



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Partenariato pubblico-privato mediante locazione finanziaria di opera pubblica, ex art. 3 comma 1 lett. eee) e lett. ggg), art. 180 e art. 187 del d.lgs. 50/2016 per la progettazione definitiva ed esecutiva, il finanziamento, la realizzazione del nuovo Polo Scientifico Universitario nel .....OMISSIS....., inclusa la fornitura degli arredi e il suo mantenimento in efficienza per 20 anni – artt. 26 e 27 d.l. 50/2022- richiesta di parere.

UPREC-CONS-0083-2024-FC

**FUNZ CONS 32/2024**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 29 aprile 2024, acquisita al prot. Aut. n. 50479, 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 17 giugno 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.

La richiesta di parere riguarda il contratto di partenariato pubblico-privato indicato in oggetto, stipulato in data 10 ottobre 2019 (quindi disciplinato dal d.lgs. 50/2016), attualmente in corso di esecuzione e in relazione al quale, in data 29 aprile 2022, l’impresa affidataria ha avanzato formale richiesta di applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 26 e 27 del d.l. 50/2022, conv. con l.n. 91/2022. Con riguardo a tale istanza, l’Università chiede all’Autorità di esprimere avviso in ordine all’applicabilità ai contratti di partenariato pubblico-privato mediante locazione finanziaria, delle previsioni sopra citate, indicando altresì le concrete modalità attuative delle stesse.

Con riferimento al quesito posto, può osservarsi preliminarmente che secondo il consolidato indirizzo dell’Autorità, «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. 59/2023; in termini 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).

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 al citato art. 106, comma 1, lett. a) (in particolare art. 1-*septies* del d.l. 73/2021 conv. in l.n.106/2021, art. 26 del d.l. 50/2022 conv. in l.n. 91/2022 e art. 29 del d.l. 4/2022 conv. in l.n. 25/2022; sul tema *ex multis* pareri Funz Cons 59/2023 e 26/2023).

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 dei materiali da costruzione, basato sull'aggiornamento infrannuale dei prezzari regionali (comma 2 dell'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*" e con riguardo alle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori ovvero annotate, sotto la responsabilità dello stesso, nel libretto delle misure dal 1° gennaio 2022 fino al 31 dicembre 2022.

Inizialmente l'applicazione della disposizione è stata limitata dal legislatore ai soli appalti di lavori e non anche alle concessioni. Successivamente l'art. 26 del d.l. 50/2022 ha subito alcune modifiche per effetto, in particolare, della l. n. 19/2022 e del d.l. 13/2023 conv. in l.n. 41/2023, pertanto, nella norma sono stati aggiunti i commi 6-bis e 6-ter per estenderne l'applicazione anche ai casi ivi previsti (parere Funz Cons 59/2023).

Per quanto di interesse ai fini del parere, il comma 6-ter dell'art. 26 del d.l.50/2022, prevede 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 stata infine aggiunta la possibilità per le concessioni di lavori di accedere al 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».

Dunque, la speciale misura di adeguamento dei prezzi disciplinata dall'art. 26, del d.l. 50/2022 trova applicazione agli appalti pubblici di lavori aggiudicati sulla base di offerte con termine finale di presentazione entro il 31 dicembre 2021 (commi 1 e 6-bis) o compreso tra il 1° gennaio 2022 e il 30 giugno 2023 (comma 6-ter), con riferimento alle lavorazioni contabilizzate nei periodi indicati dalle disposizioni medesime, nonché alle concessioni di lavori in cui è parte una pubblica amministrazione, stipulate in un termine compreso tra il 1° gennaio 2022 ed il 30 giugno 2023 (secondo le previsioni del comma 6-ter).

Occorre aggiungere a quanto sopra che la disposizione in esame, quale norma di carattere straordinario (vista la *ratio* sottesa alla stessa) e che introduce misure di adeguamento dei prezzi derogatorie rispetto alle previsioni della *lex specialis* e del contratto, deve ritenersi di stretta interpretazione, dunque non applicabile oltre i casi specificamente indicati dalla medesima.

Analoghe osservazioni valgono per le disposizioni dell'art. 27 dello stesso d.l. 50/2022 conv. in l.n. 91/2022, sul quale verte il secondo quesito.

La norma citata dispone che «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 «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».

La Relazione Illustrativa del d.l. chiarisce la finalità della disposizione richiamata, affermando che la stessa è 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 afferma 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.

La disposizione *de qua* è applicabile alle concessioni di lavori pubblici 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*».

Secondo l'interpretazione del giudice amministrativo, «dal punto di vista meramente letterale, i soggetti individuati da tale norma, sono "i concessionari di lavori pubblici", e non invece "gli appalti di lavori affidati a terzi", che rappresentano un'attività posta in essere dagli stessi. Lo stesso art. 27 cit. contiene del resto distinte previsioni applicabili ai "concessionari" (c. 1 e 2), o ai "contratti di appalti di lavori" (c. 2 bis)» (TAR Lombardia, n. 2407/2023).

Anche l'art. 27 del d.l. 50/2022, così come l'art. 26 dello stesso d.l., è una norma di carattere straordinario, viste le finalità sottese alla sua adozione e determinando una deroga alle previsioni delle *lex specialis* e contrattuali in essere, pertanto in quanto tale, la stessa deve ritenersi soggetta a stretta interpretazione, senza possibilità quindi di procedere all'applicazione della medesima a fattispecie non espressamente ivi previste (parere AG6/2023).

Per quanto sopra, in risposta ai quesiti sollevati nell'istanza di parere, non può che confermarsi che le speciali previsioni nell'art. 26 e 27 del d.l. 50/2022, quali norme di carattere straordinario, soggette a stretta interpretazione, sono applicabili esclusivamente ai casi ivi previsti e disciplinati e che tra tali casi non è espressamente contemplato lo schema negoziale della locazione finanziaria di opere pubbliche di cui all'art. 187 del d.lgs. 50/2016.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette dunque a codesta Amministrazione 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