



.....OMISSIS.....

**Oggetto:** concessione per la gestione di una comunità alloggio anziani e centro di aggregazione sociale – richiesta di parere.

**FUNZ. CONS. 25/2022**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 10 marzo 2022, acquisita al prot. Aut. n. 17703, si rappresenta che la funzione consultiva è svolta dall’Autorità nel rispetto delle previsioni del Regolamento del 7 dicembre 2018, consultabile sul sito istituzionale.

In relazione all’oggetto dell’istanza di parere, si comunica di seguito quanto deliberato dal Consiglio nell’adunanza del 6 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 del 30 marzo 2022.

Quale indicazione di carattere generale sul quesito sottoposto all’attenzione dell’Autorità, riferito alla possibilità di apportare modifiche alla concessione in oggetto, nei termini indicati nell’istanza, sembra opportuno richiamare l’avviso espresso dall’Autorità in ordine alla disciplina applicabile al rapporto concessorio e ai limiti previsti dal d.lgs. 50/2016 per le modifiche dei contratti pubblici durante il periodo di efficacia (parere sulla normativa AG10/2017/AP approvato con delibera n. 388/2017).

Con riguardo al primo aspetto è stato evidenziato 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 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, 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.

Il Codice, come ulteriormente chiarito nel parere AG 10/2017/AP, disciplina, all'art. 175, i casi in cui è possibile modificare la concessione attraverso la conclusione di atti aggiuntivi, includendo tra gli stessi, al comma 1, lett. b), la possibilità di affidare al concessionario originario i «*..lavori o servizi supplementari ... 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 comporti per la stazione appaltante un notevole ritardo o un significativo aggravio o dei costi*».

Come emerge dal dato letterale della norma, 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).

Più in dettaglio, occorre che *i lavori/servizi supplementari*, 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 dello stesso per motivi economici o tecnici o a ritardi/aggravi/costi a carico della SA. Con riferimento all'importo, il comma 2 della disposizione stabilisce che «Nelle ipotesi di cui al comma 1, lettere a), b) e c) ...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 forniture oggetto di concessione. Le modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice».

Le variazioni contrattuali di cui all'art. 175, co. 1, lett. b) del Codice richiedono quindi una attenta valutazione da parte della stazione appaltante in ordine alla *"necessità"* delle stesse per garantire la prosecuzione dei lavori/servizi, *quale condizione che non sembra riscontrabile nel caso in cui la proposta di variazione sia formulata dall'appaltatore al solo fine di ampliare l'oggetto dell'affidamento e garantire quindi una maggiore remuneratività della concessione*.

Sembra opportuno sottolineare al riguardo che il ricorso a modifiche contrattuali non può essere fatto con finalità elusive della normativa dettata dal Codice (art. 175, co. 2), aggirando quindi l'obbligo dell'affidamento mediante procedura di gara e che le predette modifiche non devono comportare una variazione sostanziale alla concessione (art. 175, comma 7).

Più in generale, il comma 7 dell'art. 175 specifica che «la modifica di una concessione durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale, quando altera considerevolmente gli elementi essenziali 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). 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».

Pertanto, la conclusione di atti aggiuntivi alla concessione, deve essere effettuata nel rispetto dei parametri indicati dalla disposizione richiamata, con l'ulteriore considerazione per cui «... 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 [o servizi], 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* [o di servizi], *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).

L'atto aggiuntivo alla concessione già stipulata, pertanto, deve essere concluso nel rispetto dei limiti e delle condizioni contenute nell'art. 175 citato, mantenendo in ogni caso in capo all'operatore economico interessato i rischi dell'operazione, come espressamente indicato dall'art. 165 del Codice, e le linee guida Anac n. 9 e già nella determina n. 10/2015.

L'Autorità ha sottolineato al riguardo che «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).

Più in dettaglio nel caso in cui la stazione appaltante intenda procedere ad una variazione contrattuale ai sensi dell'art. 175, comma 1, lett. b) del Codice, la stessa è tenuta all'accertamento, adeguatamente motivato, dei seguenti presupposti (parere AG 10/2017/AP cit.):

- 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/servizi supplementari;
- 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:

- 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;
- se la modifica altera l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale;
- se la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione.

Quanto infine, alla possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad affidamento diretto di una concessione di servizi, è appena il caso di evidenziare, in linea generale, che le procedure di affidamento sono indicate nel d.lgs. 50/2016, il quale limita la possibilità di ricorrere a tale istituto esclusivamente nei casi indicati dall'art. 36 (come oggi temporaneamente derogato dall'art. 1 della l.n. 120/2020, come mod. dalla l. 108/2021).

La disposizione, come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, è applicabile anche alle concessioni in forza del rinvio operato dall'art. 164, comma 2, del Codice, alla Parte I e II (relativamente anche alle "modalità e procedure di affidamento"), fermo restando il rispetto dei principi indicati dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016 (in tal senso Consiglio di Stato, 22.2.2022, n. 1108 e parere Mims n. 862/2021).

Sulla base di quanto rappresentato, 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*

*Firmato digitalmente il 12 luglio 2022*