



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Servizio di gestione e riscossione tributi – concessione - Richiesta parere.

### **FUNZ CONS 48/2022**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 9 giugno 2022, acquisita al prot. Aut. n. 44264, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 20 settembre 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, relativa alla possibilità di concedere una proroga per una parte dei servizi dedotti in contratto o un prolungamento della durata della concessione indicata in oggetto, nei termini indicati nell’istanza, si rinvia in primo luogo ai provvedimenti adottati dall’Autorità in relazione all’emergenza epidemiologica da Covid-19, 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).

Quanto alla possibilità di apportare modifiche alla durata del rapporto concessorio, si evidenzia che ai sensi dell'art. 168 del d.lgs. 50/2016 «La durata delle concessioni è limitata ed è determinata nel bando di gara dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. La stessa è commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa». Inoltre, l'art. 175, comma 1, lett. a) ultimo periodo del Codice stabilisce che le modifiche al rapporto contrattuale in corso di esecuzione, eventualmente fissate negli atti di gara, «... non possono prevedere la proroga della durata della concessione».

È chiaro quindi, in relazione al rapporto concessorio, il disfavore della disciplina di settore per l'eventuale proroga, la quale deve configurarsi come ipotesi del tutto eccezionale ed avere una durata limitata al tempo strettamente necessario per l'espletamento della nuova gara, al fine di garantire la continuità del servizio.

Quanto sopra è stato sottolineato anche dall'Autorità (*ex multis* parere AG33/2013, Comunicato del Presidente dell'Autorità del 4 novembre 2015), la quale ha osservato che la proroga è un istituto assolutamente eccezionale e, in quanto tale, è possibile ricorrervi solo per cause determinate da fattori che comunque non coinvolgono la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice. Al di fuori dei casi strettamente previsti dalla legge (art. 23, legge n. 62/2005) la proroga dei contratti pubblici costituisce una violazione dei principi enunciati dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016 e, in particolare, della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro. Una volta scaduto un contratto, quindi, l'amministrazione, qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, deve effettuare una nuova gara (deliberazioni Anac n. 263/2018, n. 384/2018, n. 536/2020, n. 147/2021, n. 175/2021, n. 576/2021, n. 591/2021, atto del Pres. 13.4.2022-fasc.336/2021).

Dunque nel nostro ordinamento vige il divieto di proroga e di rinnovo dei contratti pubblici, sancito dall'art. 23 della legge n. 62/2005, in quanto tali istituti si traducono in una fattispecie di affidamento senza gara, con violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento, enunciati dall'art. 30, comma 1, del d.lgs. 50/2016 (Delibere Anac n. 304/2020 e n. 576/2021).

Si aggiunga a quanto sopra che «la proroga del rapporto contrattuale deve necessariamente avvenire alle stesse condizioni alle quali il contratto era stato stipulato e, dunque, considerando il contenuto dell'offerta economica e dell'offerta tecnica, che avevano consentito all'appaltatore di aggiudicarsi la gara. La proroga del contratto è, infatti, per sua natura inidonea ad innovare l'originario equilibrio sinallagmatico del rapporto negoziale». La proroga del termine finale di un appalto pubblico sposta solo in avanti la scadenza conclusiva del rapporto, il quale resta regolato dalla sua fonte originaria (Consiglio di Stato, sez. III, 05.03.2018 n. 1337).

Tale principio è del resto esplicitato nell'art. 106, comma 11, del Codice a tenore del quale «La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante».

Consegue da quanto sopra che il rapporto concessorio concluso e prorogato nei limiti indicati, resta disciplinato dal contratto già stipulato senza possibilità di modificare o rinegoziare i termini di aggiudicazione.

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 27 settembre 2022