



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 738/16

DEL 6 luglio 2016

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata congiuntamente dal Comune di San Martino Buon Albergo e dalla ATI Parolini Giannantonio S.p.A. – Procedura aperta per l'affidamento di una concessione di costruzione e gestione di un impianto natatorio presso gli impianti sportivi di Borgo della Vittoria in Comune di San Martino Buon Albergo. Importo a base di gara euro: 5.000.000,00. S.A.: Comune di San Martino Buon Albergo (VR).

PREC 234/15/L

Contratto di concessione – Mutamento condizioni contrattuali – Modifiche e revisione Piano Economico Finanziario – Limiti.

Qualora l'amministrazione pur ritenendo sussistente il permanere dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, accerti, tuttavia, che le modifiche apportate alla proposta e alle previsioni contrattuali, nelle more della sottoscrizione del relativo contratto, siano tali da incidere significativamente sulla natura dell'opera, alterandola nelle sue caratteristiche essenziali, ovvero che le stesse non garantiscano la corretta allocazione dei rischi secondo le prescrizioni normative in materia di concessioni, allora l'iter procedimentale percorso dovrà concludersi e sarà necessario indire una nuova procedura di gara per l'affidamento della concessione.

Art. 143, d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con nota prot. n. 101722 del 10.8.2015 il Comune di San Martino Buon Albergo e la ATI Parolini Giannantonio S.p.A. hanno avanzato istanza di parere relativamente alla procedura indicata in oggetto, chiedendo lumi in ordine alle questioni insorte nelle more della stipulazione del contratto di concessione (giusta aggiudicazione dell'8.3.2012), stante il lungo periodo intercorso e sulla scorta delle mutate condizioni economiche e di mercato inerenti l'opera da realizzare sia sotto il profilo della remuneratività dell'investimento sia sotto il profilo della disponibilità a reperire fondi per la realizzazione dell'opera.

Occorre preliminarmente riassumere i fatti storici da cui origina la presente istanza.

Con deliberazioni della Giunta comunale del Comune di San Martino Buon Albergo n. 110 del 3.6.2011 e n. 141 del 18.8.2011 veniva deliberato di procedere mediante gara a evidenza pubblica con la forma della concessione di lavori pubblici ex articolo 143 d.lgs. 163/2006 e seguenti, ponendo a base di gara il progetto definitivo per la realizzazione di un impianto natatorio presso gli impianti sportivi di Borgo della Vittoria. A seguito dell'espletamento della procedura di gara, con determinazione del Capo settore LL.PP. n. 171 dell' 8.3.2012, veniva aggiudicata in via definitiva la suddetta concessione all'ATI



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Parolini Giannantonio S.p.A. (capogruppo), CSS Coordinamento Servizio per lo Sport S.r.l. (mandante) e Impresa costruzioni Tieni S.r.l. (mandante).

Successivamente non si addiveniva alla stipula del relativo contratto nei termini previsti dalla normativa vigente in conseguenza di un contenzioso azionato in ordine all'aggiudicazione definitiva, conclusosi comunque favorevolmente nei confronti del Comune e dell'ATI concessionaria.

In ragione del lasso temporale intercorso dal momento dell'aggiudicazione e per il mutato quadro economico-finanziario e di gestione inerenti l'opera da dover realizzare, le parti istanti oggi prospettano la possibilità di revisionare il piano economico-finanziario, di prevedere il rilascio di una garanzia fideiussoria da parte del concedente (garanzia richiesta dal soggetto finanziatore Istituto per il Credito Sportivo per la bancabilità del progetto) e di rimodulare il progetto originario nel senso di posticipare alcune lavorazioni (come la realizzazione di una piscina) eseguite comunque in una seconda fase, a fronte della realizzazione, nella prima fase, di interventi non previsti nel progetto originario (come la realizzazione di una zona dedicata a beauty farm).

Rappresenta la ATI aggiudicataria di aver comunicato al Comune la necessità, suo malgrado, di proporre aspetti condizionanti il contratto in questione, formulando in data 1.9.2014 una proposta nei termini sopra esposti, con produzione della relativa documentazione atta a supportarla.

In conseguenza di ciò, secondo quanto deliberato dalla Giunta comunale del 26.9.2014, veniva istituito un apposito team di valutazione indipendente, composto da esperti in materia di partenariato pubblico-privato, di piani economico-finanziari e di contabilità pubblica.

Il suddetto team risulta aver svolto la propria attività tesa ad appurare la legittimità delle modifiche del PEF e delle condizioni contrattuali successivamente all'aggiudicazione e prima della stipulazione del relativo contratto nonché la sostenibilità del piano economico-finanziario revisionato e la legittimità del rilascio della garanzia fideiussoria da parte dell'amministrazione non prevista negli atti di gara.

Al termine dell'istruttoria svolta, il team di valutazione rendeva le proprie relazioni sia in ordine alla legittimità della revisione del PEF e di altri profili della concessione, sia relativamente all'analisi del piano economico finanziario rivisto e proposto dalla ATI presentando uno schema di contratto di concessione di costruzione e gestione dell'impianto natatorio comunale revisionato e integrato in conformità alle risultanze finali emerse.

In particolare, le parti evidenziano che nella Relazione economico-finanziaria, siano stati attentamente verificati sia la sussistenza degli elementi esogeni e oggettivi posti a base della richiesta di revisione da parte del concessionario, sia l'esistenza di una condizione di equivalenza (cd. isopiano) rispetto alle condizioni proposte in sede di offerta dal concessionario, con indagini del mutamento, nel tempo, dei costi di gestione (dalla data di validità dell'offerta alla data di presentazione della domanda di revisione) calcolati con indici oggettivi ovvero in relazione alle tariffe approvate dall'AEEGSI per le principali utilities come l'approvvigionamento idrico, quello per forza motrice e gas metano, come pure sulle modifiche presentate dal potenziale bacino di utenza e i correlati nuovi prezzi di ingresso all'impianto.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Pertanto, dal nuovo schema di contratto di concessione di costruzione e gestione dell'impianto natatorio comunale così come revisionato e integrato, unitamente ai documenti contrattuali adeguati in relazione al lasso temporale intercorso, si evince che all'articolo II (Oggetto della concessione), lettera d) il concessionario o la società si obbliga *“a eseguire, nel tempo di 7 anni dalla stipulazione del contratto, la vasca natatoria prevista nelle tavole di progetto presentate in sede di gara e non inclusa nella revisione aggiornata alla data del 25 settembre 2014 o a compensare tale mancata realizzazione con interventi e/o servizi di diversa natura ma di pari valore economico, da concordare con il concedente, fermo restando che l'esecuzione di dette prestazioni resta, in ogni caso, subordinata al preventivo accertamento della sussistenza dell'indefettibile presupposto della sostenibilità economica e finanziaria”*. Al successivo articolo V (Finanziamento della spesa) si evidenzia, tra l'altro che il concedente, *“al fine di consentire il finanziamento dell'opera da parte dell'Istituto per il credito sportivo e/o altro Istituto indicato dal concessionario per finanziare la realizzazione dell'opera a favore dello stesso, ai sensi dell'art. 207 TUEL, si impegna a rilasciare una fideiussione solidale a prima richiesta a favore dei soggetti suddetti (Istituti di credito)”*.

Infatti, a sostegno della ammissibilità e percorribilità della complessa operazione di revisione del PEF, anche prima della stipula del contratto di concessione, il team di valutazione ha fondato le proprie argomentazioni sulla previsione dell'articolo 143, comma 8, d.lgs. 163/2006, laddove, con riferimento alle *“premesse del contratto”*, si riferisce ai presupposti e alle condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, includendo in tale nozione, non il contratto sottoscritto, ma il contratto allegato agli atti di gara e accettato dall'aggiudicataria in sede di offerta mediante dichiarazione di accettazione.

Con particolare evidenza che proprio il contratto allegato agli atti di gara introduce all'articolo XIII, quale causa di necessaria revisione del PEF, i mutamenti della realtà sia socio economica che del bacino di utenza locale.

Le parti istanti ritengono che, ulteriore elemento di valutazione positivo circa l'ammissibilità di una revisione al PEF, sia rinvenibile nella previsione contenuta all'articolo 143, comma 8-bis d.lgs. 163/2006 laddove, secondo una lettura testuale della disposizione, consentirebbe di procedere (fuori dalle uniche ipotesi contemplate dal comma 8 del suddetto articolo) con la revisione del piano economico-finanziario in relazione a qualsivoglia variazione non imputabile al concessionario, che determini una modificazione dell'equilibrio del PEF.

Con particolare riferimento poi alla possibilità di avvalersi della facoltà di cui all'articolo 207 del TUEL (- Fideiussione -) al fine di garantire il finanziamento per la realizzazione dell'opera, il team di valutazione ha ritenuto legittima una siffatta proposta finalizzata al rilascio della garanzia fideiussoria da parte dell'amministrazione concedente al terzo finanziatore del progetto, Istituto per il credito sportivo.

Ha evidenziato, comunque, opportune cautele idonee a evitare la produzione di una traslazione dei rischi del finanziamento sull'amministrazione concedente neutralizzando gli effetti della fideiussione mediante un riequilibrio del rischio ad esempio con il passaggio immediato al positivo collaudo dell'impianto nel patrimonio comunale (come inserito nello schema di contratto revisionato e aggiornato, all'articolo II, pag. 5).

L'amministrazione, pertanto riconfermava, atualizzando l'interesse pubblico, la natura strategica della concessione per la collettività locale di riferimento.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

All'esito dell'avvio dell'istruttoria, avvenuto con comunicazione del 23.10.2015, le parti formulavano richiesta di audizione per meglio rappresentare i termini della questione prospettata.

A seguito dell'audizione svoltasi in data 3.12.2015 dinanzi l'Ufficio istruttore è pervenuta in data 13.1.2016 una memoria integrativa da parte della ATI Parolini Giannantonio S.p.A., alla quale aderisce anche la stazione appaltante, con cui si ribadiscono le considerazioni già espresse in sede di istanza di parere.

Si soffermano le parti circa la fondatezza della proposta modificativa avanzata sia in termini di fattibilità economico/giuridico/tecnico sia in termini di equilibrio economico-finanziario, meglio precisando che la fattispecie rientra nell'ipotesi di modifiche non sostanziali alle concessioni aggiudicate ma non ancora stipulate e pertanto ammissibili anche sulla scorta dei principi comunitari in tema di aggiudicazione dei contratti di concessione, oggi recepiti nella direttiva 2014/23 UE del Parlamento Europeo e del Consiglio.

Infatti, sostengono le parti che la suddetta direttiva riprende le principali soluzioni sviluppate dalla giurisprudenza comunitaria e fornisce alle pubbliche amministrazioni, all'articolo 43 una indicazione pratica per affrontare circostanze esterne non prevedibili al momento dell'aggiudicazione mediante l'adattamento di un contratto pubblico durante il suo periodo di validità senza ricorrere a una nuova procedura di gara.

Proprio sulla scorta di tale previsione, le parti rappresentano che le modifiche che si rendono necessarie per la realizzazione dell'intervento oggetto di concessione di costruzione e gestione, comportano una modifica di valore di gran lunga inferiore rispetto al limite previsto al comma 1 dell'articolo 43, del 50% del valore originario (pari esattamente al 45,85% sommando algebricamente le opere eliminate e quelle aggiunte ma che in realtà, si compensano esattamente tra loro, annullandosi l'una con l'altra) e non alterano la natura sostanziale dell'intervento originario.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto di parere, in termini generali, verte sulla possibilità o meno, sotto il profilo della legittimità, di operare una variazione al piano economico-finanziario delle concessioni di lavori, anche prima della stipula del contratto di concessione, 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 economica dell'intera operazione.

Per rispondere correttamente al quesito sollevato occorre analizzare il quadro normativo di riferimento e le prospettate modifiche al relativo PEF.

Come noto, l'elemento differenziale ed essenziale di una concessione di lavori rispetto al contratto di appalto consiste nell'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



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

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. St., 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 del rischi (in argomento, ampiamente, determinazione ANAC n. 2 del 2010).

Fermo restando che, l'allocazione del rischio debba permanere sull'operatore economico, si osserva come l'art. 143, comma 8, dell'abrogato Codice appalti ammettesse 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 disposizione sopra citata permette quindi di ritenere che le condizioni di equilibrio economico-finanziario, fissate nel PEF non sono, quindi, immutabili e impermeabili a ogni situazione, riconoscendo alle stazioni appaltanti di poter consentire la modifica del PEF al ricorrere delle due fattispecie contemplate nella norma.

Considerato, altresì, quanto previsto dal successivo comma 8-*bis* dell'art. 143 laddove precisa che, ai fini della applicazione delle disposizioni di cui al comma 8, la convenzione definisce 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. La convenzione contiene, inoltre, una definizione di equilibrio economico finanziario che fa riferimento ad indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito, nonché la procedura di verifica e la cadenza temporale degli adempimenti connessi. Viene, pertanto, riconosciuta ammissibile, in via generale, la modifica delle concessioni al ricorre di due circostanze: che non ci sia alterazione della



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

natura generale della concessione; che le mutate condizioni derivino da circostanze che la stazione appaltante, utilizzando l'ordinaria diligenza, non abbia potuto prevedere.

Orbene, giova ricordare che se le modifiche sopravvenute alle definite condizioni iniziali sono state tali da necessitare la rivalutazione dell'interesse pubblico, con conseguente possibile esercizio dell'autotutela rispetto all'aggiudicazione intervenuta, le mutate circostanze, le possibili diverse caratteristiche del mercato, l'eventuale impatto delle modifiche proposte sulla natura dell'opera e sulle sue qualità essenziali, nonché la valutazione dell'allocazione dei rischi derivante dalle diverse caratteristiche contrattuali, non possono non essere oggetto di una specifica valutazione preliminare da parte dell'amministrazione, nell'esercizio di un potere che le compete in via esclusiva.

In tale ottica, risulta aver operato il Comune di San Martino Buon Albergo ancorché con riferimento alla originaria bozza di contratto non sottoscritto tra le parti. L'amministrazione ha affidato a uno specifico team l'attività valutativa tesa a un vaglio sia in termini di legittimità delle proposte modificative avanzate sia in termini di equilibrio economico-finanziario della conseguente revisione del PEF.

Al fine di definire le questioni giuridiche sottoposte all'Autorità, occorre pertanto valutare se, nel caso in esame, le condizioni e le sopravvenienze evidenziate dalle parti istanti, quali il mutamento del quadro economico finanziario e di gestione nonché il lasso temporale intercorso tra l'aggiudicazione e la sottoscrizione del contratto, al momento ancora pendente, siano tali da consentire le modifiche per la realizzazione dell'intervento oggetto di concessione con revisione del relativo PEF, secondo le modalità e i termini rappresentati.

Occorre, altresì valutare se si possa concretizzare una lesione, anche potenziale, della concorrenza con riferimento alle condizioni di realizzazione e gestione della concessione ora proposte.

Le prospettate modifiche alla realizzazione e alla gestione dell'opera, risultano produrre una rimodulazione cronologica delle lavorazioni previste nel progetto originario, mediante l'immediata esecuzione di interventi nuovi e non previsti nel progetto tecnico originario (quali la realizzazione di una zona dedicata a beauty-farm), per poi prevedere, in una seconda fase, la realizzazione della seconda vasca, entro il termine stabilito di sette anni, conformemente al progetto iniziale ovvero nella possibilità comunque di richiedere al concessionario di porre in essere interventi e/o servizi di diversa natura ma di pari valore economico.

In generale, sulla problematica relativa alle modifiche apportate a una proposta originaria di una concessione, nelle more della sottoscrizione del relativo contratto, tali da incidere in maniera sostanziale sulla modalità di realizzazione dell'opera - la c.d. fasizzazione - e sulle revisionate condizioni contrattuali, l'Autorità, come noto, si è già più volte confrontata, affermando che qualora l'amministrazione pur ritenendo sussistente il permanere dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, accerti, tuttavia, che le modifiche apportate alla proposta e alle previsioni contrattuali siano tali da incidere significativamente sulla natura dell'opera, alterandola nelle sue caratteristiche essenziali, ovvero che le stesse non garantiscano la corretta allocazione dei rischi secondo le prescrizioni normative in materia di concessioni, allora l'iter procedimentale percorso dovrà concludersi e sarà



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

necessario indire una nuova procedura di gara per l'affidamento della concessione (parere del 17.11.2014; parere n. 206 del 25.11.2015).

Nel caso di specie, le previste opere aggiuntive da eseguire in una prima fase di interventi e ritenute utili alla funzionalità complessiva dell'impianto sportivo, seppur considerate dalle parti istanti compensate mediante la posticipata realizzazione della seconda vasca a richiesta dell'amministrazione, appaiono comunque incidenti in maniera significativa sulla natura degli interventi previsti, laddove rispetto al progetto iniziale l'aggiudicatario è chiamato a realizzare lavori nuovi e diversi. Senza, peraltro, considerare che le nuove previsioni contrattuali considerano possibile l'esecuzione di interventi e/o servizi ulteriori e di diversa natura in caso di mancata realizzazione della seconda vasca.

Non appare affatto scongiurata quindi l'ipotesi di vedere realizzato un *vulnus* alla disciplina in materia di concessioni sotto il profilo concorrenziale, con alterazione di fatto dei principi di libera concorrenza, massima partecipazione e *par condicio*.

Perplexità sorgono in ordine alla pretesa necessaria revisione del PEF in relazione al mutato contesto socio-economico di riferimento (dal 2011 al 2014) che ha comportato "riflessi sociali e sui comportamenti delle famiglie importanti, addirittura radicali, che ha ridotto in maniera importante la parte di spesa dedicata allo sport e alle attività ricreative"; ciò non appare, infatti, sostenibile quale evento straordinario e inatteso tale da giustificare una modificazione delle condizioni contrattuali nè confortato dall'art.143, d.lgs. 163/2006 disciplina vigente al momento dell'aggiudicazione.

In un progetto che, come sostenuto dalle parti stanti, costituisce un'infrastruttura d'interesse primario per il territorio e la collettività locale, considerati anche i termini di portata temporale (concessione ventennale), non sembra compatibile l'invocata imprevedibilità del fattore crisi economica e delle mutate condizioni economiche.

Pertanto, sulla scorta di siffatte considerazioni e tenuto conto di quanto già affermato da questa Autorità in tema di variazione al piano economico-finanziario delle concessioni, da cui non si ritiene potersi distaccare, non appaiono ammissibili la revisione del PEF e la rimodulazione del progetto nei termini proposti dalle parti istanti.

In base a tutto quanto sopra rappresentato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che non appaiono ammissibili nei termini proposti dalle parti istanti la revisione del PEF e la rimodulazione del progetto relativo alla concessione di costruzione e gestione di un impianto natatorio presso gli impianti sportivi di Borgo della Vittoria in Comune di San Martino Buon Albergo.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 luglio 2016
Il segretario Maria Esposito