

**Infrastrutture Lombarde
c.a. Ing. Antonio Giulio Rognoni**

Concessioni Autostradali Lombarde S.p.a.

Autostrada Pedemontana Lombarda S.p.A.

A.n.a.s.

Condirezione Generale Amministrazione Finanza e Commerciale

**Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti
Struttura Tecnica di Missione**

CIPE -

Presidenza del Consiglio dei Ministri

**Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della
Politica Economica**

Ufficio Investimenti di Rete e Servizi di Pubblica Utilità

AG 39/2012

06/03/2013

Oggetto: richiesta di parere ai sensi del Regolamento sulla istruttoria dei quesiti giuridici - Infrastrutture Lombarde S.p.a. - Autostrada pedemontana - Concessione di costruzione e gestione - Possibilità di rimodulazione del Piano Economico Finanziario della Concessione

In relazione alla richiesta di parere in oggetto, si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, nella seduta del 6 marzo 2013, ha approvato le seguenti considerazioni.

Con nota acquisita al prot. gen. n. 88248 in data 13 settembre 2012, la Infrastrutture Lombarde S.p.a., società interamente partecipata dalla Regione Lombardia, ha sottoposto all'Autorità una richiesta di parere concernente l'ammissibilità, ai sensi della disciplina dei contratti pubblici, di una rimodulazione della erogazione dei fondi pubblici da corrispondersi al concessionario nell'ambito della concessione di costruzione e gestione della c.d. Autostrada Pedemontana Lombarda.

Analoga richiesta è pervenuta al prot. gen. n. 108978 del 13/11/2012 da parte della Concessioni Autostradali Lombarde S.p.a. (CAL), partecipata da ANAS e da Infrastrutture Lombarde S.p.a., soggetto concedente (la concessionaria è la società Autostrada Pedemontana Lombarda S.p.a.).

In particolare, gli Istanti hanno rappresentato che la grave congiuntura economica nazionale, intervenuta successivamente alla data di stipula della Convenzione Unica di concessione, avrebbe reso eccessivamente oneroso il conseguimento, da parte della concessionaria, dei necessari finanziamenti ed anche dell'attivazione del prefinanziamento da parte del General Contractor incaricato dalla concessionaria stessa (società Pedelombarda S.c.p.a.).

Tenuto, dunque, conto dei fondamentali interessi pubblici sottesi alla realizzazione dell'opera de qua, si è chiesto se "se sia legittimo modulare diversamente da quanto contrattualmente previsto le modalità di erogazione del contributo pubblico ... anche mediante anticipazione e/o incremento della percentuale di erogazione dello stesso, ovvero incremento del contributo pubblico destinato all'intervento (qualora disponibili risorse finanziarie aggiuntive), avendo riguardo a che tali modifiche non comportino rendimenti maggiori e/o vantaggi economici per gli operatori economici interessati, rispetto a quanto originariamente previsto dalle convenzioni" (nota Infrastrutture Lombarde prot. gen. del 13 settembre 2012, cit.).

L'Autorità ha dunque avviato il procedimento di trattazione del parere richiesto, comunicando tale avvio, oltre che agli Istanti, all'Anas, all'Autostrada Pedemontana Lombarda S.p.a., al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ed al Comitato interministeriale per la Programmazione Economica, chiedendo ai medesimi soggetti di voler fornire ogni elemento utile a definire la complessa fattispecie in esame. Risultano intervenuti nel procedimento: il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Dip. per le Infrastrutture, gli Affari Generali ed il Personale, che con nota acquisita al

prot. gen. n. 118551 del 7 dicembre 2012 ha rappresentato di aver inoltrato per competenza la comunicazione dell'Autorità alla c.d. Struttura Tecnica di Missione, cui è attribuita attività di monitoraggio dell'opera; la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dip. per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica, con nota acquisita al prot. gen. n. 124229 del 28/12/2012.

Quest'ultima, in particolare, ha rilevato che il contributo pubblico va erogato solo a fronte di costi effettivamente sostenuti e che solo una modifica espressa della formulazione del PEF, da porre in essere nelle forme prescritte dalla legge, potrebbe consentire un diverso modo di erogazione di tale contributo; la modifica dell'erogazione del finanziamento pubblico andrebbe infatti a riguardare direttamente il PEF, che verrebbe "rimodulato con l'eventuale anticipo" e che, dunque, andrebbe rivisto e approvato dal CIPE.

Infine, la Presidenza ha evidenziato che "l'anticipo della contribuzione pubblica, in assenza di financial closing, espone la pubblica amministrazione al rischio di parziale realizzazione dell'opera".

La complessa questione sottoposta all'Autorità richiede in sostanza di vagliare se sia possibile, sotto il profilo della legittimità, operare una variazione al piano economico-finanziario delle concessioni di lavori, in caso di sensibili variazioni delle condizioni economiche del mercato, al fine di ristabilire l'equilibrio economico finanziario degli investimenti del concessionario e, dunque, la sostenibilità dell'intrapresa economica. Come noto, l'elemento differenziale ed essenziale di una concessione di lavori rispetto all'appalto consiste nella assenza di corrispettivo, atteso che è previsto che il concessionario ritragga il suo utile dallo sfruttamento economico e dalla gestione dell'opera. La controprestazione a favore del concessionario consiste, infatti, nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente l'opera oggetto della concessione. In conseguenza di questa sostanziale differenza, è chiaro alla giurisprudenza che nelle concessioni di lavori "l'onere di valutare la convenienza economica dell'operazione ricade in primo luogo sul concessionario, al quale spetta accertare se i costi siano adeguatamente coperti dai ricavi ragionevolmente prevedibili. In altri termini, il rapporto di concessione di lavori pubblici coinvolge una stazione appaltante ed un imprenditore il quale, in quanto tale, sopporta il rischio economico dell'operazione in vista del conseguimento, necessariamente non garantito, di un utile patrimoniale adeguato, mentre la stazione appaltante agisce in vista del conseguimento di un utile non patrimoniale, consistente nell'incremento dei servizi a favore della collettività" (Cons. Stato Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3474; cfr. anche Commissione europea, Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, 2000/C121/02 del 29 maggio 2000). La caratteristica dunque dirimente tra concessione e appalto consiste nella diversa allocazione dei rischi (in argomento, ampiamente, determinazione AVCP n. 2 del 2010).

Fermo restando, dunque, che l'allocazione del rischio debba permanere sull'operatore economico, si osserva come l'art. 143, comma 8, del Codice appalti ammetta la possibilità di apportare variazioni al piano economico - finanziario della concessione, prevedendo 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 dalla stazione appaltante a detti presupposti o condizioni di base, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, quando determinano 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. In mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dal contratto. Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente".

La norma, pertanto, pur non prevedendo una assoluta cristallizzazione del PEF, ne ammette una possibile revisione solo al ricorrere di due fattispecie: a) variazioni apportate dalla stazione appaltante, mediante modalità di revisione stabilite nel contratto di concessione, secondo quanto indicato anche dall'Autorità nella determinazione n. 2/2010; b) variazioni necessarie a seguito di nuove norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività oggetto della concessione.

La "grave congiuntura economica nazionale" invocata dagli istanti non può quindi ritenersi rientrare in nessuna delle due fattispecie sopra enunciate e stabilite dal Codice dei contratti.

Tuttavia, oltre a quanto stabilito dal Codice degli Appalti, occorre anche considerare

quanto previsto dal diritto civile (cfr. art. 2, comma 4, D.Lgs. 163/2006), con particolare riferimento al caso di eventi straordinari sopraggiunti alla conclusione del contratto. Ora, secondo gli ordinari canoni ermeneutici mutuati dal diritto civile, l'evento straordinario deve essere imprevedibile al momento della conclusione del contratto e non dovuto a colpa della parte che lo invoca; deve essere oggettivo, cioè deve impedire oggettivamente la normale prosecuzione del progetto secondo il piano stabilito, senza che vi rientrino le vicende soggettive del debitore; l'evento, infine, deve essere imprevedibile con tutta l'ordinaria diligenza, intesa qui non come quella del buon padre di famiglia, ma come quella professionale e più qualificata di cui all'art. 1176, comma 2, cod. civ.

In effetti, la categoria civilistica che più si attaglia al caso in esame, secondo quanto prospettato dall'istante, appare quella della "eccessiva onerosità sopravvenuta" (rif. art. 1467 cod. civ.), per la quale valgono, peraltro, le medesime considerazioni appena esposte circa il carattere sopravvenuto, oggettivamente straordinario e soggettivamente imprevedibile dell'evento (ex multis, Cass. Civ. n. 2661/2001); sono questi i termini in cui la giurisprudenza civile riconduce, ad esempio, l'incidenza della stessa svalutazione monetaria (ex multis, Cass. Civ., 3464/1982 e 7145/1995).

Pertanto, sebbene non si possa del tutto escludere l'incidenza del fattore crisi economica, allo stesso tempo essa deve essere considerata per quelli che sono i suoi obiettivi effetti sulle fattispecie giuridiche esistenti, fermo restando l'obbligo di verifica da parte delle stazioni appaltanti che lo squilibrio del piano non dipenda invece in alcun modo da inadempimento della controparte.

Occorrerà quindi valutare, in simili casi, sino a che punto la causa della situazione di difficoltà nell'attuazione del piano dipenda unicamente da eventi oggettivi ed estranei al concessionario (es. crisi economica nazionale), contenendo le eventuali modifiche in questi limiti.

Nella suddetta valutazione, appare altresì necessario rispettare la natura degli istituti giuridici coinvolti, con particolare riguardo all'elemento caratterizzante la concessione e l'affidamento a contraente generale, che si estrinseca nell'assunzione del rischio economico, ferma restando la coltivazione del primario interesse pubblico alla globale realizzazione dell'opera che non può venir compromesso da modifiche alle originarie condizioni contrattuali.

Occorre, in particolare, evitare che un maggiore afflusso di risorse pubbliche in questa fase, a totale invariato di finanziamento pubblico, pur avendo come indubbio vantaggio quello di consentire la prosecuzione di un'opera di interesse generale, comporti serie difficoltà nel completamento dell'opera in una fase più avanzata, fase per la quale, a finanziamento pubblico invariato, sarebbe dunque necessario che il concessionario garantisca le risorse necessarie; si condivide, in tal senso, la preoccupazione esposta dalla Presidenza del Consiglio intervenuta nel procedimento e sopra riportata.

dott.ssa Maria Luisa Chimenti