

# Spending review nel settore sanitario e nella finanza di progetto: le novità introdotte dal D.L. 19 giugno 2015, n. 78, convertito con modificazioni in Legge 6 agosto 2015, n. 215

## Contenuti

1. Rinegoziazione dei Servizi relativi a contratti in essere
2. Rinegoziazione delle forniture di dispositivi medici relativi a contratti in essere
3. Commenti preliminari alle novità introdotte dalla Legge n. 125/2015

Il 15 agosto 2015 é entrata in vigore la Legge 6 agosto 2015 n. 125, di conversione del D.L. n. 78/2015. La legge contiene nuove misure finalizzate alla riduzione e razionalizzazione della spesa pubblica, anche nel settore della sanità, che incidono per la prima volta anche sulle concessioni di lavori pubblici.

In particolare, l'articolo 9-ter della Legge n. 125/2015 impone agli enti del Servizio sanitario nazionale di proporre ai fornitori la rinegoziazione dei contratti in essere, sia per quanto riguarda i servizi, che per le forniture, al fine di consentire una riduzione su base annua del 5% del valore complessivo dei contratti.

## 1. Rinegoziazione dei Servizi relativi a contratti in essere

L'art. 9-ter della Legge n. 125/2015, al primo comma, lett. a) prevede testualmente che *“per l'acquisto dei beni e servizi di cui alla tabella A allegata al presente decreto, gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti in essere che abbia l'effetto di ridurre i prezzi unitari di fornitura e/o i volumi di acquisto, rispetto a quelli contenuti nei contratti in essere, e senza che ciò comporti modifica della durata del contratto, al fine di conseguire una riduzione su base annua del 5 per cento del valore complessivo dei contratti in essere”*.

La tabella A include tra gli altri i più comuni servizi prestati nell'ambito delle concessioni nel settore sanitario tra cui: lavanderia, pulizia, mensa, riscaldamento, assistenza informatica, trasporti (non sanitari), smaltimento rifiuti, utenze telefoniche, utenze elettricità, manutenzione edile ed impiantistica.

Il secondo comma del medesimo articolo stabilisce che le disposizioni di cui al sopra citato comma 1, lettera a) si applicano anche *“alle concessioni di lavori pubblici, alla finanza di progetto, alla locazione finanziaria di opere pubbliche e al contratto di disponibilità”*, di cui al Titolo III, Capo III, del D.Lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii. (il “Codice dei Contratti Pubblici”).

Inoltre, in deroga all'articolo 143, comma 8, del Codice dei Contratti Pubblici, la Legge n. 125/2015 dispone che la rinegoziazione delle condizioni contrattuali non comporta la revisione del piano economico finanziario dell'opera, fatta salva la possibilità per il concessionario di recedere dal contratto. In tale ipotesi, in virtù del rinvio operato al successivo quarto comma del medesimo articolo 9-ter, il concessionario ha diritto di recedere *“entro trenta giorni dalla comunicazione della manifestazione di volontà di operare la riduzione, senza alcuna penalità da recesso verso l'amministrazione”*.

Il diritto di recesso è riconosciuto anche all'amministrazione. Recita infatti il quarto comma che nell'ipotesi di mancato accordo con i fornitori entro il termine di trenta giorni dalla trasmissione della proposta in ordine ai prezzi o ai volumi come individuati ai sensi del comma 1, gli enti del Servizio sanitario nazionale hanno diritto di recedere dal contratto, in deroga all'articolo 1671 del codice civile, *“senza alcun onere a carico degli stessi”*.

## 2. Rinegoziazione delle forniture di dispositivi medici relativi a contratti in essere

Quanto previsto per i contratti per l'acquisto dei beni e servizi di cui alla tabella A della Legge n. 125/2015 è altresì applicato ai contratti di fornitura di dispositivi medici.

Recita, infatti, l'art. 9-ter, comma 1, lett. (b) che: *“al fine di garantire, in ciascuna regione, il rispetto del tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici fissato, coerentemente con la composizione pubblico-privata dell'offerta, con accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, da adottare entro il 15 settembre 2015 e da aggiornare con cadenza biennale, fermo restando il tetto di spesa nazionale fissato al 4,4 per cento, gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti a proporre ai fornitori di dispositivi medici una rinegoziazione dei contratti in essere che abbia l'effetto di ridurre i prezzi unitari di fornitura e/o i volumi di acquisto, rispetto a quelli contenuti nei contratti in essere, senza che ciò comporti modifica della durata del contratto stesso”*.

Ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui alla citata lettera b) del comma 1, e nelle more dell'individuazione dei prezzi di riferimento da parte dell'ANAC, il Ministero della salute mette a disposizione delle regioni i prezzi unitari dei dispositivi medici presenti nel nuovo sistema informativo sanitario ai sensi del decreto del Ministro della salute 11 giugno 2010, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 175 del 29 luglio 2010.

In caso di mancato accordo circa i termini della rinegoziazione, sia il concessionario che l'ente del Servizio sanitario hanno diritto di recedere dal contratto, ai medesimi termini descritti al precedente paragrafo 1 del presente documento.

### 3. Commenti preliminari alle novità introdotte dalla Legge n. 125/2015

Le novità introdotte dall'art. 9-ter del D.L. n. 78/2015, convertito nella legge n. 125/2015 possono avere un impatto negativo rilevante sulle concessioni di costruzione e gestione di lavori pubblici nel settore ospedaliero, finanziate in *project financing*, attualmente in essere.

Come si è detto sopra infatti, a decorrere dal 15 agosto 2015 è stato esteso ai concessionari di lavori pubblici l'obbligo degli enti del Servizio sanitario di rinegoziare la riduzione su base annua del 5% dei prezzi unitari di fornitura e/o i volumi di acquisto dei servizi (precedentemente imposto soltanto agli appaltatori di contratti di servizi e fornitura).

#### 3.1. Il mancato diritto al riequilibrio in caso di prosecuzione del rapporto concessorio

La rinegoziazione delle condizioni contrattuali non dà titolo né alla modifica del contratto né alla revisione del piano economico finanziario. Questo in aperta deroga al principio sancito all'art. 143, comma 8, del Codice dei Contratti Pubblici, in forza del quale il concessionario ha sempre diritto alla revisione del piano economico finanziario in caso di sopravvenuti mutamenti normativi che incidano sull'equilibrio economico finanziario della convenzione.

In base all'art. 9-ter, il concessionario è costretto ad operare una scelta:

- (a) proseguire il rapporto concessorio, accettando le nuove condizioni e termini di pagamento del corrispettivo dei servizi richieste dall'amministrazione concedente, sulla base di un piano economico e finanziario alterato rispetto a quello originario e senza il diritto al riequilibrio e senza il riconoscimento di alcuna utilità aggiuntiva; oppure
- (b) recedere dal rapporto concessorio, ritenendo il diritto di ricevere l'indennizzo previsto dall'articolo 158 del Codice dei Contratti Pubblici.

L'impossibilità di ottenere il riequilibrio si riflette direttamente sul sinallagma che caratterizza i rapporti concessori. Come noto, infatti, ai sensi dell'articolo 3, comma 11 del Codice dei Contratti Pubblici, nelle concessioni di lavori pubblici il corrispettivo per la realizzazione dell'opera da parte del soggetto privato è costituito dal diritto di gestire e di sfruttare economicamente l'opera con la garanzia che sia assicurato, durante tutto il periodo di vigenza del rapporto concessorio, il mantenimento dell'equilibrio economico finanziario della convenzione.

### 3.2. La nuova disciplina del diritto di recesso

Un'altra significativa novità riguarda la disciplina delle conseguenze economiche derivanti dal mancato accordo sulle condizioni e modalità di riduzione i prezzi unitari di fornitura e/o i volumi di acquisto. Più in particolare, per effetto del combinato disposto dei commi 2 e 4 dell'articolo 9-ter della Legge n. 125/2015, in caso di mancato accordo sulla rinegoziazione del contratto di concessione, sia il concessionario che l'amministrazione hanno diritto di recedere dal contratto.

#### 3.2.1 Recesso del concessionario

Nel caso in cui il recesso sia esercitato dal concessionario, l'art 9-ter si limita a statuire che:

- (a) entro trenta giorni dalla comunicazione della manifestazione di volontà di operare la riduzione, il concessionario ha diritto di recedere "senza alcuna penalità da recesso verso l'amministrazione";
- (b) il recesso è comunicato all'amministrazione e ha effetto decorsi trenta giorni dal ricevimento della relativa comunicazione da parte di quest'ultima.

Poiché l'art. 9-ter null'altro dispone, resta valida la disposizione dell'articolo 158 del Codice dei Contratti Pubblici e quanto previsto nella prassi negoziale di settore, secondo cui il concessionario, in caso di recesso, ha diritto al pagamento delle somme previste dalle lett. (a) e (b) dell'art. 158, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici (ossia 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).

Si realizza pertanto un effetto controproducente che incoraggia il concessionario a recedere dal rapporto invece che a continuare nel servizio. Infatti, mentre nel caso di proseguimento del rapporto concessorio il concessionario sarebbe penalizzato, senza alcun diritto al riequilibrio, nel caso di recesso il suo diritto all'indennizzo resterebbe pieno ed immutato. Il recesso, d'altro canto, porrebbe il concessionario di fronte alla prospettiva di dover incassare un credito molto ingente dall'amministrazione concedente, la quale a sua volta non avrebbe la possibilità di reperire le relative risorse economiche senza violare i vincoli della finanza pubblica.

#### 3.2.2 Recesso dell'amministrazione

Qualora, invece, il recesso sia esercitato dall'ente del servizio sanitario, il comma 4 dell'art. 9 ter prevede che in tal caso non sia posto "alcun onere" a carico dell'amministrazione. In questa ipotesi, non è affatto chiaro quale "onere" l'amministrazione abbia diritto di non pagare al concessionario.

Al riguardo, volendo assimilare il recesso del concedente all'ipotesi di revoca per pubblico interesse, in base all'articolo 158 del Codice dei Contratti Pubblici<sup>1</sup> l'amministrazione sarebbe normalmente tenuta a pagare:

- (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;
- (b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione; e

<sup>1</sup> L'Art. 158 del Codice dei Contratti Pubblici prevede che: "1. Qualora il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del soggetto concedente ovvero quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblico interesse, sono rimborsati al concessionario: 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; b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione; c) un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario. 2. Le somme di cui al comma 1 sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e dei titolari di titoli emessi ai sensi dell'art. 157, limitatamente alle obbligazioni emesse successivamente alla data di entrata in vigore della presente disposizione e sono indisponibili da parte di quest'ultimo fino al completo soddisfacimento di detti crediti".

Il presente documento viene consegnato esclusivamente per fini divulgativi.

Esso non costituisce riferimento alcuno per contratti e/o impegni di qualsiasi natura.

Per ogni ulteriore chiarimento o approfondimento Vi preghiamo di contattare:

Milano

**Ottaviano Sanseverino**  
Tel. +39 02 763741  
osanseverino@gop.it

**Miriam Loizzi**  
Tel. +39 02 763741  
mloizzi@gop.it

Roma

Milano

Bologna

Padova

Torino

Abu Dhabi

Brussels

Hong Kong

London

New York

www.gop.it

(c) un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario.

Non è chiaro pertanto se “alcun onere” sia riferibile a tutte e tre le voci sopra citate, oppure più probabilmente alle sole lettere (b) e (c), ovvero alla sola lettera (c).

### 3.3. Prezzi unitari di fornitura e rinegoziazione dei volumi

Altro dubbio di natura applicativa riguarda il riferimento ai “prezzi unitari di fornitura” su cui dovrà essere operata la riduzione del relativo corrispettivo dei servizi.

Si evidenzia infine che l’art. 9-ter prevede la possibilità che la rinegoziazione avvenga riducendo i “prezzi unitari e/o i volumi di acquisto”. In tale scenario, a tutela delle ragioni di credito del concessionario, questi dovrebbe avere quantomeno il diritto di discutere con l’amministrazione concedente la riduzione dei volumi dei servizi invece che dei prezzi unitari.

Resta tuttavia il dubbio che nel caso di insistenza dell’amministrazione concedente, si realizzi il “mancato accordo” che ai sensi del comma 4 dà diritto al recesso sia al concessionario che all’amministrazione concedente. Con le conseguenze, in termini di indennizzo che abbiamo illustrato al precedente paragrafo 3.2.

### 3.4. Eventuale impatto sul canone di disponibilità

Infine, sulla base di una prima lettura della legge di conversione, sembrerebbe che la riduzione del corrispettivo secondo le modalità descritte nel più volte citato art. 9-ter non imponga la rinegoziazione anche del cd. canone di disponibilità, che nella prassi negoziale delle convenzioni ospedaliere viene riconosciuto al concessionario durante la fase di gestione per remunerare una quota parte di investimento non coperto dal contributo pubblico erogato in corso d’opera.

\* \* \* \* \*

Alla luce di quanto sopra descritto, in via preliminare appaiono evidenti i potenziali riflessi negativi sulle concessioni in essere, nonché le incertezze interpretative derivanti dalla lettura dell’art. 9-ter della Legge n. 215/2015.

La norma presenta anche profili di incostituzionalità poiché interviene su contratti in corso di esecuzione con effetto retroattivo, alterando l’equilibrio contrattuale raggiunto tra le parti e modificando contratti pubblici aggiudicati procedure di evidenza pubblica.

In relazione a tutti tali profili ci riserviamo di formulare più approfondite osservazioni, in sede di applicazione della norma ai singoli rapporti concessori in essere.

INFORMATIVA EX ART. 13 D. LGS. 196/2003 - Codice in materia di protezione dei dati personali

I dati personali oggetto di trattamento da parte dallo studio legale Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners (lo “Studio”) sono quelli liberamente forniti nel corso di rapporti professionali o di incontri, eventi, workshop e simili, e vengono trattati anche per finalità informative e divulgative. La presente newsletter è inviata esclusivamente a soggetti che hanno manifestato il loro interesse a ricevere informazioni sulle attività dello Studio. Se Le fosse stata inviata per errore, ovvero avesse mutato opinione, può opporsi all’invio di ulteriori comunicazioni inviando una e-mail all’indirizzo: [relazioniesterne@gop.it](mailto:relazioniesterne@gop.it). Titolare del trattamento è lo studio Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners, con sede amministrativa in Roma, Via delle Quattro Fontane 20.