

Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane

MEMORIA

Esame dello Schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici (AG 19)

Senato della Repubblica

8^a Commissione (Ambiente, transizione ecologica, energia, lavori pubblici, comunicazioni, innovazione tecnologica)

Il presente documento raccoglie i contributi del Gruppo FS e, in particolare, delle Società del Polo Infrastrutture del Gruppo FS principalmente interessate (RFI e ANAS), al testo dello schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici (AG 19) approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri in data 16 dicembre 2022 in attuazione dell'art. 1 della Legge delega 21 giugno 2022 n. 78 e trasmesso alle competenti Commissioni parlamentari per l'espressione dei relativi pareri.

Sotto un primo profilo di impianto generale del nuovo testo normativo, si accoglie con favore l'intervenuta codificazione, nella Parte I del Libro I, dei **principi generali** propri del settore degli appalti ritenendo – come chiarito nella Relazione illustrativa – che possano essere uno strumento utile al corretto intendimento delle regole che, nel prosieguo del Codice, disciplinano le diverse fasi del ciclo di vita del contratto pubblico (dalla fase iniziale della programmazione e progettazione, sino all'aggiudicazione e all'esecuzione) e gli istituti correlati.

L'enunciazione dei principi in apertura del Codice lascia ampio margine alla discrezionalità delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti nella scelta delle attività da porre in essere nel miglior perseguimento dell'interesse pubblico, con ciò responsabilizzando le committenze chiamate a dare concreta attuazione ai principi e a compiere le attività di competenza nel quadro ed alla luce degli stessi.

Dal testo legislativo proposto traspare l'intento del legislatore di dare ai principi una caratterizzazione di concretezza e operatività, nella direzione di funzionalizzare i principi alla migliore applicazione dei precetti di dettaglio successivi, fornendo degli strumenti pratici, che spesso recepiscono indirizzi giurisprudenziali consolidati, per risolvere incertezze ermeneutiche da calare nella prassi applicativa.

Auspichiamo che l'operazione di codificazione dei principi, per come ideata e poi effettivamente attuata nel nuovo Codice, possa contribuire a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di autonomia delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, valorizzandone gli spazi di discrezionalità, a fronte di una disciplina di settore spesso eccessivamente rigida e incasellata, ciò in particolare in attuazione dei criteri-guida sui quali fondare l'attività dei committenti e l'interpretazione dell'intero corpus di norme sui contratti pubblici oggetto di codificazione quali il principio dell'accesso al mercato, quello del risultato e quello della fiducia.

Con più specifico riferimento alla **disciplina dei c.d. settori speciali** - di principale interesse per l'operatività di RFI - i principi enunciati nella prima parte del Codice trovano non solo diretta applicazione ed attuazione ma anche il riconoscimento di ulteriori margini di discrezionalità.

In tal senso, accogliamo con favore lo sforzo di contenere la disciplina dei settori speciali in un apposito Libro ad essi dedicato (Libro III, Parte I), con l'intento di conferire allo stesso il carattere della completezza e della sostanziale autoconclusività, eliminando alcune zone grigie che nella vigenza del Codice 50/2016 hanno generato dubbi interpretativi e conseguenti difficoltà applicative (basti pensare alla infelice formulazione dell'art. 114, comma 1, del D. Lgs. 50 che individua alcune norme dei settori ordinari applicabili a quelli speciali "*per quanto compatibili con le norme di cui alla presente Sezione*"). Nell'ambito della nuova codificazione sono state confermate alcune peculiarità organizzative tipiche dei settori speciali, lasciando alle imprese pubbliche ed ai soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi la facoltà di adottare propri atti i) per istituire e gestire sistemi di qualificazione degli operatori economici; ii) per prevedere una disciplina di adattamento delle funzioni del RUP alla propria organizzazione; iii) per i contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, adottare propri regolamenti per dettare la disciplina applicabile.

Sono state altresì aggiunte e/o esplicitate nuove facoltà come quella di specificare la nozione di variante in corso d'opera in funzione delle esigenze proprie del mercato di appartenenza e delle caratteristiche di ciascun settore, nel rispetto dei principi e delle norme di diritto dell'Unione europea e quella di operare eventualmente la suddivisione in lotti di una procedura di affidamento senza obbligo di motivazione aggravata.

Tali possibilità rispondono ad esigenze operative di particolare rilevanza per le imprese pubbliche operanti nei settori speciali, anche in ragione delle caratteristiche peculiari dell'attività svolta e del mercato di riferimento.

Tra le norme la cui applicazione viene richiamata espressamente per i settori speciali, si accoglie con favore il rinvio al **regime della revisione prezzi** (dettato dall'art. 60 del testo in circolazione), ai sensi del quale si prevede l'obbligatorio inserimento delle clausole di revisione dei prezzi e le condizioni di natura oggettiva - non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta - che determinano l'applicazione del meccanismo revisione (attualmente una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e nella misura dell'80 per cento della variazione stessa).

Appare altresì condivisibile il riferimento agli indici sintetici delle variazioni dei prezzi relativi ai contratti di lavori, servizi e forniture, approvati dall'ISTAT con proprio provvedimento annuale, d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ove tali indici, in linea con quanto indicato nella relazione illustrativa, facciano specifico riferimento a settori specifici (tra cui quello delle opere ferroviarie), così che ogni lavoro possa trovare un indice più aderente e vicino alla sua specifica dinamica dei prezzi.

Fermi, dunque, gli indubbi aspetti positivi del nuovo corpo normativo in termini di chiarezza, organicità e sistematicità del testo approvato, si riportano, nel seguito, alcune proposte ed osservazioni volte a meglio coordinare la disciplina dei settori speciali con quella dei settori ordinari e, più in generale, a chiarire l'ambito di applicazione di istituti, nonché ad introdurre ulteriori misure di semplificazioni ed accelerazione favorendo così da un lato la corretta applicazione delle regole e disposizioni dettate per i settori speciali e dall'altro la celere realizzazione degli interventi di competenza del Gruppo FS, facilitando, in particolare, l'integrazione e l'azione sinergica tra le società del Polo Infrastrutture, nell'interesse della collettività.

1. Ambito soggettivo e oggettivo di applicazione della normativa settori speciali

SCOPO DELLA PROPOSTA: ESPLICITARE LA QUALIFICAZIONE SOGGETTIVA DELLE IMPRESE PUBBLICHE E TITOLARI DI DIRITTI SPECIALI ED ESCLUSIVI OPERANTI NEI SETTORI SPECIALI E CHIARIRE LA DISCIPLINA APPLICABILE PER I CONTRATTI NON STRUMENTALI AI SETTORI SPECIALI.

In linea generale, si ravvisa la necessità di assicurare che la formulazione del testo sia coerente con le definizioni riportate nell'allegato I.1 al Codice ed in linea con quelle contenute nella Direttiva settori speciali (che reca, ai fini dell'applicazione della normativa di riferimento, sia la definizione di amministrazioni aggiudicatrici che di enti aggiudicatori), al fine di evitare possibili dubbi per profili particolarmente delicati e suscettibili di interpretazione.

In analogia con quanto previsto dalle Direttive e dal vigente Codice si rende opportuno precisare che le imprese pubbliche e i titolari di diritti speciali ed esclusivi sono tenute al rispetto della normativa in materia di contratti pubblici, solo per i contratti strumentali alle attività di cui agli articoli da 146 a 152.

Alla luce di quanto precede, si propone di modificare l'art. 141, comma 2, dell'attuale schema di Codice, sostituendo il termine "*Libro*" con "*Codice*". Infatti, la sola esclusione di applicare il Libro sui settori speciali – considerando che la norma fa riferimento alla nozione omnicomprensiva di "stazioni appaltanti" – potrebbe indurre a ritenere che le stazioni appaltanti – ivi incluse le imprese pubbliche – siano tenute ad applicare nel caso di appalti non strumentali la disciplina sui settori ordinari (con ciò violando il divieto di *gold plating*).

Pertanto, adottando la modifica proposta, il predetto articolo seguirà la seguente formulazione:

*"Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi applicano le norme del presente **Codice** solo per i contratti strumentali da un punto di vista funzionale a una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152"*.

2. Contratti esclusi e possibilità di cooperazione e sinergia tra società del medesimo gruppo societario

SCOPO DELLA PROPOSTA: FAVORIRE L'INTEGRAZIONE E LA SINERGIA NELL'AMBITO DEL GRUPPO FS, GARANTENDO CELERITÀ DI REALIZZAZIONE DI INTERVENTI COMPLESSI DI INTERESSE DI PIÙ SOCIETÀ E SPEDITEZZA DI AZIONE NELL'AMBITO DELLE SINGOLE SOCIETÀ.

In linea generale nella versione dello schema di codice non risultano chiare le forme di cooperazione e azioni sinergiche ammissibili, soprattutto con riferimento a società appartenenti al medesimo gruppo societario ma operanti in settori differenti (ordinari e speciali).

Più nello specifico, si rileva che l'attuale quadro normativo non chiarisce le seguenti possibilità:

- di affidare e realizzare appalti congiuntamente;
- di stipulare accordi fra di esse al fine di cooperare per il raggiungimento di uno scopo comune, rientrante nel loro fine istituzionale.

Relativamente alla possibilità di affidare appalti in modo congiunto - in linea con quanto attualmente previsto dall'art. 53 bis comma 6 bis del DL 77/2021 (c.d. Semplificazioni bis, convertito con modificazioni in legge 108/2021) per gli interventi relativi alle infrastrutture ferroviarie - si propone di consentire, in considerazione delle esigenze di accelerazione e semplificazione dei procedimenti relativi ad opere di particolare rilevanza pubblica e complessità di interesse di più soggetti (anche operanti nell'ambito del medesimo gruppo di imprese), la realizzazione coordinata delle opere/interventi individuando un unico soggetto attuatore.

Al contempo, al fine di assicurare che le società di un medesimo gruppo di imprese possano utilizzare i medesimi strumenti contrattuali (evitando una moltiplicazione di attività negoziali e connesse attività gestionali ed un conseguente risparmio di tempi e costi), si propone di integrare le attuali previsioni in tema di contratti esclusi dall'applicazione del Codice consentendo alle stesse di avvalersi dei contratti, compresi gli accordi quadro, stipulati dalle altre società del gruppo per l'affidamento di lavori, servizi e forniture a seguito di procedure conformi al Codice (la previsione ha carattere estensivo rispetto a quanto attualmente consentito all'ANAS e alle sue controllate dall'art. 2-ter del D.L. 76/2020 (c.d. Decreto Semplificazioni convertito, con modificazioni, in Legge 120/2020).

Parallelamente, si propone di ampliare e chiarire le forme di cooperazione possibili intervenendo sul testo dell'art. 7, comma 4, inserito nello schema di codice esplicitando l'esclusione dall'applicazione del codice per le ipotesi di cooperazione tra società partecipate (anche indirettamente per il tramite di una società controllante) dalla medesima amministrazione aggiudicatrice al ricorrere di specifiche condizioni individuate.

3. Programmazione delle opere pubbliche nei settori speciali e disciplina del dibattito pubblico

SCOPO DELLA PROPOSTA: CHIARIRE LA NORMATIVA APPLICABILE AI SETTORI SPECIALI PER LA LOCALIZZAZIONE ED APPROVAZIONE DEI PROGETTI E IL DIBATTITO PUBBLICO. GARANTIRE MASSIMA SNELLEZZA E CELERITÀ DEGLI ITER APPROVATIVI.

Le disposizioni contenute nella parte III del libro I (artt. 37 e ss.) non rientrano tra quelle applicabili ai settori speciali.

Il testo normativo fa salve le sole norme speciali (tra cui quelle PNRR) sulla localizzazione ed approvazione dei progetti (cfr. art. 38 ultimo comma) e sul dibattito pubblico (cfr. art. 40, comma 7) lasciando alcuni dubbi di coordinamento sulla normativa applicabile alla programmazione delle opere

pubbliche nei settori speciali al di fuori dei casi in cui trovino applicazione norme speciali dettate sul punto.

L'art. 141 comma 3, infatti, individua le norme applicabili "ai contratti" di cui al libro settori speciali, con ciò generando il dubbio che si intenda richiamare le sole norme relative all'attività "contrattuale" (di affidamento ed esecuzione) degli enti aggiudicatori operanti nei settori speciali senza per questa via escludere automaticamente l'applicabilità delle disposizioni sulla programmazione delle opere. La programmazione, infatti, si colloca in una fase antecedente a quella di affidamento ed esecuzione dei contratti e la circostanza che il comma 3 si riferisca ai soli contratti potrebbe portare a ritenere che il legislatore non abbia voluto escludere l'applicazione delle disposizioni in materia di programmazione alle opere, servizi e forniture nei settori speciali. Pertanto, si suggerisce di chiarire l'applicabilità della parte III del Libro 1 ai lavori, servizi e forniture dei settori speciali.

Non appare altresì chiaro il regime normativo applicabile ai progetti che, alla data di efficacia del codice, dovessero già essere sviluppati ad un livello più avanzato di quello di fattibilità o ai progetti di varianti approvate in fase esecutiva, a tal proposito si propone di prevedere un *iter* simile a quello disciplinato dall'art. 38 dello schema di Codice, sempre a cura della stazione appaltante, con riferimento:

1. agli interventi che si dovessero trovare in fase di Progetto Esecutivo alla data di efficacia del nuovo Codice
2. agli interventi il cui finanziamento della progettazione esecutiva e realizzazione intervenga solo dopo il PFTE;
3. alle varianti in corso d'opera.

Al contempo appare necessario disciplinare chiaramente il regime normativo di coordinamento e transitorio applicabile ai progetti avviati in vigenza di altro regime normativo, in particolare si propone – analogamente a quanto previsto dall'art. 216 del D. Lgs. 50/2016 – di introdurre apposita disciplina transitoria che faccia salva la normativa *pro tempore* applicabile agli interventi relativi alle infrastrutture strategiche di legge obiettivo e relative varianti.

Altro punto di attenzione è l'opportunità di integrare le disposizioni del Codice con le indicazioni contenute nelle linee Guida del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici dettate in tema di PFTE e degli elementi che lo stesso deve contenere nelle fasi di avvio dell'*iter* autorizzativo e della fase di gara. In particolare, sarebbe opportuno chiarire che il PFTE, redatto ai fini della raccolta delle autorizzazioni amministrative, possa non contenere il computo metrico – estimativo, che invece appare necessario al momento della gara in caso di appalto integrato.

La precisazione in questione è diretta a specificare che, come attualmente indicato dalle citate Linee Guida, il "computo estimativo" deve essere "elevato" ad un vero e proprio "computo metrico – estimativo" solo quando si procede con appalto integrato, per consentire ai concorrenti di formulare un'offerta economica consapevole sulla base delle quantità indicate nel PFTE a base di gara.

Quanto alla disciplina del dibattito pubblico la stessa non rientra tra le norme applicabili ai settori speciali, nonostante l'allegato I.6 (cfr. Tabella 1) confermi che il dibattito pubblico è obbligatorio in relazione ai tronchi ferroviari per il traffico a grande distanza, per le opere che comportano una lunghezza del tracciato superiore a 30 km e comunque con un valore di investimento superiore a 500 milioni di euro al netto di IVA del complesso dei contratti previsti (come già previsto nell'Allegato 1 al D.P.C.M 10 maggio 2018, n. 76).

Auspichiamo un intervento sul punto, volto a meglio coordinare la disciplina del Codice con tutte le norme speciali attualmente vigenti (ivi comprese quelle previste per le opere ferroviarie), esplicitando che in caso di contrasto troveranno applicazione quelle più favorevoli che garantiscano una maggiore snellezza e celerità dell'*iter* procedimentale e finalizzato ad estendere la disciplina del dibattito pubblico ai settori speciali.

4. Disciplina degli accordi quadro e livelli di progettazione

SCOPO DELLA PROPOSTA: SEMPLIFICARE ED ACCELERARE L'ITER DI AFFIDAMENTO DEGLI ACCORDI QUADRO PER INTERVENTI DI CARATTERE RIPETITIVO E STANDARDIZZATO.

Nelle disposizioni dedicate agli accordi quadro (art. 59 per i settori ordinari e art. 154 per i settori speciali) non è contenuta alcuna disciplina, diversa da quella dettata per i contratti di appalto, in merito alla documentazione progettuale da porre a base di gara.

Nel caso di Accordi quadro, data la particolarità dello strumento contrattuale, che si adatta prioritariamente agli affidamenti di interventi di carattere ripetitivo e standardizzato (con particolare riferimento a quelli dei settori speciali, si pensi a tutti gli interventi di manutenzione sulla infrastruttura ferroviaria), si propone di prevedere, anche per l'Accordo quadro con un unico operatore, la possibilità di procedere all'affidamento sulla base di una progettazione di massima (con indicazione dettagliata delle esigenze della stazione appaltante es. categoria delle lavorazioni, importo, computo metrico di massima), senza necessità di allegare un livello di progettazione idoneo all'esecuzione o al successivo grado di sviluppo progettuale. Il progetto (in un unico livello) verrà poi redatto (dalla stazione appaltante o dall'operatore economico) e consegnato all'appaltatore all'atto dell'emissione dei singoli contratti applicativi, ciò ferma restando l'impossibilità di introdurre modifiche sostanziali rispetto a quanto prefissato nell'accordo quadro.

5. Progettazione per gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria e criterio di aggiudicazione

SCOPO DELLA PROPOSTA: SEMPLIFICARE ED ACCELERARE L'ITER DI AFFIDAMENTO DEGLI INTERVENTI DI MANUTENZIONE ORDINARIA E STRAORDINARIA.

È stata prevista nel testo (art. 41, comma 4, dello schema approvato) la possibilità per gli interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria di omettere il primo livello di progettazione a condizione che il progetto esecutivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso.

In ragione della standardizzazione e ripetitività degli interventi di manutenzione (ordinaria e straordinaria) si propone di alleggerire gli obblighi di progettazione degli stessi consentendo l'affidamento sulla base di una documentazione tecnica tipologica descrittiva dell'intervento (comprensiva di categoria delle lavorazioni, importo, computo metrico di massima).

Contestualmente, si propone di consentire il ricorso all'appalto integrato anche per gli interventi di manutenzione ordinaria, prevedendo che il progetto (in un unico livello) venga redatto (dall'operatore economico) sulla base della documentazione tecnica tipologica messa a disposizione dalla stazione appaltante.

Al contempo, in ragione della ripetitività degli interventi di manutenzione (anche ove riconducibili a lavori), si propone di consentire l'affidamento degli stessi con il criterio del prezzo più basso.

6. Contenzioso e rimedi alternativi alla giurisdizione

SCOPO DELLA PROPOSTA: CHIARIRE LE NORME APPLICABILI AI SETTORI SPECIALI E CONSENTIRE IL RICORSO A STRUMENTI DEFLATTIVI DEL CONTENZIOSO ED ACCELERATORI, ESPLICITANDO IL RAPPORTO TRA GLI STESSI.

La disciplina della fase del contenzioso (artt. 209 e ss.) non rientra, al momento, tra quelle espressamente richiamate per i settori speciali.

Si propone di chiarire l'ambito di applicazione della disciplina del contenzioso e dei rimedi alternativi alla giurisdizione per i settori speciali.

Con particolare riferimento al Collegio Consultivo Tecnico (CCT), in ragione dell'impatto, anche economico, rispetto a stazioni appaltanti di grandi dimensioni dell'istituto e del numero esiguo di contenziosi che solitamente insorgono in fase di esecuzione per determinate tipologie contrattuali (soprattutto nei contratti di manutenzione, nonché in quelli di servizi e forniture) si propone di chiarire che l'applicazione dello strumento del CCT è sempre facoltativa per gli appalti rientranti nei settori speciali (sia di importo superiore che inferiore alla soglia comunitaria), divenendo obbligatoria la sua istituzione solo a seguito dell'insorgere di una questione suscettibile di essere rimessa al collegio e di espressa richiesta di una delle parti. Al contempo, si propone di rimettere alla valutazione delle parti contrattuali, da effettuarsi caso per caso a seguito dell'insorgere della problematica, il valore (di lodo contrattuale o meno) da attribuire alla determinazione del Collegio.

7. Qualificazione delle Stazioni appaltanti

SCOPO DELLA PROPOSTA: ISCRIZIONE DI DIRITTO DI ANAS E RFI NELL'ELENCO DELLE STAZIONI APPALTANTI QUALIFICATE IN RAGIONE DELLE SPECIFICHE COMPETENZE ATTRIBUITE.

La qualificazione delle stazioni appaltanti nei settori ordinari e speciali è funzionale alla riduzione numerica, all'accorpamento e riorganizzazione delle stesse. Alcuni Concessionari, al pari del Ministero concedente, non possono essere sostituiti nel ruolo di Stazione Appaltante perché l'affidamento degli appalti costituisce esercizio della Concessione, di cui sono titolari esclusivi in forza del provvedimento concessorio, e della specifica competenza settoriale.

Si propone di estendere la qualificazione di diritto prevista all'art. 63 dello schema di Codice per il Ministero Concedente ai concessionari di infrastrutture nazionali, quali ANAS S.p.A. e Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. e alle imprese collegate, che ne costituiscono diramazioni operative.