



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... – Concessione di lavori per la progettazione, costruzione e gestione di seggiovia biposto ed impianto di innevamento ".....OMISSIS....." (Lotto 1) e ".....OMISSIS....." (Lotto n. 2)"- Contratti per la concessione d'esercizio degli impianti medesimi – modifica contrattuale e conflitto di interesse- richiesta di parere.

UPREC-CONS-0035-2025-FC

FUNZ CONS 17/2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 30 gennaio 2025 acquisita al prot. Aut. n. 14929, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 30 aprile 2025, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del relativo Regolamento. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra citata, l'Amministrazione comunale rappresenta di aver affidato la gestione dei propri impianti di risalita allaOMISSIS....., stipulando tre diversi contratti, come di seguito indicati: (i) un primo contratto sottoscritto in data 11.10.2005, di durata quarantennale, avente ad oggetto "*Contratto di affidamento in concessione della progettazione, costruzione e gestione di seggiovia biposto ed impianto di innevamento ".....OMISSIS....." (Lotto 1) e di ".....OMISSIS....." (Lotto n. 2)*"; (ii) altri due contratti, discendenti dal primo, sottoscritti in data 03.04.2007, di durata – rispettivamente – trentennale e quarantennale, aventi ad oggetto "*Contratto per la concessione d'esercizio della scioviaOMISSIS..... da parte dellaOMISSIS.....*" e "*Contratto per la concessione d'esercizio della seggioviaOMISSIS..... da parte dellaOMISSIS.....*".

Con riguardo ai contratti sopra elencati, la concessionaria avrebbe richiesto di apportare delle variazioni agli stessi al fine (si legge nell'istanza) di «*migliorare la gestione e i servizi offerti dagli impianti sciistici, nella parte in cui il concessionario si impegna ad eseguire "a proprio carico, tutti gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria necessari ad assicurare lo stato ottimale e la piena funzionalità delle opere, per lo scopo a cui sono destinate" e "a provvedere a tutte le manutenzioni che dovessero rendersi necessarie, nonché al rinnovo delle componenti impiantistiche o di parte di queste, qualora richiesto dal loro stato di usura o da prescrizioni normative intervenute successivamente all'elaborazione del progetto esecutivo"*», prevedendo la possibilità di reperire fondi pubblici destinati a tali fini, attraverso la partecipazione, da parte del

.....OMISSIS....., a bandi regionali o ministeriali, anche con un cofinanziamento a carico dellaOMISSIS....., sollevando comunque ilOMISSIS..... da qualsiasi onere a suo carico.

In relazione a quanto sopra, l'Amministrazione comunale chiede quindi se le modifiche proposte dalla concessionaria, qualificabili come "sostanziali", anche ai sensi del comma 6 dell'art. 120 e/o del comma 4 dell'art. 189 del d.lgs. 36/2023, possano comunque essere effettuate anche in assenza di una nuova procedura di affidamento.

Ove ritenuta ammissibile l'adozione della suindicata variazione contrattuale, la richiedente sottopone all'Autorità ulteriori e diversi quesiti in ordine alla gestione del possibile conflitto di interessi sussistente nella fattispecie, con riguardo alla figura del Sindaco, legato da rapporti di parentela con alcuni soci della società concessionaria. Al fine di superare tale situazione di conflitto di interessi, si chiede in particolare se sia sufficiente l'astensione del Sindaco dall'adozione delle deliberazioni relative alle modifiche contrattuali sopra indicate, ai sensi del comma 2, dell'art. 78 del d.lgs. 267/2000 e se sia necessaria una delega – in simili situazioni – delle funzioni decisionali, di indirizzo e coordinamento, ad altro membro dell'Amministrazione comunale, individuando un soggetto terzo (commissario straordinario o altro), che rappresenti il Comune nelle trattative con la Società, eventualmente indicato dall'Anac.

Al fine di esprimere avviso sulle questioni sollevate nell'istanza di parere, sembra opportuno individuare, in via preliminare, la disciplina applicabile al caso di specie, riferito ad una concessione di lavori affidata a seguito di una licitazione privata indetta nel 2005.

Al riguardo «giòva richiamare un consolidato orientamento che, in materia di contratti pubblici afferma l'irrilevanza dello *ius superveniens* (Cons. St., Ad. Plen., 9/2011; più di recente Cons. St., V, 31/07/2019, n.5436; Cons. Stato, V, 7.6.2016, n. 2433; Cons. St., III, 1.9.2014, n. 4449), anche per quanto attiene la fase esecutiva dell'affidamento, ribadito anche dalla normativa transitoria che si è succeduta nel tempo: – l'art. 253 co. 1 D.Lgs. 163/2006 e l'art. 216 co. 1 D.Lgs. 50/2016 (recanti una disciplina transitoria) stabiliscono che le disposizioni contenute nei rispettivi decreti si applicano solo ai bandi e agli avvisi pubblicati successivamente all'entrata in vigore dei decreti stessi; – l'art. 357 co. 6 D.P.R. 207/2010 prevede espressamente che la disciplina contenuta nel regolamento (relativa alla fase di esecuzione dei contratti pubblici) non si applica ai contratti già stipulati alla data di entrata in vigore del regolamento stesso; – l'art. 332 co.2 DPR 554/1999 (entrato in vigore in data 28.7.2000) prevede che "Le disposizioni del regolamento che riguardano il modo o il contenuto delle obbligazioni del contratto si applicano ai contratti stipulati successivamente alla loro entrata in vigore". Su tale ultima norma è intervenuta anche l'Autorità, con parere n. 54 del 7.12.2000, affermando che "Con riferimento, invece, all'esecuzione del contratto e, in particolare, al contenuto ed alle modalità delle reciproche obbligazioni che ne derivano, il regolamento ha fatto applicazione del principio generale *tempus regit actum*, disponendo che gli stessi si ricollegano alla legge vigente al momento della stipulazione. Con la conseguenza che le nuove disposizioni del regolamento che riguardano il modo ed il contenuto delle obbligazioni contrattuali (titoli VIII e IX) si applicano ai soli contratti stipulati successivamente alla loro entrata in vigore. Per i contratti, invece, stipulati anteriormente al 28 luglio 2000 dovranno trovare ancora applicazione le disposizioni del pregresso ordinamento, ancorché diverse dalle norme *ex novo* introdotte dal regolamento generale.". Quindi, la disciplina applicabile al contratto di riferimento in esame (...) e alle sue eventuali varianti deve essere quella in vigore al tempo dell'adozione del contratto di riferimento stesso (l. 109/94)» (delibera Anac n. 1147/2019).

Dunque la fattispecie in esame, riferita ad una concessione di lavori stipulata a seguito di una licitazione privata indetta nel 2005, ricade *ratione temporis* nell'ambito di applicazione della l.n. 109/1994 (legge quadro sui lavori pubblici) e del relativo Regolamento di attuazione di cui al

d.p.r.554/1999 [il primo contratto è stato stipulato in data 11 ottobre 2005 e i successivi contratti, relativi alla gestione degli impianti oggetto della concessione, discendenti dal primo (negli stessi sono richiamate tutte le condizioni e le clausole riportate nel primo contratto) e stipulati in data 3 aprile 2007, restano vincolati alla disciplina vigente al momento dell'indizione della procedura di gara a monte]. Sotto tale profilo, occorre quindi evidenziare all'Amministrazione istante che le fonti normative e regolamentari sopra richiamate, trovano applicazione (oltre che nella fase di affidamento dei contratti medesimi) anche nella fase esecutiva dei rapporti contrattuali in essere e fino alla loro conclusione.

Pertanto, contrariamente a quanto richiesto nell'istanza di parere, nella quale si fa riferimento alle disposizioni del d.lgs. 36/2023, va evidenziato che le previsioni degli articoli 120 e 189 dello stesso decreto legislativo, non possono trovare applicazione alla concessione oggetto dell'istanza medesima, posto che, ai sensi degli artt. 226 e 229 del d.lgs. 36/2023, il nuovo Codice si applica ai contratti pubblici indetti successivamente alla data in cui lo stesso acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2 (ossia dal 1 luglio 2023).

Fermo quanto sopra, con riguardo alla possibilità, per la stazione appaltante, di apportare alla concessione indicata in premessa, le variazioni proposte dal concessionario e qualificate dalla stessa stazione appaltante, come "variazioni sostanziali", si osserva in primo luogo che sia l'art. 25 della l.n.109/1994 (la cui applicazione, anche per il regime delle varianti, è richiamata nel contratto relativo alla concessione di lavori, stipulato in data 11.10.2005), sia l'art. 134 del d.p.r. 554/199 (come successivamente confermato dagli articoli 132 e 143 e segg. del d.lgs. 163/2006, articoli 106 e 175 del d.lgs. 50/2016, articoli 120 e 189 del d.lgs. 36/2023), prevedono la possibilità di apportare modifiche ai contratti pubblici durante il periodo di efficacia, in casi specifici e tassativi.

Come più volte sottolineato dall'Autorità, le disposizioni sopra elencate devono ritenersi di stretta interpretazione, trattandosi di deroghe al principio dell'evidenza pubblica (Comunicato del Presidente del 21 marzo 2021, ancorché riferito al d.lgs. 50/2016), che non consentono, in ogni caso, di apportare *modifiche sostanziali* ai contratti pubblici in corso di esecuzione, ossia modifiche in grado di alterare in modo considerevole le caratteristiche essenziali del contratto stipulato a seguito di una procedura di gara.

Ciò in quanto «il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un contratto di concessione di lavori pubblici [e di appalto], l'amministrazione aggiudicatrice concedente e il concessionario apportino alle disposizioni del loro contratto di concessione modifiche tali che dette disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto iniziale». È quanto avviene se le modifiche previste hanno per effetto o di estendere la concessione di lavori pubblici in modo considerevole a elementi non previsti, o di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore del concessionario, oppure ancora se tali modifiche sono atte a rimettere in discussione l'aggiudicazione della concessione di lavori pubblici. «Pertanto, in linea di principio, una modifica sostanziale di un contratto di concessione di lavori pubblici deve dar luogo a una nuova procedura di aggiudicazione relativa al contratto così modificato (v., in tal senso, sentenza del 7 settembre 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punto 30 e giurisprudenza ivi citata)» (Corte di Giustizia Europea, 18.09.2019, C-526/17).

I principi sopra indicati sono chiaramente fissati nella disciplina in materia di contratti pubblici che, sia nella l.n. 109/1994, sia nel d.lgs. 163/2006, sia ancora nel d.lgs. 50/2016 e nel d.lgs. 36/2023, indicando in via tassativa i casi e i limiti entro i quali è possibile apportare variazioni agli appalti e alle concessioni in corso di esecuzione, disponendo che non è consentito procedere a modifiche sostanziali degli stessi (Delibera n. 388/2017; parere Funz Cons 33/2022).

Pertanto, va ribadito in generale che «con lo svolgimento della procedura di evidenza pubblica e con la conseguente cristallizzazione negli atti di gara, delle condizioni del contratto alla cui conclusione essa risulta preordinata, l'ente perde la disponibilità del contenuto del rapporto contrattuale che resta regolato inderogabilmente dalle risultanze della gara e perde correlativamente la capacità di convenire con la controparte condizioni diverse da quelle già esternate e conosciute dai partecipanti al confronto concorrenziale (in tal senso delibera n. 388/2017-AG 10/2017 e n. 610/2016, AG 21/2016/AP).

Va ribadito, altresì, che spetta alla stazione appaltante la verifica in concreto della sussistenza, nella singola fattispecie, delle condizioni legittimanti il ricorso alle variazioni contrattuali, nei limiti stabiliti dalla disciplina di riferimento, accertando se, nel concreto, tali variazioni si configurino come "sostanziali" (nei termini indicati dal legislatore ed esplicitati dal giudice comunitario) e, come tali, non ammesse dall'ordinamento.

Con riguardo al caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità, pertanto, non può che confermarsi che laddove, a seguito di una procedura ad evidenza pubblica, la stazione appaltante abbia affidato ad un operatore economico una concessione di lavori, avente ad oggetto la progettazione esecutiva, l'esecuzione dei lavori e la gestione dell'opera, non appare consentito, in corso di esecuzione del contratto medesimo, apportare modifiche sostanziali allo stesso, nei termini sopra indicati. Si aggiunga inoltre, al riguardo, che la proposta di variazione contrattuale avanzata dal concessionario nel caso in esame, per come descritta nell'istanza di parere, non appare conforme altresì allo schema della concessione, trattandosi di prestazioni contrattuali da finanziare, non con capitali dello stesso concessionario, ma con fondi pubblici da reperire a tali fini, attraverso la partecipazione da parte dell'Amministrazione Comunale a bandi regionali o ministeriali e solo eventualmente con un cofinanziamento a carico della Società medesima.

In merito è appena il caso di evidenziare che mentre «nell'appalto la realizzazione dell'opera è finanziariamente a carico della P.A. che versa all'appaltatore un corrispettivo in cambio della costruzione della stessa e vi è unicamente il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione o di gestione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito dell'esecuzione dell'opera; diversamente, nella concessione di opere pubbliche, il concessionario non viene retribuito dall'amministrazione concedente mediante il versamento di un corrispettivo ma attraverso il riconoscimento del diritto di gestione dell'opera per un certo periodo di tempo assumendo, di guisa, l'alea della scarsa redditività dell'opera rispetto alle spese connesse alla realizzazione ed alla gestione» (TAR Lombardia n. 1348/2024).

Dunque, anche in conseguenza delle differenti caratteristiche del contratto d'appalto rispetto alla concessione di lavori pubblici, nei termini sinteticamente illustrati, risulta inammissibile la modifica della concessione oggetto dell'istanza di parere, volta a consentire al concessionario lo svolgimento di prestazioni contrattuali con spese a carico della stazione appaltante [o comunque coperte da fondi pubblici, regionali o ministeriali], ponendo quindi a carico della parte pubblica costi e oneri che dovrebbero gravare sul contraente privato medesimo. Una simile variazione, oltre a porsi in contrasto con lo schema tipico della concessione, può determinare uno stravolgimento delle condizioni di aggiudicazione del contratto originario, con conseguente modifica sostanziale dello stesso, quale ipotesi non ammessa dall'ordinamento (in tal senso parere Funz Cons 5/2025).

Tali considerazioni in ordine alla non ammissibilità di modifiche sostanziali della concessione oggetto del quesito posto, valgono a ritenere superati gli ulteriori quesiti posti nell'istanza di parere, anche in ordine al conflitto di interessi, potenzialmente attribuibile alla figura del Sindaco, in rapporto di parentela con alcuni soci della società concessionaria.

Con riguardo a tale ultimo profilo, tuttavia, al fine di fornire un indirizzo generale alla stazione appaltante, sembra utile osservare che ai sensi dell'art. 78 del d.lgs. 267/2000 vige, per tutti gli amministratori locali, l'obbligo di astensione qualora gli stessi vengano a trovarsi in posizione di conflitto, in quanto portatori di interessi personali, diretti o indiretti, in contrasto potenziale con quello pubblico.

La disposizione sopra richiamata stabilisce, infatti, (tra l'altro) al comma 2 che «Gli amministratori di cui all'articolo 77, comma 2, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado. L'obbligo di astensione non si applica ai provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, se non nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado». L'art. 77 comma 2 del TUEL ricomprende, nella definizione di amministratore locale, ai fini dell'applicazione degli artt. 78 e ss. anche il sindaco.

L'obbligo di astensione fissato dal citato art. 78, trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e trasparenza che devono caratterizzare l'azione amministrativa ai sensi dell'art. 97 della Costituzione. Tale dovere di astensione sussiste in tutti i casi in cui gli amministratori versino in situazioni, anche potenzialmente, idonee a porre in pericolo la loro assoluta imparzialità e serenità di giudizio. Pertanto, come chiarito dall'Autorità, con la disposizione richiamata, il legislatore ha «indicato quale misura obbligatoria con funzione preventiva l'astensione dalla partecipazione alla decisione del soggetto interessato, salvo il caso in cui l'atto da adottare abbia carattere normativo o amministrativo generale tale da non consentire un riconoscimento immediato dell'interesse privato di cui l'amministratore pubblico sia eventualmente titolare. La disposizione richiamata è stata interpretata in senso rigoroso dalla giurisprudenza, che ha rinvenuto un dovere di astensione in capo al componente del Consiglio comunale "in tutti i casi in cui, per ragioni di ordine obiettivo, egli non si trovi in posizioni di assoluta serenità rispetto alle decisioni da adottare di natura discrezionale, con la precisazione che il concetto di "interesse" del consigliere alla deliberazione comprende ogni situazione di conflitto o di contrasto di situazioni personali, comportante una tensione della volontà, verso una qualsiasi utilità che si possa ricavare dal contribuire all'adozione di una delibera" (cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 4806/2014 e n. 693/2011)» (Atto del Presidente del 26.3.2024 - Fasc. 1225/2024).

Dunque, il d.lgs. 267/2000 contempla una specifica disciplina per le ipotesi di conflitti di interesse che possano configurarsi in capo agli amministratori degli enti locali, prevedendo espressamente l'obbligo di astensione nei casi previsti dall'art. 78, senza indicare la necessità di nominare, nell'ambito dell'organo rappresentativo dell'ente, un eventuale sostituto del soggetto che versi in simili situazioni, nei termini indicati nell'istanza di parere.

Alla luce di quanto sopra esposto, ferma restando la competenza dell'Amministrazione per ogni accertamento, nel merito, di fattispecie riconducibili all'art. 78, comma 2, del d.lgs. n. 267/2000 (come indicato nell'Atto del Presidente richiamato), il rapporto di parentela con alcuni soci della società titolare di un appalto/concessione e il sindaco dell'Amministrazione (stazione appaltante/ente concedente), potrebbe configurare una "situazione personale" dello stesso, idonea a minare, anche solo potenzialmente, l'imparzialità nella decisione da assumere nell'ambito dell'organo rappresentativo dell'ente, ove quest'ultimo sia chiamato ad adottare atti o provvedimenti relativi al rapporto contrattuale in essere con la predetta società, con conseguente dovere di astensione del soggetto che versi nella indicata ipotesi di conflitto di interessi.

Sulla base delle considerazioni espresse, si rimette dunque a codesta Amministrazione ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente