

RC/5712/2019



ROMA

Dipartimento Patrimonio e Politiche Abitative
Direzione

DMA CAPITALE
DIPARTIMENTO PATRIMONIO E
POLITICHE ABITATIVE

21 FEB. 2019

Prot. N° QC.....

- Al Segretariato Generale
Direzione Supporto Giunta e Assemblea
Capitolina
Sede
- All' Avvocatura Capitolina
Sede
- Alla Ragioneria Generale
Sede
- All' Assessore al Patrimonio e Politiche Abitative
Sede

e p.c.

Oggetto: Proposta di deliberazione di iniziativa consiliare presentata dalle Commissioni Consiliari Permanenti I e X: Indirizzi per la rinegoziazione dei mutui contratti con l'I.C.S. e la B.C.C.R. da parte dei concessionari degli Impianti Sportivi Comunali e dei Punti Verde Qualità (prot. n. 4054/2018).

Con riferimento alla proposta di Deliberazione di iniziativa consiliare ex art. 52 del Regolamento Comunale trasmessa da codesto Segretariato Generale con nota prot. n. RC/4162 del 8.02.2019 si evidenzia quanto segue:

- a) in via preliminare, contrariamente a quanto riportato nelle premesse della proposta, a norma dell'art. 15 della Concessione Convenzione con gli Istituti di Credito di cui alla D.G.C. n. 1282/1999, l'avvio della procedura di revoca risultava e risulta subordinato al mancato pagamento *anche di una sola rata del finanziamento concesso* entro il termine perentorio pattuito nel contratto di mutuo. Tale condizione è riportata integralmente anche nelle successive convenzioni attivate con gli Istituti di Credito con D.C.C. n. 148/2006 (art. 16) e D.C.C. n. 149/2006 (art. 15).
- b) Per quanto riguarda la sospensione della revoca all'esito di una eventuale dettagliata istruttoria da parte di un tavolo tecnico-amministrativo, all'uopo istituito, prospettata nella proposta di Deliberazione, giova ricordare che i Punti Verde Qualità configurabili quali concessioni di lavori e servizi, sono regolati dal codice dei contratti di cui al D.lgs n. 50/2016 e pertanto ai sensi dell'art. 80 comma 5 del citato decreto legislativo, come recentemente novellato dall'art. 5 del decreto-legge n. 135 del 2018, convertito nella legge n. 12 del 2019, *le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora*
- comma c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;*
- comma c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni*

sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omissso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;

c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili;

su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa.

In particolare, assumono rilevanza, come riportato dalle Linee Guida n. 6 dell'A.N.A.C. a titolo esemplificativo: l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte, quale si configura il mancato pagamento delle rate di mutuo, e costituenti motivo di decadenza-revoa della concessione.

Appare pertanto di impossibile attuazione il reintegro di tali operatori economici ovvero la ridefinizione di rapporti giuridici ai sensi della normativa vigente in materia di contratti pubblici.

- c) Per quanto attiene nello specifico alla posizione dei concessionari con rate di mutuo non pagate, analogamente non potrà avviarsi alcuna concertazione, in quanto tale atteggiamento configurerebbe un evidente illegittimità e una conseguente grave lesione della *par conditio* e della parità di trattamento rispetto ai concessionari per i quali, precedentemente, si è proceduto alla decadenza-revoa della concessione in ragione dell'esistente stato di morosità. La questione potrebbe altresì assumere rilevanza anche sotto il profilo di un eventuale abuso laddove si prevedano atteggiamenti diversi, e più permissivi rispetto al passato, per la stessa fattispecie giuridica.

Il tavolo tecnico potrà pertanto riguardare esclusivamente i concessionari attivi ed in regola con i pagamenti delle rate di mutuo (escludendo decaduti per morosità ed insolventi), al sottostare delle condizioni di legge previste dal dettato normativo vigente ed in linea con gli indirizzi della Del. C.S. n. 23/2016 e del parere ANAC, considerato che l'interesse pubblico alla regolarizzazione ed alla conservazione degli atti, ancorché invalidi, va ricercato nell'appartenenza al patrimonio capitolino di tali opere

- d) Come riportato nelle premesse della proposta di deliberazione, sono in corso numerosi contenziosi con gli Istituti di Credito nei quali l'AC risulta chiamata in causa in qualità di fidejussore per la copertura del mutuo erogato ai concessionari decaduti resisi inadempienti. Fermo restando la competenza dell'Avvocatura Capitolina e della Ragioneria Generale e la validità delle note fin qui formalizzate, a cui ci si rimanda, non può non evidenziarsi la grave inopportunità della partecipazione dell'AC ad un eventuale tavolo di concertazione tra istituti di credito e concessionari
- e) Nel merito della prospettiva di un'istanza di ridefinizione dei rapporti finanziari – peraltro per i soli concessionari in regola con i pagamenti, dovendosi escludere, come sopra detto, coloro i quali presentano insolvenze di qualunque entità oltre che i decaduti – occorre precisare che trattandosi di concessioni pubbliche, vi è assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione, intendendosi per "rischio operativo" quello "legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi"

La disposizione codicistica precisa ancora che: *"si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile"*.

Pertanto la fondatezza della domanda di revisione del piano economico finanziario deve tenere inevitabilmente conto - caso per caso - se l'eccessiva onerosità lamentata e sopravvenuta dipenda da avvenimenti straordinari e imprevedibili, non riconducibili al normale rischio accettato dal privato, in quanto naturalmente connesso al rapporto contrattuale instauratosi.

Infatti per quanto delineato dal D.Lgs. n. 50/2016 *devono ritenersi rientranti nell'alea normale del contratto tutti quegli avvenimenti esterni che comportano fluttuazioni dei ricavi gestionali che, pur essendo significative, non possono tuttavia considerarsi straordinari in relazione all'andamento del mercato di riferimento e sono prevedibili in un arco temporale di gestione ordinariamente medio lungo* (Sentenza Consiglio di Stato n. 3653/2016).

In altri termini, nell'ambito di un contratto di concessione di costruzione e gestione (quale risulta essere il programma Punti Verde Qualità), le condizioni dell'attività di gestione sono destinate quasi in via ordinaria a subire modifiche nel corso del tempo, in relazione a una molteplicità diversificata di eventi, anche in considerazione dell'ampiezza del periodo temporale di riferimento.

Per consentire una modifica delle condizioni di equilibrio del piano economico-finanziario, la stessa deve avere portata eccezionale, in relazione alla sua natura, intensità e durata.

Infatti, come più volte sottolineato anche dal consesso amministrativo, la valutazione in ordine al ricorrere di tali condizioni di eccezionalità deve essere particolarmente attenta e rigorosa al fine di evitare uno snaturamento del concetto di rischio operativo e, quindi, della stessa nozione di concessione.

In particolare, l'eventuale ridefinizione dei rapporti finanziari dovrà discendere da una verifica puntuale e in concreto del tipo di contratto considerato, e richiede inoltre la sussistenza di due necessari requisiti: da un lato, un intervenuto squilibrio tra le prestazioni non previsto al momento della conclusione del contratto; dall'altro, la riconducibilità della eccessiva onerosità sopravvenuta ad eventi straordinari ed imprevedibili, che non rientrano nell'ambito della normale alea contrattuale. Il carattere della straordinarietà è di natura oggettiva, e andrà qualificare un evento in base all'apprezzamento di elementi suscettibili di misurazioni, quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità, tali da consentire attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di carattere statistico.

In conclusione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 49 del D.Lgs. 267/2000 e ss.mm.ii., e per quanto di competenza dello scrivente Dipartimento, si esprime parere contrario.

Il Direttore
Dott. Aldo Barletta

