



## DELIBERA N. 758

30 settembre 2020

### Fascicolo n. 3025/2020

#### Oggetto

Concessione di lavori per la realizzazione del Palasport di Omissis – Richiesta di parere.

#### Riferimenti normativi

Articolo 175 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

#### Parole chiave

Concessione lavori – Varianti – Modifica sostanziale – Natura generale della concessione.

#### Massima

*"Nell'ambito di un rapporto concessorio è prevista la possibilità per la stazione appaltante di procedere ad una modifica della convenzione conclusa con il concessionario originario, senza una nuova procedura di aggiudicazione, per l'affidamento allo stesso dei lavori e dei servizi supplementari, non inclusi nella predetta convenzione. Tale possibilità è subordinata alla sussistenza dei presupposti tassativamente indicati dall'art. 175 del Codice; tra questi il rispetto del comma 7, il quale dispone che la modifica del rapporto concessorio non può alterare considerevolmente gli elementi essenziali del contratto, secondo le indicazioni di cui alle lettere da a) a d) della predetta disposizione. 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".*

Ai sensi dell'art. 175, co. 5, d.lgs. 50/2016, la natura generale di una concessione di lavori avente ad oggetto la realizzazione di una specifica opera (palasport), deve ritenersi mutata ove, durante l'efficacia della concessione, si intendano realizzare opere supplementari di diverso oggetto (come parcheggi e percorsi ciclopeditoni), serventi anche ulteriori impianti rispetto a quelli



originari (una più ampia area sportiva) e funzionali ad una differente esigenza pubblica (il miglioramento della viabilità locale).

### **Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione**

VISTA la legge 6 novembre 2012, n.190, recante *“Disposizioni per la prevenzione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”*;

VISTO il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante *“Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”*;

VISTO il Regolamento ANAC del 7 dicembre 2018 per l’esercizio della funzione consultiva svolta dall’Autorità nazionale anticorruzione ai sensi della Legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al di fuori dei casi di cui all’art. 211 del decreto stesso, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n.295 del 20 dicembre 2018;

VISTA la relazione dell’Ufficio Vigilanza collaborativa e vigilanze speciali;

Considerato in fatto

Con nota assunta al prot. I. ANAC n. 32891 del 6.5.2020 e successiva integrazione prot. I. ANAC n. 54777 del 17.7.2020, il Comune di Omissis ha chiesto un parere in ordine alla modificabilità del contratto di concessione in oggetto, **ai sensi dell’art. 175 d.lgs. 50/2016**.

In particolare, l’ente comunale ha rappresentato di aver stipulato, in data 21.10.2019, all’esito di una procedura ristretta, un contratto di concessione di lavori con la omissis (società di progetto derivante dalla trasformazione della omissis, ex art. 184 d.lgs. 50/2016), avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva, la realizzazione del palasport cittadino, nonché la realizzazione di una serie di opere correlate, connesse e di urbanizzazione.

L’opera, comprensiva di **progettazione**, dovrebbe essere realizzata in tre anni, mentre la gestione è affidata al concessionario per 30 anni (art. 5 del contratto). La progettazione definitiva dell’opera è stata approvata dall’ente comunale nell’aprile 2020.



Il valore complessivo della concessione è di € 38.097.000,00 (come previsto dal par. II.1.5 del bando di gara), di cui € 15.697.60,00, quale costo delle opere (come da offerta migliorativa presentata in sede di gara).

L'opera è finanziata con un contributo comunale di € 3.200.000,00, oltre IVA (art. 11 del contratto) e per il resto è posta a carico del concessionario, il quale costituirà il diritto di superficie e avrà il diritto di sfruttamento delle opere (artt. 4 e 11 co. 6 del contratto).

Inoltre, l'art. 11, co. 9 del contratto riconosce al concessionario *"un diritto di trasformazione onerosa del diritto di superficie in proprietà delle aree, o parte di esse, relativo alle aree dove sono ubicate le Opere Connesse"*, secondo un meccanismo di calcolo del valore economico dell'acquisto particolarmente vantaggioso, descritto dal successivo comma 10.

La modifica della concessione, in ordine alla quale si chiede il parere dell'Autorità, prevede la realizzazione di alcuni sottopassi ciclo-pedonali e di n. 2 parcheggi per un totale di 520 posti auto; dette opere sono contigue e serventi l'area degli impianti sportivi comunali, ove è collocato il costruendo palasport (cfr. documento illustrativo allegato alla nota del 17.7.2020).

Il Comune, a giustificazione della variazione, ha evidenziato che le descritte opere supplementari: **non erano previste nell'appalto iniziale**; non determinano modifiche sostanziali della concessione; sono destinate a semplificare la viabilità locale e l'**accessibilità alle aree sportive**; se assegnate alla omissis si eviterebbero disguidi, ritardi e maggiori costi connessi ad una nuova gara, anche per la vicinanza del cantiere relativo al palasport.

Il costo delle opere supplementari è poco meno di € 2.000.000,00, di cui € 1.165.000,00 per i posti auto e € 800.000,00 per i percorsi ciclo-pedonali (cfr. p. 3 della nota del 17.7.2020), mentre non è fornita alcuna stima in ordine al valore della gestione delle opere supplementari. A tal riguardo, nella nota del 6.5.2020, si afferma che le opere supplementari, una volta collaudate, *"verranno cedute nella proprietà e nella gestione del Concedente, escludendo una qualsiasi rendita a favore del Concessionario"*; invece, nella nota del 17.7.2020, si fa riferimento ad un accordo successivo (al collaudo delle opere) che dovrà stipularsi tra concessionario e concedente volto a disciplinare il diritto di superficie e l'acquisto del concessionario delle opere.

Ritenuta l'ammissibilità della richiesta di parere, ai sensi dell'art. 2 co. 2 e 5 del Regolamento ANAC del 7.12.2018, quanto alla rilevanza economica della concessione e alla significatività della problematica posta,



DELIBERA

Il quesito proposto dal Comune di Omissis afferisce alla **corretta applicazione dell'art. 175 d.lgs. 50/2016**, norma che, in coerenza con l'art. 106 d.lgs. 50/2016 (in materia di contratti di appalto), tipizza le ipotesi in cui è ammessa la modifica dei contratti di concessione durante il loro periodo di efficacia: *"Nell'ambito di un rapporto concessorio è prevista la possibilità per la stazione appaltante di procedere ad una modifica della convenzione conclusa con il concessionario originario, senza una nuova procedura di aggiudicazione, per l'affidamento allo stesso dei lavori e dei servizi supplementari, non inclusi nella predetta convenzione. Tale possibilità è subordinata alla sussistenza dei presupposti tassativamente indicati dall'art. 175 del Codice; tra questi il rispetto del comma 7, il quale dispone che la modifica del rapporto concessorio non può alterare considerevolmente gli elementi essenziali del contratto, secondo le indicazioni di cui alle lettere da a) a d) della predetta disposizione. 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"* (ex plurimis Delibera ANAC 388 del 12.4.2017).

Ciò premesso in via generale, si osserva che le giustificazioni poste a base della modifica prospettata (il miglioramento della viabilità locale e la presunta diseconomicità di un nuovo affidamento) non sembrano integrare nessuna delle ipotesi **tipizzate dall'art. 175 co. 1 d.lgs. 50/2016**; infatti, le lavorazioni supplementari:

- non erano previste nei documenti di gara iniziali, come correttamente riportato dal Comune nella nota del 6.5.2020 (lett. a);
- non sono necessarie, ma sono volte solo a migliorare la viabilità locale (lett. b) e, proprio per tale motivo, erano anche valutabili **secondo un'ordinaria diligenza** in sede di studio di fattibilità, posto a base di gara svolta appena nel 2017 (lett. c);
- non implicano una modifica soggettiva del concessionario (lett. d).

La modifica proposta pare, inoltre, assumere un rilievo sostanziale, ai sensi dell'art. 175, co. 7, d.lgs. 50/2016, ricadendo nel divieto di cui al co. 1, lett. e), dell'art. 175 stesso.

L'art. 175 co. 1 lett. e) dispone: *"Le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione nei seguenti casi: (...) e) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ai sensi del comma 7"*.



L'art. 175 co. 7 dispone: "*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 (...)"*.

Infatti, mediante la modifica prospettata si consente la costruzione di n. 520 posti auto (quale opera non originariamente prevista), la cui gestione e i consequenziali ricavi sono contrattualmente assegnati al concessionario (ai sensi dell'art. 4 del contratto stesso), il quale ha anche la facoltà di acquisirne la proprietà, secondo un vantaggioso meccanismo di abbattimento dei prezzi di mercato, previsto dall'art. 11 co. 10 del contratto. **Quest'ultima** clausola, legittima se posta a base del confronto competitivo, assume invece diverso rilievo ove applicata ad opere inserite *ex post* nella concessione (quali appunto n. 520 posti auto).

Infatti, se fosse stato noto *ab origine* (al mercato rilevante) il diverso e più esteso oggetto della concessione ci sarebbe potuto essere un maggiore numero di concorrenti o la formulazione di una diversa o migliore offerta da parte degli altri operatori economici interessati: **l'oggetto della** concessione, come risultante dalla variante proposta, comprende la *realizzazione e gestione* di un *palasport* e, in aggiunta, di un elevato numero di *posti auto*, discretamente remunerativi (in quanto collocati all'interno della zona sportiva della città e non distanti dal cimitero comunale), il tutto potenzialmente *acquistabile* dal concorrente/concessionario. Tali circostanze rendono, pertanto, la variazione sostanziale, ai sensi dell'art. 175, co. 7, lett. a), d.lgs. 50/2016.

Inoltre, anche dal punto di vista gestorio, la concessione è notevolmente ampliata, interessando altre opere economicamente significative, quali 520 posti auto (in tal senso valga osservare che le tariffe di sosta a pagamento nella città di Omissis sono remunerative, in quanto pari a € 1,20 l'ora - fonte: sito del locale gestore). Con ciò appare integrata una delle ipotesi previste dal comma 7 dell'art. 175 del d.lgs. 50/2016 in presenza delle quali la modifica alla concessione deve essere qualificata come sostanziale, ovvero quella di cui alla lettera c) a mente della quale



viene integrata una variazione sostanziale quando *“la modifica estende notevolmente l’ambito di applicazione della concessione”*

Risulta quindi evidente che le opere supplementari descritte alterino gli elementi essenziali della concessione, *ex post* ed in modo significativo, giustificando la loro realizzazione mediante l’assegnazione all’esito di una nuova procedura di gara (ex art. 175, co. 8 d.lgs. 50/2016).

Resta inoltre esclusa l’applicabilità dell’art. 175 co. 4-5 d.lgs. 50/2016, che consente variazioni contrattuali alla triplice condizione che le stesse:

- si pongano al di sotto della soglia comunitaria (€ 5.350.000,00 per le concessioni di lavori);
- si pongano al di sotto del 10% del valore iniziale della concessione (pari ad € 3.809.700,00 – cfr. par. II.1.5 del bando di gara);
- in ogni caso non alterino la natura generale della concessione.

A tal ultimo riguardo, si osserva che la concessione in oggetto è destinata alla realizzazione di un palasport, mentre le opere supplementari prevedono la realizzazione di sottopassi ciclo-pedonali e di un’area di parcheggio, a servizio di una più ampia area sportiva, per il miglioramento della viabilità locale. Con ciò pare che la concessione, mediante la modifica, sia rivolta a realizzare una destinazione pubblica ulteriore e diversa rispetto a quella originaria (avente ad oggetto il solo palasport).

Ai sensi dell’art. 175, co. 5, d.lgs. 50/2016, la natura generale di una concessione di lavori avente ad oggetto la realizzazione di una specifica opera (palasport), deve ritenersi mutata ove, durante l’efficacia della concessione, si intendano realizzare opere supplementari di diverso oggetto (come parcheggi e percorsi ciclopedonali), serventi anche ulteriori impianti rispetto a quelli originari (una più ampia area sportiva) e funzionali ad una differente esigenza pubblica (il miglioramento della viabilità locale).

Peraltro, quanto al rispetto delle soglie, vale la pena rilevare che il valore delle opere in costruzione è pari a poco meno di € 2.000.000,00, cui va aggiunto il valore della gestione e del potenziale acquisto delle aree di parcheggio, ad oggi non calcolato dal concedente, ma sul quale certamente incidono, in modo significativo, i correnti valori delle tariffe della sosta a pagamento e di acquisto delle aree.

Ulteriore elemento di incertezza, non solo economico, è infine costituito dalla futura stipulazione di un ulteriore accordo tra il concessionario e il concedente avente ad oggetto la rimodulazione



dell'esercizio del diritto di superficie e di acquisto delle opere da parte del concessionario (cfr. nota del 17.7.2020).

È dirimente osservare che tale futuro accordo, proprio in quanto successivo **all'affidamento** ed incerto nel suo contenuto, incide comunque **sull'equilibrio economico finanziario** del PEF e altera un elemento essenziale della concessione (quali appunto le condizioni di gestione e acquisto **dell'opera**), determinando **un'ulteriore modifica sostanziale** della concessione, vietata dal **combinato disposto dell'art. 175, co. 1, lett. e), e co. 7, d.lgs. 50/2016.**

Pertanto, fermo restando il carattere non vincolante del presente parere e ogni più opportuna e specifica valutazione di competenza del RUP, **l'Autorità ritiene la proposta variazione non compatibile con l'art. 175 d.lgs. 50/2016.**

*Il Presidente*

*Avv. Giuseppe Busia*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 8 ottobre 2020

*il Segretario*

*Maria Esposito*