

Audizione commissione VIII Ambiente e Lavori pubblici presso la Camera dei Deputati

Intervento dell'Ing. Umberto Tosoni, Amministratore Delegato ASTM

30 gennaio 2023

SOMMARIO

Premessa

- 1- Rimodulazione delle quote di esternalizzazione dei lavori per concessioni affidate in assenza di gara (art. 186, commi 2 e 6);*
- 2- Liberalizzazione del ricorso all'appalto integrato (art. 44);*
- 3- Subappalto (art. 119);*
- 4- Possibilità di avocazione dell'infrastruttura autostradale da parte del MIT (art. 186, comma*
- 5- Le norme sul contenzioso*

1-Premessa

Innanzitutto un ringraziamento per l'opportunità di essere sentiti sul nuovo codice dei contratti.

È indubbio, infatti, che una norma del genere non può essere approvata senza aver sentito gli operatori del settore.

È quello che, forse, è mancato nella prima fase è stato il confronto con tutti coloro che da luglio prossimo saranno chiamati ad applicare le nuove regole.

E proprio il termine di luglio è fonte di preoccupazione per il gruppo ASTM che com'è noto gestisce autostrade ed è chiamato, in funzione di questo ruolo ad assumere sia il compito di stazione appaltante sia quello di impresa appaltatrice.

L'ingresso di un nuovo codice richiede un tempo per l'assorbimento delle nuove regole che, all'attualità, appare incompatibile con gli obiettivi che il nostro paese s'è dato. Proprio nel momento in cui si sta approfondendo il massimo impegno sul Pnrr, l'entrata in vigore di questo nuovo codice potrebbe costituire un ostacolo al rispetto dei tempi fissato dalla comunità europea.

In quest'ottica potrebbe essere utile analizzare la possibilità di differire l'ingresso del codice o fissare una disciplina transitoria che non impatti sugli appalti in corso ed in particolare su quelli finanziati dalla comunità europea.

Un'altra preoccupazione riguarda il contenuto stesso del codice. Anch'esso come il precedente

è scritto avendo a mente il segmento della gara e non risolve concretamente i problemi che si incontrano a monte ed a valle del procedimento di evidenza pubblica.

Pochi sono i profili acceleratori che si occupano della fase di programmazione e di progettazione sui quali si poteva e si doveva intervenire forse utilizzando maggiormente il silenzio assenso e termini perentori per l'apertura e la chiusura del procedimento. Ed anche per la fase di approvazione del progetto.

In quest'ambito lo schema di codice si limita a ribadire la sola tempistica del procedimento di gara, peraltro già presente nei decreti semplificazioni.

Ci vuole, invece, il coraggio di fissare i termini a monte della gara imponendo una tempistica che riduca la media nazionale dei sedici anni per realizzare un'opera pubblica di importo superiore a 100 milioni di euro.

Ma ancor di più preoccupa l'assenza di regole per la fase esecutiva e cioè per quel segmento che rappresenta il cuore dell'obiettivo che la stazione appaltante s'è data bandendo la gara. Questa parte del codice è rimasta identica a quella contenuta nel codice del 2016 non tenendo conto che proprio quella scarsità di regole ha determinato la vera misura dell'insuccesso di quel codice.

Non v'è dubbio, infatti, che sui grandi temi dell'esecuzione (tempistica, pagamenti, varianti, ruolo del rup, regime delle responsabilità, controllo della stazione appaltante e regole del contenzioso) il vecchio codice ha mostrato tutti i suoi limiti non consentendo, in chiave esecutiva, il raggiungimento dell'obiettivo del rispetto dei tempi programmati per ultimare i lavori e del preventivo di spesa originario.

Quello che il codice del 2016 ha generato è stato spesso il contrario dell'obiettivo qui indicato e cioè allungamento dei termini e lievitazione dei costi.

Riproporre la stessa scarsa disciplina con gli stessi articoli lascia perplessi sulla possibilità che il nuovo codice determini un vero e proprio cambio di passo rispetto al precedente. Non è con i principi che si realizza un'opera pubblica ma con la chiarezza delle regole che debbono disciplinare una fase così delicata come quella contrattuale. Un'ulteriore fonte di preoccupazione riguarda il tema delle concessioni e del PPP. L'entrata in vigore del codice del 2016 ha costituito il periodo di più ridotto utilizzo del finanziamento privato delle opere pubbliche.

Le difficoltà interpretative delle norme ed i tempi troppo lunghi del procedimento hanno convinto gli investitori, soprattutto quelli stranieri, a stare alla larga dal nostro paese.

Del resto il numero delle concessioni, anche mediante finanza di progetto, dal 2016 ad oggi è crollato.

Sotto questo profilo le nuove regole non appaiono tali da attrarre investimenti privati. Ne sono un esempio la scelta di far subentrare l'amministrazione concedente nelle concessioni autostradali alla scadenza della concessione ed a prescindere se sia stata espletata la gara per l'individuazione del nuovo concessionario e la norma che parrebbe dare la facoltà di affidare in house ad una società pubblica le concessioni autostradali anche se il termine concessorio non sia scaduto.

Sia ben chiaro qui non si vuole discutere il giusto diritto dell'amministrazione concedente di scegliere moduli organizzativi pubblicistici, si vuole semmai sottolineare che l'insieme di queste disposizioni scoraggia certamente gli investitori italiani e stranieri che intendono finanziare con danaro privato opere pubbliche

Nello specifico ci sia consentito evidenziare i seguenti profili del nuovo codice:

1- Rimodulazione delle quote di esternalizzazione dei lavori per concessioni affidate in assenza di gara (art. 186, commi 2 e 6);

- In primo luogo, è da considerare con favore l'ultima versione della bozza di nuovo codice che introduce un limite minimo e massimo della percentuale delle attività da esternalizzare, a differenza della precedente versione che ne lasciava la determinazione alla discrezionalità dell'ente concedente.

In effetti, la bozza del nuovo codice, licenziata il 4 gennaio 2023, prevede l'obbligo per i titolari di concessioni affidate senza gara di esternalizzare a soggetti terzi, mediante procedura ad evidenza pubblica, una quota ricompresa tra il 50% e il 60% delle attività: la percentuale specifica dovrà essere determinata convenzionalmente, in accordo tra concedente e concessionario.

Nella bozza del 7 dicembre 2022, invece, l'articolo era originariamente formulato in maniera differente, riservando l'individuazione della percentuale di esternalizzazione delle prestazioni al solo ente concedente, con conseguente possibilità, da parte di quest'ultimo, di esercitare un'amplessima discrezionalità nel prevedere la quantificazione dei lavori, servizi e forniture da mettere in gara.

- A tale proposito, è necessario ricordare che la *ratio* della disposizione si pone in linea con la natura del contratto di concessione, che attribuisce al concessionario una funzione "proattiva"

in funzione sia della realizzazione degli investimenti, sia della manutenzione dell'asset che gestisce, non potendo il ruolo dello stesso essere ridotto a quello di mera stazione appaltante. Come ha correttamente sottolineato la Corte Costituzionale in tempi recenti, le concessioni non possono essere snaturate, sino al punto da trasformare il concessionario in un mero coordinatore di attività altrui.

-È necessario inoltre sottolineare che affidare alla concessionaria, o a società alla stessa collegata, ha il vantaggio di consentire il controllo diretto delle attività e di garantire tempi e costi certi, che un affidamento ad una molteplicità di soggetti provenienti dal mercato non può assicurare.

In effetti, se non si può negare che la scelta normativa di garantire la concorrenza in relazione a concessioni affidate senza gara sia idonea a giustificare il ricorso ad un'esternalizzazione di parte delle prestazioni assentite in concessione, ciò non deve comunque incidere sull'opportunità di mantenere in capo al concessionario la facoltà di realizzare direttamente un'adeguata percentuale dei lavori che interessano l'infrastruttura gestita. E questo proprio per garantire l'interesse pubblico alla più efficiente gestione delle concessioni.

La nuova formulazione sembra raggiungere il giusto equilibrio tra le due opposte esigenze dell'efficienza nella gestione della tratta autostradale assentita in concessione ed il recupero, seppur a posteriori, delle esigenze concorrenziali, attraverso la rimessione sul mercato di una rilevante quota di lavori.

- Sempre per garantire una più efficiente gestione dell'asset autostradale, sarebbe tuttavia auspicabile che potesse essere mantenuto in capo al concessionario autostradale il settore dei servizi e delle forniture. Ciò consentirebbe infatti una maggiore elasticità nell'erogazione del servizio agli utenti: si pensi ad esempio al servizio di sgombero neve, che costituisce sicuramente un'attività da espletare in una fase critica della gestione e che risulterebbe molto più complicata, soprattutto a livello di coordinamento, se le prestazioni fossero affidate ad imprese terze.

- Non convince, inoltre, la scelta di porre i piani economici finanziari quale base di calcolo delle quote da esternalizzare, in quanto mere assunzioni previsionali. Sarebbe invece auspicabile utilizzare come base di calcolo i dati consuntivi che emergono dall'effettiva esecuzione dei contratti. In tal modo si avrebbe infatti l'effettiva percezione delle opere realizzate, dovendo logicamente la percentuale essere individuata e calcolata su dati certi e non previsionali.

2- Liberalizzazione del ricorso all'appalto integrato (art. 44);

- Dev'essere considerata con favore la scelta di liberalizzare il ricorso all'appalto integrato.

Si tratta di uno strumento fondamentale per l'accelerazione e la semplificazione nell'esecuzione degli appalti pubblici. La nuova bozza di codice consente alla stazione appaltante di stabilire che il contratto di appalto (ad eccezione dei soli appalti di opere di manutenzione ordinaria) abbia per oggetto sia la progettazione esecutiva, che l'esecuzione dei lavori, purché entrambi eseguiti sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato.

- Ciò dovrebbe consentire, quanto meno, di mitigare il contenzioso legato alle riserve apposte per asserite carenze progettuali, atteso che a redigere il progetto esecutivo sarà appunto l'appaltatore stesso.

3- Subappalto (art. 119);

- La riforma mantiene la disciplina del subappalto introdotta nel 2021. Il primo comma dell'art 119 ripropone infatti il divieto di subappaltare più del 50% della categoria prevalente afferente al contratto di appalto.

Tale impostazione non risulta però condivisibile, né allineata ai principi emergenti dalla giurisprudenza della Corte europea di Giustizia, la quale si è più volte pronunciata sulla liberalizzazione **totale** dell'istituto, in assoluta conformità ai criteri concorrenziali.

Il subappalto rappresenta un istituto cardine in un'ottica di accelerazione del processo di realizzazione e mantenimento in efficienza delle infrastrutture autostradali, oltre che uno strumento fondamentale per consentire l'accesso e la partecipazione a procedure di evidenza pubblica alle imprese di piccole e medie dimensioni.

- Deve invece essere considerata con favore la scelta di consentire il ricorso al c.d. subappalto a cascata - categoricamente escluso dal vigente codice -, che consentirà anche alle imprese altamente specializzate, solitamente aventi ridotte dimensioni, di partecipare direttamente e in proprio all'esecuzione di prestazioni oggetto di appalti pubblici, con conseguenti benefici in termini di maggior qualità delle prestazioni rese.

4- Possibilità di avocazione dell'infrastruttura autostradale da parte del MIT (art. 186, comma 7)

- Con la modifica della bozza di codice del 4 gennaio 2023, è stata reintrodotta la disposizione che sembrerebbe attribuire al MIT la possibilità di incidere sulla gestione delle concessioni

autostradali in essere, avocandosi il titolo concessorio, potendo altresì affidare l'erogazione del servizio a società in house anche appositamente costituite.

La giustificazione della reale finalità della disposizione in esame dovrebbe essere quella di disciplinare alcuni affidamenti già effettuati proprio sulla base di tale previsione, introdotta da un decreto legislativo nel 2017. Peraltro, tale norma risulta assente nella precedente versione, licenziata dal Consiglio di Stato il 7 dicembre 2022. Siffatta formulazione, nei termini enucleati nell'ultimo *draft*, potrebbe prestarsi ad una diversa interpretazione, tendendo a legittimare l'intervento ablatorio dello Stato nei confronti dei privati gestori di infrastrutture autostradali, senza che lo stesso sia subordinato a specifiche cause o condizioni, in chiara violazione del principio concorrenziale tutelato sia dalla disciplina nazionale, che da quella europea.

La norma potrebbe infatti consentire unilateralmente una modifica *ex post* della disciplina convenzionale dei rapporti concessori in essere, ponendosi inevitabilmente in rotta di collisione con i principi generali di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento e dei diritti quesiti, da tempo radicati nell'ordinamento dell'Unione Europea.

Per questo motivo è auspicabile una revisione della disposizione normativa in esame, rendendola conforme ai principi comunitari, attraverso la rimodulazione dei poteri concessi al Ministero in relazione a tali interventi di natura ablativa, limitandoli alle sole concessioni già scadute. In tal senso, la nuova formulazione del comma 7 dell'art. 186 dovrebbe essere riallineata a quella omologa contenuta nell'art. 178, comma 5.

5-Le norme sul contenzioso

Va, infine, rivisitato il libro V, parte I, titoli I e II sul contenzioso.

Sembra mancare, al riguardo, l'individuazione dell'obiettivo che il legislatore intende raggiungere.

Se quest'obiettivo è risolvere preventivamente le controversie occorre chiarire il ruolo dell'accordo bonario rispetto al collegio consultivo tecnico e disciplinare conseguentemente i casi in cui va utilizzato l'uno o l'altro istituto.

Quando invece la controversia è ineludibile occorre prendere atto che il ricorso all'arbitrato non è la soluzione è che la controversia deve essere sempre risolta dal giudice ordinario. Questa chiarezza è totalmente assente e determina profonda incertezza sia negli operatori privati che in quelli pubblici.