

ROMA 9 novembre 2021



UTILITALIA

FEDERAZIONE UTILITIES
acqua | ambiente | energia



Audizione VIII Commissione Senato sullo schema di disegno di legge recante delega al Governo in materia di contratti pubblici (AS2330).

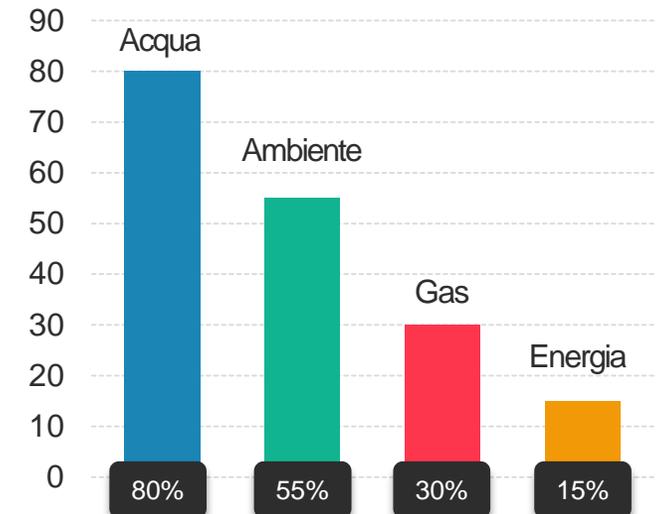
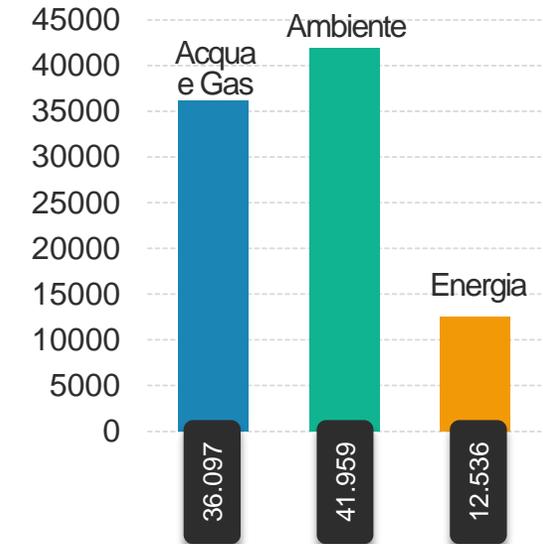
Utilitalia è la Federazione che riunisce circa 450 aziende operanti nei servizi pubblici dell'Acqua, dell'Ambiente, dell'Energia Elettrica e del Gas, rappresentandole presso le Istituzioni nazionali ed europee.

Addetti complessivi

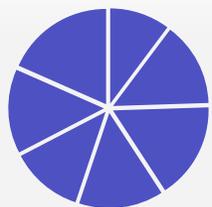
90.592



Percentuale della popolazione servita dalle associate a Utilitalia



Le associate Utilitalia: interlocutori privilegiati



STAZIONI
APPALTANTI

AFFIDANO CONTRATTI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE IN
QUALITÀ DI **IMPRESSE PUBBLICHE OPERANTI NEI SETTORI
SPECIALI**

- Speditezza delle procedure
- Semplificazione di termini, adempimenti e oneri pubblicitari
- Poteri di controllo e responsabilità accentrata



OPERATORI
ECONOMICI

PARTECIPANO ALLE GARE INDETTE DA ENTI LOCALI E ENTI
D'AMBITO PER L'AFFIDAMENTO DI **SERVIZI PUBBLICI DI
INTERESSE ECONOMICO**

- Ruolo di **concessionari**
- Valorizzazione di esperienze e competenze nell'esecuzione dei contratti
- Remunerazione e pagamenti

Proposte per la futura disciplina dei contratti pubblici

>>>

Ddl Delega

Delimitazione ambito soggettivo e oggettivo

Mantenere una stretta aderenza alle direttive europee, per assicurare l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo

Affidamenti dei concessionari

Razionalizzazione delle modalità di affidamento dei concessionari, anche al fine di introdurre una disciplina specifica per i SIEG

Proroga delle concessioni

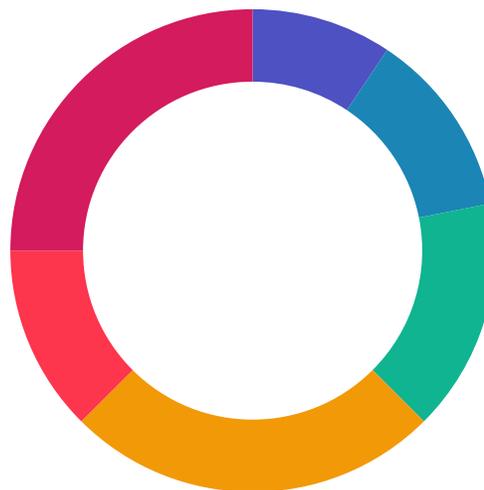
Divieto di proroga dei contratti di concessione

Qualificazione dei concessionari per lavori

Revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori

Strumenti di risoluzione di questioni tecniche

Estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale



>>>

Proposte Utilitalia

Delimitazione ambito soggettivo e oggettivo

Rispettare le diverse soggettività operanti ed i diversi settori rilevanti nel contesto della normativa sui contratti pubblici

Affidamenti dei concessionari

Consentire affidamenti in linea con la normativa pubblicistica ma non obbligare all'esternalizzazione

Proroga delle concessioni

Rispettare la disciplina europea e non introdurre divieti o limitazioni ulteriori

Qualificazione dei concessionari per lavori

Consentire ai concessionari di servizi di valorizzare l'attività di coordinamento tecnico-esecutivo e le attività affidate in subappalto

Strumenti di risoluzione di questioni tecniche

Non aggravare la fase dell'esecuzione con strumenti non risolutivi

ROMA 9 novembre 2021



UTILITALIA

FEDERAZIONE UTILITIES
acqua | ambiente | energia



Audizione VIII Commissione Senato sullo schema di disegno di legge recante delega al Governo in materia di contratti pubblici (AS2330).

Allegato

Delimitazione dell'ambito soggettivo e oggettivo

- * Il **principio/criterio direttivo indicato alla lett. a)** dello schema di DDL prevede il perseguimento dell'obiettivo di «*stretta aderenza alle direttive europee*» al fine di «*assicurare l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo fra gli operatori*».
- * La normativa europea distingue nettamente la disciplina relativa ai contratti nei settori ordinari da quella per i settori speciali, tanto da farne oggetto di due distinte direttive (24/2014 e 25/2014). Tale distinzione è motivata non solo dalle particolarità dei settori speciali (acqua, energia, trasporti e servizi postali) ma anche dalla circostanza che vi operano anche soggetti, come le **imprese pubbliche**, che non sono amministrazioni aggiudicatrici (quindi non sono pubbliche amministrazioni) ma soggetti aventi struttura societaria e finalità lucrativa, sebbene sottoposte all'influenza dominante di queste.
- * La differenza tra le due discipline è sostanziale. In linea generale, la **disciplina** prevista per i contratti nei **settori speciali** si presenta come **semplificata**, sia quanto alle procedure di aggiudicazione – più snelle e aperte alla auto-regolamentazione della singola stazione appaltante – sia quanto alla fase di esecuzione del contratto. Rispetto alle imprese pubbliche, la presenza di una disciplina differenziata è oltremodo necessaria per consentire loro di competere sul mercato alla stregua di ogni altro operatore economico.
- * La disciplina nazionale non sembra altrettanto rispettosa della distinzione operata a livello europeo, avendo recepito le direttive comunitarie in un unico testo (il Codice dei contratti pubblici – d.lgs. n. 50/2016). Ciò determina che, in molti casi, norme previste per le sole amministrazioni aggiudicatrici – magari motivate da vincoli di contabilità pubblica non riferibili alle imprese pubbliche – o per i soli settori ordinari, siano state estese anche ai settori speciali. Ciò è particolarmente evidente con riferimento alla **fase di esecuzione** del contratto che, per quanto concerne i settori speciali, è pressoché integralmente **sottratta alla disciplina pubblicistica**.
- * Il fenomeno è ancor più evidente guardando alla normazione estemporanea adottata in modifica o ad integrazione del Codice, ove molto spesso ci si riferisce a “contratti pubblici” e “stazioni appaltanti” senza considerare che dietro tali definizioni vi sono **soggetti e condizioni molto diversi** e che taluni obblighi possono essere particolarmente gravosi se riferiti a **soggetti privati** che devono competere sul mercato.



Proposte

1. Elaborare una disciplina realmente aderente al dato europeo.
2. Ove sia necessario introdurre livelli ulteriori di normazione, assicurarne la compatibilità con l'assetto europeo, con la specificità dei settori speciali e dei soggetti che vi operano.

- * Il **principio/criterio direttivo indicato alla lett. s)** dello schema di DDL prevede la «*razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di affidamento dei contratti da parte dei concessionari, anche al fine di introdurre una disciplina specifica per i rapporti concessori riguardanti la gestione di servizi e, in particolare, dei servizi di interesse economico generale*» .
- * Il tema degli affidamenti dei concessionari è attualmente disciplinato dall'**art. 177 del Codice dei contratti pubblici che, per come interpretato da ANAC nelle Linee Guida n. 11/2018, impone ai titolari di concessioni già in essere e affidate “senza gara” di esternalizzare mediante procedura di evidenza pubblica l’80% delle attività inerenti alla concessione, mentre per la restante parte possono ricorrere a società in house o controllate/collegate.**
- * L’art. 177 non trova alcun fondamento nelle direttive europee (in particolare la direttiva 2014/23/UE in tema di concessioni) ma esclusivamente nella legge di delega n. 11/2016 per l’adozione del Codice dei contratti pubblici.
La normativa europea (e quella nazionale di recepimento) **non prevede regole generalizzate per gli affidamenti dei concessionari.** Il concessionario – con distinzioni a seconda della natura che riveste (amministrazione aggiudicatrice/privato) e dell’oggetto della concessione (lavori/servizi) può essere tenuto ad applicare il Codice dei contratti pubblici ma **non obbligatoriamente ad esternalizzare.**
La stessa normativa si riferisce, poi, solo alle concessioni successive al 2014 (per le direttive) e al 2016 (per il Codice dei contratti pubblici), mentre l’art. 177 interviene in modo **retroattivo** e incidente su concessioni sottratte all’applicazione delle direttive 2014 e del Codice medesimo.
- * Rispetto ai **servizi di interesse economico generale**, il costo dell’esternalizzazione è gravissimo: ARERA, nella segnalazione a Governo e Parlamento del 12 marzo 2019 ha manifestato preoccupazioni e perplessità rispetto alla continuità e alla qualità dei servizi, incisi dalla parcellizzazione della concessione fra tanti piccoli esecutori e dalla duplicazione dei costi a carico del concessionario, inevitabilmente traslati a carico dell’utenza finale; sul piano occupazionale, si prevede una riduzione della forza lavoro compresa fra l’80% ed il 95%, con conseguente perdita di circa 145.000 e 170.000 posti di lavoro nel breve periodo.
- * Sebbene la norma non sia ancora operativa (lo diverrà al **31 dicembre 2022**), la sua legittimità è stata sottoposta al vaglio della **Corte costituzionale** per violazione degli articoli 41 (lesione della libera iniziativa economica) e 97 (danno all’efficienza dei servizi di interesse economico generale) della Costituzione e dei principi generali di ragionevolezza e legittimo affidamento (sentenza di rinvio del Consiglio di Stato n. 5097 del 19 agosto 2020).



Proposte

1. Non riprodurre quanto contenuto nell’art. 177 del Codice dei contratti pubblici.
2. Consentire affidamenti in linea con la normativa pubblicistica ma non obbligare all’esternalizzazione.
3. Introdurre una disciplina differenziata per i servizi di interesse economico generale che faccia salve le attività svolte dal concessionario con propri mezzi o proprio personale.

- * Il **principio/criterio direttivo indicato alla lett. r)** dello schema di DDL prevede il «*divieto di proroga dei contratti di concessione, fatti salvi i principi europei in materia di affidamento in house, e razionalizzazione della disciplina sul controllo degli investimenti dei concessionari e sullo stato delle opere realizzate, fermi restando gli obblighi dei concessionari sulla corretta e puntuale esecuzione dei contratti, prevedendo sanzioni proporzionate all'entità dell'inadempimento, ivi compresa la decadenza in caso di inadempimento grave;*».
- * La disciplina dei contratti di concessione ha il suo fondamento nella **direttiva europea 23/2014/EU** che riconosce ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti nell'individuare la durata più congrua rispetto ai lavori o servizi richiesti al concessionario, parametrandola al tempo necessario al recupero degli investimenti e al ritorno sul capitale investito (art. 18).
- * L'eventuale **proroga**, costituendo una modifica del contratto durante il periodo di validità, è ammessa ma sottoposta alle condizioni previste dall'art. 43 della direttiva tra cui rileva, ad esempio, la possibilità che sia stata prevista nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili o che si renda necessaria per impossibilità tecnico-oggettiva di modificare il concessionario.
- * Il divieto assoluto di proroga non appare, dunque, in linea con la disciplina europea, frustrando il **principio di libera amministrazione** riconosciuto alle autorità pubbliche (art. 2 della direttiva 23/2014).
- * Il divieto generalizzato, peraltro, non realizza necessariamente l'**interesse pubblico**, giacché prescinde da qualunque valutazione circa le condizioni che potrebbero rendere opportuna la proroga, alle condizioni previste e sempre che il concessionario abbia correttamente dato esecuzione al contratto di concessione. In caso di inadempimento, infatti, la sanzione è certamente quella della revoca/decadenza.



Proposte

1. Riprodurre il dettato normativo contenuto nella disciplina europea.
2. Non introdurre livelli di regolazione ulteriore ispirati solo da logiche punitive ma affidarsi agli strumenti già esistenti.

Qualificazione dei concessionari per lavori

- * Il **principio/criterio direttivo indicato alla lett. i)** dello schema di DDL prevede la «*revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori valorizzando criteri di verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali [...] nonché delle attività effettivamente eseguite [...];*».
- * Le **concessioni di servizi pubblici** si sostanziano nell'affidamento della gestione di servizi complessi, che comprendono anche la gestione delle infrastrutture destinate all'erogazione del servizio medesimo rispetto alle quali il concessionario ha la **piena responsabilità giuridica, tecnica ed economica** degli asset, nel rispetto degli standard di qualità contrattuali e normativi richiesti. Nelle concessioni rientrano anche attività riferibili alla categoria di "lavori", molto spesso accessori.
- * Pertanto, il concessionario deve qualificarsi come **esecutore di lavori** per eseguire direttamente le lavorazioni attraverso le proprie risorse o ricorrere alle società infragruppo, richiedendo ed ottenendo le **attestazioni/certificazioni SOA** per le diverse categorie di lavori.
- * L'attuale art. 105, comma 22, del Codice dei contratti pubblici consente ai concessionari di servizi pubblici di valorizzare esclusivamente i **lavori eseguiti direttamente** ed esclude che, nei relativi certificati, possano essere inserite le attività svolte da terzi ancorché sotto la direzione e il coordinamento del concessionario (c.d. **premio di coordinamento**, previsto nella precedente disciplina – art. 85 d.P.R. n. 207/2010).
- * La previsione non tiene in conto l'attività di **coordinamento tecnico-esecutivo** svolta dal concessionario nonché le responsabilità esecutive che di fatto gravano su di esso, introducendo un sistema estremamente penalizzante per le imprese in grado di impoverire fortemente le qualificazioni già da queste possedute.



Proposte

1. Consentire ai concessionari di servizi di valorizzare l'attività di coordinamento tecnico-esecutivo e le attività affidate in subappalto.
2. Recuperare la disciplina prevista dall'art. 85 d.P.R. n. 207/2010.

Strumenti di risoluzione di questioni tecniche

- * Il **principio/criterio direttivo indicato alla lett. u)** dello schema di DDL prevede l' *«estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto;»*.
- * Tra i rimedi introdotti di recente, vi è il **Collegio consultivo tecnico (CCT)**, un organo di natura arbitrale per la risoluzione delle controversie in fase di esecuzione dei contratti di lavori diretti alla realizzazione di opere pubbliche (d.l. n. 76/2020). L'obbligo di costituirlo era stato limitato dal d.l. n. 76/2020 sino al 31 dicembre 2021, ma il d.l. n. 77/2021 lo ha esteso sino al 30 giugno 2023, apportando anche modifiche alla disciplina, in gran parte rimessa all'adozione prossima di apposite Linee Guida.
- * L'obbligo di costituire tale organo determina un serio rischio di **allungamento dei tempi di esecuzione dei lavori**: ai tempi per la composizione del CCT devono sommarsi i tempi per l'attivazione dell'istituto e l'adozione delle determinazioni del CCT. Peraltro, se le parti non si accordano sulla scelta del Presidente, a nominarlo dovrà essere il M.I.T. per le opere di interesse nazionale, o le Regioni o le Città Metropolitane per le opere di rispettivo interesse, con tempi di risposta non preventivabili.
- * Si genera un **aumento dei costi complessivi degli affidamenti**: la costituzione del CCT per tutti gli appalti di lavori sopra soglia, in quanto obbligatoria, comporterà un aumento dei costi, in gran parte imprevedibili, sia perché la remunerazione è legata, tra l'altro, al numero di determinazioni rese (oltre che al valore dell'opera e alla tempestività della determinazione), sia perché quantificata secondo le tariffe professionali della categoria di appartenenza del componente. In ogni caso, al CCT va riconosciuta la corresponsione di un gettone di presenza anche in caso di mancata adozione di determinazioni.
- * La finalità che il Legislatore intende perseguire con la norma in esame è già assicurata dall'istituto del **precontenzioso** (i pareri di precontenzioso sono rilasciati dall'ANAC entro 30 giorni dalla presentazione della richiesta), nonché dall'esercizio della **funzione consultiva e della vigilanza collaborativa** esercitate dall'ANAC, attività di supporto alle stazioni appaltanti che non comportano oneri aggiuntivi e che offrono maggiori garanzie in termini terzietà.



Proposte

1. Non introdurre l'istituto del Collegio consultivo tecnico in modo stabile nella disciplina ordinaria in corso di adozione.
2. Ripensare l'istituto, mantenendo l'operatività temporalmente limitata.

>>> Ddl Delega

h) semplificazione delle procedure relative alla fase di approvazione dei progetti in materia di opere pubbliche [...]

i) revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori, valorizzando criteri di verifica formale e sostanziale [...] del rispetto della legalità, delle disposizioni relative alla prevenzione antimafia, [...]

n) razionalizzazione, semplificazione, anche mediante la previsione di contratti-tipo, ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato [...]

>>> Proposte Utilitalia

La disciplina della progettazione è attualmente confusa, complessa e contenuta in diversi atti (Codice, decreti ministeriali, linee guida ANAC). Sul punto potrebbe essere importante **chiarire la differenza tra gli appalti di opere pubbliche** (configurabili quando l'opera sia di proprietà di un'amministrazione aggiudicatrice) **e appalti pubblici di lavori** (configurabili quando invece l'opera è di proprietà di un soggetto di diritto privato ancorché tenuto a osservare le direttive, come le imprese pubbliche).

Al fine di ridurre l'ingente contenzioso sull'argomento, occorrerà **introdurre una disciplina dei requisiti di carattere generale** – attualmente contenuta nell'art. 80 del Codice – ossequiosa del principio di **tassatività** delle cause di esclusione e che definisca in maniera chiara e precisa le condizioni che determinano l'esclusione. Per le ipotesi che sottendono una valutazione discrezionale della stazione appaltante, sarà importante declinare i **criteri** in virtù dei quali esercitare la discrezionalità stessa.

Il tema è di massimo interesse per i grandi operatori in grado di anticipare ingenti investimenti e in possesso di adeguate competenze tecniche in svariati settori (es. illuminazione pubblica, impianti di smaltimento rifiuti, efficientamento energetico degli edifici, etc.). Pertanto, ogni **semplificazione ed estensione delle forme di PPP** è certamente auspicabile. La previsione di contratti-tipo, meritoria ai fini di chiarezza, non dovrà tuttavia precludere la **necessaria flessibilità** che queste forme contrattuali inevitabilmente recano con sé.

ROMA 9 novembre 2021

Grazie.



UTILITALIA

FEDERAZIONE UTILITIES
acqua | ambiente | energia



Audizione VIII Commissione Senato sullo schema di disegno di legge recante delega al Governo in materia di contratti pubblici (AS2330).