

.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... – Concessione ex art. 37-bis l.n. 109/1994 per progettazione definitiva ed esecutiva, costruzione e gestione del nuovoOMISSIS..... – società di progettoOMISSIS..... – affidamenti a terzi e subappalti - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0171-2025

FUNZ CONS 50/2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 27 agosto 2025 acquisita al prot. Aut. n. 116846, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 26 novembre 2025, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente 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 relativo Regolamento. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota di richiesta parere sopra indicata, l'Amministrazione istante rappresenta di aver affidato, ai sensi dell'art. 37-bis della l.n. 109/1994, mediante la formula della finanza di progetto, la concessione in oggetto, con convenzione stipulata in data 1.10.2002 e (successivamente all'approvazione del progetto definitivo ed esecutivo) con Atto Ricognitivo ed integrativo (ARI) della citata convenzione, sottoscritto in data 17.03.2005. La richiedente comunica al riguardo che l'ATI affidataria, successivamente all'aggiudicazione, ha costituito laOMISSIS..... ai sensi dell'art. 37-quater della l.n. 109/1994. Sono stati successivamente sottoscritti n. 9 atti integrativi (taluni successivamente al collaudo delle opere e all'avvio della gestioneOMISSIS.....) anche per l'affidamento di lavori di ristrutturazione e/o complementari dell'Ospedale per adattarne l'utilizzo ad alcune specifiche esigenze. Tali ulteriori interventi sono stati eseguiti dal concessionario mediante affidamento ai propri soci.

La richiedente evidenzia inoltre che in nessuno degli atti integrativi sopra indicati è prevista la facoltà, per i soci della società di progetto – affidatari di lavori/servizi rientranti nell'oggetto della concessione - di rivolgersi a terzi mediante subappalto per la realizzazione di parte dei lavori/servizi loro affidati, mentre è previsto per il concessionario, l'obbligo di svolgere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di lavori/servizi a terzi.

Per quanto sopra (nel rinviare all'istanza di parere con riguardo alla descrizione della fattispecie), l'Amministrazione sottopone all'attenzione dell'Autorità i seguenti quesiti: **(i)** un primo quesito attiene alle procedure che il concessionario deve seguire nel caso in cui intenda affidare a terzi (diversi dai soci della società di progetto), interventi rientranti nell'oggetto del rapporto concessorio, nonché eventuali interventi futuri che saranno affidati allo stesso, al fine di chiarire se

il concessionario è tenuto a svolgere procedure di gara, indicando altresì il soggetto deputato all'esecuzione delle verifiche sul possesso dei requisiti di ordine generale in capo agli operatori economici partecipanti a tali procedure; (ii) con riguardo ai contratti di subappalto che i soci della società di progetto (affidatari di lavori e servizi) intendono stipulare con operatori economici terzi, si chiede di chiarire se tali subappalti siano comunque ammissibili, in assenza di previsioni specifiche negli atti contrattuali e di richieste in tal senso della concessionaria e se il socio interessato sia tenuto a chiedere specifica autorizzazione al concedente, indicando, altresì, anche in tal caso il soggetto deputato allo svolgimento delle verifiche in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale in capo al subappaltatore; si chiede inoltre se il concedente possa richiedere al concessionario, copia del relativo contratto per lo svolgimento delle verifiche del caso. (iii) Infine, un ultimo quesito riguarda l'obbligo per il concessionario, di acquisire il CIG e rispettare le disposizioni in tema di tracciabilità dei flussi finanziari, con riguardo agli affidamenti disposti dallo stesso in favore dei soci della società di progetto e/o imprese terze, nonché con riguardo agli affidamenti disposti dai soci in favore di imprese terze.

Preliminarmente sul quesito posto, sembra opportuno evidenziare che esula dalla sfera di competenza dell'Autorità fornire alle stazioni appaltanti l'interpretazione autentica degli atti di gara e contrattuali dalle stesse predisposti (in tal senso ex multis parere AG 9/2017/AP, parere Funz Cons n. 47/2022, delibera n. 235/2025- UPREC-PRE-0155-2025-S). Pertanto, il presente parere, come sopra evidenziato, è volto a fornire un indirizzo sulla questione sollevata nell'istanza esclusivamente sulla base degli elementi forniti dall'Amministrazione richiedente.

Sui profili di interesse ai fini del parere, si osserva quindi che secondo le disposizioni dell'art. 37-quinquies, comma 1, della l.n. 109/1994 (legge quadro in materia di lavori pubblici) *ratione temporis* applicabili alla fattispecie in esame (norma sostanzialmente trasfusa nell'art. 156 del d.lgs. n. 163/2006, nell'articolo 184 del d.lgs. n. 50/2016, poi ripresa dall'art. 194 del d.lgs. 36/2023), «Il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile. Il bando di gara indica l'ammontare minimo del capitale sociale della società. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta è indicata la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto. Le predette disposizioni si applicano anche alla gara di cui all'articolo 37-quater. La società così costituita diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione di contratto. Il bando di gara può, altresì, prevedere che la costituzione della società sia un obbligo dell'aggiudicatario». Ai sensi del comma 1-bis, inoltre «I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società disciplinate dal comma 1 si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari. Restano ferme le disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali che prevedano obblighi di affidamento dei lavori o dei servizi a soggetti terzi».

Come ulteriormente stabilito dal comma 1-ter della stessa disposizione «Per effetto del subentro di cui al comma 1, che non costituisce cessione del contratto, la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'Amministrazione concedente. Nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte della pubblica amministrazione, i soci della società restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti dell'Amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito. In alternativa, la società di progetto può fornire alla pubblica amministrazione garanzie bancarie ed

assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera, liberando in tal modo i soci. Le suddette garanzie cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. Il contratto di concessione stabilisce le modalità per la eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società ed a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. L'ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche ed altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento».

Si richiama, inoltre, l'art. 2, comma 3, della stessa legge-quadro, ai sensi del quale «Ai concessionari di lavori pubblici si applicano le sole disposizioni della presente legge in materia di pubblicità dei bandi di gara e termini per concorrere, secondo quanto previsto per gli appalti a terzi dalla direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, nonché in materia di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici; per i lavori eseguiti direttamente o tramite imprese collegate o controllate, individuate ai sensi della citata direttiva 93/37/CEE, si applicano le sole norme relative alla qualificazione degli esecutori di lavori pubblici. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre ai concessionari di lavori pubblici, con espressa previsione del contratto di concessione, di affidare a terzi appalti corrispondenti a una percentuale minima del 30 per cento del valore globale dei lavori oggetto della concessione oppure possono invitare i candidati concessionari a dichiarare nelle loro offerte la percentuale, ove sussista, del valore globale dei lavori oggetto della concessione che essi intendono affidare a terzi. (...)».

Come osservato dall'Autorità, in relazione ai profili in esame «La società di progetto attua, ..., la cd. canalizzazione dei flussi finanziari, perché imprime un vincolo di destinazione ai finanziamenti conseguiti e crea un patrimonio separato con riferimento alle risorse finanziarie coinvolte nella realizzazione del progetto. La costituzione di tale società, a valle della procedura di gara, è una facoltà dell'aggiudicatario salvo che il bando non preveda l'obbligatorietà della sua costituzione. La società così costituita diventa la concessionaria, subentrando all'aggiudicatario nel rapporto concessorio e il subentro non dà luogo a una cessione del contratto. Per effetto del subentro la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente. La società può eseguire i lavori oppure il servizio direttamente, ovvero affidandoli ai propri soci, purché dotati dei requisiti per la partecipazione alle gare e per l'esecuzione del contatto. In tal caso la società non è tenuta a seguire procedure ad evidenza pubblica, ma affida direttamente e senza gara. L'esecuzione dei lavori o la prestazione del servizio da parte dei soci equivale all'esecuzione da parte della società. Restano ferme le disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali che prevedono obblighi di affidamento dei lavori o dei servizi a soggetti terzi» (delibera AG20/2012).

Alla luce delle caratteristiche della società di progetto sopra delineate e delle disposizioni dell'art. 37-*quinquies*, comma 1-*bis*, l.q., «Ragioni di sistematica portano a dover concludere che: - - non vi sono dubbi che, in base alla normativa, nell'ambito del "recinto" originario dei soci della società di progetto, i servizi oggetto della concessione possono essere liberamente affidati ai soci, sempre che questi siano in possesso dei necessari requisiti; -- il secondo capoverso -- non a caso collocato in coda all'eccezione precedente contemplata dal passo precedente -- se riletto nel contesto complessivo della disposizione comporta che debbano restare ferme le norme che impongono sempre l'evidenza pubblica per affidamento a terzi dei servizi oggetto della concessione. In conseguenza, una volta che i soci abbiano costituito la società di progetto, e questa sia subentrata nel rapporto di concessione all'aggiudicatario, diventando concessionaria a legittimo

titolo derivato, qualsiasi altro soggetto terzo è estraneo al rapporto di concessione. In altre parole, non si tratta di un generico rinvio ad altre disposizioni -- se e nei limiti in cui esse si applicano -- ma, al contrario, di una norma di chiusura ordinamentale. Se non fosse così, il preceitto non avrebbe né portata pratica e neppure alcun senso logico-giuridico. Alla luce del primato del diritto europeo, i principi fondamentali, che presiedono la materia della tutela della concorrenza, sono espressione di canoni di rango comunitario tali da imporsi *ex se a* quelli che presiedono le scelte basilari operate dal legislatore nazionale. Assieme ai principi costituzionali di efficienza, imparzialità e trasparenza, si tratta di cardini che costituiscono tasselli fondamentali per l'abbattimento delle barriere limitative della libertà di concorrenza (cfr. Autorità nazionale anticorruzione, Del. 21/01/2015, n. 9). Tuttavia, la stretta delimitazione dei soggetti esecutori all'area dei soli soci (ed ai loro subappaltatori precedentemente indicati nell'offerta) è stata indirettamente confermata dall'art. 174 del d.lgs. n. 50/2016, che ha esteso ai concessionari la disciplina generale del sub-appalto, ed ha previsto espressamente che, in caso di concessione sopra la soglia comunitaria ex art. 35, comma 1, ogni offerente, qualora intenda ricorrere al subappalto, ha l'obbligo di indicare nell'offerta la terna dei nominativi dei sub-appaltatori» (Cons. di Stato, III, n. 5294/2017).

Per quanto sopra, con riguardo ai quesiti sottoposti all'attenzione dell'Autorità, può osservarsi, in primo luogo, che la società di progetto, subentrata all'aggiudicatario nel rapporto concessorio e diventata concessionaria a titolo originario, sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente. La stessa società, come sopra indicato, può affidare liberamente ai soci, in possesso di idonei requisiti professionali, la realizzazione dei lavori/servizi oggetto della concessione, mentre per l'affidamento a terzi di tali lavori/servizi, secondo le disposizioni sopra richiamate, è tenuta ad espletare procedure ad evidenza pubblica, svolgendo in quindi le funzioni di stazione appaltante. In tal caso, secondo le disposizioni dell'art. 2, comma 3 della l.109/1994, il concessionario sarà tenuto all'applicazione delle disposizioni della stessa legge quadro in materia di pubblicità dei bandi di gara e termini per concorrere, nonché in materia di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici.

In tal senso, dispone anche la convenzione stipulata tra le parti (art. 15 "ARI") come sottolineato nell'istanza di parere, che espressamente stabilisce che la concessionaria, per i lavori da affidare a terzi, è tenuta all'espletamento di gare pubbliche ai sensi della disciplina di settore, aggiungendo, quanto ai requisiti dell'affidatario che «La validità delle commesse resta comunque subordinata all'osservanza delle formalità stabilite dalla legge "antimafia", a cui il Concessionario dovrà attenersi dandone comunicazione al concedente prima di dare esecuzione ai relativi contratti. All'istanza del Concessionario diretta ad ottenere l'autorizzazione devono essere allegate le dichiarazioni di cui all'art. 18 comma 9, della legge n. 55/90 e la certificazione di cui al comma 3, n. 4, dello stesso art. 18 L. 55/90». Ai fini del rilascio dell'autorizzazione suindicata, quindi, l'ente concedente procede alle verifiche di competenza.

Quanto ai quesiti relativi al subappalto, come indicato dal giudice amministrativo e secondo le norme di riferimento (art. 18 l. 55/1990 e art. 34 l. 109/1994), è previsto in capo all'offerente, già in sede di gara per l'affidamento di una concessione, l'obbligo di indicare le parti del servizio/lavori che intende subappaltare a terzi. Ai fini del ricorso al subappalto, è quindi necessaria apposita dichiarazione in gara e successiva autorizzazione da parte dell'ente concedente (si osserva al riguardo che l'art. 18, comma 11, l.n. 55/1990 e successivamente art. 118, comma 10, ult. periodo d.lgs. 163/2006, contemplano l'applicazione delle disposizioni in tema di subappalto nell'ambito delle concessioni di lavori; in particolare l'art. 18, comma 11, l.n. 55/1990 prevede l'applicazione in tale ambito anche dei commi 3, 3-bis, 4, 6, 7, 8, 9 e 10 della stessa disposizione, contemplanti la

necessaria autorizzazione al subappalto da parte della SA e il deposito presso la stessa dei contratti di subappalto).

Quanto ai controlli sull'idoneità dei subappaltatori, fermo restando l'obbligo dell'affidatario di depositare i contratti di subappalto presso l'ente concedente, lo stesso è tenuto a trasmettere altresì la documentazione attestante il possesso, da parte del subappaltatore, dei requisiti di qualificazione prescritti in relazione alla prestazione subappaltata e dei requisiti di ordine generale nei termini indicati dalle disposizioni di riferimento applicabili alla fattispecie.

Anche in tal caso, ai fini dell'autorizzazione al subappalto, l'ente concedente procede alle verifiche di competenza.

L'art. 119 del d.lgs. 36/2023, cui rinvia l'art. 184 dello stesso decreto legislativo, richiamato nell'istanza di parere, non è applicabile *ratione temporis* al caso in esame. La norma dispone al comma 5 che nel trasmettere il contratto di subappalto alla stazione appaltante, l'appaltatore deve contestualmente trasmettere «la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza delle cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro e il possesso dei requisiti di cui agli articoli 100 e 103», prescrivendo quindi in capo alla stazione appaltante «la verifica della dichiarazione tramite la Banca dati nazionale di cui all'articolo 23». La disposizione, come indicato, non è applicabile al caso di specie, relativo ad una concessione affidata ai sensi della l. 109/1994 (che "resta ... 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...alla disciplina nel frattempo intervenuta"; delibera 388/2017).

Per quanto sopra, quindi, anche nell'ambito della concessione in oggetto, secondo le norme applicabili al caso di specie, ai fini del ricorso al subappalto è richiesta all'offerente, in sede di gara, l'indicazione delle parti del servizio/lavori che intende subappaltare a terzi, nonché, in sede di esecuzione, specifica autorizzazione all'ente concedente.

Sembra opportuno aggiungere a quanto sopra, che nell'ambito del rapporto concessorio resta fermo il ruolo di vigilanza e controllo assegnato all'ente concedente sull'operato del concessionario, come sottolineato dall'Autorità (in particolare, deliberazione n. 191 del 16/05/2001), relativamente alla disciplina dettata dalla l.n. 109/94, secondo la quale «spetta ... al concedente la verifica nei confronti del concessionario della rispondenza delle lavorazioni eseguite al progetto approvato, alle normative vigenti ed alle regole di esecuzione». La stessa Autorità ha osservato al riguardo che «l'art. 8, comma 1, lett. r) del Regolamento [d.p.r. 554/99] ... prevede tra le funzioni del responsabile del procedimento quella "di vigilanza sulla realizzazione dei lavori nella concessione di lavori pubblici, verificando il rispetto delle prescrizioni contrattuali" e il successivo art. 86 (...) stabilisce che il contratto di concessione deve contemplare i poteri riservati all'amministrazione aggiudicatrice, ivi compresi i criteri di vigilanza sui lavori da parte del responsabile del procedimento. (...). Dunque, nel caso di affidamento della realizzazione dell'opera in regime di concessione, la normativa vigente non definisce a priori le concrete modalità di svolgimento della funzione di vigilanza da parte del responsabile del procedimento, ma stabilisce che queste, comunque obbligatorie anche nell'ipotesi di affidamento a terzi della realizzazione dei lavori da parte del concessionario, vadano precise principalmente nell'ambito del contratto, giacché in quest'ultimo documento è possibile identificare maggiori o minori poteri riservati al committente e, pertanto, diverse conseguenti modalità di vigilanza alle quali il responsabile del procedimento deve attenersi. (...). Ne discende l'opportunità, al fine di garantire la piena tutela del concedente rispetto alla fase realizzativa dell'opera pubblica, di prevedere nel contratto di concessione in maniera dettagliata i compiti di vigilanza attribuiti al responsabile del procedimento (...). Il potere di controllo da parte del concedente nella fase esecutiva dell'opera ha la finalità non

solo di accertare che l'esecuzione avvenga a regola d'arte e nel rispetto delle previsioni contrattuali e progettuali ma anche di avere contezza, attraverso idonei strumenti contabili, del relativo valore quale indice di congruità della tariffa posta a carico dell'utenza nonché di efficiente gestione e manutenzione dell'opera da parte del concessionario (determinazione n.2/2010, recante "Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici").

Quanto ai quesiti relativi alla tracciabilità dei flussi finanziari, si rinvia alle indicazioni contenute nelle Linee guida n. 4/2011 aggiornate, secondo le quali «Dall'ampia dizione impiegata dall'art. 3, comma 1 [della l.n. 136/2010], discende che la tracciabilità dei flussi finanziari trova applicazione, tra l'altro, ai flussi finanziari derivanti dai seguenti contratti disciplinati dal codice dei contratti pubblici: 1) contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, anche quelli esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice, di cui agli articoli 56 e 141 e ss., dello stesso, fatte salve le ipotesi di esclusione degli obblighi di tracciabilità individuate nel presente atto; 2) concessioni di lavori e servizi; 3) contratti di partenariato pubblico privato; 4) contratti di subappalto, subfornitura e subcontratti; 5) affidamenti diretti; 6) contratti affidati a contraente generale. (...) per le concessioni di lavori pubblici, la tracciabilità si applica anche agli affidamenti di lavori alle imprese collegate, nonché agli affidamenti effettuati dal concessionario, tramite gara».

Infine, sull'istanza di parere in esame, riferita alla concessione in oggetto, per la quale – secondo quanto rappresentato dalla richiedente – successivamente alla sottoscrizione della convenzione in data 1.10.2002 e dell'Atto Ricognitivo ed integrativo (ARI) in data 17.03.2005, sono stati sottoscritti con la società di progetto n. 9 atti integrativi, anche per l'affidamento di lavori di ristrutturazione e/o complementariOMISSIONE....., con previsione (riportata nell'istanza medesima) di interventi futuri che saranno affidati al concessionario, si rappresenta alla richiedente che tale ipotesi può ritenersi coerente con le disposizioni in materia di contratti pubblici, esclusivamente nel caso in cui ricorrono le specifiche e tassative condizioni per procedere ad una variazione contrattuale, nei limiti e alle condizioni stabilite dalla disciplina medesima (come peraltro previsto nella convenzione stipulata tra le parti, art. 17 "ARI", che richiama l'applicazione dell'art. 25 della l. 109/1994).

Come affermato dall'Autorità, sia l'art. 25 della l.n.109/1994, sia l'art. 134 del d.p.r. 554/199 (come successivamente confermato dagli articoli 132 e 143 e segg. del d.lgs. 163/2006, articoli 106 e 175 del d.lgs. 50/2016, articoli 120 e 189 del d.lgs. 36/2023), prevedono la possibilità di apportare modifiche ai contratti pubblici durante il periodo di efficacia, in casi specifici e tassativi. Le disposizioni indicate devono ritenersi di stretta interpretazione, trattandosi di deroghe al principio dell'evidenza pubblica (Comunicato del Presidente del 21 marzo 2021, ancorché riferito al d.lgs. 50/2016), che non consentono, in ogni caso, di apportare modifiche sostanziali ai contratti pubblici in corso di esecuzione, ossia modifiche in grado di alterare in modo considerevole le caratteristiche essenziali del contratto stipulato a seguito di una procedura di gara.

Ciò in quanto «il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un contratto di concessione di lavori pubblici [e di appalto], l'amministrazione aggiudicatrice concedente e il concessionario apportino alle disposizioni del loro contratto di concessione modifiche tali che dette disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto iniziale». È quanto avviene se le modifiche previste hanno per effetto o di estendere la concessione di lavori pubblici in modo considerevole a elementi non previsti, o di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore del concessionario, oppure ancora se tali modifiche sono atte a rimettere in discussione l'aggiudicazione della concessione di lavori pubblici. «Pertanto, in linea di principio, una modifica sostanziale di un

contratto di concessione di lavori pubblici deve dar luogo a una nuova procedura di aggiudicazione relativa al contratto così modificato (v., in tal senso, sentenza del 7 settembre 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punto 30 e giurisprudenza ivi citata)» (Corte di Giustizia Europea, 18.09.2019, C-526/17).

I principi sopra indicati sono chiaramente fissati nella disciplina in materia di contratti pubblici che, sia nella l.n. 109/1994, sia nel d.lgs. 163/2006, sia ancora nel d.gs. 50/2016 e nel d.lgs. 36/2023, indicando in via tassativa i casi e i limiti entro i quali è possibile apportare variazioni agli appalti e alle concessioni in corso di esecuzione, disponendo che non è consentito procedere a modifiche sostanziali degli stessi (Delibera n. 388/2017; parere Funz Cons 33/2022).

Pertanto, va ribadito in generale che «con lo svolgimento della procedura di evidenza pubblica e con la conseguente cristallizzazione negli atti di gara, delle condizioni del contratto alla cui conclusione essa risulta preordinata, l'ente perde la disponibilità del contenuto del rapporto contrattuale che resta regolato inderogabilmente dalle risultanze della gara e perde correttamente la capacità di convenire con la controparte condizioni diverse da quelle già esterne e conosciute dai partecipanti al confronto concorrenziale (in tal senso delibera n. 388/2017-AG 10/2017 e n. 610/2016, AG 21/2016/AP). Va ribadito, altresì, che spetta alla stazione appaltante la verifica in concreto della sussistenza, nella singola fattispecie, delle condizioni legittimanti il ricorso alle variazioni contrattuali, nei limiti stabiliti dalla disciplina di riferimento, accertando se, nel concreto, tali variazioni si configurino come "sostanziali" (nei termini indicati dal legislatore ed esplicati dal giudice comunitario) e, come tali, non ammesse dall'ordinamento.

Con riguardo al caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità, pertanto, non può che confermarsi che laddove, a seguito di una procedura ad evidenza pubblica, la stazione appaltante abbia affidato ad un operatore economico una concessione di lavori, avente ad oggetto la progettazione, l'esecuzione dei lavori e la gestione di un'opera, non appare consentito, in corso di esecuzione del contratto medesimo, apportare modifiche sostanziali allo stesso, che abbiano «per effetto o di estendere la concessione di lavori pubblici in modo considerevole a elementi non previsti, o di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore del concessionario, oppure ancora se tali modifiche sono atte a rimettere in discussione l'aggiudicazione della concessione di lavori pubblici» (CGE sent. cit.).

Per quanto sopra, con riguardo al caso di specie e alla previsione di affidare, in futuro, ulteriori lavori/servizi alla concessionaria, se riferiti a prestazioni non ricomprese nell'oggetto della concessione affidata a monte, si evidenzia che tale ipotesi può ritenersi coerente con le disposizioni in materia di contratti pubblici, esclusivamente nel caso in cui ricorrano le specifiche condizioni per procedere ad una variazione contrattuale, nei limiti e alle condizioni stabilite dalla disciplina medesima alla cui applicazione si richiama la richiedente il presente parere.

Sulla base delle considerazioni espresse, si rimette dunque a codesta Amministrazione 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, informando la stessa che la questione oggetto dell'istanza di parere è trasmessa agli Uffici di vigilanza dell'Autorità per il seguito di competenza.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente