



.....OMISSIS.....

Oggetto: art. 147 del d.lgs. 163/2006 – concessione - affidamento lavori supplementari – richiesta di parere.

FUNZ. CONS. 33/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 29 aprile 2022, acquisita al prot. Aut. n. 32413, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018 e s.m., si comunica di seguito quanto deliberato dal Consiglio nell'adunanza del 20 luglio 2022.

Si evidenzia in primo luogo 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, riferita alla possibilità di affidare al concessionario lavori complementari all'opera principale oggetto della concessione, nel senso indicato nell'istanza, si osserva preliminarmente che ai sensi dell'art. 147 del d.lgs.163/2006 (dettato in recepimento dell'art. 61, della direttiva 2004/18/CE), applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, «1. Possono essere affidati al concessionario in via diretta, senza l'osservanza delle procedure previste dal presente codice, 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».

In relazione alla disposizione sopra richiamata, l'Autorità ha osservato che le ipotesi ivi indicate per l'affidamento in via diretta dei lavori complementari al concessionario, senza l'osservanza delle procedure previste dal presente Codice, devono ritenersi *tassative* in quanto derogatorie della regola generale dell'evidenza pubblica. Inoltre, poiché nell'ambito delle concessioni la previsione è più restrittiva dell'analoga disposizione contemplata per gli appalti nell'art. 57 del d.lgs. 163/2006, la stessa deve essere considerata come *norma eccezionale e, conseguentemente, di stretta interpretazione* (delibera n. 387/2020).

Più in dettaglio, in relazione all'art. 147 del d.lgs. 163/2006 l'Autorità ha evidenziato che «la possibilità di derogare al principio dell'affidamento di lavori mediante gara pubblica, attribuendo direttamente al concessionario interventi non previsti nell'originario bando, è del tutto eccezionale e, come tale, *deve essere adeguatamente motivata negli atti con i quali si procede all'ulteriore affidamento*. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, infatti, "costituisce principio comune, in tema di

gare pubbliche, il fatto che, per ricorrere alla trattativa privata, peraltro senza gara informale, è necessario l'accertamento rigoroso dei presupposti per procedere in deroga all'evidenza pubblica, motivi che devono risultare chiaramente dagli atti determinativi della stazione appaltante" (...)» (delibera n. 1158/2020; delibera n. 174/2021).

Le condizioni legittimanti l'affidamento diretto al concessionario dei lavori complementari, ai sensi della disposizione in esame, possono così individuarsi: «-lavori non compresi nel progetto iniziale, né nel contratto iniziale; - divenuti necessari per l'esecuzione dell'opera, a seguito di una circostanza imprevista; - in presenza, alternativamente, di una delle due seguenti ipotesi: a) lavori complementari non tecnicamente o economicamente separabili dall'appalto iniziale senza gravi inconvenienti per la stazione appaltante, oppure b) lavori, quantunque separabili, ma strettamente necessari al perfezionamento dell'esecuzione dell'affidamento. - il tutto, comunque, entro il limite del 50% dell'importo dell'opera iniziale oggetto della concessione» (delibera n. 387/2020).

La *necessità* di procedere ai sensi dell'art. 147 del d.lgs. 163/2006 deve quindi derivare da *circostanze impreviste* per l'Amministrazione insorte durante l'esecuzione del contratto. Inoltre, in ordine alla natura delle opere da affidare al concessionario, «... come chiarito dall'Autorità (deliberazione n. 26/2011; Parere AG 53/15/AP del 22/07/2015), possono ritenersi *complementari* quelle opere che da un punto di vista tecnico - esecutivo rappresentano una integrazione dell'opera principale, sì da giustificare l'affidamento e la relativa responsabilità costruttiva ad un unico esecutore. Sono quindi da ascrivere nella categoria dei lavori contrattuali (opere complementari) quegli interventi aggiuntivi che, pur comportando modifiche al progetto, rientrano comunque nel piano dell'opera (es. variazioni di tracciato, di dimensione, forma, qualità dei lavori). Questi devono essere tenuti distinti dai lavori extracontrattuali, i quali pur necessari per la completa esecuzione dell'opera in sé considerata, restano estranei al piano della stessa e consistono in lavori aventi una propria individualità distinta da quella dell'opera originaria e che integrano un'opera a sé stante (es. strada di collegamento-parere AG 19-10 del 29 aprile 2010, ma si veda anche CdS Sent,5827 del 25.11.2014). Quanto sopra trova conforto nell'orientamento giurisprudenziale a tenore del quale possono ritenersi complementari soltanto le opere che da un punto di vista tecnico costruttivo rappresentano un'integrazione delle opere principali, saldandosi inscindibilmente con esse, sì da giustificare l'affidamento ad un unico appaltatore (C.G.A. Sicilia 03/02/2000). Sempre la giurisprudenza ha parimenti chiarito l'impossibilità di fondare il presupposto della complementarità sulla contemporanea esistenza di due cantieri nel medesimo luogo (Cort. Conti Sent. 152 del 22.11.93)» (delibera n. 387/2020 cit).

Dunque l'affidamento diretto al concessionario delle opere complementari ai sensi dell'art. 147 del d.lgs. 163/2006, quale disposizione eccezionale e derogatoria alla regola dell'evidenza pubblica, richiede, da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice, un puntuale accertamento in ordine alla sussistenza delle condizioni previste dalla norma citata e una adeguata motivata negli atti con i quali si procede all'ulteriore affidamento.

Occorre aggiungere a quanto sopra che, come chiarito in più occasioni dall'Autorità, in caso di modifiche che intervengono sull'originario assetto concessorio, il concedente è tenuto a verificare, tra l'altro, che venga garantita la corretta allocazione dei rischi secondo le prescrizioni normative in materia di concessioni, dovendosi al contrario procedere a bandire una nuova procedura di gara (al riguardo, tra gli altri, giova ricordare i pareri ANAC del 17.11.2014, il n. 206 del 25.11.2015 e ancora il n. 738 del 6.7.2016)» (delibera n. 1158/2020).

In relazione a tale profilo rileva quindi anche l'articolo 143 del d.lgs. 163/2006 che «contempla al comma 8 la possibilità di procedere alla revisione dei piani economici finanziari in presenza di ipotesi tipizzate: allorquando vengano modificati i presupposti e le condizioni di base indicate nella premessa dal contratto, ovvero intervengano modifiche alla normativa di settore che abbiano inciso sui meccanismi tariffari o comunque sull'equilibrio finanziario» (delibera n. 1158/2020). L'art. 143, comma 8, del d.lgs. 163/2006 pertanto «stabilisce nel dettaglio quali sono le situazioni che consentono di modificare il PEF per ripristinare il necessario equilibrio fra le prestazioni richieste al concessionario ed i ricavi conseguibili. La *ratio* di tale norma è palese: i termini economici del rapporto di regola non possono essere modificati nel corso del suo svolgimento in quanto, così facendo, verrebbe del tutto vanificato lo scopo del meccanismo concorrenziale di scelta del contraente (a questo proposito cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n.113/2011) ...» (delibera Anac n. 2/2014).

Dunque, la possibilità di ricorrere all'istituto previsto dal citato art. 147 in ordine a lavori "complementari", oltre ad essere legata alla ricorrenza degli stringenti presupposti fissati dal legislatore, deve garantire il mantenimento della corretta allocazione dei rischi e deve avvenire altresì nel rispetto dei principi espressi dalla Corte di Giustizia, la quale ritiene che «Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, 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» (sentenza 5 ottobre 2000, causa C-337/98).

La Corte di Giustizia ha più recentemente ribadito che «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, 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 stati recepiti dal d.lgs. 50/2016 che, all'art. 175, indica i casi in cui è possibile apportare variazioni alle concessioni in corso di esecuzione, ribadendo che non è consentito procedere a modifiche sostanziali delle stesse, nel senso indicato nel comma 7 della disposizione (si veda al riguardo Delibera n. 388/2017).

Sulla base delle considerazioni che precedono, compete all'Amministrazione aggiudicatrice l'accertamento della sussistenza, nella fattispecie, dei presupposti e delle condizioni fissate dal legislatore per il ricorso all'istituto previsto dall'art. 147 del Codice. Tra questi, l'esistenza di una circostanza imprevista dalla quale sia derivata la necessità di eseguire lavori ulteriori rispetto a quelli oggetto di affidamento; la complementarietà degli stessi rispetto all'opera principale;

l'impossibilità di scindere i medesimi, tecnicamente o economicamente, dall'appalto iniziale; il rispetto del limite tassativo all'importo complementare del 50% dei lavori principali.

L'Amministrazione aggiudicatrice è chiamata, altresì, a verificare che l'affidamento dei lavori complementari al concessionario non comporti una modifica sostanziale all'originario assetto del rapporto concessorio, secondo i principi dettati dal giudice comunitario.

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 e si comunica che la predetta istanza è inoltrata agli Uffici di Vigilanza dell'Autorità per eventuali profili di competenza.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente il 28 luglio 2022