



DELIBERA N. 199 del 16 aprile 2024

Oggetto

.....OMISSIS..... – Realizzazione dellaOMISSIS..... dellaOMISSIS..... –Affidamento al Contraente generale delle prestazioni relative allaOMISSIS..... - Applicazione dell'art. 7, comma 3, lett. e), direttiva 93/37/CEE e dell'art. 158 del D.lgs. n. 36/2023 - istanza di parere.

AG 1/2024

Riferimenti normativi

Art. 7, comma 3, direttiva 93/37/CE

Art. 158 d.lgs. 36/2016

Parole chiave

Codice dei contratti pubblici - Contratti pubblici –Appalto – Settori speciali – Trasporti – Procedure di aggiudicazione – Procedura negoziata senza bando – Ripetizione lavori analoghi – Condizioni e limiti.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'Adunanza del 16 aprile 2024

Premessa

Con nota pervenuta in data 30 novembre 2023, acquisita al prot. n. 107048, corredata da documentazione a supporto, la societàOMISSIS..... (società interamente partecipata daOMISSIS..... e deputata, tra l'altro, alla realizzazione dellaOMISSIS..... dellaOMISSIS.....), ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine alla possibilità di affidare la realizzazione dellaOMISSIS..... dellaOMISSIS..... dellaOMISSIS..... al contraente generale già affidatario dell'appalto relativo alleOMISSIS.....,OMISSIS....., secondo le previsioni dell'art. 7, n. 3, della direttiva 93/37/CEE ovvero ai sensi dell'art. 158 del D.lgs. n. 36/2023.

Più in dettaglio, nell'istanza di parere la società richiedente ha evidenziato che con bando di gara pubblicato sulla G.U.U.E. in data 15 febbraio 2005, è stata indetta *"la procedura per l'affidamento a Contraente generale, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. f) della legge 443/2001, nonché dell'art. 9 del D. Lgs. 190/2002, della progettazione definitiva ed esecutiva e della realizzazione e direzione dei lavori e forniture necessari per la realizzazione della nuovaOMISSIS..... dellaOMISSIS..... (.....OMISSIS.....)"*, con riserva di affidare in opzione all'affidatario anche leOMISSIS....., nonché la diramazioneOMISSIS....., per l'importo complessivo di tutti i lavori opzionali è pari ad € 1.109.000.000,00.

La richiesta di parere è stata supportata dal commissario straordinario dell'opera,OMISSIS....., nominata ai sensiOMISSIS....., conOMISSIS....., in sostituzione del precedente commissario straordinario, nominato conOMISSIS.....

Le caratteristiche dell'opera

Il progetto preliminare dell'interaOMISSIS..... (approvato dalOMISSIS..... con Deliberazione CC n. 67 del 17 giugno 2002) prevedeva, dunque, le seguentiOMISSIS.....:OMISSIS..... e deposito *".....OMISSIS....."*,OMISSIS..... eOMISSIS..... *".....OMISSIS....."*,OMISSIS..... Il progetto era corredato per ogni tratta del relativo Quadro economico dei lavori, delle forniture e delle somme a disposizione della

Stazione Appaltante redatto sulla base delle procedure attuative dell'opera ipotizzabili a quella data. Per laOMISSIS....., che in questa prima versione, comprendeva 5 stazioni:OMISSIS.....,OMISSIS.....,OMISSIS.....,OMISSIS..... eOMISSIS....., il calcolo sommario della spesa, sulla base di valutazioni parametriche, portava alla stima di un investimento necessario complessivamente pari circa ad euro 497 milioni, di cui circa 207 milioni per la sub-trattaOMISSIS.....-.....OMISSIS..... e circa 290 milioni per la sub-trattaOMISSIS.....-.....OMISSIS.....

La visione complessiva dell'investimento per la realizzazione dell'intera linea, suddiviso per tratte, era riportata nella "Relazione generale" del Dipartimento VII delOMISSIS..... (febbraio 2002) allegata alla Delibera del Consiglio Comunale n° 67 del 17 giugno 2002 (allegato 2). Per laOMISSIS..... le stime riportate nella suddetta relazione evidenziano delle previsioni di costo totale di realizzazione (investimento) pari a circa 515 milioni di euro, di cui circa 215 milioni per la sub-trattaOMISSIS.....-.....OMISSIS..... e circa 300 milioni per la sub-trattaOMISSIS.....-.....OMISSIS..... LaOMISSIS..... era costituita da un'unica galleria a doppio binario, di diametro di scavo pari a circa 10 metri. La transizione da doppia galleria a singola galleria era posizionata presso la stazione «.....OMISSIS.....». Una volta superato ilOMISSIS..... erano previste due stazioni nel quartiere ".....OMISSIS.....": «.....OMISSIS.....» e «.....OMISSIS.....». Riattraversato ilOMISSIS....., si incontrava la stazione «.....OMISSIS.....» per poi proseguire verso il terminale «.....OMISSIS.....» dopo aver superato la stazione «.....OMISSIS.....». LaOMISSIS..... era suddivisa in due sub-tratte. La prima, "sub-tratta A" era composta dalle due stazioni finali, mentre la "sub-tratta B" andava dalla fine dellaOMISSIS..... fino a «.....OMISSIS.....» inclusa.

Trattandosi di opera di preminente interesse nazionale, inclusa nel novero delle grandi infrastrutture strategiche, nel bando di gara è stato evidenziato che l'affidamento è disciplinato dalla L. n. 443/2001, dal D. Lgs. n. 190/2002 e, sulla base del rinvio contenuto nello stesso decreto legislativo, dalla Direttiva 93/37/CEE, che riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori nei settori ordinari. Le disposizioni della Legge Obiettivo (L. n. 443/2011) consentivano in caso di affidamento a contraente generale di porre base di gara il progetto preliminare (art. 9 comma 1), piuttosto che quello definitivo; infatti, per leOMISSIS..... è stato posto in gara il progetto definitivo, comprensivo di computi metrici estimativi, mentre per leOMISSIS..... eOMISSIS..... e per le tratte opzionaliOMISSIS..... è stato, invece, posto in gara il già descritto progetto preliminare, sul quale il CIPE si era già espresso con la delibera n. 65 del 1° agosto 2003, approvandolo con prescrizioni.

Nello specifico, era stato confermato quale infrastruttura di rilevante interesse nazionale il tracciato fondamentale della linea comprendente le tratte daOMISSIS.....; quanto alle altreOMISSIS.....- non inserite nella prima fase attuativa, era stato chiesto al Comune di provvedere alla revisione del progetto, "anche in ragione dei dati di mobilità dell'infrastruttura", al fine di verificare la sufficienza della domanda di trasporto dalle tratte periferiche. Con la Deliberazione CIPE n. 105 del 20.12.2004, inoltre, era stato anche disposto l'esercizio dellaOMISSIS..... completamente automatico senza la presenza del macchinista a bordo (sistema di automazione integrale) [Il progetto preliminare revisionato sulla base delle due delibere CIPE è stato approvato dalla Giunta Comunale con la Delibera n. 34 del 13 febbraio 2008. Per quanto riguarda laOMISSIS....., l'adeguamento è consistito sostanzialmente nel confermare la soluzione della galleria unica a doppio binario, nel far terminare la tratta alla stazione «.....OMISSIS.....», riducendola effettivamente alla sola ".....OMISSIS....." originaria, e nell'eliminazione di una stazione intermedia del quartiereOMISSIS....., più precisamente «.....OMISSIS.....». Il calcolo sommario della spesa, sulla base di valutazioni parametriche, portava alla stima di un investimento necessario complessivamente pari circa ad euro 479 milioni (per la trattaOMISSIS.....-.....OMISSIS.....)].

La Legge Obiettivo consentiva di espletare la gara per l'affidamento di un'opera infrastrutturale per il suo intero oggetto contrattuale, ancorché non munito di tutti i relativi finanziamenti, al fine di permetterne una

progressiva attuazione nel tempo, in relazione all'acquisizione della disponibilità delle risorse economiche corrispondenti a ciascuna parte dell'opera.

Pertanto, in relazione alla disponibilità dei relativi finanziamenti, come meglio specificato nella "*Scheda Tecnica*" allegata all'istanza, l'oggetto dell'appalto è stato diviso in due Parti, di cui la Prima già finanziata (progettazione esecutiva e realizzazione delle trattaOMISSIS....., progettazione definitiva delle tratteOMISSIS..... eOMISSIS....., progettazione esecutiva e realizzazione della trattaOMISSIS....., nonché la fornitura del relativo materiale rotabile) e la Seconda non ancora oggetto di finanziamento (progettazione esecutiva e realizzazione delle tratteOMISSIS..... eOMISSIS....., nonché la fornitura del relativo materiale rotabile), condizionando l'esecuzione delle opere ivi previste, all'acquisizione delle risorse finanziarie che sarebbero intervenute a seguito della delibera CIPE di approvazione del relativo progetto definitivo, secondo le previsioni dell'art. 1.1.3 e dell'art. 1.6.1 del Capitolato speciale d'appalto. Inoltre, sulla base di specifica indicazione nel bando di gara e secondo le previsioni dell'art. 1.1.4 del C.S.A. ("ulteriori prestazioni"), è stata prevista la facoltà del Soggetto Aggiudicatore di affidare al Contraente generale anche le prestazioni relative alle TratteOMISSIS....., ai sensi e con le modalità di cui all'art.7, n. 3, lettera e) della già richiamata direttiva 93/37/CEE, fermo restando che l'importo stimato per la realizzazione delle tratte opzionali è stato considerato ai fini della qualificazione richiesta in sede di gara agli Operatori Economici.

In data 3 marzo 2006, con l'aggiudicazione definitiva all'ATI costituita daOMISSIS..... (oraOMISSIS.....) (mandataria) e daOMISSIS.....,OMISSIS..... (oraOMISSIS.....),OMISSIS..... (mandanti), si è conclusa la gara per l'affidamento a Contraente generale per la realizzazione del Tracciato Fondamentale, daOMISSIS..... aOMISSIS..... L'ATI aggiudicataria ha poi costituito una società di progetto, denominata ".....OMISSIS.....", poi divenuta ".....OMISSIS.....", in funzione di Contraente generale [.....OMISSIS..... è una società di progetto costituita da 5 sociOMISSIS..... (società del gruppoOMISSIS.....),OMISSIS.....,OMISSIS.....,OMISSIS.....,OMISSIS..... per la realizzazione dellaOMISSIS..... dellaOMISSIS..... Subentra all'Associazione Temporanea d'Imprese con MandatariaOMISSIS..... che si è aggiudicata la gara d'appalto indetta daOMISSIS..... per conto delOMISSIS..... per la realizzazione dellaOMISSIS..... In data 1° agosto 2021OMISSIS..... è confluita interamente nella società di nuova costituzione denominataOMISSIS..... (che vede come socio unico ilOMISSIS.....)].

Il contratto d'appalto, stipulato nel 2006, a parere dell'istante, si configura quindi come un contratto ad attuazione progressiva, la cui efficacia - in considerazione della condizione sospensiva sopra indicata - si perfeziona progressivamente, in quanto subordinata all'acquisizione dei relativi finanziamenti e all'approvazione dei progetti definitivi da parte del CIPE (ora del Commissario Straordinario).

La recente evoluzione dei finanziamenti

Per quanto di specifico interesse, nella richiesta di parere si sottolinea che l'acquisizione integrale del finanziamento della Seconda Parte dell'intervento, è stata completata nel 2022, per effetto delle previsioni della Legge 29 dicembre 2022, n. 197 (recante "*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025*"), la quale all'art. 1, comma 478, ha autorizzato una spesa complessiva di euro 2.200 milioni, a valere su fondi statali, che sono stati assegnati allaOMISSIS..... sub-trattaOMISSIS.....-.....OMISSIS..... esclusa (completamento progettazione definitiva, progettazione esecutiva, realizzazione), allaOMISSIS..... (progettazione definitiva ed esecutiva, realizzazione) e all'adeguamento contrattuale per maggiori costi dellaOMISSIS.....

Nelle valutazioni condotte dall'Amministrazione ai fini della richiesta di finanziamento formulata, l'importo stimato attualizzato per laOMISSIS..... è pari a circa 900 milioni di euro, in quanto si è tenuto conto dell'effettivo andamento della spesa per la realizzazione delle stazioni ricomprese nelle tratte del centro storico e dell'aumento registrato con lo svolgimento dei successivi livelli di progettazione, anche per

l'adeguamento alle indicazioni delle amministrazioni competenti ed in, particolare alle prescrizioni della Soprintendenza archeologica - riguardanti verifiche preventive e modalità costruttive - rese in seguito a complesse problematiche e riscontrate nella zona della stazioneOMISSIS..... Al riguardo, l'amministrazione istante ha fornito una nota di dettaglio che riferisce in merito alle evoluzioni della progettazione dellaOMISSIS..... e della relativa quantificazione economica, posta alla base delle richieste di finanziamento formulate dal Commissario Straordinario e daOMISSIS..... alOMISSIS....., che hanno portato all'assegnazione dei finanziamenti.

Detto finanziamento è stato, infatti, assegnato solo alla fine del 2022, contestualmente a quello inerente allaOMISSIS..... (daOMISSIS...../.....OMISSIS.....), con la l. n. 197/2022, legge di Bilancio 2023.

L'acquisizione contestuale dei finanziamenti diOMISSIS..... eOMISSIS..... sarebbe correlata al fatto che solo con il finanziamento dellaOMISSIS..... è venuta ad avverarsi la condizione sospensiva cui era subordinata l'efficacia del contratto per la Seconda parte dell'Affidamento, senza la cui esecuzione l'ente aggiudicatore non ha interesse nemmeno a valutare la facoltà di esercitare l'opzione relativa allaOMISSIS..... (cfr. citato punto 3 del bando di gara).

Ciò in quanto, secondo quanto evidenziato dall'istante, sotto un profilo tecnico laOMISSIS..... non costituisce una tratta a sé stante, né dal punto di vista funzionale e né realizzativo, poiché non può essere realizzata se non in stretta concatenazione e/o sequenzialità rispetto allaOMISSIS..... e non può entrare in esercizio se disgiunta dal 'Tracciato Fondamentale' in corso di completamento (essendo fondamentale la disponibilità del Deposito per la gestione del materiale rotabile e del Posto Centrale Operativo per la gestione dell'esercizio e degli impianti di sistema, di supervisione e di controllo, ubicati in prossimità dellaOMISSIS..... lungo laOMISSIS.....).

Ove affidata con diverso appalto, l'attivazione funzionale dellaOMISSIS..... sarebbe comunque vincolata dalla messa in esercizio dellaOMISSIS..... da parte del Contraente generale, fino alla quale rimarrebbe comunque un mero lotto costruttivo. Inoltre, la sua realizzazione separata dalla esecuzione dellaOMISSIS..... richiederebbe maggiori investimenti di rilevantissima entità per ulteriori e specifiche opere ed apprestamenti provvisori che si potrebbero evitare se invece vi fosse una esecuzione contestuale delle due Tratte da parte dello stesso Contraente.

La posizione dell'istante

Alla luce di quanto sopra, a parere dell'istante, l'art. 1.1.4 del Capitolato speciale deve essere letto congiuntamente all'art. 1.1.3 dello stesso documento in quanto l'esercizio della facoltà di affidamento dellaOMISSIS..... al Contraente generale resta anch'esso subordinato all'avveramento della condizione sospensiva cui è stato sottoposto l'affidamento dellaOMISSIS....., ovvero all'acquisizione del relativo finanziamento di tale Tratta.

Già in sede di gara, quindi, era chiaramente evidente a tutti i concorrenti, che l'opzione di affidamento dellaOMISSIS..... ai sensi dell'art. 7, n. 3, dir. 93/37/CEE, prevista all'art. 1.1.4 del Capitolato Speciale di Appalto, avrebbe potuto concretamente esercitarsi, da parte dell'Amministrazione, solo una volta venuta a verificarsi la condizione sospensiva di cui al precedente art. 1.1.3 inerente alla realizzazione dellaOMISSIS..... ('Seconda Parte' del contratto).

Per tutto quanto sopraOMISSIS..... ha chiesto all'Autorità di esprimere avviso in ordine alla possibilità di avvalersi della facoltà di cui all'art. 7, comma 3, lett. e) dir. 93/37/CEE, espressamente menzionata nel bando di gara e regolata dall'art. 1.1.4 del Capitolato Speciale di Appalto.

La società chiede, altresì, di valutare l'applicabilità dell'art. 158 del d.lgs. 36/2023, alla luce del parere reso dall'Autorità suOMISSIS..... (identificato comeOMISSIS.....).

In caso di positivo riscontro, chiede di conoscere se la normativa di riferimento di tale ulteriore affidamento sia la stessa del contratto di appalto già in corso di esecuzione (D. Lgs. 190/2002 s.m.i., L. 109/94 s.m.i.

ove non derogata, d.P.R. 554/99 s.m.i. ove non derogato) o se invece debba trovare applicazione la normativa sui contratti pubblici ad oggi vigente (d.lgs. 36/2023).

A seguito dell'istanza di parere formulata daOMISSIS....., in data 30 novembre 2023 è pervenuta la nota acquisita al prot. n. 107381, con la quale il Commissario straordinario per la realizzazione dellaOMISSIS..... dellaOMISSIS..... (.....OMISSIS.....), nell'ambito del Protocollo di intesa del 2 marzo 2022 concluso tra l'Autorità e il Ministero delle infrastrutture e Trasporti, per la Vigilanza collaborativa sulle opere infrastrutturali individuate nei D.P.C.M. adottati ai sensiOMISSIS..... conv. inOMISSIS....., ha trasmesso alla stessa Autorità copia della predetta istanza di parere, comunicandone la condivisione anche conOMISSIS.....

Con note del 19 dicembre 2023, prot.n.113710 e del 20 dicembre 2023, prot. n. 113831, è stata trasmessa daOMISSIS....., ulteriore documentazione (relativa allaOMISSIS.....), integrativa di quella già inviata unitamente all'istanza di parere sopra citata (prot. n. 107048/2023).

Con successiva nota acquisita al prot. n. 114261 del 21 dicembre 2023,OMISSIS..... ha trasmesso altra documentazione a supporto della richiesta di parere. Infine, con nota acquisita al prot. n. 36889 del 19 marzo 2024 è stata trasmessa una nota riepilogativa delle evoluzioni progettuali dellaOMISSIS..... e del relativo quadro economico.

Considerazioni

Inquadramento normativo.

Al fine di esprimere avviso sulle questioni sollevate con l'istanza in oggetto, appare opportuno analizzare la normativa di riferimento nonché la sua evoluzione.

Il bando di gara (pubblicato sulla G.U.U.E. il 15 febbraio 2005) prevedeva che *"il presente affidamento è disciplinato da: legge 21 dicembre 2001, n. 443 [c.d. Legge obiettivo], D.Lgs. 20 agosto 2002, n. 190, Direttiva 93/37/CEE"*. L'art. 2.3.2 del Capitolato speciale stabiliva che l'appalto è soggetto, oltre alla L. n. 443/2001 e al D.lgs. n. 190/2002, anche alla L. n. 109/1994 e al d.P.R. n. 554/1999.

Per quanto di interesse, ai fini del presente parere, il D.lgs. n. 190/2002 (recante *"Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale"*, abrogato dall'art. 256 del D.lgs. n. 163/2006) stabiliva che, in caso di affidamento di un contratto al contraente generale, *"I rapporti tra soggetto aggiudicatore e contraente generale sono regolati, per quanto non previsto dalla legge delega, dal presente decreto e dall'integrazione del regolamento di cui all'articolo 15, dalle norme della direttiva 93/37/CEE o del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, dagli atti di gara e dalle norme del codice civile regolanti l'appalto"* (art. 9, comma 4) [La definizione di "soggetto aggiudicatore" si ricava dall'art. 1, comma 7, lett. g) del D.lgs. n. 190/2002, secondo cui «soggetti aggiudicatori sono le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'articolo 1, lettera b) della direttiva 93/37/CEE, nonché i soggetti aggiudicatori di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, competenti alla realizzazione delle infrastrutture. Sono altresì soggetti aggiudicatori, ai soli fini di cui alla presente legge, i diversi soggetti pubblici o privati assegnatari dei fondi». A sua volta, ai sensi dell'art. 2 del D.lgs. n. 158/1995 «1. Sono soggetti aggiudicatori: a) le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano, gli enti territoriali e locali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico comunque denominati e loro associazioni; b) le imprese pubbliche; c) i soggetti privati che per l'esercizio delle attività di cui agli articoli da 3 a 6 si avvalgono di diritti speciali o esclusivi (...)>>].

Inoltre, con riferimento alle procedure di aggiudicazione, l'art. 10, commi 5 e 6, del D.Lgs. 190/2002 disponeva che: *"5. Per i soggetti aggiudicatori operanti nei settori di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, si applicano, per quanto non previsto nel presente articolo, le norme di cui al decreto"*

legislativo 17 marzo 1995, n. 158. 6. Per tutti gli altri soggetti aggiudicatori si applicano, per quanto non previsto nel presente articolo, le norme di cui alla direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 16 giugno 1993'.

Dalle richiamate disposizioni si desume che, all'epoca dell'indizione della gara, i rapporti tra soggetto aggiudicatore e contraente generale andavano regolamentati in base al D.lgs. n. 158/1995 (recante "Attuazione delle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi"), laddove il soggetto aggiudicatore fosse operante nei c.d. settori esclusi oppure in base alla direttiva 93/37/CEE qualora quest'ultimo operasse nei settori ordinari. In quest'ultimo caso (settori ordinari), si applicavano, inoltre, le previsioni di cui alla l. n. 109/1994 (Legge quadro in materia di lavori pubblici) e del d.P.R. n. 554/1999, in caso di appalti di lavori, nonché il D.Lgs. n. 157/1995 in caso di appalti di servizi.

Fino all'adozione della direttiva 2004/17/CE e all'entrata in vigore del d.lgs. 163/2006, come noto, le direttive comunitarie sulle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture escludevano dal loro ambito di applicazione taluni settori, denominati appunto "esclusi", in quanto caratterizzati da un regime misto pubblico-privato per lo più riconducibile alla disciplina dei servizi pubblici e non ritenuti assoggettabili a un regime di piena concorrenza.

Con specifico riferimento al settore trasporti, poi, la direttiva 2004/17 ha esteso, rispetto alla direttiva 93/98, l'applicazione della disciplina dei settori speciali, oltre che alla già prevista gestione delle reti, anche alla messa a disposizione delle reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, ovvero mediante autobus, sistemi automatici o cavo (art. 5.1, direttiva 2004/17 e art. 210, Codice dei Contratti pubblici). In precedenza, infatti, il D.lgs. n. 158/1995 (recante "Attuazione delle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi") all'art. 5 disponeva, invece, che "Rientrano nel settore trasporti: a) la gestione di reti di trasporto pubblico per ferrovia, sistemi automatici, tramvia, filovia o autobus, il cui esercizio sia subordinato alle prescrizioni delle competenti autorità pubbliche sui percorsi, sulle capacità di trasporto disponibili o sulla frequenza del servizio, con esclusione del servizio di trasporto mediante autobus qualora esso possa essere liberamente svolto, su tutto o parte del territorio nazionale, da altri soggetti in assenza di concessione alle stesse condizioni previste per i soggetti aggiudicatori;.....".

È a partire dal riordino della disciplina di tali settori, ridefiniti "speciali", che il legislatore sovranazionale, oltre ad ampliare l'ambito del settore dei trasporti, ha - più in generale - attratto alla disciplina dell'evidenza pubblica tali settori, pur mantenendo taluni connotati di specialità rispetto a quelli ordinari, mediante una disciplina più flessibile, che lasciasse maggiore spazio agli enti aggiudicatori.

Come chiarito dal Consiglio di Stato, infatti, "la direttiva 2004/17/CE, di cui il d.lgs. n. 163/2006 costituisce attuazione, come già la direttiva sui settori speciali che la ha preceduta (e recepita in Italia con il d.lgs. n. 158/1995), è stata varata al precipuo fine di garantire la tutela della concorrenza in relazione a procedure di affidamento di appalti da parte di enti operanti in settori sottratti, per il passato, alla concorrenza e al diritto comunitario dei pubblici appalti, i c.d. settori esclusi, che, dopo l'intervento comunitario, sono divenuti i settori speciali (ex esclusi); - l'intervento del normatore comunitario, finalizzato ad attrarre alla disciplina di evidenza pubblica settori in precedenza ritenuti regolati dal diritto privato, ha però ritenuto di mantenere i connotati di specialità di detti settori, rispetto a quelli ordinari, mediante una disciplina più flessibile, che lascia maggiore libertà alle stazioni appaltanti, e soprattutto restrittiva quanto all'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione; - conseguentemente, il diritto comunitario ha delimitato in modo rigoroso non solo l'ambito soggettivo dei settori speciali (art. 207, d.lgs. n. 163/2006; artt. 2 e 8, direttiva 2004/17/CE), ma anche quello oggettivo, descrivendo in dettaglio l'ambito di ciascun settore speciale" (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 16/2011).

La minore rigidità che vige nei settori speciali (ex esclusi) si coglie anche in relazione alle procedure di scelta di contraente. Circoscrivendo l'analisi all'istituto che interessa ai fini del presente parere (procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando), si osserva che, nel caso di affidamento di nuovi lavori

o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi assegnati all'aggiudicatario di una precedente gara, a differenza dei settori ordinari, il legislatore comunitario e quello nazionale, sia nei settori "esclusi" che in quelli "speciali", non ha limitato la possibilità di ricorrere a tale procedura al triennio successivo alla stipulazione del contratto di appalto iniziale, prevedendo come condizioni necessarie *i*) la conformità dei lavori e/o servizi al progetto a base della prima gara, *ii*) la stima di tali lavorazioni nel bando di gara e il loro computo ai fini della stima dell'importo a base di gara, *iii*) la selezione del contraente in base ad una procedura ordinaria, vale a dire aperta alla concorrenza.

A differenza della direttiva 93/37/CEE relativa ai settori ordinari (richiamata nella *lex specialis* di gara *de qua*), la direttiva 93/38/CE, nei settori "esclusi", stabiliva la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza bando (anche) per la ripetizione di lavori simili, senza limitare l'esercizio dell'opzione di rinnovo entro il triennio. In particolare, l'art. 20, par. 2, lett. g) della direttiva 93/38/CEE stabiliva che era consentito il ricorso a tale modalità di affidamento "nel caso degli appalti di lavori, quando si tratti di nuovi lavori che consistono nella ripetizione di opere simili affidate dagli stessi enti aggiudicatori all'impresa titolare del primo appalto, a condizione che i nuovi lavori siano **conformi ad un progetto di base** per il quale sia stato aggiudicato un appalto in seguito all'indizione di una gara; la possibilità del ricorso a questa procedura deve essere indicata in occasione dell'indizione di gara per il primo appalto e la somma complessiva prevista per il seguito dei lavori sarà presa in considerazione dagli enti aggiudicatori per l'applicazione dell'articolo 14" (disposizione recepita, con la medesima formulazione, all'art. 13, comma 1, lett. g) del D.lgs. n. 158/1995).

La medesima disposizione è stata ricalcata nell'ambito del riordino e (come si preciserà *infra*) dell'ampliamento del settore dei settori speciali (nel settore dei trasporti) sia nell'art. 40, par. 3, lett. g) della direttiva 2004/17/CEE (che stabiliva la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza previa indizione di una gara, tra l'altro, "nel caso di appalti di lavori, per nuovi lavori che consistano nella ripetizione di opere simili affidate dagli stessi enti aggiudicatori all'impresa titolare del primo appalto, purché i nuovi lavori siano conformi a un progetto di base, aggiudicato con un appalto in seguito all'indizione di una gara; la possibilità di ricorrere a questa procedura è indicata già al momento dell'indizione della gara per il primo appalto e, ai fini degli articoli 16 e 17, gli enti aggiudicatori tengono conto dell'importo complessivo previsto per i lavori successivi") e nell'art. 221, comma 2, lett. g) del D.lgs. n. 163/2006 (che ha recepito tale previsione), sia nell'art. 50, par. 1, lett. f) della direttiva 25/2014/UE e nel suo recepimento, sebbene all'art. 125, comma 1, lett. f) del D.lgs. n. 50/2016, si sia optato per una formulazione che potrebbe risultare più stringente – anche rispetto alla direttiva europea – in base alla quale è possibile ricorrere alla procedura negoziata "f) per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi assegnati all'((operatore)) al quale gli stessi enti aggiudicatori hanno assegnato un appalto precedente, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'articolo 123. Il progetto a base di gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati. La possibilità di ricorrere a tale procedura è indicata già al momento dell'indizione della gara per il primo progetto e gli enti aggiudicatori, quando applicano l'articolo 35 tengono conto del costo complessivo stimato per i lavori o i servizi successivi".

Tale previsione, con riguardo agli appalti nei settori speciali, è stata confermata anche con il d.lgs. 36/2023 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici), all'art. 158, comma 2, lett. f), che testualmente si riferisce a: "nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi assegnati all'operatore al quale le stesse stazioni appaltanti o enti concedenti hanno assegnato un appalto precedente, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'articolo 155, comma 1; il progetto a base di

gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati; la possibilità di ricorrere a tale procedura è indicata già al momento dell'indizione della gara per il primo progetto e le stazioni appaltanti o gli enti concedenti, quando applicano l'articolo 14, tengono conto del costo complessivo stimato per i lavori o i servizi successivi').

In sintesi, e per quanto di specifico interesse ai fini del parere richiesto, l'affidamento in oggetto, al tempo in cui è stato indetto:

- secondo la disciplina nazionale, rientrava nei cd. "settori ordinari", per i quali la normativa di riferimento prevedeva la possibilità della ripetizione dell'affidamento dei servizi analoghi, entro il limite di tre anni dalla stipula del primo contratto;
- già secondo la disciplina comunitaria (direttiva 2004/17/CE), recepita successivamente alla pubblicazione del bando di gara (con il d.lgs. 163/2006), rientrava nei meno rigorosi cd. "settori speciali" (cfr. sul punto anche parere AVCP 1/2008 infra), che non prevedevano limiti temporali in caso di ripetizione dell'affidamento dei servizi analoghi; caratteristica, quest'ultima, sempre confermata dalle diverse normative, comunitarie e nazionali, che si sono succedute nel tempo.

Tenuto conto del suddetto quadro normativo, può fornirsi risposta ai quesiti sollevati dall'istante.

[Sul primo quesito, relativo all'applicabilità dell'art. 7, comma 3, lett. e\) della direttiva 93/37/CEE.](#)

In relazione al primo quesito, con il quale è stato chiesto se *"la Stazione Appaltante possa ancora avvalersi della facoltà di cui all'art. 7, comma 3, lett. e) dir. 93/37/CEE, espressamente menzionata nel bando di gara e regolata dall'art. 1.1.4 del Capitolato Speciale di Appalto"*, si ritiene di dovere fornire risposta negativa per i seguenti motivi, derivanti sia dall'interpretazione sistematica delle clausole della *lex specialis* di gara, sia dall'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia all'art. 7, comma 3, lett. e) della direttiva 93/37/CEE.

Per quanto concerne la legge di gara, il bando prevedeva espressamente che *«il soggetto aggiudicatore si riserva la facoltà di affidare al soggetto aggiudicatario anche le opere relative alleOMISSIS..... della linea metropolitana, per un importo stimato, al netto di IVA, in euro 1.109.000.000,00 ai sensi e con le modalità di cui all'art. 7, comma 3, lettera e) della direttiva 93/37/CEE»*. L'art. 1.1.4 (*Ulteriori Prestazioni*) del Capitolato speciale stabiliva che *"il soggetto aggiudicatore si riserva la facoltà di affidare al soggetto aggiudicatario anche le prestazioni relative alla realizzazione delleOMISSIS..... della linea metropolitana, per un importo stimato, al netto di IVA, in euro 1.109.000.000,00 ai sensi e con le modalità di cui all'art. 7, comma 3, lettera e) della direttiva 93/37/CEE. Il soggetto aggiudicatore per patto espresso ha diritto a non affidare le predette prestazioni e a rifiutare ogni negoziato in proposito, senza che il contraente generale possa vantare diritti, pretese o legittimo interesse al negoziato, né chiedere indennizzi o risarcimenti per il rifiuto di affidare o negoziare l'affidamento»*.

Dunque, i documenti di gara hanno previsto espressamente la possibilità per l'ente aggiudicatore, di avvalersi dell'opzione di affidamento, al contraente generale, anche delleOMISSIS....., fermo restando, in ogni caso, che tale opzione non costituiva un obbligo per l'ente aggiudicatore il quale si è riservato la possibilità di non affidare le predette prestazioni, *"senza che il contraente generale possa vantare diritti, pretese o legittimo interesse al negoziato, né chiedere indennizzi o risarcimenti per il rifiuto di affidare o negoziare l'affidamento"*.

Le previsioni della *lex specialis* e del Capitolato speciale d'appalto rimandano alle modalità attuative della già menzionata opzione, come disciplinate dall'art. 7, comma 3, lett. e) della direttiva 93/37/CEE, ai sensi degli artt. 9 e 10 del D.lgs. n. 190/2002 (sopra richiamati).

A tal riguardo, l'art. 7, comma 3, lett. e) della direttiva 93/37/CEE (relativa ai settori ordinari) disponeva che: *"Le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire gli appalti di lavori mediante la procedura negoziata, senza pubblicazione preliminare di un bando di gara, nei casi seguenti: [...] e) per nuovi lavori consistenti*

nella ripetizione di opere similari affidate all'impresa titolare di un primo appalto dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto attribuito secondo le procedure di cui al par. 4. La possibilità di ricorrere a questa procedura deve essere indicata sin da quando si pone in concorrenza il primo appalto e l'importo totale previsto per il seguito dei lavori viene preso in considerazione dalle amministrazioni aggiudicatrici per l'applicazione dell'art. 6. Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla conclusione dell'appalto iniziale.

Dunque, le condizioni legittimanti l'esercizio dell'opzione prevista dalla norma possono così elencarsi:

- I lavori oggetto di affidamento devono essere conformi a un progetto di base e tale progetto deve essere stato oggetto di un primo appalto attribuito secondo una procedura di gara;
- La possibilità di ricorrere a tale affidamento deve essere indicata nel bando del primo appalto;
- l'importo totale previsto per il seguito dei lavori deve essere preso in considerazione per l'applicazione dell'art. 6 (calcolo del valore stimato dell'appalto).
- la possibilità di ricorrere a tale procedura è limitata al triennio successivo alla conclusione dell'appalto iniziale.

In relazione a quanto sopra, da quanto rappresentato nell'istanza di parere, sembrerebbero sussistere nella fattispecie le prime tre condizioni richieste dalla norma, tenuto conto dell'espletamento della gara a monte riferita al progetto (di base) complessivo dell'opera e nell'ambito della quale è stata data evidenza, nella *lex specialis*, dell'opzione di affidamento ai sensi dello stesso art. 7, n. 3, direttiva 93/37/CE, della tratta T1, con indicazione del relativo importo stimato, del quale – come evidenziato dal richiedente – si è tenuto conto anche ai fini della qualificazione richiesta in sede di gara agli Operatori Economici. Che al momento della pubblicazione del bando il progetto preliminare relativo allaOMISSIS..... dovesse essere oggetto di revisione era, comunque, precisato nella Delibera CIPE del 2003 che disponeva il finanziamento per la prima parte di attività.

Nella Scheda tecnica trasmessa a corredo dell'istanza, inoltre, sono state illustrate le difficoltà tecniche sussistenti in caso di affidamento della predetta tratta a diverso contraente da quello attuale, nonché i notevoli vantaggi di spesa e organizzativi, oltre che di impatto sulle zone interessate dai lavori, che una simile soluzione determinerebbe.

Con riguardo invece all'ultima condizione, riferita all'esercizio dell'opzione di affidamento entro il triennio successivo alla conclusione dell'appalto iniziale, l'ente aggiudicatore ritiene che:

- le previsioni dell'art. 1.1.4 del Capitolato speciale (che disciplina l'opzione di affidamento in esame) devono essere lette congiuntamente all'art. 1.1.3 dello stesso documento (che condiziona l'affidamento della progettazione esecutiva e della realizzazione delle tratteOMISSIS..... eOMISSIS..... all'assegnazione dei relativi fondi), poiché le due tratte sono strettamente connesse, dunque l'esercizio della facoltà di affidamento dellaOMISSIS..... al Contraente generale resta anch'esso subordinato all'avveramento della condizione sospensiva cui è stato sottoposto l'affidamento dellaOMISSIS....., ovvero all'acquisizione del relativo finanziamento;
- solo con il finanziamento dellaOMISSIS....., per effetto della l. 197/2022, è venuta ad avverarsi la condizione sospensiva cui era subordinata l'efficacia del contratto per la Seconda parte dell'Affidamento, senza la cui esecuzione non vi sarebbe interesse a valutare la facoltà di esercitare l'opzione di affidamento dellaOMISSIS..... in esame.

In relazione a quanto sopra, si evidenzia che le disposizioni del bando e del Capitolato Speciale, contrariamente a quanto sostenuto dalla società richiedente, non depongono per una lettura congiunta delle previsioni degli artt. 1.1.3 e 1.1.4 del Capitolato stesso.

Si tratta invero di due disposizioni riferite a fattispecie distinte: l'art. 1.1.3 del Capitolato contempla una condizione sospensiva – nei termini sopra indicati – riferita esclusivamente alle tratteOMISSIS..... e

.....OMISSIS....., mentre l'art. 1.1.4 dello stesso documento, stabilisce la mera possibilità per l'ente aggiudicatore di avvalersi dell'opzione di cui all'art. 7, n. 3, lett. e) della direttiva 93/37/CE, per leOMISSIS..... della linea metropolitana.

Non si rinviene nei documenti di gara una chiara indicazione in ordine alla lettura e all'applicazione congiunta delle previsioni citate, evidentemente riferite a fattispecie e a tratte distinte, sebbene l'una (.....OMISSIS.....) costituisca la prosecuzione dell'altra (.....OMISSIS..... eOMISSIS.....).

Sotto altro profilo, deve evidenziarsi che l'art. 7, n. 3, lett. e) della direttiva 93/37/CE, è norma di stretta interpretazione, contemplando un'ipotesi di affidamento di un contratto pubblico in deroga alle regole dell'evidenza pubblica.

Come osservato dal giudice comunitario, infatti, *"Le disposizioni dell'art. 7, n. 3, della direttiva, che autorizzano deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato CE nel settore degli appalti di lavori pubblici, devono essere interpretate restrittivamente e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intende avvalersene (v., in tal senso, sentenze 18 maggio 1995, causa C-57/94, Commissione/Italia, Racc. pag. I-1249, punto 23, e 28 marzo 1996, causa C 318/94, Commissione/Germania, Racc. pag. I 1949, punto 13)".*

Il giudice comunitario aggiunge che *"(..) L'ultima frase di tale disposizione tuttavia precisa che si può ricorrere a questa procedura limitatamente «al triennio successivo alla conclusione dell'appalto iniziale. 34 Alla luce di un confronto delle versioni linguistiche di tale disposizione, occorre intendere l'espressione «conclusione dell'appalto iniziale» nel senso della conclusione del contratto iniziale e non nel senso della conclusione dei lavori sui quali verte l'appalto (...) 36 Questa interpretazione è confermata dall'oggetto della disposizione di cui trattasi e dalla sua collocazione nel sistema della direttiva. 37 Da un lato, trattandosi di una disposizione derogatoria che deve essere interpretata restrittivamente, occorre optare per l'interpretazione che abbrevia il periodo in cui si applica la deroga piuttosto che per quella che lo allunga. Risponde a tale obiettivo l'interpretazione che considera come punto di partenza la data di conclusione del contratto iniziale piuttosto che la data, necessariamente successiva, del completamento dei lavori che ne sono oggetto. 38 Dall'altro, la certezza del diritto, auspicabile nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, impone che la data d'inizio del periodo in questione possa essere definita in modo certo e obiettivo. Ebbene, se la data di conclusione di un contratto è certa, varie date possono essere considerate rappresentative della conclusione dei lavori e dar luogo ad altrettante incertezze. Inoltre, se la data di conclusione del contratto è definitivamente acquisita all'inizio, la data di conclusione dei lavori, indipendentemente dalla definizione che se ne dà, può essere modificata da fattori accidentali o intenzionali durante tutto il periodo di esecuzione dell'appalto"* (Corte di Giustizia, Sez. II, 14/9/2004 n. C-385/02; sulla base di tale avviso il giudice comunitario, con riferimento al triennio di cui all'ultima frase dell'art. 7, n. 3, lett. e), della direttiva, ha ritenuto non sussistente tale condizione in relazione alla conclusione dei contratti iniziali nel 1982 e nel 1988, e all'esercizio dell'opzione nel 1997, ritenendo la deroga prevista dalla detta disposizione non applicabile).

Il giudice comunitario ha chiarito quindi che la disposizione di cui al citato art. 7, n. 3, lett. e) della direttiva 93/37/CE trova applicazione esclusivamente nel triennio successivo alla stipula del contratto d'appalto e non oltre.

Trattandosi, quindi, di norma comunitaria, di stretta interpretazione, non suscettibile di applicazione estensiva o analogica, secondo quanto sopra indicato, negli affidamenti assoggettati alla disciplina dei settori ordinari, non appare consentito derogare alla norma stessa sulla sola base di una lettura delle previsioni della *lex specialis*, tesa ad allungarne la validità, in quanto posta in correlazione con l'avveramento della condizione sospensiva prevista al punto 1.1.3 del Capitolato speciale d'appalto, secondo la ricostruzione proposta dalla società richiedente.

Per quanto sopra, l'esercizio dell'opzione prevista al punto 1.1.4 dello stesso Capitolato Speciale non parrebbe attivabile solo sulla base della proposta lettura congiunta delle previsioni degli artt. 1.1.3 e 1.1.4 del Capitolato speciale. Ciò, sebbene sia indubbio che, ove pure l'ente aggiudicatore si fosse determinato ad affidare al contraente generale anche i lavori indicati nella predetta opzione (o anche solo parte di essi) una volta approvata la nuova progettazione preliminare (nel 2008), ma comunque, entro il termine di tre anni dalla sottoscrizione del contratto principale, sarebbe stato necessario prevedere, anche per il secondo affidamento, la condizione sospensiva riferita al conseguimento del finanziamento, tenuto conto che effettivamente le risorse economiche necessarie non erano disponibili, essendo state stanziare solo nel 2022.

Sul secondo quesito, relativo all'applicabilità dell'art. 158 del D.lgs. n. 36/2023.

In relazione al secondo quesito, con il quale è stato chiesto di " *valutare l'applicabilità dell'art. 158 del D.lgs. 36/2023, alla luce del parere reso perOMISSIS..... dall'AVCPOMISSIS.....* " e, in caso positivo, " *se la normativa di riferimento di tale ulteriore affidamento sia la stessa del contratto di appalto già in esecuzione (D.lgs. 190/2002 e s.m.i., L. 109/94 s.m.i. ove non derogata, d.P.R. 554/99 s.m.i. ove non derogato) o se invece debba trovare applicazione la normativa sui contratti pubblici ad oggi vigente (id est D.lgs. 36/2023)* ", si osserva quanto segue.

Nel parere del 2008 citato dall'istante, l'allora AVCP ha esaminato le caratteristiche della societàOMISSIS....., concludendo che la stessa è qualificabile come "organismo di diritto pubblico" (in presenza di tutti i requisiti richiesti a tal fine dall'art.3, comma 26, D.lgs. n. 163/2006 vigente *ratione temporis*), e che la medesima società " *al fine dell'applicazione delle disposizioni della parte III del Codice può definirsi ente aggiudicatore nel settore in cui svolge la propria attività (art. 3, comma 29, Codice), e cioè quello dei trasporti ferroviari – metropolitani* ". In particolare,OMISSIS....., " *svolge la funzione di ente aggiudicatore per la realizzazione, l'ampliamento, il prolungamento e l'ammodernamento delle linee metropolitane dellaOMISSIS....., (senza che gestisca anche il trasporto), e dunque svolge attività di messa a disposizione delle reti di trasporto per lo svolgimento di un pubblico servizio* ". Pertanto, nel settore trasporti, lo svolgimento dell'attività di ente aggiudicatore di gare, finalizzate alla realizzazione di lavori per la messa a disposizione delle reti di trasporto ferroviario, è soggetto alla disciplina dei settori speciali.

L'Autorità ha anche osservato che – come già rilevato nel precedente paragrafo – " *Nella vigenza della direttiva 93/38/CEE, [...], le attività del settore trasporti soggette all'applicazione della normativa erano quelle relative alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico (nel settore dei trasporti per ferrovia, sistemi automatici, tranvia, filovia, autobus o cavo, art. 2 comma 2 lett. c, Direttiva 93/38 e art. 5 D.lgs 158/95). La messa a disposizione delle reti non era, pertanto, soggetta all'applicazione della direttiva, fatta eccezione per la messa a disposizione dei vettori aerei, marittimi e fluviali, di aeroporti, porti marittimi o interni, nonché di altri impianti terminali di trasporto* "; è stato, altresì, evidenziato che " *la direttiva 2004/17 ha esteso, rispetto alla direttiva 93/38, l'applicazione della disciplina dei settori speciali, oltre che alla già prevista gestione delle reti, anche alla messa a disposizione delle reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, ovvero mediante autobus, sistemi automatici o cavo (art. 5.1, direttiva 2004/17 e art.210, Codice dei Contratti pubblici)* ".

Sulla base di quanto considerato, si può pertanto ritenere che, quantomeno a partire dal recepimento della direttiva 2004/17/CE,OMISSIS..... sia assoggettata alla disciplina dei settori speciali per lo svolgimento dell'attività di ente aggiudicatore di nuove gare finalizzate alla realizzazione di lavori per la messa a disposizione delle reti di trasporto ferroviario (anche senza la gestione del trasporto pubblico).

Nondimeno, sussistono perplessità riguardo alla possibilità che, in relazione alla progettazione ed ai lavori dellaOMISSIS....., possa procedersi mediante procedura negoziata ai sensi dell'art. 158 del d.lgs. n. 36/2023; ciò, in quanto, sia sulla base delle stesse previsioni della *lex specialis* di gara, nonché del generale

principio del *tempus regit actum*, di cui all'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, vale la regola per cui l'equilibrio sinallagmatico raggiunto sotto la vigenza di un determinato assetto contrattuale rimane insensibile alle variazioni normative successivamente intervenute. Peraltro, sulla base del disposto degli artt. 226 e 229 del medesimo decreto legislativo n. 36/2023, lo stesso è applicabile esclusivamente agli affidamenti di contratti pubblici disposti a decorrere dal 1° luglio 2023.

Nel caso di specie, si tratterebbe di una procedura negoziata per lavori analoghi a quelli affidati mediante la gara aperta avviata con il bando pubblicato nel 2005, che ne costituisce presupposto di legittimità; pertanto, potrebbe validamente sostenersi che l'avvio dell'affidamento sia da collocare proprio nel 2005 e non al momento dell'invio dell'invito all'aggiudicatario a negoziare il nuovo affidamento.

Questa ricostruzione, peraltro, parrebbe trovare conferma, nei chiarimenti che questa Autorità ha fornito con il Comunicato del Presidente dell'11 maggio 2016, recante "*Indicazioni operative alle stazioni appaltanti e agli operatori economici a seguito dell'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, d.lgs. n. 50 del 18.4.2016*". Con il già menzionato atto, l'ANAC in relazione alla recente entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, aveva chiarito che le disposizioni del d.lgs. 163/2016 avrebbero continuato ad applicarsi a tutti gli avvisi pubblicati entro il 19 aprile 2016, ma anche a: "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*".

Al di là dei puntuali richiami al d.lgs. n. 163/2006 che, nel caso di specie non trova comunque applicazione, quel che appare rilevante è l'avviso espresso dall'Autorità, in base al quale la procedura deve ritenersi disciplinata dalla normativa vigente al tempo della pubblicazione del bando, anche nel caso di procedura negoziata per lavori o servizi analoghi, sul presupposto, da un lato, che sia il bando l'atto di avvio della procedura e, dall'altro, che la *lex specialis* di gara non può 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).

Alla luce delle precedenti considerazioni, deve concludersi che l'avvio di una procedura negoziata ai sensi dell'art. 158 del d.lgs. n. 36/2023 potrebbe essere fondatamente contestata, sul presupposto che la stessa sia da ritenersi – anche alla luce del già citato Comunicato del Presidente dell'ANAC del 11 maggio 2016 – prosecuzione di quella principale avviata nella vigenza di altra disciplina, quella dei settori ordinari. A diversa conclusione dovrebbe, invece, addivenirsi nell'eventualità in cuiOMISSIS..... si determini ad avviare, per l'aggiudicazione della progettazione e dei lavori dellaOMISSIS..... una nuova procedura aperta, mediante la pubblicazione di un apposito bando. Infatti, in questo caso, proprio alla luce di quanto evidenziato nel parere AVCP AGI-08 del 17 aprile 2008, occorrerebbe conformare gli atti di gara alle vigenti disposizioni in tema di affidamenti nei settori speciali contenute nel d.lgs. n. 36/2013; inoltre, qualora venisse confermato il sistema del contraente generale, occorrerebbe applicare anche le disposizioni del

nuovo codice che riguardano questo istituto, tenendo conto, tra l'altro, di quanto previsto in tema di direzione lavori dall'art. 15 comma 8.

Fermo restando quanto sin qui rilevato in ordine agli specifici quesiti posti dall'istante, a titolo collaborativo, si osserva che, come detto, l'opera è sottoposta alla gestione commissariale,OMISSIS..... Sono dunque da considerare le disposizioni previsteOMISSIS....., in base al quale "*Per l'esecuzione degli interventi, i Commissari straordinari possono essere abilitati ad assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante e operano in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, e delle disposizioni in materia di subappalto. Per l'esercizio delle funzioni di cui al primo periodo, il Commissario straordinario provvede anche a mezzo di ordinanze.*"

Pertanto, nel caso in esame, le motivazioni tecniche ampiamente illustrate nell'istanza, potrebbero indurre il Commissario a valutare la sussistenza dei presupposti per avvalersi delle proprie prerogative ed operare in deroga alle sole prescrizioni contenute nella legge nazionale al tempo vigente, concernenti la limitazione temporale della facoltà di aggiudicare mediante procedura negoziata lavori analoghi (.....OMISSIS.....).

A tal riguardo, pare utile sottolineare come la procedura di aggiudicazione in esame sia stata caratterizzata da una circostanza del tutto peculiare, ossia quella di essere stata avviata in un momento nel quale l'evoluzione normativa che, a livello comunitario, aveva già interessato l'attività oggetto di gara, non aveva ancora trovato attuazione nell'ordinamento nazionale. Infatti, il bando di gara e il capitolato speciale hanno richiamato la legge n. 443/2001 e il d.lgs. n. 190/2002, ma anche la direttiva 93/37/CEE, che contiene la disciplina dell'opzione di rinnovo ivi regolamentata all'art. 7, comma 3, lett. a), nonché la L. n. 109/1994 e il d.P.R. n. 554/1999 relativi ai settori ordinari, in quanto la direttiva 2004/17/CE come pure la 2004/18/CE non erano ancora state recepite e nella vigenza delle direttive 93/37/CEE (settori ordinari) e 93/38/CEE (settori esclusi), la messa a disposizione delle reti destinate al servizio pubblico non era assoggettata all'applicazione della direttiva sui settori esclusi, (art. 2, par. 2, lett. c della direttiva 93/38 e art. 5 del D.lgs. n. 158/1995).

Sebbene il recepimento da parte del Legislatore italiano sia poi avvenuto con il d.lgs. n. 163/2006, al momento della pubblicazione del bando avvenuta il 15 febbraio 2005, la direttiva 2004/17/CE era già da tempo entrata in vigore (dal 31 aprile 2004). In ragione di ciò, nel caso di specie, la deroga in *parte qua* alla normativa nazionale al tempo vigente ed alla corrispondente clausola della *lex* di gara che limita al triennio successivo alla sottoscrizione del primo contratto, la facoltà di esercizio dell'opzione, sarebbe sostanzialmente coerente con il quadro normativo europeo vigente all'epoca della pubblicazione del bando, per le attività considerate, così come con quello attuale, nel quale resta confermato che nei settori "speciali", come prima per quelli "esclusi" la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza bando per la ripetizione di lavori analoghi, è ammessa, senza alcuna limitazione temporale.

In altri termini, nel caso di specie, ove facesse ricorso ai poteri di deroga riconosciutiOMISSIS..... già citato, il Commissario potrebbe fornire adeguata motivazione in ordine al rispetto *dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*, dando conto puntualmente della sussistenza di tutti i presupposti indicati dall'articolo 40 della direttiva 2004/17CE (Ricorso a procedure aperte, ristrette e negoziate), secondo il quale "*Gli enti aggiudicatori possono ricorrere a una procedura senza previa indizione di una gara nei seguenti casi:g) nel caso di appalti di lavori, per nuovi lavori che consistano nella ripetizione di opere simili affidate dagli stessi enti aggiudicatori all'impresa titolare del primo appalto, purché i nuovi lavori siano conformi a un progetto di base, aggiudicato con un appalto in*

seguito all'indizione di una gara; la possibilità di ricorrere a questa procedura è indicata già al momento dell'indizione della gara per il primo appalto e, ai fini degli articoli 16 e 17, gli enti aggiudicatori tengono conto dell'importo complessivo previsto per i lavori successivi;".

Per quanto sopra

Il Consiglio

Ritiene che:

- sulla base della sola interpretazione delle clausole della *lex* di gara, non sussistono i presupposti per l'esercizio dell'opzione di cui all'art. 1.1.4 del Capitolato speciale, essendo decorso il triennio previsto dall'art. 7, comma 3, della direttiva 93/37/CEE.
- L'eventuale ricorso alla procedura negoziata ai sensi dell'art. 158 comma 2, lett. f) del D.lgs. n. 36/2023, per quanto esposto, potrebbe porsi in contrasto con il principio del *tempus regit actum*.
- È rimessa al Commissario Straordinario - nominato "*.....allo scopo di poter celermente stabilire le condizioni per l'effettiva realizzazione dei lavori*" – la valutazione in ordine all'opportunità di avvalersi dei propri poteri straordinari al fine di operare in deroga alle sole prescrizioni contenute nella legge nazionale al tempo vigente, concernente la limitazione temporale della facoltà di aggiudicare mediante procedura negoziata lavori analoghi (*.....OMISSIS.....*), all'uopo fornendo idonea motivazione anche riguardo alle evoluzioni del quadro normativo comunitario, come meglio descritte nei precedenti paragrafi.
- Resta fermo che se per l'aggiudicazione della progettazione e dei lavori della *.....OMISSIS.....*, fosse avviata una nuova procedura aperta, mediante la pubblicazione di un apposito bando, occorrerebbe conformare gli atti di gara alle disposizioni in tema di affidamenti nei settori speciali contenute nel d.lgs. n. 36/2023; inoltre, qualora venisse confermato il sistema del contraente generale, occorrerebbe applicare anche le disposizioni del nuovo Codice che riguardano tale istituto, tenendo conto, tra l'altro, di quanto previsto in tema di direzione lavori dall'art. 15 comma 8 del Codice medesimo.

Il Presidente

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 aprile 2024

il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente