



DELIBERA N. 203 del 27 aprile 2022

Oggetto

Ipotesi di affidamento di una parte dei lavori da parte del concessionarioOMISSIS..... al consorzioOMISSIS..... e possibilità per quest'ultimo di ricorrere al subappalto - Richiesta parere congiunta diOMISSIS..... eOMISSIS.....

AG 4-2022

Riferimenti normativi

Artt. 5, 174 e 175 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Concessione - Affidamento in house – variazioni contrattuali – consorzio - ristrutturazione societaria – subappalto.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'Adunanza del 27 aprile 2022

Premessa

Con nota pervenuta in data 11 aprile 2022, acquisita al prot. n. 26728, le societàOMISSIS..... (in qualità di concedente) eOMISSIS..... (in qualità di concessionario) hanno sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine alle questioni indicate in oggetto.

Più in dettaglio, nell'istanza di parere è stato rappresentato cheOMISSIS....., affidataria delle concessioni per la costruzione e gestione della rete passiva a banda ultra larga di proprietà pubblica, ha manifestato al concedente la volontà di (i) affidare direttamente parte dei lavori nelle aree oggetto di concessione ad un Consorzio che rispetti i presupposti dell'*in house* ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 50/2016; (ii) di ricorrere al subappalto, da parte del predetto Consorzio, nei termini e alle condizioni previste dall'art. 105 del Codice.

Il concedenteOMISSIS..... ha ritenuto ammissibile la modalità di esecuzione dei lavori proposta daOMISSIS....., tenuto conto del fatto che tale società è attualmente in possesso di adeguata qualificazione per la realizzazione dei lavori oggetto di affidamento e che la scelta di affidare o meno gli stessi a terzi, mediante procedura di gara, non è stata oggetto di valutazione ai fini dell'aggiudicazione delle concessioni. Il concedente ha invece manifestato dei dubbi di conformità alla disciplina del Codice, in ordine alla possibilità per il Consorzio neocostituito di affidare in subappalto parte dei lavori. Tuttavia, alla luce dell'acquisizione della qualificazione per l'esecuzione diretta dei lavori, la societàOMISSIS..... ha ritenuto di chiedere, sul punto, l'avviso dell'Autorità.

A tali fini, nell'istanza di parere è stato rappresentato quanto segue:

- I bandi per l'affidamento delle "concessioni di costruzione e gestione di una infrastruttura passiva a banda ultra larga nelle aree bianche" prevedevano la possibilità per il concorrente di provvedere

direttamente all'esecuzione dei lavori se in possesso di adeguata qualificazione SOA, con contestuale obbligo, in tal caso, di affidare a terzi appalti di lavori per una percentuale non inferiore al 30% del valore globale dei lavori oggetto della concessione e di indicare l'eventuale quota di subappalto ai sensi dell'art. 174 del Codice;

-OMISSIS..... al momento della gara non era in possesso della necessaria qualificazione, pertanto, in sede di offerta, ha dichiarato che avrebbe appaltato a terzi tutti i lavori previsti in concessione. Tale circostanza non è stata oggetto di specifica valutazione da parte diOMISSIS..... sia in sede di prequalifica, sia in sede di aggiudicazione, non essendo elemento qualificante dell'offerta.
- Successivamente all'aggiudicazione,OMISSIS..... ha svolto procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento a terzi dei lavori oggetto di affidamento, per un valore complessivo di 2 miliardi di euro. Il ricorso al mercato, tuttavia, si è rivelato insufficiente a soddisfare le esigenze del concessionario per la realizzazione della rete, posto che le imprese selezionate hanno dimostrato una carenza strutturale di manodopera per far fronte agli impegni assunti. Situazione che potrebbe acuirsi con l'aumento della richiesta di maestranze legata all'attuazione del PNRR.
- Conseguentemente il concessionario, nel frattempo qualificatosi per la realizzazione in proprio dei lavori, ha costituito un consorzio,OMISSIS....., al fine di provvedere alla realizzazione della rete in tempi celeri, con l'intento di dotare le aree del Paese di una rete ad altissima capacità e assicurare la rendicontazione dei fondi europei in scadenza al 31 dicembre 2023.

In relazione a quanto sopra, è stato ulteriormente rappresentato che il ricorso, da parte del concessionario, al consorzio neocostituito, dovrebbe ricadere nello schema della disciplina dell'*in house*, sussistendo in tal caso i presupposti del controllo analogo, del vincolo del fatturato e della partecipazione maggioritaria, da parte diOMISSIS..... nei confronti diOMISSIS....., secondo la disciplina dettata dall'art. 5 del d.lgs. 50/2016 (.....OMISSIS..... detiene l'80% del capitale sociale del Consorzio, partecipato altresì daOMISSIS..... per il 15% e daOMISSIS..... per il 5%). Pertanto il consorzio agirebbe come *longa manus* del concessionario, senza che tale rapporto possa incidere sulla titolarità della concessione.

Infine, per consentire la necessaria flessibilità organizzativa e assicurare la migliore e celere realizzazione della rete,OMISSIS..... vorrebbe, nell'affidare direttamente i lavori al consorzio, assicurare a quest'ultimo la possibilità di ricorrere al subappalto nei limiti previsti dall'art. 105 del Codice.

A tal riguardo, il concedente evidenzia che la predetta società ha già affidato a terzi, con gara, una quota di lavori superiore al 30% stabilita dalla *lex specialis* e che il subappalto non configura un'ipotesi di cessione di contratto, restando comunque in capo al concessionario l'esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti. Sotto altro profilo,OMISSIS..... non ha reso in gara dichiarazioni relative al subappalto, poiché non qualificata al momento della procedura selettiva e tuttavia, anche tale aspetto non è stato oggetto di valutazioni in sede di aggiudicazione.

Infine, sul punto si evidenzia che la disciplina del subappalto vigente al momento della gara, a seguito dei pronunciamenti sul tema della Corte di Giustizia, è stata dichiarata in contrasto con il diritto europeo, pertanto è intervenuto in materia un avvicendamento di regole idonee a trovare diretta applicazione anche alle convenzioni in essere conOMISSIS..... Conseguentemente, i vincoli pregressi in relazione al subappalto, possono essere rivisti alla luce dello *jus superveniens*, che trova il proprio fondamento nei citati arresti giurisprudenziali e nelle recenti norme in tema di subappalto introdotte dal d.l. 77/2021.

Alla luce di tutto quanto sopra, pertanto, le societàOMISSIS..... eOMISSIS..... hanno chiesto congiuntamente all'Autorità di esprimere avviso sugli aspetti illustrati, confermando la possibilità per il Concessionario di affidare direttamente i lavori al ConsorzioOMISSIS..... secondo lo schema dell'*in*

house e la possibilità, per il predetto consorzio, di ricorrere al subappalto nei limiti e alle condizioni previste dal Codice.

A seguito della presentazione dell'istanza congiunta sopra indicata, in data 26 aprile 2022, la societàOMISSIS..... ha trasmesso un contributo integrativo, acquisito al prot. Aut. n. 31116, nel quale ha illustrato ulteriori argomentazioni a sostegno della percorribilità dell'affidamento *in house* dei lavori al Consorzio costituito dallo stesso concessionario.

In particolare, nella nota sopra indicata, richiamate le disposizioni del bando e della convenzione, contemplanti l'obbligo per l'aggiudicatario che non esegue direttamente i lavori, di affidare gli stessi con gara, ha osservato cheOMISSIS..... è tenuta all'osservanza della disciplina pubblicistica per la scelta del contraente e, pertanto, sarebbe qualificabile come ente aggiudicatore. Sotto altro profilo, per la tipologia di attività che tale società è chiamata a svolgere, essendo la stessa sottoposta all'applicazione del Codice, alla medesima società dovrebbe essere riconosciuta la possibilità di fare ricorso agli istituti contemplati dal d.lgs. 50/2016 in materia di affidamento diretto. Tanto più nella fattispecie, nella quale i profili concorrenziali sono stati garantiti a monte per l'affidamento delle concessioni aOMISSIS.....

Per le motivazioni illustrate, quindi, a parere diOMISSIS....., non ricorrerebbero motivi ostativi all'iscrizione della stessa nell'elenco previsto dall'art. 192 del Codice.

Infine, la società ha sottolineato che la costituzione di un organismo *in house* cui affidare parte dei lavori sarebbe rispettosa della disciplina convenzionale tra le parti, posto cheOMISSIS..... ha già affidato con gara più del 30% dei lavori oggetto della concessione e che attualmente la stessa è in possesso di attestato SOA; inoltre tale modalità di esecuzione non determinerebbe alcuna modifica soggettiva del concessionario, né alterazione degli elementi essenziali dell'offerta o dell'equilibrio della concessione.

Considerazioni

La richiesta di parere formulata congiuntamente daOMISSIS..... (concedente) eOMISSIS..... (concessionario), attiene all'esecuzione delle concessioni affidate al concessionario a seguito di gare pubbliche indette ai sensi degli artt. 4 a 15 del d.lgs. 50/2016 (*nonchè delle ulteriori disposizioni del Codice richiamate nella lex specialis in autovincolo*), per la costruzione, manutenzione e gestione della rete passiva a banda ultra larga di proprietà pubblica. A seguito delle procedure di aggiudicazione, svolte ai sensi dell'art. 61 del d.lgs. 50/2016, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95 dello stesso decreto legislativo, sono state sottoscritte le relative convenzioni tra le parti. La durata delle stesse è fissata in venti anni, con decorrenza dalla data di inizio della gestione degli impianti (art. 4 bando).

Con specifico riferimento all'esecuzione dei lavori oggetto di affidamento, per gli aspetti che rilevano ai fini del richiesto parere, sembra utile evidenziare che il bando di gara prevedeva, all'art. 9.2.1, quanto segue: «Nel caso di concorrenti che intendano eseguire i lavori direttamente, oltre ai requisiti di cui ai punti a), b), c) e d) dell'art. 8.1, dovranno essere in possesso di attestazione di qualificazione, in corso di validità, rilasciata da società di attestazione (SOA), che documenti la qualificazione in categorie e classifiche adeguate al Lotto territoriale per il quale si intende presentare domanda di partecipazione. 9.2.2 *Nel caso in cui i concorrenti non intendano eseguire i lavori direttamente, gli stessi dovranno essere eseguiti da soggetti in possesso di attestazione di qualificazione, in corso di validità, rilasciata da società di attestazione di cui al D.P.R. n. 207/10 regolarmente autorizzata, che documenti la qualificazione in categorie e classifiche adeguate. Ai sensi dell'art. 164 del D.Lgs. n. 50/2016, la selezione degli esecutori dei lavori dovrà avvenire mediante procedura ad evidenza pubblica e nel rispetto dei principi di scelta del contraente, applicabili ai concessionari di opere pubbliche*».

L'art. 19 del bando aggiungeva che «il concessionario che intenda eseguire direttamente i lavori, sarà comunque tenuto ad affidare a terzi appalti di lavori corrispondenti ad una percentuale non inferiore al 30% del valore globale oggetto della concessione».

Quanto al subappalto, secondo le previsioni dell'art. 19.2 del bando, lo stesso «è ammesso nei limiti del 30%. Il concorrente deve indicare le parti del contratto di concessione che intende subappaltare a terzi in conformità a quanto previsto dall'art. 174 del D.lgs. 50/2016. (...) Il Concessionario resta responsabile in via esclusiva nei confronti diOMISSIS..... è obbligato solidalmente con il subappaltatore nei confronti dei dipendenti dell'impresa subappaltatrice, in relazione agli obblighi retributivi e contributivi previsti dalla legislazione vigente».

Nella richiesta di parere, è stato evidenziato cheOMISSIS....., privo di qualificazione per la diretta esecuzione delle opere al momento della gara, ha dichiarato, in sede di offerta, che avrebbe appaltato a terzi tutti i lavori previsti in concessione.

Nella convenzione stipulata tra le parti, è stato quindi previsto (art. 7.7) che «Il Concessionario ha dichiarato in sede di gara di voler appaltare a terzi tutti i lavori previsti in concessione. Non si considerano come terzi le imprese che si sono raggruppate o consorziate per ottenere la concessione, né le imprese ad esse collegate; se il concessionario ha costituito una società di progetto, in conformità all'art. 184 del Codice, non si considerano terzi i soci, alle condizioni di cui all'art. 184, comma 2. Ai sensi dell'art. 164 del Codice, la selezione degli esecutori dei lavori dovrà avvenire mediante procedura ad evidenza pubblica».

Anche l'art. 16 della convenzione ribadisce che «Il Concessionario, per l'affidamento a terzi dei lavori non eseguiti direttamente, *dovrà procedere mediante Contratti di Appalto stipulati all'esito di procedura ad evidenza pubblica e nel rispetto dei principi di scelta del contraente, applicabili ai concessionari di opere pubbliche.* 16.2 E' ammesso il subappalto dei lavori o dei servizi nel limite del 30% e con le modalità previste dagli articoli 105 e 174 del Codice, dalla presente Convenzione e secondo quanto indicato nella Documentazione di Gara e dichiarato nell'Offerta (...)».

Dall'esame dei documenti sopra citati e da quanto illustrato nell'istanza di parere, emerge, quindi, cheOMISSIS....., aggiudicatario delle concessioni per la realizzazione e gestione della rete pubblica a banda ultra larga, privo di qualificazione SOA al momento della gara, ha dichiarato, in sede di offerta, che avrebbe appaltato a terzi tutti i lavori previsti in concessione.

In conformità a quanto previsto nella *lex specialis* e nella convenzione conclusa tra le parti, il concessionario ha svolto delle procedure selettive per l'individuazione degli esecutori dei lavori.

Come ulteriormente evidenziato dagli istanti, il ricorso al mercato si è rivelato insufficiente a soddisfare le esigenze del concessionario per la realizzazione della rete, posto che le imprese selezionate hanno dimostrato una carenza strutturale di manodopera per far fronte agli impegni assunti (situazione che potrebbe acuirsi con l'aumento della richiesta di maestranze legata all'attuazione del PNRR).

La situazione sopra descritta ha quindi condottoOMISSIS....., nel frattempo qualificatasi per l'esecuzione diretta dei lavori, alla costituzione di un consorzio, dalla stessa controllato,OMISSIS....., per la realizzazione di una parte dei lavori oggetto di affidamento a mezzo delle società consorziate.

Il concessionario intende quindi rivolgersi a detto Consorzio secondo le previsioni dell'art. 5 del d.lgs. 50/2016, ossia mediante affidamento "in house" dei predetti lavori, ritenendo sussistenti tutte le condizioni previste dalla norma a tali fini; lo stesso concessionario intenderebbe inoltre consentire a tale Consorzio di ricorrere al subappalto nei limiti e alle condizioni previste dal Codice.

Al fine di esprimere avviso sulle questioni sopra illustrate, sembra opportuno premettere innanzitutto che le disposizioni del Codice dei contratti trovano applicazione all'affidamento *de quo* esclusivamente in forza del principio dell'autovincolo per il quale ha optato il concedente; diversamente, trattandosi di

affidamento relativo ad un settore escluso (ex art. 15) dall'applicazione del Codice dei contratti, lo stesso sarebbe stato soggetto, esclusivamente, al rispetto dei principi di cui all'art. 4 del Codice medesimo, con la conseguenza di poter beneficiare anche il concessionario di un regime molto più alleggerito in ordine ai propri affidamenti.

Quanto alle specifiche questioni sottoposte all'Autorità, sono doverose, in via preliminare, alcune considerazioni in ordine alla possibilità perOMISSIS..... di ricorrere all'istituto degli affidamenti *in house* secondo le previsioni dell'art. 5 del d.lgs. 50/2016.

Si osserva al riguardo che l'art. 5 citato stabilisce che un appalto o una concessione «*aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato* non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata».

Come indicato nella Relazione illustrativa del Codice, l'art. 5 «recependo gli articoli 12 e 13 della direttiva 2015/24/UE, 28 della direttiva 2015/25/UE e 17 della direttiva 2015/23/UE dir. 23, esclude dall'ambito di applicazione del Codice gli affidamenti *in house* effettuati nell'ambito del settore pubblico, (cosiddetto *partenariato pubblico-pubblico*). In particolare precisa i presupposti necessari ai fini della qualificazione dell'*in house*, in linea con quanto previsto dalla legislazione italiana in materia di società a partecipazione pubblica e con quanto espressamente previsto nelle citate direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/25/UE (...)

La norma va letta congiuntamente alle disposizioni dell'art. 192 del Codice contemplante *l'iscrizione, nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'articolo 5*. Pertanto, la domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale.

Occorre richiamare, altresì, sull'argomento il d.lgs. 175/2016 che fornisce una descrizione dell'istituto in esame, chiarendo le società *in house* sono «le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3» (art. 2, comma 1, lett. o).

Le società *in house* possono essere costituite per lo svolgimento delle attività indicate nell'art. 4 del TUSP. L'art. 16, cui rinvia la disposizione l'art. 2 citato, stabilisce a sua volta, al comma 1, che «le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata».

Dalle disposizioni sopra richiamate deriva, dunque, che la società *in house*, pur dotata di autonoma personalità giuridica, presenta connotazioni tali da giustificare la sua equiparazione ad un "ufficio

interno" dell'ente pubblico che l'ha costituita, una sorta di *longa manus* dello stesso; non sussiste quindi tra l'ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale. Si parla infatti, in tal caso, di immedesimazione organica tra ente affidante e soggetto affidatario, ossia di vicenda endo-organizzativa che non rientra nello schema tipico del contratto d'appalto con affidamento di beni e servizi a soggetti terzi rispetto alla stazione appaltante (Anac pareri AG/3/2017/AP, AG 17/2017/AP). In presenza delle condizioni sopra indicate, pertanto, il Codice consente all'amministrazione controllante di non applicare le disposizioni in tema di appalti pubblici, per l'affidamento (diretto) di beni e servizi alla società strumentale *in house*.

La disciplina illustrata chiarisce quindi, in primo luogo, che la possibilità di costituire una società *in house* – al fine di procedere agli affidamenti diretti di contratti pubblici – è riconosciuta, alle *amministrazioni aggiudicatrici* (come definite dall'art. 3, comma 1, lett. a) del Codice¹) e *agli enti aggiudicatori* (come descritti all'art. 3, comma 1, lett. d, del Codice²).

In secondo luogo, ai fini sopra indicati, come previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016, è necessaria l'iscrizione nell'elenco detenuto dall'Autorità.

Invero, nel caso di specie, *non* sembrano sussistere i presupposti per l'applicazione dell'art. 5 del Codice con riferimento alla societàOMISSIS..... e al consorzioOMISSIS....., dalla stessa costituito per la realizzazione della rete.

Si osserva al riguardo cheOMISSIS....., all'attualità, è una società «soggetta alla direzione e coordinamento del socio unicoOMISSIS....., società partecipata al 60% daOMISSIS..... (società riconducibile al gruppoOMISSIS.....) e al 40% daOMISSIS..... (società riconducibile al gruppoOMISSIS.....)» (*informazioni presenti sul sito della società*).

Ancorché indirettamente partecipata daOMISSIS....., per mezzo dellaOMISSIS....., la società non rientra nel perimetro dell'amministrazione pubblica, operando peraltro sul mercato come privato operatore.

Tale società, aggiudicataria di concessioni pubbliche, qualificabile quindi come "concessionario" ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. q) del Codice (il «concessionario» è «un operatore economico cui è stata affidata o aggiudicata una concessione») non potrebbe invocare l'applicazione dell'art. 5 del d.lgs. 50/2016 ai fini dell'affidamento dei lavori oggetto della concessione ad un soggetto giuridico dalla stessa controllato, in quanto non riconducibile né nella categoria delle *amministrazioni aggiudicatrici* (art. 3, comma 1, lett. a) del Codice) né in quella *degli enti aggiudicatori* (come descritti all'art. 3, comma 1, lett. d, del Codice), ai quali è specificamente ed esclusivamente riferita la disposizione sopra richiamata.

¹ Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) del d.lgs. 50/2016, sono «amministrazioni aggiudicatrici», le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti.

² Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. e) sono «enti aggiudicatori», «ai fini della disciplina di cui alla: **1)** parte II del presente codice, gli enti che: 1.1. sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 115 a 121; 1.2. pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche, esercitano una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 115 a 121 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente; **2)** parte III del presente codice, gli enti che svolgono una delle attività di cui all'allegato II ed aggiudicano una concessione per lo svolgimento di una di tali attività, quali: 2.1. le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da uno o più di tali soggetti; 2.2. le imprese pubbliche di cui alla lettera t) del presente comma; 2.3. gli enti diversi da quelli indicati nei punti 2.1 e 2.2, ma operanti sulla base di diritti speciali o esclusivi ai fini dell'esercizio di una o più delle attività di cui all'allegato II. Gli enti cui sono stati conferiti diritti speciali o esclusivi mediante una procedura in cui sia stata assicurata adeguata pubblicità e in cui il conferimento di tali diritti si basi su criteri obiettivi non costituiscono «enti aggiudicatori» ai sensi del presente punto 2.3».

In quanto *concessionario di lavori pubblici*,OMISSIS..... è tenuta all'applicazione delle disposizioni del Codice, secondo le previsioni dell'art. 1, comma 2, lett. c) del d.lgs. 50/2016, a tenore del quale le predette disposizioni si applicano «(...) all'aggiudicazione dei seguenti contratti: (...) c) lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici». La norma va letta congiuntamente all'art. 164, comma 4 del Codice, secondo il quale «Agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo che non siano derogate nella presente parte, le disposizioni del presente codice».

Dal combinato disposto delle norme citate deriva che «i concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici – e che dunque sono stati scelti previo esperimento di gara pubblica – per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza delle disposizioni contenute agli artt. 164-178 (parte III del Codice) nonché delle disposizioni di cui alle parti I e II del codice in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, purché non derogate dalla parte III. Da ciò si ricava che tali concessionari, essendo stati scelti normalmente tramite gara e non rientrando tra le amministrazioni aggiudicatrici, potranno ricorrere al sub-appalto, più che all'appalto, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 174 Codice che, icasticamente, richiama anche l'art. 30 destinato ad individuare, tra l'altro, i principi generali cui si deve uniformare la disciplina degli appalti e delle concessioni» (Consiglio di Stato parere n. 196/2020).

In coerenza con tali previsioni del Codice, la *lex specialis* della gara svoltaOMISSIS....., come sopra evidenziato, ha previsto (per gli aspetti di interesse in questa sede), che (art. 9.2) nel caso di concorrenti che non eseguono direttamente i lavori, gli stessi devono essere eseguiti da soggetti in possesso di attestazione di qualificazione, per categorie e classifiche adeguate e che *ai sensi dell'art. 164 del D.Lgs. n. 50/2016, la selezione degli esecutori dei lavori deve avvenire mediante procedura ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di scelta del contraente, applicabili ai concessionari di opere pubbliche*. Sulla base di tali previsioni della *lex specialis* e dell'offerta presentata daOMISSIS..... – secondo quanto rappresentato nell'istanza di parere – quest'ultima, priva della necessaria qualificazione SOA al momento della partecipazione alla gara, si è impegnata ad affidare i lavori, oggetto della concessione, a terzi selezionati con gara. Successivamente, il concessionario ha svolto le procedure selettive per l'individuazione degli esecutori dei lavori.

Come evidenziato in premessa, le imprese selezionate hanno dimostrato una carenza strutturale di manodopera per far fronte agli impegni assunti. Conseguentemente, a causa delle difficoltà riscontrate in sede di esecuzione,OMISSIS....., nel frattempo qualificatasi per l'esecuzione diretta dei lavori, ha costituito un consorzio, dalla stessa controllato,OMISSIS....., per la realizzazione in tempi celeri di una parte dei lavori a mezzo delle società consorziate. Il concessionario intenderebbe quindi ricorrere a detto consorzio come struttura operativa, deputata all'esecuzione dei lavori.

Procedendo in tal senso, si determinerebbe *una modifica delle modalità di esecuzione dei lavori oggetto di affidamento, rispetto a quelle indicate nelle convenzioni stipulate tra le parti e sopra richiamate*.

La fattispecie in breve illustrata, più che all'istituto dell'affidamento *in house*, andrebbe quindi correttamente ricondotta nella disciplina dettata dall'art. 175 del d.lgs. 50/2016, trattandosi invero di modifiche alle condizioni di esecuzione dei lavori di una concessione già affidata e contrattualizzata, a seguito (i) di circostanze impreviste [la carenza strutturale di manodopera che impedisce la regolare prosecuzione dei lavori] e (ii) della costituzione di un consorzio controllato dal concessionario (nel frattempo qualificatosi per l'esecuzione diretta dei lavori), quale sua struttura operativa, per la realizzazione delle opere oggetto di affidamento.

Occorre quindi verificare se le descritte circostanze possano essere ricondotte nelle previsioni del citato art. 175 del Codice e, quindi, legittimare una modifica della concessione nei limiti ivi previsti.

A tal fine, si rappresenta che ai sensi dell'art. 175 citato «Le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione nei seguenti casi: (...) **c)** ove ricorrano, contestualmente, le seguenti condizioni: 1) la necessità di modifica derivi da circostanze che una stazione appaltante non ha potuto prevedere utilizzando l'ordinaria diligenza; 2) la modifica non alteri la natura generale della concessione; **d)** se un nuovo concessionario sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione a causa di una delle seguenti circostanze: (...) al concessionario iniziale succeda, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice, fatta salva l'autorizzazione del concedente, ove richiesta sulla base della regolamentazione di settore».

Nei casi indicati al comma 1 dell'art. 175, sono ammesse quindi le modifiche ad una concessione durante il periodo della sua efficacia, purché le stesse non siano "*sostanziali*", ossia non alterino considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuito (comma 7).

In particolare, come chiarito dalla norma «fatti salvi i commi 1 e 4, una modifica è considerata *sostanziale* se almeno una delle seguenti condizioni è soddisfatta: a) la modifica introduce condizioni che, ove originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, oppure avrebbero consentito una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione; b) la modifica altera l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale; c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione; d) se un nuovo concessionario sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d)» (comma 7 art. 175).

L'art. 175, comma 1, del Codice individua quindi i casi in cui è consentito procedere ad una modifica della concessione, in coerenza con le disposizioni dell'art. 43 della direttiva 23/2014/UE, includendovi le modifiche derivanti da circostanze imprevedute per la stazione appaltante e da ristrutturazioni societarie.

Si tratta di circostanze in relazione alle quali la stessa direttiva ha evidenziato (quanto alla prima) che (Considerando 76) che «*Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono trovarsi ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere quando hanno aggiudicato la concessione, in particolare quando l'esecuzione della concessione copre un periodo lungo. In questi casi è necessaria una certa flessibilità per adattare la concessione alle circostanze senza ricorrere a una nuova procedura di aggiudicazione.* Il concetto di *circostanze imprevedibili* si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile. Tale principio non può tuttavia applicarsi qualora una modifica comporti una variazione della natura complessiva della concessione, ad esempio con la sostituzione dei lavori da eseguire o dei servizi da prestare con qualcosa di diverso, oppure attraverso un cambiamento sostanziale del tipo di concessione poiché, in una situazione di questo genere, è possibile presumere un'influenza ipotetica sul risultato. ... Tali modifiche successive non dovrebbero essere finalizzate a eludere la presente direttiva».

Quanto alle ristrutturazioni societarie, invece, il Considerando 77) afferma che «In linea con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'aggiudicatario non dovrebbe essere sostituito da un altro operatore economico, ad esempio in caso di cessazione della concessione a motivo di carenze

nell'esecuzione, senza riaprire la concessione alla concorrenza. Tuttavia, in corso d'esecuzione della concessione, in particolare qualora sia stata aggiudicata ad un raggruppamento di operatori economici, *l'aggiudicatario dovrebbe poter subire talune modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne, incorporazioni, fusioni e acquisizioni oppure insolvenza. Tali modifiche strutturali non dovrebbero automaticamente richiedere nuove procedure di aggiudicazione per la concessione eseguita da tale aggiudicatario».*

L'art. 175 del Codice, letto alla luce delle finalità perseguite dalla direttiva 23/2014/UE, consente quindi, entro i limiti del divieto di modifiche sostanziali (art. 175, comma 7 del Codice), di procedere a variazioni del rapporto concessorio, garantendo una certa flessibilità nella conduzione della concessione, anche in ragione della durata, talvolta pluriennale, della stessa.

Del resto è alla luce delle peculiarità del rapporto concessorio che il legislatore ha dettato per lo stesso, nella Parte III del d.lgs. 50/2016, una disciplina più snella rispetto all'appalto, come desumibile dalle previsioni degli articoli 164 e seguenti del medesimo decreto legislativo.

In tal senso, con riferimento al caso in esame, deve ritenersi consentito alla stazione appaltante (.....OMISSIS.....) procedere, ai sensi dell'art. 175, comma 1, lett. c), alle valutazioni di competenza in ordine alla possibilità di qualificare le circostanze sopra descritte (*la carenza strutturale di manodopera intervenuta successivamente all'espletamento delle gare d'appalto e la prossima attuazione del PNRR*), come "eventi imprevedibili" al momento della gara, ai sensi del Considerando 76 della direttiva 23/2014/UE, con conseguente possibilità di "adattare la concessione" alle circostanze intervenute e di consentire, quindi, al concessionario di operare una modifica alle modalità di esecuzione dei lavori, da realizzare a mezzo del Consorzio costituito e controllato dal medesimo, nel senso sopra indicato.

Del resto lo stesso art. 175 prevede, al comma 1, lett. d) la possibilità per lo stesso concessionario, di procedere, in corso di esecuzione del contratto, a ristrutturazioni societarie, secondo le previsioni della disposizione e del considerando 77) della citata direttiva.

La norma fa riferimento alle "ristrutturazioni societarie", comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, quale termine in linea generale comprensivo di *tutte le operazioni societarie* ritenute più idonee per garantire la prosecuzione delle prestazioni contrattuali a regola d'arte, con il limite delle condizioni poste dalla norma, ossia il mantenimento in capo all'esecutore dei requisiti di partecipazione alla gara, l'autorizzazione della stazione appaltante e il divieto di modifiche sostanziali.

La stessa Autorità, in relazione alla previgente e corrispondente norma dell'art. 116 del d.lgs. 163/2006 ha fornito un'interpretazione estensiva della stessa, volta ricomprendere nel suo campo di applicazione anche la cessione del ramo d'azienda e l'affitto della stessa, ancorché non espressamente previsti dalla stessa (parere AG35/2008)³.

Con la disposizione in esame, infatti, così come con la corrispondente norma dell'art. 106 del Codice (riferita al contratto d'appalto), «nel segno della maggiore flessibilità della regolamentazione della continuità aziendale» il legislatore ha inteso «agevolare la continuazione dell'esecuzione dei contratti pubblici già stipulati» (Cons. Stato n. 4918/2016, con riferimento all'art. 106 d.lgs.50/2016). Va inoltre sottolineata «la perdurante esigenza di salvaguardare la libertà contrattuale delle imprese, le quali devono poter procedere alle riorganizzazioni aziendali repute opportune senza che possa essere loro

³ Con parere AG35-08 l'Autorità ha osservato che «l'art. 116 del codice dei contratti non prevede espressamente la cessione di ramo di azienda ovvero dell'affitto della stessa, così come, invece, previsto dall'art. 51 del codice stesso per la fase anteriore alla stipulazione del contratto. Sul punto, si ritiene che, in base alla "ratio" sottesa ad entrambi gli istituti e per esigenza di sistematicità del quadro normativo di riferimento, l'art. 116 trovi applicazione anche in relazione a dette fattispecie negoziali, applicando la stessa disciplina della cessione d'azienda nel suo complesso».

di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali hanno partecipato (cfr., al riguardo, Cons. Stato, V, n. 1370/2013, n. 3819/2015)» (in tal senso delibera Anac n. 244/2017 con riguardo all'art. 106 citato). Si ritiene, quindi, che con l'art. 175 del Codice (così come l'art. 106) il legislatore abbia voluto garantire la continuità dei contratti pubblici in corso d'esecuzione e al contempo salvaguardare la libertà di iniziativa economica privata, ammettendo modifiche societarie del concessionario, purché le stesse non implicino altre modifiche sostanziali al contratto e non siano finalizzate ad eludere l'applicazione del Codice.

In tal senso, secondo i principi riportati nel Considerando 77) della direttiva 23/2014/UE, che sembrano indicare in via esemplificativa i casi in cui è consentito procedere a modifiche organizzative dell'esecutore e secondo l'avviso dell'Autorità sul tema, sembra possibile procedere ad una interpretazione dell'art. 175, comma 1, lett. d) del Codice, che ricomprenda nel suo campo di applicazione *tutte le operazioni societarie* ritenute più idonee per garantire la prosecuzione del contratto, nel rispetto dei limiti previsti dalla norma.

Si ritiene, pertanto, alla luce delle disposizioni richiamate e al rinvio operato dalla convenzione all'art. 106 del Codice (che come sottolineato contiene disposizioni conformi all'art. 174 in relazione alle modifiche soggettive del contraente), che al concessionario sia consentito procedere a ristrutturazioni societarie per far fronte agli impegni contrattuali assunti, e che in tale fattispecie, *in linea generale*, possa essere ricondotta anche la riorganizzazione del concessionario stesso mediante costituzione di un consorzio stabile, in forma di s.c.a.r.l., controllato dal medesimo, per la realizzazione dei lavori, purché in presenza delle condizioni sopra indicate, inclusa l'autorizzazione della stazione appaltante e l'assenza di modifiche sostanziali.

Occorre osservare, tuttavia, che affinché il concessionario possa procedere in tal senso, l'art. 175 del Codice, richiede espressamente che a seguito della predetta ristrutturazione societaria, il *nuovo concessionario sostituisca* quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione, *succedendo in via universale o particolare allo stesso*.

Conseguentemente, la creazione del consorzio in forma di s.c.a.r.l., da parte del concessionario, ai fini della realizzazione dei lavori, dovrebbe determinare, più correttamente, anche una sostituzione del neo costituito consorzio al concessionarioOMISSIS....., secondo la disposizione richiamata.

In sostanza, dalle previsioni dell'art. 175 citato, sembra derivare la necessità del subentro nel rapporto concessorio del consorzio neocostituito all'attuale concessionario. Resta ferma la possibilità di ogni opportuna pattuizione che in seno al Consorzio limiti la partecipazione delle consorziate esecutrici alla mera esecuzione dei lavori, rimanendo la gestione operativamente appannaggio diOMISSIS.....

A tal riguardo, inoltre, quanto alla condizione richiesta dallo stesso articolo 175 del Codice, in ordine all'insussistenza di modifiche sostanziali al rapporto concessorio, secondo le previsioni del comma 7 sopra richiamato, che nel caso di specie – *tenuto anche conto dell'avvenuto espletamento, da parte diOMISSIS....., delle gare d'appalto per l'affidamento a terzi dei lavori, in coerenza con gli impegni assunti in gara e nella convenzione* - la realizzazione degli stessi mediante il Consorzio sopra indicato, non sembra costituire:

- né una modifica alle condizioni incidenti sulla partecipazione di altri concorrenti alla gara a monte, tenuto conto del fatto che tale aspetto - ossia le dichiarazioni relative alle modalità di esecuzione dei lavori- come sottolineato dai richiedenti nell'istanza di parere, non è stato oggetto di specifica valutazione ai fini dell'aggiudicazione delle concessioni;
- né una modifica che possa incidere sull'equilibrio economico – finanziario dell'operazione, non attenendo gli aspetti in esame alle condizioni economiche della concessione;

- né infine si tratterebbe di sostituzione di un nuovo concessionario all'attuale in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d), in quanto, *alle condizioni sopra indicate*, la fattispecie rientrerebbe nell'ipotesi prevista dalla norma citata, ossia quella della ristrutturazione societaria.

Sotto altro profilo, la novazione soggettiva in esame, non sarebbe funzionale ad eludere l'applicazione del Codice (art. 175, comma 1, lett. d), per l'eventuale sopravvenuta perdita dei requisiti di qualificazione in capo al concessionario, ma al contrario, avendoOMISSIS..... mantenuto i requisiti dichiarati in gara ed acquisito *medio tempore* la qualificazione SOA, il ricorso al Consorzio per la realizzazione delle opere oggetto di affidamento, consentirebbe alla predetta società, la spendita di requisiti ulteriori.

Ad ogni modo, come evidenziato dall'Autorità in precedenti pronunce, *«l'accertamento dei presupposti legittimanti la modifica del contratto in corso di esecuzione, è rimesso all'esclusiva competenza e responsabilità dell'amministrazione, la quale è tenuta a valutare in concreto le reali esigenze sottese al ricorso all'istituto di cui all'art. 175 del Codice»* (delibera n. 388/2017).

Conclusivamente sul punto – fermo restando l'onere, in capo all'amministrazione concedente, di verificare l'assenza di concreti elementi che possano configurare gli estremi di un eventuale inadempimento del concessionario in ordine alla corretta e regolare esecuzione del rapporto - si rimette alla Concedente la valutazione in ordine alla possibilità di ricondurre l'eventuale modifica alle condizioni di esecuzione dei lavori oggetto delle concessioni affidate aOMISSIS..... nelle specifiche previsioni dell'art. 175 del Codice, nel senso sopra indicato.

Posto che, secondo quanto rappresentato dai richiedenti, la necessità di apportare tale modifica al rapporto concessorio è stata determinata da circostanze impreviste, ossia l'intervenuta carenza strutturale di manodopera (e la prossima attuazione del PNRR), che ha determinato serie difficoltà di esecuzione dei lavori stessi da parte delle imprese selezionate dal concessionario con gara, la stazione appaltanteOMISSIS..... ha la piena facoltà di svolgere ogni più ampia valutazione in ordine alla riconducibilità di tale modifica nelle previsioni dell'art. 175, comma 1, lett. c), ove ritenuta essenziale dalla stessa stazione appaltante, ai fini della celere realizzazione e conclusione delle opere oggetto di affidamento al concessionario.

In subordine, la possibilità di eseguire parte dei lavori, a mezzo di un Consorzio costituito e controllato dal concessionarioOMISSIS....., quale ipotesi di ristrutturazione/riorganizzazione societaria, può essere ricondotta altresì nelle disposizioni dell'art. 175, comma 1, lett. d) del Codice, sulla base dell'avviso sopra illustrato, nel caso in cui detto Consorzio, secondo le previsioni dello stesso art. 175, si sostituisca all'attuale concessionario subentrando ad esso nel rapporto concessorio, nel senso indicato dalla norma.

Infine, quanto al quesito relativo alla possibilità per il consorzioOMISSIS..... di ricorrere all'istituto del subappalto secondo le previsioni dell'art. 174 del Codice, sembra opportuno osservare che ai sensi della disposizione citata *«Gli operatori economici indicano in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi. Non si considerano come terzi le imprese che si sono raggruppate o consorziate per ottenere la concessione, né le imprese ad esse collegate; se il concessionario ha costituito una società di progetto, in conformità all'articolo 184, non si considerano terzi i soci, alle condizioni di cui al comma 2 del citato articolo 184»*. La norma aggiunge che *«// concessionario resta responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante. Il concessionario è obbligato solidalmente con il subappaltatore nei confronti dei dipendenti dell'impresa subappaltatrice, in relazione agli obblighi retributivi e contributivi previsti dalla legislazione vigente. 6. L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto (...)*».

Ai sensi della disposizione sopra richiamata, pertanto, il *concessionario* può eseguire i lavori oggetto dell'affidamento mediante subappalto a terzi, per le parti del contratto indicate in sede d'offerta.

Sembra utile sottolineare al riguardo che, come chiarito dall'Autorità, l'istituto del subappalto consiste nel *contratto derivato* con il quale i *soggetti aggiudicatari* di un contratto pubblico o di una concessione possono affidare l'esecuzione di singole prestazioni del contratto principale a soggetti terzi, in deroga al divieto generale a pena di nullità, di cessione del contratto pubblico (fissato dall'art. 105 del Codice) e nei limiti delle condizioni fissate dal Codice (*ex multis* parere AG 51/2013). Si tratta quindi di un contratto derivato dal contratto principale di appalto o di concessione, del quale condivide una parte dell'oggetto, ad esso correlato in forza di un rapporto definito di accessorietà unilaterale, in quanto le vicende del contratto principale si riverberano sul contratto accessorio, ma non viceversa. *Il nesso di derivazione comporta che il contratto di appalto e di subappalto sono contratti che hanno in comune una delle parti ossia l'appaltatore, che assume nel subcontratto il ruolo di committente.* La peculiarità del subappalto, che vale a distinguerlo dalla cessione del contratto, è lo svolgimento di prestazioni oggetto dell'appalto da parte di un operatore economico terzo rispetto all'aggiudicatario (parere AG 26/2012).

Deriva da quanto sopra, che il ricorso al subappalto, secondo le previsioni di riferimento, è consentito *all'aggiudicatario*, che è la parte obbligata contrattualmente all'esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento.

Conseguentemente, nell'ambito del rapporto concessorio, come deriva chiaramente dalle disposizioni dell'art. 174 del Codice, il ricorso all'istituto in esame è consentito esclusivamente al *concessionario* il quale, ai sensi del comma 5 dell'art. 174 citato, resta responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante dell'esecuzione del contratto.

È quanto evidenziato anche nel parere del Consiglio di Stato sopra richiamato (parere n. 196/2020), secondo il quale *il concessionario* scelto con gara può ricorrere al subappalto nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 174 Codice.

In coerenza con le citate disposizioni del Codice, peraltro, anche il bando di gara, nel richiamare l'applicazione dell'art. 174, ha previsto, che «...il *Concessionario* resta responsabile in via esclusiva nei confronti diOMISSIS..... ..». Anche la convenzione stipulata tra le parti fa espresso rinvio all'art. 174 sopra richiamato, oltre che all'art. 105 del Codice.

Nel caso di specie, dunque, *ove assentite dalla stazione appaltante le variazioni contrattuali ai sensi dell'art. 175 del Codice* nel senso sopra indicato, il ricorso al subappalto potrebbe essere ritenuto ammissibile, nei limiti previsti dalla norma, ossia *se disposto dal soggetto titolare della concessione e non da un consorzio dallo stesso controllato e costituito come supporto operativo ai fini dell'esecuzione dei lavori, in quanto parte estranea al rapporto contrattuale intercorrente con la stazione appaltante.* Detto Consorzio, infatti, potrebbe, in ipotesi, ricorrere all'istituto del subappalto solo nel caso in cui, alla ristrutturazione societaria realizzata ai sensi dell'art. 175, comma 1, lett. d) del Codice, lo stesso subentrasse nella titolarità della concessione, divenendo parte contrattuale ed acquisendo quindi il titolo di concessionario.

Si ritiene quindi che il ricorso al subappalto da parte del Consorzio, secondo la formulazione del quesito, sia consentito ai sensi dell'art. 174 del Codice, nei limiti e alle condizioni sopra indicate, tenuto anche conto del fatto che – come sottolineato nell'istanza di parere – la dichiarazione relativa al subappalto, da parte dei concorrenti, non è stato oggetto di valutazione in sede di aggiudicazione, inoltre l'aggiudicatario ha acquisito *medio tempore* la qualificazione per l'esecuzione diretta dei lavori.

A tal fine, la stazione appaltante potrà valutare se procedere alla stipula di un atto aggiuntivo alle concessioni, al fine di regolamentare gli aspetti relativi alla modifica contrattuale ai sensi dell'art. 175

del Codice, nonché quelli inerenti il ricorso al subappalto ai sensi dell'art. 174 citato, nel senso sopra indicato.

Quanto sopra, tenuto anche conto del fatto che l'art. 105 del Codice, cui rinvia – unitamente all'art. 174 del Codice - la Convenzione stipulata tra le parti (art. 16.2), come sottolineato nell'istanza di parere, ha subito modifiche successivamente alla conclusione della Convenzione stessa, per effetto della l.n. 108/2021. I richiedenti sostengono quindi che a seguito di tali modifiche normative, i pregressi vincoli assunti tra le parti dovrebbero essere rivisti e adeguati allo *ius superveniens*.

Invero, a tal fine, appare necessaria la stipula di un atto aggiuntivo alla Convenzione. Secondo l'orientamento dell'Autorità, infatti, gli atti aggiuntivi della convenzione che regola il rapporto concessorio, ricadono nella disciplina vigente al momento della loro sottoscrizione (delibera n. 388/2017 e precedenti ivi richiamati).

La convenzione a monte resta quindi insensibile allo *ius superveniens*, fatta salva l'ipotesi in cui, nei limiti contemplati dal Codice, sia necessario procedere alla stipula di un atto aggiuntivo, sottoposto – come evidenziato – alla disciplina nel frattempo intervenuta (delibera citata).

Il Consiglio

Ritiene che:

-OMISSIS....., quale concessionario ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. q) del d.lgs. 50/2016, non può ricorrere all'istituto dell'*in house* ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 50/2016, al fine di procedere alla realizzazione dei lavori oggetto di affidamento in concessione, per mezzo di un consorzio dallo stesso controllato, posto che l'art. 5 citato è specificamente ed esclusivamente riferito alle amministrazioni aggiudicatrici (come definite dall'art. 3, comma 1, lett. a) del Codice) e agli enti aggiudicatori (come descritti all'art. 3, comma 1, lett. d, del Codice). L'art. 192 del d.lgs. 50/2016, richiede inoltre la necessaria iscrizione nell'elenco detenuto dall'Autorità.
- È rimessa alla valutazione della Concedente la possibilità di ricondurre l'eventuale modifica alle condizioni di esecuzione dei lavori oggetto delle concessioni affidate aOMISSIS..... nelle specifiche previsioni dell'art. 175 del Codice, nel senso sopra indicato
- Nel caso di specie, la stazione appaltante può valutare se procedere alla stipula di un atto aggiuntivo alle concessioni, al fine di regolamentare gli aspetti relativi alla modifica contrattuale ai sensi dell'art. 175, nonché quelli inerenti il ricorso al subappalto ai sensi dell'art. 174 del Codice.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 maggio 2022

Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Firmato digitalmente il 2 maggio 2022