



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Delibera n. 388 del 12 aprile 2017

Oggetto: concessione per la progettazione, costruzione, parziale finanziamento, gestione e manutenzione del sistema tramvia dell'area Firenze – estensione – richiesta di parere.

AG 10/2017/AP

Art. 175 d.lgs. 50/2016

Nell'ambito di un rapporto concessorio è prevista la possibilità per la stazione appaltante di procedere ad una modifica della convenzione conclusa con il concessionario originario, senza una nuova procedura di aggiudicazione, per l'affidamento allo stesso dei lavori e dei servizi supplementari, non inclusi nella predetta convenzione. Tale possibilità è subordinata alla sussistenza dei presupposti tassativamente indicati dall'art. 175 del Codice; tra questi il rispetto del comma 7, il quale dispone che la modifica del rapporto concessorio non può alterare considerevolmente gli elementi essenziali del contratto, secondo le indicazioni di cui alle lettere da a) a d) della predetta disposizione. L'accertamento dei presupposti legittimanti la modifica del contratto in corso di esecuzione, è rimesso all'esclusiva competenza e responsabilità dell'amministrazione, la quale è tenuta a valutare in concreto le reali esigenze sottese al ricorso all'istituto di cui all'art. 175 del Codice.

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 50/2016 e s.m.i.;

Visto l'appunto dell'Ufficio Precontenzioso e Pareri;

Considerato in fatto

Con note prot. n. 422 del 4 gennaio 2017, n. 672 e n. 710 del 5 gennaio 2017, il Comune di Firenze ha inoltrato all'Autorità una richiesta di parere in relazione alla concessione indicata in oggetto, con particolare riferimento alla possibilità di affidare direttamente a Tram di Firenze s.p.a., attuale concessionario del sistema tramvia di Firenze, la realizzazione della Linea 4 (tratta Leopolda-Le Piagge) e l'estensione della Linea 2 Aeroporto – Sesto Fiorentino (Polo Scientifico), quali lavori non previsti nella convenzione stipulata originariamente con la predetta società.

A tal fine, l'Amministrazione comunale, con articolata memoria, ha evidenziato le ragioni che consentirebbero tale affidamento diretto, come di seguito illustrate.

In via preliminare, l'istante osserva che il sistema tranviario fiorentino è costituito dalla Prima linea tramviaria Firenze SM.N. – Scandicci, dalla Seconda linea Peretola-Piazza Libertà e dalla Terza linea Careggi-Viale Europa.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Per la realizzazione e la gestione della Linea 2 Peretola-Piazza Libertà, della Linea 3 Careggi-Bagno a Ripoli (suddivisa in due lotti funzionali: 1° lotto Careggi-Viale Strozzi, 2° lotto Viale Strozzi- Bagno a Ripoli con diramazione Rovezzano) e la gestione della Linea 1 Firenze SM.N.-Scandicci, l'Amministrazione comunale ha esperito – con avviso del 24 ottobre 2002 – una procedura ai sensi dell'art. 37-bis della l.n. 109/1994¹ (project financing). All'esito di tale procedura, in data 20 giugno 2005, è stata sottoscritta tra il Comune e la società Tram di Firenze S.p.A. la relativa convenzione (atto rep. n. 60525)², successivamente integrata dai seguenti atti aggiuntivi:

- con un primo atto aggiuntivo del 6 marzo 2007, il Comune di Firenze ha affidato a Tram di Firenze S.p.A. l'esecuzione di tutti i lavori, le forniture e le prestazioni necessarie per lo spostamento dei sotto servizi interferenti e connessi con le linee 2 e 3 (I° lotto) del sistema tramvia e le attività di progettazione preliminare del prolungamento della linea 3 da Viale Strozzi fino a Bagno a Ripoli, con diramazione a Viale Mazzini e Campo Marte – Rovezzano;
- con il secondo atto aggiuntivo del 14 ottobre 2008, sono state disciplinate le nuove condizioni di base essenziali per garantire il riequilibrio del piano economico finanziario conseguenti all'approvazione del progetto definitivo revisionato, relativo alla Linea 2 ed alla Linea 3 (I° lotto), predisposto dal Concessionario ai sensi dell'art. 3.2.2 e 3.2.3 della Convenzione;
- infine, a seguito dell'approvazione del progetto esecutivo delle Linee 2 e 3 (I° lotto) del sistema tranviario [fatta salva la tratta di passaggio al Duomo (Unità - Duomo - San Marco - Libertà)] e della manifestata necessità per gli enti finanziatori di procedere ad una ristrutturazione del finanziamento privato, con il terzo atto aggiuntivo del 17 aprile 2014, sono state disciplinate le nuove condizioni di base essenziali per garantire il riequilibrio del piano economico finanziario.

L'istante rappresenta, altresì, che con d.l. 133/2014 conv. in l. n. 164/2014³, è stato stabilito di finanziare con uno o più decreti del MIT, di concerto con il MEF, interventi aventi carattere strategico; l'art. 3, comma 2, lett. c) del d.l. ⁴, include in tale novero la “tramvia di

¹ Legge 11 febbraio 1994, n. 109 “La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici”.

² La Convenzione ha per oggetto l'affidamento al Concessionario delle seguenti attività: 1. la progettazione esecutiva, l'esecuzione dei lavori, le forniture e le prestazioni necessarie per la deviazione dei sotto servizi interferenti con i tracciati tramviari; 2. l'ingegneria, la realizzazione e la gestione della 2^ Linea del Sistema Tramvia e della Linea 3 (I Lotto) del Sistema Tramvia; la gestione della Linea 1 del Sistema Tramvia; 3. l'ingegneria, la realizzazione e la gestione dell'eventuale completamento della Linea 3 (come specificato nell'Avviso Pubblico); l'affidamento di tali attività sarà oggetto di Atto aggiuntivo.

³ D.l. 12 settembre 2014 n. 133, conv. con mod. in l. 11 novembre 2014, n. 164, recante “Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive”.

⁴ Ai sensi dell'art. 3, co. 2, del d.l. 133/2014 “Con uno o più decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Firenze”. Con dm del MIT di concerto con il MEF del 28 febbraio 2015 sono stati individuati i finanziamenti per gli interventi di cui all’art. 3, comma 2, lettera c), del d.l., nonché i termini e i requisiti per l’assegnazione delle risorse; si prevede al riguardo la revoca del finanziamento assegnato in ragione del mancato conseguimento alla data del 30 aprile 2015 e del 31 agosto 2015 degli adempimenti ivi indicati (pubblicazione dei bandi di gara e trasmissione alla Struttura Tecnica di Missione degli elaborati progettuali della linea 4 e per la sottoposizione all’approvazione del CIPE).

Tenuto conto delle previsioni normative sopra richiamate, la società Tram di Firenze S.p.A.:

1. ha evidenziato alla SA che le attività relative alla tratta “Leopolda – Piagge”, tenuto conto dell’interconnessione tecnico-funzionale con il complessivo sistema tranviario fiorentino, devono essere affidate al concessionario;
2. ha manifestato la propria disponibilità a predisporre, a propria cura e spese il progetto preliminare di Linea 4 e a metterlo a disposizione del Concedente in tempo utile per la trasmissione alla Struttura Tecnica di Missione del MIT;
3. si è impegnato, prima dell’approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE, a predisporre la documentazione giuridico legale e tecnico-economica a sostegno del punto 1 che precede.

Alla luce di quanto sopra, l’amministrazione comunale – in ordine alla possibilità di affidare direttamente a Tram di Firenze S.p.A. la progettazione, la realizzazione e la gestione della Linea 4 e l’estensione della Linea 2– rappresenta che sarebbero sussistenti, nella fattispecie, i presupposti previsti dalla disciplina di settore per l’affidamento dei c.d. “lavori e servizi complementari” all’attuale concessionario, come di seguito illustrati:

- a) Prestazioni non previste nel contratto iniziale - complementarietà. In relazione a tale presupposto, la SA evidenzia che la Convenzione del 20 giugno 2005 non comprende la realizzazione e la gestione degli interventi sopra indicati. Tuttavia, il d.l.133/2014 indica la Linea 4 come facente parte della tramvia di Firenze; inoltre con Accordo di Programma tra Regione Toscana, Comuni di Firenze, Campi Bisenzio, Sesto Fiorentino, Bagno a Ripoli del 24.4.2014, con l’Accordo tra Regione Toscana, Città Metropolitana di Firenze, Comuni di Firenze, Sesto Fiorentino, Campi Bisenzio, Bagno a Ripoli e Scandicci del 1.6.2016, e con il Patto per la Città Metropolitana di Firenze tra Presidente del Consiglio dei Ministri e Sindaco del Comune di Firenze del 5.11.2016, la Linea 4 e l’estensione di Linea 2 verso Sesto

presente decreto, quanto alle opere di cui alle lettere a) e b), nonché entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, quanto alle opere di cui alla lettera c), sono finanziati, a valere sulle risorse di cui ai commi 1 e 1-bis: c) i seguenti interventi appaltabili entro il 30 aprile 2015 e cantierabili entro il 31 agosto 2015: (..)tramvia di Firenze(..)” (il termine di cantierabilità è stato prorogato con d.l. 78/2015, conv. in l. 125/2015).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Fiorentino (polo scientifico) sono definiti quali interventi di completamento del sistema tranviario.

- b) Sussistono nella fattispecie le seguenti circostanze impreviste, intervenute successivamente alla sottoscrizione della convenzione: la dismissione da parte di R.F.I. S.p.A. della linea ferroviaria Firenze Porta al Prato – Empoli (deliberata da Rfi in data 18.6.2012, cui è seguito dm MIT del 26.5.2014), che ha consentito al Comune di prevedere la realizzazione della linea 4, poi inserita nel programma triennale dei lavori pubblici 2012-2014; l'adozione del D.L. 133/2014 e la conclusione degli Accordi tra le amministrazioni interessate, sopra indicati. A ciò si aggiunga che il Concessionario ha predisposto, a propria cura e spese, il progetto preliminare della Linea 4, che è stato trasmesso alla Struttura Tecnica di Missione del M.I.T. nei termini previsti dall'art. 3, comma 2 del d.l. 133/2014, per la convocazione della conferenza di servizi e per la sottoposizione all'approvazione del CIPE, adempiendo pertanto, insieme alla pubblicazione del bando ("servizio redazione studio di fattibilità tramvia di Firenze: prima fase funzionale progettazione tratto interrato centro storico della linea 3") del 30 aprile 2015, ai requisiti di cui all'articolo 3, comma 2, del d.l. 133/2014.
- c) Impossibilità tecnico-economica di separare l'appalto iniziale o necessità ai fini del completamento dello stesso. Su tale aspetto l'amministrazione comunale argomenta diffusamente, evidenziando che la tratta di Linea 2 Aeroporto - Sesto Fiorentino (Polo Scientifico) costituisce una estensione del sistema tranviario in corso di realizzazione, mentre la Linea 4 non può essere considerata come necessaria al perfezionamento del predetto sistema tranviario, in quanto lo stesso è già funzionale nella sua attuale configurazione. Tuttavia, alcune considerazioni possono farsi in ordine alla impossibilità tecnica o economica di separare la progettazione, la realizzazione e la gestione della Linea 4 e l'estensione della Linea 2, dalla concessione iniziale senza arrecare gravi inconvenienti alla SA. Infatti, tali opere si inseriscono nel sistema tranviario integrato esistente e, quindi, in un unicum funzionale con stretta interconnessione dal punto di vista trasportistico. Sotto il profilo tecnico-gestionale, l'affidamento all'attuale concessionario consentirebbe dei vantaggi, quali l'utilizzo delle risorse strumentali, economiche ed umane già in uso, necessarie alla realizzazione e gestione degli interventi, oltre che la possibilità di collegare i flussi dei passeggeri sulle diverse direttrici (sul punto illustra con maggior dettaglio gli aspetti tecnico/gestionali). Inoltre, a livello economico si ipotizza che per la messa in esercizio della linea 4 a cura di un terzo, il costo stimato sarebbe pari a euro 5.340.373,00, mentre il mantenimento in capo al concessionario sarebbe pari ad euro 1.614.413,00. Infine, l'affidamento della realizzazione delle opere mediante appalto, richiederebbe per l'Amministrazione la verifica della disponibilità di una copertura integrale dei costi; nell'ipotesi in cui, ai fini della realizzazione della Linea 4, non fosse possibile rinvenire un totale finanziamento pubblico, non risulterebbe praticabile l'affidamento con finanza di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

progetto della sola Linea 4 e/o dell'estensione della Linea 2, posto che i relativi ricavi deriverebbero da un canone di disponibilità legato alla sola messa a disposizione dell'infrastruttura (con esclusione sia di attività di gestione ed esercizio della linea, sia della percezione di ricavi da traffico, stante la necessaria interconnessione della Linea 4 e dell'estensione della Linea 2 con il restante sistema integrato di tramvia, essenziale ai fini trasportistici). Nella predetta ipotesi alcune criticità sussisterebbero con riferimento all'assunzione del cd. rischio operativo secondo le indicazioni Eurostat.

- d) Quanto al valore dei lavori complementari, che non deve superare il cinquanta per cento dell'importo lavori dell'affidamento iniziale, l'Amministrazione evidenzia che l'importo della realizzazione delle Linee contrattualizzato con la citata Convenzione di concessione del 2005 (pari ad €224.621.750,64) sommato all'importo della Linea 3.2 risultante dal progetto preliminare approvato (pari a euro 339.153.303,60) corrisponde a un totale di € 563.775.054,24. Considerato quanto precede, il 50% di tale importo, pur tenendo conto dei lavori complementari sin qui già affidati sarebbe comunque capiente per l'affidamento o della Linea 4 o dell'estensione di Linea 2 Aeroporto - Sesto Fiorentino (Polo Scientifico) che hanno un costo stimato (lavori + spese tecniche) rispettivamente di 144,181 milioni di euro e di 135 milioni di euro.

Alla luce di quanto sopra, il Comune di Firenze chiede all'Autorità di esprimere avviso in ordine alla possibilità di affidare direttamente a Tram di Firenze S.p.A., attuale concessionario del sistema tramvia di Firenze, la Linea 4 (tratta Leopolda-Le Piagge) e l'estensione di Linea 2 Aeroporto - Sesto Fiorentino (Polo Scientifico), con riferimento all'affidamento:

- della progettazione, realizzazione e gestione di entrambe le Linee;
- della progettazione, realizzazione e gestione, mediante appalto a terzi di una o entrambe le Linee;
- della sola gestione previa realizzazione dell'opera mediante appalto da parte della SA.

Ritenuto in diritto

Al fine di rendere il richiesto parere, sembra opportuno osservare in via preliminare che per costante orientamento dell'Autorità quando il rapporto concessorio necessita di essere integrato mediante stipula di atti aggiuntivi, agli stessi deve essere applicata la disciplina vigente al momento della loro sottoscrizione.

In particolare, l'Autorità ha evidenziato che il rapporto concessorio va esaminato nella sua concreta e complessa configurazione, distinguendo la convenzione quadro che regola a monte ed in via generica i rapporti tra concedente e concessionario, dai successivi ed eventuali contratti specificativi ed applicativi di quanto previsto nella convenzione stessa. La questione riveste importanza fondamentale con riferimento alla nascita o meno di diritti



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

soggettivi, nonché al loro consolidamento in capo al concessionario; invero, la previsione specifica e pienamente esaustiva, in una convenzione quadro, di una serie di prestazioni aventi ad oggetto la progettazione, l'esecuzione di lavori, la gestione del servizio, con la determinazione di tutti gli aspetti afferenti gli stessi (consistenza dei lavori, penali, polizza fideiussoria, ed ogni altro elemento caratterizzante le prestazioni stesse), non rende necessaria la stipulazione di contratti applicativi, in quanto fa sorgere immediatamente in capo al concessionario il diritto soggettivo a realizzare le prestazioni secondo la normativa in vigore. Al contrario, se la convenzione è generica e non contiene articoli che regolino in modo esaustivo i rapporti fra concedente e concessionario, sorge, in capo al concessionario, un mero interesse legittimo, che assurge al rango di diritto soggettivo solo con il successivo intervento del singolo atto aggiuntivo il quale ricade, quindi, sotto la disciplina vigente al momento della sua stipulazione. Ne deriva, pertanto, che sulla base dei principi che regolano la successione delle leggi nel tempo, i rapporti instauratisi nel regime previgente a quello attuale, continuano a produrre i loro effetti purché si tratti di rapporti definiti in tutti i loro elementi fondamentali, non suscettibili di ulteriori definizioni mediante atti successivi (cfr. AG3/2010 del 22 Luglio 2010, Deliberazioni n. 68 del 14 marzo 2001; n. 273 del 19 luglio 2001, n. 407 del 6 dicembre 2001; n. 351 dell'11 dicembre 2002; n. 29 del 17 febbraio 2004). Tenuto conto dell'indirizzo generale sopra illustrato, quanto alla possibilità di affidare all'attuale concessionario anche l'estensione della linea 2 e la realizzazione della linea 4 del sistema tranviario di Firenze, secondo quanto prospettato dall'Amministrazione richiedente, occorre riferirsi alla disciplina prevista nel d.lgs. 50/2016, dovendo tale ipotesi trovare eventuale attuazione mediante la stipula di atti aggiuntivi alla convenzione in corso di esecuzione (sottoscritta nel 2005).

A tal riguardo la stessa Amministrazione, come illustrato in premessa, ha argomentato diffusamente in ordine alla sussistenza dei presupposti legittimanti l'affidamento diretto dei predetti interventi al Concessionario (società Tram di Firenze s.p.a.), in considerazione dell'interconnessione tecnico-funzionale degli stessi con il complessivo sistema tranviario fiorentino e dei gravi inconvenienti che potrebbero derivare alla SA in caso di affidamento a terzi.

L'istante fa riferimento, a tali fini, alla disciplina dei lavori e dei servizi c.d. "complementari" prevista, nel previgente d.lgs. 163/2006, all'art. 57, co. 5, lett. a), quale ipotesi di affidamento mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara.

L'Amministrazione afferma al riguardo che nell'attuale assetto normativo di settore, recato dal d.lgs. 50/2016, tale disciplina risulterebbe nella sostanza confermata dalle previsioni dell'art. 175, il quale peraltro disporrebbe che per le opere di cui all'allegato II del Codice [tra le quali rientra anche la messa a disposizioni o gestione di reti destinate a fornire un



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

servizio pubblico nel trasporto tranviario], non opera il limite del 50% del valore iniziale della concessione.

Occorre, quindi, analizzare la disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016 con riferimento ai predetti lavori e servizi “complementari”, al fine di stabilire se rispetto a quanto previsto nel d.lgs. 163/2006 siano intervenute delle modifiche e, conseguentemente, verificare la fondatezza delle considerazioni svolte al riguardo dall’istante.

A tal fine si osserva preliminarmente che l’art. 57 del d.lgs. 163/2006 (dettato in attuazione dell’art. 31 della direttiva 2004/18/CE) prevedeva la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata (comma 5, lett. a) per l’affidamento di «lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all’esecuzione dell’opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all’operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni: a.1) tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall’esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento; a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell’importo del contratto iniziale»⁵.

Con specifico riferimento alle concessioni, invece, l’art. 147 prevedeva l’affidamento diretto al concessionario, senza l’osservanza delle procedure previste dal Codice, per «i lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente previsto della concessione né nel contratto iniziale e che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, per l’esecuzione dell’opera quale ivi descritta, a condizione che l’affidamento avvenga a favore dell’operatore economico che esegue l’opera, nelle seguenti ipotesi: a) quando i lavori complementari non possono essere tecnicamente o economicamente separati dall’appalto iniziale senza gravi inconvenienti per la stazione appaltante, oppure (b) quando i lavori, quantunque separabili dall’esecuzione dell’appalto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento. 2. In ogni caso l’importo cumulato degli appalti aggiudicati per i lavori complementari non deve superare il cinquanta per cento dell’importo dell’opera iniziale oggetto della concessione».

Dunque nel previgente assetto normativo, i lavori e servizi complementari potevano essere affidati con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ai sensi dell’art. 57 o

⁵ In ordine alle disposizioni dell’art. 57, comma 5, lett. a) del d.lgs. 163/2006 l’Autorità ha espresso avviso, in particolare, con parere sulla normativa AG53/2015/AP.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

potevano essere affidati direttamente al concessionario; in entrambi i casi il legislatore aveva indicato dei presupposti stringenti, tenuto conto del fatto che tali previsioni costituivano di fatto una deroga al principio di concorrenza.

Nell'assetto normativo attualmente in vigore, invece, l'art. 63 del d.lgs. 50/2016 (dettato in recepimento dell'art. 32 della direttiva 24/2014/UE) dedicato alle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara (applicabile, per quanto compatibile, anche al regime delle concessioni, secondo quanto disposto dall'art. 164, co. 2⁶), pur ricalcando in larga parte la disciplina contenuta nel previgente art. 57 del d.lgs. 163/2006, non prevede più la possibilità di ricorrere a tale modalità di affidamento per i lavori e i servizi "complementari"⁷. La corrispondente disposizione dell'art. 125 (dettata in recepimento dell'art. 50 della direttiva 23/2014/UE) per i settori speciali, dispone in conformità. Né per le concessioni è stata riprodotta nel Codice una previsione analoga a quella già contenuta nell'art. 147 del d.lgs. 163/2006, in ordine alla possibilità di affidare direttamente al concessionario tali tipologie di prestazioni contrattuali.

Occorre osservare, tuttavia, che il d.lgs. 50/2016 prevede all'art. 106 (applicabile sia agli appalti nei settori ordinari sia agli appalti nei settori speciali, ai sensi del comma 1⁸ della stessa disposizione normativa e all'art. 114, comma 8 del Codice)⁹ che i contratti di appalto «possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti: (...) b) per lavori, servizi o forniture, *supplementari* da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente produca entrambi i seguenti effetti, fatto salvo quanto previsto dal comma 7 per gli appalti nei settori ordinari: 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti

⁶Ai sensi dell'art. 164, co. 2, del Codice «alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione».

⁷Invero un riferimento ai lavori e ai servizi complementari è contenuto nel citato art. 63, comma 5, del Codice con riguardo ai "nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi" già affidati all'aggiudicatario; la disposizione precisa al riguardo che il progetto a base di gara deve indicare l'entità di eventuali lavori o servizi *complementari* e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati, specificando che la possibilità di avvalersi della procedura de qua deve essere indicata sin dall'avvio del confronto competitivo, computando il relativo importo ai fini della determinazione del valore globale dell'appalto. Pur contenendo un riferimento ai lavori/servizi complementari, è evidente che la fattispecie afferisce esclusivamente all'affidamento all'aggiudicatario del contratto principale dei lavori/servizi analoghi, quale disposizione che conferma il previgente art. 57, co.5, lett. b) del d.lgs. 163/2006.

⁸Ai sensi dell'art. 106, co. 1, secondo periodo "I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti (...)".

⁹ Ai sensi dell'art. 114, comma 8, d.lgs. 50/2016 "all'esecuzione dei contratti di appalto nei settori speciali si applicano le norme di cui agli articoli 100, 105, 106, 108 e 112".



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale; 2) comportamenti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi» (co. 1).

Dunque nell'assetto normativo attualmente in vigore, la fattispecie dei c.d. lavori/servizi complementari, prevista nel d.lgs. 163/2006, quale ipotesi per il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, rappresenta uno dei casi in cui la SA può procedere a modifiche del contratto in corso di esecuzione, purché sussistano le condizioni espressamente e tassativamente indicate nella norma e l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50 per cento del valore iniziale del contratto (salvo il caso di più modifiche successive, nel qual caso tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica).

Con previsioni analoghe, l'art. 175 del Codice (dettato in recepimento dell'art. 43 della direttiva 2014/23/UE ed applicabile anche ai settori speciali¹⁰) disciplina il regime delle modifiche del contratto di concessione durante la sua vigenza, stabilendo (per gli aspetti che qui rilevano) che le predette concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione «b) per lavori o servizi supplementari da parte del concessionario originario che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale, ove un cambiamento di concessionario risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale e comportamenti per la stazione appaltante un notevole ritardo o un significativo aggravio dei costi».

La disposizione aggiunge, al comma 4, che «le concessioni possono essere modificate senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione, né di verificare se le condizioni di cui al comma 7, lettere da a) a d), sono rispettate se la modifica è al di sotto di entrambi i valori seguenti: a) la soglia fissata all'articolo 35, comma 1, lettera a); b) il 10 per cento del valore della concessione iniziale». La norma precisa al riguardo che la modifica di cui al comma 4 non può alterare la natura generale della concessione e che in caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche.

Infine il comma 7 dispone che «la modifica di una concessione durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale, quando altera considerevolmente gli elementi essenziali

¹⁰ Ai sensi dell'art. 165, co. 1, d.lgs. 50/2016 "Ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 346 del TFUE, le disposizioni di cui alla presente Parte definiscono le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi indette dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché dagli enti aggiudicatori qualora i lavori o i servizi siano destinati ad una delle attività di cui all'allegato II. In ogni caso, le disposizioni della presente Parte non si applicano ai provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici".



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

del contratto originariamente pattuito. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 4, una modifica è considerata sostanziale se almeno una delle seguenti condizioni è soddisfatta:

- a) la modifica introduce condizioni che, ove originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, oppure avrebbero consentito una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione;
- b) la modifica altera l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale;
- c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione;
- d) se un nuovo concessionario sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d).

8. Una nuova procedura di aggiudicazione di una concessione è richiesta per modifiche delle condizioni di una concessione durante il periodo della sua efficacia diverse da quelle previste ai commi 1 e 4».

Dalle disposizioni sopra riportate emerge, dunque, che anche in relazione al rapporto concessorio, la fattispecie dei c.d. lavori/servizi complementari, rappresenta ora uno dei casi in cui la SA può procedere a modifiche del contratto in corso di esecuzione.

Quanto ai presupposti per ricorrervi, sia l'art. 106 sia l'art. 175 fanno riferimento a lavori/servizi "supplementari", specificando che ai fini del legittimo ricorso all'istituto in esame, occorre che gli stessi, non previsti nell'appalto iniziale, siano divenuti "necessari", nel caso in cui un cambiamento del contraente produca gli effetti indicati nelle norme stesse, con riguardo all'impraticabilità della sostituzione del contraente originario per motivi economici o tecnici o a ritardi/aggravi/costi a carico della SA. Inoltre non si fa più riferimento, come nel previgente art. 57, co. 5, lett. a), a "circostanze impreviste" (che costituiscono autonoma causa di ricorso alle varianti).

Con riferimento all'importo del 50% del valore del contratto, che in passato rappresentava un limite massimo entro il quale si potevano affidare al contraente originario lavori e servizi complementari, nelle disposizioni dell'art. 106 e 175 tale vincolo non appare confermato, posto che ai sensi del comma 7 dell'art. 106, in caso di più modifiche successive, detto limite è calcolato con riferimento al valore di *ciascuna* modifica.

Diversa appare invece la corrispondente previsione dell'art. 175, comma 2, a tenore della quale «Nelle ipotesi di cui al comma 1, lettere a), b) e c), per le concessioni aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici allo scopo di svolgere un'attività diversa da quelle di cui all'allegato II l'eventuale aumento di valore, anche in presenza di modifiche successive, non può eccedere complessivamente il 50 per cento del valore della concessione iniziale, inteso come valore quale risultante a seguito dell'aggiudicazione delle opere o dei servizi o delle



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

forniture oggetto di concessione. Le modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice».

La norma, da un lato, individua come importo massimo della variazione contrattuale il 50% del valore del contratto, dall'altro, esclude da tale limite economico le concessioni affidate in uno dei settori di cui all'allegato II del Codice, tra i quali rientra anche la messa a disposizione o la gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario.

Il Codice chiarisce in ogni caso che il ricorso a modifiche contrattuali non può essere fatto con finalità elusive della normativa dettata dal Codice (art. 106, co. 7 e art. 175, co. 2), aggirando quindi l'obbligo dell'affidamento mediante procedura di gara ed aggiunge che le predette modifiche non devono alterare la natura del contratto (art. 106, co. 4 e art. 175 co. 5), non devono cioè comportare una modifica sostanziale allo stesso, nel senso indicato dalle disposizioni di riferimento.

Tali previsioni sono in linea sia con le direttive 23/2014/UE e 24/2014/UE, le quali prevedono rispettivamente all'art. 43 e all'art. 72 che la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto, sia con l'orientamento giurisprudenziale a tenore del quale (TAR Lazio Roma, sez. II-bis, 15 aprile 2013, n. 3801) occorre distinguere le varianti (consentite) in corso di esecuzione dalla rinegoziazione (non consentita). A questa stregua, le modifiche dell'opera sono vietate nella misura in cui abbiano attitudine a mutare in modo significativo il regolamento negoziale, conducendo alla realizzazione di opere differenti rispetto a quelle poste a base di gara. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, infatti, «le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di appalto devono ritenersi equivalenti ad una nuova aggiudicazione quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (Corte giustizia CE Grande Sezione, 13 aprile 2010, n. 91). Pertanto, la modifica di un contratto in corso di validità deve ritenersi "sostanziale" qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata.

Anche la giurisprudenza nazionale avverte 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 alle risultanze della gara e perde correlativamente la capacità di convenire con la controparte condizioni diverse da quelle già esternate e conosciute dai partecipanti al confronto concorrenziale (in tal senso anche delibera Anac n. 610 del 31 maggio 2016, AG 21/2016/AP).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Alla luce di tutto quanto, pertanto, nell'ambito di un rapporto concessorio è prevista la possibilità per la SA di procedere ad una modifica della convenzione conclusa con il concessionario originario, senza una nuova procedura di aggiudicazione, per l'affidamento allo stesso dei lavori e dei servizi supplementari, non inclusi nella predetta convenzione.

Tale possibilità è tuttavia subordinata alla sussistenza dei presupposti tassativamente indicati dall'art. 175 del Codice; tra questi il rispetto del comma 7, il quale dispone che la modifica del rapporto concessorio non può alterare considerevolmente gli elementi essenziali del contratto, secondo le indicazioni di cui alle lettere da a) a d) della predetta disposizione.

Con riferimento al caso di specie, pertanto, l'Amministrazione istante è tenuta all'accertamento, adeguatamente motivato, dei presupposti legittimanti la modifica del contratto in corso di esecuzione con particolare riferimento alle seguenti circostanze:

- la SA è tenuta a valutare in concreto le reali esigenze sottese al ricorso all'istituto di cui all'art. 175 del Codice, ivi inclusa la "necessità" degli interventi e la sussistenza delle insuperabili interferenze derivanti da interconnessioni tecniche degli interventi, tali da non consentire l'affidamento degli stessi mediante appalti separati;
- la SA è chiamata ad accertare l'impraticabilità del cambiamento del concessionario per motivi economici o tecnici "quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale";
- la SA è chiamata altresì a valutare se tale cambiamento comporti per la stessa un notevole ritardo o un significativo aggravio dei costi.

La disposizione dell'art. 175, comma 7, impone inoltre alla SA di accertare, mediante adeguata motivazione, se la modifica del rapporto concessorio si configuri come "sostanziale", ossia se alteri considerevolmente gli elementi essenziali del contratto con riferimento ai seguenti aspetti:

- a. se la modifica introduce condizioni che, ove originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, oppure avrebbero consentito una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione;
- b. se la modifica altera l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale;
- c. se la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione;
- d. se un nuovo concessionario sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

All'esito di tale accertamento l'eventuale affidamento dei lavori/servizi sopra descritti, in favore dell'operatore economico affidatario della concessione, deve avvenire alle stesse condizioni previste nella convenzione originaria (poiché diversamente si assisterebbe ad una rinegoziazione del contratto, non ammessa dalla disciplina di settore) e previo controllo del possesso, da parte del medesimo operatore, dei requisiti richiesti per l'esecuzione dei lavori/servizi *de quibus*.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

Ritiene che:

- nell'ambito di un rapporto concessorio è demandata alla stazione appaltante la potestà di valutare la sussistenza in concreto delle condizioni legittimanti il ricorso all'istituto delle modifiche del contratto in corso di esecuzione, previsto e disciplinato dall'art. 175 del Codice;

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 28 aprile 2017

Il Segretario, Maria Esposito