



.....OMISSIS.....

Oggetto

Concessione per la gestione di una comunità alloggio per anziani - Richiesta parere – vs rif. prot. n. 7447 del 07/09/2021.

Funz. Cons. 4/2021

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 7 settembre 2021, acquisita al prot. Aut. n. 65091, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 17 novembre 2021, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento del 28 giugno 2017.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, relativa alla possibilità di procedere ad una modifica della concessione indicata in oggetto a seguito dell’emergenza sanitaria in corso, si rinvia in primo luogo provvedimenti adottati dall’Autorità e pubblicati sul sito istituzionale nella sezione “Emergenza Covid-19”. Tra questi, il “Vademecum per velocizzare e semplificare gli appalti pubblici” evidenzia la possibilità, per la stazione, per far fronte all’emergenza sanitaria in corso, di procedere alle eventuali e conseguenti variazioni dei contratti in corso di esecuzione, nei limiti previsti dall’art. 106, comma 1, lett. c) del Codice).

In linea generale, quindi, a seguito dell’emergenza sanitaria in corso, le stazioni appaltanti *possono* procedere a modifiche dei rapporti contrattuali in corso e tale possibilità può essere estesa alle concessioni, nei limiti di seguito indicati.

I contratti di concessione, infatti, sono disciplinati dalla parte III del d.lgs. 50/2016, pertanto in ordine alla possibilità di apportare modifiche agli stessi - fermo restando quanto disposto dall’art. 165 (*il quale impone l’assunzione e il mantenimento del rischio dell’operazione in capo al concessionario*) - si richiamano in primo luogo le disposizioni del comma 6 del citato art. 165, a tenore del quale «Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull’equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all’operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. (...). Al concessionario sono rimborsati gli importi di cui all’articolo 176, comma 4, lettere a) e b), ad

esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse».

La norma va letta congiuntamente alle previsioni dell'art. 175 del d.lgs. 50/2016, le quali individuano i casi e le condizioni legittimanti il ricorso ad una modifica del contratto di concessione in corso di esecuzione, disponendo (tra l'altro) la possibilità di ricorrere a tale istituto, «c) ove ricorrano, *contestualmente*, le seguenti condizioni: 1) la necessità di modifica derivi da circostanze che una stazione appaltante non ha potuto prevedere utilizzando l'ordinaria diligenza; 2) la modifica non alteri la natura generale della concessione».

Ai sensi della citata disposizione, pertanto, è possibile apportare modifiche ad una concessione in corso di esecuzione, solo se le stesse sono divenute necessarie a causa di circostanze imprevedibili per la stazione appaltante e se *non* sono "sostanziali" ai sensi del comma 7, ossia non alterano considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuito, secondo le indicazioni contenute nella citata disposizione.

Più in dettaglio ai sensi del comma 7, la modifica al rapporto concessorio è ritenuta "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)».

Pertanto, come chiarito dal giudice comunitario «le modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, ai sensi della direttiva 92/50, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (v., in tal senso, sentenza 5 ottobre 2000, causa C337/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I8377, punti 44 e 46). La modifica di un appalto pubblico in corso di validità può 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» (CGE, sentenza 19 giugno 2008, causa C-454/06; più recentemente CGE, sentenza 18 settembre 2019, C-526/17).

Si tratta di principi generali, che costituiscono orientamento giurisprudenziale consolidato e che devono estendersi anche ai rapporti concessori, in quanto – come visto – recepiti nelle disposizioni del Codice sopra richiamate che limitano il ricorso a variazioni del rapporto contrattuale in corso, alle ipotesi ed entro i limiti previsti dal citato art. 175.

L'accertamento in ordine alla sussistenza dei presupposti legittimanti la modifica del contratto di concessione in corso di esecuzione, è rimesso alla esclusiva competenza e responsabilità della stazione appaltante, la quale è tenuta a valutare in concreto le esigenze sottese al ricorso all'istituto di cui all'art. 175 del Codice (*ex multis* delibere n. 388/2017 e n. 3025/2020) e individuare le eventuali modifiche da apportare alle previsioni contrattuali in

corso, al fine di garantire il mantenimento del rischio dell'operazione in capo al concessionario (art. 165 del Codice) e il rispetto dei limiti imposti dal citato art. 175 del d.lgs. 50/2016.

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

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente il 25 dicembre 2021