



Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori

Camera dei Deputati

Commissione VIII (Ambiente, territorio e lavori pubblici)

Contributo AISCAT nell'ambito di iniziative normative volte ad apportare modifiche al Codice dei contratti pubblici, concernenti lo svolgimento delle procedure di affidamento, la revisione dei prezzi e l'esecuzione degli appalti.

10 settembre 2024



Premessa

Il nuovo Codice degli appalti è nato dalla duplice necessità di incentivare gli investimenti nazionali con una crescita esponenziale nel settore delle infrastrutture nonché di superare le criticità emerse dalla eccessiva farraginosità di regole di dettaglio che permeava il precedente corpus normativo, fattori i quali rendevano estremamente difficile la celere realizzazione degli investimenti più importanti ed impedivano agli operatori stranieri di considerare attrattivo il sistema italiano a causa della complessità e incertezza della regolazione in materia.

E la prima versione del testo oggi vigente muove certamente nella direzione auspicata: sono da condividere infatti sia il risultato, conseguito, di pervenire a una legislazione più “compatta”, chiara ed esaustiva che costituisca l’unica fonte di riferimento del settore creando così le condizioni per una maggiore certezza delle regole e garantire celerità, trasparenza, concorrenza, efficienza al mercato, sia quella di riavvicinare l’ordinamento nazionale a quello comunitario.

Tuttavia, questo primo periodo di vigenza ha mostrato come alcune parti della novella possano essere migliorate o ulteriormente chiarite in modo da cercare di rendere l’aggiudicazione degli appalti pubblici maggiormente efficiente ed eliminare quelle criticità sorte nell’applicazione di alcune norme, inevitabili quando si parla di discipline così estese e complesse; ciò risulta indispensabile se si pensa alla esigenza di realizzare nei tempi previsti le riforme e gli investimenti contenuti nel PNRR, così come alla messa a terra di piani di investimento assai rilevanti di importanti player nazionali, tra cui quelli dei concessionari autostradali rappresentati dalla scrivente – ammontanti a oltre dieci miliardi già per i prossimi anni a venire – che si prefiggono di giungere al potenziamento della principale rete di trasporto del Paese in un’ottica di potenziamento, sostenibilità ecologica e digitalizzazione.

Conseguentemente, soffermandoci su aspetti di preminente interesse per il comparto autostradale in concessione, ed in pieno spirito propositivo, nel prosieguo si evidenziano alcune tematiche rispetto a cui è registrata la necessità di apportare specifici correttivi.

Art. 186 (affidamenti dei concessionari)

Il testo del nuovo Codice ha previsto (dopo l'abrogazione per incostituzionalità di simile norma presente nel D.Lgs. 50/2016), per i concessionari autostradali le cui concessioni non sono state affidate conformemente al diritto dell'Unione europea vigente al momento dell'affidamento o della proroga, l'obbligo di affidare una quota dei contratti di lavori servizi e forniture, compresa tra il cinquanta ed il sessanta per cento, tramite procedure ad evidenza pubblica, in modo simile a quanto già statuiva il corpus precedente prima che tale norma fosse abrogata per intervenuta dichiarazione di incostituzionalità.

La nuova previsione, per quanto certamente migliorativa della precedente, appare nondimeno problematica sotto duplice profilo:

- da un lato in quanto reinserisce una quota obbligatoria per l'affidamento tramite ricorso a procedure ad evidenza pubblica non solo dei lavori ma anche dei servizi e delle forniture dopo che la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità anche del comma che per il settore autostradale già prevedeva la quota del 60/40, e senza peraltro specificare nulla in ordine alle possibilità di affidamento riguardanti società in house ovvero controllate/collegate ai concessionari per quanto concerne le quote rimanenti; tale impostazione rischia di "ingessare" in maniera del tutto anomala l'attività di impresa del concessionario ed è inoltre destinata a ripercuotersi negativamente sull'efficienza, sui tempi e sui costi delle performance richieste; considerazione, questa, amplificata dal fatto che l'obbligo di affidamento a terzi di quote tramite procedure ad evidenza pubblica viene riferito a tutti i contratti, ovvero non soltanto ai lavori, ma anche ai servizi e forniture, da sempre considerati, anche dal diritto europeo, rientranti nell'ordinaria e necessaria "flessibilità" del concessionario di lavori e non soggetti ad alcun particolare vincolo procedurale.

- Da un altro lato in quanto un eccessivo allargamento delle quote di esternalizzazione in capo ai concessionari rischia di limitare l'effettiva possibilità per una società di realizzare il proprio piano di investimenti, soprattutto laddove non sia attribuita all'ente Concedente una possibilità di modulare le quote in funzione della specifica concessione e del momento in cui gli affidamenti dovranno essere effettuati; sarebbe pertanto auspicabile un intervento modificativo che ampli la forbice delle quote di

esternalizzazione fissandola in una misura compresa tra il 40% ed il 60%, da determinarsi tra concessionario e concedente anche in ragione delle specificità del singolo rapporto concessorio, ovvero – qualora ciò non fosse ritenuto fattibile – statuisca una soglia fissa del 50%. Al riguardo, riterremmo opportuno anche chiarire il ruolo fondamentale proprio del concedente stesso, unico soggetto cui dovrebbe spettare la definizione di tale quota pur nel rispetto di appositi criteri stabiliti dall’Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC) come previsto dall’art. 186, laddove ad oggi si assiste invece ad una “ultra-regolazione” in materia da parte di ANAC che si è spinta sino a definire nel dettaglio una metodologia di calcolo la quale non lascia spazio alcuno alla definizione convenzionale.

Art. 178 (durata delle concessioni)

Il comma 5 dell’art. 178 consente la proroga delle concessioni finalizzata al riequilibrio del rapporto concessorio nell’ambito della revisione delle convenzioni ex art. 192 comma 1, ma la esclude per i contratti di concessione di cui all’art. 186, comma 2, e cioè a dire per quei contratti di concessione non affidati conformemente al diritto europeo vigente al momento dell’affidamento o della proroga.

Tuttavia, senza alcun tipo di limitazione, il diritto comunitario ammette pacificamente l’istituto della proroga come uno dei principali strumenti di riequilibrio dei rapporti concessori, come dimostrano le numerose decisioni con cui la Commissione europea ha accertato, in Italia ed in altri Paesi europei (es. Francia, Croazia, etc.), la piena compatibilità della proroga con l’ordinamento comunitario. Ciò posto, sebbene la maggior parte della rete autostradale sia gestita attraverso concessioni affidate conformemente al diritto comunitario vigente *pro tempore* e, conseguentemente, apparirebbe complesso individuare l’ambito soggettivo di applicazione della disposizione, si suggerisce comunque un intervento normativo di tipo ricognitivo, volto a interpretare la norma in modo conforme ai principi del diritto europeo, chiarendo che il divieto di proroga attiene solo alle proroghe “*tout court*” e non a quelle finalizzate al riequilibrio economico dei rapporti concessori.

Art. 215 (Collegio consultivo tecnico)

La novella introduce un obbligo generalizzato di ricorso al Collegio Consultivo Tecnico (CCT), prescindendo dalle specificità del singolo appalto, che rischia di trasformare l’istituto

in un oneroso fardello a carico di stazioni appaltanti ed imprese anziché in uno strumento atto a velocizzare la gestione dei contratti pubblici, in contrasto con uno dei capisaldi del Codice quale è il principio del risultato. Occorrerebbe invece lasciare un più ampio margine di valutazione alle stazioni appaltanti ed agli operatori economici circa la decisione di ricorrere al CCT, ancorando tale valutazione alle caratteristiche specifiche ed alla complessità tecnica del singolo appalto, così da ricorrervi solo nelle fattispecie in cui ciò appaia effettivamente utile in un'ottica di rapporto costi/benefici.

Art. 107, comma 3 (Inversione procedimentale)

Attualmente il Codice concede alle stazioni appaltanti la facoltà di impiegare l'istituto dell'inversione procedimentale – ossia una modalità operativa alternativa, di derivazione comunitaria, rispetto al normale flusso delle fasi di esame delle offerte la quale antepone il momento di valutazione delle offerte alla verifica della documentazione amministrativa ottenendo un notevole risparmio a livello di tempistiche – solo in caso di procedura aperta. Se non che, facendo piena applicazione del principio del risultato, che richiede alle stazioni appaltanti di perseguire il risultato dell'affidamento con la massima tempestività, sarebbe opportuno estendere a tutte le procedure di scelta del contraente l'istituto in questione, non rinvenendosi al contrario evidenti ragioni ostative a suddetta estensione nei confronti di altre procedure come, ad esempio, quelle negoziate.

Art. 119 comma 17 (Subappalto a cascata)

Il nuovo Codice ha introdotto nell'ordinamento nazionale la figura del cosiddetto subappalto "a cascata" ovvero la possibilità – prima vietata – di avere subappalti su più livelli senza prevedere espressamente, né un limite, né una specifica regolazione a tale operazione. Bisognerebbe insistere per una più completa liberalizzazione, così come previsto e compulsato a livello europeo nei confronti degli stati membri.

Art. 8 (Equo compenso)

Sono sorte notevoli difficoltà interpretative con riguardo al coordinamento tra l'articolo 8 del Codice e la L. 49/2023 sull'equo compenso, a causa di contrastanti orientamenti della giurisprudenza e dell'ANAC circa la possibilità o meno di una applicazione dello stesso alle procedure ad evidenza pubblica riguardanti appalti di ingegneria e architettura. Appare quindi opportuno un chiarimento legislativo sull'argomento.

Art. 60 (Revisione prezzi)

L'art. 60, in materia di revisione prezzi, necessiterebbe di alcune precisazioni finalizzate a meglio chiarirne l'ambito proprio di applicazione. Nello specifico, si riterrebbe auspicabile chiarire come il maggior importo rideterminato a seguito della revisione prezzi vada corrisposto dalla stazione appaltante all'appaltatore (salvo nei casi di pagamento diretto al subappaltatore).

Art. 57, comma 1 (Clausole sociali) e art. 11, commi 4-5 (Verifica equivalenza CCNL)

Relativamente alla parte dell'articolo 57 in cui la norma prevede l'indicazione, negli atti di gara, di "clausole sociali" con le quali sono richieste - quali requisiti necessari dell'offerta - misure orientate a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, nulla viene detto circa quali dovrebbero essere dette misure. Utile chiarire invece, anche a titolo esemplificativo, in cosa debbano sostanziarsi le clausole in oggetto, oltre a prevedere una ipotesi in cui dette misure non possano essere previste negli atti di gara in ragione della peculiarità delle prestazioni oggetto di affidamento.

Quanto invece alla verifica dell'equivalenza delle tutele dei Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro prevista all'articolo 11, al fine di evitare l'insorgere di interpretazioni e prassi difformi tra le stazioni appaltanti causate dalla varietà e diversità di tutele esistenti nei CCNL, dovrebbe specificarsi che, nell'ipotesi in cui l'operatore economico o il sub-appaltatore abbiano indicato un CCNL diverso da quello precedentemente individuato dalla stazione appaltante, il confronto tra i contratti sia riferito esclusivamente all'elemento del trattamento economico.

Art.120, comma 8 (Modifica e riequilibrio dei contratti in esecuzione)

Nella disciplina sulla modifica dei contratti in corso di esecuzione, di cui al comma 8 dell'articolo 120, si prevede la possibilità di ricorrere in giudizio per determinare l'adeguamento del contratto modificato al suo equilibrio originario nel caso in cui le parti non trovino l'accordo entro un termine ragionevole. Una rigida applicazione di tale disciplina condurrebbe tuttavia il giudice a pronunciarsi determinando specificatamente sul riequilibrio e così sostituendosi di fatto nella posizione della Stazione appaltante, con conseguente violazione del principio di ripartizione dei poteri. Si propone quindi di ricondurre l'attività del

giudice all'interno dei suoi poteri istituzionali, che gli consentono certamente di sindacare il comportamento negoziale dei contraenti ma non di sostituirsi agli stessi per esprimere, in loro vece, la volontà contrattuale.

Art. 117, comma 1 (Garanzia definitiva sotto/sopra soglia e accordo quadro)

L'attuale formulazione risulta inutilmente onerosa dal punto di vista economico e amministrativo, soprattutto per l'operatore economico il quale, dopo aver prodotto una garanzia definitiva in caso di accordo quadro, si trova obbligato a produrre ulteriori garanzie anche per i singoli contratti attuativi dell'accordo quadro rispetto alle quali non si comprende la giustificazione.

Si propone conseguentemente di non richiedere ulteriore garanzia definitiva in riferimento al singolo contratto attuativo nel caso di accordo quadro già stipulato per il quale l'operatore economico abbia già provveduto a prestare apposita garanzia.