



.....OMISSIS.....

**Oggetto:** .....OMISSIS..... – realizzazione della .....OMISSIS..... – affidamento al Contraente generale delle prestazioni relative alla .....OMISSIS..... – affidamenti e subaffidamenti del contraente generale – dichiarazioni requisiti generali – applicabilità d.lgs. 36/2023 - richiesta di parere.

**FUNZ CONS 7/2024**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 10 ottobre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 88329, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 16 aprile 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Il quesito posto riguarda l’appalto in oggetto con riguardo ai contratti e ai subcontratti che il Contraente generale affidatario può stipulare con terzi ai sensi delle previsioni del bando di gara (pubblicato nel 2005) e del contratto (stipulato nel 2006). Si chiede particolare se, per le dichiarazioni relative all’insussistenza delle cause di esclusione nell’ambito dei predetti affidamenti e subaffidamenti posti in essere dal contraente generale successivamente al 1° luglio 2023, possano trovare applicazione gli articoli 94, 95, 96, 97 e 98 del d.lgs. n. 36/2023.

L’istante evidenzia al riguardo che secondo le previsioni del Capitolato Speciale d’Appalto e dell’art. 9, del d.lgs. n.190/2002, l’affidamento al contraente generale, nonché gli affidamenti e subaffidamenti di lavori del contraente generale, sono soggetti alle verifiche antimafia, con le modalità previste per i lavori pubblici.

La società sottolinea inoltre che a seguito della sottoscrizione, in data 31 maggio 2006, tra .....OMISSIS....., .....OMISSIS..... e .....OMISSIS....., di un Protocollo d’Intesa finalizzato alla prevenzione dei tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata nell’affidamento in parola, con ulteriore documento denominato “*Informazioni antimafia ed autorizzazioni – Modalità operative*”, in data 22 dicembre 2006, .....OMISSIS..... e .....OMISSIS....., hanno disciplinato le attività da porre in essere e la documentazione da acquisire in relazione agli affidamenti e ai subaffidamenti del Contraente generale, prevedendo a tale ultimo fine l’applicazione delle norme sopravvenute (d.lgs. 163/2006 e poi d.lgs. 50/2016) anche alla luce di alcuni precedenti dell’Autorità (parere prot. n. 6641 del 27 gennaio 2020-Fasc 3438/2019 e parere AG 10/2012 dell’11 luglio 2012).

In tali pronunce, infatti, l'Autorità ha espresso avviso in ordine all'applicabilità, ai contratti d'appalto in corso di esecuzione, di talune previsioni normative (in particolare art. 4 del d.l. 70/2011, conv. in l.n. 106/2011, sul divieto di accordo bonario e art. 4, co.3, del d.p.r. 207/2010 sull'intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza contributiva dell'esecutore e del subappaltatore), giungendo ad affermare che le disposizioni transitorie dell'art. 253 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 216 del d.lgs. 50/2016 stabiliscono il principio per cui tali fonti trovano applicazione per le procedure indette successivamente alla loro entrata in vigore.

Fermo tale generale principio, è stato osservato tuttavia che in taluni casi possono ritenersi applicabili ai contratti d'appalto già stipulati, talune norme successivamente intervenute che non attengano ad aspetti procedurali dell'affidamento dei contratti pubblici (per cui non si pone la questione dell'incidenza dello *ius superveniens* sulle eventuali procedure di gara già bandite) o che non abbiano una particolare incidenza sulla portata delle obbligazioni già assunte dalle parti (ad esempio, per quanto rileva in questa sede, le novelle dichiarative di principi di diritto comune e le norme intervenute che semplificano adempimenti procedurali).

In coerenza con tali principi, l'Autorità ha espresso avviso su altro quesito posto dalla stessa società .....OMISSIS....., in relazione alla realizzazione della .....OMISSIS..... della .....OMISSIS....., con specifico riguardo alla disciplina applicabile ai subaffidamenti disposti dal contraente generale, al fine di stabilire se per gli stessi trovi applicazione la disciplina in materia di subappalto dettata dal d.lgs. 50/2016 o se continui ad applicarsi quella dettata dal d.lgs. 163/2006 (parere Funz Cons 13/2023).

In tale sede, tenuto conto del disposto dell'art. 216, comma 1, d.lgs. 50/2016 e del Comunicato del Presidente dell'11 maggio 2016, è stato affermato che i contratti relativi a gare avviate prima del 19 aprile 2016, sono regolate in fase esecutiva dalle norme del d.lgs. 163/2006.

Con il citato Comunicato del Presidente dell'11 maggio 2016, infatti, è stato evidenziato che le disposizioni del d.lgs. 163/2016 si applicano a tutti gli avvisi pubblicati entro il 19 aprile 2016, con una delle forme di pubblicità obbligatorie, e secondo le modalità indicate dall'art. 66 del d.lgs. 163/06 in combinato disposto degli artt. 122 e ss. Inoltre, «continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti anche nei seguenti casi: 1. affidamenti aggiudicati prima della data di entrata in vigore del nuovo Codice, per i quali siano disposti, fermo restando il divieto generale di rinnovo tacito e di proroga del contratto: il rinnovo del contratto o modifiche contrattuali derivanti da rinnovi già previsti nei bandi di gara; consegne, lavori e servizi complementari; ripetizione di servizi analoghi; proroghe tecniche – purché limitate al tempo strettamente necessario per l'aggiudicazione della nuova gara; varianti per le quali non sia prevista l'indizione di una nuova gara. (...). 2. procedure negoziate indette, a partire dal 20.4.2016, in applicazione degli artt. 56, comma 1, lett. a) e 57, comma 2, lett. a) del d.lgs. 163/06, nei casi, rispettivamente, di precedenti gare bandite in vigenza del d.lgs. 163/06 andate deserte a causa della presentazione di offerte irregolari o inammissibili e della mancanza assoluta di offerte, purché la procedura negoziata sia tempestivamente avviata. 3. (...); 4. Affidamenti diretti o procedure negoziate in attuazione di accordi quadro aggiudicati prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice; 4. Adesioni a convenzioni stipulate prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice».

L'Autorità ha anche richiamato il principio del *tempus regit actum* e l'irrelevanza dello *ius superveniens* anche per quanto attiene la fase esecutiva dell'affidamento, ribadito anche dalla normativa transitoria che si è succeduta nel tempo (l'art. 253 co. 1 D.Lgs. 163/2006 e l'art. 216 co. 1 D.Lgs. 50/2016), giungendo ad affermare che a tali regole soggiace anche il contratto di subappalto, disciplinato dall'art. 118 del d.lgs. 163/2006 e, anteriormente, dall'art. 18 della l.

55/1990 (contenenti disposizioni sostanzialmente sovrapponibili), atteso che lo stesso costituisce un contratto derivato e accessorio al contratto d'appalto (in tal senso delibera n. 87 dell'8 febbraio 2017 –AG 4/2017/AP).

L'avviso sopra illustrato deve essere ribadito anche in ordine all'odierno quesito posto dalla stessa società, tenuto conto del fatto che il principio *tempus regit actum* nelle procedure di gara, ha carattere generale e «deve intendersi nel senso che la procedura è disciplinata dalla normativa vigente al tempo della pubblicazione del bando o dell'atto di avvio della procedura, la *lex specialis* di gara non potendo essere modificata da sopravvenienze normative, nel rispetto dei principi di certezza, trasparenza e *par condicio* tra i concorrenti (sul principio *tempus regit actum* nelle procedure di gara, si vedano: Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 25/02/2014, n. 9; Cons. Stato, sez. V, 23/06/2010, n. 3964; Cons. Stato, sez. V, 12/05/2017, n. 2222; Cons. Stato, sez. V, 31/07/2019, n. 5431; TAR Lazio, sez. II, 30/04/2020, n. 4529)» (delibera n. 882/2020, Prec 201/2020/L, Parere Funz Cons 18/2022).

Quanto sopra anche alla luce della «natura del bando di gara, quale norma speciale della procedura che regola, cui non solo le imprese partecipanti, ma anche l'amministrazione non può sottrarsi» (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433) (Consiglio di Stato, sent. n. 2222/2017). Osserva, infatti, il giudice amministrativo che «Il bando ha natura di atto amministrativo generale ed è la *lex specialis* di gara, "di indole imperativa", che contiene l'insieme delle regole di partecipazione dei concorrenti, di valutazione delle offerte e di conclusione della procedura, cui devono attenersi sia la stazione appaltante che i partecipanti. Il bando non si sottrae alla regola generale del *tempus regit actum* per cui è soggetto alla disciplina *ratione temporis* vigente al momento della sua pubblicazione (C.d.S., Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9). Tale soluzione difatti è quella che consente di rispettare i superiori principi della *par condicio*, di trasparenza e di certezza del diritto, che connotano le gare di appalto pubblico e che verrebbero irragionevolmente sacrificati ove si consentisse di modificare la regola della procedura in corso di gara» (TAR Lazio n. 4529/2020).

È inoltre consolidato l'orientamento «che, in materia di contratti pubblici afferma l'irrelevanza dello *ius superveniens* (Cons. St., Ad. Plen., 9/2011; più di recente Cons. St., V, 31/07/2019, n.5436; Cons. Stato, V, 7.6.2016, n. 2433; Cons. St., III, 1.9.2014, n. 4449), *anche per quanto attiene la fase esecutiva dell'affidamento*, ribadito anche dalla normativa transitoria che si è succeduta nel tempo: - l'art. 253 co. 1 D.Lgs. 163/2006 e l'art. 216 co. 1 D.Lgs. 50/2016 (recanti una disciplina transitoria) stabiliscono che le disposizioni contenute nei rispettivi decreti si applicano solo ai bandi e agli avvisi pubblicati successivamente all'entrata in vigore dei decreti stessi; (...)» (Delibera n. 1147 del 27 novembre 2019 – Fasc. 2620/2019; delibera n. 504/2022-parere AG9/2022).

Pertanto, in linea generale, in assenza di specifiche indicazioni del legislatore, le novelle intervenute in tema di contratti pubblici, non possono trovare applicazione con riguardo alle gare già bandite alla data di entrata in vigore delle stesse o ai contratti in corso di esecuzione.

Appare consentito tuttavia, nei limiti sopra indicati, ove ritenuto necessario dalla stazione appaltante in relazione ai singoli casi concreti, applicare le norme sopravvenute che non incidono né sulle condizioni dell'affidamento dell'appalto fissate nella *lex specialis* (non intervenendo su profili che possano condurre ad una violazione dei principi di *par condicio*, concorrenza, trasparenza nella procedura di gara svolta) né sulle conseguenti obbligazioni contrattuali assunte dalle parti.

Alla luce dei precedenti sopra richiamati, quindi, con specifico riferimento al quesito posto da .....OMISSIS..... con la nota sopra richiamata, nel confermare i principi di diritto affermati nelle pronunce sopra citate, tra i quali in particolare, il generale principio del *tempus regit actum* nelle

procedure di gara, con specifico riguardo agli affidamenti e ai subaffidamenti disposti dal Contraente generale in sede di esecuzione del contratto, alla luce delle previsioni del Capitolato speciale e del d.lgs. 190/2002 richiamate nell'istanza medesima (per cui, ai sensi dell'art. 9, comma 8, del d.lgs. 190/2002, gli affidamenti/subaffidamenti disposti dal Contraente generale, "*sono soggetti alle verifiche antimafia, con le modalità previste per i lavori pubblici*", quale previsione che nel caso specifico può essere intesa come rinvio mobile alla *disciplina antimafia* nel frattempo intervenuta) e del Protocollo d'intesa stipulato con la competente .....OMISSIS..... finalizzato alla prevenzione dei tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata nell'esecuzione dell'appalto in parola, appare ammissibile prevedere, in tale sede, l'acquisizione delle dichiarazioni relative all'insussistenza delle cause di esclusione ai sensi delle intervenute disposizioni degli articoli 94/98 del d.lgs. n. 36/2023, trattandosi di previsione che non sembra afferire ad aspetti procedurali dell'affidamento del contratto pubblico al Contraente generale (non riguardando profili che possano attenerne alla violazione dei principi di *par condicio*, concorrenza, trasparenza nella procedura di gara svolta a monte), né sembra avere effetti sull'equilibrio sinallagmatico tra le parti, nel senso sopra indicato.

La ricorrenza di tali condizioni è comunque rimessa alle opportune verifiche e alla esclusiva responsabilità della stazione appaltante.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette alla società richiedente ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

*Avv. Giuseppe Busia*

Firmato digitalmente