



L'avvocato Claudio Guccione è referente scientifico dell'Executive Master in Management delle Imprese di Costruzione della LUISS Business School. È il fondatore di P&I - Studio Legale Guccione&Associati. Ha curato "Il Codice delle Autostrade", che riunisce le norme europee, nazionali e regionali riguardanti il settore (claudio.guccione@peilex.com). (*)

Concessioni, la **modifica**

L'art. 43 della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, con il fine precipuo di dirimere l'annosa questione dei limiti posti alla modificabilità della portata e delle caratteristiche delle concessioni in corso di esecuzione, detta una specifica e dettagliata disciplina delle ipotesi ammesse di modifica dei contratti durante il loro periodo di validità. Tale disciplina si rende necessaria alla luce della natura di rapporti di durata dei contratti di concessione, per cui è fisiologico che gli stessi nel tempo siano soggetti a mutamenti delle circostanze originarie e, dunque, sia necessario apportare delle modifiche.

Le ipotesi di modifica ammesse

In linea generale, una nuova procedura di aggiudicazione è necessaria quando vengono apportate modifiche sostanziali alla concessione iniziale, inerenti, in particolare, il campo di applicazione ed il 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. È consentita una certa flessibilità per adattare nel tempo la concessione a nuove circostanze imprevedibili, ossia 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.

Le clausole di revisione

In *primis*, 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 ed inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi o opzioni. Tali clausole 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.

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. Ciò è consentito solamente quando un cambiamento del concessionario: (i) 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 (ii) 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", l'eventuale aumento di valore non deve eccedere il 50% del valore della concessione iniziale: tale limitazione, nell'ipotesi di più modifiche successive, per espressa previsione della Direttiva, si applica al valore di ciascuna modifica.

L'Opinione

dei **contratti** in esecuzione

Soppravvenute circostanze imprevedibili

Successivamente, alla lettera c), paragrafo 1, si prevede che la modifica della concessione è consentita quando:

- a) la necessità di modifica sia determinata da circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore diligente non ha potuto prevedere;
- b) la modifica non alteri 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 sia superiore al 50% del valore della concessione iniziale: tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica.

Sostituzione del concessionario

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

- a) una clausola o 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 ad 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.

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 deve considerarsi sostanziale ogni qualvolta muta sostanzialmente la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa e, comunque, 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, 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. ■■

Claudio Guccione

Avvocato

Fondatore di P&I - Studio Legale
Guccione & Associati

con

Maria Ferrante

Avvocato

P&I - Studio Legale
Guccione & Associati

IN QUESTA EDIZIONE SPECIALE DELLA RUBRICA "L'OPINIONE LEGALE", REALIZZATA IN PREVISIONE DELLE GIORNATE ASECAP DI LISBONA, APPROFONDIAMO LA QUESTIONE CRUCIALE DELLA MODIFICA DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE ALLA LUCE DI QUANTO STABILITO DALL'ARTICOLO 43 DELLA DIRETTIVA COMUNITARIA 23 DEL 2014 SULL'AGGIUDICAZIONE DEGLI STESSI CONTRATTI.

Modification of concession contracts during their term

In order to settle the long-standing dispute concerning the chance to modify the content and features of concession contracts during their term, article 43 of Directive 2014/23/UE on the award of concession contracts contains a specific and detailed regulation of the allowed modifications. This regulation appears to be necessary considering the duration of concession contracts, which is why they are physiologically subjected to change of the previous assumptions and, consequently, it will be essential to make some modifications.

Allowed modifications

Generally speaking, a new award procedure is necessary when concession contracts are substantially modified, with particular regard to the scope or content of mutual rights and obligations of the parties. Therefore, it's a matter of conditions that would have affected the outcome of the tender, if were modified from the beginning. However, a certain flexibility is permitted in order to adapt the concession contract to new unpredictable circumstances, i.e. circumstances that Buyer was not able to foresee, despite a reasonable and diligent provision of the award procedure, considering his resources, features of the project, best practices and the necessity to grant a suitable relation between invested resources and predictable value of the contract.

Review clauses

Firstly, article 43 of the Directive provides (par. 1, lett. a) that concession contracts may be modified without a new concession award procedure where the modifications, irrespective of their monetary value, have been provided for in the initial concession documents in clear, precise and unequivocal review clauses, which may include value revision clauses, or options. Such clauses shall state the scope and nature of possible modifications or options as well as the conditions under which they may be used. They shall not provide for modifications or options that would alter the overall nature of the concession.

Additional works or services

A second hypothesis of allowed modification (par. 1, lett. b) concerns the awarding of additional works or services to the original concessionaire, provided that they have become necessary and that were not included in the initial concession. It is allowed only where a change of concessionaire: (i) cannot be made for economic or technical reasons such as requirements of interchangeability or interoperability with existing equipment, services or installations procured under the initial concession; and (ii) would cause significant inconvenience or substantial duplication of costs for the contracting authority or contracting entity.

Furthermore, in the case of concessions awarded by a contracting authority, for the purposes of pursuing an activity other than those referred to in Annex II of Directive, any increase in value shall not exceed 50% of the value of the original concession: where several successive modifications are made, as specified by the Directive, that limitation shall apply to the value of each modification.

Unpredictable circumstances

Later, at par. 1, lett. c), the Directive permits modifications where all of the following conditions are fulfilled:

- (i) the need for modification has been brought about by circumstances which a diligent contracting authority or contracting entity could not foresee;
- (ii) the modification does not alter the overall nature of the concession;
- (iii) in the case of concessions awarded by contracting authority, for the purposes of pursuing an activity other than those referred to in Annex II, any increase in value is not higher than 50% of the value of the initial concession. Where several successive modifications are made, this limitation shall apply to the value of each modification.

Replacement of concessionaire

Another allowed modification regards the event that a new concessionaire replaces the one to which the contracting authority or the contracting entity had initially awarded the concession as a consequence of either:

- (i) an unequivocal review clause or option;
- (ii) universal or partial succession into the position of the initial concessionaire, following corporate restructuring, including takeover, merger, acquisition or insolvency, of another economic operator that fulfils the criteria for qualitative selection initially established provided that this does not entail other substantial modifications to the contract and is not aimed at circumventing the application of this Directive; or
- (iii) in the event that the contracting authority or contracting entity itself assumes the main concessionaire's obligations towards its subcontractors where this possibility is provided for under national legislation;

IN THIS SPECIAL EDITION OF THE COLUMN "L'OPINIONE LEGALE" – EDITED ON THE OCCASION OF THE 2015 ASECAP DAYS IN LISBON - THE CRUCIAL SUBJECT OF AMENDMENTS TO CONCESSION CONTRACTS IS ANALYSED IN DEPTH, IN LIGHT OF WHAT ART. 43 OF THE EU DIRECTIVE N. 23/2014 ESTABLISHES ON THE AWARD OF CONCESSION CONTRACTS.

() The lawyer Claudio Guccione is the scientific coordinator of the Executive Master in Construction Business Management of the LU-ISS Business School. He is the founder of the law firm P&I Guccione & Associati and he has edited the book "Il Codice delle Autostrade" which collects European, national and regional regulations related to the motorway sector (Claudio.guccione@peilex.com)*





Non substantial modifications

Furthermore, the Directive specifies that modifications are allowed, irrespective of their value, where they are not substantial

A modification shall be considered to be substantial, where it renders the concession materially different in character from the one initially concluded and, in any event, where one or more of the following conditions is met:

- (i) the modification introduces conditions which, had they been part of the initial concession award procedure, would have allowed for the admission of applicants other than those initially selected or for the acceptance of a tender other than that originally accepted or would have attracted additional participants in the concession award procedure;
- (ii) the modification changes the economic balance of the concession in favour of the concessionaire in a manner which was not provided for in the initial concession;
- (iii) the modification extends the scope of the concession considerably;
- (iv) where a new concessionaire replaces the one to which the contracting authority or contracting entity had initially awarded the concession in other cases than those provided for under the abovementioned par. 1, let. d).

Other cases

In the end, the Directive contains a residual hypothesis of allowed modifications, without any need to verify whether the conditions set out for qualification of modifications as substantial, where the value of the modification is below both of the following values: (i) the threshold set out in article 8 of the Directive itself; and (ii) 10 % of the value of the initial concession.

However, again the modification may not alter the overall nature of the concession. Where several successive modifications are made, the value shall be assessed on the basis of the net cumulative value of the successive modifications. ■ ■

www.autovie.it



To change the way we travel; to shorten distance; to improve road conditions while respecting the environment and integrating the territories.

Autovie Venete is the Concession Holder in charge of managing the A4 Venice-Trieste, the A23 Palmanova-Udine Sud, the A28 Portogruaro-Pordenone-Conegliano, the A34 Villesse-Gorizia and the A57 Mestre ring road (as far as the Terraglio exit). The Company plans, constructs and manages road infrastructures. All this is made possible thanks to the efforts of over 600 people. Managers, designers, engineers, IT technicians, maintenance operators, toll booth attendants, administrative staff, traffic officers and workers. A team of highly skilled and motivated professionals who are concerned about the future of Northeast Italy, a territorial entity resolved to develop a large hub in the south side of the Alps.

Sure to Travel Safely

0432 925111

Main telephone number

www.autovie.it

Website - Mobile Website

Road Conditions - Webcam - Maps - Customer Service