



DELIBERA N. 31 del 17 gennaio 2024

Oggetto

Contratti di concessioni per la progettazione, costruzione e gestione di una infrastruttura passiva a banda ultra-larga nelle aree bianche del territorio nazionale, stipulati traOMISSIS..... eOMISSIS..... - richiesta relativa al riconoscimento dei c.d. "extra-costi" determinati dall'evento pandemico da Covid 19 e dagli impatti economici legati al conflitto in Ucraina e conseguente caro materiali - Applicabilità dell'art. 8, comma 4, lett. b) d.l. 76/202 (conv. in l.n. 120/2020) e dell'art. 27 del d.l. 50/2022 (conv. in l.n. 91/2022) – istanza di parere.

AG6-2023

Riferimenti normativi

Art. 15 d.lgs. 50/2016

Art. 8, comma 4, lett. b) d.l. 76/202 conv. in l.n. 120/2020)

Art. 27 del d.l. 50/2022 conv. in l.n. 91/2022

Parole chiave

Codice dei contratti pubblici - Contratti pubblici – Concessione - Esclusioni nel settore delle comunicazioni elettroniche - disciplina emergenziale - inapplicabilità.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'Adunanza del 17 gennaio 2024

Premessa

Con nota pervenuta in data 9 novembre 2023, acquisita al prot. n. 99964,OMISSIS..... – società soggetta a controllo e coordinamento diOMISSIS..... – in qualità di concedente delle concessioni indicate in oggetto, affidate con tre convenzioni alla societàOMISSIS..... a seguito di procedura ad evidenza pubblica, ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine all'applicabilità a tali concessioni delle disposizioni di cui all'art. 8, comma 4, lett. b) del d.l. 76/2022 conv. in l.n. 120/2020 e di cui art. 27 del d.l. 50/2022 conv. in l.n. 91/2022.

Più in dettaglio, la predetta società ha rappresentato che nonostante le previsioni contrattuali delle concessioni [contemplanti (tra l'altro) l'assunzione del rischio di costruzione (legato anche all'aumento dei costi) in capo al concessionario, escludendo la possibilità di procedere alla revisione dei prezzi e dell'importo dei lavori derivante dal quadro economico del progetto esecutivo approvato dal concedente], il predetto concessionario ha avanzato richieste economiche aventi ad oggetto il riconoscimento dei c.d. "extra-costi" dovuti sia alle spese sostenute per l'adozione delle misure di prevenzione e di contenimento del contagio da Covid-19, sia per l'aumento dei costi dei materiali e dei prodotti energetici.

In particolare, secondo quanto indicato nell'istanza, il concessionario ha avanzato le seguenti istanze:

- 1) con note del 10.8.2022 e del 24.11.2022, ha chiesto il ristoro dei maggiori costi non previsti nell'offerta, dovuti all'adozione di misure di contenimento e di prevenzione del contagio da Covid-19, ai sensi dell'art. 8, comma 4, lett. b) del d.l. 76/202 (conv. in l.n. 120/2020), anche successivamente alla fine dello stato di emergenza (31 marzo 2022), per un totale di euro 4.655.436,25;

- 2) Con nota del 28.11.2022 ha chiesto il riconoscimento dell'incremento dei costi dei materiali (rispetto alle previsioni d'offerta) dovuto all'evento pandemico da Covid-19 e al caro energia derivante dal conflitto in Ucraina, fondando tale richiesta sulle previsioni dell'art. 27 del d.l. 50/2022 (conv. in l.n. 91/2022), per un totale di 180 milioni di euro, a seguito del ricalcolo dei computi metrici dei progetti esecutivi approvati o in corso di approvazione alla data di entrata in vigore del decreto stesso.

Nella nota di richiesta parereOMISSIS....., con riguardo alla prima istanza, ha osservato che il ristoro dei maggiori costi per le misure di contenimento e di prevenzione del contagio da Covid-19, anche successivamente alla conclusione dello stato di emergenza, sembrerebbe legittimato dalla lettura combinata dell'art. 3 del d.l. 24/2002 con le linee guida del Ministero della Salute del 1° aprile 2022 e del 9 maggio 2022, contemplanti l'adozione delle predette misure fino al 31 dicembre 2022.

In particolare, i dubbi interpretativi sottesi alla richiesta di parere, afferiscono alla possibilità di poter riconoscere gli extra-costi relativi alla finestra temporale 1° aprile-8 maggio 2022, nella quale sussisterebbe un vulnus normativo relativo alle specifiche misure di prevenzione del contagio da Covid-19 da adottare nei cantieri e che, in ogni caso, il ristoro dei maggiori costi potrebbe prevedersi fino e non oltre il 31 dicembre 2022. Sotto tale profilo,OMISSIS..... ritiene che si potrebbero ritenere applicabili (seppure retroattivamente) le Linee guida del 9 maggio 2022 per la prevenzione del contagio da Covid-19 nei cantieri. Quanto, invece, alla seconda istanza diOMISSIS.....,OMISSIS..... osserva che ai sensi dell'art. 27 del d.l. 50/2022 (conv. in l.n. 91/2022), nella versione in vigore dal 28 febbraio 2023, è prevista la possibilità per tutti i concessionari di cui all'art. 142, comma 2, d.lgs. 163/2006 e di cui all'art. 164, comma 5, del d.lgs. 50/2016, di procedere all'aggiornamento del quadro economico o del computo metrico del progetto esecutivo in corso di approvazione o approvato alla data di entrata in vigore del decreto stesso, in relazione al quale risultino già espletate le procedure di affidamento o ne sia previsto l'avvio entro il 31 dicembre 2023, utilizzando il prezzario di riferimento più aggiornato. Tale disposizione, di carattere eccezionale, sembrerebbe applicabile anche alle concessioni in oggetto, ancorché riferite al settore delle telecomunicazioni ex art. 15 del d.lgs. 50/2016, stante il rinvio operato nel contratto all'art. 164 del Codice. Tuttavia, visto l'impatto economico dell'applicazione della norma e la significatività dei risvolti inerenti la corretta applicazione delle disposizioni in tema di concessioni che potrebbero derivare da una revisione del quadro economico e/o computo metrico del progetto esecutivo per ciascuna concessione affidata,OMISSIS..... ritiene che nel caso di specie si debba valutare concretamente l'incidenza (anche in termini civilistici) di detta revisione del quadro economico rispetto all'esecuzione dei contratti di concessione e/o alla riconducibilità dell'aumento dei materiali anche ai ritardi di realizzazione delle opere. In altri termini, a parere diOMISSIS....., si dovrebbero verificare i profili di imputabilità dell'aumento dei prezzi al concessionario per i ritardi connessi all'esecuzione delle concessioni, analizzando quale sarebbe stato l'andamento dei prezzi stessi laddove il concessionario non fosse incorso nei predetti ritardi, e pertanto in che misura e per quali lavorazioni si sarebbero verificati i presupposti per l'applicazione dell'art. 27 del d.l. 50/2022. Del resto la stessa norma, al comma 2, stabilisce che la rideterminazione del computo metrico del progetto è sottoposta ad approvazione del concedente e che i maggiori oneri non concorrono alla determinazione della remunerazione del capitale investito netto né rilevano ai fini della durata della concessione.

Per quanto sopra,OMISSIS..... ha chiesto un pronunciamento dell'Autorità in ordine alla fondatezza delle istanze avanzate daOMISSIS..... fondate essenzialmente sull'applicazione, ai rapporti concessori in oggetto, dell'art. 8, comma 4, lett. b) del d.l. 76/2020 e dell'art. 27 del d.l. 50/2022, nei termini illustrati, evidenziando nel contempo che l'opportunità di richiedere un parere all'Anac è stata manifestata dalla stessa società anche alOMISSIS..... il quale ha condiviso l'esigenza di rivolgere tale istanza all'Autorità.

Con riferimento alla questione illustrata, si rappresenta inoltre che con nota pervenuta in data 22 novembre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 104322,OMISSIS..... ha formulato una richiesta di partecipazione al procedimento relativo all'istanza di parere presentata in sede consultiva daOMISSIS.....

Pertanto, con nota prot. n. 104860 del 23 novembre 2023, trasmessa sia al concessionario sia al concedente, in accoglimento della predetta istanza, l'Ufficio ha assegnato alle parti un termine di giorni dieci per la produzione di memorie, atti e documenti ritenuti utili ai fini dell'emissione del parere da parte dell'Autorità.

In data 4 dicembre 2023, con nota acquisita al prot.n. 108096,OMISSIS..... ha quindi trasmesso una memoria nella quale ha illustrato le motivazioni poste a fondamento delle istanze economiche sopra descritte, nei termini che seguono.

In particolare, quanto all'applicabilità delle norme indicate in oggetto alle concessioni in argomento,OMISSIS..... ha sottolineato preliminarmente - in forza del rinvio operato nella convenzione (art. 7.7) all'art. 164 del d.lgs. 50/2016, ancorché si tratti di concessioni ascrivibili al settore delle telecomunicazioni ex art. 15 del Codice - la riconducibilità delle medesime alle "concessioni di lavori", se non altro per la parte largamente prevalente e consistente nell'esecuzione di lavori pubblici.

Come può desumersi dall'art. 4.1 delle convenzioni e dai bandi di gara a monte, si tratterebbe più specificamente di concessioni miste di lavori e servizi in cui è prevalente la componente di lavori, nel significato previsto dall'art. 169 del Codice. Pertanto, applicandosi l'art. 164, d.lgs. n. 50/2016, deve applicarsi altresì l'art. 27, d.l. 17 maggio 2022, n. 50, conv. in legge 15 luglio 2022, n. 91, che definisce il suo ambito di applicabilità con riferimento proprio a tale norma. Per le stesse ragioni, sussisterebbe il presupposto di applicabilità dell'art. 8 comma 4, lett. b), d.l. n. 76/2020, che fa riferimento all'esecuzione di lavori in corso alla data di entrata in vigore del decreto stesso.

Con specifico riguardo alle istanze economiche riferite all'emergenza sanitaria da Covid-19, ricostruito il quadro normativo di riferimento, il concessionario ha sottolineato che la ratio dell'art. 8, co. 4, lett. b) del d.l. semplificazioni, è quella di tenere indenni le imprese dai maggiori costi che non erano previsti, né prevedibili in fase di gara, ma che sono divenuti obbligatori al fine di fronteggiare e contrastare la diffusione del Covid-19. Il presupposto su cui si fonda il diritto di rimborso dei maggiori costi da Covid-19, di cui all'art. 8, co. 4, lett. b), non è venuto meno con lo scadere dello stato di emergenza fissato al 31 marzo scorso, avendo adottato il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, in attuazione dell'art. 3 del d.l. 24/2022 conv. in l.n. 52/2022, con ordinanze del 1 aprile 2022 e del 9 maggio 2022, apposite linee guida per la prevenzione della diffusione del COVID-19 nei cantieri, dalle quali si ricava la perdurante vigenza degli obblighi ivi imposti.

Ne deriva che, anche per il lasso di tempo su cui insistono i dubbi del Concedente, devono essere riconosciuti gli extra costi che effettivamente il Concessionario ha sostenuto. Infatti, le misure di contenimento Covid-19, sono presenti all'interno dei Piani di Sicurezza e Coordinamento redatti daOMISSIS..... e approvati daOMISSIS..... anche successivamente alla data del 31 marzo 2022 e anche nel periodo 1° aprile 2022/9 maggio 2022.

Quanto alla seconda istanza economica del concessionario, ribadita l'applicabilità al caso di specie dell'art. 27, d.l. n. 50/2022, lo stesso ha osservato che la richiesta di riconoscimento dell'incremento del costo dei materiali è stata reiterata anche nel contesto delle istanze di revisione del PEF, presentate al Concedente in data 14.09.2023 ai sensi dell'art. 24 delle Convenzioni.

Per quanto sopra,OMISSIS..... chiede all'Autorità di esprimere avviso sul riconoscimento dell'incremento del costo dei materiali (rispetto alle previsioni di offerta) dovuti all'evento pandemico da Covid-19, nonché al caro energia derivante dal conflitto in Ucraina, stante l'applicabilità dell'art. 27, d.l. 17 maggio 2022, n. 50, conv. in legge 15 luglio 2022, n. 91, chiarendo che la concreta determinazione da parte del Concedente dovrà avvenire in sede di revisione del PEF a seguito delle istanze del Concessionario.

Chiede, inoltre, di esprimere avviso sul riconoscimento del ristoro dei maggiori costi, non previsti in offerta, dovuti all'adozione di misure di contenimento e prevenzione imposte dall'emergenza epidemiologica Covid-19, stante l'applicabilità dell'art. 8 comma 4, lett. b), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120.

Considerazioni

Al fine di esprimere avviso sulle questioni sottoposte all'attenzione dell'Autorità, sembra opportuno rappresentare, in via preliminare, che sulle concessioni indicate in oggetto l'Anac è già intervenuta in sede consultiva con delibera n. 460 del 9 giugno 2021 e successivamente con delibera n. 203 del 27 aprile 2022. Con la prima pronuncia, emessa su istanza diOMISSIS....., è stata affermata l'inapplicabilità al rapporto concessorio in parola, dell'art. 8, comma 4, lett. a) del d.l. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni), conv. in l.n. 120/2020, come modificato dal d.l. 183/2020, conv in l. n. 21/2021 che, con riguardo ai lavori in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del decreto medesimo, ha previsto l'adozione, per le lavorazioni effettuate alla data del 15 giugno 2021 e anche in deroga alle specifiche clausole contrattuali, di uno stato di avanzamento dei lavori straordinario, nei termini previsti dalla norma, e pagamento effettuato entro i successivi quindici giorni "nei limiti della disponibilità finanziaria della stazione appaltante e compatibilmente con le risorse annuali stanziare per lo specifico intervento cui lo stato di avanzamento dei lavori si riferisce". Con la seconda delibera, invece, emessa su istanza congiunta diOMISSIS..... eOMISSIS....., è stato affermato che «.....OMISSIS....., quale concessionario ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. q) del d.lgs. 50/2016, non può ricorrere all'istituto dell'*in house* ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 50/2016, al fine di procedere alla realizzazione dei lavori oggetto di affidamento in concessione, per mezzo di un consorzio dallo stesso controllato, posto che l'art. 5 citato è specificamente ed esclusivamente riferito alle amministrazioni aggiudicatrici (come definite dall'art. 3, comma 1, lett. a) del Codice) e agli enti aggiudicatori (come descritti all'art. 3, comma 1, lett. d, del Codice). L'art. 192 del d.lgs. 50/2016, richiede inoltre la necessaria iscrizione nell'elenco detenuto dall'Autorità». E' stato quindi chiarito che «Le modifiche alle modalità di esecuzione dei lavori oggetto di affidamento in concessione, devono essere ricondotte nella disciplina dettata dall'art. 175 del d.lgs. 50/2016, in quanto costituenti variazioni ad un contratto in corso di esecuzione; ai sensi dell'art. 175 citato sono ammesse ristrutturazioni societarie, nei limiti indicati dalla norma, con sostituzione del nuovo concessionario a quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione».

Con l'odierna richiesta di parere, invece, la societàOMISSIS..... (concedente) chiede all'Autorità di esprimere avviso in ordine alle istanze economiche avanzate dalla concessionariaOMISSIS....., nei termini descritti nell'istanza medesima e riassunti in premessa, chiarendo se in relazione alle concessioni indicate in oggetto, trovi applicazione l'art. 8 comma 4, lett. b), d.l. 76/2020 conv. in l.n. 120/2020, nonché l'art. 27 del d.l. 50/2022 conv. in l.n. 91/2022.

Al fine di fornire riscontro alle istanze diOMISSIS....., con riguardo al primo quesito relativo alle disposizioni del citato art. 8 comma 4, lett. b), del d.l. semplificazioni, si osserva quanto segue.

Si richiama in primo luogo la norma *de qua* ai sensi della quale «*Con riferimento ai lavori in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del presente decreto: [...] b) sono riconosciuti, a valere sulle somme a disposizione della stazione appaltante indicate nei quadri economici dell'intervento e, ove necessario, utilizzando anche le economie derivanti dai ribassi d'asta, i maggiori costi derivanti dall'adeguamento e dall'integrazione, da parte del coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, del piano di sicurezza e coordinamento, in attuazione delle misure di contenimento di cui agli articoli 1 e 2 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e all'articolo 1 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, e il rimborso di detti oneri avviene in occasione del pagamento del primo stato di avanzamento successivo*

all'approvazione dell'aggiornamento del piano di sicurezza e coordinamento recante la quantificazione degli oneri aggiuntivi; [...]».

La disposizione prevede, quindi, al comma 4, lettera b), il riconoscimento, a valere sulle somme a disposizione della stazione appaltante indicate nei quadri economici dell'intervento e, ove necessario, utilizzando anche le economie derivanti dai ribassi d'asta, dei maggiori costi derivanti dall'adeguamento e dall'integrazione del piano di sicurezza e coordinamento, in attuazione delle misure di contenimento dell'emergenza sanitaria (d.l. 6/2020, conv. in l. n.13/2020 e d.l. 19/2020, conv. in l. n. 35/2020); il rimborso di detti oneri avviene in occasione del pagamento del primo stato di avanzamento successivo all'approvazione dell'aggiornamento del piano di sicurezza e coordinamento recante la quantificazione degli oneri aggiuntivi.

In relazione a tale previsione può richiamarsi l'avviso dell'Autorità espresso nella citata delibera n. 460/2021, nella quale – pur partendo dall'esame delle disposizioni emergenziali contenute nella lett. a), del comma 4, dello stesso art. 8 – è stata esaminata la disciplina dettata dalla norma nel suo complesso, giungendo ad escluderne l'applicabilità ai rapporti concessori, per riconoscerla invece esclusivamente in relazione agli appalti pubblici.

In tale pronuncia, infatti, è stato osservato quanto segue:

- Le previsioni dell'art. 8 del d.l. 76/2020 (recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale"), conv. in l. 120/2020, si collocano – in coerenza con l'avviso espresso dall'Autorità nell'Atto di segnalazione n. 5/2020 – tra quelle dettate al fine di fornire ausilio agli operatori economici nella fase emergenziale conseguente alla pandemia da Covid-19 e far fronte alla carenza di liquidità connessa alla sospensione delle attività di esecuzione degli appalti pubblici.
- Dopo aver illustrato le misure introdotte con l'art. 8, comma 4, lett. a), b) e c), è stato osservato che «la disposizione dell'art. 8, comma 4, sopra richiamata, letta complessivamente, sembra volta a dettare disposizioni speciali in tema di pagamenti degli appalti pubblici, anche in deroga alla disciplina prevista dall'art. 113-bis del Codice e dal d.m. 49/2018, nonché in ordine alle cause di sospensione dei lavori previste dall'art. 107, comma 4 del Codice (...)».
- La *ratio* delle misure disposte dall'art. 8 citato, può evincersi dalla Relazione illustrativa del d.l. semplificazioni, nella quale è stato sottolineato che tale norma «reca disposizioni in materia di contratti pubblici, nell'ottica di dare impulso ad un settore che rappresenta un volano per la nostra economia (...). Trattasi di misure che, in deroga alle previsioni contrattuali, consente di effettuare immediatamente il pagamento delle lavorazioni già realizzate al momento dell'entrata in vigore del decreto. Al contempo, in ragione dell'obbligo degli appaltatori di attenersi alle misure di contenimento di cui agli articoli 1 e 2 del decreto – legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13 e dall'articolo 1 del decreto–legge 25 marzo 2020, n. 19 e meglio specificate nel Protocollo di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID – 19 nei cantieri edili condiviso tra Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, Anas S.p.A., RFI S.p.a., ANCE, Feneal Uil, Filca – CISL e Fillea CGIL, si prevede, alla lettera b) il rimborso dei conseguenti maggiori oneri sopportati dagli appaltatori a valere sulle somme a disposizione della stazione appaltante indicate nei quadri economici dell'intervento di cui all'articolo 16, comma 1, lettera b) del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 e, ove necessario, utilizzando anche le economie derivanti dai ribassi d'asta.(...)». Dunque, la Relazione del d.l. semplificazioni, illustra le misure recate dall'art. 8, comma 4, come complessivamente rivolte agli appalti, senza alcun riferimento esplicito anche alle concessioni.
- In tal senso depone l'esame complessivo della norma la quale, ancorché rechi nella rubrica il generico riferimento ai "*contratti pubblici*", sembra invero riferibile ai soli appalti, in quanto volta a dettare disposizione speciali in tema di pagamenti, di rimborsi e di sospensione delle attività di cantiere, che appaiono dedicate esclusivamente agli appalti pubblici.

- Sotto altro profilo, la disciplina dettata dall'art. 8, comma 4, del d.l. semplificazioni, sembra *non* trovare applicazione alle concessioni anche in virtù delle caratteristiche proprie di tali contratti, come desumibili dagli artt. 3 e 164 e segg. del d.lgs. 50/2016, dalla 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 dalle linee guida n. 9 dell'Autorità. Nella concessione, infatti, 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. Pertanto (come meglio illustrato nella citata delibera n. 460/2021 in relazione a tali profili) 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. 8, comma 4, del d.l. semplificazioni, volto a consentire il recupero di liquidità alle imprese a causa dell'emergenza in corso, quale misura di sostegno per le stesse, non appare applicabile alle concessioni, alla luce della struttura aleatoria delle medesime.
- Quanto sopra sembra trovare riscontro nella Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del 18 novembre 2020, n. 45113, intervenuta sulle disposizioni del d.l. semplificazioni al fine di illustrarne le finalità e i contenuti, nella quale le misure di sostegno previste dall'art. 8, comma 4 del d.l. semplificazioni, sono illustrate nell'ambito delle previsioni dedicate agli appalti pubblici.
- Anche l'Autorità, nel testo scritto del Presidente in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica, del 3 agosto 2020, con riferimento al d.l. 76/2020 e nell'ambito dell'esame delle previsioni dell'art. 8 del d.l. medesimo, quanto alle "Concessioni e PPP", ha affermato, «le misure introdotte nel D.L. in esame riguardano esclusivamente gli appalti e non le concessioni e i PPP, settori in cui i ritardi nell'aggiudicazione incidono in maniera elevata unitamente all'elevata mortalità delle relative procedure. Con riferimento a tale scelta, l'Autorità ribadisce il proprio favore e auspica che la norma venga corretta nel senso di rendere esplicito che dall'ambito di applicazione sono escluse le concessioni e i PPP. (...)».

Alla luce di quanto sopra, l'Autorità ha concluso che l'art. 8, comma 4, lett. a) del d.l. semplificazioni, genericamente riferito nella rubrica ai "contratti pubblici", può prestarsi ad interpretazioni non univoche, tuttavia, la lettura complessiva della norma, sulla base dei chiarimenti contenuti nella Relazione Illustrativa del d.l., nella circolare del MIT e nel documento Anac sopra citati, consente di concludere per l'applicabilità della disposizione *de qua* ai soli contratti di appalto e non anche alle concessioni, tenuto anche conto delle caratteristiche proprie di queste ultime, come sopra sinteticamente illustrate, non coerenti con le misure introdotte dalla medesima disposizione.

Le predette considerazioni, riferite all'art. 8, comma 4, del d.l. 76/2020, nel suo complesso, vista l'analisi da parte dell'Autorità delle misure emergenziali contemplate nelle lettere a), b), c), della norma, valgono quindi anche per la specifica previsione di cui al comma 4, lettera b), la quale – per le motivazioni sopra illustrate – non appare applicabile al rapporto concessorio ma esclusivamente agli appalti pubblici.

In risposta al primo quesito, pertanto, deve osservarsi che l'art. 8, comma 4, lett. b) del d.l. 76/2020, secondo le considerazioni già svolte dall'Autorità in relazione alla precedente istanza di parere formulata dalla societàOMISSIS..... e definita con delibera n. 460/2021, non appare applicabile ai rapporti concessori indicati in oggetto.

Passando ad analizzare il secondo quesito, riferito al riconoscimento in favore del concessionario, dell'incremento del costo dei materiali (rispetto alle previsioni di offerta) dovuti all'evento pandemico da Covid-19, nonché al caro energia derivante dal conflitto in Ucraina, in applicazione dell'art. 27, d.l. n. 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, si osserva quanto segue.

Si richiama preliminarmente la norma citata ai sensi della quale «1. Per fronteggiare, negli anni 2022 e 2023, gli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione nonché dei carburanti e dei prodotti energetici, anche in conseguenza della grave crisi internazionale in atto in Ucraina, i concessionari di cui all'articolo 142, comma 4, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e quelli di cui all'articolo 164, comma 5, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, possono procedere all'aggiornamento del quadro economico o del computo metrico del progetto esecutivo in corso di approvazione o approvato alla data di entrata in vigore del presente decreto e in relazione al quale risultino già espletate le procedure di affidamento ovvero ne sia previsto l'avvio entro il 31 dicembre 2023, utilizzando il prezzario di riferimento più aggiornato».

Il comma 2 aggiunge che «2. Il quadro economico o il computo metrico del progetto, come rideterminato ai sensi del comma 1, è sottoposto all'approvazione del concedente ed è considerato nell'ambito del rapporto concessorio, in conformità alle delibere adottate dall'autorità di regolazione e di vigilanza del settore, ove applicabili. In ogni caso, i maggiori oneri derivanti dall'aggiornamento del quadro economico o del computo metrico del progetto non concorrono alla determinazione della remunerazione del capitale investito netto né rilevano ai fini della durata della concessione».

In relazione a tale disposizione, la Relazione illustrativa del d.l. ha sottolineato (tra l'altro) che la disposizione è stata adottata «al fine di fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione, nonché dei carburanti e dei prodotti energetici, anche in conseguenza della grave crisi internazionale in atto in Ucraina» e che «... l'assenza di idonee misure che mitigino l'effetto di tali incrementi, espone al rischio che le procedure di gara risultino prive di offerte. Al riguardo, si rappresenta che le clausole convenzionali precludono al concessionario la possibilità di procedere all'aggiornamento del quadro economico del progetto esecutivo già approvato o in corso di approvazione da parte del concedente. Per le medesime ragioni il concedente non può utilmente avanzare alcuna richiesta di modifica finalizzata all'aggiornamento del quadro economico. Pertanto, la regolamentazione di tale aspetto in assenza di una esplicita previsione che a ciò autorizzi determinerebbe il rischio di un eventuale contenzioso (...)».

La Relazione Illustrativa del d.l. chiarisce quindi la finalità della disposizione, volta a fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione, nonché dei carburanti e dei prodotti energetici, anche in conseguenza della grave crisi internazionale in atto in Ucraina e chiarisce che si tratta di una norma di carattere eccezionale, prevedendo l'aggiornamento del quadro economico o computo metrico del progetto, anche in deroga alle specifiche previsioni contrattuali che non consentono di procedere in tal senso.

Trattandosi quindi, di una norma di carattere straordinario, in quanto derogatoria alle previsioni delle *lex specialis* e contrattuali, la stessa deve ritenersi soggetta a stretta interpretazione, senza possibilità di procedere all'applicazione della medesima a fattispecie non espressamente ivi previste.

In tal senso, deve evidenziarsi che la disposizione de qua è applicabile esclusivamente alle concessioni di lavori di cui all'art. 142, comma 4, del d.lgs. 163/2006 e di cui all'art. 164, comma 5, del d.lgs. 50/2016.

In particolare, per quanto di interesse ai fini del parere, la norma riguarda – secondo le disposizioni del citato art. 164, comma 5 – i «*concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici*» e che «*per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza della presente Parte nonché le disposizioni*

di cui alle parti I e II in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, non derogate espressamente dalla presente parte».

Preme evidenziare al riguardo (come già osservato nella precedente delibera n.203/2022) che le concessioni in oggetto sono state affidate alla concessionariaOMISSIS..... a seguito di gare pubbliche indette ai sensi degli artt. 4 a 15 del d.lgs. 50/2016 (nonché delle ulteriori disposizioni del Codice richiamate nella *lex specialis* in autovincolo), per la costruzione, manutenzione e gestione della rete passiva a banda ultra larga di proprietà pubblica. A seguito delle procedure di aggiudicazione, svolte ai sensi dell'art. 61 del d.lgs. 50/2016, sono state sottoscritte le relative convenzioni tra le parti.

Come ulteriormente osservato nella pronuncia de qua, *«in relazione a tali concessioni, le disposizioni del Codice dei contratti trovano applicazione esclusivamente in forza del principio dell'autovincolo per il quale ha optato il concedente; diversamente, trattandosi di affidamento relativo ad un settore escluso (ex art. 15) dall'applicazione del Codice dei contratti, lo stesso sarebbe stato soggetto, esclusivamente, al rispetto dei principi di cui all'art. 4 del Codice medesimo, con la conseguenza di poter beneficiare anche il concessionario di un regime molto più alleggerito in ordine ai propri affidamenti».*

Si tratta quindi di concessioni escluse dall'ambito di applicazione del Codice, in quanto ricadenti nella disciplina di cui agli artt. 4 e 15 dello stesso d.lgs. 50/2016, ferma restando l'applicabilità delle previsioni del Codice espressamente richiamate nella *lex specialis* e nel contratto.

E tuttavia, al riguardo deve registrarsi un intervento del legislatore successivo alle delibere adottate dall'Autorità in sede consultiva sulle concessioni in oggetto e citate in premessa.

Ci si riferisce in particolare al d.l. 36/2022 (recante "*Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*"), conv. in l.n. 79/2022, il quale ha stabilito espressamente all'art. 32 (*Misure per la realizzazione degli obiettivi di transizione digitale fissati dal Piano nazionale di ripresa e resilienza e per il rafforzamento dei servizi digitali*), comma 1, lett. c-quater) che «al fine di favorire maggiore efficienza e celerità nella realizzazione di reti di telecomunicazioni, nonché di assicurare la piena e corretta applicazione dell'articolo 8 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, e dell'articolo 11 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, i contratti e le concessioni di cui all'articolo 15 del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono integralmente esclusi dall'applicazione delle disposizioni contenute nel medesimo codice e, conseguentemente, non trovano applicazione le disposizioni eventualmente incompatibili contenute in provvedimenti, contratti e atti di qualunque natura. I soggetti titolari dei contratti o delle concessioni di cui al periodo precedente, affidati con procedure di gara, e in possesso dei requisiti necessari, nell'esercizio della loro autonomia organizzativa e decisionale, assicurano l'applicazione di criteri di semplificazione, efficacia, trasparenza, non discriminazione e tutela dell'ambiente, tenuto conto del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione delle reti di telecomunicazioni».

La norma stabilisce, quindi, per le concessioni di cui all'art. 15 del Codice, già affidate e contrattualizzate, quindi in corso di esecuzione, tra le quali rientrano quelle indicate in oggetto, l'integrale esclusione dell'applicazione del d.lgs. 50/2016.

Per effetto della norma speciale sopra richiamata, quindi, i concessionari operanti nel settore di cui al citato art. 15 del d.lgs. 50/2016, anche in deroga a specifiche previsioni contrattuali, non sono tenuti al rispetto del Codice per la realizzazione delle opere oggetto di affidamento, potendo operare in piena autonomia, pur assicurando il rispetto dei criteri di semplificazione, efficacia, trasparenza, non discriminazione e tutela dell'ambiente.

Per quanto sopra, l'integrale esclusione dell'applicazione del d.lgs. 50/2016 determina l'inapplicabilità alle concessioni in parola anche della speciale previsione dettata dall'art. 27 del d.l. 50/2022, trattandosi di misura rivolta esclusivamente ai concessionari di lavori di cui all'art. 142, comma 4, del d.lgs. 163/2006 e di

cui all'art. 164, comma 5, del d.lgs. 50/2016, dunque ai concessionari tenuti al rispetto del Codice per la realizzazione delle opere ad essi affidate in regime di concessione, nei termini indicati delle norme stesse. Non vale a sostenere il contrario, quanto affermato dal concessionarioOMISSIS..... nella memoria trasmessa all'Autorità, secondo la quale l'applicabilità dell'art. 27 del d.l. 50/2022 alle concessioni in parola, deriverebbe dal richiamo all'art. 164 del d.lgs. 50/2016, contenuto nell'art. 7.7. delle relative convenzioni. A tal riguardo, oltre a quanto sopra sottolineato in ordine alle previsioni dell'art. 32, comma 1, lett. c-quater) del d.l. 36/2022, si osserva in ogni caso che l'art. 7.7. della convenzione stabilisce che «(...) *Ai sensi dell'art. 164 del Codice la selezione degli esecutori dei lavori dovrà avvenire mediante procedura ad evidenza pubblica e nel rispetto dei principi di scelta del contraente, applicabili ai concessionari di opere pubbliche*». Dunque tale previsione non stabilisce l'applicabilità del d.lgs. 50/2016 al concessionario nei termini indicati dall'art. 164, comma 5 del Codice (sopra riportato), ma pur richiamando la disposizione dell'art. 164, rinvia al rispetto dei (soli) principi di scelta del contraente.

Tale previsione, peraltro letta alla luce della speciale deroga introdotta dal citato art. 32, comma 1, lett. c-quater) del d.l. 36/2022 per le concessioni di cui all'art. 15 del Codice, non vale quindi a consentire l'applicabilità dell'art. art. 27 del d.l. 50/2022 alle concessioni in oggetto, nel senso sopra illustrato.

Conseguentemente, in risposta al secondo quesito sollevato daOMISSIS....., si conclude per l'inapplicabilità alle predette concessioni della speciale misura prevista dall'art. 27 del d.l. 50/2022 conv. in l.n. 91/2022, riferita esclusivamente alle concessioni di lavori di cui all'art. 142, comma 4, del d.lgs. 163/2006 e di cui all'art. 164, comma 5, del d.lgs. 50/2016, quindi concessionari di lavori pubblici tenuti all'osservanza del Codice.

* * *

Sembra opportuno aggiungere a quanto sopra alcune considerazioni di carattere generale sul rapporto concessorio.

Nell'ambito di tale rapporto gli eventi di forza maggiore che possono incidere sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, trovano una specifica definizione nelle convenzioni stipulate tra le parti, come evidenziato 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*" (approvato dall'Anac con delibera 1116/2020 e dalla Ragioneria generale dello Stato con det. n.1/2021).

Nel predetto documento (e nel Contratto standard PPP) sono state fornite utili indicazioni in ordine alla revisione del PEF ed è stato altresì osservato che «affinché un evento possa essere riconosciuto ai fini della forza maggiore deve presentare caratteri di eccezionalità (in termini di intensità, durata, probabilità/tempo di ritorno, ecc.) più gravosi rispetto a quelli normativamente previsti nell'ambito di una corretta progettazione e costruzione. Inoltre, deve necessariamente configurarsi come: a) imprevedibile e inevitabile; b) derivante da una causa esterna autonoma rispetto alla condotta delle Parti e da sola sufficiente a farlo verificare; c) indiscutibilmente scollegato dalla responsabilità del Concessionario, che deve aver messo in atto tutti gli accorgimenti atti ad evitare o contenere l'evento; d) impattante in maniera significativa sull'asset e/o sul servizio. Tra gli eventi di forza maggiore non è possibile considerare gli shock di natura economica e finanziaria, anche se imprevedibili, in linea con la guida EPEC-Eurostat, paragrafo 6.1.3, che escludono espressamente i cambiamenti nelle condizioni macroeconomiche dalla definizione di forza maggiore. Il rispetto delle condizioni esposte è necessario ad escludere il rischio di un'alta criticità nel trattamento statistico dell'Operazione, vale a dire della riclassificazione on-balance della stessa. Il Contratto disciplina le cause di forza maggiore prevedendo un obbligo, a carico della Parte che non può adempiere le prestazioni pattuite in quanto la prestazione è divenuta impossibile, anche solo temporaneamente, di darne immediata comunicazione alla controparte, descrivendo le cause che hanno determinato l'evento, gli effetti

prodotti e i rimedi che intende attivare». Quindi, «il singolo evento deve configurarsi come eccezionale in concreto con riferimento a criteri oggettivi di definizione».

In relazione a quanto sopra, nel documento citato è stato ulteriormente evidenziato che ai sensi del Codice «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. (...) 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'allocatione dei rischi. Il riequilibrio deve servire per riequilibrare (riportare) il PEF alla situazione antecedente all'evento. (...)».

Anche il d.lgs. 50/2016, così come il d.lgs. 36/2023, con riguardo alle concessioni disciplinate da tali fonti normative, contemplano la possibilità di procedere ad una revisione del piano economico-finanziario in presenza di fatti non riconducibili al concessionario e che incidono sull'equilibrio del PEF (art. 165, comma 8 d.lgs. 50/2016 e art. 192 d.lgs. 36/2023).

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») 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. 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.

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.

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 oltre

all'ordine contrattuale civilistico, 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 è legata al verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario e specificamente indicati nel contratto, in grado di incidere sull'equilibrio del PEF.

È dunque rimessa alla stazione appaltante ogni valutazione in ordine alla sussistenza, nella singola fattispecie, delle condizioni legittimanti la revisione del PEF, sulla base delle previsioni contrattuali, nella parte in cui disciplinano i casi in cui è consentito procedere alla revisione del predetto documento.

In relazione a quanto sopra si osserva conclusivamente che in ordine alle concessioni indicate in oggetto – pur escluse dall'ambito di applicazione del d.lgs. 50/2016 nei termini sopra descritti – le indicazioni riportate nei documenti richiamati in tema di PPP, possono costituire un valido ausilio e indirizzo per il concedente, ai fini dell'eventuale revisione dei PEF relativi alle concessioni medesime.

Per quanto sopra

Il Consiglio

Ritiene che:

- le speciali previsioni contenute nell'art. 8, comma 4, lett. b), d.l. 76/202 (conv. in l.n. 120/2020) e nell'art. 27 del d.l. 50/2022 (conv. in l.n. 91/2022), non trovano applicazione alle concessioni in oggetto tenuto anche conto delle caratteristiche proprie dei contratti di concessione che consentono più ampi margini di negoziazione alle parti, rispetto alla maggiore rigidità dei contratti di appalto;
- anche alla luce del più recente orientamento giurisprudenziale (Cons. St. n. 7200/2023), al verificarsi di eventi imprevedibili e non imputabili al concessionario, tali da alterare l'equilibrio economico finanziario del contratto di concessione, è ammessa la possibilità di trattative per la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. Tali trattative hanno comunque il vincolo di non alterare la ripartizione dei rischi alla base dell'equilibrio contrattuale ed essendo sempre volte alla migliore soddisfazione dell'interesse pubblico, devono tenere in adeguata considerazione anche eventuali responsabilità del concessionario (es. ritardi);
- è rimessa alle parti la verifica in concreto dei contenuti delle specifiche convenzioni che regolano le concessioni in oggetto, al fine di stabilire se le stesse consentano, nel caso di specie, la revisione nei termini sopra indicati.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24/01/2024

Il Segretario verbalizzante Valentina Angelucci

Firmato digitalmente