delle loro modalità di esecuzione.

Insomma, mai come nel settore del *decommissioning* l'appalto costituisce una sorta di *work in progress*, con il quale male si conciliano le regole "ordinarie" sulle varianti.

Si pensi, ad esempio, al tendenziale obbligo – sancito dal codice appalti – di non introdurre modifiche di valore superiore al quinto dell'opera o, comunque, al divieto di concordare variazioni di carattere sostanziale: norme che trovano giustificazione quanto agli appalti ordinari, ma che sono spesso fonte di difficoltà operative nella fase di concreta esecuzione dei contratti nel *decommissioning*.

#### **4.3. Il problema del subappalto**

Ulteriori rigidità si sono verificate e si verificano nell'applicazione della disciplina sul subappalto.

Com'è noto, le regole contenute nel codice prevedono un rigido divieto di subappaltare attività oltre il 30% della prestazione principale.

Nel settore del *decommissioning* siffatto limite sembra rivelarsi adeguato con riferimento ad attività come quelle concernenti l'ideazione, l'ingegnerizzazione, la progettazione e la configurazione dei vari interventi. Sennonché, la soglia quantitativa del 30% finisce spesso per limitare la subappaltabilità di una serie di attività esecutive, che ben potrebbero essere svolte da subcontraenti.

Ragionando *de jure condendo*, potrebbe essere addirittura introdotto



un divieto totale di subappalto per le prestazioni *core* dell'appalto, ma essere ampliata la percentuale di lavori, servizi o forniture subappaltabili per le prestazioni meramente esecutive.

#### **4.4. L'utilizzazione del *general contractor***

Al contempo, tenuto conto della tipologia e della natura delle attività svolte dalle imprese che hanno sviluppato il proprio *know-how* nel nucleare, sarebbe logico estendere a tale ambito la figura – pur da adattare alla specificità di questo settore – del *general contractor*, prevista dal nostro legislatore soltanto per le grandi infrastrutture.

Essa, com'è noto, si traduce nell'affidamento ad un soggetto dotato di adeguata esperienza e qualificazione, nonché di idonea capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria, del compito di organizzare tutta la filiera delle attività occorrenti per eseguire determinati interventi connotati da una rilevante complessità.

La figura del *general contractor* permetterebbe, tra l'altro, di unificare e armonizzare la fase della progettazione con quella dell'esecuzione, dal momento che il contraente generale provvede, tra l'altro:

- a) allo sviluppo del progetto definitivo;
- b) alla progettazione esecutiva;
- c) all'esecuzione con qualsiasi mezzo dei lavori e alla loro direzione;
- d) alla predisposizione dell'intero piano degli affidamenti.

Si tratterebbe, quindi, di un modello che consentirebbe, da un lato,

di cumulare in capo al *general contractor* una serie di attività necessariamente integrate (riferite ad un determinato sito nucleare) e, dall'altro lato, di imputare allo stesso *general contractor* la responsabilità unitaria degli interventi, in linea con uno dei principi cardine dell'ordinamento sezionale del diritto dell'energia nucleare. A sua volta, lo strumento del *general contractor* – che, ripeto, dovrebbe essere adattato alle specificità del settore nucleare – comporterebbe la possibilità di applicare una disciplina speciale sulle varianti e sul subappalto maggiormente aderente alla realtà degli interventi sui siti nucleari.

#### 4.5. La tutela dei profili concernenti la sicurezza

Gli interventi di *decommissioning* devono far fronte alla necessaria tutela della sicurezza, che viene garantita, in Italia come in tutti i Paesi industriali, dalla sovrapposizione di alcuni strati di protezione, ciascuno dei quali risponde a norme giuridiche e tecniche che hanno una comune base a livello internazionale.

Si tratta, infatti, di garantire, tra l'altro, la *nuclear safety* (prevenzione degli eventi tecnici – siano essi fortuiti o indotti da cause naturali – che possano comportare il rilascio di radioattività) e la *nuclear security* (misure di protezione fisica e di sorveglianza che hanno lo scopo di impedire eventuali azioni malevoli attuate contro gli impianti).

Sul versante pubblicistico, ciò induce a verificare la percorribilità di ipotesi di affidamento degli appalti mediante procedure aperte alla sola partecipazione di operatori altamente qualificati: il che

consentirebbe anche di limitare – in taluni contratti che coinvolgono, in maniera rilevante, i profili della sicurezza – l'eccessiva circolazione delle informazioni all'esterno.

E' finora mancata una meditata disamina di tale rilevante profilo, che potrebbe forse legittimare l'introduzione di una serie di deroghe alla pubblicità delle gare.

Un riferimento in tal senso sembra cogliersi nella direttiva Euratom n. 71/2009 (come recentemente modificata dalla direttiva Euratom n. 87/2014), laddove viene stabilito (art. 4, par. 1) che "*La determinazione delle modalità di adozione dei requisiti nazionali di sicurezza nucleare [riguardanti tutte le fasi del ciclo di vita degli impianti] e dei relativi strumenti di applicazione restano di competenza degli Stati membri*".

\* \* \*

## **5. La nuova direttiva europea "settori speciali" n. 25/2014**

**5.1.** Indipendentemente dall'auspicata introduzione di un'apposita disciplina dei contratti pubblici nel settore del *decommissioning*, alcune opportunità possono comunque già cogliersi nella nuova direttiva n. 25/2015 sugli appalti nei settori speciali, destinata a entrare prossimamente in vigore (aprile 2016).

In via di estrema sintesi, l'articolato procedimento di approvazione di tale direttiva (che ha coinvolto non soltanto gli Stati membri, ma anche gli operatori del settore) ha fatto emergere una sentita e diffusa

esigenza di riconoscere una maggiore flessibilità ed efficienza negli strumenti messi a disposizione delle stazioni appaltanti.

Tali richieste – rappresentate in maniera trasversale alle istituzioni europee – sono state, almeno in parte, recepite nel testo della direttiva, che contiene alcuni strumenti innovativi che costituiscono una sorta di "sfida" per il legislatore interno che dovrà attuarla e per gli stessi operatori del settore.

Penso, innanzitutto, alla disciplina degli appalti interessati da profili di sicurezza, anche non strettamente connessi alla difesa.

Sul punto, la direttiva prevede (art. 24, par. 2) due ipotesi: la prima – preferita e preferibile dal punto di vista europeo – è quella di garantire gli interessi essenziali di sicurezza attraverso *"l'imposizione di condizioni intese a proteggere la riservatezza delle informazioni che gli enti aggiudicatori rendono disponibili in una procedura di aggiudicazione dell'appalto"*.

Ove tale misura – definita *"meno invasiva"* – non sia sufficiente a proteggere gli *"interessi essenziali di sicurezza"* – e, dunque, in via sussidiaria –, viene prevista addirittura l'esclusione degli appalti dall'ambito di applicazione della direttiva medesima.

Ciò che interessa sottolineare è che la nuova direttiva non esclude che possano essere istituiti dagli Stati membri regimi speciali allo scopo di garantire profili attinenti alla sicurezza. Il che sembra saldarsi con la ricordata norma della direttiva Euratom n. 71/2009 che rimette agli stessi Stati membri la disciplina concreta dei livelli di sicurezza nucleare.

**5.2.** Quanto alle modalità di svolgimento delle gare, la direttiva n. 25 prevede la possibilità per gli enti aggiudicatori di avvalersi di strumenti flessibili come il dialogo competitivo (art. 48) e il partenariato per l'innovazione (art. 49).

Il dialogo competitivo (art. 48) viene introdotto per la prima volta nei settori speciali.

Si tratta di una procedura di scelta del contraente destinata a trovare applicazione allorché gli enti aggiudicatori abbiano l'esigenza di individuare ed elaborare soluzioni idonee a soddisfare le proprie necessità, ma non siano oggettivamente in grado di definire i mezzi atti a soddisfarle o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche (v. considerando n. 60).

Il partenariato per l'innovazione (art. 49) si traduce in una procedura negoziata che si connota per la peculiarità dell'oggetto dell'affidamento, basato sul presupposto che i prodotti, servizi o lavori che l'ente intende acquisire non siano "*disponibili sul mercato*". La negoziazione è, quindi, volta ad individuare uno o più partner con il quale stabilire una relazione contrattuale a lungo termine per lo sviluppo delle attività di ricerca fino alla produzione di prototipi, alla messa sul mercato e al successivo acquisto di prodotti, servizi o lavori innovativi (v. considerando n. 59). Ciò avviene attraverso fasi negoziali successive basate sul confronto tra gli offerenti per l'individuazione di specifiche soluzioni.

Accanto a tali strumenti vi è comunque – e non è una novità – la possibilità di aggiudicare gare mediante procedura negoziata previa pubblicazione di un bando (art. 47).

Per tale tipo di procedura, la direttiva si limita a fissare alcuni, minimali "paletti" di tipo formale, relativi all'obbligo di pubblicazione di un bando, al rispetto di alcuni termini, ecc.. Per il resto, viene demandata alla sfera discrezionale della stazione appaltante la più opportuna articolazione degli *steps* della negoziazione.

Resta, inoltre, ferma la possibilità di affidare appalti mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando in taluni casi espressamente elencati (art. 50): gara deserta; scopi di ricerca; motivi tecnici; lavori complementari; ecc.. Talune di queste ipotesi ricorrono spesso nel settore del *decommissioning*.

**5.3.** Sempre per accrescere l'efficienza del processo di acquisizione di lavori, forniture e servizi sono state introdotte, per la prima volta, norme intese a regolare e "formalizzare" i contatti tra la stazione appaltante e i concorrenti prima dell'indizione della gara. Vengono, infatti, disciplinate le "*consultazioni preliminari di mercato*" (art. 58) e le consulenze che un potenziale concorrente può fornire alla stazione appaltante prima dell'avvio della procedura (art. 59).

**5.4.** In sostanza, l'impianto complessivo della nuova direttiva, anche perché riconosce un ruolo centrale alle scelte dell'ente aggiudicatore, costituisce un approccio alla disciplina degli appalti che si discosta dall'attuale assetto normativo interno, nel quale, mediante una regolamentazione molto – troppo – puntuale, si è voluto finora limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Per converso, una regolamentazione molto spinta ha prodotto forti

incentivi al contenzioso, senza ottenere risultati evidenti in termini di efficacia ed efficienza. Spesso l'esecuzione dei contratti è stata rallentata da controversie originate dal presunto, mancato rispetto di aspetti meramente formali che, assai di frequente, non incidono su quelli sostanziali dell'affidamento, con conseguente, grave danno anche per la finanza pubblica.

L'orientamento della direttiva n. 25 è, invece, volto ad allargare e a privilegiare, in una qualche misura, nuove modalità per l'affidamento degli appalti ed impone un cambio di passo anche al nostro legislatore e alle nostre amministrazioni ed enti pubblici.

Il presupposto è che, soprattutto negli appalti complessi e innovativi – come quelli del settore del *decommissioning* – sia indispensabile disporre di procedure flessibili, in modo da individuare le soluzioni e i mezzi più idonei a far fronte alle esigenze del committente pubblico.