



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... – art. 1, comma 1, lett. e), All. I.1, d.lgs. 36/2023 - organismo di diritto pubblico – rinegoziazione concessione di servizi - richiesta di parere.

UPREC-CONS-135-2024-FC

FUNZ CONS 55/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 13 giugno 2024, acquisita al prot. Aut. n. 66813, 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 23 ottobre 2024, 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. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la citata nota la richiedente comunica all’Autorità di aver affidato nel 2014, a seguito di procedura selettiva svolta ai sensi dell’art. 30 del d.lgs. 163/2006, una concessione di servizi per l’assistenza sanitaria e socio-assistenziale in una RSA e per la realizzazione di opere edilizie in tale struttura. Comunica, inoltre, che successivamente all’espletamento della gara, la stessa è stata trasformata in Fondazione di diritto privato ai sensi dell’art. 7, della L.R. Lombardia n. 1/2003.

Con riguardo al predetto affidamento, come evidenziato nell’istanza di parere, la concessionaria, segnalando la sopravvenienza di condizioni che comprometterebbero l’equilibrio economico-finanziario della concessione, ha chiesto alla Fondazione di procedere ad una rinegoziazione del contratto medesimo, proponendo modifiche sostanziali allo stesso, anche con riguardo alla durata del rapporto concessorio. Alla luce di tale istanza della concessionaria, la richiedente chiede quindi all’Autorità di chiarire (i) se la Fondazione stessa costituisca o meno un organismo di diritto pubblico, soggetta alla disciplina in materia di contratti pubblici, tenuto conto della sua natura di Fondazione di diritto privato; (ii) ove non qualificabile come organismo di diritto pubblico, se la stessa possa procedere ad una rinegoziazione della concessione in essere, prescindendo quindi da ogni valutazione in ordine alla convenienza dell’operazione in funzione della corretta ed efficiente gestione del servizio.

Al fine di fornire riscontro sui quesiti posti, sembra opportuno richiamare in primo luogo l’art. 1, comma 1, lett. e), All. I.1 del d.lgs. 36/2023, il quale – in continuità con le previsioni del d.lgs. 50/2016 e già del d.lgs. 163/2006 – dispone che l’“organismo di diritto pubblico” è «qualsiasi soggetto, anche avente forma societaria: 1) dotato di capacità giuridica; 2) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, attraverso lo svolgimento di un’attività priva di

carattere industriale o commerciale; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico».

I requisiti indicati dalla norma richiamata, come chiarito dall'Autorità, «devono sussistere cumulativamente, con la conseguenza che la mancanza anche di uno solo di essi non consente di qualificare l'ente come organismo di diritto pubblico e con la precisazione che il requisito dell'influenza dominante, descritto nel punto 3), della disposizione *de qua* è integrato anche in presenza di uno soltanto dei presupposti ivi contemplati (*ex multis* CGE, Sez. IV, 3 febbraio 2021, cause riunite C-155/19 e C-156/19). Occorre evidenziare inoltre che, secondo i chiarimenti della Corte di giustizia europea (sentenza del 15 maggio 2003, causa C-214/00), ai fini della verifica della sussistenza dei tre requisiti sopra indicati, è indifferente la forma di costituzione degli organismi interessati e il carattere di diritto privato di un organismo non costituisce un criterio atto ad escludere la sua qualificazione quale amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva appalti (parere sulla normativa AG41/2010)» (parere Funz Cons 15/2023).

Sempre con riguardo alla figura dell'organismo di diritto pubblico, si osserva che i caratteri delineati dall'art. 1, comma 1, lett. e), All. I.1, del Codice, sono stati ritenuti sussistenti dall'Autorità per le Ipub trasformate in ASP o in Associazioni/Fondazioni ai sensi del d.lgs. 207/2001 ("*Riordino del sistema delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, a norma dell'articolo 10 della legge 8 novembre 2000, n. 328*").

In particolare l'Autorità ha evidenziato che «per tali enti possono ritenersi sussistenti i requisiti della personalità giuridica e dell'istituzione per soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, per come desumibili dalle disposizioni di riordino degli stessi, contenute nel citato D.lgs. 207/2001 (si rinvia alla delibera n. 155/2022 per la ricostruzione del quadro normativo di riferimento, nella quale è stato altresì osservato che a seguito della revisione del Titolo V della Costituzione, è stata assegnata «alle Regioni la competenza nella materia dell'assistenza sociale, a norma dell'articolo 117, c. 4, della Cost. Questo passaggio di competenza, dallo Stato alle Regioni, ha inciso notevolmente sulla riforma delineata dalla L. n. 328/2000 e sul d.lgs. n. 207/2001, consentendo alle Regioni di produrre una legislazione differenziata e creando diversi sistemi di assistenza, pertanto, in materia occorre fare riferimento anche alle singole leggi regionali di riferimento. Sull'argomento si rinvia inoltre ai pareri AG29/14, AG66/15/AP, AG41/2010, delibera n. 155/2022/AG3-2021, Funz Cons 15/2023)» (parere Funz Cons. 24/2024).

Più in dettaglio, la sussistenza del requisito teleologico per detti organismi può desumersi dalle disposizioni dell'art. 2 del predetto decreto di riordino, ai sensi del quale «le istituzioni di cui al presente decreto legislativo, che operano prevalentemente nel campo socio assistenziale anche mediante il finanziamento di attività e interventi sociali realizzati da altri enti con le rendite derivanti dalla gestione del loro patrimonio, sono inserite nel sistema integrato di interventi e servizi sociali di cui all'articolo 22 della legge, nel rispetto delle loro finalità e specificità statutarie» (art. 2, D.lgs. n. 207/2001). Inoltre (per quanto di interesse in questa sede) ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 207/2001, le IPAB trasformate in associazioni/fondazioni non hanno scopo di lucro e perseguono scopi di utilità sociale, utilizzando tutte le modalità consentite dalla loro natura giuridica. Detti organismi operano quindi senza scopo di lucro e per il perseguimento di finalità di solidarietà sociale, svolgendo una funzione intrinsecamente pubblicistica in conformità ad un diritto costituzionalmente garantito (art. 32 cost.) (parere sulla normativa AG3/2021).

In linea generale, quindi, gli enti in esame operano al fine di soddisfare esigenze di interesse generale, quali sono quelle assistenziali e sanitarie, prive del carattere industriale o commerciale, essendo tale attività svolta senza scopo di lucro, dunque senza perseguimento dei criteri di economicità e redditività tipici dell'impresa privata.

Anche sotto tale profilo, sulla base delle previsioni del d.lgs. 207/2001, sembra sussistere il requisito teleologico richiesto dall'art. 1, comma 1, lett. e), All. I.1 del Codice.

Quanto, infine, al requisito della "dominanza pubblica", nelle forme alternative del finanziamento pubblico maggioritario, del controllo della gestione o della nomina dei componenti degli organismi di amministrazione, direzione o vigilanza in misura non inferiore alla metà da parte dello Stato o di altri enti pubblici, come sottolineato dall'Autorità nei pareri sopra richiamati, la sussistenza dello stesso va valutata caso per caso, sulla base delle previsioni statutarie. Ove presente uno di tali presupposti deve ritenersi soddisfatto il requisito richiesto dalla norma del Codice per la sussistenza della c.d. dominanza pubblica (sulla qualificabilità di un soggetto giuridico quale organismo di diritto pubblico si rinvia alle numerose pronunce dell'Autorità sul tema, *ex multis* delibera n. 357/2023, pareri sulla normativa AG3/2021, AG66/15/AP, AG29/2014, AG47/2013, AG41/2011, AG12/2011, AG41/2010, AG20-09).

Per quanto sopra, può osservarsi in linea generale che «le IPAB trasformate in ASP o in associazioni/fondazioni ai sensi del d.lgs. 207/2001, (i) dotate di personalità giuridica, (ii) operanti senza scopo di lucro, (iii) deputate allo svolgimento di funzioni intrinsecamente pubblicistiche (art. 2, d.lgs. 207/2001) e che perseguono scopi di utilità sociale, (iv) tenuto conto delle prerogative regionali contemplate nella disciplina di riferimento, (v) in presenza di uno degli elementi sintomatici del requisito della dominanza pubblica nei termini sopra indicati, possono qualificarsi come «organismo di diritto pubblico» ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. e), Allegato I.1 del d.lgs. 36/2023, ferma restando la necessità di operare una valutazione caso per caso sulla base del singolo statuto e della singola disciplina regionale dettata in materia» (parere Funz Cons 24/2024).

L'avviso sopra sintetizzato può estendersi alle Fondazioni di diritto privato senza scopo di lucro, in tal modo trasformate ai sensi della l.r. Lombardia n. 1/2003 (*"Riordino della disciplina delle Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza operanti in Lombardia"*), dettata «in conformità agli articoli 18, 38 e 118 della Costituzione e all'articolo 10 della L. 8 novembre 2000, n. 328 (*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*)», al fine di garantire una gestione dei servizi sociali, socio-sanitari ed educativi ispirata ai principi di efficienza ed efficacia, solidarietà, sussidiarietà e trasparenza» e che «disciplina il riordino delle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza (IPAB) operanti sul territorio regionale in ambito sociale socio-sanitario ed educativo attraverso la trasformazione delle stesse in Aziende di servizi alla persona (ASP) ovvero in persone giuridiche di diritto privato senza scopo di lucro, con il vincolo del rispetto degli interessi espressi dalle tavole fondative e dagli statuti originari» (art. 1). A tenore dell'art. 2 della stessa L.R. gli enti, pubblici e privati, derivanti dalla trasformazione, partecipano alla realizzazione del sistema sociale e socio-sanitario in conformità alle leggi regionali di riferimento, nonché alla realizzazione delle attività e iniziative, inerenti in particolare al sistema educativo-formativo, promosse dalla Regione e concorrono altresì, unitamente ai soggetti del terzo settore, allo sviluppo di iniziative di solidarietà sociale in attuazione degli indirizzi della programmazione regionale delle attività sociali, socio-sanitarie ed educativo-formative. Gli stessi enti partecipano alla programmazione delle attività sociali, socio-sanitarie ed educativo-formative che si svolgono sul territorio della Regione.

Valgono quindi anche per tali enti, le considerazioni sopra svolte in ordine alla figura dell'organismo di diritto pubblico e alla riconducibilità degli stessi in tale categoria, ove sussistenti i

caratteri previsti dall'art. 1, comma 1, lett. e), All. I.1. del d.lgs. 36/2023, trattandosi anche in tal caso di ASP/persone giuridiche di diritto privato operanti nel campo di applicazione della legge quadro n. 328/2000 e del d.lgs. 207/2001.

Gli stessi enti, ove qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici nel senso sopra indicato, sono quindi tenuti al rispetto della disciplina in materia di contratti pubblici per l'acquisizione di beni e servizi strumentali all'esercizio delle attività di competenza (oggi contenuta nel d.lgs. 36/2023).

Nell'istanza di parere, del resto, la richiedente afferma di aver affidato una concessione di servizi a terzi, nel rispetto delle previsioni dell'art. 30 del d.lgs. 163/2006 (*ratione temporis* applicabile alla fattispecie), quindi nel rispetto della disciplina in materia di contratti pubblici.

Sembra utile osservare con riguardo al profilo relativo alle istanze di rinegoziazione delle condizioni di aggiudicazione avanzate dal concessionario e in ottica collaborativa con la stazione appaltante, che detta concessione, secondo l'avviso più volte espresso dall'Autorità, resta disciplinata anche in fase esecutiva dalla fonte normativa in vigore al momento della pubblicazione del relativo bando/avviso (*ex multis* comunicato del Presidente dell'11.5.2016).

Nel sistema delineato dal d.lgs. 163/2006, per l'affidamento delle concessioni di servizi trovava applicazione l'art. 30 del citato Codice, ai sensi del quale «La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi». La norma disponeva l'inapplicabilità delle disposizioni del d.lgs. 163/2006 alle concessioni di servizi, salvo quelle contenute nella Parte IV (sul contenzioso) e l'art. 143, comma 7, in quanto compatibile.

Per quanto di interesse ai fini del parere, occorre sottolineare che i principi comunitari di non discriminazione, parità di trattamento, pubblicità e trasparenza, che impongono alle stazioni appaltanti di svolgere procedure selettive per la scelta dell'affidatario della concessione di servizi (come stabilito dal citato art. 30), allo stesso modo richiedono che non si proceda in corso di esecuzione del contratto, ad uno stravolgimento, mediante rinegoziazione, delle condizioni di aggiudicazione dello stesso. La procedura di evidenza pubblica costituisce infatti un indispensabile presidio a garanzia del corretto dispiegarsi della libertà di concorrenza e della trasparenza dell'operato delle stazioni appaltanti, pertanto elementari e indefettibili canoni di legalità (peraltro positivizzati per le concessioni, successivamente al d.lgs. 163/2006, negli art. 175 del d.lgs. 50/2016 e nell'art. 189 del d.lgs. 36/2023) impongono alle stesse di non apportare alle condizioni di aggiudicazione, modifiche sostanziali volte a stravolgere l'esito del confronto concorrenziale.

E' quanto evidenziato sull'argomento anche dal giudice comunitario, secondo il quale, «Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di concessione di servizi costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto di concessione iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (...). 38 La modifica di un contratto di concessione di servizi 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 13.04.2010- causa C91/08).

Sotto altro e correlato profilo, il legislatore (nella disciplina, anche comunitaria, succeduta al d.lgs. 163/2006, ossia la direttiva 2014/23/CE, il d.lgs. 50/2016 e il d.lgs. 36/2023), ha evidenziato la necessità di mantenere in capo al concessionario il rischio operativo legato alla gestione dei servizi (pertanto, l'assegnazione della gestione del servizio, da sola ovvero unita al pagamento di un prezzo, costituisce l'obbligazione della SA a fronte della obbligazione del privato alla fornitura del servizio), disciplinando i casi e i limiti, in cui è consentito un intervento di modifica delle concessioni, al fine di garantire il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'operazione stessa, vietando in ogni caso modifiche sostanziali al contratto.

In tale ambito, come osservato dal giudice amministrativo (con riguardo ad una concessione di servizi affidata in regime di d.lgs. 163/2006), «- ...non sussiste in capo all'ente concedente alcun obbligo alla riconduzione del contratto di concessione ad una dimensione di remuneratività economica. Laddove infatti si postulasse (...) l'esistenza di un siffatto obbligo in capo all'amministrazione, ne resterebbe minata alla radice la stessa sussistenza del rischio operativo gestionale e, in via diretta, la stessa qualificabilità del contratto come concessione; - che la scelta dell'amministrazione di accordare ex post una rimodulazione degli aspetti economici del contratto in corso di esecuzione si porrebbe in contrasto con i principi libero concorrenziali, determinando una modifica successiva delle condizioni in relazione alle quali si è svolto il confronto competitivo fra più potenziali concessionari. Non a caso l'articolo 106 del nuovo 'Codice dei contratti' [d.lgs. 50/2016], declinando principi immanenti nella materia concessoria (...) stabilisce che la modifica dei contratti in corso di esecuzione è eccezionalmente possibile, ma solo a condizione: i) che la necessità della modifica sia determinata da circostanze imprevedute ed imprevedibili al momento di conclusione della concessione; ii) che la modifica non alteri la natura generale del contratto (ivi compresi gli elementi costitutivi dell'equilibrio economico)» (CGA Reg. Siciliana, sez. giurisd. n. 343/2019).

Principi questi, come sopra evidenziato, positivizzati per le concessioni, successivamente al d.lgs. 163/2006 (che già conteneva all'art. 143, per le concessioni di lavori, specifiche indicazioni al riguardo) negli artt. 165-175 del d.lgs. 50/2016 e artt. 189-192 del d.lgs. 36/2023, i quali dettano i limiti e le condizioni per procedere ad una revisione del PEF e confermano il divieto di modifiche sostanziali al rapporto concessorio nei termini ivi stabiliti.

Per quanto sopra, in ottica collaborativa, si rimette all'attenzione della stazione appaltante l'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, al fine di valutare la fondatezza e l'ammissibilità delle istanze di riequilibrio economico-finanziario dell'operazione formulate dal concessionario (e non indicate nell'istanza di parere), ferma restando l'inammissibilità di modifiche sostanziali al rapporto concessorio, nei termini in precedenza indicati, in ossequio all'indirizzo del giudice comunitario e dei principi in materia sopra richiamati.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette dunque 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 sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente