



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... – Concessione per progettazione, costruzione e gestione del cimitero comunale – modifica contrattuale – art. 175 d.lgs. 50/2016 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0172-2025-FC

FUNZ CONS 40/2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 26 giugno 2025 acquisita al prot. Aut. n. 94065, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 23 settembre 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, con procedura ad evidenza pubblica ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016 (finanza di progetto), la concessione avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva, la costruzione e la gestione del cimitero comunale; gara aggiudicata e contrattualizzata nel 2019 a seguito dell'approvazione del progetto definitivo (con delibera G.C. n. 124/2019), contemplante (quale offerta migliorativa da parte del concessionario in sede di gara, in conformità al relativo disciplinare) la realizzazione, da parte del concessionario stesso, di un tempio crematorio.

La richiedente rappresenta, altresì, che con provvedimento del 2021 (determina UTC n. 76 del 10.11.2021) è stata sospesa dall'Amministrazione medesima ogni altra determinazione in merito al procedimento relativo all'affidamento della suindicata concessione, alla luce delle intervenute modifiche alla L.R. Campania n.20/2006 ("Regolamentazione per la cremazione dei defunti e di loro resti, affidamento, conservazione e dispersione delle ceneri derivanti dalla cremazione"), apportate dalla L.R. Campania n. 27/2019 (art. 1, comma 61), contemplanti l'adozione di un Piano regionale di coordinamento per il rilascio delle autorizzazioni regionali alla realizzazione dei crematori da parte dei Comuni (con previsione, secondo il

comma 1-quater, per cui “Nelle more del Piano di cui al comma 1-bis, è sospesa la realizzazione di nuovi impianti crematori”). Tale Piano, adottato in data 23.04.2024 e pubblicato sul Burc n. 34 del 29.04.2024, ha sottoposto il rilascio dell'autorizzazione dell'unico impianto ulteriore da realizzarsi nelOMISSIS..... e/o area limitrofa, a specifiche prescrizioni in ordine alle caratteristiche tecniche dello stesso, non corrispondenti a quelle previste per il Tempio crematorio oggetto del suindicato affidamento (nei termini descritti nell'istanza di parere).

La stessa Amministrazione aggiunge a quanto sopra di aver espresso il proprio dissenso in sede di Conferenza dei servizi nel procedimento volto al rilascio dell'Autorizzazione Unica Ambientale sull'impianto crematorio oggetto di affidamento (nota prot. 501/2025 allegata all'istanza). Detta Autorizzazione è stata rilasciata dallaOMISSIS..... con provvedimento n. 873/2025 (di aggiornamento e conferma dell'AUA n. 357/2024 e che rimette all'Ufficio SUAP del Comune l'adozione del provvedimento conclusivo) e, avverso la stessa, il Comune ha presentato un'impugnativa innanzi al competente TAR. Il parere di dissenso prot. n. 501/2025 emesso dal richiedente in sede di Conferenza dei servizi, evidenzia - tra le motivazioni – oltre alla non conformità dell'impianto crematorio oggetto di affidamento, alle nuove prescrizioni regionali sopra indicate, anche una difformità tra il progetto dell'impianto stesso approvato con delibera G.C. n. 124/2019 e i grafici presentati dal concessionario a corredo dell'istanza di Autorizzazione Unica Ambientale (nei termini indicati nel parere di dissenso) che – secondo l'Amministrazione comunale -costituirebbero “modifiche sostanziali” rispetto al progetto definitivo approvato con la citata delibera G.C. (pag. 2 e 3 parere di dissenso).

La stessa Amministrazione osserva al riguardo che l'eventuale adattamento dell'intervento sopra indicato alle nuove prescrizioni regionali, costituirebbe una variazione sostanziale alle condizioni di aggiudicazione della concessione e determinerebbe una modifica del piano economico-finanziario ad esclusivo vantaggio del concessionario. Pertanto, chiede all'Autorità di fornire indicazioni al riguardo e, in particolare, se trattandosi di variazione sostanziale, l'Amministrazione sia tenuta a risolvere il contratto in essere con il concessionario, con riconoscimento allo stesso dell'indennizzo previsto dalla disciplina di settore ed esclusione di possibili rinegoziazioni a seguito dell'adozione del suindicato Piano regionale.

Successivamente alla presentazione dell'istanza di parere sopra indicata, l'impresa affidataria della concessione in oggetto –OMISSIS..... – con nota pervenuta in data 15 settembre 2025, acquisita al prot. Aut. n. 122309, dopo aver illustrato l'iter che ha condotto alla sottoscrizione della convenzione con ilOMISSIS..... e le azioni, anche giurisdizionali, intraprese dalla società avverso taluni provvedimenti dell'Amministrazione medesima (come meglio specificati nella nota citata), ha evidenziato che il Piano Regionale adottato con delibera G.R. n. 443/2024 riconosce la realizzabilità di un secondo impianto crematorio nellaOMISSIS..... nell'Area Sud della città, come ricomprensiva del territorio delOMISSIS....., ovvero in favore

dell'unica convenzione già contrattualizzata traOMISSIS..... e Comune medesimo. Evidenzia altresì che a fronte dell'intervenuta adozione del Piano Regionale e dell'intervenuta Autorizzazione Unica Ambientale, il Comune non ha ancora provveduto alla completa riattivazione del rapporto concessorio, osservando che la relativa convenzione consentirebbe una variante (anche sostanziale) al contratto in essere, ove determinata da normativa sopravvenuta.

Sulla base delle considerazioni svolte nella nota sopra indicata, quindi, la società chiede all'Anac di dichiarare l'istanza di parere avanzata dall'Amministrazione comunale inammissibile, posto che sull'oggetto della stessa è in corso un procedimento giurisdizionale dinanzi al competente TAR o, in via graduata, la possibilità di prendere parte al presente procedimento volto al rilascio del parere richiesto dal Comune.

Preliminarmente in relazione a quanto richiesto dall'impresa – in disparte i profili della fattispecie sopra illustrata che esulano dalla sfera di competenza di questa Autorità – sembra opportuno osservare che con il quesito posto, l'Amministrazione comunale ha chiesto all'Anac di fornire indicazioni in ordine all'eventuale risoluzione del rapporto concessorio, in presenza di variazioni sostanziali da apportare alla concessione, a seguito delle intervenute nuove prescrizioni regionali in materia di realizzazione di impianti crematori, nei termini in precedenza indicati. Variazioni derivanti altresì (secondo quanto evidenziato nella nota di dissenso prot. n. 501/2025, emessa dal Comune richiedente in sede di Conferenza dei servizi) dalla difformità tra gli elaborati progettuali dell'impianto approvati dal Comune stesso e i grafici presentati dal concessionario a corredo dell'istanza di Autorizzazione Unica Ambientale.

Oggetto del quesito posto, quindi, non è la validità del provvedimento di Autorizzazione Unica Ambientale rilasciato dalla competente Amministrazione e oggetto di impugnativa innanzi al TAR avanzata dalOMISSIS..... (secondo quanto riferito nell'istanza di parere), ma più propriamente se, in presenza di modifiche al rapporto concessorio, di natura sostanziale, la stazione appaltante sia tenuta a risolvere la relativa convenzione.

Questa Autorità, limitatamente ai profili di competenza e nell'intento di fornire un ausilio per l'Amministrazione richiedente, ritiene quindi di poter intervenire nella fattispecie esclusivamente fornendo un indirizzo generale in relazione ai limiti entro i quali la disciplina di settore consente di procedere a variazioni del rapporto concessorio e alla risoluzione dello stesso, rimettendo quindi alla SA ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere.

Si osserva quindi, in via generale, che in virtù del rinvio operato dall'art. 179 del d.lgs. 50/2016 (*ratione temporis* applicabile alla fattispecie), alle disposizioni di cui alla parte III del Codice medesimo, le stazioni appaltanti possono procedere a modifiche dei contratti di partenariato pubblico privato in corso di esecuzione, nei casi e nel rispetto delle condizioni previste dall'art. 175 del Codice (Atto Pres. del 10.12.2024-Fasc3590/2024).

Tale ultima disposizione stabilisce al comma 1 che le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione: a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state espressamente previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili che fissino la portata, la natura delle eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate, e sempre che non alterino la natura generale della concessione; b) per lavori o servizi supplementari da parte del concessionario originario che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale, ove un cambiamento di concessionario risulti impraticabile per motivi economici o tecnici e comporti per la stazione appaltante un notevole ritardo o un significativo aggravio dei costi; c) se le modifiche sono divenute necessarie a causa di circostanze imprevedibili per la stazione appaltante; e) se non sono “sostanziali” ai sensi del comma 7, ossia non alterano considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuito, secondo le indicazioni contenute nella citata disposizione.

A sua volta il comma 4 dello stesso art. 175 stabilisce che «Le concessioni possono essere modificate senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione, né di verificare se le condizioni di cui al comma 7, lettere da a) a d), sono rispettate se la modifica è al di sotto di entrambi i valori seguenti: a) la soglia fissata all'articolo 35, comma 1, lettera a); b) il 10 per cento del valore della concessione iniziale».

Il comma 7 dell'art. 175, richiamato dalle suindicate disposizioni, stabilisce quindi che, fatti salvi i commi 1 e 4, la modifica al rapporto concessorio è ritenuta “sostanziale” se almeno una delle seguenti condizioni è soddisfatta: «a) la modifica introduce condizioni che, ove originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, oppure avrebbero consentito una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione; b) la modifica altera l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale; c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione; d) se un nuovo concessionario sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d)».

Si richiama, infine, l'art. 175, comma 8, del Codice ai sensi del quale «Una nuova procedura di aggiudicazione di una concessione è richiesta per modifiche delle condizioni di una concessione durante il periodo della sua efficacia diverse da quelle previste ai commi 1 e 4».

Come più volte sottolineato dall'Autorità, le disposizioni dell'art. 175 (e le corrispondenti disposizioni dell'art. 106 per gli appalti), laddove individuano i casi e le condizioni per poter apportare modifiche al rapporto concessorio, devono ritenersi di stretta interpretazione, trattandosi di deroghe al principio dell'evidenza pubblica, con conseguente impossibilità di procedere a *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 (Comunicato del Presidente del 21 marzo 2021).

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 nel d.gs. 50/2016 sia nel d.lgs. 36/2023 (e già nella l.n. 109/1994 e nel d.lgs. 163/2006), 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, dispongono che non è consentito procedere a modifiche sostanziali degli stessi (ex multis parere Funz Cons 17/2025).

Indicazioni in tal senso sono contenute altresì nel Contratto Standard sul PPP (approvato congiuntamente dall'ANAC e dalla Ragioneria generale dello Stato, anno 2020) nel quale, in relazione alle disposizioni dell'art. 175 del d.lgs. 50/2016, è stato affermato che «Qualora le modifiche al Contratto presentino carattere sostanziale, alterando in modo considerevole gli elementi essenziali dell'assetto concessorio e negoziale originariamente pattuito, il Concedente non potrà procedere con affidamento diretto ma dovrà necessariamente indire una nuova procedura di gara. Il riferimento al carattere sostanziale rimanda a tutte quelle modifiche che: a) se previste sin dall'inizio nei documenti di gara, avrebbero inciso sull'esito della procedura iniziale, consentendo l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata oppure una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione; b) alterano l'equilibrio economico della concessione a favore del Concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale, quasi in modo da portare a un aliud pro alio di rilevante entità; c) estendono notevolmente l'ambito di applicazione della concessione; d) portano alla sostituzione del Concessionario in casi diversi da quelli disciplinati dall'articolo 175, comma 1, lettera d), del Codice (cfr. Corte giust. Comm. UE 19 giugno 2008, causa n. C-454/06). In sintesi, fuori dai casi tipizzati dal legislatore, il Contratto nei suoi elementi essenziali non può essere

modificato attraverso una semplice rinegoziazione delle condizioni con il soggetto scelto come contraente a seguito di procedura ad evidenza pubblica. Ed anche in caso di modifica tassativa, è, comunque, vietata la proroga della concessione (cfr. parere Comitato economico e sociale sul “Rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico privato (PPP)” 2001/C 14/19). Coerentemente con la ratio delle previsioni esaminate.... le modifiche contrattuali non possono in ogni caso determinare una maggiore redditività per il Concessionario, né alterare l’allocazione dei rischi. (...)» (Relazione Illustrativa del Contratto Standard PPP).

Per quanto sopra, 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 espliciti dal giudice comunitario) e, come tali, non ammesse dall’ordinamento (Parere AG 10/2017/AP cit.).

In relazione al caso sottoposto all’attenzione dell’Autorità, quindi, sulla base delle disposizioni dell’art. 175 del d.lgs. 50/2016 e del richiamato avviso giurisprudenziale in materia, non può che ribadirsi che non appare consentito, in corso di esecuzione del rapporto concessorio, apportare modifiche sostanziali allo stesso, pertanto, l’Amministrazione competente, laddove addivenisse ad una valutazione di sostanzialità della modifica contrattuale - tuttavia presentata come controversa nella ricostruzione formulata dall’operatore economico - ai sensi del citato comma 7 dell’art. 175 del Codice, sarebbe tenuta a procedere all’indizione di una nuova procedura di affidamento della concessione medesima, previa cessazione del contratto in essere con l’attuale concessionario.

Indicazioni in tal senso sono contenute nello stesso art. 175 che, al comma 8, stabilisce che «Una nuova procedura di aggiudicazione di una concessione è richiesta per modifiche delle condizioni di una concessione durante il periodo della sua efficacia diverse da quelle previste ai commi 1 e 4», nonché nell’art. 176 del d.lgs. 50/2016 a tenore del quale «1. Fermo restando l’esercizio dei poteri di autotutela, la concessione può cessare, in particolare, quando: (...) c) la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione ai sensi dell’articolo 175, comma 8».

Tali disposizioni, in recepimento della direttiva 2014/23/UE, sono evidentemente finalizzate a garantire il rispetto del principio di concorrenza, a fronte di modifiche sostanziali al rapporto concessorio in corso di svolgimento (nei termini in precedenza indicati), richiedendo in tal caso, proprio a garanzia di tale principio, l'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione della concessione.

Secondo le indicazioni provenienti dal Considerando 75 della citata direttiva, infatti, «Una nuova procedura di concessione è necessaria quando vengono apportate modifiche sostanziali alla concessione iniziale, in particolare al campo di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, inclusa la ripartizione dei diritti di proprietà intellettuale. Tali modifiche dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare termini o condizioni essenziali della concessione in questione. Ciò si verifica, in particolare, quando le condizioni modificate avrebbero inciso sull'esito della procedura nel caso in cui fossero state parte della procedura sin dall'inizio».

Il Considerando 76 della stessa direttiva aggiunge (tra l'altro) che le modifiche successive all'aggiudicazione di una concessione, «non dovrebbero essere finalizzate a eludere la presente direttiva», mentre il Considerando 80 sottolinea che «Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori si trovano a volte ad affrontare circostanze che impongono la risoluzione anticipata della concessione al fine di rispettare gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione nel settore delle concessioni. Gli Stati membri dovrebbero pertanto assicurare che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori abbiano la possibilità, alle condizioni stabilite dal diritto nazionale, di risolvere una concessione durante il periodo di validità della stessa, se così richiesto dal diritto dell'Unione».

Per quanto sopra, in risposta al quesito sottoposto all'attenzione dell'Autorità, valgono le considerazioni svolte in ordine ai casi e ai limiti entro i quali è consentito, dalla disciplina di settore, apportare modifiche al rapporto concessorio in corso di svolgimento, rimettendo a codesta Amministrazione comunale 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