

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 15052 RC 01
AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO Commessa N.333-436-15052	Pag. 1/26

SUPPORTO AL RUP

PARERE LEGALE

Concessione di lavori per la ristrutturazione e completamento dei pp.oo. San Francesco e C. Zonchello di Nuoro, San Camillo di Sorgono e dei presidi sanitari distrettuali di Macomer e Siniscola, tra ASL n. 3 Nuoro e ATI Cofathec Servizi S.p.A. del 14.05.2008, rep. 1037.

Delibera della Giunta Regionale Sardegna del 3.9.2008 che “*approva la rimodulazione del programma di investimenti di edilizia sanitaria e ammodernamento tecnologico del Servizio Sanitario Regionale 2007/2009*”, al fine di destinare il finanziamento di Euro 7.160.000, già attribuito alla ASL di Nuoro con delibera della Regione Sardegna del 9.10.2007 n. 40/25, per altre finalità. Ricerca delle corrette procedure per l’affidamento di nuove lavorazioni tenendo conto della la predetta rimodulazione del finanziamento.

RC	Data	Motivo dell'emissione	Redatto	Verificato	Approvato
01	Data: 07/11/08	Parere	Avv. Gianfrancesco Fidone	Ing. Manuela Di Marino	Ing. Marco Torrighiani

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p style="text-align: center;">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p style="text-align: center;">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 2/26

1	OGGETTO DELLA PRESTAZIONE	3
2	L'OPERAZIONE DI FINANZA DI PROGETTO EX ART. 153 DEL D.LGS. 163/2006, IL CONTRATTO DI CONCESSIONE STIPULATO E IL FINANZIAMENTO AGGIUNTIVO OTTENUTO DALLA REGIONE SARDEGNA.	5
3	LA TENDENZIALE IMMUTABILITÀ DEL CONTRATTO STIPULATO E IL PRINCIPIO GENERALE DELL'AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI CON PROCEDURE CONCORRENZIALI. CARATTERISTICHE DEL CONTRATTO DI CONCESSIONE STIPULATO E RICOGNIZIONE D'ELLE ECCEZIONI A TALI PRINCIPI.....	7
3.1	LA TENDENZIALE IMMUTABILITÀ DEL CONTRATTO STIPULATO E IL PRINCIPIO GENERALE DELL'AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI CON PROCEDURE CONCORRSUALI.....	7
3.2	CARATTERISTICHE DEL CONTRATTO DI CONCESSIONE STIPULATO E RICOGNIZIONE DELLE ECCEZIONI A TALI ALL'IMMODIFICABILITÀ DEL CONTRATTO STIPULATO E ALL'AFFIDAMENTO DI NUOVE LAVORAZIONI A MEZZO DI PROCEDURA CONCORRSUALE.....	8
4	LE VARIANTI IN CORSO DI ESECUZIONE DEL CONTRATTO (ARTT. 114 E 132 DEL D.LGS. 163/2006).	10
5	REVISIONE DEL PIANO ECONOMICO FINANZIARIO DELLA CONCESSIONE (ART. 143, COMMA 8 D.LGS. 163/2006)	15
6	AFFIDAMENTO AL CONCESSIONARIO DI LAVORI COMPLEMENTARI (EX ART. 147 D.LGS 163/2006).....	17
7	SULL'AFFIDAMENTO DELLE "NUOVE LAVORAZIONI" DI CUI ALLA RICHIESTA DI PARERE DEL 20.10.2008.....	20
8	SULLA RICHIESTA AGGIUNTIVA DELLA ASL CONTENUTA NELLA MAIL DEL 24.10.2008.....	25

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p style="text-align: center;">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p style="text-align: center;">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 3/26

1 Oggetto della prestazione

Il parere sottoposto dalla A.S.L. n. 3 di Nuoro.

Con delibera della Giunta Regionale n. 46/15 del 3.9.2008, la Regione Sardegna approvava "la rimodulazione del programma di investimenti di edilizia sanitaria e ammodernamento tecnologico del Servizio Sanitario Regionale 2007/2009", al fine di destinare il finanziamento di Euro 7.160.000, già attribuito alla ASL di Nuoro con delibera della stessa Regione del 9.10.2007 n. 40/25, per altre finalità.

Con mail del 20.10.2008, codesta A.S.L. ha richiesto allo scrivente un parere legale sulle possibili "azioni che questa azienda possa mettere in atto per l'affidamento al concessionario di lavori aggiuntivi, stante la sopravvenuta disponibilità finanziaria, nel pieno rispetto della legislazione vigente di modo che le stesse possano essere considerate legittime e giustificate sul piano sostanziale".

L' "elenco delle lavorazioni aggiuntive previste con i fondi rimodulati dalla Regione (7.160.000 Euro)" veniva precisato con mail del 6.11.2008, come segue:

1. Elevazione degli standards costruttivi delle degenze, con modifiche strutturali sull'ala est delle degenze del San Francesco, solo lievemente interessate dal progetto approvato. Gli interventi suppletivi prevedono il rifacimento dei servizi igienici e della disposizione dei locali, e un utilizzo di materiali che offrono maggiori garanzie di sicurezza, igienicità e durata rispetto a quanto previsto precedentemente.
2. Ampliamento della ristrutturazione del 2° seminterrato, già prevista nel progetto approvato con interventi limitati al ripristino di intonaci, pavimenti e verifica dell'impianto elettrico. Gli interventi suppletivi prevedono la ristrutturazione integrale del piano destinandolo agli spogliatoi generali per il personale e all'archivio clinico recente. La variazione consente inoltre l'installazione di un sistema automatizzato di distribuzione delle divise che garantisce rispetto al sistema tradizionale maggiore sicurezza e igienicità all'intero processo.
3. Elevazione standards laboratori che tiene conto in particolare della deliberazione della Giunta Regionale 29 novembre 2007 n. 48/21 (pertanto successiva all'esperimento dell'indizione di gara) relativa alla riorganizzazione della rete delle strutture pubbliche e private di diagnostica di laboratorio.
4. Completamento reparto di ostetricia, rientrante nel processo di elevazione degli standards generali di cui ai punti precedenti, con realizzazione del rooming-in che permette altresì il riordino dell'impianto di trattamento aria.
5. Completamento reparto rianimazione (DEA II piano). Il contratto di concessione stipulato prevede la realizzazione di altri due interventi (DEA III e IV piano). Pertanto si ritiene

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p align="center">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p align="center">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 4/26

indispensabile garantire la realizzazione contemporanea in maniera particolare per la parte impiantistica.

6. Adeguamento del progetto di ristrutturazione e ampliamento del presidio distrettuale di Siniscola in esecuzione delle sopravvenute disposizioni Regionali (deliberazione della Giunta Regionale 4 giugno 2008, n. 32/10) in materia di programmazione regionale "case della salute".

Alla suddetta richiesta di parere venivano allegati i seguenti documenti:

1. Deliberazione RAS 27 aprile 2007
2. Bando di gara
3. Deliberazione RAS 9 ottobre 2007
4. Deliberazione ASL Nuoro 31 marzo 2008
5. Note ASL per rimodulazione
6. Contratto di Concessione
7. Deliberazione RAS 3 settembre 2008
8. Deliberazione RAS 29 novembre 2007
9. Deliberazione RAS 4 giugno 2008

Con successiva mail del 24.10.2008, la stessa ASL richiedeva una integrazione al parere richiesto, relativa alla eventuale aggiunta all'elenco di opere di cui sopra, della costruzione "dell'asilo nido aziendale" e specificava che "*l'affidamento dei lavori di che trattasi riveste priorità massima vista la scadenza fissata dalla RAS*". Relativamente a tale opera, la ASL n. 3 di Nuoro aveva ricevuto un altro finanziamento dalla Regione Sardegna, pari a Euro 513.762, con delibera prot. 5335, del 14.12.2006. Con successiva delibera prot. 6154 del 15.5.2008, la stessa Regione Sardegna comunicava che tali lavori "*dovranno essere conclusi entro il mese di gennaio 2009*"

A tale richiesta di integrazione di parere venivano allegati:

- 10) Delibera della RAS, prot. 5335, del 14.12.2006
- 11) Delibera della RAS, prot. 6154 del 15.5.2008.

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p align="center">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p align="center">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 5/26

Al fine di esprimere il parere richiesto, deve essere brevemente ricostruita la storia della concessione in oggetto e del finanziamento aggiuntivo di cui si tratta.

2 L'operazione di finanza di progetto ex art. 153 del d.lgs. 163/2006, il contratto di concessione stipulato e il finanziamento aggiuntivo ottenuto dalla Regione Sardegna.

L'operazione di finanza di progetto che ha portato all'aggiudicazione del contratto di concessione di lavori è stata regolata dagli art. 153 e ss. del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 163/2006, nella loro versione precedente al secondo decreto correttivo, d.lgs. 113/2007 e al terzo correttivo d.lgs. 152/2008 che hanno dapprima modificato e poi completamente riformato l'istituto in questione.

L'avviso pubblico introduttivo della procedura in questione (denominato impropriamente "bando pubblico per la ricerca di promotori") è stato, infatti, pubblicato in data 27.4.2007.

A seguito dello svolgimento della procedura, con delibera del direttore generale 31 marzo 2008 n. 463 veniva nominato concessionario il promotore, l'ATI tra Cofathec Servizi s.p.a. e INSO – sistemi per le infrastrutture sociali s.p.a. (successivamente, confluite nella POLO SANITARIO SARDEGNA CENTRALE SOCIETA' DI PROGETTO S.P.A.).

Il contratto di concessione per la ristrutturazione e completamento dei pp.oo. San Francesco e C. Zonchello di Nuoro, San Camillo di Sorgono e dei presidi sanitari distrettuali di Macomer e Siniscola, tra ASL n. 3 Nuoro e ATI Cofathec Servizi SpA veniva stipulato in data 14.05.2008 , rep. 1037.

L'affidamento veniva effettuato sulla base della progettazione preliminare presentata dal promotore e aveva ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva degli interventi, un global service per la fornitura e manutenzione di attrezzature tecnologiche, nonché la gestione di alcuni servizi.

In particolare, gli interventi oggetto della Concessione avevano riguardo a:

1. PRESIDIO OSPEDALIERO SAN FRANCESCO DI NUORO
Integrazioni e completamento delle ristrutturazioni dei locali, delle pertinenze e degli spazi adiacenti e realizzazione degli impianti tecnologici.
2. PRESIDIO OSPEDALIERO C. ZONCHELLO DI NUORO
Restauro conservativo e recupero funzionale dei locali ed adeguamento degli impianti.
3. PRESIDIO OSPEDALIERO SAN CAMILLO DI SORGONO
Integrazione delle ristrutturazioni dei locali e degli impianti con la previsione della realizzazione di spazi dedicati alle attività amministrative e di supporto sia ospedaliere che distrettuali.
4. PRESIDIO SANITARIO DI MACOMER

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p align="center">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p align="center">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 6/26

Completamento locali ed impianti, ristrutturazione locali e adeguamento impianti della struttura distrettuale. Si precisa che l'intervento è finalizzato ad unificare in un'unica area la risposta sanitaria del territorio, compresa l'attività di residenzialità assistenziale.

5. PRESIDIO SANITARIO DI SINISCOLA

Completamento della struttura distrettuale e adeguamento impianti.

6. AMMODERNAMENTO TECNOLOGICO

Global service per la fornitura, aggiornamento e periodica sostituzione delle attrezzature sanitarie e loro manutenzione.

Gli importi delle lavorazioni, previsti nel piano economico finanziario, erano i seguenti:

Importo lavori	€ 36.524.662,49
IVA 10%	€ 3.652.466,25
Spese generali	€ 5.652.922,01
Totale	€ 45.830.050,75 (di cui circa 8.259.000 con fondi pubblici)
Importo fornitura	€ 11.841.000,00
IVA	€ 2.368.200,00
Totale fornitura	€ 14.209.200,00
Totale generale	€ 60.039.250,75

Al momento della redazione del presente parere, è in corso la fase della progettazione dell'intervento da realizzarsi ed è stato comunicato allo scrivente che il Concessionario ha presentato il progetto definitivo sottoponendolo all'approvazione della ASL, non ancora intervenuta.

Prima della stipula del contratto di concessione, ma successivamente all'avvio della procedura di finanza di progetto, con deliberazione della giunta regionale del 9.10.2007 n. 40/25 veniva approvato, con riferimento alle risorse disponibili per il triennio 2007/2009, un piano di investimenti supplementari. In forza di tale provvedimento venivano attribuiti alla ASL di Nuoro ulteriori € 7.160.000, da sommarsi a quelli già deliberati nel corso del 2007 e già destinati dalla ASL di Nuoro all'operazione oggetto del presente parere, per la realizzazione di interventi di edilizia nell'area materno infantile, pronto soccorso e interventi minori.

Con un carteggio intercorso fra il 28 aprile e il 10 luglio 2008 (note 28 aprile 2008 n. 9075, 19 maggio 2008 n. 11083, 4 luglio 2008 n. 14975 e 10 luglio 2008 n. 15360), il direttore generale della ASL di Nuoro chiedeva alla Regione la rimodulazione del piano di investimenti finanziato con la delibera del 9 ottobre 2007 n. 40/25, quale quota indistinta per la realizzazione di opere complementari al project financig. Nella corrispondenza si evidenziava, fra l'altro, come la rimodulazione fosse necessaria "... per rispondere ai requisiti sulle norme relative all'accreditamento istituzionale e di eccellenza..." (pag. 2 della nota del 28 aprile 2008, nonché pag. 2 della nota del 19 maggio 2008).

Il 3 settembre 2008, con deliberazione della giunta regionale n. 46/15 veniva approvata la rimodulazione del piano investimenti sollecitata dalla ASL n- 3 di Nuoro, approvando il finanziamento di € 7.160.000,00 (settemilionicentosessantamila,00), di cui € 6.260.000 per la

Le risultanze del controllo riportate in questo documento si riferiscono esclusivamente agli elaborati oggetto della Commessa riportata in intestazione. Questo documento è rilasciato senza pregiudizio per gli scopi consentiti dalla Legge e Atti di Governo vigenti. Non può essere riprodotto se non nella sua completezza e con l'esplicito consenso, riportato per iscritto sia dal Cliente, sia da questo Organismo d'Ispezione.

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO Commessa N.333-436-15052	Pag. 7/26

realizzazione di interventi strutturali e impiantistici compresi nel project financing attivato dall'Azienda e € 900.000 per ammodernamento tecnologico, comunque compreso nel project financing medesimo. Gli interventi in questione sono quelli oggetto della richiesta di parere, descritti nell'elenco contenuto nel quesito sottoposto dalla ASL di Nuoro con mail del 20.10.2008.

3 La tendenziale immutabilità del contratto stipulato e il principio generale dell'affidamento dei contratti pubblici con procedure concorrenziali. Caratteristiche del contratto di concessione stipulato e ricognizione delle eccezioni a tali principi.

3.1 La tendenziale immutabilità del contratto stipulato e il principio generale dell'affidamento dei contratti pubblici con procedure concorsuali.

Il problema sottoposto dalla ASL di Nuoro impone preliminarmente di ribadire che, di regola, gli affidamenti di lavori, servizi e forniture pubbliche devono essere effettuati attraverso le procedure concorsuali di cui al d.lgs. 163/2006. Secondo tale principio generale, dunque, se la committente ha intenzione di effettuare nuovi affidamenti, deve attivare una apposita procedura concorrenziale, secondo le norme prescritte per il tipo di contratto da affidare, in relazione all'oggetto, all'importo, ecc.

Quanto ai contratti già affidati, invece, la regola generale è che essi siano tendenzialmente immutabili dal punto di vista dell'oggetto. Ciò, sulla base del presupposto che, in sede di programmazione e progettazione, nonché all'esito della gara o della trattativa, si sia stato individuato in modo esatto, certo e stabile l'oggetto del contratto. Solo cioè garantendo la stabilità delle scelte precedentemente operate è infatti possibile eseguire i lavori e dare una ultimazione dell'opera pubblica appaltata tempestiva e conforme alle esigenze ed all'interesse del Committente. La stabilità delle scelte operate, inoltre, preclude incontrollabili aumenti di spesa. Con riguardo ai lavori pubblici, tale principio di massima, vale tanto per l'appalto quanto per la concessione di lavori.

Tuttavia, tanto per l'appalto come per la concessione, la stabilità del quadro iniziale non è sempre possibile ed, in effetti, correttivi o adeguamenti in corso d'opera possono apparire opportuni, se non necessari, per soddisfare al meglio l'interesse perseguito.

A tale scopo, il codice dei contratti definisce in vari articoli entro quali limiti è dato ingresso, nella fase esecutiva, alle possibili variazioni contrattuali in ordine all'oggetto del rapporto.

Devono essere, dunque, presi in esame i limiti in cui sono possibili variazioni all'"oggetto" del contratto d'appalto di opera pubblica (prestazione e corrispettivo), secondo quanto previsto dal codice dei contratti agli artt.132 e 133.

Ovviamente, eventuali variazioni dell'oggetto del contratto che comportino un aumento dell'importo dei lavori devono essere anche considerati, per un altro verso, come una deroga al già ricordato principio generale che prevede che ogni tipo di affidamento pubblico relativo a lavori, servizi e concessioni, debba avvenire attraverso una procedura concorrenziale.

Dunque, il principio generale della immutabilità oggettiva del contratto risponde oltre che

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p style="text-align: center;">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p style="text-align: center;">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 8/26

all'interesse del Committente ad ottenere un'opera quanto più possibile funzionale ad esigenze collettive e al contenimento della spesa pubblica) anche all'esigenza di evitare che la modifica in corso d'opera del progetto si traduca in violazione dei principi di trasparenza e concorrenza, atteso che la variante si presta spesso ad essere un facile strumento per aggiungere nuove ed ulteriori lavorazioni a suo tempo non poste a base di gara.

Dunque, le modifiche oggettive al contratto già stipulato, in corso di esecuzione, devono considerarsi di carattere eccezionale e devono ritenersi applicabili solo in casi tassativi¹, dal momento che, come detto, consentono alle stazioni appaltanti, in presenza di determinate condizioni, di procedere all'affidamento di ulteriori prestazioni senza la necessità di un previo confronto concorrenziale.

3.2 Caratteristiche del contratto di concessione stipulato e ricognizione delle eccezioni a tali all'immodificabilità del contratto stipulato e all'affidamento di nuove lavorazioni a mezzo di procedura concorsuale.

In riferimento al caso in esame, al fine dell'individuazione dei limiti entro i quali è consentito alla committente adottare variazioni (in aumento) all'oggetto contrattuale, non può prescindersi dalle caratteristiche del contratto in oggetto, ossia del contratto di concessione di lavori.

Come noto, ai sensi dell'art. 3, comma 11, la concessione di lavori pubblici è definita come un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo. In altri termini, la concessione si differenzia dall'appalto in quanto la remunerazione del concessionario non viene corrisposta, se non eventualmente in parte, dall'amministrazione concedente ma deriva dai proventi derivanti dall'utilizzazione dell'opera realizzata.

La disciplina e gli elementi caratterizzanti la concessione di lavori pubblici sono poi specificati nell'art. 143. Tra tali elementi, al fine di rendere il presente parere, devono esserne evidenziati alcuni.

a) Anzitutto, la concessione di lavori pubblici ha ad oggetto l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica. Dunque, come nel caso oggetto del presente parere, la concessione può essere aggiudicata sulla base del solo progetto preliminare, riservando alla fase esecutiva del contratto la redazione del definitivo.

Peraltro, quando il contratto di concessione è affidato sulla base di un progetto preliminare (come nel caso di specie) dopo la stipula del contratto, al momento della redazione del progetto definitivo, può essere riscontrata la necessità di adattamenti della stessa progettazione preliminare già effettuata a eventi o disposizioni di legge sopravvenuti o alla scoperta di fatti che al momento della redazione del preliminare erano sconosciuti e che solo il maggiore approfondimento tecnico successivo ha reso manifesti.

¹ Per una interpretazione restrittiva di qualsiasi deroga alla regola generale dell'evidenza pubblica cfr. Corte di Giustizia, sentenza 18 gennaio 2007 in causa C-200/05; Corte di Giustizia, sentenza 27 ottobre 2005, in causa C-187/05; Corte di Giustizia, sentenza 13 gennaio 2005 in causa C-84/03

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p align="center">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p align="center">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 9/26

b) In ogni caso, l'oggetto della concessione deve ricomprendere anche la gestione dell'opera realizzata. La prestazione del concessionario, infatti, consiste tanto nella realizzazione quanto nella gestione dell'opera pubblica o di pubblica utilità, a fronte del diritto al suo sfruttamento economico, ovvero di tale diritto accompagnato da un prezzo corrisposto dall'amministrazione concedente. Il diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati, costituisce di regola l'unica controprestazione a favore del concessionario, anche se il legislatore ammette che tale diritto può, in alcuni casi, essere accompagnato da un prezzo versato al concessionario dall'amministrazione concedente.

Con riguardo al problema specifico oggetto del presente parere, si deve osservare che la durata più lunga della concessione rispetto all'appalto, che coinvolge anche la fase di gestione dell'opera realizzata, può esporre il contratto a un maggior numero di eventi imprevedibili al momento della stipulazione dello stesso.

c) È possibile che al diritto di gestione si accompagni un prezzo, ossia una controprestazione economica corrisposta dal concedente, stabilita dallo stesso in sede di gara. Il prezzo si configura come contributo pubblico erogato dall'amministrazione al concessionario, che si aggiunge al diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente l'opera realizzata. La norma precisa che la corresponsione di un prezzo può essere prevista dalla stazione appaltante quando al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti tariffe o prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa (il caso dei c.d. "prezzi amministrati") e quando, più in generale, sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare. Il prezzo può, infine, essere corrisposto in danaro o attraverso l'attribuzione della proprietà o di un diritto godimento sui beni immobili di cui all'art. 143 comma 5.

Nella concessione oggetto del presente parere, già in sede di avviso pubblico del 27.4.2007 era previsto che a carico della ASL vi fosse una quota di finanziamento di Euro 8.258.898,95. Nell'art. 19 del contratto di concessione venivano disciplinate le modalità di erogazione di tale contributo, da erogarsi in corso d'opera in base agli stati di avanzamento lavori (SAL).

c) Anche nel caso di erogazione di un prezzo aggiuntivo, l'attribuzione del diritto allo sfruttamento economico dell'opera realizzata quale principale controprestazione del concessionario comporta l'assunzione da parte dello stesso del rischio economico - finanziario del progetto. Tale elemento, costituisce il vero e proprio tratto caratterizzante della concessione di lavori pubblici rispetto al contratto di appalto di lavori pubblici, come conferma la giurisprudenza comunitaria e nazionale². Il rischio di gestione consiste nell'eventualità che i proventi della gestione dell'opera non siano effettivamente sufficienti, in caso di cattiva gestione o di errori nelle stime revisionali preliminari, a remunerare l'investimento finanziario effettuato dal concessionario per la

² Cfr. Corte giust. CE sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, punto 58, Corte giust. CE ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung*, punti 27-28, e Corte giust. CE sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, punto 40 e, da ultimo, Corte giust. CE, sentenza del 18 luglio 2007, Causa C-382/05, *Commissione v. Repubblica Italiana*. Per quanto riguarda la giurisprudenza nazionale cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634, che individua il tratto distintivo delle concessioni rispetto agli appalti nel <<fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato>>.

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p style="text-align: center;">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p style="text-align: center;">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 10/26

realizzazione dell'opera stessa. Al riguardo, l'art. 143, comma 9 prevede anche che possano essere affidate in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione, tuttavia, che l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera resti a carico del concessionario. Questo ultimo è il caso della concessione di cui si tratta.

d) La centralità dell'elemento rischio di cui si è appena detto, ha la conseguenza che il piano economico-finanziario (PEF) posto a base della concessione assume un rilievo essenziale per il concessionario in quanto è anzitutto dalla bontà di tale modello che dipenderà la possibilità per il concessionario di vedere remunerati gli investimenti effettuati.

Peraltro, in linea di principio devono ritenersi non praticabili tutti quegli interventi sul PEF che è alla base del contratto di concessione già stipulato che abbiano la conseguenza di ri-trasferire il rischio del progetto sul committente.

Dunque, la questione dell'individuazione delle norme e delle fattispecie che, nel caso della concessione di lavori giustificano la deroga al principio della sostanziale immutabilità quantitativa (in aumento) dell'appalto, deve tenere conto delle richiamate caratteristiche del contratto di concessione di lavori medesimo.

In particolare dovranno essere prese in esame tre differenti fattispecie, previste dal d.lgs 163 del 2006 e applicabili alla concessione di lavori pubblici, ovvero:

1. Varianti in corso di esecuzione del contratto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 114 e 132.
2. Revisione del Piano Economico Finanziario della concessione ex art. 143, comma 8.
3. Affidamento al concessionario di lavori complementari ex art. 147.

4 Le Varianti in corso di esecuzione del contratto (artt. 114 e 132 del d.lgs. 163/2006).

Le varianti progettuali in corso d'esecuzione del contratto sono modifiche quantitative e/o qualitative portate al progetto esecutivo o alle previste categorie di lavoro (o gruppi omogenei di lavorazioni), al verificarsi di specifici presupposti indicati dallo stesso legislatore. Tale istituto è, peraltro, richiamato dalla Convenzione in oggetto all'art. 10, che, sostanzialmente, richiama la disciplina che si sta per descrivere.

Si ha riguardo tradizionalmente al c.d. *ius variandi* pubblicistico del Committente, a fronte del quale starebbe la soggezione dell'appaltatore costretto a subire la variante.

Senonchè, tale impostazione pubblicistica non risulta più attuale.

Da un lato, infatti, è stato evidenziato che di *ius variandi* vero e proprio (quale *incondizionato* diritto potestativo) oggi potrebbe, semmai, parlarsi solo con riferimento alle c.d. varianti in diminuzione (purchè anch'esse non finiscano però per modificare la sostanza del progetto), per le quali si può prescindere dai casi specifici e tassativi che consentono alla Stazione appaltante di adottare varianti in aumento; e del resto, anche nell'appalto privato esiste lo *ius variandi* del committente,

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p align="center">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p align="center">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 11/26

definito in termini analoghi³.

Dall'altro, comunque, è stata posta in luce l'ipocrisia sottesa a questa impostazione tradizionale, che vedrebbe il potere di variazione come un potere amministrativo subito dall'appaltatore nel superiore interesse dell'amministrazione pubblica.

Al contrario, è noto che, a causa certamente di progetti esecutivi incompleti od erronei, è proprio l'aggiudicatario spesso a sollecitare la variante e a proporre l'adozione al Committente: ciò al fine di riequilibrare un'offerta formulata in sede di gara a prezzi eccessivamente ribassati, al solo scopo di aggiudicarsi l'appalto.

E' evidente, allora, la distorsione della finalità della variante e il circolo vizioso (che si riflette sull'aumento della spesa pubblica) innescato da tale meccanismo che, in passato, ha portato ha un vero e proprio abuso dell'istituto.

I due principi fondamentali, quindi, sui quali già il legislatore della legge quadro ha cercato di invertire la segnalata tendenza involutiva, sono stati il controllo della progettazione iniziale e la definizione di limiti tassativi (non solo procedurali) alle possibilità di adozioni di varianti.

Secondo l'attuale disciplina, le varianti possono essere in aumento, in diminuzione, ovvero senza aumento di spesa; possono essere, inoltre, quantitative (se incidono solo sulla spesa o quantità – addizioni- di lavori) e qualitative (se incidono sulla impostazione progettuale).

Non vi è variante, invece, nel caso in cui si proceda a definire parti non determinate del progetto in base a quella che deve ritenersi la presumibile volontà dei contraenti, ovvero agli usi o alle prescrizioni dell'arte⁴.

Ciò premesso, la regola generale sembrerebbe essere che non sono ammesse modifiche della prestazione dedotta in contratto e l'appaltatore ha l'obbligo di eseguire l'opera così come appaltata⁵.

Al contempo, però, per fatti o atti comunque imprevisi o imprevedibili (al momento della stipula del contratto), sono ammesse alcune eccezioni (a tale scopo, è, tra l'altro, previsto che nel quadro economico dell'appalto sia comunque accantonata una voce di spesa per le varianti –art.152 DPR n. 554/1999).

Vi sono però dei limiti stringenti a tali possibilità.

Il nuovo codice dei contratti riproduce all'art.132 la disciplina previgente della legge quadro. Tale

³ Ai sensi dell'art.1661 c.c (Variazioni ordinate dal committente) “1.L committente può apportare variazioni al progetto, purché il loro ammontare non superi il sesto del prezzo complessivo convenuto. L'appaltatore ha diritto al compenso per i maggiori lavori eseguiti, anche se il prezzo dell'opera era stato determinato globalmente. 2.La disposizione del comma precedente non si applica quando le variazioni, pur essendo contenute nei limiti suddetti, importano notevoli modificazioni della natura dell'opera o dei quantitativi nelle singole categorie di lavori previste nel contratto per l'esecuzione dell'opera medesima”.

⁴ Sarebbe senz'altro preferibile definire nel dettaglio ogni aspetto del progetto, in modo tale da escludere margini valutativi dell'impresa. Anche i c.d. progetti “cantierabili” si traducono a volte in un sistema per apportare delle (inammissibili) modifiche alla progettazione esecutiva.

⁵ La regola vale anche nell'appalto privato ai sensi dell'art.1659 c.c.. Per l'appalto di oo.pp., l'art.342 legge fondamentale sui ll.pp., non abrogato dal codice contratti, prevede che «Non può l'appaltatore sotto verun pretesto introdurre variazioni o addizioni di sorta al lavoro assunto senza averne ricevuto l'ordine per iscritto dall'ingegnere direttore, nel qual ordine sia citata la intervenuta superiore approvazione.

Mancando una tale approvazione gli appaltatori non possono pretendere alcun aumento di prezzo od indennità per le variazioni od addizioni avvenute, e sono tenuti ad eseguire senza compenso quelle riforme che in conseguenza l'Amministrazione credesse opportuno di ordinare, oltre il risarcimento dei danni recati.

Si eccettuano i casi di assoluta urgenza nei quali l'appaltatore dovrà tosto prestarsi sulla richiesta dell'ingegnere direttore; in questi casi però l'ingegnere medesimo dovrà darne immediata partecipazione all'Amministrazione, la quale potrà sospendere la esecuzione dei lavori, pagando all'appaltatore le spese sostenute pei lavori ordinati di urgenza».

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p style="text-align: center;">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p style="text-align: center;">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 12/26

disciplina va integrata con le altre norme previste nel regolamento ancora vigente (d.P.R. n. 554/1999, in particolare artt.134 e 135) e nel Capitolato Generale d'Appalto (DM n. 145/2000, in particolare, artt.10, 11 e 12), nonché, ovviamente, dalla legge e dal regolamento sulla contabilità dello Stato.

In sostanza, la normativa richiamata definisce due limiti generali e alcuni presupposti specifici (ipotesi tassative), soltanto al ricorrere dei quali è consentita l'adozione di varianti. Inoltre, stabilisce la procedura e i soggetti preposti ad approvare le varianti.

Quanto ai due limiti generali, che devono essere contemporaneamente rispettati:

1. non si può imporre all'appaltatore una variante che *quantitativamente* (in aumento o in diminuzione) superi di 1/5 l'importo contrattuale⁶: il superamento in aumento del quinto (c.d. d'obbligo) determina, infatti, a carico dell'appaltatore, un stravolgimento tale (in termini organizzativi) che non si può prescindere dal suo consenso⁷;
2. Non si può imporre all'appaltatore una modifica essenziale della natura o della sostanza dell'opera (art. 134 comma 4 d.P.R. n. 554/1999): tale secondo limite generale (che appare addirittura ovvio, ove si consideri che, altrimenti opinando, si finirebbe per consentire una prestazione completamente diversa da quella per la quale si è svolta la gara e si è stipulato il contratto) è quello di più difficile individuazione, atteso che non sempre è facile verificare quando una prestazione, che magari non determina variazioni dell'importo contrattuale, finisca comunque per modificare la sostanza del progetto originario (c.d. *aliud pro alio*); per individuare quando si abbia modifica sostanziale, si debba fare riferimento non soltanto all'oggetto della prestazione, ma anche al "grado di incidenza che la variante nel caso concreto dispiega sulla entità, qualità e difficoltà della prestazione dell'appaltatore".

Tali limiti generali (superabili –come si dirà infra- solo con il consenso tacito od espresso dell'appaltatore), peraltro, non evitano di per sé il rischio di abuso dell'istituto, in violazione anche delle regole sulla concorrenza.

Per tale ragione, già sotto la legge quadro, ai limiti generali derivanti dalla legge fondamentale sui lavori pubblici, si è aggiunto (ma per le sole varianti in aumento) anche un limite speciale, consistente nelle "ipotesi tassative" che possono rendere ammissibile l'adozione di una variante da parte della Stazione appaltante.

4.1. Le tassative ipotesi di varianti e le non-varianti

L'art.132 prevede cinque ipotesi tassative che possono giustificare l'adozione da parte della Stazione appaltante di una variante (1° comma, punti da a) a e))⁸.

⁶ In base all'art.344 L.2248/1865, non abrogato dal codice contratti, "occorrendo in corso di esecuzione un aumento od una diminuzione di opere, l'appaltatore è obbligato ad assoggettarvisi fino a concorrenza del quinto del prezzo di appalto alle stesse condizioni del contratto. Al di là di questo limite egli ha diritto alla risoluzione del contratto"; per calcolare il cd quinto d'obbligo, occorre sommare all'importo contrattuale originario sia l'importo delle varianti già approvate, sia quello delle riserve a carattere non risarcitorio già definite.

⁷ Le modalità di calcolo del limite del quinto d'obbligo sono fissate dall'art.10, 4° e 5° comma, CGA (DM 145/2000).

⁸ L'art.132, 1° comma, dispone, in particolare: "Le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, esclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi:

a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari;

b) per cause impreviste e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento, o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale;

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p style="text-align: center;">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p style="text-align: center;">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 13/26

La *ratio* è quella di evitare varianti voluttuarie o non necessarie e di giustificare soltanto modifiche *necessarie* dovute a sopravvenienze o a fatti imprevisti o imprevedibili (giacché se prevedibili si tradurrebbero in fatti imputabili al progettista), ovvero quelle modifiche *opportune* che, senza rilevanti costi aggiuntivi, comportino significativi miglioramenti dell'opera. Anche l'errore progettuale legittima l'adozione di varianti, ma in questo caso si hanno ulteriori conseguenze in capo al progettista.

In particolare, le ipotesi tassativamente previste (tassatività c.d. sostanziale) sono:

- a) la c.d. "sopravvenienza" normativa (*ius superveniens*), che è per sua natura imprevista
- b) le cause "impviste ed imprevedibili" (come la forza maggiore e il *factum principis*) o le "sopravvenienze" di materiali o tecnologie non esistenti al momento della progettazione che consentano al Committente di beneficiare di "miglioramenti" dell'opera, senza alterazione del progetto e senza aumento di costi
- c) le "sopravvenienze" impreviste o imprevedibili che incidano sui beni sui quali si deve operare (come in caso di rinvenimenti archeologici)
- d) la sorpresa geologica, idrica o simile (art.1664, 2° comma, c.c.)⁹
- e) l'errore od omissione progettuale quale definito dal 6° comma.
- f) A tali ipotesi, deve aggiungersi quella indicata dalla seconda parte del 3° comma dell'art.132 e, cioè, la variante, in aumento o in diminuzione, "*finalizzata al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità*" (altra variante "migliorativa") la quale è ammessa nell'esclusivo interesse dell'amministrazione sempreché:
 - non comporti modifiche sostanziali
 - sia motivata da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto
 - in caso di aumento, non superi il 5 per cento dell'importo originario del contratto e trovi copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera.

Risulta, dall'esame delle suddette varianti, che alcune di esse sono definite da limiti "interni" che ne circoscrivono ulteriormente l'ammissibilità.

Così le c.d. varianti "migliorative" (di cui al 1° comma, lettera b), seconda parte, e di cui al 3° comma, seconda parte, dell'art.132) sono ammissibili solo se non alterino l'impostazione progettuale e non determinino un aumento di costo o non ne determinino uno superiore al 5% (che trovi comunque copertura nella somma stanziata); tali varianti, non necessarie ma solo opportune, trovano dunque la loro giustificazione nella limitata incidenza economica (eventuale) e nella insussistente rilevanza progettuale.

A sua volta, l'errore progettuale deve pregiudicare la parziale o totale realizzabilità o utilizzabilità

c) per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale;

d) nei casi previsti dall'articolo 1664, comma 2, del codice civile;

e) per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione ...".

⁹ In questo caso, a differenza che nell'appalto privato, le cause indicate comporteranno dunque l'adozione di una variante anziché la semplice corresponsione di un equo compenso. Le prestazioni in variante, quindi, saranno compensate con i prezzi contrattuali o con quelli nuovi di cui alla perizia.

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p align="center">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p align="center">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 14/26

dell'opera: dal che deriva che un errore che non determini dette conseguenze, e che non risulti quindi necessaria, non ha rilievo e non può legittimare l'adozione di una variante. Quanto, poi, alla definizione del concetto di errore progettuale¹⁰, l'art.132, 6° comma, stabilisce che per errore deve intendersi *"l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle norme di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali"*.

In buona sostanza, tutte le suddette ipotesi tassative, potrebbero più semplicemente essere accorpate in tre categorie:

- le varianti necessarie ed indispensabili per fatti imprevisi ed imprevedibili (*ius superveniens*, forza maggiore, sorpresa geologica, etc)
- le varianti migliorative (ma non necessarie, bensì facoltative), definite da ulteriori limiti interni di spesa
- le varianti (necessarie) dipendenti da errore progettuale.

Al di fuori delle suddette ipotesi tassative, non dovrebbe più darsi luogo ad altre possibilità di modifica delle prestazioni contrattuali.

Non sono considerate varianti, a tal fine, quegli interventi di dettaglio disposti liberamente dal direttore dei lavori entro i limiti di cui all'art.132, 3° comma. Si tratta delle c.d. "non varianti", cioè di quegli interventi di dettaglio che comportano limitate variazioni (soltanto) nel rapporto tra le quantità di due o più gruppi di lavorazioni omogenee (definite anche categorie di lavoro). La "non variante" non comporta aumento di spesa (anzi potrebbe esservi una diminuzione), perché evidentemente le quantità dei vari gruppi di lavorazioni che vengono modificate si compensano tra loro. L'importo contrattuale, quindi, non risente di alcun aumento. Tuttavia, il legislatore prevede che, oltre a questo limite generale, debbano essere rispettati altre condizioni, nel giusto presupposto che comunque, quand'anche non muti l'importo contrattuale, le modifiche delle quantità delle lavorazioni potrebbero incidere sull'organizzazione di impresa e sulle attese dell'esecutore. In particolare, è previsto che tali variazioni: a) debbano essere contenute nella misura del 5% del gruppo di lavorazioni variato (o del 10% per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro), b) debbano risultare necessarie, c) debbano riguardare meri "aspetti di dettaglio" dell'opera e quindi non incidenti sulla sostanza o su elementi significativi di esso.

Entro tali limiti, quindi, la correzione non sarà considerata variante ed il direttore dei lavori avrà margini di manovra.

¹⁰ Di cui, per i relativi danni, risponde il progettista, ovvero, in caso di appalto di progettazione ed esecuzione lo stesso appaltatore (cfr comma 2°, art.132).

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p style="text-align: center;">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p style="text-align: center;">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 15/26

5 Revisione del Piano Economico Finanziario della concessione (art. 143, comma 8 d.lgs. 163/2006).

La seconda ipotesi di deroga al principio della sostanziale immutabilità del contratto stipulato è costituita dalla previsione contenuta nell'art. 143 comma 8 della revisione del piano economico finanziario. Si tratta di una disposizione particolare per sole le concessioni di lavori pubblici. Essa trova giustificazione nella particolare complessità del contratto di concessione rispetto alla maggior semplicità del contratto d'appalto di lavori, legata alla già segnalata sussistenza della fase di gestione che costituisce (fatta salva l'ipotesi del prezzo aggiuntivo) il corrispettivo del concessionario.

Come già detto nel punto 3.2 lett. d del presente parere, il PEF deve considerarsi l'elemento centrale e fondante del contratto di concessione stipulato.

Tale centralità del PEF è confermata anche dalla disciplina relativa all'eventuale revisione, nel corso della durata del rapporto concessorio (e, dunque, dopo la stipula del contratto) e alla gestione delle eventuali sopravvenienze.

Deve essere, però, fin da subito detto che lo strumento in questione non può snaturare il contratto di concessione al punto da eliminare l'elemento del rischio in capo al concessionario, di cui si è detto al punto 3.2 lett. d che precede. Ossia, lo strumento dell'art. 143, comma 8 non può costituire una sorte di "paracadute" in caso di errori del concessionario, ad esempio per cattiva gestione o qualora siano state sbagliate le previsioni iniziali che hanno fondato il PEF che ha fondato il contratto stipulato. Il rischio di fallimento del progetto, caratterizzante il contratto di concessione deve, dunque, permanere in capo al concessionario.

Come detto, la disciplina relativa alla gestione di eventuali modifiche sopravvenute dei presupposti inizialmente posti a base di tale piano conferma la stretta connessione tra contratto di concessione e piano economico-finanziario adottato.

In questa prospettiva il Codice precisa, anzitutto, che i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione devono essere richiamati nelle premesse del contratto di concessione e costituiscono parte integrante dello stesso, con ciò attribuendo ad essi natura e valore di vera e propria pattuizione contrattuale.

In secondo luogo, si prevede che determinate sopravvenienze, di regola non prevedibili al momento della stipula del contratto, quando comportano una modifica dell'equilibrio dell'originario modello economico-finanziario, danno luogo alla sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, a favore a seconda dei casi, del concessionario, ovvero anche dell'amministrazione concedente.

Dunque, gli eventi sopravvenuti nel corso dell'esecuzione della concessione, che danno luogo all'obbligo di procedere ad una rinegoziazione degli originari termini del contratto di concessione non ricomprendono tutti i possibili eventi che possono incidere sui presupposti e le condizioni originarie del piano economico-finanziario ma, si tratta esclusivamente di:

- "Variazioni apportate dalla stessa stazione appaltante" ai presupposti e condizioni di base del PEF
- Variazioni dovute a sopravvenute "norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p style="text-align: center;">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p style="text-align: center;">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 16/26

concessione"¹¹.

- Le due sopravvenienze di cui si è appena detto devono avere la conseguenza di determinare "una modifica dell'equilibrio del piano".

Da segnalarsi che, ricorrendo tali presupposti, la revisione del piano costituisce un obbligo ("necessaria revisione") e non una facoltà per la stazione appaltante.

Peraltro, la necessità di tale revisione costituisce una fondamentale differenza rispetto al diritto potestativo di apportare varianti al progetto "ius variandi", di cui si è detto nel paragrafo che precede, in ordine al commento delle norme che prevedono la facoltà dell'amministrazione di ordinare all'appaltatore di eseguire varianti progettuali rispetto al contratto stipulato.

In questo caso, dunque, la centralità del PEF prevale sulla volontà dell'amministrazione, imponendole l'obbligo di ripristinare l'iniziale condizione di equilibrio.

Tuttavia, quanto ai presupposti della revisione del PEF, il primo di quelli della norma in questione, ossia l'eventualità di "Variazioni apportate dalla stessa stazione appaltante" ai presupposti e condizioni di base del PEF presenta, indiscutibilmente, punti di contatto con la fattispecie delle "varianti in corso di esecuzione di contratto" di cui agli artt. 114 e 132. In buona sostanza, l'art. 143 comma 8 sembra costituire in capo all'amministrazione, nel caso delle sole concessioni di lavori, un particolare "ius variandi" riguardanti i "presupposti e le condizioni di base" del PEF che, una volta esercitato, obbliga l'amministrazione a dare luogo alla necessaria revisione del PEF medesimo, al fine del ripristino dell'equilibrio iniziale.

Dunque, al verificarsi delle situazioni richiamate, occorre dar luogo ad una revisione del modello economico e finanziario posto a base della stessa concessione stipulata.

Tale revisione, secondo la stessa norma, deve avvenire "mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni".

Dunque, essa potrà avvenire attraverso la modifica di tutte le variabili che hanno determinato l'equilibrio del PEF originario, quali, a titolo esemplificativo l'estensione del servizio affidato, la durata, ecc. Tra le variabili oggetto di revisione, deve considerarsi (qualora l'amministrazione abbia disponibilità finanziarie adeguate, come nel caso oggetto del presente parere) – anche l'eventualità di corrispondere un prezzo aggiuntivo in danaro.

Peraltro, se ricorrono i presupposti di legge richiamati, in caso di rifiuto dell'amministrazione di procedere alla rinegoziazione del contratto di concessione, il concessionario avrà il diritto di recedere dal contratto di concessione¹².

La revisione, peraltro, dovrà essere effettuata a favore dell'amministrazione concedente, nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario.

Da un punto di vista procedurale, la revisione delle condizioni della concessione, da effettuarsi attraverso atto aggiuntivo, dovrà essere preceduta dalla necessaria revisione del PEF ad opera del concessionario. L'atto aggiuntivo alla concessione già stipulata, che ne costituirà parte integrante, dovrà indicare con chiarezza la sussistenza dei presupposti di legge per l'applicazione della norma

¹¹ Sul tema della gestione delle sopravvenienze mediante procedure di revisione dei termini della concessione <<che adeguino l'equilibrio finanziario del progetto alla sopravvenienza determinata dalla Pubblica Amministrazione contraente (o dalle articolazioni procedurali determinanti l'unità dell'esecutivo)>> si veda anche F. MERUSI, *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in *Banca Impresa Società*, 3/2003, p. 486-487.

¹² Sul punto A. TULLIO, *La concessione di costruzione e gestione quale sistema di realizzazione dei lavori pubblici in regime di project finance*, cit., p. 308.

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p style="text-align: center;">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p style="text-align: center;">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 17/26

in questione e la motivazione della scelta operata dalle parti in ordine alla variazione di taluni parametri del PEF iniziale, piuttosto che di altri.

Un'altra osservazione deve essere fatta, con riferimento alla fattispecie oggetto del presente parere.

Infatti, la concessione oggetto del presente parere (trattandosi di concessione affidata attraverso un'operazione di finanza di progetto, ai sensi dell'art. 153, nella versione precedente al secondo e al terzo correttivo al codice) è stata affidata sulla base di un progetto di livello preliminare.

A tal riguardo, la ASL di Nuoro ha comunicato che al momento della redazione del presente parere, il concessionario ha presentato il progetto definitivo per l'approvazione dell'amministrazione, non ancora intervenuta.

Dunque, con riferimento all'eventuale applicazione della norma posta dall'art. 143 comma 8, deve essere evidenziato che quando (come nel caso di specie) il contratto di concessione è affidato sulla base di un progetto preliminare, dopo la stipula del contratto, al momento della redazione del progetto definitivo, può essere riscontrata la necessità di adattamenti della stessa progettazione preliminare già effettuata a eventi o disposizioni di legge sopravvenuti o alla scoperta di fatti che al momento della redazione del preliminare erano sconosciuti e che solo il maggiore approfondimento tecnico successivo ha reso manifesti. Dunque, nei limiti dei presupposti di legge già descritti, lo strumento in questione deve ritenersi, in linea di principio, applicabile per sanare eventuali squilibri sopravvenuti del PEF, fin da tale iniziale momento dell'esecuzione del contratto.

6 Affidamento al concessionario di lavori complementari (ex art. 147 d.lgs 163/2006)

L'ultima fattispecie da considerare è quella dell'affidamento al concessionario di lavori complementari, ai sensi dell'art. 147, norma specifica per le concessioni di lavori pubblici, che così recita: "1. Possono essere affidati al concessionario in via diretta, senza l'osservanza delle procedure previste dal presente codice, i lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente previsto della concessione né nel contratto iniziale e che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, per l'esecuzione dell'opera quale ivi descritta, a condizione che l'affidamento avvenga a favore dell'operatore economico che esegue l'opera, nelle seguenti ipotesi:

a) quando i lavori complementari non possono essere tecnicamente o economicamente separati dall'appalto iniziale senza gravi inconvenienti per la stazione appaltante, oppure

b) quando i lavori, quantunque separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento.

2. In ogni caso l'importo cumulato degli appalti aggiudicati per i lavori complementari non deve superare il cinquanta per cento dell'importo dell'opera iniziale oggetto della concessione."

Dalla lettera della norma emerge che la stazione appaltante può affidare in via diretta, senza l'osservanza delle procedure previste dal Codice, "i lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente previsto della concessione, né nel contratto iniziale" e che sono "divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista", per l'esecuzione dell'opera.

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p style="text-align: center;">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p style="text-align: center;">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 18/26

Si deve, dunque, trattare di lavori complementari. Sono da ritenersi tali quelle opere che da un punto di vista tecnico-costruttivo rappresentino un'integrazione dell'opera principale saldandosi in modo inscindibile con essa, in modo da giustificare l'affidamento e la relativa responsabilità costruttiva ad un unico esecutore. Diversamente opinando, la mera suddivisione in stralci o lotti successivi, costituente prassi costante per opere di rilevante importo, potrebbe provocare l'indesiderata conseguenza di legittimare l'affidamento diretto dell'intera opera all'impresa aggiudicataria del primo lotto di lavori, con conseguente vanificazione del confronto concorrenziale ad evidenza pubblica.

Diverso è, tuttavia, il presupposto della norma in questione rispetto a quella che disciplina le varianti in corso d'opera. In quel caso, infatti, la norma (ricorrendone i presupposti di legge) consente variazioni delle lavorazioni contenute nel progetto esecutivo (o, comunque, del diverso livello di progettazione) sulla base del quale è stato stipulato il contratto, legate a originarie o sopravvenute carenze di tale progettazione.

Nel caso dell'affidamento di lavori complementari ex art. 147, invece, si tratterebbe di lavori ulteriori e diversi rispetto a quelli oggetto della progettazione iniziale e del contratto di concessione stipulato, seppure legati allo stesso da un nesso di complementarietà.

Non si tratterebbe, dunque, di un'ipotesi speciale di variante e di deroga al principio della sostanziale immutabilità del contratto stipulato ma di una diversa fattispecie che, comunque, deroga al principio della necessità di affidamento concorrenziale dei contratti pubblici.

L'art. 147 pone molte condizioni ai fini della legittimità dell'affidamento diretto al concessionario di lavori complementari.

In primo luogo, l'importo cumulato dei lavori complementari affidati in via diretta, e quindi in assenza di confronto concorrenziale, non deve superare il 50% dell'importo dell'opera iniziale dei lavori oggetto della concessione.

In secondo luogo, l'affidamento diretto dei lavori complementari è ammissibile solo nel caso in cui tali lavori siano *"divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista* per l'esecuzione dell'opera quale ivi descritta [cioè quella iniziale]. Vi è dunque una condizione di necessità dei lavori complementari per la realizzazione dell'opera da realizzare.

In terzo luogo, devono ricorrere altre tre condizioni tra loro alternative che hanno riguardo all'oggetto dei lavori complementari, ai sensi delle quali essi:

- Non possono essere tecnicamente separati dall'appalto dei lavori iniziali previsti nel contratto di concessione senza pregiudizio per la Amministrazione (inscindibilità tecnica).
- Non possono essere economicamente separati dall'appalto dei lavori iniziali previsti nel contratto di concessione senza pregiudizio per l'Amministrazione (inscindibilità economica).
- Quantunque separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento.

La disposizione appena citata attribuisce, in ogni caso, all'amministrazione una mera facoltà, senza la previsione di obblighi a suo carico e diritti in favore del concessionario¹³.

Da un punto di vista pratico, per utilizzare la norma in esame l'amministrazione non dovrà necessariamente emettere un giudizio di carattere tecnico o economico in ordine alla effettiva inscindibilità dei lavori rispetto a quelli già aggiudicati, ma dovrà, piuttosto, preoccuparsi di individuare i gravi inconvenienti che si verificherebbero per la stazione appaltante nel seguire le vie

¹³ TAR Lecce 20 giugno 2007, n. 2629.

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p style="text-align: center;">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p style="text-align: center;">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 19/26

di assegnazione ordinaria e, comunque, i motivi ostativi al rispetto del principio generale dell'affidamento attraverso procedura concorrenziale.

Dunque, la scelta amministrativa, come ogni scelta discrezionale, dovrà essere motivata e dovrà, pertanto, correttamente ponderare gli interessi pubblici sottesi all'opzione di affidare gli stessi al concessionario esistente (maggiore velocità della procedura) con gli interessi pubblici sottesi alla scelta di procedere con procedura aperta o ristretta (possibilità di ottenere un'offerta tecnicamente o economicamente migliore). La stazione appaltante è, quindi, tenuta ad indicare puntualmente nell'atto dell'affidamento aggiuntivo relativo agli interventi complementari i motivi che hanno indotto l'affidamento dei lavori al concessionario in assenza di un confronto concorrenziale.

In generale, la norma in questione deve, comunque, considerarsi di carattere eccezionale e, pertanto, di stretta applicazione.

Per ciò che concerne la procedura da espletarsi, essa dovrebbe essere assimilabile ad un'ipotesi di procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara. Si tratterebbe, peraltro, dell'unica ipotesi di assegnazione a trattativa privata inserita nelle norme che disciplinano la concessione di lavori¹⁴.

Un ulteriore questione è quella legata al corrispettivo dei lavori complementari oggetto dell'affidamento.

a) La prima ipotesi è che esso sia costituito da una somma di danaro. In questo caso, il nuovo affidamento assumerebbe le caratteristiche di un contratto di appalto distinto dalla concessione iniziale, anche se a questa inscindibilmente legato e dipendente (nel senso che, ad esempio, la risoluzione per inadempimento del concessionario nella concessione principale porterebbe anche, a cascata, alla risoluzione del nuovo affidamento). In tale caso, peraltro, non dovrebbe essere necessaria la revisione del piano economico finanziario della concessione principale, dal momento che nessuna variabile dello stesso verrebbe ad esserne interessata.

b) La seconda ipotesi è, invece, quella che il corrispettivo del nuovo affidamento sia costituito dalla gestione delle stesse opere complementari affidate, se questa ha carattere di autonomia. In tale caso, l'affidamento avrebbe la natura di una nuova concessione di lavori, distinto dalla concessione iniziale, a sua volta inscindibilmente legata a quella principale e da essa dipendente. Anche in tale caso, potrebbe non dovrebbe essere necessaria la revisione del piano economico finanziario della concessione principale, dal momento che nessuna variabile dello stesso potrebbe esserne interessata.

c) La terza ipotesi è invece quella che il corrispettivo del nuovo affidamento di lavori complementari sia costituito dall'estensione quantitativa di prestazioni gestionali oggetto della concessione principale (es. aumento della durata, prestazioni aggiuntive rispetto a servizi previsti, ecc.). In tale caso, il nuovo affidamento si inserirebbe nella concessione preesistente ne costituirebbe un atto aggiuntivo che ne modifica alcune condizioni. In tale caso, la modifica delle condizioni della gestione della concessione originaria imporrebbe la necessaria la revisione del piano economico finanziario iniziale.

In tale caso, infatti, l'ampliamento della base dei lavori da realizzare da parte del concessionario porta con sé inevitabilmente una modifica del servizio che il concessionario andrà a gestire (modifica che potrà essere nel senso dell'aumento dei compiti del servizio, oppure

¹⁴ Per quanto riguarda le ulteriori ipotesi di aggiudicazione di appalti a trattativa privata senza pubblicazione di bando, inserite nella parte generale, si veda l'art. 57

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p style="text-align: center;">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p style="text-align: center;">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 20/26

dell'ampliamento territoriale dei margini dello stesso, oppure anche soltanto nell'aumento delle strutture a servizio dell'attività).

Merita di essere osservata anche la questione inerente la possibilità di estensione al concessionario dei lavori complementari, qualora nella convenzione nulla sia detto al riguardo, come nel caso della concessione in oggetto.

Un recente pronunciamento del giudice amministrativo indurrebbe a ritenere necessario, per procedere all'estensione dei lavori complementari al concessionario, che la convenzione preveda espressamente tale possibilità. In presenza di una fattispecie in cui il concessionario della costruzione e gestione di opere destinate a servizi di smaltimento rifiuti urbani, ricorreva contro la decisione del comune di non assegnargli a trattativa privata la realizzazione di una nuova discarica, il giudice amministrativo ha sostenuto tra i vari argomenti con cui ha rigettato il ricorso che la convenzione prevedeva l'estensione della concessione ma solo per la realizzazione di impianti diversi dalla discarica, talché essa non coprirebbe i lavori che nel caso di specie il Comune intendeva affidare (TAR Lecce 20 giugno 2007, n. 2629).

Si ritiene, peraltro che l'orientamento in questione non sia destinato a consolidarsi. Sembra esservi, infatti, al contrario incompatibilità logica tra la necessità che l'estensione della concessione ai lavori complementari sia già prevista in concessione e l'essere stati gli stessi determinati da situazioni imprevedute che, secondo, l'art. 147, costituisce presupposto per l'assegnazione dei lavori al concessionario a trattativa privata. Non avrebbe, inoltre, alcun rilievo neanche la clausola della convenzione che, al contrario, preveda che se saranno necessari futuri lavori complementari saranno in ogni caso assegnati al concessionario. Essa, infatti, finirebbe per dare vita ad un caso di assegnazione a trattativa privata non previsto dalla legge. In definitiva, si ritiene che le clausole sul punto eventualmente contenute nella convenzione non esplichino alcun rilievo né per ammettere né per escludere l'applicazione della normativa dell'art. 147 del Codice dei contratti.

7 Sull'affidamento delle "nuove lavorazioni" di cui alla richiesta di parere del 20.10.2008.

Sulla base delle considerazioni svolte, si può di seguito tentare di rispondere al quesito sottoposto da Codesta Spett.le Amministrazione con mail del 20.10.2008.

A tale fine, devono essere fatte due considerazioni preliminari.

- Come detto nei paragrafi che precedono del presente parere, gli strumenti della revisione del PEF (art. 143 comma 8 – par. 4) e dell'affidamento dei lavori complementari (art. 147 – par. 5), sono peculiari del contratto di concessione di lavori. Lo strumento delle varianti (artt. 114 e 132 – par. 3), diversamente, è uno strumento generale in tema di contratti pubblici, la cui disciplina è dettata in relazione al contratto di appalto di lavori, applicabile in via analogica e in quanto compatibile con la concessione di lavori. Pertanto, laddove vi possano essere sovrapposizioni tra le fattispecie previste dalle norme in questione, dovranno essere applicati in linea preferenziale gli strumenti tipici per la concessione (cioè quelli previsti dagli art. 143 comma 8 e 147), da considerarsi speciali rispetto a quello generale delle varianti in corso d'opera.

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO Commessa N.333-436-15052	Pag. 21/26

- Le singole lavorazioni indicate nei punti 1-6 del quesito del 20.10.2008 hanno differente natura e diverse cause giustificative. Ciò non consente una risposta generale al quesito sottoposto ma i singoli interventi prospettati devono essere analizzati distintamente.

a) Si cominci dagli **intervento sub 1 e 2**, come precisati nella mail del 6.11.2008. Si tratta, dunque di:

1. *“Elevazione degli standards costruttivi delle degenze, con modifiche strutturali sull’ala est delle degenze del San Francesco, solo lievemente interessate dal progetto approvato. Gli interventi suppletivi prevedono il rifacimento dei servizi igienici e della disposizione dei locali, e un utilizzo di materiali che offrono maggiori garanzie di sicurezza, igienicità e durata rispetto a quanto previsto precedentemente”.*

2. *“Ampliamento della ristrutturazione del 2° seminterrato, già prevista nel progetto approvato con interventi limitati al ripristino di intonaci, pavimenti e verifica dell’impianto elettrico. Gli interventi suppletivi prevedono la ristrutturazione integrale del piano destinandolo agli spogliatoi generali per il personale e all’archivio clinico recente. La variazione consente inoltre l’installazione di un sistema automatizzato di distribuzione delle divise che garantisce rispetto al sistema tradizionale maggiore sicurezza e igienicità all’intero processo”.*

Quanto all’intervento sub. 1, nella richiesta di parere è evidenziato che gli interventi in questione sarebbero *“solo lievemente interessati dal progetto approvato”* e che gli stessi nuovi interventi offrirebbero *“maggiori garanzie di sicurezza, igienicità e durata rispetto a quanto previsto precedentemente”*. Dunque, si tratterebbe di interventi comunque già previsti in sede di progettazione preliminare ma da realizzarsi, secondo la nuova volontà della ASL (determinata e resa attuabile anche a seguito della ricezione del relativo finanziamento da parte della Regione Sardegna).

Secondo quanto afferma la ASL, tale intervento rappresenta una elevazione degli standards qualitativi dell’opera da realizzare rispetto a quelli previsti nella contratto già stipulato e dalla progettazione preliminare allegata allo stesso.

Al fine del recepimento di tali standard migliorativi nell’intervento oggetto del contratto di concessione già stipulato, potrebbe essere consentito al committente l’esercizio del proprio *ius variandi*, corrispondente all’interesse pubblico ad ottenere un’opera di qualità più elevata, dal momento che la mancata previsione di tali standards più elevati nella concessione già stipulata dovrebbe essere astrattamente riconducibile alle condizioni di cui all’art. 132 (lettere da a ad e).

Tuttavia, dal momento che la fase della progettazione non è stata ancora terminata e che il progetto definitivo presentato dal concessionario non è stato ancora approvato dalla concedente, si ritiene che tale elevazione degli standards possa essere ordinata al concessionario al fine dell’approvazione dello stesso progetto definitivo. Pertanto, il concessionario sarà tenuto a rimodulare la progettazione definitiva presentata, contemplando tutti gli interventi necessari per l’adeguamento a tali standards più elevati.

L’aumento dei costi dell’investimento relativo a tali interventi migliorativi deve, peraltro, ritenersi consentito anche ai sensi dell’art. 143 comma 8 che consente al concedente di apportare variazioni ai presupposti e alle condizioni di base del piano economico finanziario, attribuendogli, come detto nel par. 5 che precede, uno speciale *ius variandi*. La particolarità della fattispecie in esame, cioè che l’esigenza degli adeguamenti a standards qualitativi migliori si sia manifestata fin

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p style="text-align: center;">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p style="text-align: center;">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 22/26

dalla fase di progettazione (anche a seguito del presupposto del finanziamento della Regione), non muta la conclusione in ordine all'ammissibilità degli stessi interventi.

Inoltre, poiché la rimodulazione del progetto definitivo comporterà un aumento dei costi complessivi del progetto che altereranno l'equilibrio del PEF, a danno del concessionario, questi ai sensi del comma 8 dell'art. 143 avrà diritto alla revisione dello stesso PEF.

Dal momento che il concedente ha ottenuto fondi aggiuntivi dalla Regione che sono stati già destinati a tali interventi, potrà rideterminare la nuova condizione di equilibrio del PEF utilizzandoli a tale scopo. Successivamente a tale revisione del PEF, dovrà essere stipulato un atto aggiuntivo alla concessione in essere, che recepisca le modificazioni apportate.

Un ragionamento analogo deve essere fatto per gli **interventi sub 2**. Si tratterebbe, infatti, di un miglioramento di un intervento (la ristrutturazione del 2° seminterrato) già previsto nel progetto approvato in forma più limitata.

Il fatto che gli interventi suppletivi prevedono una nuova destinazione dell'opera realizzata (a spogliatoi generali per il personale e ad archivio clinico) non sembra potere costituire una motivazione ostativa all'utilizzabilità dello strumento di cui all'art. 143 comma 8. Infatti, si tratterebbe, comunque, di una variazione migliorativa rispetto a lavorazioni (quelle generali di ristrutturazione del seminterrato) già previste nel progetto preliminare e nella convenzione stipulata. Esse, peraltro, si sono rese possibili solo a seguito della rimodulazione del finanziamento aggiuntivo di cui alla delibera 46/15 del 3.9.2008. I maggiori interventi sarebbero, peraltro, giustificati dal fatto che essi consentono la realizzazione di un sistema più moderno (quello automatizzato di distribuzione delle divise) che garantisce maggiori livelli di sicurezza e igienicità. Potrebbe, dunque, ritenersi che la mancata previsione di tali maggiori standards nel progetto preliminare e nella concessione stipulata sia stata una carenza originaria che, opportunamente, l'amministrazione si appresta a correggere, attraverso lo strumento dell'art. 143 comma 8.

Anche in questo caso, come nel caso dell'intervento sub. 1, si ritiene che tale elevazione degli standards possa essere ordinata al concessionario al fine dell'approvazione dello stesso progetto definitivo, con conseguente obbligo per il concessionario di rimodulare la progettazione definitiva già presentata, contemplando tutti gli interventi prescritti. La conseguente alterazione del PEF determinerà la sua necessaria revisione e, come nel caso dell'intervento sub. 1, i costi aggiuntivi potranno essere coperti, al fine di rideterminare la nuova condizione di equilibrio, attraverso i fondi ricevuti dalla Regione che sono stati già destinati a tali interventi, con delibera della Regione stessa n. 46/15 del 3.9.2008.

b) Si passi all'esame degli **interventi sub. 3 e 6** di cui alla mail del 6.11.2008, e segnatamente di:

3. *“Elevazione standards laboratori che tiene conto in particolare della deliberazione della Giunta Regionale 29 novembre 2007 n. 48/21 (pertanto successiva all'esperienza dell'indizione di gara) relativa alla riorganizzazione della rete delle strutture pubbliche e private di diagnostica di laboratorio. ”*

6. *“Adeguamento del progetto di ristrutturazione e ampliamento del presidio distrettuale di Siniscola in esecuzione delle sopravvenute disposizioni Regionali (deliberazione della Giunta Regionale 4 giugno 2008, n. 32/10) in materia di programmazione regionale “case della salute.”*

Le risultanze del controllo riportate in questo documento si riferiscono esclusivamente agli elaborati oggetto della Commessa riportata in intestazione. Questo documento è rilasciato senza pregiudizio per gli scopi consentiti dalla Legge e Atti di Governo vigenti. Non può essere riprodotto se non nella sua completezza e con l'esplicito consenso, riportato per iscritto sia dal Cliente, sia da questo Organismo d'Ispezione.

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p style="text-align: center;">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p style="text-align: center;">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 23/26

Le lavorazioni di cui al punto 3) devono ritenersi necessarie a seguito della sopravvenuta delibera di Giunta Regionale 29.11.2008 n. 48/21 "progetto di riorganizzazione della rete delle strutture pubbliche e private di diagnostica da laboratorio" in conformità al disposto dell' art. 1 comma 796 lettera o legge 296/2006 (legge finanziaria 2007), al fine di "pervenire a standard organizzativi e di personale coerenti con i processi di incremento dell'efficienza resi possibili dal ricorso a metodiche automatizzate" (delibera 48/21 del 29.11.2008) e sulla base delle Linee Guida sui contenuti del piano di riorganizzazione della rete delle strutture pubbliche di diagnostica da laboratorio emanate di concerto dal Ministero della Salute e da quello dell'Economia. Tali contenuti delle linee guida Ministeriali sono state poi recepite dalla Regione Sardegna nell'Allegato 1 del Piano di riqualificazione e riorganizzazione del Servizio Sanitario Regionale, adottato con delibera di Giunta n. 30/33 del 2.8.2007. Le esigenze di procedere alla predetta riorganizzazione risulterebbero anche dal Piano Regionale dei Servizi Sanitari (PRSS) approvato dal Consiglio Regionale il 19.01.2007. In ultimo, la delibera di Giunta n. 30/3 del 2.8.2007 avrebbe costituito un vero e proprio impegno per le ASL di procedere alla predetta riorganizzazione. Su tali basi, la delibera della Giunta Regionale 48/21 del 2008 approvava il progetto di riorganizzazione della rete delle strutture pubbliche e private di diagnostica da laboratorio con conseguenza della necessità di adeguamento da parte delle ASL della Regione.

Le lavorazioni di cui al punto 6, devono parimenti ritenersi necessarie a seguito della deliberazione della Giunta Regionale 4 giugno 2008, n. 32/10, che dettava il "programma regionale Case della Salute", emanato sulla base di altri provvedimenti regionali e Ministeriali. Tra le sedi previste da tale documento per la localizzazione delle Case della Salute è previsto il territorio che fa riferimento alla ASL 3 di Nuoro.

Nei due casi in questione, dunque, per la ASL di Nuoro l'adeguamento dell'operazione di finanza di progetto a tali sopravvenuti provvedimenti regionali appare un vero e proprio obbligo giuridico e non una facoltà.

Stante il mancato inserimento di tali interventi nella progettazione definitiva presentata dal promotore (circostanza confermata per le vie brevi dalla ASL di Nuoro), si ritiene che tale progettazione possa essere approvata dal Committente, previo adeguamento a tali provvedimenti regionali sopravvenuti. Dunque, il concessionario dovrà rimodulare la progettazione definitiva presentata contemplando tutti gli interventi necessari per l'adeguamento a tali atti della Regione.

Qualora tale rimodulazione del progetto definitivo comporti un aumento dei costi complessivi del progetto (come è plausibile ritenere e come indica la stessa ASL nelle stime indicate del costo di tali interventi) che alterino l'equilibrio del PEF a danno del concessionario, questi ai sensi del comma 8 dell'art. 143 avrà diritto alla revisione dello stesso PEF.

Dal momento che il concedente ha ottenuto fondi aggiuntivi dalla Regione che sono stati già destinati a tali adeguamenti, potrà rideterminare la nuova condizione di equilibrio del PEF utilizzandoli a tale scopo.

Successivamente a tale revisione del PEF, dovrà essere stipulato un atto aggiuntivo alla concessione in essere, che recepisca le modificazioni apportate.

Dunque, le sopravvenute delibere regionali di cui si è detto, devono ritenersi condizioni legittimanti la eventuale revisione del PEF ai sensi dell'art. 143 comma 8. Il dato letterale della norma in

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p style="text-align: center;">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p style="text-align: center;">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 24/26

questione che fa riferimento a sole "norme legislative e regolamentari", non può infatti costituire un limite in tale senso, dal momento che, tra l'altro, le suddette delibere, oltre a rispondere all'interesse pubblico dell'ente locale sovraordinato (la Regione Sardegna), sono state emanati sulla base di presupposti normativi o amministrativi generali di rango nazionale o regionale.

In ultimo, si considerino i due **interventi sub 4 e 5** di cui alla mail del 6.11.2008.

4. *"Completamento reparto di ostetricia, rientrante nel processo di elevazione degli standards generali di cui ai punti precedenti, con realizzazione del rooming-in che permette altresì il riordino dell'impianto di trattamento aria"*.

5. *"Completamento reparto rianimazione (DEA II piano). Il contratto di concessione stipulato prevede la realizzazione di altri due interventi (DEA III e IV piano). Pertanto si ritiene indispensabile garantire la realizzazione contemporanea in maniera particolare per la parte impiantistica"*.

In tale caso, si tratta del completamento dei due reparti di ostetricia (n. 4) e di rianimazione (n. 5), non previsti nel progetto preliminare di cui alla proposta del concessionario e nel contratto stipulato. Dunque, con riferimento a tali lavorazioni aggiuntive, non sembra potersi parlare di varianti rispetto al progetto iniziale né di cause che giustificano la revisione del PEF ai sensi dell'art. 143 comma 8.

Si tratterebbe, infatti, di opere aggiuntive rispetto al progetto inizialmente aggiudicato.

Tuttavia, in questo caso, potrebbe essere percorribile la strada dell'affidamento diretto al concessionario ex art. 147, qualora i lavori in questione potessero essere qualificati "lavori complementari" e ricorrano gli altri presupposti previsti dalla medesima norma.

Rispetto a tali presupposti, nel caso di specie, certamente ricorre quello quantitativo dal momento che la somma degli importi stimati è nettamente inferiore a quello del 50% dell'importo dell'opera iniziale oggetto della concessione.

Quanto alle altre condizioni poste dall'art. 147, dovrà essere effettuata una preliminare analisi tecnica-economica che, sulla base del raffronto tra gli interventi oggetto della concessione stipulata e dei nuovi interventi di cui ai punti 4 e 5 della richiesta di parere, sia finalizzata a dimostrare che:

1) Vi sia un rapporto di complementarietà tra le lavorazioni di cui alla convenzione e i nuovi interventi da realizzare.

2) Che i nuovi lavori complementari siano *"divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, per l'esecuzione dell'opera quale ivi descritta [quella iniziale]*.

Dunque, i lavori complementari devono essere considerati necessari per l'esecuzione dell'opera già affidata o la gestione della stessa. Tale relazione di necessità dovrebbe essere sopravvenuta a seguito di una circostanza imprevista. Con qualche dubbio, la "circostanza imprevista" legittimante l'affidamento diretto potrebbe essere ritenuta l'imprevista (al momento dell'avvio della procedura di finanza di progetto) nuova disponibilità di fondi pubblici per tali destinazioni, a seguito della rimodulazione contenuta nella delibera di Giunta del 46/15 del 3.9.2008.

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p align="center">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p align="center">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 25/26

3) Ricorra almeno una delle seguenti condizioni alternative:

- *che tali i lavori complementari non possono essere tecnicamente separati dall'appalto iniziale senza gravi inconvenienti per la stazione appaltante, oppure*
- *che tali i lavori complementari non possono essere economicamente separati dall'appalto iniziale senza gravi inconvenienti per la stazione appaltante, oppure*
- *che i lavori, quantunque separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento.*

Se tale verifica conducesse a risposte affermative, da motivare adeguatamente, il concedente potrà procedere all'affidamento diretto al concessionario dei lavori complementari. In tale caso, dal momento che il corrispettivo del concessionario sarebbe costituito da una somma di danaro, ricorrerebbe l'ipotesi sub a) di cui al precedente paragrafo 6. In questo caso, il nuovo affidamento dovrebbe assumere le caratteristiche di un contratto di appalto distinto dalla concessione iniziale, anche se a questa inscindibilmente legato e dipendente (nel senso che, ad esempio, la risoluzione per inadempimento del concessionario nella concessione principale porterebbe anche, a cascata, alla risoluzione del nuovo affidamento). Dunque, non dovrebbe essere necessaria la revisione del piano economico finanziario della concessione principale, dal momento che nessuna variabile dello stesso verrebbe ad esserne interessata.

8 Sulla richiesta aggiuntiva della ASL contenuta nella mail del 24.10.2008.

Come detto, con mail del 24.10.2008, la stessa ASL integrava il quesito proposto aggiungendo all'elenco di opere di cui al primo quesito la costruzione "dell'asilo nido aziendale", specificando che "l'affidamento dei lavori di che trattasi riveste priorità massima vista la scadenza fissata dalla RAS". Relativamente a tale opera, la ASL n. 3 di Nuoro aveva ricevuto un altro finanziamento dalla Regione Sardegna, pari a Euro 513.762, con delibera prot. 5335, del 14.12.2006. Con successiva delibera prot. 6154 del 15.5.2008, la stessa Regione Sardegna comunicava che tali lavori "dovranno essere conclusi entro il mese di gennaio 2009".

Tale intervento non era previsto nella concessione di lavori stipulata e il suo inserimento nell'intervento iniziale potrebbe essere difficilmente considerato una mera variante al progetto già affidato, trattandosi di opera funzionalmente diversa da quelle oggetto dello stesso contratto stipulato. Allo stesso modo appare difficilmente riconducibile ad un lavoro complementare a quelli già affidati, necessario per la loro realizzazione, e inscindibile da un punto di vista tecnico o economico. Si tratterebbe, più realisticamente, di una differente opera che dovrà essere affidata attraverso un'apposita procedura dell'evidenza pubblica, che data la disponibilità dei fondi che costituiranno il corrispettivo del contratto, potrà condurre alla stipula di un contratto di appalto di lavori pubblici.

 RINA INDUSTRY	Rapporto: 14657 RC 01
<p style="text-align: center;">AZIENDA SANITARIA DI NUORO N.3 Ristrutturazione e completamento dei PP.OO</p> <p style="text-align: center;">Commessa N.333-436-15052</p>	Pag. 26/26

Esperto Legale

Avv. GianFrancesco Fidone

Coordinamento

Responsabile Tecnico: Ing. Marco Torrigiani

Project Manager: Ing. Manuela Di Marino

Genova, 07.11.08

Responsabile Tecnico

Ing. M. Torrigiani

Le risultanze del controllo riportate in questo documento si riferiscono esclusivamente agli elaborati oggetto della Commessa riportata in intestazione. Questo documento è rilasciato senza pregiudizio per gli scopi consentiti dalla Legge e Atti di Governo vigenti. Non può essere riprodotto se non nella sua completezza e con l'esplicito consenso, riportato per iscritto sia dal Cliente, sia da questo Organismo d'Ispezione.