



.....OMISSIS.....

Oggetto

Affidamento lavori di ampliamento RSA – applicazione d.lgs. 50/2016 – richiesta di parere.

FUNZ CONS 56/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 26 giugno 2022, acquisita al prot. Aut. n. 52318, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021 si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 2 novembre 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.

Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base di quanto rappresentato nella stessa.

L'oggetto dell'istanza riguarda una concessione aggiudicata nel 1993, a seguito di procedura ad evidenza pubblica indetta ai sensi della l. 8 agosto 1977, n. 584 (norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea) per la gestione di una RSA e l'esecuzione dei lavori di completamento della struttura a cura del concessionario (area e struttura di proprietà pubblica e gestiti al concessionario). In relazione a tale concessione, la stazione appaltante chiede se per i lavori di ampliamento della predetta struttura, il concessionario sia tenuto ad applicare la disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016.

In merito al quesito sollevato, sembra opportuno richiamare, in primo luogo, l'avviso dell'Autorità espresso in ordine alle modifiche del rapporto concessorio in corso di esecuzione, a tenore del quale «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 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)» (Parere AG 107/2017 e parere Funz Cons n. 25/2022).

Tenuto conto dell'indirizzo generale sopra illustrato, pertanto, se 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 che, nell'attuale assetto normativo di settore, è contenuta nel d.lgs. 50/2016.

La realizzazione di lavori ampliativi della struttura gestita dal concessionario, non previsti in sede di aggiudicazione, necessita quindi della stipula di un atto aggiuntivo alla concessione in essere tra le parti e va ricondotta nella disciplina dettata dall'art. 175 del d.lgs. 50/2016.

Tale disposizione individua al comma 1 i casi in cui sono ammesse le modifiche al rapporto concessorio, stabilendo altresì che le stesse non possono apportare modifiche che alterino la natura generale della concessione, secondo le previsioni del comma 7. Dunque, «La possibilità di ricorrere alla variazione contrattuale sopra indicata, è legata alla ricorrenza degli stringenti presupposti fissati dal legislatore, da interpretare restrittivamente, comportando una deroga alle regole dell'evidenza pubblica (in tal senso comunicato Pres. del 21.3.2021, ancorché in relazione alla corrispondente disposizione l'art. 106 del Codice in materia di variazioni del contratto d'appalto)» (Parere Funz. Cons. n. 25/2022).

Inoltre, come chiarito dall'Autorità «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» (Parere AG 10/2017/AP).

Ciò in quanto la conclusione di atti aggiuntivi alla concessione, deve essere effettuata nel rispetto dei parametri indicati dalla disposizione richiamata, posto 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, nel senso che, se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, o sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi (v., in tal senso, sentenza del 7 settembre 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punto 28 e giurisprudenza ivi citata). 59. 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, C-526/17, sentenza del 18.9.2019).

Si tratta di principi generali, che costituiscono orientamento giurisprudenziale consolidato e 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.

Infine, quanto all'obbligo per il concessionario di applicare le disposizioni del d.lgs. 50/2016 per la realizzazione dei predetti lavori, si rappresenta che ai sensi dell'art. 1, comma 2, la disciplina dettata dal Codice, si applica (tra l'altro) ai «c) lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici; d) lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice». Il comma 3 aggiunge al riguardo che «Ai soggetti di cui al comma 2, lettere a), b), d) ed e), non si applicano gli articoli 21 relativamente alla programmazione dei lavori pubblici, 70 e 113. In relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano esclusivamente le norme che disciplinano il collaudo».

Dunque, in linea generale, i concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, sono tenuti al rispetto del Codice per l'acquisizione di beni e servizi.

Occorre osservare al riguardo che il giudice amministrativo ha evidenziato «un disallineamento tra le norme del Codice ... nel raffronto tra l'articolo 1, comma 2, lettera c), ... che prevede l'applicazione tout court delle disposizioni del Codice medesimo per l'affidamento di lavori da parte dei concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici - e il successivo articolo 164, comma 5, che limita le disposizioni applicabili per gli appalti di lavori affidati a terzi a quelle della Parte III e a quelle inerenti il subappalto, la progettazione, il collaudo e i piani di sicurezza delle Parti I e II, prevedendo, nella sostanza, una procedura semplificata di selezione dell'appaltatore» (Consiglio di Stato parere n. 823/2020).

In relazione alle norme sopra citate, pertanto, al fine di chiarirne l'ambito applicativo, lo stesso giudice amministrativo ha osservato che «Con riferimento alle concessioni già in essere, ed aggiudicate in precedenza senza gara, occorre prevedere l'obbligo di indire regolare procedura di evidenza pubblica per la scelta degli appaltatori. Solo in questo modo, infatti, si garantirà la concorrenza. Tali regole, oltre ad essere coerenti con l'articolo 1, comma 2, lett. c), Codice, si spiegano alla luce del fatto che, ogni qual volta sia mancata la gara a monte per la scelta del concessionario, è necessario garantire la concorrenza a valle, prevedendo delle gare pubbliche, per la scelta degli appaltatori.(...) Con riferimento ai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici – e che dunque sono stati scelti previo esperimento di gara pubblica – per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza delle disposizioni contenute agli artt. 164-178 (parte III del Codice) nonché delle disposizioni di cui alle parti I e II del codice in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, purché non derogate dalla parte III» (Cons. Stato parere cit. e conforme parere Anac AG4/2022).

Dunque sulla base delle disposizioni richiamate e dei chiarimenti offerti dalla giurisprudenza amministrativa sul tema, i concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici devono svolgere procedure selettive nel rispetto delle disposizioni contenute agli artt. 164-178 (parte III del Codice) nonché delle disposizioni di cui alle parti I e II del Codice in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, purché non derogate dalla parte III.

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

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente l'8 novembre 2022