

Sulla possibilità, per il concessionario che non sia un'amministrazione pubblica (anche o soprattutto se non qualificato per l'esecuzione dei lavori) di appaltare a terzi i lavori previsti in concessione in luogo del loro affidamento in subappalto. A fronte della risposta negativa di ANAC e dei dubbi del Consiglio di Stato in sede consultiva, sopravviene la risposta favorevole di T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 28 ottobre 2020, n. 10997 (annullata da C.d.S. sez. V, 08 novembre 2021, n. 7417, vedasi oltre).

È necessario fare alcune premesse per non ingenerare ulteriore confusione:

- a) si tratta di una pronuncia in primo grado, ma poi scrutinata negativamente dal giudice d'appello;
- b) riguarda una concessione mista di servizi con lavori strumentali, anche se non pare vi sia ragione per non estenderne le conclusioni alle concessioni di lavori, sia per l'unitarietà dei due ambiti operata dalla direttiva 2014/23/UE (Tanto che T.A.R. Lazio sembra darla per scontata), sia per ragioni logico-sistematiche
- c) il Consiglio di Stato, sezione I, in sede consultiva (adunanza del 22 aprile 2020), nel parere n. 823 - Affare 00196/2020, in occasione dell'esame del «contratto- tipo» per i PPP, proposto dal MEF, pur avendo espresso notevoli dubbi, generati dalle disposizioni contraddittorie presenti nel Codice dei contratti del 2016, non ha offerto una soluzione certa.

La questione posta a suo tempo dal Consiglio di Stato e oggi giunta al TAR Lazio, per quanto non ancora consolidata, si può riassumere come segue:

Nelle Concessioni (di lavori o miste, ovvero di servizi con lavori strumentali) l'esecuzione dei lavori, fermo restando che deve essere affidata ad operatori qualificati a tale scopo (in Italia mediante adeguate attestazioni SOA), può essere assunta:

- a) solo dal Concessionario, qualificato esso stesso nei lavori, il quale **può ricorrere** a subappaltatori qualificati (cosiddetto subappalto facoltativo);
- b) solo dal Concessionario, anche **non** qualificato nei lavori, il quale **deve ricorrere** a subappaltatori qualificati (cosiddetto subappalto qualificante o subappalto necessario) [1];
- c) dagli operatori economici cosiddetti «**non terzi**», cioè:
 - i) soci del Concessionario, (o meglio, soci della Società di progetto concessionaria) o facenti parte del raggruppamento temporaneo concessionario, in ogni caso ovviamente qualificati;
 - ii) collegati al Concessionario [2], anche in questo caso qualificati nell'esecuzione dei lavori;
- d) selezionati dal Concessionario, mediante procedura pubblica [3], adeguatamente qualificati per

¹ Anche se tale fattispecie di subappalto è stata ricostruita dalla giurisprudenza in materia di appalti (e in particolare di appalti di lavori) e soffre di notevoli differenze se applicata alle concessioni.

² Per imprese «collegate» ai sensi dell'art. 149 del Codice del 2006 si intendono anche le imprese controllate o controllanti; oggi ex art. 174, comma 1, del Codice del 2016 e senza alcun nesso con la definizione di cui all'art. 3, comma 1, lettera z).

³ In realtà con una delle procedure di affidamento previste per le pubbliche amministrazioni, dal momento che in tale ipotesi, il Concessionario diventava Stazione appaltante dei (soli) lavori avuti in Concessione.

l'esecuzione dei lavori.

Quanto alle fattispecie a) e b), i subappaltatori potevano e possono essere senz'altro scelti dal Concessionario senza vincoli, ovvero senza ricorrere a procedure selettive [4].

Quanto alla fattispecie di cui alla lettera c), sub. i), sul punto non vi sono dubbi, trattandosi di casi previsti (quasi) negli stessi termini dal Codice abrogato del 2006 e dal nuovo Codice del 2016, seppure non senza qualche lacuna o imprecisione.

Quanto alla fattispecie di cui alla lettera c), sub. ii), non è affrontata né dal citato parere del Consiglio di Stato né dal T.A.R. ma qui si riporta per ragioni di completezza e attualità. Ebbene, mentre nel Codice del 2006, con l'articolo 149, comma 6, tali imprese collegate dovevano essere dichiarate in fase di gara da parte dell'Offerente, in un elenco «completo» [5] da aggiornare in relazione alle modifiche intervenute nelle relazioni tra le imprese, nel nuovo Codice del 2016 ci si limita a dire che tali imprese non si considerano «terzi». Ne discende, seppure nel silenzio della nuova norma, che anche dopo l'abrogazione del Codice del 2006, l'Offerente debba indicare la presenza, con i relativi requisiti (e l'assenza dei motivi di esclusione ex articolo 80) almeno di quelle imprese collegate che intende utilizzare (o che deve necessariamente utilizzare) in tutto o in parte nell'esecuzione dei lavori in Concessione, sia per ragioni immediatamente comprensibili che per una sorta di avvalimento atipico [6].

Nei casi di cui alle lettere a) e b), tra il Concessionario e i subappaltatori sarà rilevante un contratto di subappalto e l'applicazione di tutta la relativa disciplina (per la parte sopravvissuta alle demolizioni operate dalla Corte di Giustizia della U.E.), contratto noto alla Concedente in quanto depositato presso la stessa, che ha autorizzato il subappalto previa verifica della qualificazione in capo ai subappaltatori.

Anche nei casi di cui alla lettera c), tra il Concessionario e le imprese socie o raggruppate, oppure collegate, intercorrerà un contratto d'appalto, sottratto alle clausole tipiche dei contratti pubblici (a meno che questa siano inserite per volontà delle parti). Ma si tratta di contratti diversi dai contratti di subappalto, non ne soffrono le condizioni e i limiti, né la necessità di autorizzazione preventiva. Ora la norma non dispone alcunché sul punto, per cui è più che raccomandabile che il Concedente, nella sua autonomia, imponga sin dall'origine al Concessionario di individuare tali imprese «non terze» (quelle socie della società o raggruppate, sono già note e, ragionevolmente, già qualificate, quelle collegate note se la loro presenza è dichiarata preventivamente), per evitare l'intervento di imprese sconosciute allo stesso Concedente, ma soprattutto imponga il deposito presso di sé di copia dei contratti tra il Concessionario e tali imprese considerate «non terze». Il Concedente non avrà il potere di sindacare l'autonomia contrattuale degli operatori, ma dovendo esercitare un effettivo potere di vigilanza sull'andamento della Concessione, non potrà omettere la conoscenza di tali contratti.

La fattispecie di cui alla lettera d) è il vero «nucleo duro» della vicenda, che comporta il reale quesito sottostante a tutte le argomentazioni: un Offerente può concorrere all'affidamento di una

⁴ *In disparte l'idiozia dell'obbligo di indicare preventivamente in gara i nominativi di una terna di subappaltatori (obbligo attualmente sospeso fino al 1° gennaio 2021), come se fosse possibile prevedere e congelare i subappaltatori in una Concessione che dura venti o trent'anni.*

⁵ *In realtà nella prassi era tollerato che l'elenco riguardasse solo le imprese collegate coinvolte nel procedimento, ovvero destinatarie dell'affidamento dei lavori nell'ambito della Concessione.*

⁶ *Non essendo ammissibile che i lavori possano essere affidati direttamente (e questo sarebbe pienamente legittimo) ad imprese che, per quanto siano collegate al Concessionario, sono sconosciute al Concedente.*

Concessione e, se aggiudicatario, può assumere la figura di Concessionario senza avere alcuna qualifica per l'esecuzione dei lavori?

A questa domanda, ben articolata ma rimasta insoluta nel parere di Palazzo Spada, T.A.R. Roma sembra dare una risposta positiva (con tutte le riserve del caso). Ne discende il seguente corollario: in tal caso, considerato che è indubbio che l'esecuzione dei lavori possa essere fatta solo da operatori qualificati, il Concessionario sprovvisto di adeguata qualifica in tale senso e che non dispone di imprese qualificate socie o collegate può (ma sarebbe il caso di dire «deve») appaltare a terzi tali lavori oppure può (ma anche qui si deve dire «deve») solo subappaltare detti lavori?

Il legislatore, sia nel 2006 che nel 2016, ha glissato sulla possibile presenza di più livelli di figure coinvolte nelle Concessioni (come in tutti i contratti di PPP):

1° livello (scontato e ineludibile): l'amministrazione concedente;

2° livello: l'aggiudicatario della Concessione, ovvero il Concessionario, il qualunque forma organizzato (di norma un raggruppamento «eterogeneo» che poi sfocia in una Società di progetto);

3° livello: l'esecutore dei lavori, che a sua volta può essere:

sub. a): il Concessionario, qualificato per l'esecuzione dei lavori (e in tal caso si risale al 2° livello);

sub. b): il subappaltatore, qualificato per l'esecuzione dei lavori, liberamente contrattualizzato dal Concessionario, nei limiti e alle condizioni in materia di subappalto nelle Concessioni (articolo 174 del Codice, e articolo 105 solo per quanto applicabile e richiamato);

sub. c): l'impresa «non terza» (socia, raggruppata o collegata), qualificata per l'esecuzione dei lavori, liberamente contrattualizzata dal Concessionario;

sub. d): l'impresa appaltatrice (impresa «terza»), che si è aggiudicata i lavori in Concessione nella gara indetta dal Concessionario di 2° livello (e questo è il punto focale);

4° livello: il subappaltatore, qualificato per l'esecuzione dei lavori, liberamente contrattualizzato non più dal Concessionario di 2° livello (o di cui al 3° livello, sub. a) che equivale in tutto e per tutto al 2° livello) bensì:

sub. a): dall'impresa «non terza» di cui al 3° livello, sub. c), nei limiti e alle condizioni in materia di subappalto applicabili (quali? Si rinvia al seguito);

sub. b): dall'impresa «terza» di cui al 3° livello, sub. d), nei limiti e alle condizioni in materia di subappalto di cui all'articolo 105; in questo caso si tratta di subappalto classico, non tra Concessionario e subappaltatore con un solo «salto» di livello, ma tra appaltatore del 3° livello sub. d) e subappaltatore del 4° livello, con un salto di due livelli e una soluzione di continuità nella catena dei rapporti giuridici rispetto al Concessionario.

Questo complesso schema, che non trova esplicito supporto nella normativa vigente, ma non trova nemmeno un preciso ostacolo insormontabile nella stessa normativa, deve trovare una soluzione, almeno con un coinvolgimento dell'Adunanza Plenaria (campa cavallo) o,

preferibilmente con una modifica legislativa (campa ... asino).

La conclusione radicale di ANAC [7] è drastica, non sussiste la fattispecie di cui al 3° livello, sub. d) [8]; in altre parole, il Concessionario, oltre a poter eseguire i lavori in proprio o tramite imprese «non terze» potrebbe solo subappaltare gli stessi lavori ai sensi dell'art. 174 del Codice.

La conclusione di T.A.R. Lazio è esattamente opposta (o almeno pare tale, adattandola e estendendone l'applicazione alle concessioni e ai PPP diversi dal caso scrutinato). Nulla vieta al Concessionario, oltre a poter subappaltare direttamente ai subappaltatori qualificati in tutto o in parte i lavori, di poter appaltare a «terzi» i lavori concessi (con le opportune procedure), assumendo la veste di Stazione appaltante (quasi) tipica. E l'impresa «terza» potrà a sua volta subappaltare parte dei lavori ai sensi dell'articolo 105 del Codice, visto che siamo scesi al livello dell'appalto di lavori, un piano più in basso rispetto al contratto di Concessione e tale subappalto non si configura come un cosiddetto subappalto «a cascata» [9], ma è il primo della serie, in quanto a valle del contratto d'appalto tra Concessionario e impresa «terza» e non a valle di un primo subappalto.

La (non) conclusione del Consiglio di Stato, in sede consultiva, lascia aperte ambedue le strade e, giustamente, non offre un'indicazione precisa [10].

Per evitare una noia mortale, prima di proseguire si invita a leggere gli estratti della pronuncia di T.A.R. Roma e del parere del Consiglio di Stato, riportati alla fine delle presenti note, che «chiariscono» (sic!) quantomeno il rinvio al coacervo normativo coinvolto.

Incidentalmente nel caso di specie, come sottolineato dal T.A.R., la stessa sorte era riservata alle prestazioni di progettazione e direzione dei lavori [11], ma parrebbe che queste prestazioni (come anche i servizi in gestione) siano sottratte alla specifica disciplina del Codice, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettere c) e d), dove sono elencati solo i lavori oggetto di concessione. Per cui il Concessionario, potrebbe appaltare o subappaltare liberamente i servizi che non esegue direttamente (sempre sotto la vigilanza e l'autorizzazione del Concedente).

ANAC inoltre ha trascurato il seguente problema: o il Concessionario deve essere qualificato necessariamente per l'esecuzione dei lavori, e allora nulla osta al subappalto ex articolo 174, o può anche non essere qualificato per l'esecuzione, ma allora (visto che secondo ANAC non può ricorrere a «terzi») ove non abbia disponibili imprese qualificate «non terze», non «può» ma «deve» ricorrere al subappalto innescando un'altra contraddizione: è noto che per ricorrere al subappalto il contraente deve essere comunque in qualche modo qualificato [12]. Senza contare l'eventuale presenza di categorie cosiddette «superspecializzate» che, sottratte all'avvalimento,

⁷ Nel parere vincolate ex art. 211 del Codice, censurato (il parere, non l'articolo) da T.A.R. Roma citato.

⁸ Di conseguenza non possono esistere il subappalto e il subappaltatore di 4° livello, ma solo il subappalto e il subappaltatore di 3° livello, sub. b), individuato e contrattualizzato direttamente dal Concessionario o da una impresa «non terza»; si noti che le imprese «non terze», salvo alcuni distinguo e problemi procedurali di individuazione, sono trattate come il Concessionario.

⁹ Oggi vietato dall'art. 105, comma 19 del Codice del 2016 anche se tale divieto pare soffrire di contrasto con la disciplina comunitaria.

¹⁰ Non era la sede idonea per trarre delle conclusioni inoppugnabili; anche perché il parere affrontava anche altri non meno rilevanti argomenti in materia di contratti di concessione.

¹¹ Oggi la Direzione dei lavori assumerebbe una sua autonomia e non potrebbe essere coinvolta dal momento che ai sensi dell'art. 31, comma 13, del Codice del 2016, non può essere affidata al Concessionario ma deve essere tenuta in capo al Concedente che affiderà autonomamente tale prestazione.

¹² O nella categoria che intende subappaltare (subappalto facoltativo) o nella categoria prevalente anche per l'importo della categoria a qualificazione obbligatoria che è costretto a subappaltare (subappalto necessario).

resterebbero subappaltabili per intero. [13]

Estranea alla vicenda ma, visto che è stato evocato il subappalto, sorge un'altra domanda che esigerebbe una risposta: nelle Concessioni, «chi» deve chiedere l'autorizzazione al subappalto e «a chi» deve essere chiesta ovvero «chi» la deve autorizzare? Potrebbe sembrare una domanda retorica ma non lo è, anche alla luce delle gravissime sanzioni che accompagnano il subappalto non autorizzato. Dal parere del Consiglio di Stato citato, seppure con contorsioni non irrilevanti, e da una logica che deve trovare conferme, sembrerebbe che la soluzione possa essere la seguente.

Se l'esecutore dei lavori è direttamente il Concessionario o un'impresa «non terza» (socia, raggruppata o collegata) sarà il Concessionario o, tramite esso, l'impresa esecutrice «non terza» a chiedere l'autorizzazione al subappalto, richiesta rivolta al Concedente che sarà il soggetto titolare al rilascio dell'autorizzazione, in quanto committente di prima e ultima istanza (soggetto di 1° livello per richiamare le argomentazioni precedenti). Questo perché non c'è un soggetto giuridico autonomo intermedio tra il Concessionario esecutore e il Concedente e quand'anche i soggetti «non terzi» abbiano una loro autonomia giuridica e negoziale, sono pur sempre una sorta di *interna corporis* (si perdoni la definizione) del Concessionario stante il legame organico con questi e trattati, sotto il profilo degli obblighi di natura pubblica, come fossero il Concessionario.

Se l'esecutore dei lavori è un'impresa «terza» (scelta dal Concessionario con procedura pubblica e sempre che l'orientamento di ANAC sia superato) sarà ancora questa a chiedere l'autorizzazione al subappalto, ma diversamente dalla prima ipotesi, la richiesta sarà rivolta al Concessionario che sarà il soggetto titolare al suo rilascio, in quanto committente di prima istanza, essendosi configurato come Stazione appaltante, al 2° livello per richiamare le argomentazioni precedenti. Resta sempre ferma la vigilanza (che è altra cosa dall'autorizzazione) da parte del Concedente [14].

In tal modo sarebbe superato anche l'ostacolo del Concessionario che autorizza direttamente sé stesso (o autorizza un'impresa organica ad esso), circostanza che apparirebbe quantomeno stravagante.

Depone (anche se debolmente) per questa soluzione l'articolo 74, comma 3, del decreto legislativo n. 159 del 2011 (cosiddetto «Codice antimafia») il quale, riproducendo esattamente l'articolo 10-quinquies dell'abrogata legge n. 575 del 1962, recita «*Il pubblico amministratore, il funzionario o il dipendente dello Stato o di altro ente pubblico **ovvero il concessionario di opere e di servizi pubblici ... che consente alla conclusione di contratti o subcontratti in violazione dei divieti ... è punito con la reclusione da due a quattro anni***». Ora pare assiomatico che se il Concessionario è destinatario delle sanzioni penali quando consente alla conclusione di subcontratti in violazione, è perché è il titolare dell'autorizzazione al subappalto, essendo considerato a tal fine una Stazione appaltante, equiparata all'ente pubblico, quindi investito del potere di autorizzare il subappalto, collocandosi ad un livello superiore a quello dell'appaltatore che richiede la predetta autorizzazione. Se è titolare e responsabile della condotta anti-giuridica, dovrebbe essere anche titolare e responsabile della connessa condotta conforme alla norma.

¹³ L'art. 174, nel richiamare i commi 10, 11 e 17 dell'art. 105, omette il richiamo al regime speciale delle categorie superspecializzate di cui al comma 6 dello stesso articolo.

¹⁴ Art. 31, comma 4, lettera i), del Codice del 2016, che ha riprodotto l'art. 131, comma 8, del Codice del 2006.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(omissis)

FATTO

Il Comune di Grosseto pubblicava un bando di gara con il quale era indetta una procedura per l'affidamento in concessione di lavori di riqualificazione energetica, con relativa progettazione definitiva ed esecutiva, e del servizio di gestione della piscina comunale di via Lago di Varano.

La gara – a cui partecipavano diverse concorrenti - era aggiudicata alla società Olympic, con la Virtus, in ATI con due mandanti, collocata al secondo posto.

In merito all'aggiudicazione, Virtus presentava all'Autorità Nazionale Anticorruzione ("Anac" o "Autorità") un'istanza per l'emissione di un parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 ("Codice"), contestando la legittimità dell'aggiudicazione per violazione dei limiti quantitativi consentiti dalla disciplina del subappalto (in particolare, veniva contestato che l'operatore economico aveva dichiarato di appaltare interamente a terzi le attività di progettazione, direzione lavori, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, nonché tutte le lavorazioni da eseguire, in ritenuta palese violazione e contrasto con quanto previsto dagli artt. 31, comma 8, e 105 del d.lgs. cit.).

Successivamente, dato che dalla lettura dell'offerta di Olympic non emergeva la volontà di subappaltare l'attività di progettazione e di lavori, bensì di voler appaltare a terzi tali attività mediante procedure ad evidenza pubblica, Virtus sosteneva comunque l'illegittimità dell'impiego dell'istituto dell' "appalto a terzi", sul presupposto che le prestazioni che Olympic intendeva affidare a terzi costituivano comunque oggetto della concessione e non potevano essere esternalizzate con tale modalità.

Sull'adesione delle parti, l'Anac emetteva il parere vincolante richiesto e sosteneva l'illegittimità dell'aggiudicazione, ritenendo non conforme alla normativa di settore la clausola del bando di gara che riconosce al concessionario, in possesso dei requisiti di qualificazione necessari allo svolgimento del servizio, la possibilità di appaltare interamente a terzi i servizi tecnici e le lavorazioni previste negli atti di gara.

Avverso tale parere insorgeva lo stesso Comune di Grosseto con rituale ricorso a questo Tribunale, ove lamentava, in sintesi, quanto segue.

"l. violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 28 e 83 del codice, nonché dell'art. 95 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. violazione dell'art. 3 della l. 241/1990. eccesso di potere per irragionevolezza, carenza di istruttoria, errata valutazione dei presupposti, illogicità e irragionevolezza della motivazione, nonché contraddizione tra motivi e dispositivo. violazione dei principi di proporzionalità e favor participationis."

Nel caso in esame si era in presenza di una concessione “mista”, di servizi e lavori. Di conseguenza, il Comune ricorrente non comprendeva la ragione per la quale l’art. 95, comma 3, d.P.R. cit. (che consente all’aspirante concessionario, che non è in possesso dei requisiti richiesti per l’esecuzione di lavori, di farli eseguire da altri soggetti qualificati) non poteva trovare applicazione, per quanto compatibile, nel caso in esame.

Ritenendo legittimo il parere dell’Anac si arriverebbe, a detta del ricorrente, ad ammettere una disparità di trattamento tra i concessionari di lavori e i concessionari di servizi.

Il Comune di Grosseto, sul punto, non condivideva la conclusione per la quale il mancato richiamo all’art. 95, comma 3, cit. nel bando di gara poteva essere sufficiente a escludere l’applicazione dell’affidamento mediante “appalto a terzi” di lavori strumentali all’esecuzione del servizio.

Il parere impugnato, per il ricorrente, era errato anche nella parte in cui sembrava alludere ad una violazione dell’art. 28 del Codice. Nel caso di specie Olympic, infatti, era in possesso di tutti i requisiti di qualificazione e capacità richiesti per l’esecuzione delle attività individuate dal bando di gara e i requisiti per l’esecuzione dei lavori di riqualificazione energetica, pur non essendo posseduti direttamente da Olympic, erano garantiti dal soggetto che sarebbe stato selezionato da tale aggiudicataria.

“II. violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 164 e 177 del codice. violazione dell’art. 3 della l. 241/1990. eccesso di potere per irragionevolezza, carenza di istruttoria, errata valutazione dei presupposti. eccesso di potere per carenza di motivazione o, in ogni caso, per illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà della motivazione. violazione dei principi di proporzionalità e favor participationis”.

Il Comune ricorrente si doleva del fatto che l’Autorità aveva irragionevolmente escluso l’applicabilità dell’art. 1, comma 2, lett. d), cit. del Codice, dato che tale disposizione ben poteva, infatti, trovare applicazione nel caso di specie perché:

- i lavori affidati a terzi erano strettamente strumentali alla gestione del servizio;
- tali lavori avevano ad oggetto opere pubbliche che sarebbero diventate di proprietà dell’amministrazione aggiudicatrice.

L’Anac, inoltre, non poteva restringere l’utilizzo dell’istituto dell’“appalto a terzi” alle sole ipotesi previste dall’art. 177 del Codice, come illustrato nell’impugnato parere, in quanto, così facendo, avrebbe disatteso le previsioni del Codice stesso che individuano l’utilizzo di tale istituto come strumento di carattere generale a disposizione dei concessionari.

Si costituivano in giudizio l’Anac, Virtus e Olympic, rispettivamente per confutare o sostenere, nei limiti dei rispettivi interessi, le posizioni del Comune di Grosseto.

L’Autorità, in sintesi, nella sua posizione difensiva sosteneva che:

- Olympic, già in fase di gara, avrebbe dovuto dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione per l’esecuzione dei lavori. Alle concessioni di servizi (o mista, come quella in esame), infatti, non si applica l’art. 95, comma 3, d.P.R. n. 207/2010, in base al quale, quando i concessionari non eseguono direttamente i lavori oggetto della concessione, gli stessi non devono essere in possesso dei requisiti di qualificazione prescritti per eseguire i lavori pubblici ma è sufficiente che, in fase di gara, dimostrino solo il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi;

- Olympic non poteva appaltare a terzi, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. d) del Codice, in quanto tale disposizione consentirebbe di appaltare solo i lavori necessari per l'esecuzione della concessione, ma che non sono direttamente oggetto della concessione stessa come invece nel caso di specie.

In più, era specificato che:

- a) l'art. 95 del d.P.R. n. 207/10 era dettato esclusivamente per le concessioni di lavori;
- b) per l'art. 28 del Codice, l'operatore economico deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità per ciascuna prestazione di lavori, servizi e forniture;
- c) l'"appalto a terzi" non trova riferimenti normativi nel Codice, ad eccezione dell'art. 177 (che riguarda però solo le concessioni di lavori, servizi e forniture già in essere alla data di sua entrata in vigore, non affidate mediante la finanza di progetto ovvero con procedure ad evidenza pubblica);
- d) la "ratio" dell'istituto dell'abrogato - eccezion fatta per il suddetto art. 177 - "appalto a terzi" non risiede nel favore alla partecipazione alla gara di soggetti non qualificati, ma, quale strumento di garanzia della concorrenza, nell'esigenza di evitare che nel settore delle concessioni di lavori si crei un regime di monopolio a favore di medesimi e ripetuti affidatari.

La domanda cautelare era rinviata alla fase di merito su concorde istanza delle parti alla relativa camera di consiglio.

In prossimità della pubblica udienza, il ricorrente, l'Anac e Virtus depositavano memorie illustrative e, alla data del 7 ottobre 2020, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio (*omissis*)

Il bando di gara è esplicito nel riferire: *"Oggetto della presente concessione sono i lavori di riqualificazione energetica con relativa progettazione definitiva ed esecutiva e il servizio di gestione della piscina comunale coperta ubicata in Grosseto Via Lago di Varano. Interesse e obiettivo principale del Comune di Grosseto è quello di favorire la pratica sportiva e l'accesso agli impianti sportivi di proprietà comunale riconoscendo la finalità educativa, ricreativa e sociale dello sport."*

La durata dell'affidamento in gestione dei suddetti impianti è stabilita in venti anni e il valore totale della concessione è stimato, ai sensi dell'art. 167 del Codice, in € 8.961.734,63 al netto di IVA nei termini di legge come da piano economico finanziario predisposto dall'Amministrazione, mentre l'importo totale dei lavori oggetto della concessione è stimato in €. 246.568.31 oltre IVA nei termini di legge, di cui €. 244.153,31 oltre IVA nei termini di legge, per lavori ed €. 2.415,00, oltre IVA nei termini di legge, per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso; le lavorazioni previste richiedono le Categorie OS28-I, OS30-I e OS22-I (art. 1 del Disciplinare).

L'art. 3 del Disciplinare precisa che per "la presente concessione" era ammesso il subappalto ai sensi degli artt. 105 e 174 del Codice e che *"...Nel caso in cui il concorrente intenda affidare a terzi lavori e/o attività tecniche di progettazione - sicurezza - direzione lavori oggetto della presente concessione dovrà indicare la relativa percentuale sul valore complessivo della concessione all'interno del Modello 3 di cui all'art. 13 del presente Disciplinare. Il suddetto affidamento dovrà avvenire nel rispetto di quanto previsto dal Codice."*

L'art. 8 del Disciplinare prevede che *“Il requisito di cui al punto 8.2.4 dovrà essere posseduto esclusivamente dal membro del raggruppamento che svolgerà le attività di progettazione e direzione lavori se queste non sono appaltate a terzi”*.

Ne consegue, come d'altronde rilevato dalla stessa Anac nel parere contestato, che si è in presenza di una concessione “mista” di servizi e di lavori, ove prevalente è la gestione del primo, vista l'esiguità dell'importo dei lavori collegati e il dichiarato scopo, di cui al Disciplinare, *“...di favorire la pratica sportiva e l'accesso agli impianti sportivi di proprietà comunale riconoscendo la finalità educativa, ricreativa e sociale dello sport”*.

Ne consegue che fulcro della fattispecie è quello legato alla normativa applicabile e alla conseguente possibilità di dare luogo ad “appalto a terzi” anche nel caso di concessione “mista”, a prevalenza di servizi.

Ebbene, le tesi delle parti, in assenza di disposizioni normative specifiche e circostanziate sul punto, si soffermano sui rapporti tra d.P.R. n. 207/2020, come adottato nella vigenza del d.lgs. n. 163/06, e “nuovo codice dei contratti pubblici”, di cui al d.lgs. n. 50/2016.

Nel primo motivo, parte ricorrente ritiene che alla fattispecie sia (ancora) applicabile l'art. 95, comma 3, d.P.R. cit., secondo il quale *“Se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione, deve essere in possesso esclusivamente degli ulteriori requisiti di cui al comma 1, lettere a), b), c) e d)”*.

Il mancato richiamo all'art. 95, comma 3, cit. nel bando di gara – sostiene il ricorrente - non può essere sufficiente a escludere l'applicazione dell'art. 1, comma 2, lett. d) del Codice che, nel caso della concessione di servizi, consente l'affidamento mediante “appalto a terzi” di lavori strumentali all'esecuzione del servizio. E ciò proprio perché il bando di gara – e in genere gli atti amministrativi – non possono in alcun modo escludere l'applicazione di norme di rango primario e secondario, quale è, nel caso di specie, l'art. 1, co. 2, lett. d), cit., secondo cui: *“Le disposizioni del presente codice si applicano, altresì, all'aggiudicazione dei seguenti contratti:... 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 parere impugnato, per il Comune ricorrente, è errato anche nella parte in cui allude ad una violazione dell'art. 28 del Codice. Nel caso di specie Olympic, infatti, è in possesso di tutti i requisiti di qualificazione e capacità richiesti per l'esecuzione delle attività individuate dal bando di gara e i requisiti per l'esecuzione dei lavori di riqualificazione energetica, pur non essendo posseduti direttamente da Olympic, sarebbero garantiti da soggetto successivamente selezionato dall'aggiudicataria con le caratteristiche della procedura a evidenza pubblica, a garanzia della stessa Amministrazione che avrebbe comunque riacquistato il possesso del bene.

Olympic, nella sostanza, concorda con le tesi del Comune, osservando anche che il testo dell'art. 95, comma 3, cit. comprensibilmente all'epoca non poteva rivolgersi in maniera esplicita alle concessioni di servizi, non previste dal d.lgs. n. 163/06 se non nella limitata previsione del suo art. 30. Inoltre, anche alla luce della direttiva 2014/23/UE, le norme del Regolamento di cui al d.P.R. n. 207/10 devono essere interpretate alla luce della nuova sistematica europea e non possono non intendersi riferite, e applicate, direttamente, per quanto compatibili, anche alle concessioni di servizi e a quelle “miste”, ormai parte integrante del novero dei contratti a evidenza pubblica, fermo restando che, nella specie, la componente dei lavori è del tutto secondaria e irrisoria rispetto al valore del servizio e alla natura stessa della concessione e che Olympic

possiede tutti i requisiti richiesti dal bando per ciascuna tipologia di gestione in tal senso.

L'art. 1 del vigente Codice non può che sottintendere l'"appalto a terzi", altrimenti non si spiegherebbero quali lavori un concessionario potrebbe fare eseguire a terzi, se non proprio quelli rientranti nella concessione di servizi o "mista" e che sono strumentali all'espletamento del servizio che ne è oggetto. Tale conclusione – per Olympic - è confermata anche da uno schema di contratto "PPP" (partenariato pubblico-privato) predisposto dalla Ragioneria Generale dello Stato.

L'Autorità, con tesi sostanzialmente sposate anche da Virtus, esclude invece l'applicabilità dell'art. 95, comma 3, cit. e neppure ritiene invocabile l'art. 1, comma 2, lett. d) del Codice vigente. Riguardo al primo richiamo normativo, la tesi dell'Anac – come illustrate anche nelle sue difese in questa sede - si sorregge, in sostanza, sulla considerazione per la quale l'art. 95 si rivolgeva alle sole concessioni di lavori e comunque non è possibile alcuna estensione interpretativa di un "Regolamento" adottato ai sensi dell'abrogato Codice di cui al d.lgs. n. 163/06. Riguardo all'art. 1, comma 2, lett. d) del vigente Codice, Anac sostiene che tale disposizione consentirebbe di appaltare solo i lavori necessari per l'esecuzione della concessione ma che non sono direttamente oggetto della concessione stessa, come invece nel caso di specie, dato che la sua formulazione deve essere letta, nel caso di specie, in combinato con l'art. 28 dell'attuale Codice, il quale prevede che: *"L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere sia requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto"*.

Inoltre, l'istituto dell' "appalto a terzi", che era stato originariamente disciplinato dall'art. 146 del d.lgs. n. 163/2006, non trova ora richiami normativi nel nuovo Codice, ad eccezione dell'art. 177, che, tuttavia, concerne le concessioni di lavori, servizi e forniture già in essere alla data di entrata in vigore del Codice stesso e non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica.

Virtus, dal canto suo, sostiene che non è comunque invocabile l'istituto dell'"appalto a terzi" anche perché la sua operatività è legata dal legislatore alla sola fase della esecuzione di una concessione già aggiudicata e con riferimento ai c.d. "lavori strumentali", estranei all'oggetto della concessione stessa. Nel caso di specie Olympic non possiede tutti i requisiti richiesti per i lavori, comunque oggetto, sia pure in piccola parte, della concessione e non può avvalersi quindi dell'istituto dell'"appalto a terzi", anche se per ipotesi vigente. Inoltre, l'invocato principio del "favor participationis" vale pur sempre nel novero dei soli operatori in possesso dei necessari requisiti individuati "ex ante", fermo restando che Olympic ben poteva partecipare in RTI come aveva fatto Virtus.

Tali tesi ostative alla posizione prospettata dal Comune ricorrente, per il Collegio non sono condivisibili, siano pure nella loro suggestività legata anche all'assenza di un ben delineato quadro normativo sulla fattispecie.

Il Collegio, infatti, considera più persuasive le tesi del Comune ricorrente e di Olympic per una serie di ragioni che si vanno a evidenziare.

Per quanto riguarda l'applicabilità o meno dell'art. 95, comma 3, d.P.R. n. 207/10, si ritiene preferibile la soluzione orientata a non aderire a una interpretazione letterale e formalistica, inserita nel contesto temporale di riferimento dato dal d.lgs. n. 163/06 e dal correlato Regolamento di cui al d.P.R. n. 207/10, che non regolavano le concessioni di servizi (o miste), a

loro volta in aderenza alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Ciò proprio perché la normativa “codicistica” dei contratti pubblici prende le sue fondamenta, anche interpretative, nella normativa dell’Unione europea e, quindi, non può ora ignorarsi l’adozione della direttiva 2014/23/UE che comprende nel suo novero anche le concessioni di servizi e non più solo quelle di lavori.

La logica “formalistica” di cui all’impugnato parere, peraltro, come osservato dal parte ricorrente, porterebbe a questo punto alla illogica discriminazione tra concessioni di lavori e concessioni di servizi (o miste), quest’ultime – come detto – ormai entrate “a pieno titolo” nella considerazione del legislatore eurounitario.

Se la “ratio” di cui all’art. 95 cit. era – ed è in effetti - quella di favorire la concorrenza, ampliando la platea dei partecipanti a una concessione di lavori, quando la realizzazione dell’opera costituisce l’essenza stessa della concessione, consentendo al concorrente che non possiede i requisiti richiesti di partecipare comunque alla gara, impegnandosi ad affidarne l’esecuzione a soggetti terzi qualificati, non si comprenderebbe la logica di una situazione ove, in una concessione di servizi (o mista) in cui la componente dei lavori può essere una parte residuale ma pur sempre “contrattuale” – come indubbiamente nel caso di specie - il concorrente dovrebbe comunque possedere i requisiti richiesti per poter eseguire i lavori, salva la (sola) possibilità di subappalto - e non di “appalto a terzi” - nei limiti dati dalla norma su una quota parte (salva evoluzione normativa e giurisprudenziale in atto sul punto ma non ancora definita). Si verrebbe, così, a vanificare la condivisibile impostazione di fondo orientata a favorire la concorrenza, che oggi non ha motivo di restare ancorata alle sole concessioni di lavori, alla luce dell’evoluzione normativa eurounitaria di cui alla ricordata direttiva 2014/23/UE.

Il Collegio, poi, trova condivisibile anche l’ulteriore ragione addotta dal Comune di Grosseto, secondo il quale il mancato richiamo ai requisiti di cui all’art. 95, comma 1, d.P.R. cit. e la presenza di quello all’art. 83, comma 1, lett. c) del Codice, di cui alla legge di gara, non implicherebbe la volontà di escludere l’applicazione della norma regolamentare in questione. Infatti, tale assenza può ben interpretarsi nella volontà di escludere il possesso di requisiti ingenti (“...devono essere qualificati secondo quanto previsto dall’articolo 40 del codice e dall’articolo 79, comma 7, del presente regolamento, con riferimento ai lavori direttamente eseguiti ed essere in possesso dei seguenti ulteriori requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi:...”, di cui all’art. 95, comma 1, cit.) per lavori di proporzione ridottissima rispetto al valore del servizio, su cui si incentra l’essenza dell’affidamento come sopra ricordato. Logica, pertanto, in questa ottica, la presenza del richiamo all’art. 83, comma 1, lett. c), e comma 2 del Codice vigente secondo cui: “...I criteri di selezione riguardano esclusivamente:

- a) i requisiti di idoneità professionale;
- b) la capacità economica e finanziaria;
- c) le capacità tecniche e professionali.

2. I requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto, tenendo presente l’interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione...”.

Riguardo alla ritenuta ostatività individuata dall’Anac nell’art. 28, comma 1, del Codice sui contratti misti di appalto, si rileva che tale comma afferma che: “...L’operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di

qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto....", senza per questo però escludere la possibilità di possedere i requisiti in questione tramite affidamento a terzi con le forme dell'evidenza pubblica.

In ordine a quanto lamentato con il secondo motivo di ricorso, anche sotto tale profilo il Collegio ritiene più convincente, e aderente alla volontà del legislatore, la ricostruzione di parte ricorrente (coadiuvata da Olympic), laddove evidenzia che la disposizione di cui all'art. 1, comma 2, lett. d), del Codice (*"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"*), che l'Anac esclude di considerare in virtù del mancato esplicito richiamo all'istituto dell'"appalto a terzi", in realtà ben può comprendere anche l'ipotesi in cui il concessionario di servizi intenda affidare a terzi i lavori oggetto della concessione mista, se questi sono funzionali alla gestione del servizio stesso e inerenti a realizzare lavori comunque destinati a diventare di proprietà pubblica, come nel caso di specie, laddove il concessionario intende e dichiara di volere operare con l'affidamento di un appalto a terzi, da aggiudicare ai sensi delle procedure di evidenza pubblica di cui all'attuale Codice.

Nella fattispecie in esame appare evidente e non contestato che Olympic intende affidare lavori che sono strettamente funzionali alla gestione del servizio per opere di cui beneficerà direttamente l'amministrazione pubblica acquisendone la proprietà.

Che, quindi, anche tali lavori siano indicati come oggetto della concessione non appare circostanza ostativa nel senso individuato dall'Anac (qui coadiuvata nelle sue tesi da Virtus), in quanto appare logico - e non è dimostrato il contrario nel caso di specie - che il concessionario appalti a terzi solo i lavori strumentali alla realizzazione del servizio come ritenuto primario e ben prevalente nell'oggetto della concessione stessa e non altri.

Così pure, che l'art. 177 del codice limiti alle sole fattispecie ivi contemplate l'"appalto a terzi", trova spiegazione nei ristretti limiti intertemporali ivi previsti ma non può essere considerata una norma assoluta di chiusura come invece interpretata dall'Anac, anche nelle sue difese in questa sede.

In sostanza, una più coerente ricostruzione della complessa fattispecie in esame consente di ritenere che il combinato normativo di cui all'art. 1, comma 2, lett. d), del Codice e all'art. 95, comma 3, del d.P.R. n. 207/2010 sia applicabile e vigente, consentendo la possibilità, in una concessione mista, di affidare a terzi gli appalti dei lavori strumentali alla relativa gestione del servizio prevalente con affidamento nel rispetto delle disposizioni del Codice stesso, come accadrebbe nel caso in esame.

In tal senso, se pure lo schema di PPP richiamato da Olympic non appare fonte privilegiata e decisiva, ben può essere considerato un elemento, proveniente da organo qualificato quale è la Ragioneria Generale dello Stato, idoneo a confortare tale impostazione ermeneutica come finora evidenziata.

Alla luce di quanto illustrato, pertanto, il ricorso deve trovare accoglimento.

Le spese di lite possono essere eccezionalmente compensate tra tutte le parti costituite per la novità della fattispecie, tranne per quanto riguarda il contributo unificato, da porsi a carico dell'Anac ai sensi dell'art. 13, comma 6-bis.1, d.P.R. n. 115/2002,

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate, tranne per quanto riguarda il contributo unificato, ai sensi dell'art. 13, comma 6-bis.1, d.P.R. n. 115/2002, da porsi a carico dell'Anac.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 7 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente FF, Estensore

Laura Marzano, Consigliere

Consiglio di Stato

Sezione Prima

Adunanza di Sezione del 22 aprile 2020

Parere n. 00823 del 28 aprile 2000

NUMERO AFFARE 00196/2020

OGGETTO: Ministero dell'economia e delle finanze: Schema di contratto standard per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato;

LA SEZIONE

Vista la relazione trasmessa con nota prot. n. MEF - RGS - 32188 del 27 febbraio 2020, con la quale il Ministero dell'economia e delle finanze ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e uditi i relatori Cons. Vincenzo Neri e Cons. Paolo Carpentieri;

Premesso:

1. Con relazione sottoscritta congiuntamente dal Ragioniere Generale dello Stato e dal Presidente f.f. dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, debitamente vistata dal Ministro dell'economia e delle finanze, trasmessa con la nota in oggetto indicata, il Ministero dell'economia e delle finanze ha qui trasmesso, per l'acquisizione del parere di questo Consiglio di Stato ... lo schema di contratto standard per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato, con annessa "Guida alla redazione".

Punti da 2 a 9. *(omissis)*

10. Il Ministero, infine, ha inteso richiamare l'attenzione su "alcune questioni preliminari che appaiono dubbie":

a) "Esecuzione dei lavori e gestione dei servizi da parte dei soggetti terzi — articoli 15-23 dello schema di contratto standard"; in proposito il Ministero ha chiesto a questo Consiglio di Stato "di chiarire se il Concessionario che si è aggiudicato la gara per l'affidamento in concessione della progettazione, costruzione e gestione di una determinata opera sia obbligato ad affidare agli appaltatori eventuali lavori oggetto del contratto attraverso procedure selettive concorsuali o se invece possa scegliere gli stessi con procedure semplificate fermo il rispetto degli obblighi generali di trasparenza, restando salva la libertà del Concessionario di affidare lavori o servizi in subappalto a terzi senza il preventivo esperimento di una procedura di gara";

b) *(omissis)*

Punti da 11 a 12. *(omissis)*

Considerato:

A. Profili di inquadramento generale *(omissis)*

B. Esame dei quesiti proposti

Punti da 1 a 4. *(omissis)*

5. Ferme restando le considerazioni di carattere preliminare e pregiudiziale già esposte, il Consiglio, nell'ottica della leale collaborazione, rileva quanto segue.

La prima questione posta dal Ministero riguarda l'esecuzione dei lavori e la gestione dei servizi da parte dei soggetti terzi e si articola in due quesiti: quando i soggetti terzi siano da qualificare come appaltatori rispetto al concessionario e quando, invece, debbano considerarsi subappaltatori e se il concessionario sia obbligato ad affidare agli appaltatori eventuali lavori oggetto del contratto attraverso procedure selettive concorsuali o se invece possa sceglierli con procedure semplificate, fermo il rispetto degli obblighi generali di trasparenza.

5.1. Il dubbio deriva dal non perfetto coordinamento delle pertinenti disposizioni del codice dei contratti pubblici: da un lato, l'articolo 1, comma 2, lettera c), secondo il quale le disposizioni del codice si applicano ai lavori pubblici affidati dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, previsione che, in uno all'articolo 164, comma 5 (che stabilisce che i concessionari sono tenuti, per gli appalti di lavori affidati a terzi, all'osservanza della Parte III e delle disposizioni di cui alle Parti I e II in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, non espressamente derogate dalla Parte III), deporrebbe nel senso della necessità di selezionare i terzi appaltatori mediante procedura di gara; dall'altro lato l'articolo 174, comma 2, che prevede che gli operatori economici indicano in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi, aprendo, dunque, alla possibilità che il concessionario, ove qualificato per i lavori e per i servizi da realizzare e da erogare, possa scegliere liberamente sul mercato le imprese terze, subappaltatrici, per la realizzazione dell'opera e per la gestione del servizio. In quest'ottica il soggetto terzo chiamato a realizzare l'opera dovrebbe essere qualificato come appaltatore nei casi in cui il concessionario non sia qualificato; dovrebbe, invece, essere considerato un subappaltatore quando il concessionario già possiede i requisiti di qualificazione.

5.1.1. Un disallineamento tra le norme del codice vi sarebbe, inoltre, anche nel raffronto tra l'articolo 1, comma 2, lettera c), del codice dei contratti pubblici – 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.

5.1.2. In proposito il Ministero ha chiesto a questo Consiglio di Stato *“di chiarire se il Concessionario che si è aggiudicato la gara per l'affidamento in concessione della progettazione, costruzione e gestione di una determinata opera sia obbligato ad affidare agli appaltatori eventuali lavori oggetto del contratto attraverso procedure selettive concorsuali o se invece possa scegliere gli stessi con procedure semplificate fermo il rispetto degli obblighi generali di trasparenza, restando salva la libertà del Concessionario di affidare lavori o servizi in subappalto a terzi senza il preventivo esperimento di una procedura di gara”*.

5.1.3. Rispetto a questi profili dubbi lo schema di contratto standard, negli articoli 15 e 23, prevede: nell'art. 15 (*Esecuzione dei lavori*) che (comma 1) *Le prestazioni eseguite direttamente dai soci del Concessionario non costituiscono affidamenti a terzi, ai sensi degli articoli 174, comma 2, e 184, comma 2, del Codice; che (lettera b) del comma 3) i lavori possono essere subappaltati nei limiti quantitativi indicati in sede di Offerta; che (comma 4) Alle prestazioni eseguite in subappalto si applica l'articolo 174 del Codice; nell'art. 23 (Fase di gestione) prevede (comma 3) che “In caso di affidamento diretto da parte del Concessionario ai propri soci, ai sensi degli articoli 174, comma 2, e 184, comma 2, del Codice, da regolare mediante apposito atto contrattuale, valgono le seguenti condizioni: . . . c) i Servizi possono essere subappaltati nei limiti quantitativi indicati in sede di Offerta”*.

5.1.4. L'art. 1, comma 2, lettera c), del codice dei contratti pubblici prevede che "2. *Le disposizioni del presente codice si applicano, altresì, all'aggiudicazione dei seguenti contratti: ... c) lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici*". L'art. 164 (*Oggetto e ambito di applicazione della disciplina dei contratti di concessione*) stabilisce, al comma 5, che "5. *I concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza della presente Parte nonché [del]le disposizioni di cui alle parti I e II in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, non derogate espressamente dalla presente parte*".

L'art. 174 (*Subappalto*), che inaugura il Capo III (*Esecuzione delle concessioni*) del Titolo I della Parte III del codice, prevede, nel comma 2, che "Gli operatori economici indicano in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi" e specifica le condizioni alle quali non si considerano come terzi le imprese che raggruppate o consorziate per ottenere la concessione, né le imprese ad esse collegate (in termini corrispondenti dispone l'art. 184, comma 2, sulle società di progetto).

5.1.5. I dubbi interpretativi sollevati dal Ministero richiedente sono stati colti dalla dottrina, secondo la quale l'art. 164 sarebbe riferito alle "vecchie" concessioni, assegnate senza gara, mentre il subappalto (art. 174) dovrebbe applicarsi alle concessioni affidate in base al nuovo codice ad operatori economici "operativi".

Per la dottrina, infatti, il concessionario, assumendo il rischio operativo legato alla gestione delle opere o dei servizi, non può essere obbligato ad affidare i lavori o i servizi a terzi. Sotto altro aspetto, per garantire l'autonomia delle scelte imprenditoriali, se il concessionario dovesse decidere di avvalersi dell'opera di terzi, non dovrebbe essere costretto a selezionarli mediante gara.

5.1.6. Reputa la Sezione invece che occorra distinguere diverse ipotesi.

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.

Sulla base poi del chiaro disposto dell'articolo 164, comma 4, le procedure di evidenza pubblica dovranno necessariamente essere rispettate in relazione "agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici", ove con il termine amministrazioni aggiudicatrici si intendono "le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti" (art. 3, comma 1, lett. a).

Ciò rende coerenti, come detto, l'articolo 1, comma 2, lett. c), l'art. 164, comma 4, e l'art. 177, Codice. Proprio tale ultima norma, infatti, con le sue disposizioni di dettaglio, è la conferma della necessità di imporre regole concorrenziali, seppure a valle, in una certa misura, quando sono mancate le gare a monte.

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.

Da ciò si ricava che tali concessionari, essendo stati scelti normalmente tramite gara e non rientrando tra le amministrazioni aggiudicatrici, potranno ricorrere al sub-appalto, più che all'appalto, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 174 Codice che, icasticamente, richiama

anche l'art. 30 destinato ad individuare, tra l'altro, i principi generali cui si deve uniformare la disciplina degli appalti e delle concessioni.

6. *(omissis)*

C. Considerazioni concernenti l'articolato e singole clausole dello schema di contratto *(omissis)*

P.Q.M.

Nei suesposti termini è il parere della Sezione.

Dispone la trasmissione del presente parere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri (anche in sede di coordinamento) e al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

GLI ESTENSORI

Vincenzo Neri, Paolo Carpentieri

IL PRESIDENTE

Mario Luigi Torsello

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato (Sezione V) 08 novembre 2021, n. 7417

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 506 del 2021, proposto da ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura ...

contro

Comune di Grosseto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato ...

Olimpic Nuoto Napoli S.S.D. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato ...

Virtus Buonconvento S.S.D. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato ...

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio (Sezione prima) 10997/2020, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ...Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del 23 settembre 2021 il Cons. Anna Bottiglieri e viste le conclusioni delle parti come da verbale;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

La società sportiva dilettantistica a r.l. Olympic Nuoto Napoli si aggiudicava la procedura aperta indetta dal Comune di Grosseto nel giugno 2019 per l'affidamento in concessione dei lavori di riqualificazione energetica, della relativa progettazione definitiva ed esecutiva e del servizio di gestione della piscina comunale di via Lago di Varano, di durata ventennale e valore totale pari a € 8.961.734,63, di cui € 246.568,31 per l'esecuzione dei lavori di riqualificazione energetica.

L'aggiudicazione formava oggetto di istanza per l'emissione da parte di ANAC di un parere di precontenzioso *ex art. 211, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici*. In particolare, la società sportiva dilettantistica a r.l. Virtus Buonconvento, seconda classificata in ATI, ne lamentava l'illegittimità per aver Olympic Nuoto dichiarato di appaltare interamente a terzi, mediante procedura a evidenza pubblica, le attività di progettazione, direzione lavori, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, nonché tutte le lavorazioni da eseguire. Il Comune di Grosseto aderiva all'istanza sostenendo la correttezza del proprio operato.

Il procedimento si concludeva con la delibera n. 1053/2017, con cui ANAC, rilevato che l'aggiudicataria si era avvalsa di una modalità di qualificazione prevista dalla *lex specialis*, riteneva “*non conforme alla normativa di settore la clausola del bando di gara che riconosce al concessionario, in possesso dei requisiti di qualificazione necessari allo svolgimento del servizio, la possibilità di appaltare interamente a terzi i servizi tecnici e le lavorazioni previste negli atti di gara*”. Il Comune di Grosseto impugnava la delibera ANAC innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, deducendone l'erroneità; nel relativo giudizio si costituivano sia ANAC che le predette società.

L'adito Tribunale definiva l'impugnativa con sentenza della Sezione prima n. 10997/2020, che: affermava la propria competenza territoriale ai sensi degli artt. 14 comma 1, 133 comma 1, lett. l), e 135 comma 1 lett. c) Cod. proc. amm.; rilevava trattarsi nella fattispecie di una concessione c.d. "mista" di lavori e di servizi, con netta prevalenza della componente servizi; osservava che la posizione assunta da ANAC nella delibera impugnata scaturiva da una lettura formalistica delle norme di riferimento e comportava una illogica discriminazione tra le concessioni dei lavori e le concessioni di servizi; vi contrapponeva quindi una diversa ricostruzione, concludendo, ai sensi del combinato disposto dell'art. 1, comma 2, lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 95, comma 3, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, per la legittimità della possibilità, in una concessione mista, dell'affidamento a terzi (nel rispetto delle condizioni del Codice dei contratti pubblici) degli appalti strumentali alla gestione del servizio prevalente; riteneva quindi la fondatezza del ricorso e annullava la delibera impugnata; compensava tra le parti le spese del giudizio, fatto salvo il contributo unificato, posto a carico di ANAC.

L'Autorità ha impugnato la predetta sentenza. Nel concludere per il suo annullamento, ha dedotto con un unico motivo: violazione e falsa applicazione degli artt.1, 28, 83, 105, 174, 164 e 177 del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 95 del d.P.R. 207/2010; erronea ricostruzione dei fatti; vizio di motivazione.

Il Comune di Grosseto si è costituito in resistenza. Sostenuta la correttezza della *lex specialis* e delle conclusioni della sentenza appellata, e rappresentato di aver sottoscritto il contratto con l'aggiudicataria il 20 maggio 2021, ha domandato la reiezione dell'appello.

Parimenti costituite in giudizio, Virtus Buonconvento ha aderito alle prospettazioni di ANAC, Olympic Nuoto a quelle dell'Amministrazione comunale.

La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 23 settembre 2021.

DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione prima) con sentenza n.

10997/2020, definendo l'impugnativa proposta dal Comune di Grosseto avverso il parere di precontenzioso ANAC di cui alla delibera n. 1053/2017, ne ha ritenuto l'illegittimità, sostenendo che, contrariamente all'avviso manifestato dall'Autorità, nell'ambito dell'affidamento di una concessione mista di lavori e di servizi con prevalenza di questi ultimi, la *lex specialis* può prevedere che l'operatore economico in possesso dei requisiti richiesti per lo svolgimento del servizio si qualifichi dichiarando di appaltare interamente i lavori a terzi nel rispetto delle norme del *Codice dei contratti pubblici*.

2. ANAC ha appellato la sentenza sostenendo l'erroneità del relativo percorso argomentativo sotto vari profili.

3. Va quindi immediatamente osservato che il primo giudice:

- ha affermato l'applicabilità alla fattispecie dell'art. 95, comma 3, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, *Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»*, il quale, stabilendo che “*Se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione, deve essere in possesso esclusivamente degli ulteriori requisiti di cui al comma 1, lettere a), b), c) e d)*”, riconosce al concessionario di lavori pubblici, in possesso dei requisiti per la gestione del servizio, la possibilità di non eseguire in proprio i lavori;

- ha superato il fatto che il predetto art. 95 si riferisce espressamente alle concessioni di lavori e non alle concessioni di servizi o miste quale quella di specie, imputando la carenza alle norme europee di cui l'articolo costituisce promanazione (direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), allo stato superate dalla direttiva 2014/23/UE, che regola unitariamente le concessioni di lavori e di servizi o miste;

- ha sostenuto che l'opposta interpretazione prescelta da ANAC conduce a una illogica discriminazione tra concessioni di lavori e concessioni di servizi o miste, in quanto solo le prime beneficerebbero della *ratio* pro-concorrenziale che informa la previsione;

- ha ritenuto che la circostanza che la legge di gara si sia riferita all'art. 83, comma 1,

lett. c), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*, e non abbia richiamato i requisiti di cui al comma 1 del ridetto art. 95 non implicasse la volontà di escludere l'applicazione della norma regolamentare, trattandosi piuttosto di una scelta dipendente dal ridotto valore dell'esecuzione di lavori nell'ambito dell'intero affidamento;

- ha ritenuto che l'art. 28, comma 1, del Codice (*“L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto”*), non escludendo in astratto che i requisiti di qualificazione per i lavori possano rinvenirsi in capo all'aggiudicatario per effetto dell'affidamento a terzi con le forme dell'evidenza pubblica delle relative attività, non sia ostativo all'applicazione dell'art. 95;

- ha osservato come, del resto, l'art. 1, comma 2, lett. d) del Codice (che assoggetta alle sue norme i *“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”*) sia atto a ricomprendere anche l'ipotesi qui in esame, in cui il concessionario intende affidare a terzi i lavori della concessione mista, funzionali alla gestione del servizio e inerenti alla realizzazione di interventi destinati a diventare di proprietà pubblica;

- non ha ritenuto ostativo neanche il fatto che i lavori da affidare a terzi formino oggetto della concessione, *“in quanto appare logico [...] che il concessionario appalti a terzi solo i lavori strumentali alla realizzazione del servizio come ritenuto primario e ben prevalente”*;

- ha ritenuto irrilevante l'art. 177 del Codice, che limita l'appalto a terzi da parte del concessionario a specifiche ipotesi, tra cui non figura quella in esame, sostenendo che la previsione, connotata da *“ristretti limiti intertemporali”*, non possa costituire a regime una c.d. *“norma di chiusura”*;

- ha infine osservato la compatibilità delle raggiunte conclusioni con lo *“schema di PPP richiamato da Olimpi”*.

4. Tanto chiarito, le censure mosse da ANAC avverso le descritte argomentazioni si rivelano fondate. La sentenza impugnata non può quindi trovare conferma.

5. In linea generale, deve osservarsi che la ricostruzione del primo giudice basa su una interpretazione forzata del disposto letterale di tutte le norme ivi considerate: per l'effetto, l'approdo finale risulta espressivo di una *ratio* "antisistemica", non essendo riconducibile né ad alcune di esse né al loro complesso.

6. Più in dettaglio, l'art. 95, comma 3, d.P.R. 207/2010 regola espressamente gli affidamenti relativi alle concessioni di lavori, mentre il primo giudice lo ha applicato a una fattispecie relativa a una concessione mista, di servizi e di lavori.

L'operazione, che si scontra quindi apertamente con il dato testuale della norma regolamentare, non può dirsi corretta neanche considerando che, come sottolineato dalla sentenza impugnata, la direttiva UE 2014/23, successiva al d.P.R. 207/2010 attuativo delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE che non regolavano le concessioni di servizi e miste, ricomprenda ormai nel suo novero anche queste ultime. La direttiva 2014/23 è infatti confluita nel d.lgs. 50/2016. Sicchè, nella stessa prospettiva del primo giudice, è nell'ambito di tale contesto regolatorio che dovrebbe rinvenirsi una norma legittimante la possibilità del concessionario di servizi e di lavori di non qualificarsi per questi ultimi dichiarando di appaltarli a terzi. Ma la sentenza impugnata non riesce a individuare una siffatta norma, né la sua carenza può essere interpretata come un vuoto normativo colmabile con le previsioni della *lex specialis*, come sostiene il Comune di Grosseto. Rileva infatti la presenza nel d.lgs. 50/2016 di norme che stridono con la tesi propugnata nella sentenza e di cui nel suo ambito non viene offerta una convincente sistemazione.

Indi, per quanto strettamente concernente il ridetto art. 95, comma 3, del d.P.R. 207/2010, l'operata estensione del suo campo di applicazione alle concessioni di servizi costituisce un indebito ampliamento del contenuto della norma, il quale, non potendo dirsi nemmeno confortato da una finalità anticipatoria degli effetti di norme

successive, refluisce nello sconfinamento delle competenze esclusive del legislatore denunciato da ANAC.

7. Quanto al d.lgs. 50/2016, va escluso come appena detto che le relative disposizioni possano essere interpretate nel senso fatto proprio dal primo giudice.

7.1. L'art. 28, *Contratti misti di appalto*, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. 50/2016 (“*L’operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto*”) è chiaro nell’escludere che nell’ambito di una procedura avente a oggetto una concessione mista la stazione appaltante possa prescindere dalla verifica del possesso in capo agli aspiranti dei requisiti di qualificazione e capacità per ciascuna delle tipologie di affidamento di cui l’appalto si compone.

7.1.1. Nulla muta considerando che la fattispecie si connota per la netta prevalenza della componente “servizi” rispetto a quella “lavori”.

Questo Consiglio di Stato ha anche di recente ribadito, in relazione a un analogo affidamento, che l’art. 28, comma 1, ultimo periodo, del Codice, come già ritenuto dalla pregressa giurisprudenza, si avvale del criterio della “combinazione dei regimi giuridici” in deroga a quello della “prevalenza” utilizzato nello stesso comma 1 per individuare la disciplina generale del contratto misto. E si tratta, contrariamente a quanto sostenuto dal Comune di Grosseto, di una giurisprudenza di sicuro interesse nella fattispecie, in quanto testimonia la peculiare valenza che l’art. 28 assume nel sistema degli affidamenti pubblici.

In particolare, si è osservato (V, 13 luglio 2020, n. 4501) che:

a) la norma in parola riproduce la previsione a suo tempo dettata dall’art. 15 dell’abrogato Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, già interpretata da dottrina e giurisprudenza nel senso di attribuire alla qualificazione obbligatoria per ciascuna delle prestazioni oggetto dell’appalto il ruolo di vero e proprio requisito di partecipazione alla procedura di affidamento, a differenza di quanto previsto dal previgente art. 8, comma 11-*septies* della l. 11 febbraio 1994, n. 109,

che assegnava invece alla qualificazione obbligatoria il diverso ruolo di requisito necessario ai fini dell'esecuzione dei lavori (e che, più in generale, limitava l'applicazione delle disposizioni in materia di qualificazione all'ipotesi in cui i lavori rappresentassero la prestazione economicamente prevalente e non avessero carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto misto: Cons. Stato, V, 30 maggio 2007, n. 2765);

b) la giurisprudenza, facendo applicazione dell'art. 15 del d.lgs. n. 163 del 2006, ha ritenuto legittima una prescrizione di *lex specialis* che imponeva ai concorrenti di allegare la loro pregressa esperienza per ciascuna delle prestazioni (servizi e lavori) comprese nel contratto, a prescindere dalla prevalenza dell'una o dell'altra (Cons. Stato, V, 28 febbraio 2012, n. 1153);

c) la mancanza di cenni espliciti, nella legge di gara, al possesso dei requisiti di qualificazione relativi alla componente relativa ai lavori di un contratto misto è supplita dal meccanismo della inserzione automatica di clausole, analogamente a quanto previsto in ambito civilistico dagli artt. 1339 e 1374 Cod. civ., cosicché neppure viene in considerazione l'esercizio del potere di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante (Cons. Stato, III, 18 luglio 2017, n. 3541);

d) analogo approccio è stato mantenuto al riguardo dell'art. 28, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, che - ai fini della partecipazione alla gara, e non solo dell'esecuzione dell'appalto - impone ai concorrenti il possesso dei requisiti di qualificazione e capacità relativamente a ogni singola prestazione costituente l'appalto misto (Cons. Stato, III, 7 agosto 2017, n. 3918);

e) pertanto, i concorrenti devono allegare e comprovare la loro pregressa esperienza e il possesso dei requisiti di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecniche e professionali per ciascuna delle prestazioni (servizi e lavori) comprese nel contratto, a prescindere dalla prevalenza dell'una o dell'altra (Cons. Stato, V, 26 febbraio 2012, n. 1153);

f) diversamente opinando, l'intera procedura di gara sarebbe illegittima per non aver previsto i necessari requisiti di qualificazione per selezionare gli operatori economici idonei all'esecuzione di opere pubbliche.

7.2. Le conclusioni sopra raggiunte sono coerenti con l'impostazione delle norme eurounitarie cui si conformano le disposizioni nazionali, che, in disparte la specifica fonte sulla cui base l'amministrazione provvede alla loro individuazione (art. 95, comma 1, d.P.R. 207/2010; art. 83, comma 1, lett. c), d.lgs. 50/2016), impongono al concorrente, già all'atto di partecipazione alla gara, la dimostrazione delle capacità necessarie a eseguire "tutte" le prestazioni dedotte in contratto, capacità le quali devono essere possedute in proprio, o assicurate mediante il ricorso all'ATTI con un soggetto che a sua volta le possiede, ovvero ancora all'avvalimento, istituti da tempo previsti e regolati nell'ordinamento settoriale proprio ai fini pro-concorrenziali considerati dal primo giudice. Non è pertanto condivisibile neanche il presupposto da cui parte la sentenza impugnata, laddove evoca un contesto nel quale l'unico rimedio per favorire la concorrenza nelle concessioni di servizi e miste sembra essere costituito dall'appalto a terzi, e, così facendo, perviene a conclusioni incompatibili con l'interesse pubblico, nella misura in cui contraddice il perno fondante dei contratti pubblici, costituito dalla individuazione a priori dell'operatore economico, e quindi delle sue capacità, cui è materialmente demandato lo svolgimento delle attività oggetto di gara.

7.3. Nel tentativo di superare la predetta incompatibilità, il primo giudice sottolinea che tale operatore va comunque individuato alla luce del Codice dei contratti pubblici: ma si tratta di una soluzione molto semplicistica, che, più che corroborare l'impianto argomentativo in esame, depone piuttosto per la sua debolezza.

In particolare, una volta offerta risposta positiva al quesito di se un operatore economico possa concorrere all'affidamento di una concessione mista di servizi e di lavori e divenire concessionario pur non essendo qualificato per l'esecuzione dei lavori, la sentenza impugnata individua la fonte normativa che legittimerebbe detto concessionario ad appaltare i lavori a terzi nell'art. 1, comma 2, lett. d), dello stesso Codice.

Ma la norma (secondo cui “*Le disposizioni del presente codice si applicano, altresì, all’aggiudicazione dei seguenti contratti: [...] 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*”), si riferisce espressamente ai soli concessionari di servizi, ed esclusivamente in tal senso rivela la sua *ratio*, considerato che la regolata evenienza si spiega considerando che questi, proprio in quanto tali, non necessitano di una qualificazione diversa da quella coerente con l’oggetto della concessione di cui dispongono: la sua estensione a una procedura che richiede anche tale diversa qualificazione è pertanto carente di presupposto, e si rivela alla stregua di una ingiustificata recessione dal potere/dovere di cui all’art. 28 del Codice di selezionare l’operatore economico sulla scorta delle sue capacità di svolgere tutte le attività oggetto di affidamento.

Del resto, che i lavori cui fa riferimento l’art. 1, comma 2, lett. d), del Codice siano quelli già contemplati nel contratto aggiudicato è affermazione del Comune di Grosseto che non trova risponidenza nella lettera della norma, e nulla muta considerando che, come pure osservato dallo stesso Comune, qualora nel corso dell’esecuzione sopravvenga la necessità di realizzare lavori supplementari, esulanti dall’oggetto del contratto, il concessionario non potrebbe procedere *tout court* al loro affidamento a favore di terzi, dovendo prima modificarsi il contratto stesso ai sensi dell’art. 175, comma 1, lett. b), dello stesso Codice: si tratta infatti di due aspetti non incompatibili, bene potendo l’art. 1, comma 2, lett. d), delimitare nei sensi precisati uno dei campi applicativi del Codice, e il successivo art. 175, comma 1, lett. b), regolare la vicenda sotto il profilo della sua incidenza sul contratto di concessione.

Corretto, dunque, alla luce dell’art. 1, comma 2, lett. d), e dell’art. 28 del Codice dei contratti pubblici, il rilievo critico fatto valere nei confronti della impugnata ricostruzione normativa da ANAC nel chiedere “*dove risieda l’interesse della SA alla selezione di un operatore economico che, seppur chiamato a eseguire lavori e a espletare servizi tecnici, si riserva, poi, di individuare in un momento successivo (peraltro non meglio precisato) i soggetti che*

materialmente svolgeranno le suddette attività”: e, in effetti, per quanto sin qui considerato, è dirimente nella vicenda che occupa, contrariamente a quanto ritenuto nella sentenza impugnata, il fatto che i lavori che il primo giudice ha ritenuto poter formare oggetto del c.d. “appalto a terzi” siano gli stessi che formano oggetto della concessione.

7.4. Quanto all’art. 177 del Codice, il primo giudice ha ritenuto che la previsione, connotata da ristretti limiti intertemporali, non possa costituire a sistema una c.d. “norma di chiusura” rispetto all’appalto a terzi.

La conclusione non è condivisibile.

La genesi della norma può essere ricostruita sulla base del parere n. 1582/2018 reso dalla Commissione speciale di questo Consiglio di Stato sulle Linee guida ANAC recanti “*Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all’art. 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell’Unione europea*”, che ha osservato come la disposizione:

- costituisca “*lo svolgimento del criterio direttivo previsto dall’art. 1, comma 1, lett. iii) della legge di delega n. 11/2016, il quale, sviluppando ulteriormente una previsione già in essere per i soli concessionari autostradali, l’ha contestualmente estesa a tutti i concessionari di lavori o di servizi pubblici di importo superiore a 150.000 euro, che non siano stati selezionati a mezzo di project financing o di procedure di evidenza pubblica conformi al diritto dell’Unione, in guisa da imporre ai detti concessionari l’esternalizzazione, previa procedura ad evidenza pubblica, di una quota ‘pari all’80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni*”;

- sia estranea al perimetro delle direttive UE 23, 24 e 25/2014, attesa la sua evidente *ratio* di restituire, a valle, parte della concorrenza mancata a monte, secondo uno schema che ha a oggetto, in quota parte, le prestazioni relative alle concessioni a suo tempo affidate direttamente, ciò che costituisce “*condizione sufficiente per l’operatività della norma*”, alla luce del criterio direttivo che la ispira, e che è quello che, senza incidere sull’esistenza e la durata dell’originaria concessione, e quindi in un logica

“*riequilibratrice e non sanzionatoria*”, si propone di adeguare, seppur in via mediata e indiretta, l’originario rapporto concessorio al mutato approccio alla concorrenza per il mercato di cui alla direttiva 2014/23/UE, nonché ai principi generali della Costituzione e del Trattato;

- riprenda la analoga norma già vigente nei confronti dei concessionari autostradali di cui all’art. 253, comma 25, del previgente Codice di cui al d.lgs. 163/2006, nonché la *ratio* sottesa all’art. 146 dello stesso Codice 163/2006, a mente del quale, nel bando, poteva essere imposto a qualunque concessionario di lavori pubblici, comunque selezionato, di affidare almeno il 30 per cento dei successivi lavori mediante procedure ad evidenza pubblica.

Tanto chiarito, come si evince dal predetto parere n. 1582/2018, l’appalto a terzi considerato dall’art. 177 in commento è un rimedio a carattere pro-concorrenziale destinato a incidere su rapporti sorti in un contesto normativo diverso da quello considerato dalla direttiva 2014/23/UE, sicchè nel panorama delineato a regime da detta direttiva la disposizione si configura come neutra, e proprio per questo essa è altamente significativa della non attualità nello stesso ambito dell’istituto del c.d. “appalto a terzi”.

8. Da ultimo, non rileva lo “*schema di PPP richiamato da Olimpici*”, in tal modo, e genericamente, invocato dal primo giudice a sostegno delle sue tesi.

Il richiamo, infatti, non convince.

Conviene innanzitutto precisare che si tratta dello “Schema di contratto standard per l’affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato”, corredato da relazione sottoscritta congiuntamente dalla Ragioneria generale dello Stato e da ANAC, vistata dal Ministro dell’economia e delle finanze e da questi trasmessa al Consiglio di Stato per l’acquisizione del parere di cui all’art. 17, comma 25, lettera c), della l. 15 maggio 1997, n. 127.

Ciò posto, si osserva che è lo stesso primo giudice a rilevare, nel breve passaggio a esso dedicato, che si tratta di uno schema che “*non appare fonte privilegiata e decisiva*”, ancorchè proveniente da un organo qualificato come la RGS.

Inoltre, come correttamente rilevato da ANAC, si tratta di uno schema qui inconferente, in quanto strumentale all’affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare nella forma del partenariato pubblico-privato.

Infine, come detto, lo schema in parola è stato sottoposto alla consultazione di questo Consiglio di Stato, espressa nel parere della Sezione I n. 823/2020, che ha considerato anche l’istituto della concessione [in quanto “*attraetta nel genus del partenariato pubblico-privato (come facilmente ricavabile dall’articolo 180, comma 8, Codice)*”], e il tema della esecuzione dei lavori e della gestione dei servizi da parte dei soggetti terzi, ivi articolato in due articolati quesiti (“*quando i soggetti terzi siano da qualificare come appaltatori rispetto al concessionario e quando, invece, debbano considerarsi subappaltatori e se il concessionario sia obbligato ad affidare agli appaltatori eventuali lavori oggetto del contratto attraverso procedure selettive concorsuali o se invece possa sceglierli con procedure semplificate, fermo il rispetto degli obblighi generali di trasparenza*”).

E va decisamente escluso che detto parere n. 823/2020, precedente alla sentenza impugnata e da questa non menzionato, possa costituire un sostegno all’ipotesi che un operatore economico possa legittimamente concorrere all’affidamento di una concessione mista di servizi e di lavori senza avere alcuna qualifica per l’esecuzione dei lavori e, una volta risultato aggiudicatario, possa pertanto ricorrere all’uopo al c.d. “appalto a terzi”: esso contiene anzi considerazioni che all’evidenza vi si oppongono. Così, infatti, si esprime sul punto il capo 5.1.6. del parere n. 823/2020, che affronta la questione anche in riferimento all’art. 164, commi 4 e 5, del Codice:

“Reputa la Sezione invece che occorra distinguere diverse ipotesi.

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.

Sulla base poi del chiaro disposto dell'articolo 164, comma 4, le procedure di evidenza pubblica dovranno necessariamente essere rispettate in relazione 'agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici', ove con il termine amministrazione aggiudicatrici si intendono 'le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti' (art. 3, comma 1, lett. a).

Ciò rende coerenti, come detto, l'articolo 1, comma 2, lett. c), l'art. 164, comma 4, e l'art. 177, Codice. Proprio tale ultima norma, infatti, con le sue disposizioni di dettaglio, è la conferma della necessità di imporre regole concorrenziali, seppure a valle, in una certa misura, quando sono mancate le gare a monte. 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.

Da ciò si ricava che tali concessionari, essendo stati scelti normalmente tramite gara e non rientrando tra le amministrazioni aggiudicatrici, potranno ricorrere al sub-appalto, più che all'appalto, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 174 Codice che, icasticamente, richiama anche l'art. 30 destinato ad individuare, tra l'altro, i principi generali cui si deve uniformare la disciplina degli appalti e delle concessioni?'

9. Per tutto quanto precede, l'appello deve essere accolto, con riforma, per l'effetto, della sentenza impugnata e reiezione del ricorso di primo grado.

Si ravvisano giusti motivi, in considerazione della novità e della complessità delle questioni trattate, per disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente

pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo accoglie, disponendo, per l'effetto, la riforma della sentenza appellata e la reiezione del ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 23 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore