



.....OMISSIS.....

Oggetto

Servizio di gestione delOMISSIS..... diOMISSIS..... – canone di gestione annualità 2021-2022
- richiesta parere.

FUNZ CONS 12/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 22 dicembre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 114925, 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 6 marzo 2024, 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. 269 del 20 giugno 2023. 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 la nota sopra indicata l’Amministrazione istante, in relazione all’appalto in oggetto, sottopone all’attenzione dell’Autorità la possibilità di procedere al riequilibrio del sinallagma contrattuale, mediante richiesta, rivolta all’appaltatore, di restituzione delle somme per maggiori profitti derivanti dalla vendita di energia elettrica prodotta dalOMISSIS..... diOMISSIS..... negli anni 2021 e 2022, secondo le modalità descritte nella relazione allegata all’istanza di parere.

Al riguardo l’Amministrazione regionale ha evidenziato che l’appalto in oggetto è stato affidato a seguito di procedura di aggiudicazione svolta ai sensi degli artt. 25 e 27 del d.lgs. 163/2006. L’affidamento è stato disposto a favore della società A2a Ambiente s.p.a. dalla Struttura del Sottosegretario di Stato presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nell’ambito delle attività previste dal d.l. 90/2008 (recante " *misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regioneOMISSIS..... e ulteriori disposizioni di protezione civile*") conv. con mod. in l.n. 123/2008.

Il relativo contratto è stato stipulato in data 13 novembre 2008, con successivo subentro della RegioneOMISSIS..... nel rapporto contrattuale mediante sottoscrizione di ulteriore contratto nel 2018, nei termini indicati nell’istanza.

Tale documento contrattuale, come osservato dall’istante, reca una specifica disciplina in tema di corrispettivi spettanti all’appaltatore, nonché in tema di rinegoziazione dei termini economici dell’affidamento ancorché nell’esclusivo interesse dell’operatore economico.

A tal riguardo è stato evidenziato che nel corso degli anni si è avuta una determinazione del corrispettivo in favore dell’appaltatore, contenuta in un range di riferimento costante in ragione di un andamento del mercato di riferimento in sostanziale continuità. Tuttavia, negli anni 2021 e 2022

si sono registrati dati anomali rispetto al pregresso periodo 2011-2020, con un incremento esponenziale del corrispettivo economico in favore del gestore, strettamente correlato e/o consequenziale al conflitto in Ucraina, in aggiunta alle conseguenze derivanti dalla pandemia da Covid-19. Tali eventi hanno avuto indubbi riflessi in ambito contrattuale, con specifico riferimento all'aumento dei prezzi anche di vendita dell'energia elettrica e, quindi, dei proventi realizzati dall'appaltatore.

Per quanto sopra, in considerazione della natura pubblica del contraente Regione – che in quanto tale redistribuisce ai cittadini i maggiori proventi della vendita dell'energia elettrica riducendo la tariffa per il conferimento dei rifiuti all'impianto – è stato chiesto all'appaltatore di provvedere a versare alla RegioneOMISSIS....., a saldo per le annualità 2021 e 2022, somme corrispondenti alla quota eccedente incassata dall'appaltatore, calcolata con le modalità indicate nell'istanza di parere.

In considerazione di quanto rappresentato, l'Amministrazione ha chiesto all'Autorità di esprimere avviso in ordine al principio secondo cui l'aumento dei prezzi di vendita dell'energia elettrica, derivante dalle circostanze eccezionali sopra indicate, costituisca un evento straordinario ed imprevedibile, come tale idoneo a legittimare un riequilibrio del sinallagma contrattuale, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1175 e 1375 del C.c., con ciò legittimando la richiesta di corresponsione e/o restituzione degli extraprofiti maturati a vantaggio del gestore, a seguito della vendita di energia elettrica prodotta dalOMISSIS..... diOMISSIS..... negli anni 2021 e 2022, in ragione degli interessi pubblici sottesi alla fattispecie e delle prerogative istituzionali spettanti alla Regione.

Al fine di esprimere avviso sulla descritta fattispecie e quale indirizzo di carattere generale sulla stessa, si evidenzia preliminarmente che l'appalto in oggetto è stato affidato nell'ambito delle misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regioneOMISSIS..... ai sensi del d.l. 90/2008 (recante, tra l'altro, deroghe espresse a talune disposizioni del d.lgs. 163/2006). L'affidamento è stato effettuato ai sensi degli artt. 25 e 27 del previgente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 163/2006.

L'art. 25 (*Appalti aggiudicati per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia*), dettato in recepimento dell'art. 26 della direttiva 2004/17/UE, stabilisce che il predetto Codice non si applica (tra l'altro) «b) agli appalti per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia, se aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori che esercitano un'attività di cui ai commi 1 e 3 dell'articolo 208 (gas, energia termica ed elettricità) e all'articolo 212 (prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi)».

Gli appalti indicati all'art. 25 del d.lgs. 163/2006 sono, quindi, esclusi dall'ambito di applicazione del Codice, ma comunque soggetti alle previsioni dell'art. 27 dello stesso.

Tale ultima disposizione stabilisce, infatti, che «L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. L'affidamento dei contratti di finanziamento, comunque stipulati, dai concessionari di lavori pubblici che sono amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori avviene nel rispetto dei principi di cui al presente comma e deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti».

I commi successivi della stessa disposizione aggiungono che ai predetti contratti «Si applica altresì l'articolo 2, commi 2, 3 e 4. 3. Le amministrazioni aggiudicatrici stabiliscono se è ammesso o

meno il subappalto, e, in caso affermativo, le relative condizioni di ammissibilità. Se le amministrazioni aggiudicatrici consentono il subappalto, si applica l'articolo 118».

Per quanto di interesse in questa sede, l'art. 2, comma 3, del d.lgs. 163/2006 cui rinvia il citato art. 27, dispone che «*Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni*». Il successivo comma 4 stabilisce che «*Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile*».

L'art. 27 del d.lgs. 163/2006 «stabilendo quali sono i principi che debbono applicarsi per l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione oggettiva del codice degli appalti, introduce implicitamente il principio cardine dell'inapplicabilità a queste tipologie di contratti delle norme del codice, tranne che nel caso in cui vengano espressamente dichiarate applicabili: tale disposizione, in pratica, dispone che agli appalti esclusi – anche in parte – dall'applicazione del codice, si applicano le sole norme espressamente dichiarate applicabili dallo stesso codice per ciascuna tipologia di appalto. Pertanto, non può valere per tali contratti la regola dell'applicazione "automatica" delle disposizioni codicistiche in assenza di una specifica deroga, ... ma occorre – al contrario – che, data la presunzione di inapplicabilità del Codice derivante dall'art. 27 cit., vi sia una specifica norma derogatoria che ne consenta l'applicazione. [...] (Cons. di Stato n. 3768/2018).

Sulla base di tali principi, si osserva che il contratto in oggetto, secondo la ricostruzione dell'Amministrazione aggiudicatrice, in quanto contratto escluso dall'ambito di applicazione del Codice ai sensi dell'art.25 dello stesso, è stato aggiudicato ai sensi dell'art. 27 sopra richiamato.

Si tratta quindi di un contratto al quale sono applicabili esclusivamente le norme dichiarate come tali dal Codice e soggetto al rispetto dell'art. 27 che richiama i principi generali dell'attività amministrativa, stabilendo che l'affidamento avvenga "*nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*".

Per quanto sopra, al contratto d'appalto in oggetto, non trova applicazione la disciplina in tema di adeguamento dei prezzi stabilita dall'art. 115 del d.lgs. 163/2006, applicazione peraltro esclusa in via generale anche per i settori speciali di cui agli artt. 206 e seguenti dello stesso Codice [tra i quali rientrano ex art. 208 anche gli appalti relativi ai settori del "*Gas, energia termica ed elettricità*"] non essendo tale norma espressamente richiamata dallo stesso art. 206, tra le disposizioni della parte generale applicabili ai predetti settori.

La soluzione al quesito posto dall'Amministrazione regionale va quindi individuata nei documenti relativi all'affidamento dell'appalto e nelle clausole contrattuali, oltre che nei principi dell'ordinamento comunitario e nelle previsioni del codice civile, applicabili ai contratti esclusi in forza del rinvio operato dall'art. 27 del d.lgs. 163/2006 all'art. 2, comma 4, del d.lgs. 163/2006, sopra richiamato.

A tal riguardo si osserva, infatti, che secondo quanto evidenziato dal richiedente, nei documenti contrattuali è prevista una specifica disciplina in tema di rinegoziazione di alcuni aspetti del contratto, in caso di eventi non imputabili all'appaltatore e a vantaggio esclusivo di quest'ultimo (non della stazione appaltante), dalla quale può desumersi la volontà delle parti di addivenire ad una eventuale modifica dell'accordo stesso. Volontà che potrebbe in ipotesi condurre le parti ad una revisione delle pattuizioni intercorse tra le stesse, in presenza di eventi eccezionali, non previsti e

non prevedibili al momento della sottoscrizione del contratto d'appalto, anche a vantaggio della parte pubblica, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede contrattuale (artt. 1175 e 1375), nonché dei principi discendenti dall'art. 1664 c.c.

Quanto sopra in ragione degli interessi pubblici sottesi all'affidamento, tra i quali – come evidenziato dall'Amministrazione richiedente – la redistribuzione agli utenti dei proventi della vendita dell'energia elettrica sotto forma di riduzione delle tariffe per il conferimento dei rifiuti all'impianto - nonché nel rispetto del principio di economicità dell'azione amministrativa richiamato dall'art. 27 del d.lgs. 163/2006.

Ai fini indicati, si ritiene possa formare oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante, l'aumento dei costi energetici derivanti dal conflitto in Ucraina e dalla crisi pandemica da Covid-19, quali eventi eccezionali sopravvenuti alla stipula del contratto d'appalto che, come noto, hanno indotto il legislatore ad intervenire nel settore dei contratti pubblici, con specifiche disposizioni emergenziali nel corso del 2022 (disposizioni emergenziali sulle quali l'Autorità ha adottato numerose pronunce, ancorché in relazione agli appalti e alle concessioni nei settori ordinari, illustrando gli ambiti applicativi delle stesse e fornendo indicazioni in ordine ai limiti previsti dall'ordinamento per la revisione dei prezzi negli appalti ordinari di lavori e negli appalti di servizi e forniture: ex multis Funz Cons n. 26/2022, n. 49/2022, n. 51/2022, n. 4/2023, n. 7/2023, n. 42/2023, delibera n. 63/2022-AG1/2022, delibera n. 265/2022-AG 5/2022).

Tuttavia, sembra opportuno chiarire al riguardo che dai principi, anche di derivazione comunitaria, enunciati dall'art. 27 del Codice, applicabili anche al contratto in oggetto, con particolare riguardo al principio di parità di trattamento e all'obbligo di trasparenza che informa la gara svolta, deriva la necessità che l'eventuale revisione delle pattuizioni contrattuali nei termini sopra indicati, non determini una modifica sostanziale al contratto, ossia non alteri considerevolmente gli elementi essenziali dell'accordo originariamente pattuito.

Ciò in quanto «le modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, ai sensi della direttiva 92/50, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (v., in tal senso, sentenza 5 ottobre 2000, causa C337/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I8377, punti 44 e 46). La modifica di un appalto pubblico in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata» (CGCE, sentenza 19 giugno 2008, resa nella causa C-454/06; più recentemente Corte di Giustizia Europea, 18.09.2019 (C-526/17).

Le modifiche dovrebbero quindi limitarsi al ripristino dell'originario equilibrio del contratto, quale risultante dagli atti dell'affidamento a monte, senza alterarne la sostanza economica, nel rispetto dei principi di parità di trattamento e di pubblicità, affinché la rinegoziazione non si risolva in un'elusione degli obblighi di evidenza pubblica sanciti dal richiamato art. 27 del d.lgs. 163/2006.

Per quanto sopra, con riguardo al caso di specie, per come descritto nell'istanza di parere e riferito a contratto "escluso" ai sensi dell'art. 25 del d.lgs. 163/2006, si ritiene quindi che l'Amministrazione possa valutare l'opportunità di procedere – in accordo con l'appaltatore - ad una revisione delle condizioni economiche dell'appalto in relazione ai profili illustrati nell'istanza, alla luce degli eventi straordinari intervenuti successivamente alla stipula del contratto e discendenti dal conflitto in Ucraina e all'emergenza sanitaria da Covid-19, secondo i principi di correttezza e buona

federe contrattuale, valutando tuttavia se tali modifiche costituiscano revisioni sostanziali del contratto d'appalto, non ammesse dall'ordinamento comunitario, nei termini indicati dalla giurisprudenza richiamata.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette 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

Firmato digitalmente