

Position Paper
Aspi
Correttivo Codice Appalti (D.Lgs n. 36/2023)

Le concessionarie autostradali sono chiamate a realizzare piani di investimento di importanza **strategica per il sistema Paese**, la cui attuazione impone di effettuare scelte ben precise che consentano, da un lato, l'implementazione immediata di un volume di investimenti di enorme rilevanza e, dall'altro, la crescita di competenze fondamentali per creare soggetti imprenditoriali di rilievo in una visione di medio-lungo termine.

La rete autostradale italiana è un asset strategico di mobilità e produttività che assolve un ruolo non sostituibile per l'economia e per lo sviluppo del Sistema Paese. I prossimi anni rappresentano un'opportunità senza precedenti di rigenerazione e rilancio di un'infrastruttura che rimarrà centrale per il trasporto di passeggeri e merci. Preservare e migliorare lo stato di salute della rete autostradale, potenziarne gli snodi chiave e renderla più digitale e sostenibile richiederà un ingente sforzo in termini di risorse finanziarie e di competenze.

Il principale concessionario autostradale – ASPI – ha delineato con chiarezza la roadmap da seguire per sviluppare un'infrastruttura moderna, digitale e sostenibile, e si sta preparando ad una sfida di realizzazione senza pari nella sua storia, che comporterà volumi di capex complessivi di decine di miliardi di euro nei prossimi anni, di cui oltre 10 miliardi di euro da realizzarsi entro il 2026. Tutti progetti già sviluppati e i cui iter autorizzativi sono già stati completati.

In coerenza con il descritto quadro, le proposte sotto delineate - formulate nell'ottica della prossima ed auspicata emanazione di un correttivo al Codice dei contratti - sono tutte finalizzate ad introdurre chiarimenti, semplificazioni e razionalizzazioni al corpus normativo vigente, nel pieno rispetto della normativa Euro-unitaria vigente e quale concreta attuazione dei Principi codificati dal Codice stesso, primo fra tutti il principio del risultato, sancito dall'art. 1.

Affidamenti dei concessionari (art.186)

Con riferimento all'art. 186 del Codice dei contratti, appaiono di primaria importanza alcuni concetti chiave espressi nelle recente risoluzione parlamentare presentata alla Commissione ambiente territorio e lavori pubblici (VIII) della Camera (Risoluzione n. 7-00220 del 3.05.2024).

Ci si riferisce in particolare al passaggio in cui si afferma che “...per garantire la effettiva realizzazione delle opere necessarie all'ammodernamento e al potenziamento delle infrastrutture autostradali in tempi certi dei Piani di investimento è necessario lasciare nella sfera organizzativa del concessionario una più ampia decisione in ordine alle modalità di realizzazione degli investimenti, lasciando maggiore discrezionalità in capo al Concedente nella individuazione delle quote di esternalizzazione dei lavori, da determinarsi nel caso concreto anche in ragione delle specificità del singolo rapporto concessorio, del volume del piano di investimenti e della strategicità degli stessi per il rilancio del Paese, in conformità con quanto previsto dalla Legge Delega e con quanto statuito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 218/2021 laddove si afferma la necessità di bilanciare la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore concessionario e l'esigenza di assicurare la piena concorrenza nel mercato di riferimento. E' opportuno contemperare le due esigenze contrapposte di non

comprimere eccessivamente la concorrenza e di assicurare contestualmente la capacità dei concessionari di adempiere rigorosamente agli obblighi del cronoprogramma degli investimenti nell'arco temporale concordato dal concedente..."

Ci permettiamo infatti di evidenziare ulteriormente come un eccessivo restringimento delle quote di esternalizzazione in capo ai concessionari autostradali limiterebbe l'effettiva possibilità per una società come ASPI di realizzare il proprio piano di investimenti di decine di miliardi euro e nel quale, peraltro, sono compresi una serie di progetti già sviluppati, completati e pianificati a livello organizzativo, tra i quali le opere sbloccate dall' D.L. cd. Aiuti Quater, nonché i grandi progetti della Gronda di Genova e del Passante Bologna.

Tale aspetto appare ancora più significativo laddove non sia attribuita al Concedente una possibilità di modulare le quote in funzione della specifica concessione e del momento in cui gli affidamenti dovranno essere effettuati.

Al fine di garantire una veloce apertura dei cantieri autostradali, di rilevanza strategica per il sistema Paese, auspichiamo pertanto che l'intervento modificativo dell'art. 186 previsto dalla predetta Risoluzione – che allarga la forbice delle quote di esternalizzazione fissandola in una misura variabile tra il 40% ed il 60% (laddove attualmente si attesta tra il 50% e il 60%), da determinarsi anche in ragione delle specificità del singolo rapporto concessorio - possa essere recepito in un decreto correttivo al Codice di prossima emanazione. Tale intervento risulterebbe infatti assolutamente conforme non solo alle prescrizioni contenute nella Legge Delega, ma anche a quanto statuito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 218/2021 che, come noto, ha ritenuto di bilanciare due diversi aspetti ovverosia, da un lato, la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore concessionario a proseguire un'attività già avviata e pianificata e, dall'altro, l'esigenza di assicurare la piena concorrenza nel mercato di riferimento.

A riguardo, si ritiene altresì molto importante che, per le concessionarie autostradali venga incontrovertibilmente chiarito, il ruolo del Concedente nell'individuazione di detta quota, da stabilirsi convenzionalmente con ciascun concessionario.

Si rammenta infatti che lo scorso giugno 2023, l'A.N.AC. ha emanato la Delibera n. 265 del 20 giugno 2023 recante *"Indicazioni sulle modalità di calcolo delle quote di esternalizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture da parte dei titolari di concessioni di lavori e di servizi pubblici non affidate conformemente al diritto dell'Unione europea"* con cui l'Autorità medesima, in pretesa attuazione dell'art. 186, ha disposto i criteri e le modalità di calcolo della quota di esternalizzazione, non solo ai sensi del co. 2 dello stesso articolo 186 relativo ai concessionari in generale, ma anche ai sensi del co. 6, relativo specificatamente ai concessionari autostradali.

Per quest'ultimi non si è peraltro limitata a mettere a disposizione delle parti una cornice di criteri da contestualizzare al caso concreto, ma ha fissato un sistema di computo della quota di esternalizzazione di tipo automatico che priva il concessionario e il concedente di qualsivoglia margine negoziale, chiaramente previsto dalla norma; a ciò si aggiunga che i criteri di calcolo previsti sono pressoché totalmente incrementali della quota di esternalizzazione, con la conseguenza che, sebbene l'art. 186 preveda attualmente che la quota possa attestarsi anche al 50%, questa evenienza, secondo il sistema individuato dall'ANAC, non potrebbe tecnicamente mai verificarsi per i concessionari di grandi dimensione.

La Delibera in parola ha quindi operato un restringimento della discrezionalità del Concedente, riducendo oltremodo lo spazio di esercizio del potere che la legge gli attribuisce espressamente in quanto soggetto in grado di individuare, in contraddittorio con il concessionario, la più opportuna quota di esternalizzazione alla luce delle reali circostanze di fatto e di aggiornarla in relazione al mutare delle concrete esigenze legate alle diverse congiunture economiche.

In alternativa, laddove l'esercizio di un tale potere discrezionale risultasse gravoso per il Concedente, si potrebbe valutare di prevedere una quota fissa nella misura del 50%.

Subappalto (art. 119)

Un ulteriore aspetto opportunamente considerato nella già menzionata risoluzione parlamentare che auspichiamo possa trovare spazio nel prossimo decreto correttivo al Codice, è quello relativo ad una più dettagliata regolamentazione del subappalto a cascata.

Infatti, al fine di evitare che spazi interpretativi eccessivamente ampi possano generare un uso improprio dell'istituto, è certamente utile chiarire alcuni fondamentali aspetti, quali la possibilità di ricorrere al subappalto a cascata entro il "secondo livello"; la necessità che anche il subappalto a cascata venga autorizzato dalla stazione appaltante per il tramite dell'appaltatore; parrebbe inoltre utile specificare che il non possono essere oggetto di ulteriore sub affidamento da parte del subappaltatore, contratti non qualificabili come subappalto.

Collegio Consultivo Tecnico (art. 215 e ss.)

L'istituto – come metodo per "consentire la rapida soluzione delle controversie" - si avvicina molto ad una peculiare forma di arbitrato.

Ed allora, il primo spunto che la disciplina in questione stimola attiene a dubbi di compatibilità costituzionale per violazione del divieto di arbitrato obbligatorio. Non può infatti dimenticarsi la costante giurisprudenza costituzionale, seguita dalla dottrina nettamente prevalente, secondo cui la deroga alla giurisdizione statale può avvenire soltanto in virtù di una libera scelta delle parti, impedendo che essa sia imposta dalla legge o da altra volontà autoritativa.

Ma vi è di più: il Collegio Consultivo Tecnico va interpellato anche quando non vi sia in atto alcuna concreta controversia tra le parti, discostandosi così dallo strumento di Alternative Dispute Resolution, da cui l'istituto pretende di ispirarsi e da quanto previsto, a monte, dalla stessa legge delega che, in effetti, fa riferimento esclusivamente a "metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale".

Di fatto, si delegano ex lege al Collegio Consultivo Tecnico, decisioni che non possono che spettare alla stazione appaltante (incluse le sospensioni o la decisione di risolvere un contratto piuttosto che proseguire il rapporto con l'appaltatore) e non certo anche ad uno o più rappresentanti dell'appaltatore.

Viene allora naturale evidenziare una contraddizione logica di tale delega decisionale con uno dei principi fondanti del Codice: quello della fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'Amministrazione. Il tutto, a fronte di una sostanziale assenza di responsabilità del Collegio, che resta limitata solo alle ipotesi di ritardo nell'assunzione dei pareri richiesti, ed a fronte di compensi molto rilevanti sia per la quota fissa che per quella variabile.

Le considerazioni sopra esposte appaiono amplificate dal fatto che il Collegio Consultivo è prescritto come obbligatorio, in maniera tranchant per tutti i lavori per la realizzazione di opere pubbliche sopra soglia comunitaria e per servizi e forniture sopra al milione.

E ciò a prescindere evidentemente da qualsiasi valutazione in merito alle caratteristiche o alla complessità tecnica dell'appalto che possano renderne opportuna, o meno, la costituzione in un'ottica di valutazione costi/benefici e nel rispetto del principio del principio del risultato sancito dal primo articolo del Codice.

Appare pertanto auspicabile una revisione dell'istituto che lo renda facoltativo per la risoluzione delle controversie o, al più, obbligatorio solo con riferimento a lavori finalizzati alla realizzazione di opere particolarmente complesse, affidate a soggetti terzi, con esclusione, pertanto, degli affidamenti infragruppo.

Art. 107, comma 3 (Estensione dell'inversione procedimentale)

L'inversione procedimentale (art. 107 comma 3) rappresenta una modalità operativa alternativa rispetto alla normale scansione delle fasi di esame delle offerte, di diretta derivazione comunitaria. Essa consente alle stazioni appaltanti di anteporre il momento di valutazione delle offerte alla verifica della documentazione amministrativa, che viene effettuata per il solo aggiudicatario, con conseguente risparmio di tempo.

L'esperienza maturata dalle stazioni appaltanti mostra chiare evidenze di una diretta correlazione tra l'utilizzazione di tale modalità procedurale e una considerevole riduzione dei tempi di chiusura delle procedure di selezione, a beneficio di un più spedito avvio dell'esecuzione delle opere.

La possibilità di fare ricorso alla inversione procedimentale è tuttavia limitato dal Codice dei contratti alle sole procedure aperte, con l'effetto paradossale di rendere inapplicabile un istituto semplificatorio ed acceleratorio previsto dalla stessa Direttiva UE a differenti tipologie di procedure di affidamento che pur potrebbero beneficiarne, ivi incluse le procedure sotto-soglia e più in generale alle procedure negoziate.

Si auspica pertanto una modifica all'art. 107, comma 3 che – eliminando il riferimento alle sole procedure aperte - consenta alle Stazioni appaltanti di beneficiare dell'applicabilità dell'inversione indipendentemente dalla tipologia di affidamento, a beneficio di un'accelerazione procedurale e in piena sintonia col principio del risultato.

Equo compenso

Come noto, l'applicazione dell'equo compenso di cui alla Legge 21 aprile 2023, n. 49 anche al mondo degli appalti pubblici governati dal Codice dei contratti è attualmente oggetto di profonde incertezze e interpretazioni contrastanti.

Sul tema si oppongono infatti due diversi orientamenti: da un lato i primi arresti giurisprudenziali del TAR, favorevoli all'applicazione della richiamata Legge anche agli appalti di ingegneria ed architettura; dall'altro i più recenti TAR e l'ANAC che, tenendo conto anche della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (sentenza del 4 luglio 2019, Causa C-377/2017 e sentenza 25 gennaio 2024, Causa C-438/22), ne esclude, invece, l'applicabilità, con la conseguente possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere il ribasso nelle gare per gli appalti di servizi di ingegneria.

Quanto sopra – come rilevato dalla stessa ANAC - consentirebbe *“di mantenere il quadro economico finanziario della programmazione che è già stata fatta per gli investimenti del Pnrr, quadro economico -finanziario che invece rischierebbe di essere compromesso, con evidenti ricadute sui tempi di attuazione ed aumento del contenzioso, in caso di valutazioni diverse. Considerazioni analoghe possono essere effettuate anche per gli investimenti non legati al Pnrr”*.

Quel che è certo è che, ad oggi, senza una direttiva chiara ed incontrovertibile, le stazioni appaltanti sono costrette ad operare in presenza di regole in conflitto, rischiando di rallentare le procedure di affidamento e di alimentare contenziosi. Si auspica pertanto che la prossima emanazione di un decreto correttivo al Codice rappresenti l'occasione per fornire certezze in materia.

A tale riguardo occorrerebbe tener conto delle peculiarità degli appalti pubblici, dei principi che li governano e delle ricadute che l'applicazione dell'equo compenso, anche in tale particolare settore, determinerebbe sui quadri economici degli interventi e più in generale sulla spesa pubblica; tutti elementi, questi, che parrebbero deporre per l'esclusione dell'applicabilità dell'equo compenso anche agli appalti pubblici di servizi di ingegneria e architettura.