

Il Sole
24 ORE

Edilizia e Territorio

www.ediliziaterritorio.ilsole24ore.com

DOSSIER ON LINE NUMERO 3 MARZO 2014

DIRETTIVA CONCESSIONI

Le nuove norme europee:
approfondimenti e testo





COMMENTI

INTRODUZIONE PAGINA 5

Rischio operativo sempre al privato, durata breve, casi di risoluzione, calcolo del valore: l'ABC della direttiva

DI CLAUDIO GUCCIONE

IL VALORE PAGINA 10

Per stimare il valore da porre in gara conta il fatturato totale: nuovo metodo applicabile anche prima del recepimento

DI PASQUALE MARASCO E MASSIMO RICCHI

I RISCHI PAGINA 15

«Rischio operativo» senza rete, al privato non può essere garantito il recupero degli investimenti

DI MASSIMO RICCHI

RISCHIO OPERATIVO PAGINA 20

Rischio operativo, con le nuove regole vita più difficile ai project financing italiani, specie quelli con canone della Pa

DI VERONICA VECCHI

GARA PAGINA 25

Quando un'offerta è super-innovativa la Pa può fermare la gara e poi riavviarla con un nuovo mix di criteri

DI SERGIO FIDANZIA E ANGELO GIGLIOLA

GESTIONE PAGINA 28

Modifica delle concessioni, ampie le «circostanze imprevedibili» che possono giustificare un cambio

DI CLAUDIO GUCCIONE

COOP SOCIALI PAGINA 32

È rivoluzione per le concessioni: mani più libere alle coop sociali. Effetto semplificazione sui lavori

DI PAOLO MICHARA

INTERVENTO PAGINA 36

Quattro proposte per rilanciare il Ppp: unità tecnica più forte, fondo equity, codice normativo, tecnici certificati

DI VERONICA VECCHI, GUIDO CORBETTA, STEFANO CASELLI E MARCO AIROLDI

LE NORME

La direttiva Ue sulle concessioni da recepire entro il 18 aprile 2016. Non si applica ai contratti in corso	Pagina 42
Regole nazionali ancora in vigore per due anni: gli articoli da 142 a 160-ter del codice appalti.....	Pagina 84



edilizia@ilssole24ore.com

GRUPPO 24 ORE

SETTIMANALE
DI MERCATI & PROGETTI,
NORME, APPALTI

Direttore responsabile:
ROBERTO NAPOLETANO

Vicedirettore:
GIORGIO SANTILLI

Proprietario ed Editore:
Il Sole 24-Ore S.p.A.

Presidente:
Benito Benedini
Amministratore Delegato:
Donatella Treu

A cura di:

Alessandro Arona
a.arona@ilssole24ore.com
0630227602
Massimo Frontera
m.frontera@ilssole24ore.com
0630227664
Alessandro Lerbini
a.lerbini@ilssole24ore.com
0630227618
Mauro Salerno
m.salerno@ilssole24ore.com
0630227659
Alessia Tripodi
a.tripodi@ilssole24ore.com
0630227668

In redazione:

Massimo Agostini; Alessandro Arona; Marzio Bartoloni; Annamaria Capparelli; Paolo Del Bufalo; Giorgio dell'Orefice; Ernesto Diffidenti; Massimo Frontera; Luigi Illiano; Barbara Gobbi; Flavia Landolfi; Alessandro Lerbini; Vincenza Loddio; Rosanna Magnano; Silvia Marzialetti; Bianca Lucia Mazzei; Mauro Salerno; Manuela Perrone; Morena Pivetti; Alessio Romeo Lironcurti; Sara Todaro; Alessia Tripodi; Valeria Uva

Registrazione Tribunale di Avezzano n. 124 del 25 luglio 1996
Sede legale: Via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano

Amministrazione: Via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano

Direzione, redazione: Piazza dell'Indipendenza, 23 B, C - 00185 Roma - Tel. 0630227632 - Fax 0630227649

Il Sole 24-Ore S.p.A. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questo periodico può essere riprodotta con mezzi grafici e meccanici quali la fotocopione e la registrazione. Manoscritti e fotografie su qualsiasi supporto veicolati, anche se non pubblicati, non si restituiscono.

Servizio Clienti Periodici: Via Tiburtina Valeria (S.S. n. 5) km 68,700 - 67061 Carsoli (AQ). Tel. 06 oppure 023022.5680 - Fax 063022.5400 oppure 023022.5400.

Abbonamento annuale (Italia): Edilizia e Territorio solo digitale euro 199,99; Edilizia e Territorio (settimanale + CD-Rom delle annate): euro 208,00; per conoscere le altre tipologie di abbonamento ed eventuali offerte promozionali, contatti il Servizio Clienti (tel. 02.3022.5680 oppure 06.3022.5680; mail: servizioclienti.periodici@ilssole24ore.com).

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti telefonando direttamente e inviando l'importo tramite assegno non trasferibile intestato a: Il Sole 24 ORE S.p.A., oppure inviando la fotocopia della ricevuta del pagamento sul c.c.p. n. 31481203. La ricevuta di pagamento può essere inviata anche via fax allo 02.3022.5406 oppure allo 06.3022.5406.

Per abbonarsi via internet consultare il sito www.shopping24.it

Arretrati e numeri singoli: 5,16 comprensive di spese di spedizione. I numeri non pervenuti potranno essere richiesti via fax al nr. 02-06/30225402; 02-06/30225406 o via email a servizioclienti.periodici@ilssole24ore.com entro due mesi dall'uscita del numero stesso.

Pubblicità: Il Sole 24 ORE Editoria Specializzata srl - Via Goito 13 - 40126 Bologna - Tel.: 051/65751

Tariffe pubblicità: Tabloid: pagina intera b/n 4.110,00, colore 6.030,00; Junior Page b/n 2.470,00, colore 3.450,00; Mezza Pagina b/n 2.080,00, colore 3.020,00; Fascicolo: seconda di copertina 7.670,00+iva, terza di copertina 6.570,00+iva; quarta di copertina 8.760,00+iva; quartino centrale 11.370,00+iva.

Stampa: Il Sole 24-ORE S.p.A. - Via Tiburtina Valeria (S.S. n. 5) km 68,700 - 67061 Carsoli



COMMENTI

Regole uniformi in Europa per favorire le concessioni

Approvata per la prima volta una direttiva comunitaria in materia di concessioni, con lo scopo di aprire i mercati della costruzione e del finanziamento di infrastrutture in project financing. Tra le novità: più rischi al privato, più gare soggette alle norme Ue, regole per le modifiche

Commenti da pagina

5



Rischio operativo sempre al privato, durata breve, casi di risoluzione, calcolo del valore: l'ABC della direttiva

Dopo due anni di discussione il 15 gennaio e 12 febbraio scorsi il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione hanno approvato la prima direttiva interamente dedicata alle concessioni (sono escluse quelle demaniali) – Testo uscito in «Gazzetta» il 28 marzo e da recepire con legge nazionale entro il 18 aprile 2016

DI CLAUDIO GUCCIONE



Dopo oltre due anni di discussioni dalla prima proposta, lo scorso 15 gennaio 2014 il Parlamento europeo e il 12 febbraio il Consiglio dell'Unione hanno approvato il testo delle nuove direttive in materia di contratti pubblici, le quali entreranno in vigore 20 giorni dopo la pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* dell'Unione europea. Il pacchetto normativo approvato è composto di tre direttive:

- la direttiva in materia di appalti pubblici nei settori ordinari (sostitutiva della direttiva 2004/18/Ce);

- la direttiva in materia di appalti pubblici nei settori speciali (sostitutiva della direttiva 2004/17/Ce);

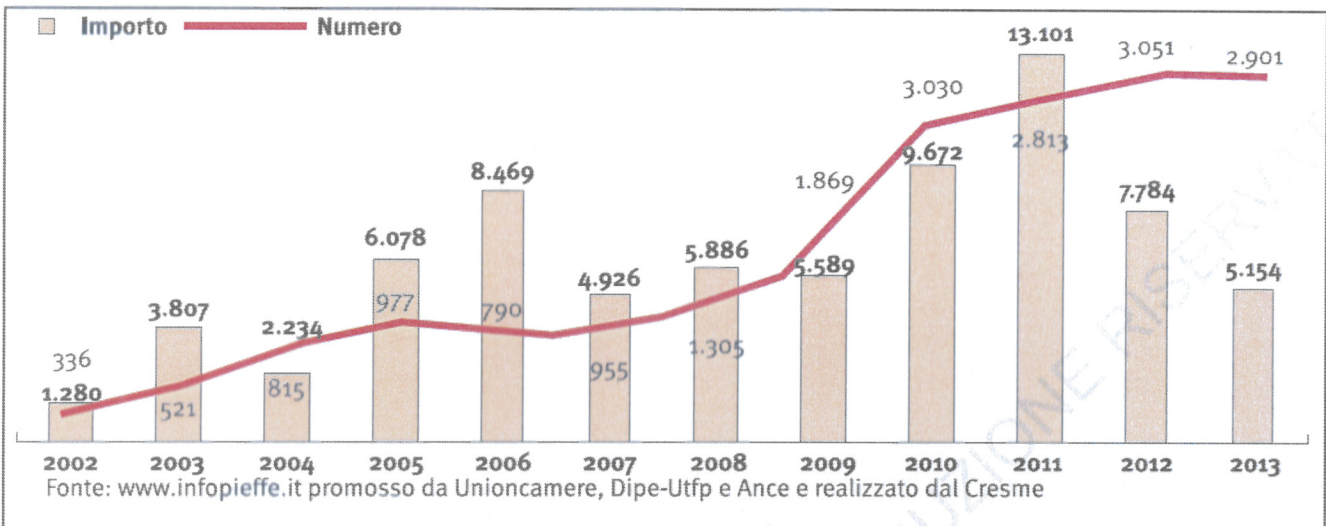
- la direttiva in materia di concessioni.

Per quanto riguarda la **“direttiva concessioni”**, è la prima volta che l'Unione Europea ha compiutamente disciplinato i contratti di concessione, ivi inclusa la concessione di servizi sinora esclusa dall'ambito di applicazione delle direttive comunitarie e soggetta al solo rispetto dei principi comunitari.

Nel prosieguo, dunque, si segnaleranno le principali novità introdotte dalla direttiva, alcune delle

PPP, LE GARE 2002-2013

Importo (in milioni di euro) e numero di gare pubbliche di Ppp



quali saranno oggetto di specifico approfondimento nel dossier.

PRINCIPI ISPIRATORI DELLA DIRETTIVA

In primo luogo, deve evidenziarsi che la decisione di disciplinare anche l'intero ambito delle concessioni con una normativa specifica è stata dettata dall'esigenza di avere un quadro giuridico armonizzato in tutta l'Unione europea, il che consentirebbe di fornire maggiore certezza giuridica agli operatori economici e costituirebbe uno strumento per aprire maggiormente i mercati internazionali degli appalti pubblici e rafforzare gli scambi commerciali mondiali. Proprio a tale scopo è stata adottata la nuova direttiva, per evitare il rischio di mancanza di certezza giuridica dovuto a interpretazioni divergenti dei principi del Trattato da parte dei singoli Stati membri e profonde disparità tra le legislazioni nazionali: secondo il legislatore comunitario, infatti, tale rischio è stato nel tempo ampiamente confermato dalla copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia, che tuttavia ha potuto affrontare solo aspetti specifici e parziali dei contratti di concessione.

Secondo la direttiva, le norme in materia di concessioni dovrebbero essere chiare e semplici, tenere in debito conto la specificità delle concessioni rispetto agli appalti e non comportare eccessivi oneri burocratici, anche al fine di migliorare le possibilità di accesso delle piccole-medie imprese al mercato delle concessioni nell'Unione europea.

In ogni caso, la direttiva riafferma espressamente il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere autonomamente e senza vincoli le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione dei lavori e la fornitura dei servizi:

dunque, la normativa comunitaria non potrà in alcun modo incidere sulla libertà dei singoli Stati e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o forniture o servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tali prestazioni delegandole a terzi. Allo stesso modo, il legislatore comunitario tutela la libertà dei singoli Stati, nel rispetto dei principi del Trattato, di organizzare la prestazione di servizi come servizi di interesse economico generale o come servizi non economici di interesse generale ovvero come una combinazione di tali tipologie.

AMBITO DI APPLICAZIONE

Per quanto concerne l'ambito di applicazione della nuova direttiva, *in primis*, deve evidenziarsi che la stessa si applicherà solo in caso di contratti di concessione il cui valore supera la soglia di rilevanza comunitaria.

Sul punto, la nuova direttiva introduce una rilevante novità nel definire i contratti di concessione, specificando esattamente cos'è il rischio operativo. In particolare, la norma comunitaria prevede che la caratteristica principale di una concessione implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore. Ciò può avvenire anche quando la concessione è contraddistinta da una remunerazione a completo carico dell'amministrazione, purché il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda del servizio

L'EVOLUZIONE DEL SETTORE

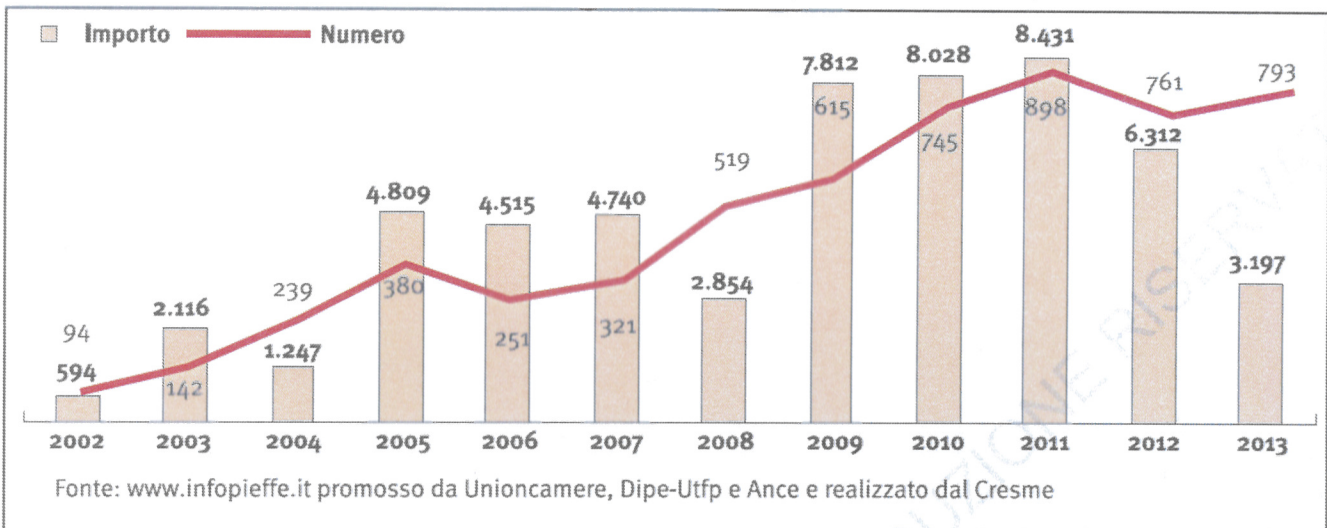
Bandi di gara e aggiudicazioni di opere pubbliche in Italia: Ppp e sistemi tradizionali

	2002	2005	2009	2010	2011	2012	2013	Totale '02-'13
Gare								
Numero								
Partenariato pubblico-privato (1)	336	977	1.869	3.030	2.813	3.051	2.901	19.363
Concessione di lavori pubblici (2)	189	248	424	640	490	757	567	4.772
Concessioni di servizi	100	469	1.265	2.088	2.085	1.994	2.104	12.394
Costruzione/manutenzione e gestione	353	574	644	649	595	640	545	6.567
Totale mercati complessi (3)	689	1.551	2.513	3.679	3.408	3.691	3.446	25.930
Progettazione e realizzazione	380	835	681	834	783	855	870	8.855
Contraente generale	1	2	2	-	-	-	-	24
Sola esecuzione	34.373	27.499	15.322	14.051	12.578	11.377	10.557	257.075
Totale mercati dei lavori tradizionali (4)	34.754	28.336	16.005	14.885	13.361	12.232	11.427	265.954
Totale Oopp	35.443	29.887	18.518	18.564	16.769	15.923	14.873	291.884
Inc. % mercati complessi su OOPP	1,9	5,2	13,6	19,8	20,3	23,2	23,2	8,9
Importo (milioni di euro)								
Partenariato pubblico-privato (1)	1.280	6.078	5.589	9.672	13.101	7.784	5.154	73.980
Concessione di lavori pubblici (2)	1.216	3.058	4.330	6.133	9.212	4.869	2.279	51.880
Concessioni di servizi	54	1.393	517	1.312	3.446	2.549	2.096	14.883
Costruzione/manutenzione e gestione	1.389	2.109	2.612	2.793	1.950	2.983	1.032	26.783
Totale mercati complessi (3)	2.670	8.187	8.201	12.465	15.051	10.768	6.186	100.763
Progettazione e realizzazione	2.034	4.651	4.517	6.754	5.417	4.329	4.868	53.402
Contraente generale	513	2.581	1.195	-	-	-	-	15.899
Sola esecuzione	18.449	17.694	12.676	10.943	9.991	7.809	9.023	172.066
TOTALE mercati dei lavori tradizionali (4)	20.996	24.926	18.388	17.697	15.408	12.138	13.891	241.367
TOTALE OOPP	23.666	33.113	26.590	30.162	30.459	22.906	20.077	342.130
Inc. % mercati complessi su OOPP	11,3	24,7	30,8	41,3	49,4	47,0	30,8	29,5
Aggiudicazioni								
Numero								
Partenariato pubblico-privato (1)	94	380	615	745	898	761	793	5.758
Concessione di lavori pubblici (2)	56	272	288	231	184	239	156	2.283
Concessioni di servizi	30	98	288	441	638	478	591	3.108
Costruzione/manutenzione e gestione	163	221	457	401	436	431	428	3.846
Totale mercati complessi (3)	257	601	1.072	1.146	1.334	1.192	1.221	9.604
Progettazione e realizzazione	100	517	515	556	561	665	623	5.891
Contraente generale	1	5	3	2	-	1	-	25
Sola esecuzione	17.464	19.791	13.116	12.155	12.070	12.548	12.817	173.846
Totale mercati dei lavori tradizionali (4)	17.565	20.313	13.634	12.713	12.631	13.214	13.440	179.762
TOTALE OOPP	17.822	20.914	14.706	13.859	13.965	14.406	14.661	189.366
Inc. % mercati complessi su OOPP	1,4	2,9	7,3	8,3	9,6	8,3	8,3	5,1
Importo (milioni di euro)								
Partenariato pubblico-privato (1)	594	4.809	7.812	8.028	8.431	6.312	3.197	54.657
Concessione di lavori pubblici (2)	570	4.168	6.660	7.272	5.031	3.434	2.356	39.982
Concessioni di servizi	21	432	834	412	1.245	2.488	612	9.205
Costruzione/manutenzione e gestione	1.500	1.297	2.550	1.946	2.267	1.253	2.456	20.808
Totale mercati complessi (3)	2.094	6.106	10.362	9.974	10.698	7.566	5.653	75.466
Progettazione e realizzazione	242	5.955	3.906	3.468	5.817	4.572	3.489	42.027
Contraente generale	450	2.319	1.119	1.195	-	962	-	16.349
Sola esecuzione	14.397	14.645	10.632	10.064	8.887	7.593	6.809	136.251
Totale mercati dei lavori tradizionali (4)	15.089	22.919	15.657	14.727	14.704	13.126	10.298	194.628
Totale oopp	17.182	29.024	26.020	24.701	25.403	20.692	15.951	270.094
Inc. % mercati complessi su OOPP	12,2	21,0	39,8	40,4	42,1	36,6	35,4	27,9

Fonte: Cresme Europa Servizi e www.infopieffe.it promosso da Unioncamere, Dipe-Utup e Ance e realizzato dal Cresme

AGGIUDICAZIONI

Le aggiudicazioni di gare di Ppp in Italia (importi in milioni di euro)



o del bene o dalla loro fornitura. Più nello specifico, la direttiva espressamente prevede che il rischio operativo deve derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti e deve essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono provenire da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente da rischi su entrambi i lati.

Per quanto concerne, poi, le specifiche tipologie di contratti che ricadono nell'ambito di applicazione oggettivo della direttiva, la norma è molto precisa nello specificare quali fattispecie contrattuali non rientrano nel suo ambito di applicazione. Per esempio, la direttiva stabilisce che non è applicabile ai regimi in cui tutti gli operatori che soddisfano determinate condizioni sono autorizzati a svolgere un determinato compito, senza selettività, come i sistemi basati sulla scelta del cliente e i sistemi di buoni servizio, compresi quelli fondati su accordi giuridici tra l'autorità pubblica e gli operatori economici, né agli atti degli Stati membri, quali autorizzazioni o licenze, con cui lo Stato membro o una sua autorità pubblica stabiliscono le condizioni per l'esercizio di un'attività economica, inclusa la condizione di eseguire una determinata operazione, concesse di norma su richiesta dell'operatore economico e non su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e nel cui quadro l'operatore economico rimane libero di recedere dalla fornitura dei lavori o servizi.

Inoltre, molto importante è evidenziare che la direttiva espressamente non si applica alle concessioni demaniali, come a tutti gli altri accordi aventi a oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico in regime di diritto privato o pubblico (come ad es. i

contratti di locazione), né alle concessioni di servizi per servizi di lotterie e alle concessioni idriche.

LA DURATA DELLE CONCESSIONI

Per la prima volta una norma comunitaria, recependo invero la giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto, disciplina in materia sistematica l'annoso problema della durata delle concessioni affidate. La direttiva, infatti, espressamente sancisce che la durata deve essere limitata e che è stimata dall'amministrazione in funzione dei lavori e servizi richiesti.

Peraltro, la direttiva sembra prevedere che la durata media ammissibile sia di 5 anni: infatti, il testo normativo stabilisce che per le concessioni ultraquinquennali la durata massima non può superare il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati (ivi inclusi sia quelli iniziali che quelli in corso di concessione) e abbia un ritorno sul capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi specifici.

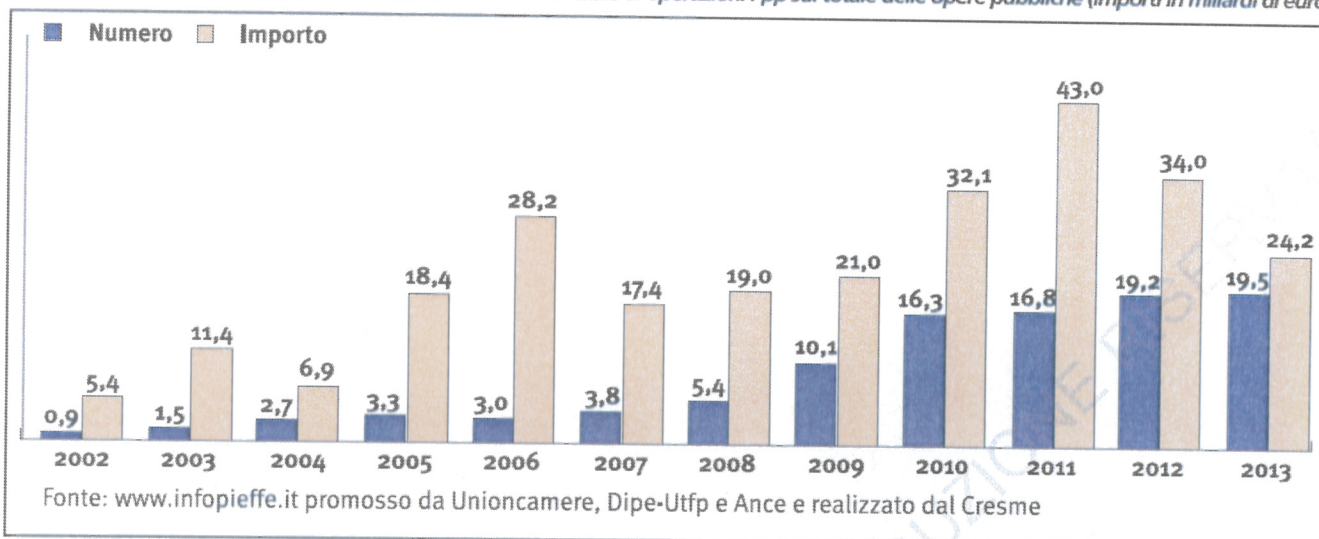
I CONTRATTI MISTI

Un'altra novità importante della direttiva è rappresentata dalla disciplina dei contratti misti di concessione: ciò vale non tanto per le concessioni miste di lavori e servizi, in relazione alle quali si applicano difatti i principi ormai consolidati in materia di contratti misti, ma soprattutto per la disciplina di quei contratti che comprendono attività rientranti nell'ambito degli appalti miste a prestazioni qualificabili come concessione.

Anche in tali casi vale il principio per cui la disciplina applicabile è quella inerente all'oggetto prevalente del contratto. Inoltre, la direttiva prevede

PERCENTUALE PPP SU OO.PP.

Percentuale di operazioni Ppp sul totale delle opere pubbliche (importi in miliardi di euro)



che, in queste ipotesi, le amministrazioni possono scegliere di aggiudicare contratti distinti per le parti distinte, applicando così a ogni contratto la rispettiva disciplina specifica.

PROCEDURA DI GARA

Per quanto concerne le norme procedurali che presiedono la gara per la selezione del contraente, la direttiva sulle concessioni ricalca sostanzialmente la direttiva sugli appalti.

Una novità interessante riguarda, però, i criteri di aggiudicazione: la direttiva, infatti, prevede che i criteri di valutazione dell'offerta debbano essere elencati in ordine decrescente di importanza. Tuttavia, la nuova norma comunitaria, in deroga a tale principio, stabilisce che, se l'amministrazione riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere previsto da un'amministrazione diligente, l'amministrazione stessa può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione innovativa: in tale ipotesi, l'amministrazione deve informare tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza ed emettere un nuovo invito a presentare offerte, a condizione che la modifica dell'ordine dei criteri non dia luogo a discriminazioni.

FASE ESECUTIVA

Per quanto concerne la fase esecutiva dei contratti di concessione, la parte certamente più innovativa è rappresentata dalla disciplina sulle ipotesi ammesse di modifica delle concessioni, che, per la prima volta, vengono specificate e dettagliate in modo da limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Altra novità importante riguarda i casi di risoluzione della concessione, possibilità riservata alle amministrazioni concedenti nelle seguenti ipotesi:

a) quando la concessione ha subito una modifica che avrebbe necessitato di una nuova procedura di aggiudicazione;

b) quando il concessionario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione della concessione, in una delle condizioni di esclusione previste dalla direttiva, per cui avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara;

c) quando la Corte di giustizia constati che uno Stato membro ha violato uno degli obblighi su esso incombenti in virtù dei trattati per il fatto che una sua amministrazione ha aggiudicato la concessione senza adempiere agli obblighi previsti dai trattati e dalla direttiva.

RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA

Dalla pubblicazione della direttiva nella *Gazzetta Ufficiale* dell'Unione europea gli Stati membri avranno 24 mesi per l'attuazione della stessa nella legislazione nazionale.

Non sembra potersi immaginare a oggi quali saranno le formule che adotterà il legislatore italiano per l'implementazione delle nuove direttive, che dovrebbero comportare una riscrittura significativa del codice dei contratti pubblici, in particolar modo per le concessioni. Si dovrà, quindi, attendere di vedere se la soluzione prescelta sarà quella di modificare il codice dei contratti esistente, sul quale peraltro sono già intervenute negli anni numerosissime modifiche normative, o di riscrivere integralmente la disciplina dei contratti pubblici secondo le prescrizioni delle nuove direttive. ■

Modifica delle concessioni, ampie le «circostanze imprevedibili» che possono giustificare un cambio

Le situazioni che possono giustificare una modifica in corso della concessione, senza rifare la gara, sono ampie e discrezionali, (fra l'altro si dice che l'aumento di valore non può eccedere il 50% del dato iniziale, con percentuale da calcolare però per ogni singola modifica), ma la direttiva non si applica ai contratti in corso

DI CLAUDIO GUCCIONE E MARIA FERRANTE



L'articolo 43 della direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, cercando di risolvere l'annosa questione dei limiti posti alla modificabilità della portata e delle caratteristiche delle concessioni già aggiudicate, detta una specifica e dettagliata disciplina delle ipotesi ammesse di modifica dei contratti durante il loro periodo di validità. Infatti, come rilevato nella stessa direttiva, i contratti di concessione, a differenza degli appalti, sono contratti di lunga durata e comportano disposizioni finanziarie e tecniche molto complesse, per cui è fisiologico che tali contratti nel tempo siano soggetti a muta-

menti delle circostanze originarie e sia, dunque, necessario apportare delle modifiche: proprio per contemperare tale esigenza imprescindibile di adeguare nel tempo i contratti alle esigenze che di volta in volta si presentano con la contrapposta necessità di garantire il rispetto dei principi comunitari in tema di concorrenza, la direttiva si è premurata di specificare quali modifiche possono porsi in essere nel contesto del rapporto contrattuale già instaurato e quali, invece, implicano la necessità di una nuova gara.

A tal proposito, deve, innanzitutto, evidenziarsi che, mentre alcune delle ipotesi contemplate, che di

seguito saranno esaminate singolarmente, appaiono come riepilogative e specificative di casi già disciplinati in precedenza, per quanto riguarda le concessioni di lavori pubblici, dalla direttiva 2004/18/Ce, altre ipotesi sono del tutto nuove.

LE IPOTESI DI MODIFICA AMMESSE

In linea generale, secondo quanto previsto dai considerando della direttiva, una nuova procedura di aggiudicazione è necessaria quando vengono apportate modifiche sostanziali alla concessione iniziale, inerenti, in particolare, al campo di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti. Si tratta, dunque, di condizioni che, se modificate, avrebbero inciso sull'esito della procedura nel caso in cui fossero state incluse negli atti di gara. Deve, invece, essere consentita una certa flessibilità per adattare nel tempo la concessione a nuove circostanze imprevedibili senza dover indire una nuova procedura di aggiudicazione: per "circostanze imprevedibili" devono intendersi quelle circostanze che non potevano essere previste originariamente nonostante una ragionevole e diligente preparazione della gara iniziale da parte dell'amministrazione, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile.

Di seguito, dunque, si esaminerà singolarmente ciascuna ipotesi di modifica ammessa.

LE CLAUSOLE DI REVISIONE

In primo luogo, l'art. 43 della direttiva prevede (al paragrafo 1, lettera a) che le concessioni possano essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione se le **modifiche**, a prescindere dal loro valore monetario, sono state **previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili**, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi od opzioni. Tali clausole, secondo il disposto della normativa comunitaria, devono fissare la portata e la natura di eventuali modifiche od opzioni, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate, e non devono apportare modifiche od opzioni che altererebbero la natura generale della concessione.

Un'applicazione di questo principio, già presente nel nostro ordinamento, sembra essere l'art. 143, comma 8, del Dlgs 163/2006 con riguardo alla possibilità di procedere alla revisione della concessione in caso di alterazione dei presupposti che hanno determinato il piano economico-finanziario posto a fondamento della concessione. Sul punto, il legislatore italiano, anticipando in qualche modo il disposto della nuova direttiva, con l'art. 19, comma

1, lettera a), della legge n. 98 del 2013 ha integrato il predetto art. 143 con il nuovo comma 8-bis, a norma del quale la convenzione (i) deve definire 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, (ii) nonché contenere una definizione di equilibrio economico-finanziario che fa riferimento a indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito (iii) e anche la procedura di verifica e la cadenza temporale degli adempimenti connessi.

LAVORI O SERVIZI SUPPLEMENTARI

Una seconda ipotesi di modifica della concessione consentita (paragrafo 1, lettera b) attiene all'affidamento al concessionario originario di lavori o servizi supplementari che si siano resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale. Tale **modifica, sempre secondo la direttiva, è ammessa solamente quando un cambiamento del concessionario**: 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale; e 2) comporti per l'amministrazione notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi.

Inoltre, per le concessioni diverse da quelle aggiudicate nell'ambito dei cosiddetti "settori speciali", **la direttiva pone un ulteriore limite, specificando che l'eventuale aumento di valore non deve eccedere il 50% del valore della concessione iniziale**: tale limitazione, nell'ipotesi di più modifiche successive, si applica al valore di ciascuna modifica e la norma in esame espressamente stabilisce che tali modifiche successive non sono intese ad aggirare la direttiva.

Tale previsione della direttiva non ha portata in toto innovativa, in quanto una disposizione simile era già prevista, per lo meno per i lavori, nell'art. 61 della direttiva 2004/18/Ce e recepita nell'art. 147 del Dlgs 163/2006.

Le due disposizioni della vecchia direttiva 2004/18/Ce e della nuova direttiva, benché in concreto potrebbero avere un effetto pratico analogo, appaiono in effetti significativamente differenti dal punto di vista letterale e in parte anche sostanziale. L'art. 61 della direttiva 2004/18/Ce, infatti, prevedeva che non fosse assoggettato a procedura di evidenza pubblica l'affidamento di lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente previsto della concessione né nel contratto iniziale e che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, per l'esecuzione dell'opera descritta, che l'amministrazione aggiudicatrice affida al concessionario, purché l'aggiudicatario sia l'operatore economico che esegue tale opera:

- qualora i lavori complementari non possano essere tecnicamente o economicamente separati dall'appalto iniziale senza gravi inconvenienti per le amministrazioni aggiudicatrici, oppure

- qualora i lavori, quantunque separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento.

Tuttavia, sempre secondo la direttiva, l'importo cumulato degli appalti aggiudicati per i lavori complementari non doveva superare il 50% dell'importo dell'opera iniziale oggetto della concessione.

In primo luogo, l'art. 43 della nuova direttiva non disciplina solo l'affidamento di lavori complementari, ma anche l'affidamento di ulteriori servizi in aggiunta a quelli previsti nel contratto originario. Nonostante la genericità della formulazione della norma comunitaria, si ritiene plausibile che la fattispecie riguardi i lavori e i servizi complementari sia nell'ambito delle concessioni di lavori pubblici che nel contesto delle concessioni di servizi, ciò anche alla luce della testimonianza di flessibilità della direttiva sulle concessioni che, difatti, disciplina espressamente non solo le concessioni miste di lavori e servizi, ma anche i contratti misti di concessione e appalto.

Inoltre, da un punto di vista sostanziale, rispetto al precedente articolo 61 della direttiva 2004/18, sembra che l'art. 43 della nuova direttiva non contenga la possibilità di cui alla lettera b), ossia quella di affidare i lavori al concessionario anche se si tratti di lavori separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, nel caso in cui questi siano strettamente necessari al suo perfezionamento. Ora la possibilità di affidare direttamente al concessionario lavori o servizi ulteriori sembrerebbe, invece, limitata alla sola ipotesi in cui la modifica del concessionario risulti impraticabile per motivi economici o tecnici e comporti per l'amministrazione notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi. Tuttavia, non può non evidenziarsi che suddetta eliminazione è chiaramente fittizia, in quanto la medesima ipotesi può oggi rientrare nelle modifiche di cui alla lettera c), paragrafo 1, della nuova direttiva, ipotesi che si esaminerà nel prosieguo e che ha una portata molto ampia e generale.

Inoltre, rispetto alla precedente normativa applicabile, l'innovazione forse più rilevante riguarda il limite di valore dei lavori o servizi complementari: infatti, risolvendo così i dubbi interpretativi che prima potevano porsi e allargando notevolmente la portata della norma, la nuova direttiva ha precisato che l'aumento di valore della concessione, limitato al 50% del valore iniziale, deve essere applicato alla

singola modifica nel caso in cui, nel corso della concessione, intervengano più affidamenti.

SOPRAVVENUTE CIRCOSTANZE IMPREVEDIBILI

Successivamente, alla lettera c), paragrafo 1, della norma in commento si prevede che la modifica della concessione è ammessa ove siano soddisfatte le seguenti condizioni:

a) la necessità di modifica è determinata da circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore diligente non ha potuto prevedere;

b) la modifica non altera la natura generale della concessione;

c) nel caso di concessioni aggiudicate in un *ambito diverso da quello dei cosiddetti "settori speciali"*, *l'eventuale aumento di valore non è superiore al 50% del valore della concessione iniziale*: come nella precedente ipotesi, si specifica che *tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica* e che tali modifiche successive non sono intese ad aggirare la direttiva.

Questa ipotesi, che effettivamente risulta probabilmente la più innovativa tra quelle previste dalla direttiva, ha una portata molto ampia e lascia una notevole discrezionalità sia ai legislatori nazionali in sede di recepimento che alle amministrazioni in sede di futura applicazione: sarà, dunque, interessante verificare se i legislatori nazionali tenderanno a restringere la portata, specificando quali circostanze imprevedibili possa-

no dar luogo a una modifica della concessione, o se manterranno una dicitura volutamente ampia, lasciando alle amministrazioni la valutazione in ordine alla imprevedibilità o meno delle suddette circostanze.

Inoltre, risulterà interessante approfondire come tale disposizione sarà interpretata in connessione con la normativa relativa alla revisione dei piani economico-finanziari. Infatti, è prassi consolidata nelle convenzioni di concessione prevedere che si dia luogo a revisione del piano anche in tutti i casi in cui circostanze imprevedibili e imprevedute comportino un'alterazione dell'equilibrio economico-finanziario della concessione: in queste ipotesi, dunque, potrebbe trovare applicazione sia la disposizione in commento, che disciplina le modifiche della concessione per sopravvenute circostanze imprevedibili, sia la sopra descritta ipotesi di modifica in forza di espresse clausole di revisione (art. 43, par. 1, lett. a) della direttiva). Tuttavia, accedere a una o all'altra interpretazione ha conseguenze molto diver-

IMPREVEDIBILI

Si tratta di circostanze che un'amministrazione diligente non avrebbe potuto prevedere

SUBENTRO

Possibile che un'altra impresa succeda al concessionario, o anche la stessa Pa appaltante

se sulla portata delle modifiche ammissibili: nel primo caso, infatti, c'è un limite di valore della modifica che manca, invece, nell'ipotesi che contempla le clausole di revisione.

SOSTITUZIONE DEL CONCESSIONARIO

Un'ulteriore ipotesi ammessa di modifica della concessione attiene ai casi in cui vi sia una sostituzione del concessionario iniziale a causa di una delle seguenti circostanze:

a) una clausola od opzione di revisione inequivocabile;

b) al concessionario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizioni o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato a eludere l'applicazione della presente direttiva; oppure

c) nel caso in cui l'amministrazione stessa assuma gli obblighi del concessionario principale nei confronti dei suoi subappaltatori, ove tale possibilità sia prevista dalla legislazione nazionale.

Anche tali ipotesi appaiono già presenti nel nostro ordinamento nazionale, per lo meno con riguardo alle lettere a) e b), e sono disciplinate dal Dlgs 163/2006 all'art. 159, con riguardo al subentro di un nuovo concessionario su indicazione degli enti finanziatori in caso di risoluzione della concessione per fatto del concessionario, e all'art. 51, concernente le vicende soggettive dei concorrenti e degli aggiudicatari.

Molto innovativa e di non agevole interpretazione appare, invece, l'ipotesi di cui alla summenzionata lettera c): dando per accertato che per subappaltatori, alla luce della terminologia comunitaria in materia, si intenda qualsiasi affidatario terzo rispetto al concessionario, non si comprende se tale sostituzione del concedente al concessionario debba considerarsi solo temporanea, per l'adempimento di determinate obbligazioni (quali, come oggi già previsto nel nostro ordinamento, il pagamento dei subappaltatori) oppure come sostituzione permanente, di fatto con restituzione della titolarità della concessione all'amministrazione.

MODIFICHE NON SOSTANZIALI

In via ulteriore, la direttiva prevede che si possano apportare modifiche, a prescindere dal loro

valore, in tutti i casi in cui si tratti di modifiche non sostanziali.

La modifica della concessione durante il suo periodo di validità è considerata sostanziale dalla direttiva ogni qualvolta muta sostanzialmente la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa. In ogni caso, una modifica deve ritenersi sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione;

b) la modifica cambia l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale;

c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione;

d) se un nuovo concessionario sostituisce quello cui l'amministrazione aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli consentiti precedentemente esaminati.

ALTRE IPOTESI

Infine, la direttiva prevede un'ipotesi residuale di modifica ammessa quando, senza ulteriore bisogno di verificare che vi siano le condizioni per considerarla una modifica non sostanziale, il valore della modifica sia, contestualmente, inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria nonché al 10% del valore della concessione iniziale.

Tuttavia, specifica la norma, anche in questo caso la modifica non può alterare la natura generale della concessione e, nell'ipotesi di più modifiche successive, il valore deve essere accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche.

IL CALCOLO DEL VALORE DELLA MODIFICA

La direttiva specifica, infine, che il valore aggiornato è il valore di riferimento quando la concessione prevede una clausola di indicizzazione. Se la concessione non prevede tale clausola, il valore aggiornato è calcolato tenendo conto dell'inflazione media nello Stato membro dell'amministrazione. ■