



.....OMISSIS.....

Oggetto

Recupero ambientale ex cava “.....OMISSIS.....” – finanza di progetto – costituzione del collegio consultivo tecnico - richiesta di parere.

FUNZ CONS 29/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 5 aprile 2023, acquisita al prot. Aut. n. 26983, 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 20 giugno 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.

Con il quesito proposto, si chiede all’Autorità di esprimere avviso in ordine alla possibilità di costituire il Collegio consultivo tecnico ex art. 6 d.l. 76/2020, per la soluzione di questioni insorte durante l’esecuzione del contratto indicato in oggetto, affidato in concessione in data 17 novembre 2006, con convenzione stipulata in data 17 febbraio 2010 e attualmente in corso di svolgimento. Si chiede altresì se possa essere demandata al predetto organo, la risoluzione di una questione già pendente tra le parti alla data di entrata in vigore del d.l.76/2020; questione relativa alla possibilità di procedere ad una revisione del PEF, con riguardo all’incidenza delle polizze assicurative e fidejussorie sull’equilibrio economico-finanziario dell’operazione, nei termini indicati nell’istanza di parere.

Sulle predette questioni occorre evidenziare, in via preliminare e limitatamente agli aspetti di interesse ai fini del parere, che ai sensi dell’art. 6 del d.l. 76/2020, conv. in l.n. 120/2020, «fino al 30 giugno 2023 per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all’articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, è obbligatoria, presso ogni stazione appaltante, la costituzione di un collegio consultivo tecnico, *prima dell’avvio dell’esecuzione, o comunque non oltre dieci giorni da tale data*, con i compiti previsti dall’articolo 5 nonché di rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell’esecuzione del contratto stesso. *Per i contratti la cui esecuzione sia già iniziata alla data di entrata in vigore del presente decreto, il collegio consultivo tecnico è nominato entro il termine di trenta giorni decorrenti dalla medesima data*».

Come chiarito dall’Autorità, l’art. 6 in esame ripropone, rimodellandolo, lo strumento di risoluzione alternativa delle controversie del CCT, già introdotto con l’art. 207 del d.lgs. n. 50/2016, poi cancellato dal decreto correttivo del 2017 e reintrodotta a titolo temporaneo con l’art. 1, commi 11-14, d.l. n. 32/2019 (parere AG 6/2021 e parere funz. cons. 10/2021).

Le finalità del Collegio Consultivo Tecnico, sono indicate nella Relazione tecnica e nella Relazione Illustrativa del d.l. semplificazioni, le quali chiariscono che lo stesso è «previsto per prevenire controversie relative all'esecuzione dei contratti pubblici».

In coerenza con tali finalità, nel d.m. MIMS n. 12 del 17 gennaio 2022 (*"Adozione delle linee guida per l'omogenea applicazione da parte delle stazioni appaltanti delle funzioni del collegio consultivo tecnico"*) è stato stabilito che «Per la realizzazione di lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, la costituzione del CCT è obbligatoria ai sensi del secondo periodo del comma 1 dell'art. 6 del decreto-legge n. 76/2020 anche per i contratti in esecuzione alla data di entrata in vigore del medesimo decreto-legge n. 76/2020, e anche se affidati sulla base di una disciplina previgente al codice» (art. 1.3.1). La «Finalità istituzionale del CCT è quella di accompagnare l'intera fase di esecuzione, dall'avvio dei lavori e fino al collaudo degli stessi, per intervenire in tempo reale su *tutte le circostanze* che possano generare problematiche incidenti sull'esecuzione» (art. 4.1.1).

L'art.1.2.5 del citato d.m. aggiunge che «Per i lavori in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del decreto-legge n. 76/2020 di importo pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 del codice, fermo quanto previsto dal paragrafo 2 delle presenti linee guida relativamente alla costituzione del CCT le parti sono tenute a stipulare un apposito *atto aggiuntivo* nel quale procedono all'individuazione della tipologia di questioni deducibili al CCT, con gli effetti di cui all'art. 808-ter del codice di procedura civile, anche già pendenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge n. 76/2020, purché non già definite».

Deriva da quanto sopra che per i lavori relativi ad opere di valore superiore alla soglia comunitaria, è obbligatoria la costituzione del CCT (mentre tale costituzione è facoltativa per le opere diverse, come previsto dal comma 4) e la stessa deve avvenire prima dell'avvio dell'esecuzione del contratto o comunque non oltre dieci giorni da tale data, mentre per i contratti già in corso alla data di entrata in vigore del d.l. 76/2020, tale organo deve essere nominato entro di trenta giorni dalla data medesima.

Pertanto «*Il collegio deve essere costituito entro 10 giorni dall'avvio dell'esecuzione (o prima) e, per i contratti la cui esecuzione sia già iniziata, entro 30 giorni dal 16 agosto 2020 (data di entrata in vigore del d.l. 76/2020 – co.1)*» (Anac, documento recante "Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale» in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione» del 4 agosto 2020).

Con riguardo al caso di specie, quindi, ove non avvenuta la costituzione del Collegio Consultivo Tecnico nei termini indicati dall'art. 6 del d.l. 76/2020 e non sia intervenuta la stipula dell'Atto aggiuntivo sopra citato, può richiamarsi quanto previsto nelle citate Linee guida MIT in ordine all'*"Inottemperanza e inosservanza dei termini di costituzione"* del predetto organo (art. 2.3.).

Il citato documento chiarisce, infatti, che «2.3.1. L'inottemperanza dell'obbligo di costituzione del CCT, ovvero il ritardo nella costituzione dello stesso, nel caso di affidamenti superiori alla soglia comunitaria, comporta la violazione dell'obbligo di cui all'art. 6, comma 1, del d.l. n. 76/2020 ed è valutabile sia ai fini della responsabilità dirigenziale ed erariale, sia, nei rapporti tra la stazione appaltante e l'operatore economico, sotto il profilo della c.d. buona fede contrattuale. 2.3.2. Ove la costituzione del CCT non sia intervenuta nei termini previsti dall'art. 6 comma 1 del d.l. n. 76/2020, il responsabile dell'unità organizzativa di cui all'art. 2, comma 9-bis, della legge 241/1990 esercita il potere sostitutivo ad esso conferito dalla legge e dai regolamenti dell'organo di governo della stazione appaltante, nei termini ridotti di cui all'art. 2, comma 9-ter, della legge 241/1990. 2.3.3. In caso di mancata designazione la parte non inadempiente può rivolgersi al Presidente del Tribunale ordinario dove ha sede la stazione appaltante, individuata quale sede del CCT».

La costituzione tardiva del Collegio Consultivo tecnico è, quindi, ritenuta ammissibile nei termini e alle condizioni sopra indicate.

Per completezza si osserva che il nuovo Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 36/2023, (*applicabile ai contratti pubblici affidati successivamente alla data in cui acquisterà efficacia a norma dell'art. 229, comma 2*) conferma l'istituto del CCT, quale strumento "Per prevenire le controversie o consentire la rapida risoluzione delle stesse o delle dispute tecniche di ogni natura che possano insorgere nell'esecuzione dei contratti", disciplinandolo agli articoli 215-218 e prevedendo (tra l'altro) l'obbligo di costituire detto Collegio per "i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea e di forniture e servizi di importo pari o superiore a 1 milione di euro". La norma rinvia all'Allegato V2 la definizione delle modalità di costituzione del CCT, stabilendo che lo stesso deve essere nominato a iniziativa della stazione appaltante prima dell'avvio dell'esecuzione o comunque non oltre dieci giorni da tale data.

L'art. 2 del predetto Allegato, in continuità con le predette linee guida MIT, conferma che «L'inottemperanza ovvero il ritardo nella costituzione del CCT, nel caso di affidamenti superiori alla soglia di rilevanza europea, è valutabile sia ai fini della responsabilità dirigenziale ed erariale, sia, nei rapporti tra la stazione appaltante e l'operatore economico, sotto il profilo della buona fede contrattuale. In caso di mancata designazione dei membri la parte non inadempiente può rivolgersi al presidente del tribunale ordinario ove ha sede la stazione appaltante, individuata quale sede del CCT».

A norma dell'art. 224, comma 1 del citato d.lgs. 36/2023 «Le disposizioni di cui agli articoli da 215 a 219 [relative al CCT] si applicano anche ai collegi già costituiti ed operanti alla data di entrata in vigore del codice».

Conclusivamente sul punto – ferma restando l'applicazione dell'istituto anche ai contratti affidati sulla base di una disciplina previgente e in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del d.l., nel rispetto dei termini sopra indicati - in ordine all'individuazione delle questioni che possono essere sottoposte all'esame del collegio consultivo tecnico, in caso di costituzione obbligatoria (art. 6, comma 1 del d.l. 76/2020 e art. 215 d.lgs. 36/2023), «si ritiene che il dato normativo escluda la possibilità, da parte della stazione appaltante, di sottrarre specifiche questioni all'esame del Collegio. Diversamente, si realizzerebbe una limitazione al suo funzionamento in possibile contrasto con l'obbligatorietà della relativa costituzione e con la predeterminazione *ex lege* delle relative attribuzioni. La possibilità per la stazione appaltante di circoscrivere l'ambito di intervento del Collegio consultivo tecnico è espressamente consentita, invece, nel caso di costituzione facoltativa del collegio per gli appalti sotto soglia oppure per la fase antecedente l'esecuzione, laddove la costituzione del Collegio consultivo tecnico e l'individuazione dei relativi compiti sono rimesse all'accordo delle parti ...» (delibera n. 206/2021; così anche delibera n. 532/2021).

In aggiunta alle considerazioni che precedono, a fini collaborativi, con riguardo alla questione relativa alla possibilità di procedere, in corso di esecuzione del contratto, alla modifica del piano economico-finanziario, sembra utile osservare che nel previgente assetto normativo di settore, prima dettato dalla l. 109/1994 (legge quadro sui lavori pubblici) e successivamente recato dal d.lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), [*applicabili ratione temporis ai contratti affidati in vigenza di tali fonti normative* (si rinvia al riguardo al Comunicato del Presidente dell'11.5.2016)] sono state previste specifiche ipotesi di revisione del predetto documento.

In particolare, la l.n. 109/1994 ha stabilito all'articolo 19, comma 2-bis che «(...) I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dall'amministrazione aggiudicatrice a detti presupposti o condizioni di base, nonché norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione da attuare mediante rideterminazione delle nuove

condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni, ed in mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dalla concessione. Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino favorevoli al concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a vantaggio del concedente».

Anche il d.lgs. 163/2006, ha previsto all'articolo 143, comma 8, in continuità con la disposizione sopra richiamata, la possibilità di procedere alla revisione del PEF in caso di variazioni apportate dall'amministrazione ai presupposti o condizioni di base dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, nonché in caso di norme legislative e regolamentari istitutive di nuovi meccanismi tariffari o che incidono sull'equilibrio del PEF. Il comma 8-bis della disposizione in esame, aggiunge al riguardo che «Ai fini della applicazione delle disposizioni di cui al comma 8 del presente articolo, la convenzione definisce i presupposti e le condizioni di base del piano economico-finanziario le cui variazioni non imputabili al concessionario, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua revisione. La convenzione contiene inoltre una definizione di equilibrio economico finanziario che fa riferimento ad indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito, nonché la procedura di verifica e la cadenza temporale degli adempimenti connessi».

Più in dettaglio, la norma «contempla al comma 8 la possibilità di procedere alla revisione dei piani economici finanziari in presenza di ipotesi tipizzate: allorché vengano modificati i presupposti e le condizioni di base indicate nella premessa dal contratto, ovvero intervengano modifiche alla normativa di settore che abbiano inciso sui meccanismi tariffari o comunque sull'equilibrio finanziario» (delibera n. 1158/2020). L'art. 143, comma 8, del d.lgs. 163/2006 pertanto «stabilisce nel dettaglio quali sono le situazioni che consentono di modificare il PEF per ripristinare il necessario equilibrio fra le prestazioni richieste al concessionario ed i ricavi conseguibili. La *ratio* di tale norma è palese: i termini economici del rapporto di regola non possono essere modificati nel corso del suo svolgimento in quanto, così facendo, verrebbe del tutto vanificato lo scopo del meccanismo concorrenziale di scelta del contraente (a questo proposito cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n.113/2011) ...» (delibera Anac n. 2/2014; parere Funz Cons 33/2022, Parere AG17.11.2014).

Anche nell'assetto normativo recato dal d.lgs. 50/2016 è contemplata, entro i limiti stabiliti dall'art. 164, comma 6, la revisione del PEF. La norma stabilisce infatti che «Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario 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 tal senso dispone, altresì, l'art. 182, comma 3, del Codice.

Per quanto sopra, il PEF può essere modificato entro i limiti e alle condizioni poste dalle disposizioni del Codice sopra richiamate, le quali costituiscono «eccezione alla regola per cui i termini economici di un rapporto concessorio non possono essere modificati nel corso del suo svolgimento in quanto, così facendo, verrebbe del tutto vanificato lo scopo del meccanismo concorrenziale di scelta del contraente». Il carattere eccezionale delle predette disposizioni osta alla loro estensione al di fuori delle ipotesi ivi espressamente considerate (in tal senso TAR Piemonte n. 897/2022).

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, 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

Originale firmato digitalmente

