

Spett.le
Ministero Infrastrutture e Trasporti
Gestione Governativa Ferrovia Circumetnea

c.a. Ing. Alessandro Di Graziano (RUP)
c.a. Ing. Salvatore Fiore (Direttore Generale)

Prot. N. 9
Catania, 12 febbraio 2018

Oggetto: **bando FCE "appalto integrato Nesima-Misterbianco Lotto C"**
Importo complessivo: € 112.424.454,48
Termine offerte e gara: 22 marzo e 4 aprile 2018

Con riferimento all'oggetto, a seguito di segnalazione da parte di imprese associate, rileviamo le seguenti criticità.

Riguardo la "cifra d'affari in lavori" (Clausola 10.1.12), è richiesto ai partecipanti la dimostrazione di aver conseguito **nell'ultimo triennio antecedente la pubblicazione del bando una cifra d'affari in lavori non inferiore a 2,5 volte** l'importo complessivo dei lavori.

A tal riguardo, l'art. 84 comma 7 D.lgs. n. 50/2016 (Codice Appalti) prescrive che per gli appalti di lavori di importo pari o superiore a 20 milioni, la stazione appaltante può richiedere requisiti aggiuntivi tra cui una cifra d'affari in lavori pari a due volte l'importo a base di gara che l'impresa deve aver realizzato nei migliori cinque anni dei dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando.

L'applicazione di quest'ultima disposizione anche per gli enti appaltanti che operano nei cd. "settori speciali", come codesta Ferrovia Circumetnea, è richiamata all'art. 133 comma 1 Cod. Appalti che recita: *"per la selezione dei partecipanti e delle offerte nelle procedure di scelta del contraente nei settori speciali si applicano, per quanto compatibili con le norme della presente sezione, le disposizioni di cui ai seguenti artt...84...."*.

Per quanto concerne la cauzione provvisoria il disciplinare in oggetto (clausola 16 lett. K), prescrive che a corredo dell'offerta i partecipanti presentino una cauzione provvisoria d'importo pari al **4%** dell'importo complessivo dell'appalto.

Si prende atto che nei settori tradizionali, l'art. 93 Cod. Appalti (non richiamato dalla normativa sui settori speciali art. 114 e segg.) prescrive una garanzia fideiussoria pari al **2%**, aggiungendo, però, che "Al fine di rendere l'importo della garanzia proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso, la stazione appaltante può motivatamente ridurre l'importo della cauzione sino all'1% ovvero incrementarlo sino al 4%". Motivazione che non sembra rinvenirsi nella documentazione di gara.

Quanto sopra rappresentato ed in particolare la richiesta di una cifra d'affari superiore all'importo prescritto nell'art. 84 e maturata in un arco temporale più ridotto rispetto a quello prescritto dalla stessa norma, oltre all'evidente e formale violazione di legge, profila degli aspetti di violazione dei principi euro comunitari applicabili a tutte le procedure di affidamento delle opere pubbliche bandite da enti pubblici appartenenti agli Stati membri della U.E.

Invero, il prevedere quale requisito di partecipazione una cifra d'affari in lavori palesemente sproporzionata (nell'importo e nei tempi di conseguimento) e contestualizzando ciò relativamente all'andamento del mercato delle opere pubbliche nell'ultimo decennio in Italia, da contezza della **eccessiva restrizione ai fini della partecipazione, contrarietà ai principi di concorrenza e, conseguente, discriminatorietà per gli operatori economici italiani con particolare riferimento alle imprese siciliane.**

Pur non revocando in dubbio che FCE è un ente aggiudicatore che opera nei "settori speciali", ciò non li esime dall'applicare nella loro attività di scelta del contraente – anzi, il Codice Appalti è la declinazione - la direttiva comunitaria n. 2014/25/UE (cd. direttiva settori speciali), la quale all'art. 36 dispone che: *"Gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata. La concezione della procedura dell'appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura dell'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici"*.

Prendendo spunto dall'orientamento giurisprudenziale in materia di settori esclusi, si evince che la stazione appaltante operante nei settori speciali, seppur non vincolata all'applicazione delle norme che non sono espressamente indicate dal Codice Appalti, deve tuttavia conformare la disciplina di gara, nell'esercizio della facoltà discrezionale alla stessa riconosciuta, coerentemente con i principi di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo da dettare una disciplina congrua con l'oggetto della gara e con le relative caratteristiche, non potendo la mera riconducibilità dell'oggetto ai settori esclusi giustificare l'applicazione della disciplina derogatoria a discapito degli ulteriori principi, immanenti in materia di appalti, del *favor participationis*, di non discriminazione, della concorrenza e della economicità, non essendo la scelta del contraente finalizzata all'esclusivo interesse dell'Amministrazione, bensì volta anche alla tutela degli interessi degli operatori a poter concorrere per il mercato e a potervi accedere (*ex multis* TAR Lazio n. 2550/2014).

Con l'auspicio che vaglierete nel merito le osservazioni di cui sopra e manifestando disponibilità ad un eventuale incontro di approfondimento, attendiamo un vs. riscontro.

L'occasione è gradita per porgere distinti saluti.

Il Presidente

Ing. Giuseppe Piana

