



Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori

Camera dei Deputati
Commissione VIII (Ambiente)
Contributo AISCAT nell'ambito dell'esame dell'atto C.3514
(Delega al Governo in materia di contratti pubblici)

20 aprile 2022



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, si è rivelato essere una "zavorra" per l'imprenditoria italiana.

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 (nell'ultimo quinquennio sono stati apportati più di 140 interventi correttivi) 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.

Le continue novelle legislative accompagnate da un regime transitorio d'incertezza hanno minato il corretto svolgimento delle gare ad evidenza pubblica, rallentandone lo svolgimento. Ciò ha indotto le stazioni appaltanti a bandire gare con importi non di rilievo e gli stessi operatori economici ad "adeguarsi" allo stato di incertezza del mercato, nel migliore dei casi, con aggiudicazioni intervenute dopo lunghi periodi attribuibili alle lungaggini amministrative del sistema e la realizzazione delle opere procrastinate di anni.

E' sufficiente leggere la lista dei primi 10 top player dell'imprenditoria italiana per rendersi conto che il fatturato annuo medio è ben lontano da quello di altri colleghi europei.

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.

Basti pensare che nel nostro Paese, per arrivare alla contrattualizzazione di un progetto complesso, è necessario un lasso di tempo che, nella migliore delle ipotesi, va dai 3 ai 4,5 anni, a fronte di una media europea inferiore a 2 anni.

Un sistema del genere ha inoltre indotto la platea degli operatori economici, anche di dimensioni più piccole, ad aggregarsi pur di aggiudicarsi una procedura ad evidenza

pubblica, con la conseguenza, spesso, che alcune imprese aggregate non riescono a realizzare, soprattutto nel lungo periodo, l'opera nei termini previsti in sede di gara e quindi ne risente la fattibilità dell'intero appalto.

Ad aggravare il complicato sistema delle gare contribuiscono anche il sistema delle commissioni ministeriali nel settore delle concessioni autostradali e l'attuazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che impattano negativamente sul procedimento anomalia. In particolare:

- l'esperienza, ormai di molti anni, ha dimostrato che sovente tecnici nominati dal Concedente, spesso privi di competenze ed esperienze attinenti la natura dell'appalto non partecipando alla fase di progettazione e "costruzione" della gara, non hanno gli elementi per effettuare una valutazione compiuta dell'appalto. Ciò ha comportato che i commissari sovente hanno richiesto chiarimenti sui criteri di selezione in fase di apertura delle offerte, finanche la revoca di provvedimenti già adottati per una non piena comprensione dei criteri di selezione e delle regole di gara.
- Detta ridotta o parziale conoscenza delle esigenze sottese alla documentazione di gara da parte dei Commissari ministeriali in combinato disposto con l'applicazione diffusa del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, stanno evidenziando una tendenza delle Commissioni medesime a non differenziare troppo i punteggi attribuiti alle offerte tecniche (attribuendo di norma punteggi elevati ed omogenei) determinando quindi un "appiattimento" delle tabelle e conseguentemente generando delle graduatorie di gara nelle quali è costantemente riscontrabile la presenza di offerte anormalmente basse.

La conseguenza è l'avvio di un procedimento di verifica della congruità dell'offerta, con un considerevole allungamento delle tempistiche di aggiudicazione.

Alla luce di quanto sopra evidenziato, appare dunque chiaro che l'attuale codice dei contratti pubblici non ha ottemperato alla sua missione di fondo, ovvero essere il volano dell'economia del Paese ma, anzi, si è rivelato essere un "groviglio di norme" che imbriglia e rallenta la crescita e pertanto va profondamente riformato.

In tale contesto, le Direttive europee restano un faro e da lì occorrerebbe ripartire, per cogliere – seppur in un mutato contesto socio-economico - le opportunità del Recovery fund e realizzare nei tempi previsti le riforme e gli investimenti non solo del PNRR ma anche la messa a terra di piani di investimento assai rilevanti di importanti player nazionali, con l'obiettivo prioritario di giungere, in modo veloce ed efficiente, all'affidamento ed alla effettiva realizzazione di opere ritenute prioritarie per il Paese.

Sul piano dei principi, la stretta aderenza alle direttive europee dovrebbe quindi imporre all'esercizio della delega l'adozione dei livelli di regolazione minimi da esse previsti – per garantire apertura alla concorrenza e confronto competitivo fra gli operatori nei mercati dei lavori, dei servizi e delle forniture – e assicurare la riduzione e la razionalizzazione delle norme in materia.

In linea generale, siamo lieti di poter affermare che il disegno di legge in esame sembra muovere nella direzione auspicata: sono da condividere, infatti, sia la finalità di pervenire a una legislazione 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 degli appalti pubblici, sia quella (anche essa espressamente menzionata nel provvedimento) di allineare l'ordinamento nazionale a quello comunitario per quanto riguarda il settore delle concessioni mettendo le imprese nelle condizioni di operare alla pari rispetto ai loro competitors europei.

Al contempo, tuttavia, non possiamo esimerci dal segnalare da una parte alcuni profili di potenziale criticità, e dall'altra parte far notare la necessità di addivenire ad una migliore definizione di certi principi e criteri di delega.

Quanto alle potenziali criticità che sarebbe opportuno evitare, si menziona in primo luogo la non sufficiente adeguatezza dei contenuti della delega in tema di **criteri ambientali minimi (CAM)** (si veda anche nel proseguo della trattazione per ulteriori dettagli), su cui occorre oggi superare alcune rigidità; infatti, la messa a punto dei CAM è cruciale per gli obiettivi di innovazione a sostegno della transizione ambientale, ma risente ancora di un approccio troppo restrittivo e selettivo e punta ancora troppo poco su logiche di carattere premiale.

Altro punto di attenzione è costituito dal **doppio regime** cui potrebbero essere sottoposte imprese e stazioni appaltanti. Infatti, per i progetti PNRR sarà utilizzato il regime “semplificato” previsto nel DL n. 77/2021, mentre per le opere “non” PNRR (o ordinarie), ovvero per i progetti “post-PNRR”, sarà applicato il Codice come poi modificato dai decreti legislativi attuativi della delega. Quest’ultimo, quindi, troverà durante il periodo della sua prima applicazione il pieno dispiegarsi degli effetti di norme derogatorie appena introdotte. Pertanto, sembrano necessarie norme transitorie sulla differenziata gestione temporanea delle due discipline e sul ritorno all’unicità regolatoria post-PNRR, che però al momento non si rinvengono nell’attuale disegno di legge.

Tutto quanto sopra premesso, vogliamo soffermarci nel prosieguo su aspetti di preminente interesse per il comparto autostradale in concessione, rappresentato dalla scrivente, i quali da anni stanno continuando a causare obiettive difficoltà nell’applicazione della normativa attualmente vigente, con l’auspicio che si possa addivenire ad una loro considerazione e risoluzione all’interno della rivisitazione generale in atto dell’impianto codicistico.

Criteri Ambientali Minimi (CAM)

Come noto, l’utilizzo dei Criteri Ambientali Minimi (CAM), definiti nell’ambito di quanto stabilito dal Piano per la sostenibilità ambientale dei consumi del settore della pubblica amministrazione e adottati con Decreto del Ministero della Transizione ecologica (MiTE), è stato reso cogente grazie all’art. 18 della L. 221/2015 recante “*Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell’uso eccessivo di risorse naturali*” e, successivamente, con art. 34 del D.lgs. 50/2016 (Codice degli appalti) recante “*Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*”.

la messa a punto dei CAM è cruciale per gli obiettivi di innovazione a sostegno della transizione ambientale ma, come già accennato in premessa, risente ancora di un approccio troppo restrittivo e selettivo e punta ancora troppo poco su logiche di carattere premiale. Bisognerebbe, nello specifico, evitare l’imposizione di vincoli non in linea con le specifiche caratteristiche tecniche delle grandi opere infrastrutturali, nonché non correlate all’attuale disponibilità del mercato ad offrire prodotti innovativi senza una necessaria fase

di sperimentazione propedeutica all'adeguamento dei processi realizzativi, prediligendo invece l'introduzione di criteri contestualizzati al tipo di opera (e quindi validamente applicabili) a beneficio delle attività di progettazione, affidamento, realizzazione, manutenzione dei lavori in capo all'intero contesto infrastrutturale.

Affidamenti contratti dei concessionari

In base a normativa vigente sino allo scorso mese di novembre (articolo 177, comma 1, del Codice degli appalti pubblici), i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture in essere, non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, erano obbligati ad affidare, una quota significativa dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni. La restante parte poteva essere realizzata da società in house per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati. Tale disposizione, costituente particolarità esclusivamente italiana presente in tutti gli ultimi corpus normativi in materia di concessioni pubbliche, è stata da ultimo dichiarata incostituzionale con sentenza della Corte Costituzionale n. 218 del 23 novembre 2021.

Trattavasi di norma enormemente impattante per quanto riguarda i lavori del nostro comparto, nei confronti della quale questa Associazione aveva in plurime occasioni fatto presente l'illegittimità, la non aderenza al sovrastato legislativo comunitario e l'illogicità intrinseca in quanto negando la libertà di impresa del concessionario si addiveniva allo svilimento dell'istituto stesso della concessione. Oltretutto, la sua applicazione si stendeva a qualsiasi tipo di attività, compresa quella di manutenzione che costituisce un fattore nevralgico per la funzionalità delle infrastrutture, rappresenta il cuore dei contratti di concessione ed è fonte di diretta responsabilità per i concessionari nei confronti degli utenti e nei confronti dell'ente concedente. Nel caso specifico delle concessioni stradali, inoltre, si tratta peraltro di attività da effettuarsi in costanza di traffico, che richiede una organizzazione non solo immediata, ma anche coordinata e funzionale all'operatività dell'infrastruttura, alla gestione del traffico e alla sicurezza della circolazione, sulle quali il concessionario deve poter mantenere un controllo diretto.

Tali considerazioni risultavano inoltre amplificate dal fatto che l'obbligo di affidamento a terzi tramite procedure ad evidenza era riferito a tutti i contratti, ovvero non soltanto ai lavori ma anche ai servizi e forniture, da sempre considerati sia dal diritto europeo che da quello nazionale rientranti nell'ordinaria e necessaria "flessibilità" del concessionario di lavori e non soggetti ad alcuna particolare vincolo procedurale. In tal senso, non vi è dubbio che la disciplina dell'ex art. 177 comma 1 – oltre a non trovare riscontro alcuno nella Direttiva europea in materia di concessioni producendo così in capo agli operatori economici e alle imprese italiane un grave svantaggio economico rispetto alle realtà europee – ingessasse in maniera del tutto anomala l'attività tipica del concessionario e si ripercuotesse negativamente sull'efficienza, sui tempi e sui costi delle performance.

Nell'ottica di una futura revisione del sistema delle concessioni, appare quindi fondamentale evitare di ricadere negli errori del passato ed assicurarsi che una previsione analoga non possa trovare reinserimento – financo in versione "revisionata". D'altro canto una autonomia in tutto e per tutto delle concessionarie nello svolgimento delle attività ad esse demandate (ossia con esclusivo espletamento diretto o tramite imprese controllate) è difficilmente immaginabile, e strumenti alternativi per garantire un'equa partecipazione al mercato delle imprese esterne esistono (ad esempio tramite chiamata a rotazione degli operatori presenti negli albi fornitori) ed andrebbero utilizzati invece di legare con vincoli normativi la realizzazione a valle delle opere.

Disposizioni in materia di commissioni giudicatrici

Come già sottolineato in premessa, le previsioni in materia di commissione giudicatrici, contenute nel Codice (art. 77) richiederebbero una modifica di impostazione sotto numerosi punti di vista, essendo tutt'altro che pacifica sia la loro interrelazione con norme di pari oggetto contenute in altre disposizioni sia la loro funzionalità nell'assicurare una adeguata efficienza e celerità nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione.

Per quanto concerne il primo aspetto, si necessita in particolare garantire il coordinamento con la normativa preesistente, in conformità con i principi dettati dalla legge delega, al fine di evitare incertezze applicative. Ci si riferisce in particolare all'art. 11, comma 5, lettera f) della Legge n. 498 del 1992 (così come modificato dall'articolo 2, comma 85 del Decreto Legge n. 262 del 2006.) – tutt'oggi in vigore e non abrogato – il quale prescrive già da tempo, per gli affidamenti dei lavori dei concessionari autostradali, "Commissioni di

aggiudicazione terze”, nominate dal Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile. Sostanzialmente la norma specifica sopra indicata – di cui si chiede l’abrogazione - attribuisce al Ministero la nomina dei membri delle Commissioni giudicatrici per l’affidamento degli appalti indetti dai concessionari autostradali, e risulta del tutto in contrapposizione con quanto previsto dal Codice.

Quanto invece al secondo aspetto, ossia la necessaria efficienza delle procedure di aggiudicazione, l’attuale formulazione del Codice limita la possibilità per la stazione appaltante di nominare commissari interni, sia sotto il profilo dell’importo del contratto, sia per quanto riguarda la composizione della Commissione e la sua Presidenza. L’eccessiva rigidità di tale disposizione è stata più volte fatta presente da molte stazioni appaltanti, soprattutto per via della rilevante dilatazione dei tempi di svolgimento dell’iter della gara e dell’aumento dei costi del procedimento da essa derivati.

Sarebbe quindi auspicabile attenuare tale criticità assicurando – almeno nelle ipotesi residuali, ovverosia per tutti gli appalti sotto soglia (non limitandosi come è ora a servizi e forniture bensì ricomprendendo anche i lavori) e per quelli di non particolare complessità – la possibilità per la stazione appaltante di nominare dei commissari “interni”, ivi incluso il Presidente, in quanto garante dell’interesse della stessa amministrazione procedente alla speditezza del procedimento.

Nel contempo, occorrerebbe inoltre considerare che il Codice dei contratti prevede l’esclusione dall’applicazione dell’art. 77 per gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici operanti nei settori speciali. La ratio sottesa a tale esclusione - che come stigmatizzato dal Consiglio di Stato (parere del 14.09.2016 n. 1919), *“è quella di assicurare procedure connotate da maggiore flessibilità qualora le stesse vengono indette da soggetti che non possono qualificarsi come pubbliche amministrazioni”* – dovrebbe essere, secondo criteri di ragionevolezza e coerenza, applicabile anche agli altri soggetti aggiudicatori operanti nei settori ordinari, qualora essi siano soggetti privati sia formalmente sia sostanzialmente e quindi parimenti esclusi dal novero delle pubbliche amministrazioni.

Criteri di aggiudicazione dell’appalto

Nell’ambito dei criteri di aggiudicazione degli appalti, l’attuale impostazione del Codice, pur con i positivi interventi apportati ad oggi dal DL Semplificazioni in relazione ai contratti

sotto soglia, tende a privilegiare fortemente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa relegando la possibilità di ricorrere al criterio del minor prezzo solamente in casi marginali. Non è tuttavia detto che l'utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa possa sempre realmente portare ad un valore aggiunto in termini di qualità, a fronte di maggiori oneri procedurali ed un allungamento dei tempi di affidamento – questi sì – certi.

In particolare, sussistono situazioni in cui il progetto esecutivo ha caratteristiche tali – per la sua alta definizione e specializzazione - da non ammettere migliorie di tipo qualitativo in sede di gara. In tali evenienze risulta peraltro oggettivamente molto difficile individuare criteri qualitativi concreti e non marginali su cui strutturare un'offerta economicamente più vantaggiosa.

Vi sono inoltre casi nei quali i progetti relativi agli investimenti dei concessionari debbono essere – per disposizioni normative e/o convenzionali – approvati dall'ente concedente, ivi inclusi i progetti esecutivi da mettere a gara. In tali ipotesi, la possibilità di varianti progettuali o migliorie presentate in sede di offerta economicamente più vantaggiosa da parte dei concorrenti risulta pertanto proceduralmente e sostanzialmente difficilmente conciliabile con la previa necessaria approvazione del concedente, salvo il duplicarsi di passaggi amministrativi di non agevole praticabilità, con riflessi facilmente prevedibili in termini di allungamento dei tempi e perdita di efficienza.

Alla luce di ciò, sembrerebbe quindi auspicabile restituire alle stazioni appaltanti un minimo di autonomia valutativa nell'individuazione del criterio di aggiudicazione maggiormente appropriato ed efficiente avuto riguardo alle esigenze ed alle caratteristiche del singolo appalto, che possono essere tra di loro molto diverse e dunque non predeterminabili a priori dalla legge.

Proroga delle concessioni

La legge delega in esame introduce il principio di divieto di proroga dei contratti di concessione, principio che risulta certamente condivisibile laddove il piano di investimenti del Concessionario non subisca modifiche nel tempo.

Diversamente, in presenza di modifiche a detto piano, tale divieto rischierebbe invece di introdurre rigidità eccessive - anche rispetto alla normativa europea la quale non esclude a priori la proroga, ammettendola in specifiche casistiche – 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 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.

Concessioni autostradali e finanza di progetto

Come è noto la finanza di progetto ossia la realizzazione di opere pubbliche nel miglior interesse di pubblico e privato, costituisce un modello per il finanziamento e la realizzazione di opere pubbliche del tutto nuovo nella disciplina di settore che, nelle aspettative dei suoi sostenitori, dovrebbe porre rimedio alla scarsità di fondi pubblici. Per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità inseriti negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, le amministrazioni aggiudicatrici possono, in alternativa all'affidamento mediante concessione, affidare una concessione ponendo a base di gara il progetto di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti.

A tal fine, in virtù dell'ampio margine di azione lasciato a tutti gli altri concessionari, si dovrebbe pensare di superare le disposizioni che limitano l'applicabilità delle procedure di finanza di progetto per l'affidamento di opere lineari in cui si desume rientrino anche le concessioni autostradali. Le procedure di finanza di progetto sono infatti strumenti di affidamento concorrenziali previsti dal nostro ordinamento e non sembrerebbe opportuno che l'affidamento delle concessioni autostradali, e solo di queste, debba essere soggetta a vincoli particolari. La rivisitazione del corpus normativo codicistico ben potrebbe costituire un'occasione da cogliere per risolvere le disparità venutesi a creare con il limite applicato solo ai concessionari autostradali, consentendo così per gli stessi il medesimo margine di discrezionalità previsto per tutti gli altri settori ed, inoltre, potrebbe fornire maggiori

certezze su una tematica così importante e sempre più attuale anche nel settore autostradale.

A tale proposito vale anche la pena di ricordare che la Direttiva europea 2014/23 assicura un'ampia discrezionalità procedurale per l'aggiudicazione delle concessioni, nel rispetto di poche disposizioni puntuali e dei principi generali dettati in materia (nonché dai Trattati comunitari): si ritiene opportuno armonizzare la normativa nazionale con quella europea al fine di evitare disparità di trattamento tra stati membri che oggi determina un limite nell'ordinamento nazionale.

Appalto integrato

L'istituto dell'appalto integrato è stato più volte ripreso, in maniera confusionaria, dal legislatore, sia all'interno del vigente Codice sia in occasioni di vari provvedimenti correttivi, causando criticità circa la sua applicabilità; appare pertanto opportuno fare chiarezza in merito, sperando di addivenire a disciplinare tale istituto in un'unica norma.

Inoltre sembra anche necessario consentire alle stazioni appaltanti di ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice (sostanzialmente, dunque, allargando l'ambito di applicazione dell'appalto integrato). La garanzia rispetto alla centralità e alla qualità del progetto potrebbe esser data dal rafforzamento dei contenuti dei singoli livelli di progettazione e dall'obbligo, istituito dal 2019, della progettazione in BIM per diversi settori. Ulteriormente, l'utilizzo dell'appalto integrato potrebbe contribuire a ridurre i tempi di realizzazione delle opere pubbliche. Si ritiene, pertanto, necessario che la nuova legge delega chiarisca l'utilizzo dello strumento per salvaguardare la qualità del lavoro ed evitare fenomeni distorsivi e un aumento della spesa pubblica.

Collegio consultivo tecnico

L'istituto presenta forti criticità e incertezze applicative, trattandosi di istituto che non è stato, di fatto, mai sperimentato nell'ambito dei contratti pubblici; infatti costituisce un appesantimento procedurale nella fase di esecuzione dell'opera che non produce alcuna semplificazione quanto, piuttosto, il contrario.

Esso viene inoltre a sovrapporsi agli altri strumenti di risoluzione delle controversie, come ad esempio l'accordo bonario. Paradossalmente, quindi, l'esistenza del Collegio – cui potersi rivolgere per qualsiasi controversia o problema di qualsiasi natura – potrebbe addirittura incrementare la litigiosità negli appalti.

Se ne auspicherebbe pertanto l'abolizione.