



Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane

MEMORIA

Esame dei provvedimenti recanti Delega al Governo in materia di contratti pubblici (C. 3514 Governo, approvato dal Senato, C. 1644 De Carlo, C. 2157 Benvenuto, C. 2516 Mura, C. 2518 Gagliardi, C. 2566 Prisco, C. 2616 Parolo, C. 2712 Ziello, C. 3433 Consiglio regionale Basilicata).

Camera dei Deputati
VIII Commissione (Ambiente, territorio e lavori pubblici)

Premesse

Il presente documento raccoglie i contributi delle Società del Gruppo FS principalmente interessate (RFI e ANAS) al testo del disegno di legge delega, come modificato ed integrato dal Senato, per il riordino della disciplina relativa ai contratti pubblici.

In primo luogo, si rileva che nel corso dell'esame in prima lettura, rispetto al testo base, sono stati aggiunti alcuni riferimenti alla disciplina dei settori speciali. Si evidenzia, tuttavia, come si tratti di due riferimenti puntuali (relativi alla qualificazione delle stazioni appaltanti ed alla revisione del sistema delle garanzie fideiussorie per la partecipazione e l'esecuzione dei contratti pubblici), mentre manca un riferimento generale al riordino della disciplina dei settori speciali ed ai principi relativi.

Come già evidenziato nell'ambito del contributo trasmesso al Senato, il riordino della disciplina in materia di contratti pubblici non può prescindere dalla necessità di adeguare la normativa interna al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza anche con riferimento ai c.d. "settori speciali".

L'intento di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente passa, infatti, anche per l'esigenza di disciplinare gli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, che, per le loro peculiarità soggettive e del mercato nel quale operano, continuano a necessitare di una disciplina *ad hoc* (come espressamente previsto dai Considerando nn. 1 e 2 della Direttiva 25/2014/UE).

In tal senso – al fine di assicurare la stretta aderenza del testo alla normativa comunitaria – si ritiene preferibile impostare un corpo normativo "settori speciali" autonomo rispetto al codice dedicato ai settori ordinari, ciò al fine di garantire una disciplina omogenea ed unitaria, che valorizzi le peculiarità dei settori speciali e sia di più agevole lettura ed interpretazione, evitando continui rimandi e rinvii ad altri testi normativi e/o ad altre parti del medesimo codice.

Tale corpo normativo dovrebbe garantire stretta aderenza al testo della direttiva 2014/25/UE (c.d. Direttiva settori speciali) – che potrebbe essere in larga parte mantenuta inalterata – integrando solo le previsioni che necessitino di una apposita regolamentazione in virtù di specifiche della disciplina nazionale (quali, ad esempio, sotto soglia, commissioni giudicatrici, clausola sociale, responsabile del procedimento).

Fermo quanto sopra, in linea generale, appaiono condivisibili i principi enunciati dal ddl delega con particolare riferimento ad alcuni aspetti specifici che, ad oggi, costituiscono nodi interpretativi ed applicativi di particolare complessità.

Nello specifico, si osserva quanto segue.

1. Ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, afferenti ai settori ordinari e ai settori speciali (cfr. lettera b) del ddl)

In relazione all'esigenza espressa nel ddl delega in merito alla ridefinizione della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti e all'introduzione delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento delle gare pubbliche, proprio in ragione delle specifiche competenze e peculiarità operative dei soggetti operanti nei settori speciali, si propone di prevedere che, per determinate procedure di gara di elevato grado di complessità tecnica e gestionale, sia consentito ai soggetti operanti nei settori speciali di svolgere il ruolo di soggetti attuatori di interventi di competenza di soggetti diversi, operanti nel medesimo settore speciale di appartenenza, al fine di accelerare la realizzazione di opere/interventi/attività e garantire omogeneità tecnica e una gestione procedurale accentrata.

Inoltre, la proposta del *“potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione, con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali”* è certamente da salutare con favore ma resta da chiarire quali siano gli specifici percorsi di formazione: dovrà trattarsi di percorsi di formazione accreditati e/o interni a ciascuna stazione appaltante?

Qualunque sarà la soluzione, si auspica comunque sia “semplice” e che preveda una metodologia di accreditamento chiara, snella e che, soprattutto, non comporti un aggravio nell'attività dell'amministrazione.

2. Regime obbligatorio di revisione dei prezzi (cfr. lettera f) del ddl)

La proposta mira a far inserire già nella legge di gara l'obbligo di revisione prezzi al verificarsi di condizioni oggettive e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, stabilendo che gli eventuali oneri derivanti da questo meccanismo siano a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa.

L'ipotesi è interessante perché, almeno in teoria, contempera l'esigenza degli operatori di sopportare eventuali aumenti straordinari dei costi con quella della stazione appaltante di assicurare l'esecuzione dell'opera a regola d'arte, pur nell'ambito della capienza stanziata.

Si chiede, tuttavia, una precisazione:

- del concetto di revisione prezzi, anche in relazione a quello di compensazione per aumento dei materiali da costruzione;
- della capienza del quadro economico, se dovrà prevedere *ab origine* delle poste in tal senso;
- di quali sarebbero e/o come individuare le “*eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa*”;
- delle fattispecie cui ancorare la contrattazione delle parti, nonché dei criteri e delle modalità attraverso i quali rispondere tempestivamente alle oscillazioni dei prezzi (anche nelle ipotesi servizi e forniture).

Sarebbe utile, inoltre, l'adozione di una disciplina transitoria che individui soluzioni pratiche per i contratti in corso di esecuzione al momento dell'entrata in vigore del nuovo codice:

- ai quali, in linea generale, le nuove norme non si potranno applicare retroattivamente;
- considerato che fra questi, ad oggi, alcuni si possono giovare delle previsioni della normativa emergenziale valevole fino al 31 dicembre 2023.

3. Razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione (cfr. lettera l) del ddl)

Con riferimento alla razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, si ritiene che la disciplina delle cause di esclusione dovrebbe essere più rispondente ed aderente alla normativa comunitaria.

In linea generale, sarebbe opportuno ridurre le maglie della discrezionalità riconosciuta alle Stazioni Appaltanti, vista la complessità e la varietà della disciplina.

A questo proposito, al fine di rendere chiare e certe le regole di partecipazione, andrebbero eliminati i riferimenti ad ipotesi nelle quali la valutazione rimessa alla stazione appaltante non è ancorata ad elementi chiari, né direttamente conoscibili dalla stessa (si pensi alla attuale formulazione dell'art. 80, comma 4, del D.lgs. 50/2016 relativamente alle violazioni in materia di pagamenti di imposte e tasse non definitivamente accertate).

Quanto alla specificazione degli “illeciti professionali” (art. 80, comma 5 lett. c), del D.lgs. 50/2016) sarebbe opportuno perimetrare con maggior precisione quando consti l'ipotesi e/o fornire indicatori in merito (ad esempio: provvedimento giudiziale, da precisare se definitivo o meno) considerato che la dimostrazione con “mezzi adeguati” da parte della stazione appaltante è comunque foriera di contenziosi.

In quest'ottica, sarebbe opportuno consentire un ricorso più ampio all'istituto del c.d. “soccorso istruttorio”.

4. Revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori (cfr. lettera q) del ddl)

In tema di qualificazione degli operatori economici, appare necessario tenere conto delle specificità dei settori speciali, consentendo alle stazioni appaltanti di gestire propri sistemi di qualificazione che valorizzino le capacità realizzative, le competenze tecniche e professionali, l'adeguatezza dell'attrezzatura tecnica e dell'organico, le attività effettivamente eseguite nello specifico settore di qualificazione e la conformità a specifici Codici etici e di condotta.

5. Esclusione del massimo ribasso (cfr. lettera r) del ddl)

Tale criterio andrebbe mantenuto per le gare sotto soglia, al fine di velocizzarle, quale criterio di aggiudicazione principale; l'aggiudicazione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, invece, resterebbe quale opzione previa adeguata motivazione.

6. Disciplina delle varianti in corso d'opera (cfr. lett. s) del ddl)

Con riferimento alla ridefinizione della disciplina delle varianti in corso d'opera e delle modifiche consentite in corso di esecuzione, viene valutato positivamente un intervento normativo volto alla sistematizzazione della disciplina delle varianti poiché l'attuale articolo 106 del D.lgs. 50/16, concentrando in un'unica disposizione le modifiche contrattuali di diversa origine e natura, anche di tipo soggettivo, presenta dei profili di criticità sia in termini applicativi che di interpretazione.

Si ritiene che l'intervento normativo dovrebbe rendere più organica la casistica delle ipotesi previste dall'attuale art. 106 del D.lgs. 50/2016 che, evidentemente, risente di una stratificazione tra le ipotesi di recepimento della normativa comunitaria e la previgente normativa nazionale relativa ai lavori pubblici.

Di seguito alcuni esempi, ove utili per la redazione di un testo migliore:

- la disposizione dell'attuale comma 1 lett. c) prevede quale condizione di legittimità di adozione di una variante il verificarsi di circostanze impreviste e imprevedibili. Queste ultime non risultano tuttavia specificate, a differenza della norma europea che fa riferimento alla sola imprevedibilità: *“Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, tenendo*

conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile” [considerando 109];

- il comma 1 lett. e) declina quale ipotesi di legittima introduzione delle varianti quella delle modifiche non sostanziali, il cui campo di operatività deriva dall'identificazione, al contrario, di quali siano le modifiche sostanziali (come tali non consentite), declinate al successivo comma 4. Il tenore letterale lascerebbe intendere che la fattispecie in esame non sia legata a circostanze imprevedute e imprevedibili, ma ad altre cause non meglio specificate, rimesse alle valutazioni della stazione appaltante;
- il comma 2 contempla un'ulteriore ipotesi di variazione del contratto legata al rispetto di determinati limiti qualitativi e quantitativi che, letteralmente, non richiede quale condizione di legittimità il verificarsi di circostanze imprevedute e imprevedibili. Appare, inoltre, ridondante l'imposizione del doppio limite quantitativo, sia rispetto alla soglia cd. comunitaria che rispetto al valore iniziale del contratto.

Si osserva, ancora, che tale comma ricomprende anche le modifiche al contratto per errore progettuale benché queste ultime siano considerate da Anac quali varianti in corso d'opera (riconducibili al comma 1 lett. c);

- il comma 12 fa riferimento alla variazioni delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, ma risulta formulato in termini ampi e generici e, poiché non vi è riferimento alle condizioni indicate negli altri commi, leggendolo isolatamente sembrerebbe superare tutti i limiti e le condizioni previste precedentemente, ossia la stazione appaltante potrebbe affidare prestazioni fino a un quinto in più o in meno dell'importo del contratto senza dover rispettare alcun limite o vincolo. Anche tale aspetto andrebbe chiarito. Sul punto è intervenuta l'Anac ritenendo che debba aderirsi ad una interpretazione restrittiva della norma in esame, nonostante la presenza di un orientamento contrario della giurisprudenza amministrativa. La norma, quindi, deve essere intesa come volta a specificare che, al ricorrere di una delle ipotesi previste dai commi 1, lettera c) e 2 dell'articolo 106, qualora la modifica del contratto resti contenuta entro il quinto dell'importo originario, la Stazione appaltante potrà imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario senza che lo stesso possa far valere il diritto alla risoluzione del contratto.

7. Richiamo agli accordi quadro (cfr. lett. u) del ddl)

Sarebbe utile delineare il regime degli accordi quadro, anche con specifico riferimento a quelli con un solo operatore selezionato, per chiarire se e quando:

- i) taluni adempimenti siano richiesti in relazione all'importo dell'intero accordo quadro e/o dei singoli contratti attuativi, circostanza rilevante ove la legge faccia distinzioni fra appalti sopra/sottosoglia comunitaria (es.: CCT) o, comunque, richieda di tarare alcuni adempimenti sull'importo del contratto (es.: importo delle garanzie);
- ii) la sorte dell'accordo quadro si riverberi su quella degli applicativi e viceversa (es.: risoluzione dell'accordo quadro: automatica risoluzione dei contratti attuativi? La risoluzione per inadempimento di un contratto applicativo può essere causa di risoluzione dell'intero accordo quadro?).

8. Revisione del sistema delle garanzie fideiussorie in vista di una disciplina omogenea per i settori ordinari e speciali (cfr. lett. aa) del ddl)

La proposta di sostituire le garanzie mediante l'effettuazione di una ritenuta di garanzia proporzionata all'importo del contratto in occasione del pagamento di ciascuno stato di avanzamento dei lavori – evidentemente ipotizzabile solo per la cauzione definitiva a garanzia della corretta esecuzione dell'appalto - è un'opzione utile perché: 1) consentirebbe alla stazione appaltante una tutela reale, senza necessità di escutere la cauzione da un soggetto terzo (la società di assicurazione); 2) aiuterebbe a parametrare l'importo della garanzia dovuta in caso di risoluzione per inadempimento dell'appaltatore. Ad ogni buon conto, ove venisse mantenuto il sistema delle garanzie fideiussorie, sarebbe opportuno un rafforzamento delle garanzie a tutela della serietà dell'offerta e della corretta esecuzione del contratto, escludendo la possibilità di ridurre l'importo e rendendo effettiva la natura di garanzia a prima richiesta, per esempio prevedendo che l'importo garantito costituisca liquidazione forfettaria del danno subito dalla stazione appaltante.

In ultimo, con specifico riferimento agli accordi quadro si potrebbe prevedere che la polizza fideiussoria definitiva a garanzia della corretta esecuzione dell'appalto venga costituita sotto forma di contratto di assicurazione quadro: una polizza all'atto della sottoscrizione dell'accordo quadro quale contratto normativo e tante polizze eventualmente da attivare per i singoli contratti attuativi.

* * *