

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 contemporare 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 disagi 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 sùdetta 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 D.lgs 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. ■