

AUDIZIONE RAPPRESENTANTI GRUPPO FERROVIE DELLO STATO ITALIANE S.P.A.
DEL 17 MARZO 2015

ESAME DEL DISEGNO DI LEGGE N. 1678/2014
RECANTE LA DELEGA AL GOVERNO PER L'ATTUAZIONE DELLE PREDETTE DIRETTIVE
2014/23/UE, 2014/24/UE E 2014/25/UE

1. RIFLESSIONI SULLE NUOVE DIRETTIVE EUROPEE E SUI PRINCIPI CONTENUTI NEL TESTO DEL DISEGNO DI LEGGE DELEGA N. 1678/2014

Il 28 marzo 2014 sono state pubblicate nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea due nuove direttive, la 2014/24/UE e la 2014/25/UE che sostituiscono rispettivamente le direttive 2004/18/CE per gli appalti nei settori ordinari e 2004/17/CE per gli appalti nei settori speciali (cd. *utilities*). Una specifica direttiva, inoltre, la 2014/23/UE è dedicata a disciplinare le concessioni di lavori e di servizi.

La tempistica di recepimento da parte degli Stati membri è stata prevista in n. **24 mesi dall'entrata in vigore** (che è fissata per il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta e, dunque, il 17 aprile 2014). **Le direttive dovranno, pertanto, essere formalmente recepite dagli Stati membri entro il 17 aprile 2016.**

Le precedenti direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE saranno abrogate a decorrere dal 18 aprile 2016.

Tali nuove direttive, nell'ottica del mercato e del suo miglior funzionamento, sembrano tendere – muovendosi in direzione opposta rispetto all'indirizzo seguito dal Legislatore italiano, a far data da tangentopoli e concretizzatosi anzitutto nella Legge n. 109/94 (c.d. Legge Merloni) – ad ampliare e potenziare il ruolo e la discrezionalità delle stazioni appaltanti.

A titolo di esempio, sono stati modificati i criteri di aggiudicazione, rimettendo alle stazioni appaltanti, nella selezione delle offerte, la definizione dei criteri per la valutazione del rapporto qualità – prezzo/costo e rendendo il criterio del prezzo più basso un'opzione residuale, oltretutto limitabile in sede di recepimento. L'indirizzo comunitario impone, dunque, una forte professionalizzazione delle stazioni appaltanti, essendo demandata alle stesse la scelta dei criteri di individuazione dei migliori contraenti.

L'ottava Commissione Lavori Pubblici del Senato ha avviato, dall'8 gennaio u.s., in prima lettura ed in sede referente, l'esame del disegno di legge n. 1678/2014 recante la delega al Governo per l'attuazione delle predette direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

L'art. 1, comma 1, del disegno di legge, contiene un richiamo ai seguenti principi che il Governo è tenuto a rispettare in sede di adozione, ai sensi dell'art. 76 della Costituzione, del decreto legislativo, in relazione ai quali si formulano, ringraziando per l'opportunità concessa in questa sede, le seguenti osservazioni con riferimento ad alcuni dei principi delega contenuti nel provvedimento in esame:



- a) *divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, comma 24-ter, della legge 28 novembre 2005, n. 246*

Tale criterio riguarda il cd. divieto di *goldplating*, consistente nel divieto di evitare che gli Stati membri introducano regole che comportino costi e oneri aggiuntivi per le imprese ed i cittadini, maggiori rispetto a quelli già previsti dal legislatore comunitario.

L'applicazione di detto principio costituisce, quindi, il punto di partenza per procedere al recepimento delle direttive ed al conseguente riordino normativo, auspicabilmente fondato sulla chiarezza e sulla essenzialità della disciplina.

L'eliminazione di norme ritenute eccessivamente onerose – che non hanno alcuna rispondenza negli obblighi di derivazione comunitaria – potrebbe, infatti, effettivamente incidere in modo positivo su un corretto funzionamento del sistema degli appalti pubblici e delle concessioni, mettendo al centro degli obiettivi da perseguire la trasparenza, la legalità e la concorrenza, quali condizioni essenziali per le imprese nel mercato, evitando rischi di distorsioni del mercato stesso¹.

- b) *“Compilazione di un unico testo normativo denominato «Codice degli appalti pubblici e delle concessioni» recante le disposizioni legislative in materia di procedure di affidamento di gestione e di esecuzione degli appalti e delle concessioni disciplinate dalle tre direttive, volto anche a garantire l'effettivo coordinamento con le ulteriori disposizioni normative in vigore nelle medesime materie nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea”.*

Tale profilo assume nel contesto interno un aspetto di particolare rilievo considerato il fatto che molte delle norme di riferimento non sono contenute all'interno di un unico atto legislativo. L'attività di recepimento da parte del Governo dovrà essere opportunamente indirizzata verso una “semplificazione normativa”.

Nel rinviare per maggiori dettagli ai successivi paragrafi 3) e 4), si rappresenta, infatti, la necessità di recepire in modo autonomo (anche all'interno di un Testo Unico) le specificità contenute nelle norme della direttiva *utilities*, senza aprioristiche assimilazioni alla disciplina dei settori ordinari, in piena aderenza al predetto criterio del divieto di *goldplating*.

¹ Sotto tale profilo si pone, a titolo esemplificativo, la questione della compatibilità della sanzione pecuniaria prevista dalla recente modifica introdotta dalla Legge n. 114/2014 relativamente all'art. 38, comma 2-*bis*, del vigente codice degli appalti sulle esclusioni per carenze formali, nel quadro del subprocedimento di integrazione/regolarizzazione. L'art. 56, par. 3 della direttiva 24/2014, che disciplina il soccorso istruttorio per le ipotesi di mancata presentazione di documenti, non contempla la possibilità per gli Stati membri di applicare una sanzione per la regolarizzazione. Anche un recente orientamento della Corte di Giustizia della Unione Europea (cfr. sentenza 6 novembre 2014, causa C-42/13) si è posta su tale orientamento, evidenziando come i principi di parità di trattamento e di trasparenza, sarebbero compromessi nel momento in cui si consente al concorrente di sanare qualunque tipo di irregolarità, sia pure dietro pagamento di una sanzione pecuniaria.



- c) ***“Razionalizzazione del quadro normativo nelle materie degli appalti pubblici e delle concessioni al fine di conseguire un maggiore livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti”***

L'unificazione dei criteri b) e c) potrebbe consentire di mettere a sistema la copiosa produzione normativa contenuta in disposizioni legislative diverse dal codice appalti che, tuttavia, interferiscono in modo significativo con le procedure di aggiudicazione.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla normativa antimafia (D.Lgs. n. 159/2011 e s.m.) e alla normativa anticorruzione (Legge n. 190/2012 e s.m.) e ad altre norme settoriali, la cui effettiva ricognizione da parte degli operatori appare spesso problematica, anche a causa di frequenti interventi normativi, non sempre ordinati, succedutisi nel tempo.

Sul punto appare dirimente la relazione illustrativa al disegno di legge delega, nella parte in cui si evidenzia che “[...] Più in generale, il recepimento delle direttive dovrà fornire l'occasione per avviare un più ampio lavoro di razionalizzazione e riordino del quadro normativo in materia, ripetutamente modificato nel corso degli anni, con l'obiettivo di aumentarne la chiarezza riducendo il numero delle fonti ed eliminando sovrapposizioni e duplicazioni”.

Anche l'ex AVCP (oggi ANAC) con l'atto di segnalazione n. 3 del 21 maggio 2014, ha formulato alcune osservazioni in merito alle tematiche strategiche ed ai profili innovativi contenuti nelle nuove direttive, ponendo in evidenza soprattutto la necessità di dar vita, in fase di recepimento, ad un corpus normativo che rechi una disciplina snella, essenziale, costituita da poche, chiare e stabili regole, in materia di appalti (ivi compresi i settori speciali).

- d) ***“Trasparenza e pubblicità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive, salvo casi espressamente previsti, anche tenendo conto della esigenza di concorrere, con la definizione di idonee misure, alla lotta alla corruzione nel settore degli appalti pubblici, nonché, in ogni caso, previsione di poteri di vigilanza e controllo sull'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici, finalizzati ad evitare la corruzione ed a favorire la trasparenza***

In merito a tale criterio si rappresenta l'opportunità di favorire il ricorso, da parte delle stazioni appaltanti, ai sistemi informativi specialistici per la gestione delle procedure di gara, al fine di garantire maggiore trasparenza, derivante dalla piena tracciabilità delle operazioni.

- e) ***“Riduzione degli oneri documentali a carico dei soggetti partecipanti e semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti”***

Alla luce di tale criterio direttivo, si ritiene altresì opportuno semplificare le modalità operative di verifica dei requisiti generali, visto che quelle attuali appaiono caratterizzate da criticità e complessità tali da determinare un aggravamento dei tempi di aggiudicazione per le stazioni appaltanti.

- f) ***“Revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità e trasparenza anche introducendo misure di premialità connesse a criteri reputazionali basati su parametri oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione di contratti eseguiti”***



Si evidenzia la necessità di favorire il ricorso al cd. *vendor rating* finalizzato alla valutazione e al monitoraggio delle *performance* relative alle prestazioni degli appaltatori, nonché della affidabilità dei prodotti acquistati.

2. L'ESPERIENZA ITALIANA NEL RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE COMUNITARIE RELATIVE AGLI APPALTI NEI SETTORI CD. ORDINARI E SPECIALI

Gli appalti nei settori cd. speciali, regolati in sede europea solo in tempi successivi agli altri appalti pubblici, hanno goduto tradizionalmente di un regime meno vincolistico e di una maggiore discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti in ragione delle particolarità tecniche che caratterizzano tali settori. Tra l'altro, nel tempo trascorso rispetto all'emanazione della prima Direttiva che ha regolato gli appalti nei settori in questione (90/531/CEE) alle specificità tecniche si è andato aggiungendo un'ulteriore particolarità a supportare la necessità di una normativa meno rigida: le attività dei settori in questione rientrano ormai nell'ambito di mercati in gran parte liberalizzati.

Prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 163/2006, che ha recepito in un testo unico le direttive 2004/17/CE (settori speciali) e 2004/18/CE (settori ordinari), gli appalti dei settori speciali erano regolati dal D.Lgs. 158/95, che aveva recepito – sostanzialmente trascrivendola – la Direttiva 93/38/CEE. Questo garantiva maggiore autonomia ai settori speciali che, entro i vincoli comunitari, erano liberi di operare le loro scelte in gran parte al di fuori dei rigidi formalismi che caratterizzavano gli appalti dei settori ordinari.

L'emanazione del D.Lgs. 163/2006 ha, invece, comportato una parziale assimilazione degli appalti dei settori speciali a quelli dei settori ordinari su questioni di estrema rilevanza quali, a titolo di esempio, i requisiti di ordine generale: se, ad esempio, l'art. 22, comma 2 del D.Lgs. n. 158/95 prevedeva che le imprese pubbliche dei settori speciali – in aderenza al dettato comunitario – potessero stabilire i requisiti di ordine generale autonomamente, tenendo conto di criteri e principi desumibili dalle norme vigenti per i settori ordinari, l'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 stabilisce i requisiti di ordine generale uniformemente per settori ordinari e speciali.

E' noto quanto l'interpretazione oscillante della giurisprudenza in ordine ai requisiti di cui al richiamato art. 38, unitamente alle frequenti modifiche normative, abbiano favorito una lievitazione del contenzioso che ha coinvolto al pari settori ordinari e settori speciali.

3. LE PARTICOLARITÀ DELLE IMPRESE PUBBLICHE OPERANTI NEI CD. SETTORI SPECIALI NEL CONTESTO DI MERCATI IN GRAN PARTE LIBERALIZZATI

Molte imprese pubbliche operanti nell'ambito dei cd. settori speciali si trovano nel contesto di mercati liberalizzati. Nel campo del trasporto ferroviario italiano, ad esempio, sia il mercato cargo che quello passaggeri nazionale sono sostanzialmente tali, mentre per il trasporto regionale sono in corso o in preparazione gare per l'assegnazione del servizio.

In tale contesto, l'affidamento degli appalti da parte delle imprese pubbliche deve essere ispirato a criteri di economicità, efficienza, efficacia e celerità, pena l'impossibilità di tener testa ai propri *competitor*, che non hanno vincoli nella scelta dei propri contraenti.

Alla luce di quanto appena esposto, diventa particolarmente importante per le imprese operanti in tali settori, ivi incluse le società del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane interessate, poter agire con discrezionalità e snellezza nello svolgimento della propria attività negoziale, entro i limiti stabiliti dal diritto comunitario.



Al fine di garantire la necessaria differenziazione tra settori ordinari ed *utilities*, che è proprio di matrice comunitaria, il recepimento delle specificità contenute nelle norme della direttiva *utilities* in modo autonomo, senza aprioristiche assimilazioni alla disciplina dei settori ordinari, in piena aderenza al predetto criterio del divieto di *goldplating*, appare quanto mai opportuno.

Assimilazioni, non richieste dal diritto comunitario e che – come già dimostrato dall’esperienza del D.lgs. n. 163/2006 – finiscono con il gravare le imprese pubbliche dei settori speciali – come quelle del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane – di formalismi e vincoli di natura pubblicistica ulteriori rispetto a quanto disposto dal diritto comunitario, incidendo negativamente sulla competitività delle imprese stesse nell’ambito del mercato europeo.

4. IL RISCHIO DI UN NUOVO TESTO UNICO

La compilazione di un unico testo normativo denominato “*Codice dei contratti e delle concessioni pubbliche*” (meglio sarebbe forse parlare di “*Codice degli appalti e delle concessioni pubbliche*”) potrebbe indurre ad assimilare di fatto l’ambito dei settori ordinari ai settori speciali.

Per tornare al precedente esempio relativo ai requisiti di ordine generale, anche la Direttiva 2014/25/UE, come le precedenti, prevede per le imprese pubbliche dei settori speciali la sola facoltà e non l’obbligo di applicare l’art. 57, paragrafi 1 e 2 della Direttiva 2014/24/UE, riguardante appunto i requisiti di ordine generale: anzi il considerando 105 della Direttiva *utilities* recita testualmente: “[...] è opportuno lasciare a tali enti la scelta di decidere se applicare o meno i criteri di esclusione di cui alla direttiva 2014/24/UE. L’obbligo di applicare l’art. 57, paragrafi 1 e 2 della direttiva 2014/24/UE dovrebbe quindi essere limitato ai soli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici”.

Inoltre, le previsioni contenute nel Codice che riguardano l’esecuzione dei contratti non si applicano ai settori speciali. Neppure le previsioni per gli appalti sotto soglia, come stabilito dall’art. 238, comma 7, del D.Lgs. 163/2006, si applicano alle imprese pubbliche dei settori speciali.

La compilazione di un unico testo normativo, volendo salvaguardare, come auspicato, le specificità dei settori speciali, finirebbe dunque – se non con l’elidere ulteriormente le differenze – con il risolversi di fatto in uno sforzo non proficuo. Ogni eventuale assimilazione delle norme dei settori speciali a quelle dei settori ordinari, infine, finirebbe con il contraddire, in relazione alla Direttiva *utilities*, il divieto di livelli di regolazione superiori a quelli minimi, contenuto nel disegno di legge delega.

In conclusione, almeno per quanto riguarda la Direttiva *utilities* – ma anche per quella concessioni – si ritiene che la modalità di recepimento auspicabile sia quella di tipo anglosassone – peraltro già a suo tempo adottata con il D.Lgs. 158/95 per la Direttiva 93/38/CEE – mediante semplice trascrizione del testo della direttiva.

