

Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023

DDL 2022/C

Posizione ANCE

ottobre 2024

Sommario

VALUTAZIONI GENERALI.....	3
VALUTAZIONI E PROPOSTE SULLE SINGOLE MISURE DEL DDL CONCORRENZA	5

VALUTAZIONI GENERALI

La proposta intende operare un generale riordino della normativa inerente al settore autostradale, in particolare mediante la razionalizzazione della disciplina in materia di affidamento delle concessioni autostradali, l'adeguamento del modello di regolamentazione delle tariffe ai vincoli euro-unitari, la semplificazione delle procedure amministrative relative all'approvazione e revisione dei piani economico e finanziari e la ridefinizione dei criteri di risoluzione dei contratti di concessione.

La legge in esame si pone in linea con gli obiettivi previsti dal PNRR, da conseguire entro il 31 dicembre 2024, che richiedono misure relative al settore autostradale, tra cui la previsione di un quadro normativo per le concessioni autostradali, all'interno del quale rendere obbligatorio lo svolgimento delle gare per i contratti di concessione autostradale, impedendone il rinnovo automatico.

Da un punto di vista generale, il disegno di legge appare condivisibile, ponendo i seguenti obiettivi:

- promuovere condizioni di effettiva concorrenzialità tra gli operatori del settore;
- garantire la contendibilità delle concessioni autostradali per i mercati di riferimento;
- tutelare la sostenibilità economica e finanziaria dello strumento concessorio;
- potenziare gli strumenti preventivi e successivi di incentivazione e verifica degli adempimenti;
- tutelare livelli adeguati del servizio e di investimento a favore degli utenti.

Ciò premesso, alcuni aspetti necessitano di ulteriore affinamento, per una piena rispondenza ai target posti in materia dal PNRR.

Anzitutto, il riferimento è alla previsione di cui all'art. 1, comma 2, che, nell'individuare le finalità e il campo di applicazione delle disposizioni del DDL, definisce tale regolamentazione come speciale per il settore autostradale, per poi specificare che troveranno comunque applicazione anche disposizioni di cui al Libro IV, Parte II, del Codice dei contratti pubblici (comma 2), sui contratti di concessione.

Ora, sebbene si condivida la *ratio* di tale disposizione, volta alla chiara individuazione delle norme applicabili alle concessioni autostradali, sarebbe auspicabile, al contempo, che le disposizioni contenute nel DDL in esame fossero solo integrative – e non speciali- rispetto alle previsioni del Codice dei contratti, complessivamente considerato.

Il D.lgs. n. 36 del 2023, infatti, oltre all'articolata disciplina delle concessioni del libro IV, prevede un complesso di disposizioni che dovrebbero continuare ad avere applicazione anche al settore autostradale.

Si pensi, ad esempio, alle **regole sulla qualificazione**, di cui all'allegato II.12, il cui articolo 33 disciplina i **requisiti del concessionario**; o anche ai principi generali del Codice- di cui al libro I, parte I - così come alle regole sulla procedura di gara o, infine, agli istituti di cui al libro V, sul contenzioso.

Altro esempio si ha **all'articolo 15 del DDL in commento, che, con il richiamo ai soli commi da 2 a 6 dell'articolo 186 del codice, esclude il comma 1 a tenore del quale "agli appalti affidati da concessionari che siano stazioni appaltanti si applicano le disposizioni del codice in materia di appalti"**.

Una connotazione di specialità dell'art. 15 rispetto all'art 186 condurrebbe – forse – alla disapplicazione del comma 1 di quest'ultima disposizione che, invece, è fondamentale, ai fini della chiarezza del regime normativo degli appalti di lavori oggetto di esternalizzazione.

In tale contesto, dunque, la previsione della specialità delle disposizioni del DDL Concorrenza rispetto a quelle del codice dei contratti rischia di creare eventuali vuoti normativi, nonché, relativamente al rapporto di specialità tra disposizioni potenzialmente sovrapponibili, effetti derogatori non voluti e/o difficoltà applicative, foriere di potenziale contenzioso.

In merito al **divieto di project financing** per gli affidamenti delle concessioni scadute o in scadenza, di cui all'articolo 3 co. 3, l'Ance comprende la finalità della norma che mira chiaramente a rispettare il divieto di proroga delle concessioni autostradali, così come stabilito dal Codice dei contratti pubblici, per evitare il prolungamento ingiustificato delle concessioni.

Tuttavia, l'Associazione ritiene che questa previsione possa risultare eccessivamente restrittiva in quelle situazioni nelle quali la nuova concessione prevede la realizzazione di investimenti significativi.

Inoltre, appare opportuno evidenziare una lacuna nella norma, ovvero l'assenza di una chiara definizione dei tempi necessari per considerare una concessione "in scadenza". Questo aspetto è cruciale per garantire una corretta applicazione della norma ed evitare possibili interpretazioni distorte o arbitrarie. Una maggiore chiarezza su questo punto contribuirebbe a prevenire abusi e a fornire un quadro normativo più trasparente.

Con riferimento alla norma (articolo 7, co.3) che esclude **l'applicazione della revisione prezzi**, di cui all'articolo 60 del Codice degli appalti, all'esecuzione dei lavori e delle opere di manutenzione straordinaria, occorre evitare il rischio che tale previsione possa penalizzare le imprese esecutrici dei lavori oggetto di obbligo di esternalizzazione. Per evitare questo, l'ANCE ritiene necessario chiarire che tale esclusione non si applichi ai lavori esternalizzati, garantendo così una corretta allocazione dei rischi tra le parti.

VALUTAZIONI E PROPOSTE SULLE SINGOLE MISURE DEL DDL CONCORRENZA

**(ART. 1 -
Ambito di
applicazione,
finalità e
definizioni)**

L'articolo 1 individua le finalità e definisce il campo di applicazione delle disposizioni recate dalla proposta normativa.

Le disposizioni in esso contenute costituiscono, per espressa previsione, **norme speciali di settore** destinate a **integrare** e specificare le disposizioni di cui al Libro IV, Parte II, del Codice dei contratti pubblici (comma 2), sui contratti di concessione.

Valutazione

Sebbene si condivida la ratio di tale disposizione, volta alla chiara individuazione delle norme applicabili alle concessioni autostradali, sarebbe auspicabile, al contempo, che le disposizioni contenute nel DDL in esame fossero solo integrative – e non speciali- rispetto alle previsioni del Codice dei contratti complessivamente considerato.

Il d.lgs. n. 36 del 2023, infatti, oltre all'articolata disciplina delle concessioni del libro IV, prevede ulteriori disposizioni, che dovrebbero continuare ad avere applicazione anche al predetto settore autostradale.

Si pensi, ad esempio, alle regole sulla qualificazione, di cui all'allegato II.12, il cui articolo 33 disciplina i requisiti del concessionario; o anche ai principi generali del Codice- di cui al libro I, parte I - così come alle regole sulla procedura di gara o, infine, agli istituti di cui al libro V, sul contenzioso.

Altro esempio si ha all'articolo 15 del DDL in commento, che, con il richiamo ai soli commi da 2 a 6 dell'articolo 186 del codice, infatti, esclude il comma 1 a tenore del quale "agli appalti affidati da concessionari che siano stazioni appaltanti si applicano le disposizioni del codice in materia di appalti".

Una connotazione di specialità dell'art. 15 rispetto all'art 186 condurrebbe – forse – alla disapplicazione del comma 1 di quest'ultima disposizione che, invero, appare fondamentale, ai fini della chiarezza del regime normativo degli appalti di lavori oggetto di esternalizzazione.

In tale contesto, dunque, la previsione della specialità delle disposizioni del DDL Concorrenza rispetto a quelle del codice dei contratti rischia di creare sia eventuali vuoti normativi, sia, relativamente al rapporto di specialità tra disposizioni potenzialmente sovrapponibili, effetti derogatori non voluti e/o difficoltà applicative, foriere di potenziale contenzioso.

(ART. 2 - Ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali) L'articolo 2 prevede che i nuovi affidamenti relativi alle concessioni autostradali debbano rispettare gli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali individuati dall'articolo 37, comma 2, lettera g-bis) del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.

Valutazione positiva

L'Ance condivide l'obiettivo di definire ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali tenendo conto delle efficienze di scala stimate dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART).

(ART. 3 - (Modalità di affidamento delle concessioni autostradali)) L'articolo 3, al comma 1, stabilisce che l'ente concedente (i.e. il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) aggiudica le concessioni autostradali nel rispetto delle disposizioni dell'articolo 182 del Codice dei contratti pubblici. Si tratta del ricorso a procedure di gara ad evidenza pubblica previa pubblicazione di apposito bando di concessione.

Il comma 2 limita il ricorso all'affidamento diretto esclusivamente ai casi in cui, all'esito delle procedure di cui al successivo articolo 5 (affidamenti in house), il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ritenga di affidare la concessione autostradale:

- alla società in house costituita ai sensi dell'articolo 2, comma 2-sexies, del decreto-legge 10 settembre 2021, n. 121 (i.e. la società costituita per l'esercizio dell'attività di gestione delle autostrade statali in regime di concessione mediante affidamenti in house, interamente controllata dal Ministero dell'economia e delle finanze e soggetta al controllo analogo del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti);
- a una società in house diversa, anche appositamente costituita, secondo quanto previsto dall'articolo 186, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, che consente al predetto Ministero di affidare le concessioni autostradali relative ad autostrade che interessano una o più regioni a società in house di altre amministrazioni pubbliche anche appositamente costituite.

Il comma 3 sancisce che il concedente non può procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'articolo 193 del Codice dei contratti pubblici, cioè facendo ricorso al project financing.

Valutazione

Si esprime una valutazione positiva laddove il DDL afferma l'obbligo di gara per l'affidamento delle concessioni autostradali.

In merito alla previsione di cui al comma 3, secondo cui *“L’ente concedente non può procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all’articolo 193 [finanza di progetto] del Codice dei contratti pubblici”*, l’Ance ne comprende la finalità, ovvero quella di rispettare il divieto di proroga delle concessioni autostradali contenuto del Codice dei contratti pubblici. Tuttavia, la previsione può risultare stringente per quelle situazioni nelle quali è prevista la realizzazione di un investimento a base della nuova concessione.

Inoltre, la norma non chiarisce quale sia la tempistica che permetta di considerare *“in scadenza”* una concessione.

Aspetto, questo, che sarebbe importante precisare, al fine di evitare un uso distortivo della stessa.

(ART. 4- bando di gara e criteri di aggiudicazione)

L'articolo 4 prevede, al **comma 1**, che i bandi di gara relativi agli affidamenti di cui all'articolo 3, comma 1 disciplinino:

- l'oggetto del contratto di concessione per i servizi di gestione e interventi di manutenzione ordinaria, la progettazione e l'esecuzione dei lavori e delle opere di manutenzione straordinaria individuati dal concedente nel bando di gara, tenendo conto dell'articolo 6;
- i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico- finanziari dei concorrenti, in applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici;
- le modalità di presentazione dell'offerta, che dovrà indicare distintamente gli elementi qualitativi e di costo o di prezzo relativi a:
 - o servizi di gestione e manutenzione ordinaria, tenuto conto della ricognizione dello stato manutentivo dell'infrastruttura (tale ricostruzione, come di seguito specificato, costituisce un allegato ad hoc al bando);
 - o di progettazione e esecuzione dei lavori e delle opere di manutenzioni straordinarie;
- il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo ai sensi dell'articolo 108, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, finalizzato a garantire una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'ente concedente.
- la durata massima del contratto di concessione, che non può comunque superare quindici anni.

Il comma 2 dispone che l'ente concedente:

- pubblica in allegato al bando di gara la ricognizione dello stato manutentivo dell'infrastruttura, predisposta dall'ente concedente sulla base degli elementi forniti dal concessionario uscente e delle verifiche sull'infrastruttura effettuate in proprio o tramite ANSFISA, ai fini della formulazione di offerte corredate da un piano di

- manutenzioni ordinarie;
- pone a base di gara per la progettazione, l'esecuzione dei lavori e delle manutenzioni straordinarie almeno un progetto di fattibilità redatto sulla base dell'articolo 41, comma 6, lettera a) del Codice dei contratti pubblici.

Valutazione

Tendenzialmente positiva.

Potrebbe essere opportuno precisare che in tema di qualificazione del concessionario, i requisiti di qualificazione speciali, di carattere tecnico ed economico-finanziari dei concorrenti, sono quelli di cui all'articolo 33 dell'allegato 2.12 del codice stesso

(ART. 6 - Oggetto del contratto di concessione)

L'articolo 6, comma 1, definisce l'oggetto del contratto di concessione autostradale, specificando le due tipologie di attività:

- gestione e manutenzione ordinaria dell'infrastruttura autostradale;
- progettazione di fattibilità tecnico-economica, per gli aspetti di cui all'articolo 41, comma 6, lettere b), c), d), e), f), g) del Codice dei contratti pubblici (sulla base del progetto di fattibilità posto a base di gara), la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori e delle opere di manutenzione straordinaria individuati dalla convenzione di concessione e dai relativi aggiornamenti, in coerenza con quanto previsto dallo schema di convenzione posto a base dell'affidamento.

Per quanto di interesse, in relazione alle attività di cui al comma 1, si precisa che sono a carico del concessionario i rischi operativi di cui all'articolo 177, del Codice dei contratti pubblici (comma 3).

Valutazione

Relativamente alla disposizione in commento, potrebbe essere valutata l'opportunità di ripristinare la definizione di "manutenzione ordinaria", di cui all'art. 3, lett. oo-quater dell'abrogato d.lgs. n. 50/2016, che in maniera completa la definiva la manutenzione ordinaria nel seguente modo: *"fermo restando quanto previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dal decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, le opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione necessarie per eliminare il degrado dei manufatti e delle relative pertinenze, al fine di conservarne lo stato e la fruibilità di tutte le componenti, degli impianti e delle opere connesse, mantenendole in condizioni di valido funzionamento e di sicurezza, senza che da ciò derivi una modificazione della consistenza, salvaguardando il valore del bene e la sua funzionalità"*.

(ART. 7 - Criteri di remunerazione della concessione)

L'articolo 7 individua i criteri di remunerazione della concessione.

Il comma 2 precisa che gli oneri relativi alla progettazione sono a carico del concessionario fino alla definitiva approvazione del progetto di fattibilità tecnico economica da parte dell'ente concedente.

Il comma 3 dispone infine che gli oneri relativi all'esecuzione dei lavori e delle opere di manutenzione straordinaria non sono soggetti alle clausole di revisione prezzi di cui all'articolo 60 del Codice dei contratti pubblici in relazione ad eventuali variazioni in aumento o in diminuzione, del costo dei lavori, come individuati nella convenzione di concessione sulla base dei ribassi applicati al costo dell'opera quantificato sulla base dei prezzi rilevati al momento di approvazione del progetto di fattibilità tecnicoeconomica dal concedente.

La relazione illustrativa sottolinea che *“tale previsione, in particolare, mira ad assicurare un contenimento dei prezzi in sede di aggiornamento degli atti convenzionali, anche alla luce della necessità di ridurre la durata massima delle concessioni”*.

Valutazione

In relazione al comma 3 della disposizione, occorrerebbe chiarire che l'esclusione dell'applicazione dell'articolo 60 del Codice dei contratti pubblici, relativo alla revisione dei prezzi, non opera nei confronti dei lavori oggetto di esternalizzazione, che, in quanto appalti hanno natura commutativa.

Le concessioni, invece, sono caratterizzate, com'è noto, dalla presenza del rischio operativo e dalla possibilità, in caso di squilibrio dello stesso, di rimodulazione convenzionale del PEF, da cui discende ragionevolmente l'esclusione dai meccanismi revisionali tipici dell'appalto.

(ART. 11 - Estinzione del contratto di concessione)

L'articolo 11 disciplina la cessazione del rapporto concessorio in conseguenza, in particolare, dell'esercizio delle procedure di risoluzione o recesso.

In via generale, il **comma 1** prevede che trovino applicazione le disposizioni di cui all'articolo 190 del Codice dei contratti pubblici, salvo quanto previsto dal presente articolo, che detta, in tal modo, norme speciali appositamente dedicate al settore delle concessioni autostradali.

Quando l'estinzione della concessione è determinata da motivi di pubblico interesse, il **comma 2** rinvia a quanto disposto dall'articolo 190, comma 4

del Codice dei contratti pubblici, che disciplina specificatamente la fattispecie.

In relazione all'ipotesi di estinzione della concessione per inadempimento del concessionario, il **comma 3**, richiama l'articolo 190, comma 4, lettera a) del Codice dei contratti pubblici, anche in sostituzione di eventuali clausole convenzionali, sostanziali e procedurali difformi, anche se approvate per legge, da intendersi nulle e senza che possa operare alcuna risoluzione di diritto.

Il **comma 4**, invece, disciplina esplicitamente le fattispecie che configurano un inadempimento del concessionario a cui consegue l'estinzione della concessione. In particolare, l'estinzione della concessione per inadempimento del concessionario è disposta con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta del concedente, nelle ipotesi di:

- mancato assolvimento degli obblighi convenzionali relativi alla gestione e manutenzione ordinaria dell'infrastruttura che determinano seri e comprovati pericoli per la sicurezza della circolazione, per la corretta gestione del traffico e per la fruibilità autostradale o che compromettono lo stato di conservazione del patrimonio autostradale;
- mancato assolvimento degli obblighi relativi alla progettazione ed esecuzione dei lavori e delle opere di manutenzione straordinaria consistenti in ritardi nella realizzazione delle predette attività per cause non imputabili al concedente;
- in caso di inadempimento delle obbligazioni convenzionali da parte del concessionario tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni.

Nell'ipotesi di estinzione di concessioni autostradali, il **comma 7**, nelle more dello svolgimento delle procedure di affidamento a un nuovo concessionario e per il tempo strettamente necessario alla sua individuazione, prevede che si applichi il sopra richiamato articolo 178, comma 5 , terzo periodo, del Codice dei contratti pubblici.

Si precisa che sono comunque fatte salve le eventuali disposizioni convenzionali che escludano il riconoscimento di indennizzi in caso di estinzione anticipata del rapporto concessorio ed è fatta salva la possibilità per il concedente di acquistare gli eventuali progetti elaborati dal concessionario previo pagamento di un corrispettivo determinato avendo riguardo ai soli costi di progettazione e ai diritti sulle opere dell'ingegno.

Valutazione

La previsione in commento offre lo spunto per soffermarsi sulle conseguenze del mancato rispetto dell'obbligo di rispetto delle quote di esternalizzazione dei lavori, di cui all'articolo 186 del codice dei contratti.

Al riguardo, al fine di consentire il rispetto delle previsioni in esso contenute, dovrebbe valutarsi l'opportunità di ridurre la cadenza temporale per verifica del rispetto delle predette quote (attualmente quinquennale), unitamente all'introduzione di misure più stringenti nel caso di mancata ottemperanza da parte dei concessionari.

(ART. 13 - Pianificazione e programmazione degli investimenti autostradali) - **L'articolo 13** prevede l'adozione del Piano nazionale degli investimenti autostradali – di durata decennale aggiornabile ogni due anni - al fine di individuare i lavori e le opere di manutenzione straordinaria da inserire nei bandi di gara delle nuove concessioni.

Il Piano è adottato tramite decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, in concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, e previa consultazione del CIPESS. Viene redatto tenendo conto delle relazioni sugli investimenti trasmesse dai concessionari uscenti.

In base al Piano, nello schema di convenzione posto alla base dell'affidamento delle concessioni scadute o in scadenza, viene definito un **elenco di lavori e opere di manutenzione straordinaria**, secondo i seguenti criteri di priorità:

- a) Maturità progettuale delle opere;
- b) Rilevanza dell'intervento per la sicurezza della circolazione;
- c) Impatto sulla viabilità e sostenibilità dei percorsi alternativi;
- d) Adeguatezza delle aree di sosta per il trasporto merci.

Valutazione

Positiva

L'Ance valuta positivamente la norma che consente una pianificazione decennale degli investimenti. Questo favorisce una visione a lungo termine e una maggiore stabilità nelle opere di manutenzione e sviluppo delle infrastrutture autostradali che potrà agevolare anche l'attività programmatica delle imprese di costruzioni. Affinché la norma sia veramente efficace, sarà importante garantire la trasparenza nella fornitura dei dati da parte dei concessionari e monitorare costantemente gli aggiornamenti biennali e i criteri di selezione degli investimenti.

(ART. 15 - L'articolo 15 prevede che alle concessioni autostradali in essere non affidate conformemente al diritto dell'Unione europea vigente al momento dell'affidamento o della proroga si applicano le disposizioni sull'affidamento mediante procedura di evidenza pubblica di una quota tra il 50 e il 60 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture, stabilita convenzionalmente dal concedente e dal concessionario ai sensi dell'articolo 186, commi 2, 3, 4, 5 e 6 del Codice dei contratti pubblici, che ha introdotto un sistema flessibile di individuazione delle quote di lavori, servizi e forniture da affidare a terzi, da stabilire all'interno di un intervallo determinato e secondo parametri legislativamente previsti.

Valutazione

Sulla scorta di quanto chiarito in merito alle previsioni di cui all'articolo 1, si ribadisce la necessità che il DDL in esame richiami l'applicazione di tutte le disposizioni del codice dei contratti di cui all'art. 186, ivi compreso il comma 1 – oggi escluso - a tenore del quale *“agli appalti affidati da concessionari che siano stazioni appaltanti si applicano le disposizioni del codice in materia di appalti”*.

Si tratta infatti di una disposizione di fondamentale importanza, ai fini della chiarezza dei rapporti a valle della concessione.