



.....OMISSIS.....

Oggetto

Concessione per progettazione, costruzione, manutenzione e gestione dell'ampiamiento del cimitero delOMISSIS..... – project financing ai sensi dell'art. 183, comma 5, d.lgs. 50/2016-riciesta di parere.
FUNZ CONS 51/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 23 giugno 2022, acquisita al prot. Aut. n. 50997, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021 si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 12 ottobre 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, relativa alla possibilità di procedere alla compensazione dei prezzi materiali da costruzione nella concessione in oggetto, ai sensi dell'art. 1-*septies* del d.l. 73/2021 (*Disposizioni urgenti in materia di revisione dei prezzi dei materiali nei contratti pubblici*), conv. in l. n. 106/2021, sembra utile richiamare in via preliminare l'avviso espresso dall'Autorità in diverse pronunce a tenore del quale «il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto, ciascuno con una propria autonomia e peculiare funzione nell'economia della procedura (il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando, di norma in relazione agli aspetti tecnici, anche in funzione dell'assumendo vincolo contrattuale)... costituiscono nel complesso la *lex specialis* di gara ed hanno natura vincolante per concorrenti e stazione appaltante (...)» (Delibera Anac n. 159/2021 - prec 23/2021/S e precedenti ivi richiamati).

Per quanto sopra, «le previsioni della *lex specialis* non possono essere disattese né dagli operatori economici né dalla stazione appaltante, imponendo la corrispondenza fra l'appalto messo in gara e quello eseguito, in ossequio ai principi richiamati nell'art. 30 del d.lgs. 50/2016. Il Codice contempla tuttavia una deroga ai principi sopra enucleati, in casi specifici e tassativi, fissati dall'art. 106 riferito alla "*Modifica di contratti durante il periodo di efficacia*", dunque applicabile alla fase di esecuzione del contratto di appalto. Tale disposizione statuisce infatti che «le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende» (comma 1), aggiungendo che i contratti di appalto possono essere modificati, senza una nuova procedura di affidamento, nei casi indicati nei commi 1 e 2 della disposizione medesima. Lo stesso articolo 106 dispone inoltre che la modifica al contratto in corso di esecuzione, nelle ipotesi ivi indicate, non deve essere "sostanziale" ai sensi del comma 4. Con Comunicato del Presidente del 21 marzo 2021 è stato sottolineato (tra l'altro) che «l'articolo 106 del Codice introduce una deroga al principio generale dell'evidenza pubblica, con conseguente divieto di applicazione della norma medesima al di fuori delle ipotesi specificamente e tassativamente indicate». In linea generale, quindi, le stazioni appaltanti possono procedere a modifiche dei rapporti contrattuali in corso, nei limiti indicati dall'art. 106 citato, il quale contempla, al

comma 1, lett. a), la possibilità di procedere alla revisione dei prezzi, purché la stessa sia stata prevista nei documenti di gara "in clausole chiare, precise e inequivocabili"» (in tal senso pareri Funz Cons n. 20/2022, n. 37/2022, n. 34/2022, n. 38/2022).

Anche l'art. 29 del d.l. 4/2022 conv. in l.n. 25/2022, con riguardo alle procedure di affidamento indette successivamente alla sua entrata in vigore, stabilisce "*Fino al 31 dicembre 2023, al fine di incentivare gli investimenti pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale derivante dalla diffusione del virus COVID-19...*" (tra l'altro) l'obbligo di inserire, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), del Codice.

Il Legislatore, tuttavia, al fine di mitigare gli effetti dell'eccezionale aumento dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatosi nel corso del 2021, è intervenuto in relazione ai contratti pubblici in corso di esecuzione, con disposizioni derogatorie all'art. 106, comma 1, lett. a), sopra citato.

L'art. 1-*septies* del d.l. 73/2021 (Disposizioni urgenti in materia di revisione dei prezzi dei materiali nei contratti pubblici), convertito in l. n. 23 luglio 2021, n. 106, infatti, ha introdotto un meccanismo di compensazione a favore delle imprese appaltatrici di opere pubbliche con riguardo alle variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi nel primo e nel secondo semestre dell'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi, come rilevate dal MIMS con decreto, entro il 31 ottobre 2021 e il 31 marzo 2022.

La norma stabilisce in particolare che «2. per i materiali da costruzione di cui al comma 1 si procede a compensazioni, in aumento o in diminuzione, nei limiti di cui ai commi 3, 4, 5 e 6 del presente articolo, anche in deroga a quanto previsto dall' articolo 133, commi 4, 5, 6 e 6-bis, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e, per i contratti regolati dal codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in deroga alle disposizioni dell' articolo 106, comma 1, lettera a), del medesimo codice, determinate al netto delle compensazioni eventualmente già riconosciute o liquidate in relazione al primo semestre dell'anno 2021, ai sensi del medesimo articolo 106, comma, 1, lettera a). 3. La compensazione è determinata applicando alle quantità dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori, ovvero annotate sotto la responsabilità del direttore dei lavori nel libretto delle misure, dal 1° gennaio 2021 fino al 31 dicembre 2021 le variazioni in aumento o in diminuzione dei relativi prezzi rilevate dal decreto di cui al comma 1 con riferimento alla data dell'offerta, eccedenti l'8 per cento se riferite esclusivamente all'anno 2021 ed eccedenti il 10 per cento complessivo se riferite a più anni».

Dalle disposizioni richiamate, deriva quindi che le condizioni per il riconoscimento della compensazione previste dalla norma «sono così individuabili:

- La compensazione deve riguardare i contratti in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge n. 106/2021.
- La compensazione è riconosciuta per variazioni percentuali in aumento o in diminuzione dei singoli prezzi dei materiali da costruzione, superiori all'8 per cento, verificatesi nell'anno 2021 e rilevate con decreto del MIMS; la stessa è determinata nei limiti e con le modalità previsti nei commi 2 e 3 (in particolare è determinata applicando alle quantità dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal 1° gennaio 2021 fino al 31 dicembre 2021, le variazioni in aumento o in diminuzione dei relativi prezzi rilevate dal decreto MIMS con riferimento alla data dell'offerta, eccedenti l'8 per cento se riferite esclusivamente all'anno 2021 ed eccedenti il 10 per cento complessivo se riferite a più anni);
- L'appaltatore è tenuto a presentare apposita istanza alla stazione appaltante, entro quindici giorni "dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dei decreti di cui al comma 1" (per le variazioni in

diminuzione, la procedura è avviata d'ufficio dalla stazione appaltante, entro quindici giorni dalla predetta data) con le modalità indicate nella Circolare MIMS del 25 novembre 2021» (parere AG1/2022 – delibera n. 63/2022).

Dunque la compensazione dei prezzi introdotta e disciplinata dall'art. 1-septies del d.l. 73/2021, conv. in l.n. 106/2021, è applicabile agli appalti in corso di esecuzione, nei limiti e alle condizioni fissate dalla norma, fino all'approvazione degli atti di collaudo/certificato di regolare esecuzione (in tal senso delibera Anac n. 63/2022 – AG1/2022 e pareri MIMS n. 1222/2022, n. 1227/2022).

Con riferimento alle finalità perseguite dalla norma, è stato chiarito che «l'art. 1-septies del d.l. 73/2021, conv. in l.n. 106/2021, non ha reintrodotto l'istituto della "revisione dei prezzi", la cui funzione era quella di mantenere l'equilibrio sinallagmatico attraverso l'adeguamento dei prezzi posti a base del contratto: la compensazione prevista dal comma 2 del suddetto articolo non costituisce riallineamento del prezzo contrattuale, bensì una sorta di *indennizzo che il legislatore ha inteso riconoscere all'appaltatore nel caso intervengano le condizioni indicate dalla norma...*» (pareri MIMS n. 1196/2022, n.1244/2022).

Quanto all'ambito di applicazione dell'art. 1-septies del d.l. 73/2021 e alla possibilità di estendere l'istituto della compensazione dei prezzi ivi disciplinato anche alle concessioni, occorre osservare che se da un lato la disposizione, secondo la definizione contenuta nella rubrica ("*disposizioni urgenti in materia di revisione dei prezzi dei materiali nei contratti pubblici*"), sembra riferita a tutti i "*contratti pubblici*" disciplinati dal d.lgs. 50/2016, dall'altro, nel testo della stessa, vengono indicati adempimenti a carico dell'appaltatore (e non anche del concessionario), ai fini del riconoscimento della compensazione (ai sensi del comma 4 infatti "*Per le variazioni in aumento, a pena di decadenza, l'appaltatore presenta alla stazione appaltante l'istanza di compensazione entro quindici giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dei decreti di cui al comma 1....*").

Si osserva, inoltre, che ai sensi del comma 2 dell'art. 1-septies, la compensazione è riconosciuta in deroga alle previsioni dell'art. 106, comma 1, lett. a) del Codice (e all'art. 133 del d.lgs. 163/2006), quale norma applicabile ai soli appalti pubblici e non anche alle concessioni (per le quali la disciplina delle variazioni contrattuali è contenuta nell'art. 175 del Codice).

Si aggiunga altresì che il comma 7 dell'art. 1-septies, esclude espressamente per i concessionari di cui all'art. 164, comma 5, d.lgs. 50/2016 ("*l concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici ...*") la possibilità di ricorrere al fondo di cui al comma 8 (stabilendo che «per i soggetti tenuti all'applicazione del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ad *esclusione dei soggetti di cui all' articolo 142, comma 4, del medesimo codice*, ovvero all'applicazione del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ad *esclusione dei soggetti di cui all' articolo 164, comma 5, del medesimo codice*, per i lavori realizzati ovvero affidati dagli stessi, in caso di insufficienza delle risorse di cui al comma 6 del presente articolo, alla copertura degli oneri si provvede, fino alla concorrenza dell'importo di 100 milioni di euro, che costituisce limite massimo di spesa, con le modalità di cui al comma 8 del presente articolo»).

Per quanto sopra, le disposizioni dettate dall'art. 1-septies del d.l. 763/2021, sembrano dunque applicabili ai soli appalti pubblici e non anche alle concessioni, come sembra derivare peraltro dalla Circolare MIMS del 25 novembre 2021 (intervenuta sulle disposizioni dell'art.1-septies del d.l. 73/2021) la quale detta indicazioni esclusivamente con riferimento all'appaltatore e all'appalto pubblico e non anche alle concessioni.

Le considerazioni sopra illustrate trovano conforto nell'intervenuta disposizione dell'art. 23, comma 3-bis del d.l. 21/2022 ("*Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi Ucraina*"), conv. in l. n. 51/2022, a tenore della quale «L'articolo 1-septies del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2021, n. 106, l'articolo 29 del

decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2022, n. 25, e l'articolo 25 del decreto-legge 1° marzo 2022, n. 17, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 aprile 2022, n. 34, *si interpretano nel senso che le disposizioni ivi contenute per gli appaltatori si applicano, alle medesime condizioni, anche ai contraenti generali, anche in deroga a quanto previsto dai contratti o convenzioni».*

La norma richiamata, fornendo un'interpretazione dell'art. 1-*septies* del d.l. 73/2021, chiarisce che le disposizioni ivi contenute sono *riferite agli appaltatori* (quindi ai soli contratti di appalto) e, al tempo stesso, ne estende l'applicabilità anche ai contraenti generali, senza includere espressamente anche i concessionari. Pertanto, può affermarsi che l'art. 1-*septies* citato *non* trovi applicazione in relazione ai rapporti concessori in corso di esecuzione.

Pertanto, come evidenziato anche dall'Amministrazione istante, l'istituto della compensazione non appare coerente con le caratteristiche del rapporto concessorio, come desumibili dagli artt. 3 e 164 e segg. del d.lgs. 50/2016.

Come chiarito dall'Autorità, secondo le indicazioni contenute nella Relazione Illustrativa del "*Contratto standard di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della Pubblica Amministrazione da realizzare in partenariato pubblico privato*" e nelle linee guida n. 9, «nella concessione, il concessionario assume i rischi inerenti le attività di costruzione e quelli connessi alla messa a disposizione dell'opera in fase di gestione. Ai sensi dell'articolo 180, comma 3, del Codice, il Contratto di PPP deve allocare: a) il rischio di costruzione (legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, *all'aumento di costi*, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera, e al mancato completamento dell'opera), b) il rischio di domanda (connesso ai diversi volumi di domanda che il concessionario deve realizzare oppure alla mancanza di utenza e dunque di flussi di cassa), e/o c) il rischio di disponibilità (riconducibile alla capacità del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti) (si rinvia al riguardo alle linee-guida n. 9 dell'Autorità). L'alea legata all'aspetto economico e finanziario dell'operazione, il cd. «rischio operativo», rappresenta l'elemento qualificante della Concessione (Cons. St., Ad. Pl., 27 luglio 2016, n. 22). Pertanto, il concessionario contribuisce con capitale proprio al finanziamento dell'opera e sopporta il rischio operativo derivante dal relativo sfruttamento economico con particolare riferimento alla disponibilità dell'opera. La componente «rischio» deve pertanto ricorrere *sempre in concreto*, ancorché eventualmente ridotta in ragione del riconoscimento in favore del Concessionario di un prezzo, di garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della PA. L'Autorità ha anche chiarito che presupposto per la corretta allocazione dei rischi è l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione e benché il contributo pubblico non sia in astratto un elemento essenziale e/o necessario per il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario di un'operazione di PPP, l'Amministrazione può, ai soli fini del raggiungimento dello stesso equilibrio economico finanziario dell'operazione stabilire, in sede di gara, un prezzo consistente in un contributo in denaro ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico (art. 165, comma 2, del Codice). Dunque il contributo pubblico nell'ambito del rapporto concessorio, secondo le previsioni dell'art. 165 del d.lgs.50/2016 e i chiarimenti dell'Autorità, è funzionale esclusivamente al raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, *ferma restando l'allocazione dei rischi in capo al concessionario (...)*» (parere AG 4/2021).

In relazione a tali profili, pertanto, posto che nel rapporto concessorio, i rischi dell'operazione e, quindi, anche della realizzazione delle opere, restano in capo al concessionario e che il riconoscimento del prezzo è correlato esclusivamente all'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, l'art. 1-*septies* del d.l. 73/2021, volto ad assegnare «*una sorta di indennizzo che il legislatore ha inteso riconoscere all'appaltatore nel caso intervengano le condizioni indicate dalla norma...*» (parere MIMS

1196/2022 cit.), quale misura di sostegno per le imprese, non appare applicabile alle concessioni, alla luce della struttura aleatoria delle medesime nel senso sopra indicato.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, all'amministrazione richiedente ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente