

A.C. 3514 – Disegno di Legge di Delega al Governo in materia di contratti pubblici

Audizione di Autostrade per l'Italia – 12 aprile 2022

Camera dei Deputati - Commissione VIII

Premessa

L'attuale codice dei contratti pubblici, Dlgs. 50 del 2016 (codice), che avrebbe dovuto recepire le Direttive europee al fine di garantire la più ampia partecipazione degli operatori economici anche di stampo transfrontaliero per incentivare gli investimenti italiani con una crescita esponenziale delle infrastrutture, non ha raggiunto gli obiettivi attesi.

Infatti, la farraginosità della normativa di dettaglio presente nel codice, “oltre” lo spirito e il dettato della normativa europea, accompagnata da continue modifiche poco chiare ha impedito, da un lato, agli imprenditori italiani di “lanciarsi” nella realizzazione degli investimenti più importanti, dall'altro, agli operatori stranieri di considerare attrattivo il sistema delle gare bandite in Italia, coscienti della complessità e incertezza della normativa nazionale.

Il settore delle opere pubbliche in Italia continua, quindi, a trovarsi in uno stato di profonda emergenza e, nonostante l'aumento dal 2016 del numero e del valore degli appalti, i cantieri sono pochi e bloccati nel passaggio tra la fase di scelta del contraente e quella di realizzazione dell'opera.

Ad aggravare la situazione si è inserita, a partire dal primo semestre 2021, l'emergenza derivante dall'incremento eccezionale delle materie prime e dei materiali da costruzione, con i noti impatti sul mondo delle costruzioni e conseguenti ripercussioni sul regolare svolgimento dei lavori.

Come abbiamo già avuto modo di evidenziare in svariate precedenti occasioni, riteniamo necessario che si giunga in tempi auspicabilmente veloci ad una nuova legge sui contratti pubblici, più snella e moderna che, ripartendo dalle Direttive europee, fornisca strumenti adeguati per giungere - ed oggi ancor più a fronte del mutato quadro internazionale ed economico - all'affidamento ed alla effettiva realizzazione di opere, in modo rapido ed efficiente.

In tale ottica, gran parte dei principi espressi nel disegno di legge delega – improntati alla semplificazione e alla accelerazione delle procedure - meritano senz'altro assoluto apprezzamento. Tra questi, *in primis*, il principio che impone il perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive comunitarie (**art. 1, comma 2, lett. a**), mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse (c.d. “divieto di “gold plating”), così come tra gli altri quelli che riguardano la tutela dei lavoratori e della sicurezza del lavoro (**art. 1, comma 2, lett. r**).

Pur a fronte di un giudizio complessivamente positivo sull'impostazione generale che sembra animare il disegno di legge in questione, evidenziamo di seguito alcune osservazioni di prioritaria importanza, su alcuni degli specifici criteri ivi previsti.

1. Disciplina concernente le modalità di affidamento dei contratti da parte dei concessionari (Art. 1, comma 2, lettera ee)

La sentenza della Corte Costituzionale n. 218/2021 ha, come noto, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 177 del Codice dei contratti pubblici nonché dell'art. 1, comma 1, lettera iii), della legge n. 11/2016, ritenendo la previsione dell'obbligo, a carico dei titolari di concessioni già in essere, non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, di affidare completamente (80/20 o 60/40 per i concessionari autostradali) all'esterno l'attività oggetto di concessione, "una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine perseguito, in quanto tale lesiva della libertà di iniziativa economica".

Il criterio di delega in parola, si fa quindi carico di recepire quanto statuito dalla Corte Costituzionale, gettando le basi per ridisegnare la disciplina degli affidamenti dei concessionari in coerenza con le disposizioni costituzionali e di quanto previsto dalla normativa UE.

A riguardo richiamiamo preliminarmente l'attenzione sul fatto che:

- la Direttiva UE in materia di concessioni lascia il concessionario del tutto libero di organizzare l'esecuzione dei lavori oggetto di concessione, stralciando ogni riferimento a possibili quote di lavori da affidare a soggetti terzi o a particolari procedure e vincoli propri delle pubbliche amministrazioni, ma non di imprenditori privati che sottoscrivono un contratto con lo Stato;
- il diritto europeo non si è mai occupato di disciplinare gli affidamenti a valle di servizi e forniture, da sempre considerate dalle Direttive come rientranti nell'ordinaria e necessaria "flessibilità" del concessionario di lavori e, dunque, considerate a tutti gli effetti come contratti privati, non soggetti ad alcun particolare vincolo procedurale.
- Il concessionario deve poter disporre di strumenti adeguati e sufficientemente flessibili per poter gestire il rischio che gli è proprio, anche e soprattutto in termini di tempistiche per la realizzazione di investimenti, al cui mancato rispetto da parte del concessionario sono, tra l'altro, convenzionalmente collegate penalità/sanzioni.

Tanto premesso - alla luce delle motivazioni della citata sentenza, così come nelle norme UE in vigore e al fine di ristabilire un "equilibrio" tra l'esigenza di recuperare a valle la concorrenza mancata in fase di affidamento della concessione e la libertà di iniziativa economica - si propone di introdurre una disciplina sugli affidamenti dei concessionari che:

- per i lavori, preveda la possibilità per il concessionario di decidere, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e gestionale, di organizzare i fattori della produzione operando, per il tramite di società collegate/controllate. In tale contesto pertanto prevedere, nel caso di affidamento a società collegate/controllate, la possibilità, a garanzia della concorrenza e

dell'apertura del mercato a "valle", che i sub affidamenti da parte delle società controllate/collegate avvengano in favore di imprese terze, secondo principi di rotazione, trasparenza e imparzialità sul modello dei meccanismi operanti nei settori speciali (previa ad es. selezione su albi speciali, ecc.).

- Mantenga nell'alveo della gestione del concessionario il mondo dei servizi e delle forniture che – in linea con l'impostazione di matrice euro-unitaria – rimarranno pertanto in un ambito privatistico, ferma restando l'applicazione di adeguati meccanismi di rotazione degli operatori economici.

Tale impostazione permetterebbe da un lato di salvaguardare l'apertura alla concorrenza dall'altro al Concessionario di avere strumenti adeguati per ottemperare agli obblighi convenzionali.

2. Divieto di proroga dei contratti di concessione (Art. 1, comma 2, lettera dd)

Il criterio in parola introduce, tra gli altri, il principio di divieto di proroga dei contratti di concessione che, è certamente condivisibile laddove il piano di investimenti del Concessionario non subisca modifiche nel tempo.

Diversamente tale divieto, rischia di introdurre rigidità eccessive - anche rispetto alla normativa europea - ed impatti controproducenti sull'utenza in termini di dinamica tariffaria, laddove siano previste iniziative di investimento ulteriori rispetto all'originario perimetro della Concessione ovvero laddove vengano introdotte normative recanti standard manutentivi sempre più elevati con la conseguente necessità di realizzare interventi più rilevanti.

Il tema è di assoluta importanza e strategicità, in considerazione degli imponenti piani di ammodernamento e potenziamento che interessano la rete autostradale, avuto anche riguardo a situazioni analoghe che si registrano in altri paesi europei, al fine di non penalizzare gli operatori italiani.

3. Obbligo di inserimento di clausole di revisione dei prezzi (Art. 1, comma 2 lettera f)

Il criterio in parola prevede l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta.

A riguardo e con particolare riferimento all'individuazione di meccanismi di revisione concretamente applicabili, rileviamo che, allo stato attuale, l'incertezza dei trend di crescita dei prezzi e l'ampio spread di variazioni fra le diverse tipologie di materiali, complicano notevolmente l'individuazione di meccanismi di revisione del prezzo sulla base di un paniere limitato di voci o sulla base di formule basate su indici semplificati.

Pertanto, al fine di individuare meccanismi di revisione dei prezzi strutturati ed uniformi che colgano il reale andamento del mercato (senza generare pertanto fenomeni inflattivi), in grado di riflettere

tempestivamente la revisione dei prezzi, in aumento o in diminuzione, potrebbe essere opportuno istituire un Osservatorio che su base semestrale/trimestrale analizzi le dinamiche di prezzo di mercato, valuti le singole componenti di costo e proceda di conseguenza al relativo adeguamento sia in aumento che in diminuzione. Sulla base di tale analisi, si dovrebbero rivedere i prezziari (per i concessionari autostradali, il prezziario ANAS) al fine di utilizzarli come meccanismo efficace di revisione dei prezzi nei contratti, senza innescare dinamiche inflattive.

Nel contempo occorre individuare, anche per i concessionari, modalità di riconoscimento dei costi sostenuti a causa di incrementi eccezionali dei prezzi. L'adeguata compensazione dei maggiori oneri sostenuti, riconducibili a tali voci, dovrebbe infatti poter essere recepita all'interno dei costi di gestione ad integrazione di quanto già previsto nel Piano economico finanziario e la spesa per investimenti dovrebbe poter essere aggiornata.

4. Riduzione e certezza dei tempi per le procedure di gara (Art. 1, comma 2 lettera i)

Il criterio di delega in parola prevede riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti e all'esecuzione degli appalti, anche attraverso una serie di misure specifiche quali, ad esempio, la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico, il superamento dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici ecc.

A riguardo rileviamo anzitutto che, per accelerare gli investimenti nel settore autostradale, appare altresì cruciale intervenire, per quanto attiene le regole della procedura di gara, abrogando la disciplina speciale, applicabile esclusivamente ai concessionari autostradali, relativa alle **Commissioni giudicatrici ministeriali** di cui all'art. 11, comma 5, lettera f) della L. 498/1992 così come modificato dal comma 85 dell'art. 2, D.L. 3 ottobre 2006, n. 262 e ss.mm. Si ricorda che tale articolo attribuisce al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (oggi Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili), il diritto di nominare i membri delle Commissioni giudicatrici per l'affidamento degli appalti indetti dai concessionari autostradali. La disposizione – che non trova alcun riscontro nella normativa europea - introduce un appesantimento procedurale, aggravato dai ritardi patologici che si registrano sia nella nomina dei Commissari da parte del Ministero sia nello svolgimento dei lavori. Ne consegue una dilatazione, a volte abnorme, delle tempistiche di affidamento, che non risulta in alcun modo gestibile dalla concessionaria, in quanto del tutto dipendente da un soggetto esterno.

I concessionari autostradali dovrebbero potersi dotare, al pari delle altre Stazioni appaltanti ed al pari di quelle operanti nei settori speciali, di Commissioni interne tout court al fine di ovviare alle storture di sistema, del tipo di quelle su rappresentate. In caso di Commissioni interne verrebbero infatti limitati i contenziosi e le lungaggini discendenti da decisioni assunte, di fatto, da soggetti terzi che non sempre possiedono tutti gli elementi per effettuare una valutazione compiuta dell'appalto al pari della Stazione appaltante direttamente coinvolta.

5. Revisione sistema fideiussioni (Art. 1, comma 2 lettera aa)

Il criterio in parola prevede una revisione del sistema delle garanzie fideiussorie per la partecipazione ed esecuzione dei contratti pubblici.

A riguardo, si ritiene che l'ipotizzata revisione del sistema della garanzia di corretta esecuzione dell'appalto (il cd. performance bond) e, in particolare, la sua possibile sostituzione con una ritenuta proporzionale all'importo del contratto - in occasione di ogni pagamento legato a ciascun Stato di avanzamento lavori - possa produrre le seguenti criticità:

- le Stazioni Appaltanti verrebbero private di un'adeguata tutela in caso di inadempimento grave dell'appaltatore soprattutto nella fase iniziale dell'esecuzione dell'appalto quando le trattenute potrebbero essere ancora di un ammontare piuttosto trascurabile rispetto ai danni subiti;
- gli appaltatori, applicando tali trattenute, sarebbero privati di una percentuale significativa di liquidità necessaria all'esecuzione dell'appalto, con rischi sulla corretta e tempestiva esecuzione delle opere in appalto.

Per tali ragioni, si ritiene che la tale criterio vada attentamente riconsiderato in quanto l'attuale formulazione rischia di non portare benefici non soltanto per le Stazioni Appaltanti (le cui garanzie risulterebbero notevolmente indebolite), ma anche per gli stessi appaltatori.