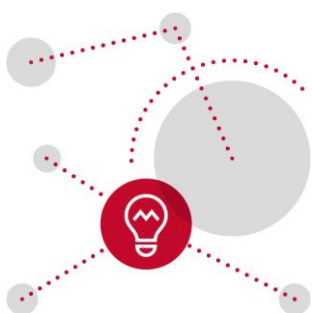


Focus Team Energia, Reti e Infrastrutture

27 Marzo 2020

Emergenza Covid-19: tutele e rimedi per concessionari e gestori nell'ambito di concessioni e PPP

Focus Team Energia, Reti e Infrastrutture



Focus Team Leader

Mario Roli

mario.roli@belex.com

tel. +39-02-77113306



Autori

Giorgio Frasca

giorgio.frasca@belex.com

Tel +39-06-84551279

Giovanna Zagaria

giovanna.zagaria@belex.com

Tel +39-06-84551275

Beatrice Corda

beatrice.corda@belex.com

Tel +39-06-84551413

1. Introduzione

La situazione di emergenza originata dalla rapida diffusione del Covid-19 sta causando effetti significativi sullo svolgimento di attività economiche nel territorio italiano, anche per via delle **numerose e drastiche restrizioni imposte dal Governo e dalle autorità di settore**, che hanno riguardato — in via più o meno diretta, a seconda del settore di riferimento — anche le **concessioni** e, più in generale, i **contratti di partenariato pubblico-privato** (cd. PPP).

La presente nota si offre di fornire alcune considerazioni preliminari e di carattere generale in merito ai possibili rimedi e tutele a disposizione di concessionari e gestori rispetto agli impatti negativi di tale situazione emergenziale nell'ambito dei rapporti di concessione (siano essi di lavori o di servizi) e PPP (a seconda del caso).

Si esaminano di seguito i due profili di maggiore interesse, ossia:

- a) la possibilità per il concessionario (gestore) di **non incorrere in responsabilità** per il mancato rispetto di obblighi e livelli minimi di servizio, e
- b) la facoltà di attivare la procedura di **revisione straordinaria del piano economico finanziario**.

2. Esclusione di responsabilità per mancato rispetto di obblighi convenzionali e livelli minimi del servizio

Ai fini dell'analisi di questo profilo, prima ancora di esaminare le specifiche previsioni adottate nell'ambito dell'emergenza Covid-19, è opportuno prendere le mosse dai principi generali in materia di responsabilità contrattuale, in quanto gli stessi trovano applicazione anche ai rapporti concessori e PPP, in assenza di previsioni ad hoc.

2.1 Principi generali dell'ordinamento

- a) Impossibilità sopravvenuta e factum principis

La previsione cardine in materia di inadempimento è l'art. 1218 c.c., in forza del quale il debitore che non adempia regolarmente alle proprie obbligazioni **risponde del danno cagionato per effetto del mancato o ritardato adempimento, salvo che la prestazione sia divenuta impossibile per una causa a lui non imputabile.**

Tale concetto è ripreso dall'art. 1256 c.c., in forza del quale, qualora l'impossibilità sia definitiva, l'obbligazione si estingue, mentre se temporanea (ossia dipendente da una causa prevedibilmente transitoria), esonera il debitore dalla responsabilità sino al venir meno dell'evento impeditivo.

Queste previsioni trovano applicazione a condizione che l'evento che ha reso impossibile la prestazione sia imprevedibile e sopravvenuto e non sia imputabile al debitore, né sia controllabile o rimediabile da quest'ultimo.

Tra gli eventi tipicamente ricondotti all'impossibilità sopravvenuta vi è il *factum principis*, ossia l'adozione di un provvedimento legislativo o amministrativo dettato da interessi generali che renda oggettivamente impossibile la prestazione, indipendentemente dal comportamento dell'obbligato. Tale principio vale ad esimere la responsabilità del debitore a condizione che egli abbia, nei limiti della ordinaria diligenza e della ragionevolezza, sperimentato tutti gli strumenti a sua disposizione per vincere o rimuovere la resistenza o il rifiuto della pubblica autorità o adottare una soluzione alternativa.

b) Buona fede e correttezza

Degni di nota sono altresì i principi di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. che, anche in base all'interpretazione offerta negli ultimi anni dalla giurisprudenza, **impongono alle parti di comportarsi secondo diligenza, lealtà e onestà anche nella fase esecutiva del contratto, cooperando, intervenendo e, se del caso, tollerando, anche in assenza di specifiche pattuizioni**, ove ciò sia necessario per tutelare gli interessi contrattualmente protetti che siano stati o possano altrimenti essere lesi dall'evolversi della situazione di fatto durante l'esecuzione del rapporto.

2.2 Previsioni ad hoc adottate nell'ambito dell'emergenza Covid-19 e clausole negoziali di forza maggiore

In aggiunta ai principi generali, con specifico riferimento all'emergenza Covid-19, giova segnalare:

a) l'Art. 91 del D.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "Cura-Italia")

Tale previsione ha stabilito che il rispetto delle misure di contenimento del Covid-19 di cui al D.l. 6/2020 è sempre valutato **ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati od omessi adempimenti.**

Il fatto che la norma si limiti a prevedere che il rispetto delle misure di contenimento sia “valutato” ai fini dell’esclusione della responsabilità del debitore porta a ritenere che tali circostanze non hanno una rilevanza “automatica” al fine appena indicato; tuttavia — poiché tale valutazione deve essere “sempre” condotta, e tenuto conto anche della eccezionalità della situazione disciplinata dalla normativa in discussione e dell’impatto che ne può derivare a livello macroeconomico — è ragionevole ritenere che la norma intenda stimolare una particolare attenzione alle circostanze di cui sopra, sia ad opera delle parti sia del giudice eventualmente investito di una controversia sul punto, anche attraverso un’interpretazione o attuazione più ampia o flessibile dei principi dell’ordinamento che consentono l’esonero o la riduzione della responsabilità del debitore sulla cui prestazione incidano eventi imprevisi.

Giova rilevare che la norma richiama non l'emergenza sanitaria in sé, ma le specifiche misure restrittive adottate dal Governo: quindi, dovrà aversi riguardo all'impatto concreto delle misure sul singolo rapporto e ai fini dell'esclusione della responsabilità l'inadempimento andrà collegato in modo puntuale a una di tali misure.

b) Provvedimenti delle autorità di settore

Con specifico riguardo al rispetto degli standard di qualità previsti dai singoli provvedimenti dell'autorità nei settori del **servizio idrico integrato**, dei **servizi di teleri-scaldamento e teleraffrescamento**, dell'**energia elettrica** e del **gas naturale**, con la Delibera 59/2020/R/COM l'ARERA ha previsto che l'emergenza epidemiologica da Covid-19 possa configurare una “causa di forza maggiore” ed esonerare dall’obbligo di corresponsione dell’indennizzo per il mancato rispetto degli standard qualitativi e prestazionali a carico dei gestori.

Anche tale previsione, pur non prevedendo un’automatica esenzione da responsabilità, sembra intenda stimolare una particolare considerazione della situazione emergenziale in atto, che andrà comunque valutata caso per caso alla luce degli elementi di fatto concretamente rinvenibili.

c) Clausole contrattuali di “Forza Maggiore”

Un istituto generale di largo utilizzo nella prassi negoziale anche nei settori di elezione di convenzioni e PPP è quello della **forza maggiore**, intesa come evento o circostanza di carattere straordinario e non prevedibile, fuori dalla sfera di controllo dell’obligato e impeditivo della prestazione.

In proposito, spesso all’interno dei singoli rapporti negoziali le parti inseriscono una disciplina ad hoc descrivendo quali sono gli eventi e circostanze, di carattere eccezionale e imprevedibile, in presenza dei quali si verifica la **sospensione** (o, a seconda del caso, **riduzione**) delle prestazioni o, qualora la situazione divenga definitiva e non rimediabile, sorge il diritto a **risolvere** il contratto.

2.3 Considerazioni

Appurato (e su questo non vi sono dubbi) che l'emergenza sanitaria in atto rappresenta un evento di carattere **straordinario** e **imprevedibile**, rispetto al caso concreto bisognerà anzitutto verificare se vi siano clausole di forza maggiore (o similari) a cui poter far riferimento **per richiedere la sospensione/interruzione della prestazione senza incorrere in responsabilità**.

In **assenza di rimedi previsti a livello contrattuale**, bisognerà valutare se le conseguenze di tale emergenza (o le specifiche misure restrittive adottate dal Governo) siano idonee, e in che misura, a impedire o limitare lo svolgimento della prestazione da parte del concessionario (gestore) e se quest'ultimo, nei limiti dell'ordinaria diligenza e della ragionevolezza, sia in grado di **rimuovere** o **limitare** la causa impeditiva o adottare una soluzione alternativa.

In proposito, sembra ad esempio ragionevole ritenere che, laddove vi sia una misura restrittiva che stia di fatto impedendo in modo diretto, assoluto e oggettivamente insuperabile la prosecuzione delle attività, alla luce dei criteri sopra riportati **vi siano gli estremi per un'esclusione della responsabilità** del concessionario (gestore) inadempiente, anche ai fini dell'applicazione di penali o sanzioni.

Più in generale, anche per i rapporti in cui l'impedimento non appaia di carattere assoluto o insuperabile o non dipenda strettamente da una specifica misura restrittiva del Governo, ferma la necessità di operare una valutazione caso per caso e che tenga conto anche della specifica disciplina regolatoria e contrattuale, **è legittimo attendersi che vi sarà una particolare cautela nella valutazione di eventuali inadempimenti da parte di concessionari e gestori che siano stati causati, direttamente o indirettamente, dalla situazione emergenziale in atto**.

Tuttavia, almeno per quei servizi e attività di interesse pubblico, soprattutto per i servizi essenziali e quelli connessi a bisogni primari (ex servizi pubblici locali), **dovrà altresì tenersi conto della necessità che sia sempre assicurato un livello minimo di servizio e in adeguate condizioni di sicurezza e salute**. Pertanto, in tali ipotesi, il concessionario (gestore) dovrà prestare particolare cautela nel valutare eventuali sospensioni/limitazioni del servizio o dei lavori, perché la valutazione delle esimenti da responsabilità sopra descritte sarà necessariamente più rigorosa.

Infine, nel valutare eventuali sospensioni/limitazioni del servizio o dei lavori, dovrà altresì tenersi conto dei conseguenti impatti sui meccanismi di recupero/remunerazione dell'investimento o del servizio. In proposito, ferme le necessarie valutazioni caso per caso sulla base della specifica disciplina contrattuale e regolatoria di riferimento, in linea generale si noti che, in base ai principi generali sopra riportati in materia di impossibilità sopravvenuta, la parte liberata dalla prestazione (nel caso di impossibilità definitiva) o la cui obbligazione sia

sospesa o ridotta (nel caso, rispettivamente, di impossibilità temporanea o parziale) non può chiedere la controprestazione o, rispettivamente, ne subisce una corrispondente riduzione.

3. La revisione straordinaria del piano economico-finanziario

3.1 Definizione di equilibrio economico-finanziario

Principio cardine delle concessioni e dei contratti PPP è il mantenimento del cd. **equilibrio economico-finanziario del rapporto**, inteso come **sostenibilità finanziaria** (capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso di eventuali finanziamenti) e **convenienza economica** (capacità di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato in relazione al capitale investito), ferma la corretta allocazione dei rischi tra pubblico e privato e il mantenimento in capo al concessionario (gestore) del cd. rischio operativo.

Spesso le concessioni prevedono strumenti per il monitoraggio e verifica delle condizioni di equilibrio, per esempio mediante la previsione di parametri economici e finanziari stabiliti in sede di predisposizione del piano economico-finanziario e che vengono poi misurati periodicamente durante la fase esecutiva del rapporto.

3.2 La procedura di riequilibrio del piano economico-finanziario

Premesso quanto sopra, già a livello normativo (vedasi artt. 165 e 182 del D.lgs 50/2016, rispettivamente con riferimento a concessioni e PPP) è previsto che, laddove intervengano eventi o circostanze non riconducibili al concessionario (gestore) e che incidano sull'equilibrio economico finanziario del rapporto, sia possibile procedere alla revisione del piano economico finanziario, al fine di ripristinare le condizioni di equilibrio e ferma la permanenza dei rischi trasferiti in capo al concessionario (gestore).

Inoltre, dette norme prevedono espressamente che, in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono **recedere dal contratto** e il **concessionario** ha conseguentemente diritto a ricevere un **indennizzo** pari a:

- a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario, e
- b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse.

Molto spesso le convenzioni e i contratti di PPP disciplinano nel dettaglio questi aspetti, con particolare riferimento a:

- a) **le cause di riequilibrio.** Usualmente e in linea con l'interpretazione condivisa delle norme sopra citate, queste cause vengono individuate in **eventi e circostanze di carattere eccezionale, imprevedibile e fuori dalla sfera di controllo del concessionario/gestore** che siano idonei ad comportare un significativo squilibrio. Spesso, le convenzioni o i piani economico finanziari prevedono criteri volti a favorire una verifica oggettiva di materialità dello squilibrio;
- b) la **procedura di revisione straordinaria del piano economico finanziario** e le misure di riequilibrio consentite. In proposito, le misure solitamente ammesse sono la **rimodulazione** degli investimenti, gli **interventi straordinari in tariffa** o, nella misura e nei limiti consentiti dalla norme applicabili, l'**estensione della durata del rapporto** o l'**accesso a contributi/fondi pubblici**;
- c) le conseguenze in caso di **mancato accordo sulle misure di riequilibrio**. In proposito, alcune convenzioni prevedono **metodi specifici** per il calcolo dell'indennizzo e previsioni relative all'individuazione dei soggetti tenuti al pagamento e alle modalità e termini per il versamento dell'indennizzo nonché in merito all'eventuale subentro di nuovo concessionario/gestore.

Secondo taluna giurisprudenza, le disposizioni normative e contrattuali che prevedono il diritto di recesso configurano una **mera facoltà del concessionario di risolvere il rapporto**, fermo restando il diritto di quest'ultimo di agire in giudizio avverso il mancato adempimento del concedente all'obbligo di dare corso alla revisione del piano economico finanziario.

3.2 Considerazioni

In merito a quanto precede, assodato che l'emergenza sanitaria in atto rappresenta un evento di carattere straordinario e imprevedibile, sulla base della definizione di causa di revisione del piano economico finanziario usualmente applicata ai rapporti concessori e di PPP, è ragionevole ritenere che, laddove tale situazione generi in concreto una situazione di squilibrio economico-finanziario del piano economico-finanziario, il concessionario abbia facoltà di attivare la procedura di revisione straordinaria per ottenere il ripristino delle condizioni di equilibrio.

L'aspetto cruciale di tale analisi è la verifica degli impatti in concreto dell'emergenza sanitaria (e delle misure governative) sul singolo rapporto, tenuto conto anche dei parametri e criteri eventualmente stabiliti dal piano economico finanziario o dal contratto per la verifica delle condizioni di equilibrio economico-finanziario, nonché la durata di tale situazione emergenziale. In proposito, è prevedibile che un eventuale protrarsi della situazione e delle misure restrittive incrementi il

rischio di alterazione dell'equilibrio economico-finanziario e, dunque, la possibilità di attivare la procedura di revisione straordinaria.

4. Conclusioni

In ragione anche della eterogeneità dei rapporti concessori e di PPP nonché dei settori di riferimento, resta inteso che **ogni valutazione rispetto a entrambi i profili sopra esaminati andrà svolta in concreto e rispetto al caso specifico**, tenuto conto della disciplina convenzionale, dello specifico quadro regolatorio, del concreto impatto sul singolo rapporto dell'emergenza in atto e delle misure restrittive del Governo, nonché dell'effettiva durata di tale situazione emergenziale



Focus Team Energia, Reti e Infrastrutture

Il Focus Team è una costellazione di competenze in diversi ambiti di attività con focus su energia, reti e infrastrutture.

Mario Roli

Societario

Niccolò Baccetti

Societario

Riccardo Biciato

Bancario e Finanziario

Elena Busson

Societario

Roberto Cera

Societario

Paolo Daino

Societario e Contenzioso

Gabriele Malgeri

Bancario e Finanziario

Giuseppe Manzo

Societario

Fulvio Marvulli

Societario

Massimo Merola

Antitrust

Barbara Napolitano

Societario

Luca Perfetti

Amministrativo

Alberto Saravalle

Societario

Andrea Silvestri

Tributario

Catia Tomasetti

Bancario e Finanziario

Roberto Flammia

Bancario e Finanziario

Alessandro Rosi

Amministrativo

Livia Cocca

Societario

Giorgio Frasca

Bancario e Finanziario

Giovanna Zagaria

Bancario e Finanziario

Giulio Mazzotti

Tributario