



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... – concessione di servizi per la realizzazione e gestione delOMISSIS..... e per la gestione della piscina comunale coperta, mediante project financing – Art. 26 d.l. 50/2022 – richiesta parere.

FUNZ CONS 59/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 11 agosto 2023 ed acquisita al prot. Aut. n. 65720, 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 15 novembre 2023, 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. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con il quesito proposto, relativo alla concessione indicata in oggetto affidata con convenzione stipulata in data 11.12.2019 (quindi disciplinata dal d.lgs. 50/2016) e con progetto esecutivo approvato in data 25.5.2023, l’istante rappresenta che in fase di avvio dei lavori oggetto della stessa, l’affidatario ha formalizzato istanza di revisione del piano economico-finanziario, con riguardo al mutato contesto economico, richiamando l’art. 26 del d.l. 50/2022 e l’art. 1375 c.c. L’Amministrazione chiede, quindi, se possa ritenersi consentita l’applicazione delle citate disposizioni ad un’opera realizzata a mezzo di project financing ai sensi dell’art. 183 d.lgs. 50/2016.

In via preliminare, come già osservato dall’Autorità in diversi pareri in materia di revisione/compensazione dei prezzi dei materiali (tra le tante, pareri Funz Cons n. 26/2022, n. 49/2022, n. 51/2022, delibera n. 63/2022- AG1/2022, delibera n. 265/2022-AG 5/2022), occorre evidenziare che «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 (...) (ex multis 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» (Funz Cons n. 26/2022).

Il Codice contempla tuttavia la possibilità di procedere alla modifica dei contratti pubblici durante il periodo di efficacia, in casi specifici e tassativi, fissati dall'art. 106 (per gli appalti) e dall'art. 175 (per le concessioni), quali disposizioni di stretta interpretazione, trattandosi di una deroga al principio dell'evidenza pubblica (Comunicato del Presidente del 21 marzo 2021). Pertanto, l'eventuale modifica alle condizioni di esecuzione di un appalto pubblico o di una concessione, deve essere ricondotta nelle disposizioni dell'art. 106 e dell'art. 175 del Codice.

L'Autorità ha ulteriormente osservato che, al fine di mitigare gli effetti dell'eccezionale aumento dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatosi nel corso dell'ultimo triennio, il Legislatore è intervenuto in relazione ai contratti pubblici in corso di esecuzione, con specifiche disposizioni derogatorie all'art. 106, comma 1, lett. a), sopra citato (in particolare l'art. 1-*septies* del d.l. 73/2021 conv. in l.106/2021, l'art. 26 del d.l. 50/2022 conv. in l.n. 91/2022 e l'art. 29 del d.l. 4/2022).

Tra queste, l'art. 26 del d.l. 50/2022 (*"Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi Ucraina"*) conv. in l.n. 91/2022, ha introdotto un meccanismo di adeguamento dei prezzi basato sull'aggiornamento infrannuale dei prezzari regionali (comma 2 art. 26). La norma, come chiaramente indicato al comma 1, trova applicazione limitatamente *"agli appalti pubblici di lavori, ivi compresi quelli affidati a contraente generale aggiudicati sulla base di offerte, con termine finale di presentazione entro il 31 dicembre 2021"*. Inizialmente, quindi, l'applicazione della norma – secondo un'interpretazione letterale della stessa – è stata limitata dal legislatore ai soli appalti di lavori e non anche alle concessioni.

Occorre osservare tuttavia, che l'art. 26 del d.l. 50/2022, ha subito alcune modifiche, per effetto – in particolare - della l. n. 197/2022, (*"Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025"*), che ha aggiunto alla norma i commi 6-bis e 6-ter (per estenderne l'applicazione ai casi ivi previsti) e più recentemente per effetto del d.l. 13/2023 (*"disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune"*) conv. in l.n. 41/2023.

Per quanto di interesse ai fini del parere, l'art. 52, comma 5-quinquies, lett. a), b), c) del d.l. 13/2013, sopra citato, ha modificato il comma 6-ter dell'art. 26 del d.l.50/2022, prevedendo l'applicazione della misura di adeguamento dei prezzi disciplinata dal comma 6-bis, anche *«alle concessioni di lavori in cui è parte una pubblica amministrazione di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, stipulate in un termine compreso tra il 1° gennaio 2022 ed il 30 giugno 2023...»*. È stato infine aggiunta la possibilità per le concessioni di lavori di accedere Fondo per la prosecuzione delle opere pubbliche di cui al comma 6-quater.

Per effetto delle modifiche sopra indicate, l'art. 26, comma 6-ter del d.l. 50/2022, stabilisce ora che *«Le disposizioni di cui al comma 6-bis del presente articolo, in deroga all'articolo 106, comma 1, lettera a), quarto periodo, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si applicano anche agli appalti pubblici di lavori, relativi anche ad accordi quadro di cui all'articolo 54 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, aggiudicati sulla base di offerte con termine finale di presentazione compreso tra il 1° gennaio 2022 e il 30 giugno 2023, nonché alle concessioni di lavori in cui è parte una pubblica amministrazione di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, stipulate in un termine compreso tra il 1° gennaio 2022 ed il 30 giugno 2023, e che non abbiano accesso al Fondo di cui al comma 7, relativamente alle lavorazioni eseguite o contabilizzate dal direttore dei lavori ovvero*

annotate, sotto la responsabilità dello stesso, nel libretto delle misure, dal 1° gennaio 2023 al 31 dicembre 2023. Per i citati appalti, *concessioni* e accordi quadro, la soglia di cui al comma 6-bis, secondo periodo, del presente articolo è rideterminata nella misura dell'80 per cento. *Per le concessioni di lavori di cui al primo periodo, l'accesso al Fondo per la prosecuzione delle opere pubbliche di cui al comma 6-quater è ammesso fino al 10 per cento della sua capienza complessiva e, nelle ipotesi di cui agli articoli 180 e 183 del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, resta ferma l'applicazione delle regole di Eurostat ai fini dell'invarianza degli effetti della concessione sui saldi di finanza pubblica».*

Per quanto sopra, la speciale misura di adeguamento dei prezzi disciplinata dall'art. 26, comma 6-bis, del d.l. 50/2022 nei limiti previsti dal comma 6-ter, trova ora applicazione anche alle *"concessioni di lavori stipulate in un termine compreso tra il 1° gennaio 2022 ed il 30 giugno 2023"*.

Con riguardo al quesito posto, riferito ad una concessione di servizi affidata sulla base di una convenzione stipulata in data 11.12.2019, non ricorrono quindi le specifiche condizioni di applicabilità della norma sopra richiamata.

Quanto, invece, alla questione più generale, relativa alla possibilità di procedere ad una revisione del piano economico-finanziario della concessione, si osserva che tale possibilità è contemplata all'art. 182, comma 3 e all'art. 165, comma 5, del d.lgs. 50/2016, i quali subordinano tale revisione, nel corso dell'esecuzione della concessione, al verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio economico-finanziario.

In particolare, ai sensi dell'art. 182, comma 3, «Il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto (...). In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. All'operatore economico sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 176, comma 4, lettere a) e b), ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse».

In relazione a tali previsioni del Codice, con Linee Guida n. 9, di attuazione del d.lgs. 50/2016 (recanti «*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*»), cui si rinvia, l'Autorità ha osservato (tra l'altro) che «La revisione del PEF di cui agli articoli 165, comma 6, e 182, comma 3, del codice dei contratti pubblici non può essere parziale e deve riguardare tutti gli scostamenti dai valori indicati dell'equilibrio economico e finanziario. Gli eventuali scostamenti rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono riequilibrati con oneri e/o compensazioni a carico della stessa. I valori degli indicatori economici e finanziari di progetto rappresentano un utile strumento di monitoraggio delle revisioni del piano. Le variazioni di detti valori, rilevati nel corso dell'esecuzione del contratto potrebbero segnalare casi in cui la revisione del PEF ha modificato le condizioni di equilibrio iniziale a vantaggio della parte privata.

3.3 L'articolo 182, comma 3, del codice dei contratti pubblici dei contratti pubblici si applica anche alla revisione del PEF nell'ambito di contratti di concessione prevista all'articolo 165, comma 6, del codice dei contratti pubblici. *Tra gli eventi non imputabili all'operatore economico che danno diritto a una revisione del PEF rientrano gli eventi di forza maggiore tali da rendere oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso, in tutto o in parte, l'adempimento delle obbligazioni contrattuali. Il contratto di PPP riporta un elenco tassativo di casi di forza maggiore*». Il par. 3.3. delle linee guida citate, indica, a titolo esemplificativo, ai fini sopra indicati, taluni eventi di forza maggiore.

Sembra utile richiamare altresì, in via generale, il *"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"* (approvato dalla Ragioneria Generale dello Stato e da Anac nel 2021). Nella Relazione Illustrativa del documento è sottolineato che gli artt. 165, comma 6, e 182, comma 3, del Codice «prevedono che solo il verificarsi di fatti non riconducibili al Concessionario, *specificatamente indicati nel contratto*, che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. (...) *È fondamentale segnalare che la procedura di revisione delle condizioni di equilibrio non è utilizzabile ogniqualvolta si verifichi uno scostamento degli indici di redditività descritti nell'articolo 31 del Contratto, ma, condizione necessaria per l'avvio di detta procedura, è il verificarsi di una delle fattispecie indicate nel Contratto.* Il Concedente, pertanto, nella predisposizione del Contratto da allegare al bando di gara deve compiere una valutazione ex-ante delle fattispecie che possono incidere sull'equilibrio economico finanziario e formalizzare tale valutazione in un'elencazione da intendersi come tassativa. In tal modo, si assicura un corretto trasferimento dei rischi, con particolare riferimento al rischio operativo, *escludendosi la possibilità che la procedura di revisione del PEF possa essere avviata al verificarsi di qualunque evento che il Concessionario valuti come "destabilizzante" dell'equilibrio della concessione.* (...) La revisione del PEF è finalizzata a neutralizzare gli effetti derivanti dal disequilibrio. Ciò significa che la revisione del PEF successivo ad un *evento destabilizzante*, così come tassativamente previsto dal Contratto, o ad un evento favorevole dovrà ristabilire l'equilibrio economico e finanziario, prestando molta attenzione che tale riequilibrio possa modificare la posizione finanziaria del Concessionario venutasi a maturare nel corso del contratto per tutti i fattori di cui lo stesso è responsabilizzato in virtù dell'allocazione dei rischi. Il riequilibrio deve servire per riequilibrare (riportare) il PEF alla situazione antecedente all'evento. (...)».

Per quanto sopra, i fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario e che possono comportare la sua revisione devono essere specificatamente indicati nel contratto. Tra gli eventi non imputabili all'operatore economico che danno diritto a una revisione del PEF rientrano gli eventi di forza maggiore tali da rendere oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso, in tutto o in parte, l'adempimento delle obbligazioni contrattuali. Al fine di individuare i predetti eventi di forza maggiore, possono rappresentare un utile ausilio le indicazioni fornite nelle linee guida n. 9 citate.

Si aggiunga inoltre che secondo il giudice amministrativo, in presenza di eventi imprevedibili e non imputabili al concessionario, in grado di alterare l'equilibrio economico finanziario della concessione, ai sensi dell'art. 165 e art. 182 del d.lgs. n. 50/2016, le parti sono tenute ad avviare una trattativa per la rideterminazione delle condizioni di equilibrio e, in caso di mancato accordo, possono recedere dal contratto. Quindi le norme citate non garantiscono il diritto ad una revisione che riconosca le condizioni pretese dalla parte privata contraente, ma impone al concedente di avviare trattative su quanto richiesto, avendo ben presente (tra l'altro) l'interesse pubblico sotteso all'affidamento del contratto (Cons. di Stato n. 7200/2023).

Per quanto sopra, ferma la necessità che la revisione del PEF garantisca comunque la permanenza dei rischi in capo all'operatore economico e le condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto (secondo quanto previsto dagli artt. 165 e 182), la possibilità di procedere a tale revisione, come disciplinata dal Codice, è legata al verificarsi di fatti non riconducibili

al concessionario e specificatamente indicati nel contratto, in grado di incidere sull'equilibrio del PEF, nel senso sopra indicato.

È dunque rimessa alla stazione appaltante ogni valutazione in ordine alla sussistenza, nella singola fattispecie, delle condizioni legittimanti la revisione del PEF ai sensi degli artt. 165, comma 6 e 182, comma 3, del d.lgs. 50/2016, anche sulla base delle previsioni contrattuali, nella parte in cui disciplinano i casi in cui è consentito procedere alla revisione del predetto documento.

Sulla base delle considerazioni svolte, si rimette quindi a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente