



**Regione Siciliana**  
**Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità**  
**Dipartimento Regionale Tecnico**  
**Servizio 1 – Controllo dei Contratti Pubblici**  
**Sezione Regionale dell'Osservatorio dei Contratti Pubblici**  
**servizio1.dipregionaletecnico@regione.sicilia.it**

Prot. n. 51118

DEL 05-03-2019

Palermo,

**Oggetto: Project Financing “realizzazione di edicole funerarie a più elevazioni con ossario e relative opere di urbanizzazione da realizzare nell’area cimiteriale di Piana Traversa” - Contratto di appalto n. 18877 di rep. Del 21.04.2016 - Parere**

**Al Comune di Favara**  
**Responsabile P.O. 4 – U.T.C.**  
**([alberto.avenia@comune.favara.ag.it](mailto:alberto.avenia@comune.favara.ag.it))**

Con riferimento alla nota di codesta Area Tecnica n. 10325 del 01.03.2019, assunta al protocollo di questo Servizio al n. 50684 del 5.3.2019, si rileva preliminarmente che l’attuale normativa vigente è disciplinata dalla L.R. 12/2011, che rinvia dinamicamente al D. Lgs. 163/2006 e s.m.i., oggi D. Lgs. 50/2016 e s.m.i., con alcune specifiche eccezioni regolamentate con il D.P.R.S. 13/2012 (vedasi circolare Ass.to Reg.le Infrastrutture e Mobilità n. 86313/DRT del 4/5/2016).

Per quanto attiene al caso in questione, riguardante un contratto di concessione di lavori e servizi, nell’evidenziare anzitutto che, ai sensi del nuovo art. 167 del D. Lgs. 50/2016 e s.m.i., il **valore** dello stesso è pari al fatturato totale del concessionario, generato per tutta la durata del contratto, al netto dell’I.V.A., si rappresenta quanto segue.

La disciplina contenuta del nuovo Codice dei contratti pubblici dedica al contratto di concessione l’intera Parte III comprendente le disposizioni di cui agli articoli 164-178.

Il contratto di concessione, come noto, ha ricevuto specifica attenzione da parte dell’ordinamento europeo con la Dir. 2014/23/UE, secondo cui le concessioni di lavori e di servizi “sono contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l’esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici.

Tali contratti hanno per oggetto l’acquisizione di lavori o servizi attraverso una concessione il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori e/o i servizi accompagnato da un prezzo.

E’ presente sempre nell’ordinamento comunitario la consapevolezza che la durata di un contratto concessorio “può essere giustificata se è indispensabile per consentire al concessionario di recuperare gli investimenti previsti per eseguire la concessione, nonché di ottenere un ritorno sul capitale investito” (Dir. 23/2014/UE cons. n. 52).

Per questa ragione una durata tipo della concessione appare di ardua definizione a causa della variabilità degli elementi che determinano la sostenibilità economico-finanziaria dell’opera.

La durata delle concessioni deve essere limitata e determinata, secondo quanto previsto dalla direttiva e ribadito dall'art. 168, comma 1, del Codice, tenendo conto di alcuni parametri, in particolare dei lavori o servizi richiesti al concessionario, cui il Codice aggiunge la dizione incerta - e forse pleonastica - del valore della concessione e della complessità organizzativa dell'oggetto della stessa.

In ogni caso, criterio di riferimento resta quello per cui la durata massima della concessione "non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante del piano economico-finanziario".

Con ciò appare chiaro che, proprio perché il Codice attuale a differenza del precedente non pone alcun limite massimo di durata alla concessione, è buona prassi legarne la lunghezza ad una puntuale motivazione articolata sui parametri di tenuta dell'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e delle relative componenti.

La direttiva europea riconosce, infatti, la possibilità che l'insorgere di circostanze imprevedibili al momento della aggiudicazione rendano "necessaria una certa flessibilità per adattare la concessione alle circostanze senza ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione".

Allo stesso tempo si ritiene che i soggetti concedenti "dovrebbero avere la possibilità di prevedere modifiche alla concessione per mezzo di clausole di revisione o di opzione, ma senza che tali clausole conferiscano loro una discrezionalità illimitata".

All'interno di tali criteri direttivi si colloca la disciplina dell'art. 175 del Codice che riflette quasi alla lettera l'art. 43 della direttiva.

La disposizione presenta un'articolata serie di ipotesi in cui il contratto concessorio può essere modificato dalle parti senza che sia necessario il ricorso ad una nuova procedura di aggiudicazione.

Occorre non di meno precisare che si tratta di ipotesi sovente conosciute dalla prassi ed oggetto in passato di esame da parte della Commissione o della giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. III, 5 luglio 2103, n. 3580).

Tra le ipotesi suddette la disposizione, infatti, enuncia la revisione prevista dai documenti di gara in clausole chiare, precise e inequivocabili, i lavori o servizi supplementari non previsti nella concessione iniziale, la modifica della concessione determinata da circostanze non prevedibili dal concedente, la sostituzione dell'originario concessionario in conseguenza della previsione di una clausola o opzione di revisione, o di successione a causa di ristrutturazioni societarie di altro operatore che comunque soddisfi gli originari criteri di selezione qualitativa e, infine, la modifica di carattere non sostanziale.

Per i limiti alle modifiche, a differenza della omologa disciplina del contratto di appalto, la quale all'art. 106, comma 7, individua per quelle consentite il tetto del 50% del valore del contratto iniziale, precisando che, in caso di più modifiche, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica, la disciplina di cui all'art. 175, comma 2, per il contratto di concessione stabilisce inopinatamente che suddetto limite del 50% sia riferito al "valore della concessione iniziale".

Oltre alla possibilità di modifica del contratto il Codice prevede anche la possibilità di una sua revisione.

La disposizione di cui all'art. 175, comma 6, dispone, infatti, che "Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico-finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio".

La norma contenuta nell'art. 143, comma 8 nella versione del Codice previgente prevedeva, infatti, che le variazioni dei presupposti e delle condizioni di base che determinano l'equilibrio economico degli investimenti e della gestione "apportate dalla stazione appaltante (...), nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o che comunque incidono sull'equilibrio del piano economico-finanziario (...) comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio...".

La revisione del contratto di concessione era, pertanto, consentita, ma limitata alle ipotesi ascrivibili al factum principis.

Soltanto in tale evenienza, pertanto, il concessionario poteva esercitare il diritto di recesso.

Per contro, nell'ipotesi in cui l'equilibrio economico-finanziario fosse compromesso per cause non direttamente addebitabili al concedente non risultava possibile invocare il sostegno dell'ente pubblico, pena altrimenti la lesione delle regole di concorrenza e l'indebito trasferimento del rischio economico-finanziario all'Amministrazione aggiudicatrice.

La previsione di cui all'art.165, comma 6, sembra presentare sul punto una novità: la revisione è possibile, infatti, per ogni fatto o accadimento non riconducibile al concessionario.

In tal modo, il limite precedente del factum principis pare suscettibile di essere attenuato: ogni fatto, infatti, sembra legittimare la revisione del contratto purché non sia direttamente addebitabile al concessionario.

Inutile dire che tale previsione pare allargare la possibilità di contrasti tra le parti contrattuali imponendo alla stazione concedente ogni possibile tentativo per scongiurare l'esercizio del diritto di recesso.

Sulla disciplina della revisione è intervenuta di recente anche l'Anac, con apposito documento di consultazione, in cui, oltre a ribadire che la revisione del piano economico-finanziario deve procedere "solo nei limiti di quanto necessario a neutralizzare gli effetti derivanti dall'evento non imputabile al Concessionario", sottolinea l'importanza che gli eventi non imputabili all'operatore economico che danno diritto a tale revisione siano chiaramente individuati.



Il Capo Servizio I  
Ing. Egidio Marchese

A large, stylized handwritten signature in black ink, corresponding to the name Egidio Marchese.