



CORTE DEI CONTI

SEZIONE DI CONTROLLO

PER LA REGIONE VALLE D'AOSTA/VALLÉE D'AOSTE

**DELIBERAZIONE E RELAZIONE SUL
CONTROLLO DELLA LEGITTIMITÀ E DELLA
REGOLARITÀ DELLA GESTIONE DELLA
SOCIETÀ FUNIVIE MONTE BIANCO S.P.A.
PER IL PERIODO 2011-2017.**

Deliberazione n. 8 del 23 giugno 2020



CORTE DEI CONTI



CORTE DEI CONTI

SEZIONE DI CONTROLLO

PER LA REGIONE VALLE D'AOSTA/VALLÉE D'AOSTE

**DELIBERAZIONE E RELAZIONE SUL
CONTROLLO DELLA LEGITTIMITÀ E DELLA
REGOLARITÀ DELLA GESTIONE DELLA
SOCIETÀ FUNIVIE MONTE BIANCO S.P.A.
PER IL PERIODO 2011-2017.**

Relatore:
Consigliere Dott. Roberto D'ALESSANDRO

Ha coadiuvato il relatore nell'attività istruttoria e nell'elaborazione dei dati la Dr.ssa Sabrina Da Canal.



Deliberazione n. 8/2020

REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE DI CONTROLLO PER LA REGIONE VALLE D'AOSTA/VALLÉE D'AOSTE

Collegio n. 4

composta dai magistrati:

Piergiorgio Della Ventura	Presidente
Roberto D'Alessandro	Consigliere relatore
Franco Emilio Mario Vietti	Consigliere
Sara Bordet	Consigliere

nell'adunanza in camera di consiglio del 23 giugno 2020;

visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20, e successive modificazioni;

vista la legge 5 giugno 2003, n. 131, e successive modificazioni;

visto il decreto legislativo 5 ottobre 2010, n. 179 (*"Norme di attuazione dello statuto speciale della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste"*), che ha istituito la Sezione di controllo della Corte dei conti per la Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste e ne ha disciplinato le funzioni;

vista la deliberazione della Sezione plenaria 17 febbraio 2020, n. 1, con la quale è stato

approvato il programma di controllo per il 2020;

visto il decreto del Presidente della Sezione 14 febbraio 2020, n. 2 con il quale sono stati costituiti i collegi ai sensi dell'articolo 3 del d.lgs. n. 179/2010;

visto il decreto 16 marzo 2020, n. 3, con la quale il Presidente della Sezione ha assegnato il *"controllo sulla legittimità e sulla regolarità della gestione della società Funivie Monte Bianco S.p.a. per il periodo 2011-2017"* al Consigliere dott. Roberto D'Alessandro;

visto il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27 ed in particolare l'articolo 85, commi 2 e 3, lett. e), come sostituito dall'articolo 5 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28;

visto il decreto del Presidente della Corte dei conti 3 aprile 2020, n. 139, recante *"Regole tecniche ed operative in materia di coordinamento delle Sezioni regionali di controllo in attuazione del decreto-legge n. 18/2020"*;

viste le ordinanze del Presidente della Sezione 23 marzo 2020, n. 6, 14 aprile 2020, n. 8 e 30 aprile 2020, n. 12, contenenti disposizioni per lo svolgimento delle attività istituzionali della Sezione, nell'ambito delle misure finalizzate a contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19;

vista l'ordinanza 15 giugno 2020, n. 14 con la quale il Presidente della Sezione ha convocato l'odierna adunanza, in collegamento da remoto (videoconferenza);

visti gli esiti dell'attività istruttoria svolta;

udito il relatore, Consigliere dott. Roberto D'Alessandro;

DELIBERA

di approvare la *"Relazione sul controllo della legittimità e della regolarità della gestione della società Funivie Monte Bianco S.p.a. per il periodo 2011-2017"*, che alla presente si unisce, quale parte integrante;

DISPONE

che copia della presente deliberazione sia trasmessa, a cura della Segreteria della Sezione:

- a. al Presidente del Consiglio regionale;
- b. al Presidente della Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste;
- c. all'Assessore al bilancio, finanze, patrimonio e società partecipate della Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste;
- d. al Ministero per gli Affari europei - Dipartimento per le politiche europee.

Così deliberato in collegamento tramite videoconferenza, nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2020.

Il Magistrato relatore

(Roberto D'Alessandro)

Il Presidente

(Piergiorgio Della Ventura)

Depositata in segreteria il 23 giugno 2020.

Il funzionario

(Debora Marina Marra)

INDICE GENERALE

1. La premessa in fatto e l'attività istruttoria svolta	1
2. La società "Funivie Monte Bianco S.p.a."	3
3. L'attività svolta dalla società	8
3.1. Ricostruzione della vicenda "Skyway"	11
3.1.1. L'accordo di programma	11
3.1.2. L'atto di concessione	14
4. Concessione ed appalto	21
4.1. Normativa europea	22
4.1.1. Disposizioni e principi del Trattato CE	22
4.1.2. Norme fondamentali che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti	24
4.2. Quadro nazionale	26
4.3. Cenni sull'elaborazione giurisprudenziale nazionale	37
5. Il caso "Funivie" alla luce del quadro normativo	41
5.1. Premessa	41
5.2. La fase programmatica	41
5.3. La progettazione	44
5.4. L'esecuzione dell'opera e il suo affidamento	46
5.5. Il finanziamento dell'opera e la sua gestione	50
5.6. Le obbligazioni dedotte e relative criticità	51
6. Questioni interpretative della legge regionale 23 dicembre 1999, n. 38	63
7. Il canone di concessione e la legge regionale 24 aprile 2019, n.4	69
7.1. Criteri generali sulle relazioni di stima	71
7.2. Osservazioni sulla determinazione del canone	76
8. Considerazioni conclusive ed indicazioni operative	81

INDICE DELLE TABELLE

Tabella 1 - Calcolo della percentuale di incidenza rispetto ai ricavi caratteristici	73
Tabella 2 - Calcolo proposto per il canone per il periodo 2015 - 2018	74
Tabella 3 - Calcolo della percentuale di incidenza rispetto al reddito operativo	74
Tabella 4 - Calcolo alternativo del canone per il periodo 2015 - 2018	74
Tabella 5 - Confronto dei metodi di determinazione del canone	75

1. La premessa in fatto e l'attività istruttoria svolta.

La presente relazione è prevista nel programma della sezione, approvato con deliberazione 17 febbraio 2020, n. 1¹. Lo schema proposto di tale programma, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1, comma 2 del decreto legislativo 5 ottobre 2010 n. 179, era stato previamente inviato, in data 27.11.2018, ai competenti organi regionali. Con successivo decreto del Presidente n. 3/2020² è stata assegnata la relativa istruttoria.

Ciò premesso, la Sezione ha preso in esame la Società Funivie Monte Bianco S.p.a. per valutarne la gestione sotto il profilo della legittimità e regolarità per il periodo 2011-2017, con riferimento anche agli eventi di maggior rilievo emersi fino alla data odierna.

La Sezione reputa necessario evidenziare come il presente referto si limiterà agli aspetti giuridici e di gestione dell'attività svolta dalla società, sotto il profilo del rispetto delle norme e dei principi della corretta amministrazione.

Nell'ambito dell'indicata indagine, la Sezione ha provveduto a svolgere le seguenti istruttorie:

- con nota protocollo n. 999 del 31 ottobre 2019, è stato chiesto alla Regione di fornire la documentazione concernente la concessione della gestione dell'impianto *Skyway* alla società oggetto della presente relazione, rappresentando le modalità operative di definizione del relativo canone. Sono stati, inoltre, richiesti chiarimenti circa le modalità di assunzione/nomina del personale e dei membri del Consiglio di amministrazione;
- con nota protocollo n. 142 del 31 gennaio 2020, la Sezione ha chiesto:
 - a. l'esecuzione di taluni approfondimenti relativi alle richieste già avanzate;
 - b. chiarimenti circa l'evoluzione storica della compagine sociale;
 - c. l'indicazione degli eventuali affidamenti effettuati dalla Funivie Monte Bianco S.p.a.;

¹ Corte dei conti, Sezione di controllo per la Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, deliberazione 17 febbraio 2020, n. 1, (Approvazione della programmazione dell'attività della Sezione regionale di controllo per la Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste per l'anno 2020).

² Corte dei conti, Sezione di controllo per la Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, decreto del Presidente 16 marzo 2020, n. 3, (Assegnazione delle istruttorie di cui alla deliberazione della Sezione n. 1/2020 al Consigliere dott. Roberto D'Alessandro).

- con nota protocollo n. 152 del 4 febbraio 2020, è stata chiesta all'Amministrazione regionale di trasmettere la relazione tecnica e quella illustrativa della l.r. 24 aprile 2019, n. 4.

Da ultimo, con nota n. 505 del 29 aprile 2020, è stata convocata una riunione finalizzata a chiarire il quadro emergente dagli atti complessivamente trasmessi alla Sezione. L'incontro si è svolto, attraverso la piattaforma digitale "Teams", in data 5 maggio 2020 alla presenza dei seguenti rappresentanti:

- per la Sezione di controllo:
 - a. il Magistrato istruttore, Cons. Roberto D'Alessandro;
 - b. l'istruttore contabile, Dott.ssa Sabrina Da Canal (verbalizzante);
- per la Regione:
 - a. il Coordinatore del Dipartimento bilancio, finanze, patrimonio e società partecipate della Regione, Dott. Peter Bieler;
 - b. il Dirigente della struttura infrastrutture funiviarie, Dott. Giuliano Zoppo;
 - c. il Dirigente della struttura aeroporto e ferrovie, Dott. Marco Trevisan;
 - d. il Vice Direttore generale di Finaosta S.p.a., Dott. Roberto Francesconi.

2. La società “Funivie Monte Bianco S.p.a.”.

Al fine di meglio inquadrare il soggetto privato, a partecipazione pubblica, concessionario della infrastruttura denominata “Skyway”, appare opportuno, in via preliminare, analizzare la sua evoluzione sul piano strettamente societario.

Come emerso nell’incontro del 5 maggio 2020, prima dell’ingresso dell’odierna società, la gestione dei due originari tronchi dell’infrastruttura funiviaria, all’epoca proprietà del Genio militare, era affidata a Monte Bianco S.p.a., società a partecipazione mista di cui la Regione deteneva il 7,38 per cento delle quote azionarie.

Nell’anno 1995, in conseguenza del conferimento di ramo d’azienda, effettuato da tale ultima società al dichiarato fine “*di lasciare in capo alla sola Monte Bianco S.p.a. le conseguenze delle procedure di responsabilità e risarcitorie aperte a seguito della valanga del Pavillon del 1990*”³, venne ad esistenza la Funivie Monte Bianco S.p.a.. Come noto, il conferimento di ramo d’azienda è l’operazione mediante la quale un soggetto (conferente) conferisce parte del proprio complesso aziendale ad un altro (conferitario), preesistente o di nuova costituzione, ricevendo quale corrispettivo una partecipazione nel capitale di quest’ultimo. All’esito di tale conferimento, espresso nei reciproci rapporti dal “*concambio di azioni*” (determinazione del numero di azioni della conferitaria spettanti a ciascun socio della conferente), emerse una ridefinizione degli assetti proprietari.

Nello specifico, adottando un metodo non proporzionale di distribuzione delle quote della *newco*, la percentuale di partecipazione del socio Regione passò al 15,18 per cento nella Funivie Monte Bianco S.p.a., con contestuale uscita dalla compagine sociale della Monte Bianco S.p.a.. Tale *asset* azionario, in un secondo momento, venne ceduto dall’Amministrazione regionale alla sua finanziaria, Finaosta S.p.a., nell’ambito della “*gestione speciale*”.

Al fine di ricostruire l’evoluzione della compagine sociale della Funivie Monte Bianco S.p.a. dalla sua costituzione ad oggi, si elencano di seguito i passaggi di maggiore interesse:

³ Verbale 5 maggio 2020, ns. prot. 12 maggio 2020, n. 522.

1. nel 2000, su mandato regionale, Finaosta S.p.a. ha acquistato un ulteriore 34,82 per cento, attestando la propria partecipazione al 50 per cento;
2. nel 2001, Monte Bianco S.p.a., detentrici del restante 50 per cento, cede la propria partecipazione rispettivamente ai seguenti soggetti:
 - a. Perioste - società anonima di diritto lussemburghese - per il 40 per cento;
 - b. Finlic S.p.a. per il 10 per cento;
3. dall'elenco soci, depositato in data 26 febbraio 2004, risulta quanto segue:
 - Finaosta S.p.a. - partecipazione maggioritaria del 50,01 per cento;
 - Perioste - società anonima di diritto lussemburghese - partecipazione pari al 39,99 per cento;
 - Finlic S.p.a. - partecipazione pari al 9,99 per cento.

Emerge, dunque, una parziale redistribuzione delle quote azionarie a favore di Finaosta S.p.a. che detiene ora, seppur con un margine limitatissimo, il controllo della società in oggetto;

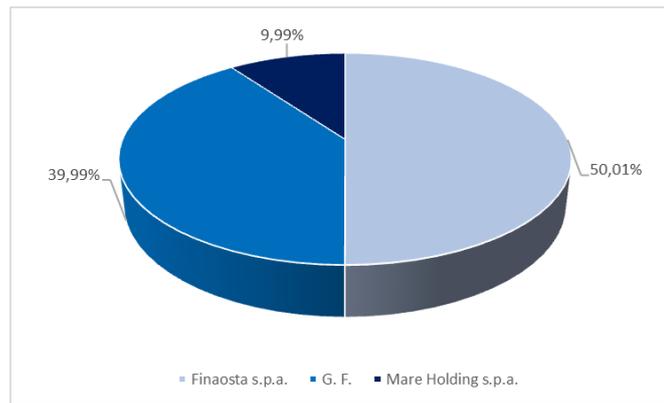
4. rispettivamente in data 18 dicembre 2004 e in data 27 dicembre 2004, si registrano le seguenti cessioni:
 - a. Perioste s.a. cede la propria partecipazione ad una persona fisica (già consigliere di amministrazione della stessa società, fin dalla data della sua costituzione);
 - b. Finlic S.p.a. cede la propria partecipazione alla società Mare Holding S.p.a.. Deve esser segnalato come tale società appartenga agli stessi proprietari della cedente.

Circa le motivazioni poste a base di tale modifica della compagine sociale⁴, la Regione ha risposto come segue: *“in data 18/12/2004 è avvenuta la trascrizione a libro soci della cessione dell'intera quota di partecipazione al capitale sociale della Funivie Monte Bianco S.p.a. detenuta dalla Perioste S.A. al Sig. F. G., come risultante dalla girata in data 27 febbraio 2004 presente sul certificato azionario N° 8. Trattasi di un'operazione di trasferimento di titoli azionari tra soggetti privati della quale non si conosce la motivazione [...]”*⁵. Nulla è stato riferito, invece, circa la cessione delle quote di Finlic S.p.a. a Mare holding S.p.a..

⁴ Corte conti, nota istruttoria 31 gennaio 2020, n. 142.

⁵ Regione, nota di risposta ns. prot. 11 febbraio, 2020, n. 210.

c. Ad oggi la compagine societaria rimane invariata e si presenta come segue:



Fonte: Elaborazione Corte dei conti su dati Registro imprese.

- Finaosta S.p.a. - partecipazione maggioritaria del 50,01 per cento;
- G.F. (persona fisica) - partecipazione pari al 39,99 per cento;
- Mare Holding S.p.a. - partecipazione pari al 9,99 per cento.

La società oggetto della presente relazione risulta iscritta alla CCIAA di Aosta ed ha sede legale presso il Comune di Courmayeur. Nel corso degli anni, l'ambito di attività è stato ampliato e, attualmente, l'oggetto sociale risulta: *“la costruzione e l'esercizio, sia per conto proprio sia per conto di terzi, di funivie, funicolari, sciovie, slittovie e di qualsiasi altro mezzo di risalita o impianto funiviario in genere, ivi comprese infrastrutture ad essi pertinenti o comunque collegate; la costruzione e l'esercizio, sia per proprio sia per conto di terzi, di impianti sportivi, aree attrezzate, infrastrutture ludiche, culturali, o ricettive in genere, ivi comprese infrastrutture ad essi pertinenti o comunque collegate; la costruzione, l'acquisto e la gestione sia per conto proprio sia per conto di terzi di pubblici esercizi, ristoranti, bar, pizzerie, motels, residences, alberghi, rifugi, taverne, discoteche, circoli sportivi e associazionistici e ogni altra attività affine e connessa; la costruzione, l'acquisto e la gestione sia per conto proprio sia per conto di terzi di esercizi commerciali al dettaglio di articoli ricordo, cartoline, libri, giornali e periodici, prodotti dall'artigianato tipico, articoli e attrezzi sportivi, articoli di vestiario e accessori di abbigliamento; la prestazione di servizi tecnici, amministrativi organizzativi e commerciali a imprese o gruppi di imprese operanti nel settore turistico o in settori ad esso collegati; la partecipazione e collaborazione alla realizzazione di nuove strutture o iniziative imprenditoriali nel settore turistico o in settori ad esso collegati. La società inoltre, non in via prevalente ed al solo fine*

di realizzare l'oggetto sociale, potrà compiere tutte le operazioni commerciali, industriali e finanziarie, mobiliari ed immobiliari, che saranno ritenute, dall'organo amministrativo, necessarie od utili, nonché prestare e ricevere avalli, fidejussioni ed ogni altra garanzia, anche reale, a garanzia di debiti ed obbligazioni sociali. La società potrà richiedere ed accettare sussidi, finanziamenti e fondi dalla UE, dallo Stato e da qualunque altra amministrazione pubblica stipulando le relative convenzioni. Essa potrà inoltre assumere, e dappoi eventualmente cedere, non ai fini del collocamento ma solo di stabile investimento, sia direttamente che indirettamente interessenze e partecipazioni in altre imprese aventi oggetto analogo, affine o connesso al proprio. Il tutto nel rispetto delle norme ed autorizzazioni di legge e con espressa esclusione della raccolta del risparmio tra il pubblico e dell'esercizio professionale nei confronti del pubblico delle attività di cui all'art. 1 della legge 2 gennaio 1991 n. 1".

Per quanto riguarda il sistema di amministrazione e controllo, emerge l'adozione di un sistema tradizionale basato sulla presenza di un collegio sindacale composto da cinque membri (un Presidente, due Sindaci effettivi e due supplenti), un revisore dei conti e un consiglio di amministrazione, anch'esso costituito da cinque componenti.

Ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175: *"l'organo amministrativo delle società a controllo pubblico è costituito, di norma, da un amministratore unico. [...] L'assemblea della società a controllo pubblico, con delibera motivata con riguardo a specifiche ragioni di **adeguatezza organizzativa** e tenendo conto delle esigenze di **contenimento dei costi**, può disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri, ovvero che sia adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo previsti dai paragrafi 5 e 6 della sezione VI-bis del capo V del titolo V del libro V del codice civile. La delibera è trasmessa alla sezione della Corte dei conti competente ai sensi dell'articolo 5, comma 4, e alla struttura di cui all'articolo 15"*. Si osserva che, in ottemperanza al citato dettato normativo, la società ha inviato a questa Sezione, in data 6 aprile 2018, il verbale dell'assemblea ordinaria dei soci svoltasi in data 14 marzo 2018, nel corso della quale è stato nominato un nuovo organo amministrativo, composto da cinque membri. In ordine alle ragioni di adeguatezza organizzativa e di contenimento dei costi richiamati dalla norma, dal verbale trasmesso emerge che *"egli [M.L. - in rappresentanza di Finaosta S.p.a.] propone di confermare un organo amministrativo collegiale e di mantenere in 5 il numero dei componenti,*

*ritenendo motivata tale scelta sulla base della **complessità organizzativa** legata alla dimensione dell'impresa (fatturato e dipendenti) e alla opportunità di contare sul contributo operativo e sull'esperienza imprenditoriale dei soci di minoranza, così come tra l'altro statutariamente previsto dal meccanismo del voto di lista. Per quanto concerne l'aspetto legato ai **compensi**, il rappresentante di Finaosta S.p.a., alla luce di quanto previsto dal Decreto sopra richiamato, sottolinea come fino ad oggi non siano stati previsti compensi per i Consiglieri di amministrazione (ad esclusione del Presidente e dell'Amministratore delegato) e propone di ridurre i compensi deliberati per il mandato in scadenza, pari complessivamente a 45 mila euro annui, a 43 mila euro annui (15 mila euro da attribuire al Presidente, 20 mila da mettere a disposizione del Consiglio di amministrazione per la remunerazione del Consigliere a cui verranno affidate deleghe operative e 2 mila euro a ciascun Consigliere)".*

In proposito, deve essere posto in luce come, sul piano dei costi, il regime del consiglio di amministrazione si riveli rispettosa delle prescrizioni di legge. Sul piano della composizione, restano inesplicate le ragioni poste a base del mantenimento del numero di cinque componenti, giustificato sulla base di una motivazione stereotipata ed impiegata, orizzontalmente, per tutte le partecipate regionali⁶.

⁶ "L'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi è inteso dalla consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo una concezione sostanziale/funzionale, nel senso che esso è **da intendersi rispettato quando l'atto reca l'esternazione del percorso logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere alla decisione adottata e il destinatario è in grado di comprendere le ragioni di quest'ultimo**" (da ultimo: Cons. Stato, V, 25 maggio 2017, n. 245; III, 23 novembre 2015, nn. 5311 e 5312; IV, 21 aprile 2015, n. 2011; V, 24 novembre 2016, n. 4959, 23 settembre 2015, n. 4443, 28 luglio 2015, n. 3702, 14 aprile 2015, n. 1875, 24 marzo 2014, n. 1420; VI, 6 dicembre 2016, n. 5150).

3. L'attività svolta dalla società.

Premessa della presente analisi è distinguere la categoria degli impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo da quella degli impianti che svolgono un servizio di trasporto pubblico locale. La legislazione statale era rappresentata dalla legge 23.06.1927, n. 1110, recante *«provvedimenti per la concessione all'industria privata dell'impianto e dell'esercizio di funicolari aeree e di ascensori in servizio pubblico»*, e dal r.d.l. 07.09.1938, n. 1696 *«Norme per l'impianto e l'esercizio delle slittovie, sciovie ed altri mezzi di trasporto terrestre a funi senza rotaie»*, nelle rispettive versioni derivanti dalle modifiche apportate, soprattutto, dal d.P.R. 28 giugno 1955, n. 771. La costruzione e l'esercizio di impianti a fune *«in servizio pubblico»* erano soggetti al rilascio di provvedimenti di concessione, da parte dei comuni, delle province, o del Ministero dei trasporti, in funzione del riferimento territoriale. La nozione di impianti *«in servizio pubblico»* identificava una platea di impianti più estesa di quella degli impianti adibiti ad un servizio di trasporto pubblico locale, che erano regolamentati dal citato r.d.l. n. 1696 del 1938 (che ne caratterizzava l'*«esercizio in servizio pubblico»*) (art. 1, comma 1).

Le qualità, che differenziano la categoria degli impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo da quella degli impianti che svolgono un servizio di trasporto pubblico locale, si riportano ai seguenti fattori:

- gli impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo consentono l'accesso alla montagna (da non confondersi con le località montane ma con la montagna in senso stretto) per una sua fruizione turistica e sportiva;
- essi costituiscono componente indissolubile di un'azienda formata anche da altri *asset* (ad esempio, piste da sci, sistemi di innevamento artificiale) e dalle strutture ad essi serventi per lo svolgimento delle dette attività.

Tali caratteristiche, naturalmente, influiscono in modo immediato sulla determinazione del prezzo di accesso agli impianti, diretto a garantire un margine di redditività oltre che il recupero dei costi di costruzione e di esercizio dell'impianto.

Quella caratteristica peculiare, che distingue il trasporto con impianti a fune *«per la mobilità turistico-sportiva»* in aree montane dal servizio di trasporto pubblico locale esercitato con impianti a fune per il collegamento tra centri abitati o di centri abitati con strade o ferrovie,

è stata riconosciuta da tempo, in ambito comunitario, in occasione dello scrutinio di legittimità di misure sospettate di integrare gli estremi di aiuti di Stato al settore. In proposito, l'orientamento assunto a livello comunitario depone chiaramente per l'esclusione dal novero dei servizi economici di interesse generale⁷, essendo stato affermato che *«17. non tutti gli impianti a fune sono utilizzati per esigenze di mobilità generale, ma molti sono destinati a una specifica categoria economica di utenti, vale a dire i consumatori di un bene di servizio, che non è il trasporto in sé. È il caso, ad esempio, degli impianti a fune destinati principalmente agli sciatori. Questi impianti non forniscono un servizio di trasporto generale, però offrono i servizi di un impianto funzionale alla pratica di uno sport.»*; *«41. In generale, gli impianti a fune finalizzati ad un'attività sportiva, non forniscono un servizio di interesse economico generale ed il loro finanziamento non può essere giustificato ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, del trattato CE. Essi non soddisfano esigenze fondamentali di carattere generale della popolazione, ma sono finalizzati a generare profitti per il tramite degli sport invernali. Il livello effettivo di prezzo delle tariffe pagate dagli utilizzatori mostra che questo servizio non è un bene essenziale. 42. Ovvio, in linea di principio spetta agli Stati membri definire i servizi che considerano di interesse economico generale. Tuttavia, il concetto di servizio di interesse economico generale non può essere esteso a servizi che rivestono carattere puramente commerciale e non rispondono ad esigenze generali e fondamentali della popolazione relative a servizi considerati come una parte essenziale della vita quotidiana. 43. Tali considerazioni non sono infirmate dal fatto che la costruzione e il funzionamento degli impianti a fune sono soggetti a concessione, il che obbliga l'impresa ad effettivamente gestire l'impianto e a trasportare tutti gli utenti ai prezzi correnti. È prassi normale che un certo numero di professioni e di attività siano soggette ad una speciale autorizzazione e a determinati requisiti. A questo riguardo, la situazione degli operatori*

⁷ A livello europeo, si distinguono **tre categorie di servizi di interesse generale: economici, non economici e sociali:**

- **servizi di interesse economico generale**, che sono servizi di base forniti dietro pagamento, come i servizi postali, sono soggetti alle norme in materia di concorrenza e mercato interno europeo. Tuttavia, sono possibili deroghe a tali norme qualora sia necessario per garantire l'accesso dei cittadini ai servizi di base;
- **servizi non economici**, quali la polizia, la giustizia e i regimi previdenziali previsti dalla legge, non sono soggetti a una normativa europea specifica né alle norme sul mercato interno e la concorrenza;
- **servizi sociali di interesse generale** sono quelli che rispondono alle esigenze dei cittadini vulnerabili, e si basano sui principi di solidarietà e accesso paritario. Essi possono essere sia di natura economica che non economica. Ne sono esempi i sistemi previdenziali, i servizi per l'occupazione e l'edilizia sociale.
(cfr. https://ec.europa.eu/info/topics/single-market/services-general-interest_it#categories).

degli impianti a fune non differisce sostanzialmente da quella delle imprese di altri settori e non significa che debba essere valutata ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2⁸».

Anche il legislatore statale, nei suoi interventi più recenti, ha considerato gli *“impianti di trasporti a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane”* tendenzialmente estranei al novero dei servizi pubblici locali e l'art. 4, comma 7, del d.lgs. n. 175/2016 stabilisce che *«sono altresì ammesse le partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale prevalente la gestione di spazi fieristici e l'organizzazione di eventi fieristici, nonché la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane»*. La norma introduce un'espressa eccezione alla regola generale, stabilita ai commi 1 e 2 di quell'articolo, e risponde all'esigenza di consentire il mantenimento delle società a partecipazione pubblica che gestiscono *«impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane»*, pur non essendo, tale gestione, oggetto di un servizio pubblico generale. D'altronde, ulteriore conferma alla circostanza che esse non gestiscano un servizio pubblico di interesse generale si ritrova nell'art. 26, comma 12-*quater*, del già citato d.lgs. n. 175/2016, ove si dispone che alle società partecipate di cui all'art. 4, comma 7, debba applicarsi il requisito di cui all'art. 20, comma 2, lett. e), relativo a *«partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale»*.

Sul versante giurisprudenziale, l'ormai consolidato orientamento del giudice del riparto di giurisdizione, in merito al classamento catastale degli impianti a fune con finalità turistico-sportive in aree montane (certamente significativo, nel contesto di questa analisi, perché si basa su una valutazione oggettiva della funzione imprenditoriale di quel tipo di strutture), esclude che impianti della specie possano considerarsi operanti una funzione di trasporto pubblico, attese *«le finalità alle quali è volto, di tipo turistico-sportivo e le modalità di esercizio dell'impianto, meramente commerciali»*⁹.

⁸ Commissione Europea, *«Comunicazione della Commissione indirizzata agli Stati membri e agli altri interessati in merito all'aiuto di Stato N 376/01 - Regime di aiuti in favore degli impianti a fune»* C172/2 del 18.07.2002, ed in particolare §§ 17, 41, 42 e 43.

⁹ Cass. civ., 24 febbraio 2015, n. 3733; Cass. civ., ord., 20 gennaio 2017, n. 1442; Cass. civ., ord., 6 ottobre 2017, n. 23478; Cass. civ., ord., 30 gennaio 2018, n. 2206.

3.1. Ricostruzione della vicenda "Skyway".

L'attenzione della Sezione si è concentrata sulla gestione della procedura di realizzazione dell'opera in titolo, che costituisce sicuramente la vicenda societaria di maggior interesse, non solo a livello regionale, in termini di impatto sulle risorse pubbliche e sul potenziale di sviluppo dell'economia e del turismo locale e nazionale.

3.1.1. L'accordo di programma.

L'accordo di programma, di cui si riportano gli articoli di specifico interesse, è stato adottato - come si riferisce in preambolo - in data 21.12.2004 "ai sensi del D.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 e disciplinato dagli artt. 26, 27 e 28 della L.R. 06/04/1998, n. 11, [ed] è finalizzato a definire i prioritari adempimenti per il rinnovo, nel Comune di Courmayeur, del complesso funiviario "La Palud - Pavillon Rifugio Torino - Punta Helbronner" mediante la realizzazione del complesso funiviario "Pontal di Entrèves - Punta Helbronner"

tra

- la **Regione Autonoma Valle d'Aosta**, che nel prosieguo sarà denominata, per brevità, Regione, nella persona del Presidente della Regione (...) il quale interviene esclusivamente nel nome, per conto e nell'interesse della Regione medesima;

- il **Comune di Courmayeur**, che nel prosieguo sarà denominato, per brevità, Comune, nella persona del Sindaco (...), il quale interviene esclusivamente nel nome, per conto e nell'interesse del Comune medesimo, in esecuzione della deliberazione del Consiglio comunale n. 91/04 del 16/12/2004,

e

- la **Funivie Monte Bianco S.p.a.**, che nel prosieguo sarà denominata per brevità Soc. F.M.B., con sede in Courmayeur, fraz. La Palud n. 22, la quale interviene nel presente atto in persona del suo Presidente (...),

PREMESSO CHE

1. in vista della prossima scadenza della vita tecnica degli impianti del complesso funiviario La Palud Pavillon - Rifugio Torino - Punta Helbronner (anno 2007 per i tronchi La Palud - Pavillon e Pavillon - Rifugio Torino, entrambi di proprietà regionale, e anno 2017 per il tronco Rifugio Torino

- Punta Helbronner, di proprietà della Soc. F.M.B.) si è ravvisata la necessità di provvedere al completo rinnovamento del compendio impiantistico in questione;
2. dopo approfondite valutazioni tecnico-economiche, studi vari di fattibilità, acquisizione di elementi e pareri atti a formulare proposte tra loro alternative, la Giunta regionale, con deliberazione n. 2326 del 24/06/2002, ha incaricato, infine, la Soc. F.M.B. di elaborare gli studi preliminari per l'individuazione delle possibili alternative;
 3. in data 17/02/2003 la Soc. F.M.B. ha ultimato la consegna degli elaborati relativi agli studi preliminari alla medesima affidati;
 4. con nota del 21/03/2003 (prot. n. 9367/DPS) l'Assessore al Turismo, Sport, Commercio e Trasporti ha trasmesso al Comune di Courmayeur l'ipotesi progettuale con partenza dalla loc. Pontal di Entrèves, ritenuta la più idonea al pieno soddisfacimento delle varie esigenze emerse, nel rispetto delle norme vigenti;
 5. con deliberazione n. 41/03 del 07/05/2003 il Consiglio comunale di Courmayeur ha approvato tale scelta progettuale;
 6. con deliberazione n. 1986 del 19/05/2003, la Giunta regionale ha deliberato di concordare su quanto espresso dal Comune di Courmayeur con la deliberazione di cui al precedente punto 5;
 7. con nota del 20/06/2003 (prot. n. 8758) il Sindaco di Courmayeur ha chiesto al Presidente della Regione l'avvio delle procedure per il perfezionamento del relativo accordo di programma, ai sensi dell'art. 27 della L.R. n. 11/1998;
 8. con lettera del 27/06/2003 (prot. n. 11399/GAB) il Presidente della Regione, concordando sull'opportunità di addivenire ad un accordo di programma, ha convocato la conferenza di programma;
 9. di tale convocazione è stato dato avviso sul Bollettino Ufficiale della Regione Autonoma Valle d'Aosta n. 20 del 8 luglio 2003;
 10. nel corso della conferenza di programma tenutasi il 15/07/2003 è stata concordata la necessità di addivenire all'accordo di programma.

ARTICOLO 2

(Impegni della Regione)

La Regione s'impegna a:

- a) *smantellare gli impianti esistenti e realizzare l'opera, previo il preliminare esperimento delle attività tecniche ed amministrative propedeutiche, tramite incarico alla Soc. F.M.B. ai sensi della L.R. n. 38/1999;*
- b) *provvedere pertanto al finanziamento dell'opera, anche tramite convenzione con FINAOSTA S.p.a. ai sensi della L.R. n. 16/1982;*
- c) *acquisire, mediante procedure d'esproprio previste per legge, le aree di proprietà di privati interessate dalla realizzazione dell'impianto funiviario (e a costituire relativa servitù di sorvolo);*
- d) *rilasciare alla Soc. F.M.B. la concessione di esercizio, in comodato, dei due impianti nonché la gestione in comodato delle strutture collaterali per una durata pari a 30 anni dalla data di entrata in esercizio;*
- e) *riqualificare, direttamente o tramite il Comune di Courmayeur, l'area di partenza dell'impianto attuale in loc. La Palud, sulla base di uno specifico accordo di programma, promosso dal Comune di Courmayeur;*
- f) *intervenire presso la Società Italiana Traforo del Monte Bianco S.p.a. e la società Raccordo Autostradale Valdostano S.p.a. affinché sia garantita l'informazione al Comune di Courmayeur in merito alle problematiche contenute al punto 4 della deliberazione del Consiglio comunale n. 41/03, riguardante le modalità e i tempi di realizzazione della c.d. Collina dei Ciliegi, con particolare attenzione allo svincolo autostradale previsto in loco e della prevista barriera antirumore relativa all'ultimo tratto autostradale di accesso al tunnel, nonché la possibilità di realizzare una copertura totale del tratto autostradale stesso;*
- g) *ottemperare, per quanto di competenza, alle prescrizioni che eventualmente emergessero in sede di valutazione di impatto ambientale, per quanto concerne le possibili proposte di vincolo.*

ARTICOLO 4

(Impegni della Soc. F.M.B.)

La Soc. F.M.B. s'impegna a:

- a) *realizzare, su incarico e per conto della Regione, ai sensi della L. R. n. 38/1999, le progettazioni (definitiva ed esecutiva), tutte le attività tecniche ed amministrative connesse, nonché la costruzione dei due tronchi dell'impianto di cui si tratta, fornendone i relativi servizi collaterali, e precisamente:*

- a1) stazioni di valle (loc. Pontal di Entrèves) e di monte (Mont Fréty) del primo tratto e di tutte le opere dirette e accessorie necessarie a rendere l'impianto perfettamente funzionante;
- a2) posteggio esterno e interrato in loc. Pontal di Entrèves;
- a3) stazioni di valle (Mont Fréty) e di monte (Punta Helbronner) del secondo tratto e di tutte le opere dirette e i accessorie necessarie a rendere l'impianto perfettamente funzionante;
- a4) in generale, tutte le infrastrutture, le opere e le attività comprese nel programma;
- b) cedere alla Regione in diritto di superficie gratuito, per la durata di anni 30, le aree di sua proprietà necessarie per la realizzazione del complesso funiviario nonché, alla scadenza trentennale, a vendere alla Regione stessa tali aree, ad un prezzo concordato tra le parti o, in caso di disaccordo, al valore di esproprio;**
- c) gestire gli impianti funiviari in regime di concessione nel rispetto delle norme vigenti, curandone, con riferimento all'attuale quadro regolamentare, la manutenzione ordinaria e straordinaria;
- d) assumersi l'esercizio del parcheggio in loc. Pontal di Entrèves;
- e) cedere al Comune, in diritto di superficie per la durata di anni 30, le aree di sua proprietà necessarie alla riqualificazione della zona di La Palud, nonché, alla scadenza trentennale, a vendere al Comune stesso o alla Regione tali aree ad un prezzo concordato tra le parti o, in caso di disaccordo, al valore di esproprio;**
- f) rinunciare anticipatamente alla concessione del terzo tronco funiviario, acconsentendone altresì la dismissione e lo smantellamento;**
- g) ottemperare, per quanto di competenza, alle prescrizioni che eventualmente emergessero in sede di valutazione di impatto ambientale, per quanto concerne le possibili proposte di vincolo.

3.1.2. L'atto di concessione.

Passando all'esame dell'atto di concessione, sottoscritto in data 19 febbraio 2014, è agevole verificare come esso riproduca, specificandoli e declinandoli nei rispettivi impegni, i contenuti del precedente accordo, stabilendo che, sulla premessa delle attività precedentemente svolte:

- a) in data 21.12.2004 la **Regione autonoma Valle d'Aosta, il Comune di Courmayeur e la società Funivie Monte Bianco S.p.a.** hanno sottoscritto un **Accordo di Programma** per il

rinnovo del complesso funiviario conducente a Punta Helbronner, in Comune di Courmayeur, con il quale sono state definite le azioni e gli impegni delle parti, ciascuna delle quali ha messo a disposizione parte del proprio patrimonio, per l'esecuzione delle opere e la successiva gestione delle stesse;

- b) *il complesso funiviario riveste un'importanza strategica sia per la Regione, che ha individuato la "traversata del Monte Bianco in funivia" come prodotto "star" nel proprio Piano di marketing strategico, sia per lo Stato italiano, che ha inserito il progetto della nuova funivia nel proprio Programma delle Infrastrutture Strategiche;*
- c) *in data 11.09.2009 la Regione autonoma Valle d'Aosta, con deliberazione n. 2482/2009 della Giunta regionale, ha rilasciato alla società Funivie Monte Bianco S.p.a., la concessione per la costruzione e l'esercizio della linea di trasporto funiviario in servizio pubblico "Pontal di Entrèves - Mont Frety Punta Helbronner", di proprietà regionale;*
- d) *previa elaborazione ed approvazione delle varie fasi progettuali, impegno delle necessarie risorse e svolgimento delle procedure, i lavori di realizzazione del nuovo complesso funiviario sono in corso a cura della società Funivie Monte Bianco S.p.a.;*
- e) *in data 06.04.2012 la Regione autonoma Valle d'Aosta, con deliberazione n. 777/2012 della Giunta regionale, su richiesta della società Funivie Monte Bianco S.p.a. ha approvato, in attuazione del richiamato Accordo di programma, la risoluzione consensuale anticipata della concessione di esercizio per il trasporto pubblico di persone con impianti a fune per la linea "Rifugio Torino - Punta Helbronner";*
- f) *sono stati perfezionati gli espropri, le cessioni ed i diritti di superficie previsti nell'Accordo di Programma di cui al punto 1);*
- g) *in data 12.07.2011 la Regione autonoma Valle d'Aosta, la Comunità Montana Valdigne Mont-Blanc e la società Funivie Monte Bianco S.p.a. hanno sottoscritto una convenzione, ai sensi della l.r. 25/2005, per la realizzazione, il mantenimento della proprietà e la gestione, per una durata di 6 anni, delle postazioni radioelettriche nelle diverse stazioni dell'impianto funiviario, con la quale sono stati disciplinati specifici obblighi per l'accoglienza degli operatori e l'installazione degli apparati di radiotelecomunicazione;*
- h) *in data 06.02.2012 la Regione autonoma Valle d'Aosta, ha acquisito, a seguito di una donazione, il rifugio alpino Pavillon (successivamente intitolato a "Romilda e Toni Gobbi") e i relativi terreni di pertinenza, che, come emerge dalla deliberazione n. 329 in data 24.02.2012 della*

Giunta regionale, è struttura ritenuta "una pertinenza della Funivia Monte Bianco", il cui progetto prevede una stazione intermedia in prossimità del rifugio;

- i) in forza dell'acquisizione di cui al precedente punto 8), la Regione è subentrata nel relativo contratto di locazione alla società Funivie Monte Bianco S.p.a., che cesserà i suoi effetti con la stipulazione del presente atto;*
- j) la Regione, in qualità di azionista di controllo, per il tramite di FINAOSTA S.p.a., della società Funivie Monte Bianco S.p.a., può esercitare, attraverso la direzione e il coordinamento di cui all'art. 2497 cc., un'influenza dominante sulle strategie della società in modo da garantirne la coerenza con quelle dell'Amministrazione;*
- k) è in corso di vigenza il disciplinare siglato fra la Regione e la società Funivie Monte Bianco S.p.a. stipulato in data 30 maggio 2000, riguardante l'affido dell'esercizio al pubblico del compendio funiviario denominato "Funivia La Palud - Mont Fréty - Colle del Gigante" nonché la concessione, a tal fine, dell'uso dei beni immobili, mobili e di ogni altra struttura e pertinenza che lo costituisca, fino al termine della sua vita tecnica, che continuerà ad avere effetto in quanto non incompatibile con il presente atto;*

si conviene quanto segue

la Regione autonoma Valle d'Aosta, codice fiscale n. 80002270074, di seguito denominata "Regione" o "concedente", in persona del Presidente della Regione (...) ed in esecuzione della deliberazione della Giunta regionale n. 85 in data 31 gennaio 2014

concede

alla società Funivie Monte Bianco S.p.a., codice fiscale 02425670961 e partita IVA n. 00617110077, con sede a Courmayeur, Fraz. La Palud n. 22, di seguito denominata "FMB" o "concessionario", in persona dell'Amministratore Delegato (...) in esecuzione della deliberazione del Consiglio di Amministrazione in data 17 dicembre 2013, che accetta, i beni immobili e mobili costituenti il complesso funiviario "Pontal d'Entrèves Mont Fréty - Punta Helbronner" e le relative strutture e pertinenze collaterali, siti nel Comune di Courmayeur ed individuati catastalmente (...)".

Tanto premesso, meritano di essere richiamati, per una maggiore chiarezza espositiva, gli articoli che costituiscono il nucleo dell'atto:

Art. 1 Durata

La concessione decorre, con conseguente immissione in possesso, dalla data odierna e avrà la durata di anni 30 dall'ultimazione delle procedure di collaudo delle opere, e comunque non avrà durata oltre il 31 dicembre 2046, fatto salvo quanto previsto all'articolo 5 "Revocabilità e decadenza".

Art. 2 Uso e destinazione

I beni concessi dovranno essere adibiti, nei tempi e nei modi con cui le operazioni di collaudo e di rilascio dell'agibilità li renderanno disponibili, ad attività di trasporto funiviario e servizi commerciali e turistici, compatibilmente con la destinazione d'uso prevista in progetto per ciascuno di essi. Qualunque altro utilizzo dovrà essere preventivamente autorizzato dalla Regione.

Il concessionario riconosce che i beni, a collaudo avvenuto, possiederanno le caratteristiche che li rendono idonei allo scopo per il quale sono concessi e esonera la Regione da ogni genere di responsabilità connessa con l'uso assentito. Il concessionario riconosce e dichiara che trattandosi di concessione, sebbene le attività svolte negli immobili comportino contatto diretto con il pubblico degli utenti e dei consumatori, alla cessazione della concessione non avrà diritto ad alcuna indennità per perdita di avviamento commerciale come previsto in tema di locazioni dagli artt. 34 e seguenti della legge n. 392/78.

In relazione all'uso comune di alcune parti dei beni concessi, il piano delle emergenze dovrà essere redatto in collaborazione fra i diversi datori di lavoro, indicato nell'allegato 8, punto 3 D.M. 10/03/1998.

Art. 3 Impegni del concessionario

Il concessionario si impegna a:

- a. rispettare le norme su appalti e principi equità, trasparenza e partecipazione nella gestione dei beni concessi;*
- b. gestire i beni concessi ricercando elevati standard di accoglienza turistica ed un generale coordinamento con le politiche turistiche della Regione (...);*
- c. acconsentire, qualora il Comune di Courmayeur intendesse procedere alla realizzazione di una nuova arteria di collegamento della Frazione di Entrèves utilizzante, secondo le linee di massima*

indicate nell'allegato al presente atto, parte della viabilità interna del complesso funiviario, a rinunciare alla concessione su quest'ultima ai fini della sua classificazione quale strada comunale;

- d. trasportare, compatibilmente alle norme vigenti, gratuitamente persone e/o materiali per la Regione per comprovate esigenze di servizio;*
- e. riconoscere alla Regione la facoltà di utilizzo diretto e gratuito di spazi, fatti salvi gli oneri di conduzione e gestione, da individuarsi previo accordo tra le parti, all'interno dei beni concessi;*
- f. **concordare con l'Assessorato competente, qualora venisse meno per la Regione il ruolo di azionista di controllo, il numero di giornate e gli orari minimi di apertura**, nonché le tariffe massime per l'utilizzo del trasporto funiviario, avendo a riferimento le prassi e le condizioni di mercato;*
- g. **presentare**, entro il 30 giugno di ogni anno, **una relazione sugli eventuali interventi eseguiti sugli immobili**, il periodo di funzionamento delle principali attività svolte negli stessi, il numero degli utenti dell'impianto e gli eventuali reclami ricevuti.*

Art. 5 Revocabilità e decadenza

La Regione può modificare, revocare o dichiarare decaduta la concessione in qualsiasi momento in caso di inadempimento, anche parziale, degli obblighi del concessionario o per sopravvenuti motivi di interesse pubblico ai sensi e con gli effetti di cui all'art. 21-quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241. In tali casi i beni sono immediatamente ripetibili e qualsiasi causa di scioglimento dipendente dall'inadempimento non comporterà il riconoscimento di alcun indennizzo a favore del concessionario, fatto salvo per il valore dei beni e delle opere di sua proprietà, per cui sarà determinato, in questo caso come nel caso di mancato rinnovo della concessione al termine della sua durata, un congruo corrispettivo basato sul criterio del valore allo stato d'uso.

Art. 6 Recesso

E' facoltà del concessionario recedere in qualsiasi momento dal presente atto, con preavviso di almeno sei mesi da comunicarsi mediante lettera raccomandata. Il concessionario nulla avrà a pretendere dalla Regione in caso di recesso anticipato della concessione.

Art. 8 Stato dei beni e responsabilità

I beni concessi sono nuovi, fatto salvo il rifugio "Romilda e Toni Gobbi", già rifugio Pavillon e le stazioni dell'impianto preesistente, che vengono concessi nello stato di fatto e di diritto in cui si trovano attualmente, noti al concessionario. Il concessionario esonera la Regione da qualsiasi responsabilità per eventuali danni che possano occorrere, dopo la stipula del presente atto, per qualsiasi causa, a persone, animali o cose, derivanti dall'uso dei beni e da quanto depositatovi, e da qualsiasi responsabilità per eventuali danni o furti occorsi ai beni depositati all'interno della proprietà regionale. In tali casi spetterà, pertanto, al concessionario la responsabilità e il relativo onere di risarcimento a favore della Regione e/o di eventuali terzi.

Spetterà al concessionario provvedere alla stipula, per tutta la durata della presente concessione, di polizze assicurative a copertura almeno del "rischio locativo", al fine di fornire garanzia al concessionario medesimo in caso di incendio o di altro evento appositamente previsto in polizza, quando ricorra una sua responsabilità per danni subiti dai locali e/o contenuti nonché della responsabilità civile verso terzi e prestatori d'opera.

Art. 9 Ripartizione spese

Spettano al concessionario le spese di gestione dei beni concessi nonché, ai sensi dell'art. 3 comma 2 del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, dell'art. 9, comma I del D.Lgs. 14 marzo 2011, n. 23 e norme successive in materia, laddove dovute, le vigenti imposte comunali sugli immobili comunque denominate.

Art. 10 Manutenzione

Sono a carico del concessionario tutte le spese di manutenzione ordinaria e straordinaria, nonché gli interventi di messa a norma, anche futura, dei locali e degli impianti.

Art. 11 Migliorie

Qualsiasi opera relativa ai beni concessi dovrà essere preventivamente autorizzata dalla Regione. Qualora la Regione non si pronunci entro 60 giorni dalla richiesta formulata dal concessionario, vale il silenzio assenso.

Eventuali migliorie, addizioni e/o trasformazioni che il concessionario vorrà apportare ai beni concessi, seppur autorizzate, dovranno essere eseguite esclusivamente a cura e spese del concessionario.

Art. 13 Rilascio

Alla scadenza naturale della concessione o in caso di scioglimento anticipato del rapporto contrattuale, il concessionario dovrà riconsegnare i beni concessi, perfettamente puliti e in ordine, liberi da cose e persone, in buono stato di manutenzione, fatta eccezione per il normale stato di deterioramento o il consumo risultante dall'uso in conformità della presente concessione, realizzando tutte le eventuali opere di ripristino che si rendessero necessarie”.

Il sistema descritto in precedenza fa, dunque, ricorso al sistema concessorio, anche se declinato in un’ottica diversificata rispetto alla legislazione europea e nazionale, di cui deve darsi conto allo scopo di chiarire il quadro regolamentare di riferimento.

4. Concessione ed appalto.

La trattazione della concessione di lavori pubblici di iniziativa pubblica, già disciplinata - per quanto qui di interesse - dalla legge quadro sui lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e, successivamente, dal Codice degli appalti del 2006 (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i.), articoli da 142 a 151, non poteva prescindere dalla ricostruzione concettuale operata in sede europea.

Nell'accezione comunitaria la concessione costituisce uno strumento contrattuale in grado di garantire un'efficace collaborazione tra parte pubblica e parte privata. Diverse le comunicazioni della Commissione europea che si sono succedute sul tema: merita di essere segnalata la comunicazione della Commissione del 29 aprile 2000 sugli appalti e le concessioni, che operava una netta distinzione tra le due tipologie, basata sulle differenze relative:

- a) ai destinatari;
- b) all'assunzione del rischio.

Quanto al primo profilo, nel caso della concessione, essi si identificano nella collettività indistintamente intesa mentre, nel caso dell'appalto, il beneficiario della prestazione è costituito dalla stazione appaltante.

Con riferimento alla distribuzione del rischio, nel caso della concessione di lavori pubblici esso è assunto dal concessionario, cui è riconosciuto il diritto di gestione dell'opera realizzata quale corrispettivo per la sua costruzione. Nel caso dell'appalto, la gestione e, dunque, il conseguente rischio grava invece sulla pubblica amministrazione¹².

Il rischio, pertanto, costituisce il discrimine tra la concessione e l'appalto.

Di conseguenza, nel caso dell'appalto, la realizzazione dell'opera è finanziariamente a carico della P.A., che versa all'appaltatore un corrispettivo in cambio della sua costruzione. Al contrario, 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

¹² La Commissione europea, con la comunicazione del 29 aprile 2000, ha chiarito che *"l'elemento distintivo determinante della nozione di concessione di lavori consiste nell'attribuzione del diritto di gestire l'opera come contropartita della sua costruzione"* donde la consequenziale assunzione del rischio.

tempo, assumendosi, quindi, l'alea di una sua eventuale scarsa redditività¹³. La Commissione europea, con la citata comunicazione del 29 aprile 2000, ha osservato che: *“se i pubblici poteri sopportano la maggior parte dell'alea legata alla gestione dell'opera, garantendo, per esempio, il rimborso dei finanziamenti, l'elemento 'rischio' viene a mancare. In tal caso la Commissione ritiene che si tratti di un appalto pubblico di lavori e non di una concessione”*. Nella stessa direzione, si era del resto espressa anche la Presidenza del Consiglio dei Ministri, secondo cui *“in base alla [...] comunicazione interpretativa della Commissione il tratto distintivo delle concessioni di lavori pubblici rispetto agli appalti di lavori consiste nel conferimento di un diritto di gestione dell'opera che permette al concessionario di percepire proventi dall'utente a titolo di controprestazione della costruzione dell'opera (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo. Al contrario, si è in presenza di un appalto pubblico di lavori quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti”*¹⁴.

Per quanto di interesse ai fini della presente indagine, si riporteranno in seguito i principali provvedimenti normativi di rilievo.

4.1. Normativa europea.

4.1.1. Disposizioni e principi del Trattato CE.

Sul piano giuridico, la libera concorrenza è divenuta vero e proprio principio generale dell'ordinamento comunitario, che incide in modo vincolante sui sistemi giuridici degli Stati membri: l'art. 4 del Trattato originario) prevede che le politiche economiche e le regolazioni giuridiche della Comunità e dei suoi Stati debbano “conformarsi” al “*principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*”.

Con riferimento alla materia degli appalti pubblici, l'obiettivo del principio di parità di trattamento è di assicurare lo sviluppo di una concorrenza effettiva che conduca alla selezione della migliore offerta. Il principio di parità di trattamento esige la fissazione di condizioni di accesso non discriminatorie all'attività economica, ma comporta altresì che le

¹³ Commissione europea, Comunicazione del 29 aprile 2000, cit..

¹⁴ Circolare 1° marzo 2002, n. 3944 del Dipartimento delle politiche comunitarie.

autorità pubbliche adottino ogni misura atta a garantire l'esercizio di tale attività¹⁵. La Corte di giustizia sottolinea la correlazione tra il principio della trasparenza e il principio della parità di trattamento, al fine di assicurare l'effetto utile garantendo condizioni di concorrenza non falsate¹⁶.

Il principio del *favor participationis* è funzionale alla selezione tra il maggior numero possibile di offerte e garantisce all'amministrazione di poter scegliere l'offerta che risulti comparativamente migliore tra quelle formulate che, congiuntamente al principio della *par conditio*, inteso sia come manifestazione del più generale principio di imparzialità della p.a., sia come eguaglianza sostanziale degli operatori, innerva tutto il sistema. Il rispetto di tale principio impone che nessun concorrente possa ricevere un trattamento differenziato nei confronti delle regole della gara, preventivamente predisposte in modo intellegibile e di omogenea applicazione.

In ambito europeo il diritto alla concorrenza delle imprese assurge esso stesso ad interesse pubblico da perseguirsi da parte della pubblica amministrazione. E' per questo motivo che il principio della *par conditio* viene inteso quale fondamento dell'obbligo per la stazione appaltante di stabilire regole chiare ed eque, definite e rese pubbliche per porre i potenziali concorrenti di una gara nella medesima condizione di partenza. Gli indicati principi si rivelano collegati da un rapporto di strumentalità allo scopo di rafforzarsi reciprocamente.

Al momento dell'aggiudicazione di appalti pubblici che rientrano nell'ambito di applicazione del trattato CE, le amministrazioni aggiudicatrici¹⁷ degli Stati membri sono tenute a conformarsi alle disposizioni e ai principi in esso contenuti, riguardanti, in particolare, la libera circolazione delle merci (articolo 28 del trattato CE), il diritto di stabilimento (articolo 43), la libera prestazione di servizi (articolo 49), la non discriminazione e l'uguaglianza di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità e il riconoscimento reciproco.

¹⁵ CGCE, 22 giugno 1993, n. 243/89; CGCE, 25 aprile 1996, n. 87/94.

¹⁶ CGCE, 18 novembre 1999, n. 275/98; CGCE, 18 ottobre 2001, n. 19/00.

¹⁷ Nella comunicazione prima citata, l'espressione «*amministrazioni aggiudicatrici*» comprende sia le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE, sia gli enti aggiudicatori ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 2004/17/CE.

Le concessioni costituiscono una categoria di contratti parzialmente disciplinati dalle direttive: in proposito, operano l'articolo 17 della direttiva 2004/18/CE e l'articolo 18 della direttiva 2004/17/CE per le concessioni di servizi, gli articoli da 56 a 65 della direttiva 2004/18/CE e l'articolo 18 della direttiva 2004/17/CE per le concessioni di lavori.

4.1.2. Norme fondamentali che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti.

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha definito un insieme di principi fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, che derivano direttamente dalle disposizioni e dai principi del Trattato. I principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano un obbligo di trasparenza che, conformemente alla giurisprudenza della medesima CGCE *«consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione¹⁸»*. Tali norme si applicano all'aggiudicazione di concessioni di servizi, agli appalti inferiori alle soglie e agli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE quando si tratta di aspetti non disciplinati dalle predette direttive. La Corte medesima ha esplicitamente dichiarato che *«sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del trattato¹⁹»*.

I richiamati principi sono stati integralmente trasfusi nella direttiva 2004/18/CE, poi abrogata dalla direttiva 2014/24/UE, a mente della quale l'unica differenza tra la concessione di lavori pubblici (o di pubblica utilità) e l'appalto consisteva nel fatto che nel caso della concessione il corrispettivo è dato dal diritto di gestire l'opera che, eccezionalmente, può essere accompagnato anche da un prezzo versato dalla amministrazione concedente.

¹⁸ CGUE C-324/98 Telaustria, paragrafo 62; C-231/03 Coname, sentenza del 21.7.2005, paragrafi da 16 a 19; C-458/03 Parking Brixen, sentenza del 13.10.2005, paragrafo 49.

¹⁹ CGUE, Causa Telaustria, paragrafo 62 e Causa Parking Brixen, paragrafo 49, cit..

Accanto alla direttiva 2004/18/CE si colloca la direttiva sui settori speciali (ex esclusi), i quali, per le particolari caratteristiche dei mercati di riferimento, sono sottoposti ad una disciplina parzialmente diversa rispetto a quella dei settori ordinari.

Nello specifico, differente ragione posta alla base di tale regime, per *“introdurre norme che coordinino le procedure di aggiudicazione degli appalti in questi settori, è il fatto che le autorità nazionali possono influenzare il comportamento degli enti in questione in vari modi, partecipando al loro capitale sociale o inserendo propri rappresentanti nei loro organi amministrativi, direttivi o di vigilanza”* (considerando § 2) ed, inoltre (considerando § 3) *“un'altra delle ragioni principali per cui è necessario un coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti degli enti che operano in questi settori è il carattere chiuso dei mercati in cui operano, dovuto alla concessione da parte degli Stati membri di diritti speciali o esclusivi, per l'approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti che forniscono il servizio in questione”*. In particolare, *“da questa definizione deriva che il fatto che un ente si possa avvalere, per costruire reti o installare strutture portuali o aeroportuali, di una procedura per l'esproprio per pubblica utilità o per l'uso della proprietà privata, o possa usare, per installare impianti della rete, il suolo, il sottosuolo e lo spazio sovrastante la pubblica via, non costituisce in sé un diritto esclusivo o speciale ai sensi della presente direttiva. Neppure il fatto che un ente alimenti di acqua potabile, elettricità, gas o calore una rete a sua volta gestita da un ente che gode di diritti speciali o esclusivi concessi da un'autorità competente dello Stato membro interessato costituisce, in sé, un diritto esclusivo o speciale ai sensi della presente direttiva. Parimenti, non possono essere considerati diritti esclusivi o speciali quelli concessi da uno Stato membro in qualsiasi forma, anche mediante atti di concessione, ad un numero limitato di imprese in base a criteri obiettivi, proporzionali e non discriminatori, che offrano agli interessati che soddisfino tali criteri la possibilità di beneficiarne”* (considerando § 25).

Le soglie per l'applicazione delle norme comunitarie sono fissate dall'art. 16 *“Importi delle soglie degli appalti”*, secondo cui *“La presente direttiva si applica agli appalti che non sono esclusi in virtù delle eccezioni di cui agli articoli da 19 a 26 o ai sensi dell'articolo 30 concernente l'esercizio dell'attività in questione e il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) è pari o superiore alle soglie seguenti:*

- a) 499 000 EUR per quanto riguarda gli appalti di forniture e di servizi;
- b) 6.242.000 EUR per quanto riguarda gli appalti di lavori”.

Inoltre, l'art. 25 "Servizi di trasporto" stabilisce che "1. La presente direttiva si applica alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo. Nei servizi di trasporto, si considera esistere una rete se il servizio viene fornito alle condizioni operative stabilite dalla competente autorità di uno Stato membro, quali le condizioni relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio".

Resta infine inteso che "Per gli appalti pubblici il cui valore è inferiore alla soglia che fa scattare l'applicazione di disposizioni di coordinamento comunitario, è opportuno fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui si applicano le norme e i principi dei trattati" (considerando § 9).

4.2. Quadro nazionale.

È necessario rimarcare come la vicenda della quale si esaminano i contorni si sia snodata sotto la vigenza di plurimi regimi giuridici, recati dapprima dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 rubricata "Legge quadro in materia di lavori pubblici", la quale conteneva in particolare la definizione dei contratti di appalto dei lavori pubblici all'articolo 19, comma 1, secondo cui essi "sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un soggetto di cui all'articolo 2, comma 2, aventi per oggetto:

- a. la sola esecuzione dei lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1, secondo cui "**si intendono per lavori pubblici, se affidati dai soggetti di cui al comma 2 del presente articolo, le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere ed impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica;**
- b. la progettazione esecutiva di cui all'articolo 16, comma 5, e l'esecuzione dei lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1, qualora:
 - 1) riguardino lavori di importo inferiore a 200.000 euro;
 - 2) riguardino lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 60 per cento del valore dell'opera;
 - 3) riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici;
 - 4) riguardino lavori di importo pari o superiore a 10 milioni di euro".

Quanto alle concessioni di lavori pubblici, il medesimo art. 19, al comma 2 e segg., le qualifica(va) come *“contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice, aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica”*²⁰.

Successivamente, ma nello stesso solco, la disciplina del settore è stata dettata dal D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e, per quanto *in limine* nella presente indagine, dal D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i., *“Codice dei contratti pubblici”* - non a caso rubricato originariamente *“Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”*: ed infatti, la relativa legge-delega 28 gennaio 2016, n. 11 è intitolata *“Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del*

²⁰ L'articolo 19 in esame proseguiva poi nei seguenti termini: *“La controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati. Qualora necessario, il soggetto concedente assicura al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare, anche mediante un prezzo, stabilito in sede di gara. A titolo di prezzo, i soggetti aggiudicatori possono cedere in proprietà o diritto di godimento beni immobili nella propria disponibilità, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già indicati nel programma di cui all'articolo 14, ad esclusione degli immobili ricompresi nel patrimonio da dismettere ai sensi del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410. Qualora il soggetto concedente disponga di progettazione definitiva o esecutiva, l'oggetto della concessione, quanto alle prestazioni progettuali, può essere circoscritto alla revisione della progettazione e al suo completamento da parte del concessionario.*

2-bis. L'amministrazione aggiudicatrice, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, può stabilire che la concessione abbia una durata anche superiore a trenta anni, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo di cui al comma 2 sull'importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni del mercato. I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dall'amministrazione aggiudicatrice a detti presupposti o condizioni di base, nonché norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni, ed in mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dalla concessione. Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino favorevoli al concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a vantaggio del concedente. Nel caso di recesso del concessionario si applicano le disposizioni dell'articolo 37-septies, comma 1, lettere a) e b), e comma 2. Il contratto deve contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e deve prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione.

2-ter. Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti al concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera”.

26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture". Tale provvedimento ha - come noto - sostituito ed abrogato le disposizioni di cui al precedente Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e quelle di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione e attuazione del precedente Codice dei Contratti Pubblici del 2006, appena citato).

Il coordinamento normativo fra le due fonti non si è svolto in modo ordinato, essendo stato disposto, dalla citata legge delega n. 11/2016, che il Decreto di recepimento, oltre alle indicate abrogazioni, prevedesse opportune disposizioni di coordinamento, transitorie e finali per assicurare la transizione tra la previgente disciplina e la nuova, al fine di evitare incertezze interpretative ed applicative.

Sul tema, anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha adottato circolari operative, per meglio chiarire i termini della disciplina del periodo transitorio. Con la prima circolare del 22 aprile 2016, è stato chiarito che il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 fosse abrogato a decorrere dal 20 aprile (salvo alcune eccezioni), mentre il D.P.R. n. 207/2010 fosse abrogato parzialmente a decorrere dal 19 aprile stesso con riferimento a specifiche parti²¹.

Le ulteriori disposizioni del Regolamento sono state abrogate a decorrere dalla data di entrata in vigore degli atti attuativi del codice (D.P.C.M. e D.M.) e, comunque, entro il 31 dicembre 2016.

²¹ L'abrogazione parziale ha riguardato:

- la Parte I (disposizioni comuni);
- la Parte II (contratti pubblici relativi a lavori nei settori ordinari), Titolo I (organi del procedimento e programmazione), capo II (Programmazione dei lavori);
- la Parte II (contratti pubblici relativi a lavori nei settori ordinari), Titolo II (progettazione e verifica del progetto), capo II (Verifica del progetto);
- la Parte II, Titolo IV (modalità tecniche e procedurali per la qualificazione dei contraenti generali);
- la Parte II, Titolo V (sistemi di realizzazione dei lavori e selezione delle offerte);
- la Parte II, Titolo VI (garanzie e sistema di garanzia globale di esecuzione);
- la Parte II, Titolo VII (il contratto);
- la Parte II, Titolo VIII (esecuzione dei lavori);
- la Parte II, Titolo IX (contabilità dei lavori), Capo III (Norme generali per la tenuta della contabilità);
- la Parte II, Titolo XI (lavori riguardanti i beni del patrimonio culturale), Capo III (Esecuzione e collaudo dei lavori riguardanti i beni del patrimonio culturale), ad esclusione dell'articolo 251;
- la Parte III (contratti pubblici relativi a servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria nei settori ordinari), ad esclusione degli articoli 254, 255 e 256;
- le Parti IV, V e VII (nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamati).

Nel frattempo, l'ANAC è stata investita del compito di garantire la c.d. *regolazione flessibile* della materia, attraverso linee-guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri strumenti di regolazione, comunque denominati.

L'attuale disciplina della concessione di lavori pubblici o servizi - la cui sostanziale continuità con la precedente è stata riferita - trova cittadinanza all'interno della Parte III del T.U n. 50/2016 e più precisamente nel Titolo I, il cui Capo I, contenente i "*Principi generali*", si apre con l'articolo 164 rubricato "*Oggetto e ambito di applicazione*", secondo cui:

"1. Ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 346 del TFUE, le disposizioni di cui alla presente Parte definiscono le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi indette dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché dagli enti aggiudicatori qualora i lavori o i servizi siano destinati ad una delle attività di cui all'allegato II. In ogni caso, le disposizioni della presente Parte non si applicano ai provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici. 2. Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione. 3. I servizi non economici di interesse generale non rientrano nell'ambito di applicazione della presente Parte. 4. Agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo che non siano derogate nella presente parte, le disposizioni del presente codice. 5. I concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per gli appalti di lavori affidati a terzi, sono tenuti all'osservanza della presente Parte, nonché le disposizioni di cui alle parti I e II in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, non derogate espressamente dalla presente parte".

Il successivo art. 165 tratta l'aspetto specifico costituito dal "*Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni*", mentre il successivo articolo 166, rubricato "*Principio di libera*

amministrazione delle autorità pubbliche” stabilisce tra l’altro che “gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente Parte. Essi sono liberi di decidere il modo migliore per gestire l’esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell’accesso universale e dei diritti dell’utenza nei servizi pubblici”²².

L’aspetto centrale del contratto di concessioni è regolato dall’art. 167 *“I metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni”*. Esso statuisce in particolare, ai primi due commi, che *“1. Il valore di una concessione, ai fini di cui all’articolo 35, è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell’IVA, stimato dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi. 2. Il valore stimato è calcolato al momento dell’invio del bando di concessione o, nei casi in cui non sia previsto un bando, al momento in cui l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore avvia la procedura di aggiudicazione della concessione”*.

L’art. 168 prevede la *“Durata delle concessioni”*, prevedendo che *“1. La durata delle concessioni è limitata ed è determinata nel bando di gara dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. La stessa è commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell’oggetto della stessa.*

Particolarmente importante è l’art. 169 dedicato alla regolamentazione dei *“Contratti misti di concessioni”*, secondo cui (per quel che qui maggiormente interessa) *“1. Le concessioni aventi per oggetto sia lavori che servizi sono aggiudicate secondo le disposizioni applicabili al tipo di concessione che caratterizza l’oggetto principale del contratto. Nel caso di concessioni miste che consistono in parte in servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell’allegato IX l’oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi. (...) 9. Nel caso di contratti misti che contengono elementi di concessioni nonché appalti nei settori ordinari o speciali il contratto misto è aggiudicato in conformità con le*

²² Il principio è di stretta derivazione dall’art. 114 della Costituzione che, al comma 2, stabilisce che *“I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione”*.

disposizioni che disciplinano gli appalti nei settori ordinari o nei settori speciali. (...) 11.

Ad una concessione destinata all'esercizio di più attività si applicano le norme relative alla principale attività cui è destinata".

Le modalità di "Selezione e valutazione qualitativa dei candidati" sono rimesse al successivo articolo 172, secondo cui (comma 1) "Le stazioni appaltanti verificano le condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica dei candidati o degli offerenti, sulla base di certificazioni, autocertificazioni o attestati che devono essere presentati come prova. Le condizioni di partecipazione sono correlate e proporzionali alla necessità di garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell'oggetto della concessione e dell'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva".

L'art. 177 regola "Gli affidamenti dei concessionari", disponendo che "1. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7, i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. La restante parte può essere realizzata da società in house di cui all'articolo 5 per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato. Per i titolari di concessioni autostradali, ferme restando le altre disposizioni del presente comma, la quota di cui al primo periodo è pari al sessanta per cento. 2. Le concessioni di cui al comma 1 già in essere si adeguano alle predette disposizioni entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice. 3. La verifica del rispetto dei limiti di cui al comma 1 da parte dei soggetti preposti e dell'ANAC viene effettuata annualmente, secondo le modalità indicate dall'ANAC stessa in apposite linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Eventuali situazioni di squilibrio rispetto ai limiti indicati devono essere riequilibrate entro l'anno successivo. Nel caso di situazioni di squilibrio reiterate per due anni consecutivi, il concedente applica una penale in misura pari al 10 per cento dell'importo

complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica”.

4.3. Cenni sull’elaborazione giurisprudenziale nazionale.

La giurisprudenza nazionale ha investito buona parte delle norme che si sono poc’anzi richiamate.

In particolare, i Giudici amministrativi hanno, tra l’altro, chiarito con riferimento all’art. 167 (il quale, sostanzialmente, individua i metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni) *“che impone, anche con riferimento alle concessioni, l’inserimento nel bando di gara del fatturato della concessione (“valore della concessione, costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell’IVA, stimato dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi”)*, con uno specifico riferimento al carattere essenziale ed obbligatorio dell’indicazione nel bando di gara del valore della concessione. Esso, infatti, persegue lo scopo di *“garantire al partecipante alla procedura la possibilità di formulare la propria offerta cognita causa, ovvero nella più completa conoscenza dei dati economici del servizio da svolgere”* (T.A.R. Toscana, Sez. II, sentenza 1° febbraio 2017 n. 173; Cons. Stato, Sez. V, sentenza 20 febbraio 2017 n. 748; Sez. III, 18 ottobre 2016, n. 4343).

È stato, del pari, osservato che la previsione dell’art. 167, 1° e 2° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che - come detto - impone alla stazione appaltante di indicare nella legge di gara una stima del valore economico della concessione, ha un contenuto obbligatorio in quanto costituisce sostanziale recepimento, nell’ordinamento italiano, dell’art. 8 della direttiva del Parlamento e del Consiglio 26 febbraio 2014, n. 2014/23/UE, senza alcuna previsione di soglie minime di applicabilità o di una qualche esenzione riservata alle concessioni di minore valore economico. Infatti, *“deve escludersi che l’indicazione del valore stimato della concessione possa essere surrogata dalla stima del numero dei possibili utenti: l’art. 167 del l. d.lgs. d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 opera, infatti, un preciso riferimento a un valore della concessione stimato in termini monetari (secondo i precisi criteri di cui al quarto comma della disposizione) ed appare pertanto del tutto insufficiente l’utilizzazione di altri criteri di valutazione*

che, per di più, come nel caso di specie, non possono strutturalmente individuare quale sia il numero concreto di utenti interessati ad utilizzare il servizio e per quale volume di prestazioni”.

Più di recente, è stato chiarito, con riferimento allo specifico settore, che *“La scelta della stazione appaltante di assumere, quale parametro di verifica della congruità dell’offerta, un dato economico (i ricavi realizzati nella gestione pregressa) rientrante nell’esclusiva sfera conoscitiva del gestore uscente e, comunque, difforme dal valore presunto dei ricavi indicato dal bando in modo uniforme per tutti i concorrenti (...) ha ingenerato un evidente vantaggio competitivo per il concessionario uscente – unico depositario di dati in suo esclusivo possesso ed ignoti agli altri concorrenti; ed un effetto spiazzante in danno di questi ultimi, indotti a formulare offerte sul valore indicato dalla stazione appaltante, in assenza di altre fonti dalle quali potere attingere elementi utili alla ponderazione di una proposta economica alternativa, sostenibile e aderente alle effettive potenzialità redditizie del servizio oggetto di gara. In termini ancora più nitidi (...) detto effetto di alterazione della par condicio si sarebbe comunque determinato sia che il bando “... avesse previsto ex ante la possibilità di giustificare l’offerta in deroga al valore presunto dei ricavi, sulla base di un altro valore assunto ad nutum dai concorrenti”; sia che “...avesse consentito di giustificare l’offerta sulla base dei ricavi storici del servizio – non esplicitati nel bando e dunque conosciuti dal solo concessionario uscente”.* In entrambi i casi, infatti, la *lex specialis* si sarebbe posta in evidente violazione, nel primo caso, dell’art. 167 del decreto legislativo 50/2016 *“che demanda alla stazione appaltante di calcolare detto valore secondo un metodo oggettivo”*; e, nel secondo caso, dei *“principi di libera concorrenza e non discriminazione posti dall’art. 30 del decreto legislativo n. 50/2016 che vietano di attribuire vantaggi competitivi o informativi solo ad alcuni concorrenti. Del pari, l’aver reso possibili entrambi gli effetti sopra descritti in fase di verifica dell’anomalia, accreditando il diverso valore della concessione allegato dall’aggiudicataria, perché non dimostrato e, comunque, solo ad essa noto, viola tutti i richiamati principi”* (Consiglio di Stato, sez. III, 5 dicembre 2019, n. 8340).

È opinione ampiamente condivisa in giurisprudenza che l’amministrazione aggiudicatrice debba indicare, in ottemperanza alla prescrizione dell’art. 167 d.lgs. 50/2016, il valore presunto dell’affidamento e che, laddove impossibilitata per motivi oggettivi a farlo (perché, per esempio, il servizio viene affidato per la prima volta, oppure perché il concessionario uscente non ha voluto fornire il relativo dato), sia quantomeno tenuta a fornire gli elementi analitici a sua conoscenza che possano consentire ai concorrenti di

formulare un'offerta seria (e cioè, per esempio, le indicazioni circa il potenziale bacino di utenza del servizio da affidare, i costi ed i benefici correlati al servizio stesso, la base d'asta riferibile ai corrispettivi pagati dai precedenti gestori, etc.).

La stessa giurisprudenza in qualche caso radicalizza l'obbligo dell'amministrazione ed esclude, in relazione a "particolari tipologie di servizio", che l'elaborazione del valore economico della concessione, per la complessità e varietà dei fattori in essa implicati, possa essere demandata ai concorrenti, anziché riservata alla stazione concedente (cfr. Cons. Stato, sez. III, nn. 434/2016; 2926/2017 e 127/2018). Logico corollario di tale impostazione è che la mera difficoltà operativa dell'amministrazione in ordine ai rapporti con il precedente gestore, in difetto di una impossibilità assoluta, non giustifica l'omessa indicazione del valore della concessione negli atti di gara (Cons. Stato, sez. V, n. 748/2017). Peraltro, rileva il fatto che l'articolo 30 del d.lgs. 50/2016, pur sottraendo le concessioni alle disposizioni riferite ai contratti pubblici, le assoggetta comunque al rispetto dei principi generali di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione e correttezza.

Come precisato anche dall'ANAC, *"l'esatto computo del valore del contratto assume rilevanza anche per garantire condizioni di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione (...) che si traducono nell'informare correttamente il mercato di riferimento sulle complessive e reali condizioni di gara"* (ANAC, deliberazione 19 dicembre 2013, n. 40; id., deliberazione 25 febbraio 2010, n. 9). D'altra parte, l'art. 167 d.lgs. 50/2016 dispone che il valore stimato è calcolato al momento di avvio della procedura di affidamento della concessione (comma 2) e che i margini di scostamento da tale importo sono quelli consentiti dal comma 3: nel combinato disposto delle due previsioni trova conferma il carattere cogente e vincolante del valore riportato dagli atti di gara.

In relazione all'art. 168, il Giudice amministrativo ha infine chiarito che esso *"recepito l'art. 18 della Direttiva 2014/23/UE, stabilisce in materia il principio cardine per cui la durata delle concessioni non è predeterminata, ma deve essere calcolata in funzione dell'entità della prestazione che il concessionario è tenuto a rendere e della necessità di rientro degli investimenti. Centrale per valutare la convenienza economica di un'operazione di project financing è, quindi, il criterio del Valore Attuale Netto (c.d. VAN) che consente di calcolare il valore del beneficio netto atteso dall'iniziativa economica e la ricchezza incrementale generata dall'investimento. Tale indice,*

affinché un progetto possa essere valutato favorevolmente, deve assumere un valore positivo, perché solo in tal caso l'iniziativa risulta in grado di produrre flussi monetari sufficienti a ripagare l'esborso iniziale ed a remunerare i capitali impiegati nell'operazione" (T.A.R. Piemonte, Torino, sentenza 17 maggio 2018, n. 622).

5. Il caso “Funivie” alla luce del quadro normativo.

5.1 Premessa.

La società in esame risulta dunque, come visto innanzi, concessionaria dell’esercizio di un impianto a fune.

Per comprendere l’assoluta peculiarità della gestione in narrativa, data la rilevanza sul piano economico dell’opera, è particolarmente utile riportare, testualmente, i passaggi salienti degli atti lungo i quali si è snodata la vicenda amministrativa, dal cui esame risalire al regime giuridico prescelto, ai fini della sua verifica sul piano della regolarità e legittimità dell’attività svolta e della formulazione di un giudizio complessivo.

5.2. La fase programmatica.

Come noto, l’art. 34 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (d’ora in poi, TUEL) reca la nozione di accordo di programma e disponeva, nella formulazione vigente alla data del 21.12.2004, di sottoscrizione dell’accordo: *“1. Per la definizione e l’attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, l’azione integrata e coordinata di comuni, di province e regioni, di amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici, o comunque di due o più tra i soggetti predetti, il presidente della regione o il presidente della provincia o il sindaco, in relazione alla competenza primaria o prevalente sull’opera o sugli interventi o sui programmi di intervento, promuove la conclusione di un accordo di programma, anche su richiesta di uno o più dei soggetti interessati, per assicurare il coordinamento delle azioni e per determinarne i tempi, le modalità, il finanziamento ed ogni altro connesso adempimento. 2. L’accordo può prevedere altresì procedimenti di arbitrato, nonché interventi surrogatori di eventuali inadempienze dei soggetti partecipanti. 3. Per verificare la possibilità di concordare l’accordo di programma, il presidente della regione o il presidente della provincia o il sindaco convoca una conferenza tra i rappresentanti di tutte le amministrazioni interessate. 4. L’accordo, consistente nel consenso unanime del presidente della regione, del presidente della provincia, dei sindaci e delle altre amministrazioni interessate, è approvato con atto formale del presidente della regione o del presidente della provincia o del sindaco ed è pubblicato nel bollettino ufficiale della regione. L’accordo, qualora adottato*

con decreto del presidente della regione, produce gli effetti della intesa di cui all'articolo 81 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, determinando le eventuali e conseguenti variazioni degli strumenti urbanistici e sostituendo le concessioni edilizie, sempre che vi sia l'assenso del comune interessato. 5. Ove l'accordo comporti variazione degli strumenti urbanistici, l'adesione del sindaco allo stesso deve essere ratificata dal consiglio comunale entro trenta giorni a pena di decadenza. 6. Per l'approvazione di progetti di opere pubbliche comprese nei programmi dell'amministrazione e per le quali siano immediatamente utilizzabili i relativi finanziamenti si procede a norma dei precedenti commi. L'approvazione dell'accordo di programma comporta la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle medesime opere; tale dichiarazione cessa di avere efficacia se le opere non hanno avuto inizio entro tre anni. 7. La vigilanza sull'esecuzione dell'accordo di programma e gli eventuali interventi sostitutivi sono svolti da un collegio presieduto dal presidente della regione o dal presidente della provincia o dal sindaco e composto da rappresentanti degli enti locali interessati, nonché dal commissario del Governo nella regione o dal prefetto nella provincia interessata se all'accordo partecipano amministrazioni statali o enti pubblici nazionali. 8. Allorché l'intervento o il programma di intervento comporti il concorso di due o più regioni finitime, la conclusione dell'accordo di programma è promossa dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, a cui spetta convocare la conferenza di cui al comma 3. Il collegio di vigilanza di cui al comma 7 è in tal caso presieduto da un rappresentante della Presidenza del Consiglio dei Ministri ed è composto dai rappresentanti di tutte le regioni che hanno partecipato all'accordo. La Presidenza del Consiglio dei Ministri esercita le funzioni attribuite dal comma 7 al commissario del Governo ed al prefetto”.

Come è agevole rilevare dalla lettura dell'articolato esaminato, lo strumento dell'accordo di programma costituisce la piattaforma giuridica sulla quale le amministrazioni territoriali coinvolte regolano i propri assetti ed interventi da realizzare, finalizzati al conseguimento di obiettivi di pubblico interesse. La funzione degli accordi di programma consiste, in sostanza, nell'obbligare le parti stipulanti, l'una verso l'altra, ad ottemperare agli impegni assunti con l'accordo stesso.

Discussa è peraltro la loro natura giuridica, che vede contrapporsi diversi orientamenti, tanto in dottrina che in giurisprudenza, invero più costante.

Secondo un primo orientamento detti accordi avrebbero natura negoziale di contratti di diritto privato, anche in ragione del dato legislativo in base alle disposizioni richiamate (art. 15, co. 2, e art. 11, co. 2, 3 e 5, della l. n. 241/1990) che rinviano alla disciplina di cui all'art. 11 della stessa legge, sottoponendoli alle norme del codice civile in materia di obbligazioni. Inoltre, va sottolineata l'espressione «concordare l'accordo» (che figura nell'articolo 34, co. 3, del TUEL), in forza del quale si tende ad attribuire a tale forma di accordo natura negoziale, al pari degli altri accordi delle pubbliche amministrazioni, sia con i privati che con le altre pubbliche amministrazioni. A favore di tale conclusione militerebbe, infine, anche la circostanza che mediante gli accordi, le amministrazioni concordanti dispongono di interessi pubblici così come le parti contraenti fanno per i loro interessi privati.

Secondo l'opinione prevalente, al contrario, detti accordi avrebbero natura pubblicistica e, pur avendo il carattere della bilateralità e della consensualità, non potrebbero essere assimilati ai contratti, atteso che le attività oggetto degli accordi non sarebbero negoziali, non essendo possibile attribuire tale natura ad atti funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico. In tale ottica, la discrezionalità avrebbe la funzione di consentire la scelta fra diverse modalità di individuazione del pubblico interesse, favorendo le scelte maggiormente aderenti alla realizzazione degli interessi coinvolti e tenendo conto della prevalenza dell'interesse al cui soddisfacimento è funzionalizzato il potere attribuito dalla norma all'autorità che promuove l'accordo.

A tale orientamento aderisce anche la giurisprudenza prevalente, condivisa dalla Sezione, secondo cui ne va sostenuta la natura pubblicistica, stante la matrice doverosa della cura degli interessi pubblici coinvolti e la libertà circoscritta alle sole modalità di cura degli interessi rappresentati. In tale ottica, il Consiglio di Stato, già a partire dal parere n. 7 del 1987²³, ha affermato, con avviso costante, che *“attraverso tali accordi (nella prassi denominati accordi di programma) ciascuna amministrazione autolimita la propria discrezionalità in vista di ottenere che la sua competenza si sviluppi in armonia con quelle parallele”*.

²³ Consiglio di Stato, Ad. gen., parere 19 febbraio 1987, n. 7. Il parere riguardava lo schema di disegno di legge recante norme sul procedimento amministrativo, che era stato predisposto dalla Presidenza del Consiglio dei ministri avvalendosi dei risultati ai quali era pervenuta un'apposita commissione di studio (presieduta dal prof. Mario Nigro) insediata presso la stessa presidenza.

D'altra parte, sul fronte del riparto di attribuzioni, non si rinvergono elementi testuali che autorizzino a ritenere che, attraverso gli accordi di programma, l'ordinamento abbia inteso anche consentire deroghe all'ordinaria distribuzione dei compiti istituzionali tra gli organi delle amministrazioni contraenti²⁴.

Di conseguenza, le prestazioni dedotte dalle parti ed alle quali ciascuna si impegna devono essere indicate esattamente nell'accordo di programma.

5.3. La progettazione.

Come visto, la vicenda amministrativa in esame prende le mosse dalla qualificazione dell'opera quale *asset* strategico non soltanto per la Regione ma anche per lo Stato italiano, che inserisce l'opera nel piano delle infrastrutture strategiche.

Allo scopo della sua realizzazione, all'evidenza, era necessaria la predisposizione di una progettazione il cui incarico, come visto, viene preliminarmente determinato con la d.g.r. n. 2326 del 24 giugno 2002, a mente della quale, premesso come:

- a. tale impianto funiviario costituisca per la Regione una infrastruttura di importanza strategica di interesse regionale, sia per le finalità turistiche sia come collegamento transfrontaliero”;
- b. con la deliberazione della Giunta regionale n. 1860 del 7 luglio 1999 venisse approvato il rilascio delle concessioni definitive di costruzione ed esercizio delle linee di trasporto a fune per trasporto di persone a titolo di servizio pubblico, tra cui alla concessione alla “Funivie Monte Bianco S.p.a.” del terzo tronco “Rifugio Torino - Punta Helbronner” (di proprietà della società) fino al 12 luglio 2017;
- c. con la deliberazione n. 1656 del 27 maggio 2000 la Giunta avesse approvato la concessione dei beni costituenti l'impianto funiviario “La Palud - Mont Frety - Colle del Gigante”, nonché l'affidamento della gestione dello stesso ai fini del servizio di trasporto

²⁴ Sul tema, era variegato l'orientamento della giurisprudenza, ove - a fianco di decisioni coerenti nel senso indicato (T.A.R. Lazio, Sez. I, 20 gennaio 1995, n. 62 e Cons. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 1996 n. 182), secondo le quali “*le funzioni di propulsione ed approvazione dell'accordo riconosciute al sindaco non implicano, in carenza di espressa previsione normativa, il trasferimento di funzioni sostanziali*” che facciano capo ad altri organi - si registrano anche pronunce di contrario segno (T.A.R. Lombardia, Sez. I, 3 maggio 1996 n. 567), che ha giudicato illegittima una clausola di uno Statuto comunale, secondo cui erano necessarie specifiche delibere consiliari di preventiva autorizzazione per la promozione e conclusione di accordi di programma. Ora la questione risulta superata per effetto dell'introduzione della norma che obbliga l'organo deliberativo alla ratifica degli atti posti in essere dall'organo esecutivo.

pubblico, alla "Funivie Monte Bianco S.p.a." fino alla scadenza della vita tecnica degli impianti;

d. per la realizzazione dell'investimento ricorressero, sia con riferimento alla titolarità concessoria che all'interferenza di proprietà, i presupposti per l'applicazione della l.r. 23 dicembre 1999, n. 38, mediante l'affidamento della realizzazione dell'opera alla "Funivie Monte Bianco S.p.a.";

e. la "Funivie Monte Bianco S.p.a.", con nota in data 10 giugno 2002, avesse comunicato che la stima dei costi di progettazione per l'individuazione delle possibili alternative di realizzazione del nuovo complesso impiantistico e il successivo studio di impatto ambientale sull'ipotesi progettuale prescelta ammonta a euro 375.000, IVA ed oneri accessori compresi,

si disponeva:

f. di *"richiedere, alla Funivie Monte Bianco S.p.a. (...) l'elaborazione e la consegna degli studi preliminari per l'individuazione delle possibili alternative di realizzazione del rinnovo del complesso impiantistico "La Palud - Mont Frety - Colle del Gigante", nonché la predisposizione degli atti necessari alla procedura di valutazione dell'impatto ambientale sull'ipotesi progettuale che verrà scelta"*;

g. di *"conferire alla Finaosta S.p.a. (...) l'incarico di liquidare alla "Funivie Monte Bianco S.p.a." (...) il rimborso degli oneri dalla stessa sostenuti per la realizzazione di quanto al punto 1, in misura non superiore alla spesa effettuata e nel limite massimo di 375.000,00 euro, IVA ed oneri accessori compresi"*.

Successivamente, la Regione, mediante la d.g.r. n 454 del 6.12.2004, affidava in via diretta alla Funivie Monte Bianco S.p.a. (F.M.B.) l'esecuzione dei progetti, disponendo di:

1. *richiedere a "Funivie Monte Bianco S.p.a.", sulla base di quanto riportato in premessa, la tempestiva esecuzione e consegna degli studi preliminari per l'individuazione delle possibili alternative progettuali, limitatamente alla realizzazione dei parcheggi a supporto della stazione di partenza del nuovo impianto;*

2. *conferire alla Finaosta S.p.a., ai sensi dell'art. 5 della l.r. 28 giugno 1982, n. 16, l'incarico di liquidare alla "Funivie Monte Bianco S.p.a." (...) la somma necessaria al rimborso delle spese sostenute per la realizzazione di quanto riportato al punto 2, in misura*

comunque non superiore alla spesa effettuata e nel limite massimo di E. 25.704,00, IVA ed oneri accessori compresi”.

La l. n. 109/1994, nella formulazione vigente al tempo in cui si determinava l’affidamento della progettazione alla F.M.B. stabiliva, all’art. 17 “*Effettuazione delle attività di progettazione, direzione dei lavori e accessorie*” (comma 12) che “*Per l’affidamento di incarichi di progettazione ovvero della direzione dei lavori il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 euro le stazioni appaltanti per il tramite del responsabile del procedimento possono procedere all’affidamento ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) e g), di loro fiducia, previa verifica dell’esperienza e della capacità professionale degli stessi e con motivazione della scelta in relazione al progetto da affidare”.*

Ebbene, non risulta già in questa fase, prodromica all’esecuzione dell’opera, che sia stata effettuata alcuna verifica della capacità professionale dei soggetti esterni incaricati della progettazione, la cui selezione, pur se superabile attraverso l’asserita conoscenza della società affidataria, non si è comunque svolta, non rinvenendosene traccia nel provvedimento.

In proposito, per completezza, giova ricordare che le direttive sugli appalti, come tutto il diritto europeo, devono essere applicate sulla base di un approccio funzionale, e cioè in modo coerente con gli obiettivi ad esse sottesi. Essi consistono, in positivo, nell’imporre alle amministrazioni il rispetto della concorrenza laddove debba affidare attività economicamente contendibili e, conseguentemente, in negativo, nell’escludere l’operatività di detti imperativi quando non vi siano rischi di distorsioni del mercato interno (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3849).

5.4. L’esecuzione dell’opera ed il suo affidamento.

Successivamente all’acquisizione della progettazione, la Regione - con la medesima d.g.r. n. 454/2004, prima indicata - dopo aver preso atto che, “*in riferimento alla titolarità concessoria ed all’interferenza di proprietà, conformemente all’incarico concesso con deliberazione n. 2326 del 24/06/2002, ricorrono i presupposti per l’applicazione della l.r. 23 dicembre 1999, n. 38, che prevedono l’affidamento della realizzazione dell’opera alla “Funivie Monte Bianco S.p.a.”*”, approvava il testo definitivo di accordo di programma tra

Regione, Comune di Courmayeur e F.M.B. S.p.a. per la “sostituzione del complesso funiviario “La Palud - Pavillon - Rifugio Torino - Punta Helbronner” mediante la realizzazione del complesso funiviario “Pontal di Entreves - Mont Fréty - Punta Helbronner”, in comune di Courmayeur, comprendenti l'allegato A relativo agli “Atti tecnici di variante allo strumento urbanistico vigente” e l'allegato B relativo alle “Deduzioni alle osservazioni” pervenute in merito all'accordo di programma in oggetto, **che comporta una spesa complessiva stimata in € 60.000.000,00 (sessantamiloni/00)”**.

Tanto premesso, il Collegio reputa necessario formulare qualche osservazione.

Questa Sezione, invero, ha già avuto modo di precisare in proprio specifico precedente, relativo ad altra società di proprietà regionale, che “con l'espressione “esternalizzazione di servizi pubblici” si intende riferirsi al procedimento attraverso cui una pubblica amministrazione trasferisce la produzione e l'erogazione di servizi e attività strumentali ad un'impresa privata, selezionata mediante procedura concorrenziale, attraverso la stipula di contratti che stabiliscono i termini dell'intesa, i servizi offerti, i livelli di qualità richiesti ed attesi e le conseguenti sanzioni in caso di rilevate inefficienze, il corrispettivo dovuto dall'ente e la ripartizione delle responsabilità delle reciproche prestazioni. La decisione dell'amministrazione di ricorrere all'outsourcing si rivela scelta strategica, che deve necessariamente risultare basata su una visione ed una prospettiva integrata di medio-lungo periodo, insensibile alle contingenze del tempo della sua adozione e saldamente ancorata a valutazioni ed analisi di durata. L'adozione di strategie di esternalizzazione è, in linea di principio, diretta al conseguimento di benefici potenziali in termini di riduzione dei costi, innalzamento della qualità dei servizi offerti a parità di costo, reperimento sul mercato di skills indisponibili all'interno dell'ente, maggiore flessibilità, maggiore concentrazione di risorse umane e investimenti sulle attività ritenute strategiche [...] La valutazione preventiva ed in itinere dei fattori critici di successo e la minimizzazione dei rischi sono gli elementi fondamentali al fine dell'effettiva attuazione e dell'esito positivo di un processo di outsourcing”²⁵.

Di conseguenza, val la pena di ribadirlo, quando la PA ritenga necessario procedere alla realizzazione di un'opera ovvero debba acquisire un servizio o una fornitura, è orientamento fermo a livello comunitario quello secondo cui “un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, senza

²⁵ Corte dei conti, Sezione di controllo per la Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, deliberazione 30 gennaio 2019, n. 2.

essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e può farlo, altresì, in collaborazione con altre autorità pubbliche (in tal senso, C. giustizia UE, sentenza 6 aprile 2006 in causa C-410/14, ANAV, e conforme giurisprudenza precedente ivi richiamata).

La fase che precede la selezione del modulo organizzativo prescelto non può, quindi, prescindere da una fase ricognitiva degli interessi e delle esigenze da soddisfare, cui segue, dopo una verifica interna - sul piano del rapporto costi/benefici - dell'eventuale maggiore convenienza offerta dalla prospettiva del ricorso al mercato, la determinazione all'impegno negoziale.

Come puntualmente evidenziato in precedenti pronunce della Sezione²⁶, quando la P.A. non dispone delle competenze richieste per l'esecuzione interna dell'opera (o dei lavori) ovvero ne rilevi una particolare complessità, derivante dalle specificità delle capacità richieste per la sua realizzazione, il ricorso al modulo organizzativo ritenuto congruo va necessariamente ancorato ad un sostegno motivazionale adeguato e coerente.

Nel caso di specie, determinatasi la volontà di procedere alle attività descritte (connotate da un elevato tecnicismo ed implicanti peculiari conoscenze ingegneristiche) ed escluso che l'affidamento diretto sia stato effettuato in favore di una società *in house* (vds. piano di razionalizzazione 2019 e precedenti, donde si evince la partecipazione regionale al capitale pari al 50,01%), il ricorso al mercato era scelta obbligata ed inevitabile, alla luce delle chiare prescrizioni provenienti dal panorama normativo, prima diffusamente indicato.

Pertanto, l'affidamento dei lavori sarebbe dovuto avvenire non attraverso "*affidamento diretto*" ma mediante il ricorso alle ordinarie procedure di evidenza pubblica per la selezione del contraente cui la Regione, quale amministrazione aggiudicatrice ex l. n. 109/94, era chiamata ad attenersi ogniqualvolta avesse registrato la necessità di rivolgersi al mercato.

Per comprendere a quale regime giuridico l'amministrazione regionale avrebbe dovuto riferirsi per il compimento dell'operazione complessivamente considerata nella sua concreta declinazione, si rivela sufficiente il mero richiamo ai capisaldi della legislazione nazionale in materia di opere pubbliche ai tempi vigente (21.12.2004).

²⁶ Corte dei conti, Sezione di controllo per la Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, deliberazione n. 2/2019, cit.

La norma di apertura della legge quadro sui lavori pubblici all'epoca vigente (legge n. 109/94) esordiva all'art. 1 *"Principi generali"*, introducendo i principi fondamentali dello specifico ordinamento: *"1. In attuazione dell'articolo 97 della Costituzione l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici deve garantirne la qualità ed uniformarsi a criteri di efficienza e di efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori. 2. Per la disciplina delle opere e dei lavori pubblici di competenza delle regioni anche a statuto speciale, delle province autonome di Trento e di Bolzano e degli enti infraregionali da queste finanziati, i principi desumibili dalle disposizioni della presente legge costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale e principi della legislazione dello Stato ai sensi degli statuti delle regioni a statuto speciale e dell'articolo 117 della Costituzione, anche per il rispetto degli obblighi internazionali dello Stato. 3. Il Governo, ai sensi dell'articolo 2, comma 3, lettera d), della legge 23 agosto 1988, n. 400, emana atti di indirizzo e coordinamento dell'attività amministrativa delle regioni in conformità alle norme della presente legge"*.

A seguito della riforma del Titolo V della Carta costituzionale, operato con la legge cost. n. 3 del 2001, il riferimento alle norme fondamentali di riforma economico-sociale è stato superato in omaggio al principio della prossimità della funzione rispetto al livello di governo (sussidiarietà), restando inalterato, tuttavia, il ruolo delle norme di derivazione comunitaria che, ora come allora, si pongono quali limiti all'attività legislativa di ogni ente dotato della relativa potestà²⁷.

Nella stessa direzione è la pacifica giurisprudenza UE, secondo cui: *"1) l'affidamento senza gara da parte di un'amministrazione aggiudicatrice di un contratto contrasta con le norme ed i principi sull'evidenza pubblica comunitaria quando ha ad oggetto servizi i quali, pur riconducibili ad attività di ricerca scientifica, "ricadono, secondo la loro natura effettiva, nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo di cui all'allegato II A, categoria 8, della direttiva 2004/18, oppure nell'ambito dei servizi d'ingegneria e dei servizi affini di consulenza scientifica e tecnica indicati nella categoria 12 di tale allegato" (§ 28); 2) non sussiste per contro l'obbligo della gara in caso di "contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una*

²⁷ L'attuale formulazione dell'art. 117 della Costituzione italiana recita al comma 1 *"La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali"*.

funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi" (§ 34); 3) questa ipotesi è configurabile quando dette forme di cooperazione rispettino le seguenti condizioni: "*siano stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata, che nessun prestatore privato sia posto in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti, e che la cooperazione da essi istituita sia retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico"* (§ 35)" (CGUE, causa n. C-159/11 - sentenza 19 dicembre 2012).

L'odierno affidamento diretto ad una società, la cui partecipazione al capitale (cui concorrono anche soci privati in modo quasi paritario) è sì detenuta dalla Regione in funzione di controllo ma senza che esso attinga al livello del "controllo analogo" (e delle altre concorrenti caratteristiche perché possa definirsi *longa manus* dell'amministrazione), si è pertanto realizzato in violazione del quadro normativo nazionale ed eurounitario di riferimento, stante l'esclusione di qualsiasi procedura concorrenziale.

Tale procedura è stata seguita dalla Regione che, in precedenza, ha approvato una specifica legge regionale (l.r. n. 38/99) in forza del cui richiamo si è proceduto nel senso descritto e sul cui esame si focalizzerà l'analisi nelle prossime pagine, utile per la comprensione complessiva del contesto.

5.5. Il finanziamento dell'opera e la sua gestione.

Dopo l'affidamento diretto della costruzione dell'opera, la Regione si è assunta l'onere del suo finanziamento con fondi propri. Essa, in sede di interlocuzione con la Sezione, ha sostenuto che l'impianto funiviario, in occasione della scadenza della concessione ed ai fini del suo rinnovamento, è stato dato in concessione "dominicale" alla società in esame, richiamandosi al contenuto della legge regionale 10 aprile 1997, n. 12 relativa alla "*Regime dei beni della Regione autonoma Valle d'Aosta*".

Orbene, la citata legge regionale dispone all'art. 4 che "*l'atto di concessione deve indicare:*

- a) *l'uso per il quale la concessione è disposta;*
- b) *la durata del rapporto;*
- c) *l'onere di concessione;*

- d) le condizioni per la buona conservazione del bene e per l'esercizio delle attività per cui l'uso è assentito;
- e) le eventuali garanzie;
- f) il divieto di subconcessione ovvero la facoltà di subconcessione, previa autorizzazione della Regione;
- g) le altre particolari condizioni derivanti dalla peculiarità del bene.

4. Quando il concessionario è un ente che opera senza fine di lucro e l'uso è assentito per perseguire finalità riconosciute dalla Regione di interesse pubblico, il canone può non essere richiesto”.

Quanto all'utilizzo del bene, l'art. 6 della legge medesima dispone che **“1. I beni immobili del demanio e del patrimonio indisponibile della Regione possono anche essere utilizzati per finalità particolari, purché queste siano compatibili e non contrastino con la natura pubblicistica del bene, fatte salve le disposizioni previste da leggi speciali. 2. L'uso particolare dei beni di cui al comma 1 può essere accordato mediante concessione”**.

5.6. Le obbligazioni dedotte e relative criticità.

Dall'esame delle pattuizioni innanzi descritte, seppur se ne deduca il regime concreto soltanto in singoli passi dell'accordo di programma, risulta come la Regione si sia determinata all'effettuazione delle seguenti attività, la cui indicazione in ordine cronologico ne semplifica la comprensione anche ai fini della successiva analisi dall'angolo visuale del regime giuridico ad esse applicabile:

1. identificazione della *"traversata del Monte Bianco in funivia"* come prodotto *"star"* nel proprio *Piano di marketing strategico*” (ed anche per lo Stato italiano, che – si rammenta - avrebbe inserito il progetto della nuova funivia nel proprio Programma delle Infrastrutture strategiche);
2. affidamento delle attività propedeutiche *“tramite incarico alla Soc. F.M.B. ai sensi della L.R. n. 38/1999”*;
3. smantellamento dell'impianto preesistente;
4. realizzazione e costruzione di un nuovo impianto;
5. finanziamento dell'opera, *“anche tramite convenzione con FINAOSTA S.p.a. ai sensi della L.R. n. 16/1982”*;

6. acquisizione, mediante procedure d'esproprio delle aree di proprietà di privati interessate dalla realizzazione dell'impianto funiviario;
7. rilascio alla "Funivie Monte Bianco S.p.a." della "concessione di esercizio, in comodato, dei due impianti nonché la gestione in comodato delle strutture collaterali per una durata pari a 30 anni dalla data di entrata in esercizio";
8. in data 11.09.2009 (giusta deliberazione n. 2482/2009 della Giunta regionale) rilascio alla "Funivie Monte Bianco S.p.a.", della concessione per la costruzione e l'esercizio della linea di trasporto funiviario in servizio pubblico "Pontal di Entrèves - Mont Frety Punta Helbronner", di proprietà regionale.

Per meglio comprendere i termini dell'accordo e delle obbligazioni alle quali le parti si sono vincolate, si rivela poi necessaria l'analisi speculare delle attività da svolgersi anche sul fronte della società, che può essere riassunta nei termini che seguono:

- a. realizzare, su incarico e per conto della Regione, ai sensi della l.r. n. 38/1999, le progettazioni (definitiva ed esecutiva), tutte le attività tecniche ed amministrative connesse, nonché la costruzione dei due tronchi dell'impianto di cui si tratta, fornendone i relativi servizi collaterali;
- b. cedere alla Regione in diritto di superficie gratuito, per la durata di anni 30, le aree di sua proprietà necessarie per la realizzazione del complesso funiviario nonché, alla scadenza trentennale, a vendere alla Regione stessa tali aree, ad un prezzo concordato tra le parti o, in caso di disaccordo, al valore di esproprio;
- c. gestire gli impianti funiviari in regime di concessione nel rispetto delle norme vigenti, curandone, con riferimento all'attuale quadro regolamentare, la manutenzione ordinaria e straordinaria;
- d. cedere al Comune, in diritto di superficie per la durata di anni 30, le aree di sua proprietà necessarie alla riqualificazione della zona di La Palud, nonché, alla scadenza trentennale, a vendere al Comune stesso o alla Regione tali aree ad un prezzo concordato tra le parti o, in caso di disaccordo, al valore di esproprio.

Così descritti il nucleo dell'accordo e dell'atto di concessione che vi accede, è necessario procedere alla qualificazione giuridica di ciascuno dei segmenti di attività prima descritti,

per comprendere se e quali fossero le procedure da adottare in relazione alla specificità del contesto e del bene giuridico in gioco.

In considerazione della composizione strutturale dell'operazione (progettazione dell'opera, sua realizzazione e successiva concessione del bene per la gestione di un servizio pubblico, con riconoscimento postumo di un canone concessorio), deve ritenersi che il contratto posto in essere abbia dato luogo ad un assetto negoziale connotato da tratti di assoluta originalità.

Nella tassonomia dei contratti pubblici, più volte richiamati, si è nettamente affermata la distinzione fra appalto e concessione di opere pubbliche: come anticipato, nel caso dell'appalto, la realizzazione dell'opera è finanziariamente a carico della P.A., che versa all'appaltatore un corrispettivo in cambio della sua costruzione. Il rischio connesso alla gestione dell'opera resta, nel caso, a carico della stazione appaltante, unica destinataria della prestazione resa.

Nella concessione di opere pubbliche, il concessionario impiega capitali propri per la realizzazione dell'opera, non è retribuito dall'amministrazione concedente mediante il versamento di un corrispettivo ma attraverso il riconoscimento del diritto di gestione dell'opera (eventualmente maggiorato di un prezzo), dalla quale egli trarrà il relativo profitto (ovvero ne sopporterà la perdita). Il modello concessorio viene spesso impiegato per la realizzazione di opere destinate all'utenza, proprio in considerazione dei flussi finanziari prodotti dal suo sfruttamento da parte del pubblico, che ne è l'ultimo destinatario.

Inoltre, merita al riguardo di essere richiamato il concetto finitimo della *"concessione di pubblico servizio"* per la cui disciplina deve rammentarsi che *"il tratto distintivo della concessione di pubblico servizio è dato:*

- a) dall'assunzione del rischio a carico del concessionario per la gestione del servizio;*
- b) dalla circostanza che il corrispettivo non sia versato dall'amministrazione, come nei contratti di appalto di lavori, la quale, anzi, percepisce un canone da parte del concessionario;*

c) dalla diversità dell'oggetto del rapporto, che nella concessione di servizi è trilaterale (coinvolgendo l'amministrazione, il gestore e gli utenti), mentre nell'appalto è bilaterale (stazione appaltante, appaltatore).

Tale ultima distinzione è stata recepita nel nostro ordinamento dall'art. 3, comma 12 del D.lgs. 163/2006, definendo la concessione di servizi come un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente del diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 5620/2010).

Per quanto concerne, poi, la distinzione tra concessione di servizi e concessione di lavori, al cospetto di fattispecie miste nelle quali si contempla anche l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione del servizio, vige la regola dell'assorbimento, che privilegia la disciplina della prestazione prevalente: si sarà in presenza di una concessione di lavori pubblici nel caso in cui il servizio risulti strumentale, in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla sua realizzazione, rispetto alla costruzione dell'opera; viceversa, si sarà in presenza di una concessione di pubblico servizio, nel caso in cui i lavori abbiano carattere di accessoria rispetto al servizio (Cons. Stato, Sez. IV, n. 2804/2005; Cass. Sez. Un. n. 26298/2008).

Devesi poi rammentare come il consolidato orientamento del giudice amministrativo e del giudice contabile abbiano da tempo enucleato i criteri distintivi propri di ciascuno degli istituti giuridici richiamati.

Come noto, la concessione per l'uso di un bene del demanio, dietro corresponsione di un canone all'amministrazione costituisce, sotto il profilo dogmatico generale, una concessione amministrativa avente ad oggetto l'uso di un bene pubblico. Tale è il caso della concessione, inizialmente definita dall'accordo di programma, dell'impianto funiviario alla società F.M.B., il cui impiego deve, quindi, calarsi nel tessuto ordinamentale della relativa disciplina.

L'ANAC, in proposito, ha affermato²⁸ (con riferimento alle concessioni demaniali marittime) che *"le concessioni amministrative aventi ad oggetto beni demaniali o del patrimonio indisponibile possono essere serventi alla prestazione di un servizio alla collettività, e*

²⁸ Parere atti normativi, 15 febbraio 2013.

quindi configurare una concessione di servizi, quando l'utilizzo del bene si estrinseca nell'esercizio di un servizio pubblico, ciò in quanto dette concessioni si atteggino a fattispecie complesse, in cui assumono rilievo non solo la messa a disposizione del bene pubblico, dietro corresponsione di un canone, ma anche gli aspetti convenzionali relativi all'attività di gestione e alla durata in funzione dell'equilibrio economico-finanziario dell'investimento. Più precisamente, la concessione di beni cela una concessione di servizi quando il bene pubblico avente una vocazione naturale ad essere impiegato in favore della collettività per attività di interesse generale e avente una struttura e una destinazione idonee a generare flusso di cassa è affidato in gestione al concessionario sul quale è traslato il rischio operativo in quanto da tale gestione trae la propria remunerazione, a fronte del pagamento di un canone da versare al concedente stabilito in funzione della previsione del consolidamento dei guadagni nell'arco temporale di riferimento" (v. anche, in proposito, T.A.R. Lombardia, 1° dicembre 2017, n. 2306 e T.A.R. Lazio, 13 giugno 2017, n. 6985).

Nel prisma delle coordinate ermeneutiche prima descritte, è quindi possibile (anche se non del tutto agevole, alla luce della disomogenea struttura negoziale prima lumeggiata) verificare quali elementi contrattuali intersechino la traiettoria argomentativa seguita dal giudice amministrativo per identificare la natura prevalente del rapporto all'esame:

- sussiste l'assunzione del rischio in capo alla società per la gestione dell'impianto, come inserito nella propria struttura aziendale (requisito del rischio imprenditoriale);
- l'amministrazione percepisce un canone per lo sfruttamento del cespite (requisito dell'onerosità);
- il rapporto corrente fra le parti è trilaterale, investendo la P.A., la società ed il pubblico al cui servizio è destinata l'infrastruttura.

Tuttavia, le incertezze interpretative del corredo negoziale sono molteplici e di notevole grado.

Seppur non esplicitamente previsto negli atti, pare si possa ritenere che la società sia esposta al rischio operativo tipico della concessione - intendendosi tale quello in cui, in condizioni operative normali, non è garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi oggetto della concessione - e, del pari,

quantunque tardivamente, la concessione del bene presenta carattere di onerosità²⁹ in conseguenza della corresponsione di un canone.

Sussisterebbe, inoltre, lo sfruttamento da parte della collettività anche se, sul punto, l'atto di concessione si esprime con l'impiego di formule inappropiate, richiamando il "*contatto diretto con il pubblico degli utenti e dei consumatori*" e facendo di poi ricorso ai principi propri delle locazioni, laddove si esclude il "*diritto ad alcuna indennità per perdita di avviamento commerciale come previsto in tema di locazioni dagli artt. 34 e seguenti della legge n. 392/78*".

ali riferimenti, occorre rilevare, non contribuiscono – unitamente ad altri elementi di cui si dirà - alla chiara definizione degli assetti negoziali e rendono incerto lo stesso quadro pattizio, anche nell'ottica di eventuali contenziosi, data la disorganicità delle clausole sottoscritte e l'imprecisione di alcune delle locuzioni impiegate.

Il contratto in esame costituisce quindi, in buona sostanza, un negozio misto a carattere prevalentemente concessorio, orientato alla realizzazione ed allo sfruttamento dell'opera, la cui fruizione è destinata alla collettività.

Il tratto "ibridante" (e di rilievo non secondario) è dato dal finanziamento dell'opera che, nel regime tipico delle concessioni, è rimesso, come visto, al concessionario: al contrario, nel caso di specie, a valle della realizzazione dell'opera a carico delle finanze regionali (idonea ad integrare le caratteristiche di un appalto pubblico), è stata effettuata la concessione dell'opera a titolo asseritamente "*patrimoniale*", per un uso inizialmente gratuito a titolo di comodato, tradottosi poi, in epoca successiva, in oneroso e definito, da ultimo, genericamente concessorio.

Come noto, a mente dell'art. 1803 c.c., "*Il comodato è il contratto col quale una parte consegna all'altra una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta. Il comodato è essenzialmente gratuito*"³⁰.

Elemento distintivo del contratto di comodato è quindi la gratuità (art. 1803, comma 2, c.c.): si ritiene infatti che, qualora per l'uso della cosa fosse stabilito un corrispettivo, si

²⁹ In proposito, cfr. ANAC, determinazione 2 aprile 2008, n. 4, secondo cui «*il carattere oneroso della prestazione deve ritenersi sussistere in qualunque caso in cui, a fronte di una prestazione, vi sia il riconoscimento di un corrispettivo che può essere, a titolo esemplificativo, in denaro, ovvero nel riconoscimento del diritto di sfruttamento dell'opera (concessione) o ancora mediante la cessione in proprietà o in godimento di beni. In altri termini, il vantaggio economico in cui consiste la causa del negozio non deve obbligatoriamente essere limitato ad una corresponsione in denaro, ma ben può consistere in un riconoscimento di diritti suscettibili di valutazione economica*».

³⁰ Sul tema, Cassazione Civile, sez. III, 3 aprile 2008, n. 8548 e Cassazione Civile, sez. III, 13 giugno 2008, n. 15995.

ricadrebbe sotto lo schema dei contratti di locazione ex art. 1571 c.c.. È ammessa l'apposizione a carico del comodatario di prestazioni accessorie (comodato oneroso o modale), purché però rimangano nell'ambito di mere prestazioni modali e non snaturino il rapporto assumendo il carattere di corrispettivo del godimento della cosa e dunque la natura di una controprestazione³¹. Si è affermato, infatti, che *“il carattere di essenziale gratuità del comodato viene meno solo se il vantaggio conseguito dal comodante si pone come corrispettivo del godimento della cosa con natura di controprestazione ma non allorché il comodatario si limiti al pagamento di una somma periodica a titolo di rimborso spese”*³². Analogamente, al comodatario compete l'obbligo di custodia di cui agli artt. 1804 e 2051 c.c. ed il custode ha l'obbligo di avvertire il proprietario di ogni danno al bene di cui ha la custodia (Cass. Civ., n. 296/2015).

Si ritiene, inoltre, che il comodato abbia carattere di contratto *intuitus personae*, alla luce del divieto per il comodante di concessione a terzi in subcomodato, nonché la disposizione in forza della quale, in caso di morte del comodatario, il comodante, ancorché sia stato convenuto un termine, può esigere dagli eredi l'immediata restituzione della cosa (art. 1811 c.c.). Affinché il contratto non perda tale sua natura, è necessario che l'interesse del comodante (che può ritenersi sempre immanente al contratto) non abbia di per sé contenuto patrimoniale, o, pur avendolo, si tratti di una prospettiva di un vantaggio indiretto e mediato, o comunque di un interesse secondario del concedente, il cui vantaggio non venga a trovarsi in rapporto di corrispettività con il beneficio concesso al comodatario³³.

Orbene, la scelta di qualificare da principio il contratto come comodato suscita a questa Sezione notevoli perplessità.

Analoghe perplessità suscita il complessivo assetto negoziale il quale, come esposto, esibisce le caratteristiche tipiche di plurimi modelli, innanzi tutto il comodato, la cui adozione per la concessione dei beni immobili della Regione costituisce, ad avviso del Collegio, deviazione dai canoni della buona amministrazione; si rinvengono poi, come riferito, pattuizioni che si richiamano apertamente al regime delle locazioni di immobili

³¹ Cassazione Civile, sez. III, 11 febbraio 2010 n. 3087.

³² Cassazione Civile, sez. II, 25 settembre 1990, n. 9718.

³³ Cassazione Civile, sez. II, n. 4912/1996.

commerciali, altre che si riportano al regime concessorio delle opere pubbliche ma, sorprendentemente, non chiariscono il regime delle responsabilità, il cui contenuto è vagamente descritto nell'art. 8 che, anch'esso, non identifica in modo dettagliato le obbligazioni del concessionario/comodatario/locatario. Non ignora la Sezione che la norma regionale richiamata a sostegno dell'operazione - e sulla quale ci si soffermerà tra breve - attribuisca il potere di concedere i beni demaniali secondo gli usi "*particolari*" ivi indicati, ma tale circostanza non esime dall'obbligo di rispettare le previsioni normative, nazionali e comunitarie, relative a ciascun istituto.

Non sembra neppure opportuno richiamare la giurisprudenza di legittimità sui contratti misti nella legislazione dei vari settori dei lavori pubblici, che non presentano elementi di assimilazione alla presente fattispecie e, del pari, superfluo sarebbe il riferimento ai contratti misti³⁴ ed ai contratti complessi, in relazione ai quali la giurisprudenza ritiene applicabile la disciplina del contratto prevalente³⁵.

Ciò che rileva sul piano della disciplina pattizia è una sostanziale incertezza interpretativa che, viceversa, quando ricorre l'impegno di somme così ingenti, riferite ad opere di rilevanza strategica nazionale e regionale, avrebbe richiesto (e richiede) una esatta, puntuale e dettagliata regolamentazione delle condizioni di affidamento dell'opera e della sua gestione, evitando, o comunque limitando, il ricorso a formule incerte o comunque non di univoca interpretazione.

Nel caso di specie, va evidenziato, non si è provveduto alla puntuale regolazione della disciplina applicabile a tutela delle risorse pubbliche "*qualora venisse meno per la Regione il ruolo di azionista di controllo*", rimettendone l'assetto ad un successivo incontro in cui consentire alla Regione il mero accesso alla struttura: il che sul piano dei fatti, si tradurrebbe in una sua sostanziale cessione, peraltro "appesa" al solo 0,01% di prevalenza nel capitale della società concessionaria.

Altro tema centrale è la qualificazione dell'operazione nel suo complesso.

³⁴ "*In tema di contratto misto la relativa disciplina giuridica va individuata in quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti*" (Cass. SS.UU. sent. n. 11656/2008 e Cass. Civ. sez. II, sent. n. 22828/2012).

³⁵ Tale ultimo orientamento è stato ulteriormente ribadito da una recente pronuncia di legittimità (Cass. Civ., sez. III, sentenza n. 22828/2012).

Pare, infatti, di potersi affermare che il rapporto tra la Regione e la società, sotteso alla concessione del bene, in forza del quale la prestazione del servizio a favore del pubblico, da parte del privato, consenta il riconoscimento in suo favore di una *utilitas*, abbia integrato, nel momento realizzativo dell'opera, un appalto pubblico.

Di conseguenza, il concessionario del bene è stato anche un appaltatore, in relazione alla costruzione dell'opera ed avrebbe dovuto essere selezionato applicando la disciplina in tema di procedure di evidenza pubblica.

Si deve, invero, ricordare come l'indizione di una procedura comparativa, al fine dell'individuazione del concessionario, costituisca un adempimento prescritto dalla normativa comunitaria ma ancor prima, come principio generale ed immanente dell'ordinamento, dalla vigente legge di contabilità generale dello Stato. Infatti, il R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, *“Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato”* dispone all'art. 3: ***“I contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata. I contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale dell'amministrazione”***.

Anche di recente, sulla base di tali principi generali, è stato confermato come ***“L'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini della individuazione del soggetto contraente riguarda, dunque, anche la materia delle concessioni di beni pubblici, siano essi del demanio ovvero del patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni o dei Comuni”***³⁶.

³⁶ T.A.R. Basilicata, n. 321/2018; v., inoltre, T.A.R. Puglia, sez. Lecce, n. 644/2018, la cui massima si ritiene parimenti utile: *“Il mancato ricorso a procedure di selezione aperta, pubblica e trasparente tra gli operatori economici interessati determina, infatti, un ostacolo all'ingresso di nuovi soggetti nel mercato, non solo risultando invasa la competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, in violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., ma conseguendone altresì il contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., per lesione dei principi di derivazione europea nella medesima materia”* (sentenze n. 171 del 2013, n. 213 del 2011, n. 340, n. 233 e n. 180 del 2010) (Corte Cost. sent.n.40/2017). Peraltro, la Corte di Giustizia (sent. 14 luglio 2016) ha dichiarato l'illegittimità della proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per finalità turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura trasparente di selezione tra i potenziali candidati, e qualora queste presentino un interesse transfrontaliero certo, così chiarendo con concetti applicabili ex tunc, la necessità di procedure comparative per il rilascio di concessioni demaniali”.

Secondo un consolidato e risalente orientamento giurisprudenziale, l'affidamento di concessioni amministrative aventi ad oggetto l'uso di beni pubblici (tanto del demanio che del patrimonio indisponibile di Stato ed autonomie locali) resta infatti assoggettato al generale obbligo delle Amministrazioni - derivante anche dai principi di diritto comunitario rinvenibili direttamente nel Trattato CE (libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, nonché principi di par condicio, imparzialità e trasparenza) - di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini della individuazione del soggetto contraente (Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6509 e 25 settembre 2009, n. 5765). In particolare, è stato precisato che *“alle concessioni di beni pubblici di rilevanza economica (...), poiché idonee a fornire una situazione di guadagno a soggetti operanti nel libero mercato, devono applicarsi i principi discendenti dall'art. 81 del Trattato UE e dalle Direttive comunitarie in materia di appalti, quali quelli della loro necessaria attribuzione mediante procedure concorsuali, trasparenti, non discriminatorie, nonché tali da assicurare la parità di trattamento ai partecipanti”*³⁷.

Va, infatti, rilevato che, in ossequio alla Comunicazione della Commissione Europea del 14.04.2000 (pubblicata in G.U.C.E. n. C 121 del 29.04.2000), richiamata e sviluppata da due circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le Politiche Comunitarie, n. 945 dell'1.03.2002 e n. 8756 del 06.06.2002³⁸, i principi di evidenza pubblica, da attuare in modo proporzionato e congruo all'importanza della fattispecie in

³⁷ T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 9 luglio 2009, n. 3828; in termini, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2011, n. 3250; Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2011, n. 1747; Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2013, n. 873; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 26 settembre 2014 n. 2401). Ed invero, come la giurisprudenza ha ripetutamente messo in luce, *“anche i procedimenti tendenti al conferimento di una concessione di area demaniale...debbono ritenersi sottoposti ai principi di evidenza pubblica, dato che, in base alle norme comunitarie, presupposto sufficiente affinché si applichino i predetti principi è la circostanza che con la concessione di area demaniale...si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione”* (Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168). In proposito, è stato anche chiarito che *“l'obbligo di espletare una procedura concorsuale sussiste anche nei casi in cui non siano state formulate preventivamente istanze per il conseguimento del bene della P.A., atteso che l'interesse alla utilità economica del rapporto concessorio potrebbe manifestarsi solo in seguito all'avvio di una procedura di evidenza pubblica”* (Cons. Stato, sez. V, n. 934/2002).

³⁸ Esse hanno in particolare precisato che: i) a prescindere dall'applicabilità di specifici regimi, tutte le concessioni ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30, da 43 a 55 del Trattato, nonché dei principi risultanti dalla costante tradizione giurisprudenziale della CGUE in tema di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità; ii) il principio di trasparenza, strettamente legato a quello di non discriminazione, garantisce condizioni di concorrenza non falsate ed esige, al fine di garantire la possibilità da parte delle imprese interessate di esplicitare le proprie *chances* partecipative, che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione; iii) tali forme di pubblicità dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura, quali l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione, l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario.

rilievo, vanno applicati, in quanto dettati in via diretta e *self-executing* dal Trattato, anche alle fattispecie non contemplate da specifiche disposizioni comunitarie.

Anche la giurisprudenza contabile si è assestata su posizioni analoghe, affermando la necessità che *“le concessioni di beni pubblici siano da sottoporre ai principi di evidenza pubblica che impongono l'espletamento di gara formale anche in presenza di una sola domanda, che si pone pertanto come atto prodromico all'indizione della gara medesima. Ciò nel presupposto che con la concessione di area demaniale marittima si consente a soggetti operanti sul mercato una possibilità di lucro, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai principi di trasparenza e di non discriminazione”*. Si è poi puntualizzato che *“la concessione di un bene demaniale marittimo si atteggia quale fattispecie complessa in cui assumono rilievo non solo la messa a disposizione del bene pubblico (dietro corresponsione di un canone), ma anche gli aspetti convenzionali relativi alle opere da realizzare, alla durata in funzione dell'equilibrio economico finanziario dell'investimento programmato, nonché alla connessa attività di gestione delle opere stesse”* (Corte dei conti, Sezione contr. gest. Stato, deliberazione 13 maggio 2005, n. 5/2005/P).

Nella stessa direzione anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, secondo cui *“per le concessioni di beni demaniali è necessario individuare condizioni del loro affidamento e rinnovo, idonee ad evitare ingiustificate restrizioni della concorrenza e a ridurre la discrezionalità amministrativa nella scelta dei concessionari, in ossequio ai principi comunitari della parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. La selezione del concessionario di un bene demaniale dovrebbe essere informata a criteri oggettivi, trasparenti, non discriminatori e concludersi con un provvedimento adeguatamente motivato, così da evitare i casi di “leggi-fotografia”, nei quali il legislatore stesso identifica, direttamente o indirettamente, il concessionario. Per l'affidamento di concessioni di beni demaniali le procedure di gara o di evidenza pubblica (“concorrenza per il mercato” o “concorrenza amministrata”) dovrebbero costituire la regola, almeno per le concessioni contrattuali; sicché la proroga automatica di quelle in essere non consentirebbe di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica”*³⁹.

³⁹ AGCOM, decisione del 16 ottobre 2008.

Al riguardo, occorre precisare, spetta alle singole amministrazioni decidere se l'aggiudicazione di un determinato appalto possa essere interessante per operatori economici situati in altri Stati membri. La Commissione europea ha sempre ritenuto, in proposito, che questa decisione debba essere basata su una valutazione delle circostanze specifiche del caso, quali l'oggetto dell'appalto, il suo importo stimato, le particolari caratteristiche del settore in questione (dimensioni e struttura del mercato, prassi commerciali, ecc.), nonché il luogo geografico di esecuzione dell'appalto.

Alla luce di quanto esposto, il Collegio ritiene, conclusivamente, che sussistessero pienamente i presupposti per l'espletamento di una gara europea, da celebrarsi per affidare sia la progettazione che la realizzazione dell'opera e, di poi, per l'accesso al regime concessorio del bene demaniale, suscettibile di attribuire al privato aggiudicatario una sicura occasione di guadagno.

6. Questioni interpretative della legge regionale 23 dicembre 1999, n. 38.

La più volte innanzi richiamata legge regionale 23 dicembre 1999, n. 38 *“Affidamento della realizzazione di opere pubbliche a soggetti pubblici o privati concessionari di servizi pubblici”*, costituisce provvedimento normativo consistente in un solo articolo (e di un secondo contenente la clausola di immediata esecutività), il cui contenuto, rivelandosi centrale nell'esame a svolgersi, corre l'obbligo di riportare.

La citata legge prevede all'art. 1 *“Affidamento mediante convenzione”* che:

“1. L'Amministrazione regionale e gli enti locali di cui alla legge regionale 7 dicembre 1998, n. 54 (Sistema delle autonomie in Valle d'Aosta), sono autorizzati ad affidare, mediante convenzione, a soggetti pubblici o privati concessionari di servizi pubblici, la realizzazione di un'opera pubblica quando questa interferisce:

a) con altra opera di proprietà, o in gestione, dei sopracitati soggetti, determinando limitazioni nell'assolvimento delle funzioni proprie dell'infrastruttura preesistente;

b) con altra opera in contestuale costruzione da parte dei sopracitati soggetti.

2. Nei casi di cui al comma 1, le amministrazioni concedenti provvedono alla redazione del progetto dell'opera di competenza, al conseguimento della disponibilità delle aree necessarie, nonché al finanziamento della spesa.

3. Per l'affidamento dei lavori pubblici di cui al comma 1, di importo superiore a 200.000 ECU, i soggetti convenzionati sono tenuti all'osservanza delle procedure di cui all'articolo 24 della legge regionale 20 giugno 1996, n. 12 (Legge regionale in materia di lavori pubblici), come modificato dalla legge regionale 9 settembre 1999, n. 29, nonché della procedura di cui alla legge 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici) come modificata dalla legge 18 novembre 1998, n. 415”.

L'obbligazione assunta da parte della Regione era, come detto, quella di procedere allo smantellamento della funivia precedente e di dare avvio alla realizzazione di una nuova opera dopo la relativa progettazione.

La ragione dell'effettuato affidamento diretto riposa sul concetto di *“interferenza di proprietà”* (vds. d.g.r. n. 2326 e d.g.r. 4504, cit.). Una ricerca effettuata a livello nazionale in materia di opere pubbliche consente di affermare come tale specifica formulazione

normativa, scarsamente intellegibile, non trovi altre locuzioni di analogo tenore nella legislazione di settore, salvo che per le “interferenze “di cui è riferimento nella sezione relativa alla fase dell’approvazione progettuale, nel corso della quale, come noto, possono emergere interferenze tra le competenze degli enti coinvolti nella conferenza di servizi (a titolo esemplificativo, vds. art. 27, d.lgs. n. 50/2016).

Anche l’esame della relazione di accompagnamento al provvedimento (in difetto di una relazione tecnica) non si è rivelato utile nel comprendere le ragioni sottese a tale specifica formulazione⁴¹.

Essa, infatti, si limita ad illustrare come la norma richiami, in termini generici ed indifferenziati, le disposizioni regionali e nazionali in materia di lavori pubblici senza, tuttavia, farsi carico di fornire un’adeguata copertura normativa in relazione al superamento dei limiti imposti dalla legislazione nazionale e comunitaria all’epoca vigente. Tant’è che il rinvio, ivi contenuto, ai principi ed “*alla procedura*” della legge n. 109/94 di cui al comma 2 termina con l’atteggiarsi, in forza della previa introduzione di una “clausola di collegamento” (“*l’interferenza di proprietà o di gestione*”) dalle proporzioni potenzialmente illimitate - soprattutto in un contesto territoriale estremamente ridotto - quale vuota petizione di principio.

Sul piano della compatibilità di tale regime giuridico di matrice regionale con il quadro normativo nazionale e comunitario, la Sezione non può esimersi dal formulare alcune osservazioni di carattere tecnico.

⁴¹ Essa recita testualmente che “*parecchie sono state, nel passato, le iniziative che hanno visto l’amministrazione regionale convenzionarsi per far eseguire lavori che interagivano con altri soggetti pubblici o privati. Le motivazioni principali erano e continuano ad essere quelle di evitare problemi tra interessi ed organizzazioni diversi oltre evidentemente a quella di accelerare per quanto possibile i tempi di esecuzione sempre difficilmente quantificabili quando ci sono diversi soggetti ad appaltare opere che interferiscono tra loro.*

Questo disegno di legge è dunque allo stesso tempo molto semplice, solo due articoli di cui uno è l’urgenza, ma anche molto importante, agli effetti dell’efficienza e della trasparenza.

Per quanto riguarda il primo aspetto, cioè l’efficienza, le ragioni sono già state evidenziate in quanto già palesi anche nelle azioni svolte in passato...in un primo momento questo disegno legge aveva generato qualche dubbio a causa di interpretazioni contrastanti dovute forse anche ad una lettura un po’ troppo frettolosa...A seguito di tutti i chiarimenti necessari, per evitare che per il futuro potessero ancora nascere dubbi, si è concordato un emendamento (...) in cui si fa esplicito riferimento sia alla legislatura regionale sia a quella nazionale per tutti quei lavori che superano i 200.000 ECU. Nel merito dell’articolato, vista la sua chiarezza e brevità vi è ben poco da aggiungere.

L’art. 1 primo comma determina quali sono gli enti che possono usufruire di questa legge e soprattutto in quale contesto possono applicarla. Il comma 2 chiarisce i compiti delle amministrazioni concedenti”.

Sul piano del diritto interno, lo Statuto speciale regionale (approvato con legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 4) all'articolo 2, lettera h) attribuisce alla Regione potestà legislativa nella materia dei trasporti su funivie ed il d.lgs 11 febbraio 1998, n. 79, recante *“Norme di attuazione dello statuto speciale della Regione Valle d’Aosta in materia di impianti a fune, piste da sci ed innevamento artificiale”*, prevede che tutte le attribuzioni e le funzioni amministrative degli organi centrali e periferici dello Stato in materia di impianti a fune, di piste da sci, da discesa e da fondo siano trasferite alla Regione

L’attività svolta dalla società consiste, di contro, nella *“gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane”*. Inoltre, *“la Regione detiene la partecipazione nella società e provvede a dettare le linee programmatiche regionali finalizzate allo sviluppo del turismo invernale, che hanno consentito ai comprensori sciistici di assumere nel tempo un ruolo economico trainante sul territorio di riferimento [in forza dell’asserita] “competenza primaria” (piano di razionalizzazione 2019, cit.) riconosciute⁴².*

Pe quel che riguarda i rapporti fra lo Statuto regionale e l’ordinamento nazionale, la Sezione ha già avuto modo di pronunciarsi affermando, in particolare⁴³, che *“punto di partenza dell’analisi è la legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 4 “Statuto speciale per la Valle d’Aosta” (...) [il quale] prima di identificare le materie nelle quali la Regione esercita potestà legislativa primaria, stabilisce come essa vada esercitata “in armonia con la Costituzione e i principi dell’ordinamento giuridico della Repubblica e col rispetto degli obblighi internazionali e degli interessi nazionali, nonché delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica”. Venendo (...) al “rapporto fra la competenza legislativa “esclusiva” statale e la competenza legislativa primaria delle Regioni ad autonomia “particolare” ed, in ispecie, della Regione Val d’Aosta, la giurisprudenza costituzionale (...) si è diversamente atteggiata nel corso del tempo. In una prima e più risalente fase, sono state fortemente valorizzate le norme di attuazione degli Statuti speciali, di cui la giurisprudenza costituzionale ha posto in rilievo il “ruolo interpretativo ed integrativo delle stesse espressioni statutarie” e la loro prevalenza sugli atti legislativi ordinari, anche con specifico riguardo alla finanza pubblica e ai controlli, ambiti materiali*

⁴² Quanto esposto nelle pagine che precedono, in ordine all’attività esercitata, rende già dubbia l’applicabilità del quadro normativo riferito ai settori speciali, di cui alla Direttiva 2004/17/CE, pur se non ne derivano conseguenze immediate sugli esiti della presente indagine, data l’immanenza e la trasversalità dei principi recati dai Trattati.

⁴³ Corte dei conti, Sezione di controllo per la Valle d’Aosta/Vallée d’Aoste, deliberazione 24 novembre 2017, n. 15.

in relazione ai quali è stato costantemente preservato l'ambito dei decreti di attuazione (sentenze n. 267 del 2006 e n. 179 del 2007)...Successivamente ed in epoca più prossima (sentenza n. 60 del 2013), la Corte ha chiarito che **“il comma premesso all'art. 97 Cost.” dall'art. 2, comma 1, della legge costituzionale n. 1 del 2012 “richiama il complesso delle pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, ad assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico” e, con la sentenza n. 88 del 2014, ha affermato che l'art. 5, comma 2, lett. b), della legge costituzionale n. 1 del 2012, di modifica degli artt. 97 e 119 Cost., implica “esigenze di uniformità” nell'applicare i “vincoli di finanza pubblica”, che “non possono non coinvolgere tutti i soggetti istituzionali che concorrono alla formazione” del “bilancio consolidato delle amministrazioni pubbliche”**. Inoltre, la stessa Corte Costituzionale, quanto alle competenze statali, ha richiamato le materie dell'“ordinamento civile” (...) e della “tutela della concorrenza”, quali riservate in via esclusiva allo Stato⁴⁴.

Da ultimo, con specifico riferimento al settore degli appalti pubblici, è stato affermato come **“la mancata inclusione dei ‘lavori pubblici’ nell'elencazione dell'art. 117 Cost., diversamente da quanto sostenuto in numerosi ricorsi, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti”**⁴⁵. Inoltre, in modo ancor più perspicuo, **“quando l'articolo 117, II comma, lettera e), affida alla potestà legislativa esclusiva statale la tutela della concorrenza, non intende certo limitarne la portata ad una sola delle sue declinazioni di suo significato. Al contrario, proprio l'aver accorpato, nel medesimo titolo di competenza, la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, i sistemi tributario e contabile dello Stato, la perequazione delle risorse finanziarie e, appunto, la tutela della concorrenza, rende palese che quest'ultima costituisce una delle leve della politica economica statale”**⁴⁶.

Peraltro, già prima della riforma costituzionale del 2001, era possibile ritenere, nella lettura della Consulta⁴⁷, che i **“lavori pubblici d'interesse regionale”** rientrassero tra le materie

⁴⁴ Corte Costituzionale, sentenza 25 novembre 2016, n. 251.

⁴⁵ Corte Costituzionale, sentenza 1° ottobre 2003, n. 303.

⁴⁶ Corte Costituzionale, sentenza 13 gennaio 2004, n. 14.

⁴⁷ Corte Costituzionale, sentenza 9 luglio 1993, n. 308.

rispetto alle quali le Regioni potevano emanare norme legislative, ma solo *“nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato e delle norme fondamentali di riforma economica e sociale”* (quale era espressamente qualificata la legge n. 109/94) e sempreché le norme stesse non fossero in contrasto con l’interesse nazionale e con quello di altre Regioni, circostanza - all’evidenza - non ricorrente in fattispecie, essendo stata l’opera qualificata di interesse strategico nazionale.

Di conseguenza, per ogni segmento procedimentale in cui la procedura di affidamento si è svolta, è sempre (e soprattutto dopo la modifica costituzionale del 2001) stato operante, nell’ordinamento comunitario e in quello nazionale, il principio di tutela della concorrenza e di non discriminazione, diretti ad ottenere la massima competizione sul mercato, per lo sviluppo e l’affermazione delle imprese più performanti nel panorama economico.

Al contrario, l’applicazione della normativa regionale prima ricordata alla presente fattispecie, è stata tale da impedire concretamente che l’opera fosse realizzata mediante una procedura di evidenza pubblica, che garantisse il rispetto del principio cardine dell’ordinamento settoriale dei lavori pubblici, rappresentato dall’apertura alla concorrenza. Sul punto, basti rammentare la più volte citata dir. 2004/17/CE, *considerando § 9*, secondo cui *“al fine di assicurare l’apertura alla concorrenza degli appalti pubblici di enti che operano nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali è opportuno stabilire disposizioni di coordinamento comunitario per gli appalti con valore superiore ad una certa soglia. Tale coordinamento è fondato sui requisiti desumibili dagli articoli 14, 28 e 49 del trattato CE e dall’articolo 97 del trattato Euratom, vale a dire il principio di parità di trattamento, di cui il principio di non discriminazione non è che una particolare espressione, il principio di mutuo riconoscimento, il principio di proporzionalità, nonché il principio di trasparenza. In considerazione della natura dei settori interessati da tale coordinamento, quest’ultimo, pur continuando a salvaguardare l’applicazione di detti principi, dovrebbe istituire un quadro per pratiche commerciali leali e permettere la massima flessibilità”*.

Come già osservato nelle pagine che precedono, la soglia di rilevanza comunitaria era fissata ad una cifra infinitamente più bassa rispetto a quella richiesta per la realizzazione dell’opera (circa 60 milioni di Euro), la quale, quindi, avrebbe imposto, per la selezione

della controparte privata, una sicura apertura al mercato, indipendentemente dal modulo amministrativo prescelto (appalto o concessione) in relazione alle esigenze ritenute prevalenti per la più efficiente gestione del servizio pubblico.

7. Il canone di concessione e la legge regionale 24 aprile 2019, n. 4.

L'atto di concessione del complesso funiviario, assentito dalla Regione alla società in narrativa in data 19 febbraio 2014 (attuativo dell'accordo di programma del 21 dicembre 2004) e per un periodo di 30 anni, riconfermava la gratuità della concessione anche per il nuovo impianto, come previsto fin dal 2000 per quello precedente, con riserva di rivalutare le condizioni a funivie avviate⁴⁸.

In data 4 gennaio 2019, la Regione, considerando mutato il contesto, ha incaricato Finaosta S.p.a. di fornire una relazione di stima finalizzata alla valutazione di un adeguamento delle condizioni economiche previste dalla concessione.

La finanziaria regionale, nell'ambito di tale delega, ha incaricato un professionista di formulare una stima all'esito della quale, con l.r. 24 aprile 2019, n. 4 (Primo provvedimento di variazione al bilancio di previsione finanziario della Regione per il triennio 2019/2021. Modificazioni di leggi regionali), *"è stato introdotto un canone di concessione retroattivo a partire dalla data di entrata in esercizio dell'impianto (2015)"*⁴⁹.

L'art. 5 (Canone di concessione del complesso funiviario) del citato provvedimento stabilisce: *"1. L'uso trentennale derivante dalla concessione del complesso funiviario conducente a Punta Helbronner, in Comune di Courmayeur, assentito dalla Regione alla società Funivie Monte Bianco S.p.a. in data 19 febbraio 2014, è soggetto al pagamento di un canone annuo a decorrere dalla data di apertura al pubblico del complesso. 2. La Giunta regionale definisce il criterio di determinazione del canone di cui al comma 1, riferito all'andamento della gestione e risultante dal bilancio, da rilevare al termine di ciascun esercizio sociale, a decorrere dall'esercizio chiuso il 31 ottobre 2015, e i termini annuali di pagamento"*.

In risposta a specifica nota istruttoria⁵⁰, con la quale la Sezione ha richiesto la relazione tecnica e la relazione illustrativa a corredo dell'indicata norma, la Regione ha fornito *"l'allegato all'oggetto n. 40.01"* dell'adunanza del Consiglio regionale del 17 e 18 aprile

⁴⁸ Verbale 5 maggio 2020, ns. prot. 12 maggio 2020, n. 522: *"È emerso che, a partire dal 2000, la Regione ha concesso in uso gratuito l'infrastruttura, senza concedere la contribuzione dal 25 per cento delle spese di manutenzione. Dal 2014, pur permanendo la gratuità della concessione del nuovo impianto, l'Amministrazione regionale si è riservata di rivedere le condizioni a funivie avviate"*.

⁴⁹ Verbale 5 maggio 2020, cit..

⁵⁰ Corte dei conti, Sezione di controllo per la Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, nota 4 febbraio 2020, n. 152.

2019⁵¹, dal quale emerge che “il disegno di legge dispone, inoltre, un incremento delle entrate extratributarie [...]. Le maggiori entrate sono determinate [...] per 3 milioni nel 2019 e 500.000 euro a decorrere dal 2020, dal canone concessorio previsto dall’articolo 5 [...]”.

Passando all’analisi dei singoli articoli, il documento specifica che “l’articolo 5 prevede l’applicazione di un canone annuo sulla concessione trentennale alla società Funivie Monte Bianco S.p.a. per lo sfruttamento del complesso funiviario in Comune di Courmayeur conducente a Punta Helbronner. La misura del canone è determinata sulla base di un parametro di andamento della gestione che sarà definito, una tantum, con deliberazione della Giunta regionale che definirà anche i termini del pagamento annuale. La stima del canone annuo è di circa 500.000 euro, a decorrere dal 2020, mentre nel 2019 la società corrisponderà, posto che il complesso è stato aperto al pubblico nel corso dell’esercizio 2015, anche i canoni arretrati per un importo complessivo previsto di euro 3.000.000”.

Come previsto dalla norma, la Giunta regionale con d.g.r. 2 agosto 2019, n. 1055 ha deliberato: “1. di individuare quale criterio per il calcolo del canone da richiedere alla società Funivie Monte Bianco S.p.a., come previsto dall’articolo 5 della legge regionale 24 aprile 2019, n. 4, l’applicazione della **percentuale pari a 9,5% all’ammontare dei ricavi delle vendite e delle prestazioni di servizi collegati alla gestione dello stesso (ricavi caratteristici) con decorrenza dall’esercizio chiuso il 31 ottobre 2015**; 2. di integrare la concessione stipulata in data 19 febbraio 2014, in esecuzione della deliberazione della Giunta regionale n. 85 in data 31 gennaio 2014 [...]; 3. di stabilire che il canone dovuto per il periodo dal 2015 al 2018 è pari ad euro 3.530.183,56, oltre ad IVA del 22%, calcolato applicando la percentuale pari a 9,5% all’ammontare complessivo dei ricavi caratteristici corrispondente a totali euro 37.159.827 (euro 6.555.040,00 per l’anno 2015, euro 10.942.094,00 per l’anno 2016, euro 9.869.603,00 per l’anno 2017 e euro 9.793.090,00 per l’anno 2018); 4. di stabilire che, ai fini del calcolo dei canoni dovuti dal 2019 in poi, il concessionario sarà tenuto annualmente, entro il 30 giugno di ciascun anno, a comunicare alla Regione autonoma Valle d’Aosta il valore dall’ammontare dei ricavi delle vendite e delle prestazioni di servizi collegati alla gestione dello stesso (ricavi caratteristici), come da bilancio approvato dell’esercizio precedente; il canone annuo da pagarsi in una unica rata, successivamente all’approvazione del bilancio annuale e previa emissione della fattura da parte della Regione

⁵¹ Regione Valle d’Aosta - Dipartimento bilancio, finanze, patrimonio e società partecipate, nota 11 febbraio 2020, ns. prot. n. 213.

autonoma Valle d'Aosta entro il mese di luglio di ciascun anno, dovrà essere versato, con bonifico bancario, presso la Tesoreria regionale [...]".

In un secondo momento, con d.g.r. 13 settembre 2019, n. 1222, la Giunta, informata dalla Funivie Monte Bianco S.p.a. dell'inesattezza dell'ammontare considerato per il calcolo del canone per l'anno 2015, ha rettificato la precedente deliberazione riducendo l'importo previsto al punto 3 del dispositivo (canone 2015-2018) della d.g.r. n. 1055/2019 da euro 3.530.183,56 oltre iva a euro 3.444.952,23 oltre iva.

In esecuzione delle citate deliberazioni, in data 28 novembre 2019, con provvedimento dirigenziale n. 7261, è stata accertata la somma relativa al canone di concessione per il periodo 2015-2018, poi definitivamente riscossa in data 24 dicembre 2019 con specifica reversale agli atti.

7.1. Criteri generali sulla relazione di stima.

La finanziaria regionale, in esecuzione della delega ricevuta dalla Regione, ha incaricato un professionista per l'elaborazione di una relazione di stima del canone concessorio dell'impianto funiviario "Skyway", affidato in gestione alla società in narrativa.

L'esperto ha terminato la redazione del proprio elaborato in data 11 marzo 2019, per procedere poi alla sua asseverazione il 29 marzo 2019 ai fini della sua consegna al committente.

In merito alla sussistenza del canone, nell'ambito del paragrafo *"ipotesi di lavoro e limitazioni*, si sostiene che *"in linea di principio, la sussistenza di un canone di concessione trova motivo d'essere nel fatto che esso costituisce una componente di costo a carico della Società per l'utilizzo dei beni (appunto, in concessione) con la finalità di generare un reddito. La Società, come si analizzerà più diffusamente nel paragrafo che segue, ha generato nel tempo, e in particolare a partire dall'esercizio successivo al completamento dei lavori del complesso Skyway, una consistente redditività grazie alla messa in funzione e all'esercizio del nuovo complesso funiviario. Tale ritorno economico non poteva essere preventivamente stimato con ragionevolezza, stante la mancanza di un dato storico di utilizzo del nuovo impianto. Dal punto di vista economico-finanziario, il fatto che la Società generi una redditività positiva è di per sé una prima condizione che giustifica l'esistenza di un canone di concessione, una seconda condizione è che la redditività espressa dall'utilizzo dei beni*

in concessione sia superiore rispetto a una redditività media normale che ci si può aspettare dal settore in cui opera la Società". Ritenendo, dunque, integrate le condizioni per la determinazione di un canone di concessione, la relazione prosegue proponendo il criterio di stima ritenuto più congruo, in relazione alla natura e alle caratteristiche della società.

*In dettaglio, si afferma che "un criterio percorribile per la stima di tale canone si basa sul confronto del rendimento medio del capitale investito, espresso da un campione di società (quotate) che operano in regime di concessione (ad esempio, infrastrutture, distribuzione gas, distribuzione energia elettrica, etc.), con il rendimento del capitale investito netto della Società. La sussistenza di un eventuale differenziale positivo di rendimento della Società rispetto alla media del settore (espressa dal campione di società selezionate) è imputabile al contributo della disponibilità di un bene non di proprietà della Società. Su di esso, sul piano economico, va ragionevolmente calcolato il costo per il suo utilizzo, individuabile nel canone [...] lo scrivente perito ha ritenuto corretto e razionale mantenere fermo **il criterio basato sul differenziale di rendimento, ragionando tuttavia in termini di redditività media del patrimonio netto**". Il valore dell'azienda, secondo il predetto metodo, risulta quantificabile con la seguente formula:*

$$W = K + (R - Ki)$$

K = capitale netto rettificato, ossia il patrimonio netto eventualmente rettificato delle differenze tra valori contabili e valori correnti (fair value) delle poste patrimoniali;

R = reddito medio normale atteso, misura della redditività che si stima l'azienda possa stabilmente produrre nel corso del tempo;

i = tasso di rendimento normale (rendimento degli investimenti risk free sommato ad un premio per il rischio).

Nel caso in analisi risulta:

$$W = 11.233.741,00 + (2.184.998,00 - 11.233.741,00 * 11,18\%).$$

Emerge, quindi, che "il differenziale di redditività (R - Ki), espressione del sovrareddito generato dalla maggiore redditività della Società rispetto alla media del settore di appartenenza, risulta pari a euro 929.192 [...]"

Una volta calcolato tale valore, la relazione ha chiarito che "al fine della determinazione della misura del canone di concessione, lo scrivente perito ha ritenuto più corretto e ragionevole parametrare il differenziale positivo di redditività (R - Ki), pari a euro 929.192, al valore dei ricavi delle vendite e delle prestazioni di servizi della Società alla data del 31.10.2018, pari a euro

9.793.090. *La scelta di fare riferimento al fatturato caratteristico anziché al Reddito Operativo nasce dalla considerazione che, così operando, l'entità del canone di concessione non è influenzata, in positivo e in negativo, dalla capacità gestionale della società che gestisce il complesso funiviario. Da un lato, infatti, il canone non risente delle eventuali inefficienze gestionali del gestore, che se ne fa pieno carico; dall'altro non beneficia degli effetti positivi derivanti da una gestione più efficiente e virtuosa, che allo stesso modo rimangono di competenza del gestore, al quale peraltro correttamente viene così riferita la responsabilità per scelte di cui è «owner».*

Tabella 1 - Calcolo della percentuale di incidenza rispetto ai ricavi caratteristici.

Calcolo % incidenza	
Differenziale di redditività	€ 929.192,00
Ricavi caratteristici 2018	€ 9.793.090,00
Incidenza percentuale	9,49%

Fonte: Elaborazione Corte dei conti su dati forniti dalla Regione.

Applicando tale metodologia, la perizia determina l'incidenza percentuale del differenziale di redditività sul totale dei ricavi caratteristici nel **9,49 per cento**, assumendo tale percentuale sul fatturato, arrotondata per eccesso a 9,50 per cento, come base di calcolo per il canone di concessione. Ne consegue che l'ammontare del dovuto per il periodo 2015-2018 ammonta a euro 3.444.952,23, come mostrato nella tabella che segue:

Tabella 2 - Calcolo proposto per il canone per il periodo 2015 - 2018.

Esercizio	Ricavi	Canone
30/05/2015 - 31/10/2015	€ 5.657.868,00	€ 537.497,46
2016	€ 10.942.094,00	€ 1.039.498,93
2017	€ 9.869.603,00	€ 937.612,29
2018	€ 9.793.090,00	€ 930.343,55
TOT CANONE ANNI PREC.:		€ 3.444.952,23

Fonte: Elaborazione Corte dei conti su dati forniti dalla Regione.

Appare utile, in questa sede, valutare l'impatto economico che avrebbe avuto la scelta del reddito operativo, che misura il risultato della gestione caratteristica, quale valore di riferimento al fine della determinazione del canone.

Tabella 3 - Calcolo della percentuale di incidenza rispetto al reddito operativo.

Calcolo % incidenza	
Differenziale di redditività	€ 929.192,00
Reddito operativo 2018	€ 3.045.637,00
Incidenza percentuale	30,51%

Fonte: Elaborazione Corte dei conti su dati forniti dalla Regione.

Come emerge dalla tabella n. 3, se il differenziale di redditività fosse stato rapportato al reddito operativo 2018, si sarebbe giunti ad un'incidenza percentuale del canone del 30,51 per cento del reddito operativo, che avrebbe determinato un valore complessivo di euro 4.246.102,02.

Tabella 4 - Calcolo alternativo del canone per il periodo 2015 - 2018.

Esercizio	Reddito operativo	Canone
30/05/2015 - 31/10/2015	€ 1.927.475,00	€ 588.072,62
2016	€ 5.162.534,00	€ 1.575.089,12
2017	€ 3.781.437,00	€ 1.153.716,43
2018	€ 3.045.637,00	€ 929.223,85
TOT CANONE ANNI PREC.:		€ 4.246.102,02

Fonte: Elaborazione Corte dei conti su dati forniti dalla Regione.

Confrontando le risultanze dei due metodi alternativi, emerge, dalla tabella seguente, come la scelta della prima metodologia abbia determinato un complessivo abbattimento del canone di circa euro 800.000,00.

Tabella 5 - Confronto dei metodi di determinazione del canone.

	Canone: (R - Ki)/Ricavi	Canone: (R - Ki)/Reddito operativo	Δ
30/05/2015 - 31/10/2015	€ 537.497,46	€ 588.072,62	-€ 50.575,16
2016	€ 1.039.498,93	€ 1.575.089,12	-€ 535.590,19
2017	€ 937.612,29	€ 1.153.716,43	-€ 216.104,14
2018	€ 930.343,55	€ 929.223,85	€ 1.119,70
	€ 3.444.952,23	€ 4.246.102,02	-€ 801.149,80

Fonte: Elaborazione Corte dei conti su dati forniti dalla Regione.

La relazione, infine, ha simulato uno scenario in cui la Società avesse iniziato a corrispondere il canone fin dal 2015, in quanto sia K, sia R costituiscono fattori influenzati - come fattore di costo - dall'entità del canone corrisposto.

Da tale simulazione risulta che l'incidenza del canone sul fatturato, se corrisposto fin dall'entrata in funzione dell'impianto, avrebbe assunto i seguenti valori:

- 2015: 11,10 per cento;
- 2016: 15,79 per cento;
- 2017: 11,04 per cento;
- 2018: 7,55 per cento.

Si è, quindi, proceduto alla "normalizzazione dei dati", non computando l'annualità 2016, e al calcolo dell'incidenza percentuale media sul fatturato negli esercizi 2015-2017-2018, pari al 9,89 per cento, e nel solo periodo 2017-2018, pari a 9,29 per cento.

Si è concluso che *"in media dunque l'incidenza percentuale del canone sul fatturato è riscontrabile in un intorno del 9,5% che conferma il risultato al quale si è pervenuti nella presente relazione di stima. Tale simulazione dunque può rafforzare le conclusioni della stima in ottica di equità e ragionevolezza"*.

7.2. Osservazioni sulla determinazione del canone.

L'analisi della relazione prima esposta impone qualche breve osservazione.

In primo luogo, come precisato nello specifico paragrafo della relazione di stima, risulta che: "3. l'incarico non ha previsto lo svolgimento di alcuna procedura di revisione o di analisi puntuale dei dati contabili relativi alla Società e non sono state effettuate verifiche o accertamenti circa l'eventuale sussistenza di passività di natura fiscale, contrattuale, previdenziale, o connesse a problematiche di tipo ambientale non riportate nella documentazione fornita. [...] 6. il sottoscritto ha fatto pieno ed esclusivo affidamento sulla veridicità, completezza ed accuratezza delle informazioni e dei dati ricevuti, sia scritti che verbali, senza avere dato corso ad alcuna verifica indipendente [...]".

Dalle esposte premesse, risulta evidente che la limitazione all'accesso dei dati - ed alla relativa verificabilità - in difetto di procedure di revisione o ulteriori, eventuali accertamenti, abbia necessariamente generato un'asimmetria informativa, con possibile

impatto sull'attendibilità dei risultati raggiunti. In questa prospettiva, l'analisi svolta ha terminato per basarsi sul solo *"pieno ed esclusivo affidamento"* sulle informazioni ricevute, esponendosi al rischio, poi tradottosi - come si vedrà - in pericolo concreto, di una sua scarsa attendibilità. Infatti, basti pensare che la Funivie Monte Bianco S.p.a. ha comunicato, sia al professionista incaricato che all'Amministrazione regionale, un'errata valorizzazione dell'importo dei ricavi caratteristici per l'esercizio 2015. Tale inesatta comunicazione ha determinato la necessaria rettifica, tramite d.g.r. n. 1222/2019, della già citata d.g.r. n. 1055/2019. Emerge, infatti, nel relativo preambolo che *"L'Assessore alle finanze, attività produttive ed artigianato (...) e l'Assessore agli affari europei, politiche del lavoro, inclusione sociale e trasporti, (...) richiamano la deliberazione n. 1055 in data 2 agosto 2019 con la quale la Giunta regionale ha individuato quale criterio per il calcolo del canone (...) l'applicazione della percentuale pari a 9,5% all'ammontare dei ricavi delle vendite e delle prestazioni di servizi collegati alla gestione dello stesso (ricavi caratteristici) con decorrenza dall'esercizio chiuso il 31 ottobre 2015 (...). Richiamano il settimo paragrafo delle premesse e il punto 3 del dispositivo della deliberazione di cui sopra prevede quanto dovuto dal 30 maggio 2015 (data di apertura al pubblico del complesso funiviario conducente a Punta Helbronner) ad oggi, determinato in complessivi euro 3.530.183,56, oltre ad IVA del 22% (...). Riferiscono che i suddetti dati sono stati acquisiti dall'Amministrazione regionale per il tramite di Finaosta S.p.a., con nota prot. 76/Segr in data 18 aprile 2019. Riferiscono inoltre che con nota prot. 8056/IMM in data 18 luglio 2019 è stato anticipato alla società Funivie Monte Bianco S.p.a. il testo della deliberazione da far approvare alla Giunta regionale chiedendo di verificarne il contenuto, in particolare riguardo alla correttezza dei dati inseriti per il calcolo del canone dovuto per il periodo dal 2015 al 2018 e il testo della modifica della concessione e che con nota prot. 8367 del 23 luglio 2019 la società Funivie Monte Bianco S.p.a. si è espressa confermando l'esattezza dei dati riportati. Richiamano la nota prot. 8867/IMM in data 7 agosto 2019 con la quale la società Funivie Monte Bianco S.p.a. ha evidenziato che l'ammontare di ricavi caratteristici relativo all'anno 2015 preso in esame pari ad euro 6.555.040,00 risulta, in realtà, comprensivo dei ricavi caratteristici maturati antecedentemente al 30 maggio 2015 (data di apertura della funivia Skyway) e che pertanto l'importo corretto da prendere in considerazione avrebbe dovuto essere 5.657.868,00. Ritengono opportuno, secondo il parere della dirigente della Struttura espropriazioni, valorizzazione del patrimonio e Casa da gioco,*

procedere alla rettifica del canone dovuto per il periodo dal 30 maggio 2015 al 31 ottobre 2018, stabilendo altresì che i relativi importi siano certificati da parte del Collegio sindacale di Funivie Monte Bianco S.p.a.[...]”.

Alcuna variazione, invece, è stata apportata alla relazione di stima asseverata. L’errata comunicazione di tale dato (e la sua conferma), seppur possa apparire di non rilevante influenza sullo studio, impinge sulla completa attendibilità di dati forniti ma non verificati.

Meritevoli di attenzione appaiono anche le condizioni cui la relazione di stima subordina il riconoscimento del canone: *“dal punto di vista economico - finanziario, il fatto che la Società generi una redditività positiva è di per sé una prima condizione che giustifica l’esistenza di un canone di concessione, una seconda condizione è che la redditività espressa dall’utilizzo dei beni in concessione sia superiore rispetto a una redditività media normale che ci si può aspettare dal settore in cui opera la Società”*.

Essa, infatti, ha sostenuto che la prima condizione, necessaria ai fini dell’imposizione di un canone concessorio, sia costituita esclusivamente da una gestione redditiva dell’impianto concesso. Deriva, accedendo a tale premessa ricostruttiva, che, qualora la società non generasse una “redditività positiva”, non sarebbe dovuto alcun canone concessorio; ciò a sua volta dovrebbe far ritenere che una gestione inefficiente dell’attività caratteristica dell’impresa, con l’esposizione di un’eventuale perdita, determinerebbe *ex se* l’azzeramento del canone dovuto per lo sfruttamento di un bene, la cui utilità non cesserebbe di essere impiegata dall’azienda. Inoltre, e non pare di secondario momento, l’ulteriore condizione (la quale, a ben vedere, si pone in un rapporto di consequenzialità rispetto alla precedente) è che essa non soltanto assuma segno positivo, ma si collochi al di sopra della media del settore.

L’effetto congiunto di tali premesse pare a questa Corte discutibile, atteso che uno dei presupposti indicati dalle norme che disciplinano la concessione di un’opera (o di un servizio) di carattere pubblico è costituito dal cd. *rischio di concessione* (illustrato in precedenza), il cui contenuto riassume il significato più proprio del rischio di impresa del settore. Seguendo la traiettoria argomentativa del consulente incaricato, l’effetto prodotto dalla subordinazione del riconoscimento del canone alle descritte condizioni collide con le

stesse premesse, cui egli dichiara di ispirarsi nelle pagine precedenti, ove, viceversa, si afferma che esso dovrebbe determinarsi secondo una formula indipendente dai risultati di gestione.

Un terzo aspetto che merita riflessione è costituito dal concetto di *“settore in cui opera la società”*, quale base per il calcolo della redditività media normale. Dall’analisi della perizia emerge, come visto, che *“la redditività espressa dall’utilizzo dei beni in concessione sia superiore rispetto a una redditività media normale che ci si può attendere dal settore in cui opera la Società. Tale seconda condizione è di supporto anche alla misurazione dell’entità di tale canone, non essendo disponibili parametri di mercato da assumersi a riferimento per la stima in questione”*. La relazione di stima, dunque, sostiene l’inesistenza di un mercato, cui riferirsi al fine della valutazione del canone, ma prevede di determinarne l’ammontare sulla base della redditività media normale del settore. Nello specifico, si delibera di assumere come *“settore di riferimento”* quello delle concessionarie pubbliche, e, nella costruzione di un *cluster* di aziende assimilabili, per caratteristiche e mercati ed operanti nello stesso settore della Funivie Monte Bianco S.p.a., si identifica *“un campione di società (quote) che operano in regime di concessione (ad esempio, infrastrutture, distribuzione gas, distribuzione energia elettrica, etc.,)”*.

In particolare, le società rientranti nel campione sono rappresentate da:

- A2A S.p.a. (energia elettrica);
- Acea S.p.a. (servizio idrico integrato);
- Iren S.p.a. (energia elettrica);
- Atlantia S.p.a. (infrastrutture di trasporto autostradale e aeroportuale);
- SIAS S.p.a. (infrastrutture di trasporto autostradale);
- ItalGas S.p.a. (gas);
- Terna S.p.a. (energia elettrica);
- Snam S.p.a. (infrastrutture energetiche).

La Sezione non può che riconoscere la condizione di singolarità dell’impianto funiviario *“Skyway”* (almeno a livello europeo), che rende indisponibili validi parametri di mercato: ciononostante, non può che segnalarsi come il *cluster* di società assunte a riferimento risulti poco rappresentativo ed omogeneamente comparabile. Vanno segnalati, quali fattori di

divergenza: il settore in cui queste ultime operano, sostanzialmente riferito alle *utilities*; la quotazione in mercati regolamentati delle rispettive azioni; l'ambito territoriale di riferimento, sovente di carattere internazionale; da ultimo, la complessiva dimensione aziendale. Essi, invero, si presentano quali fattori obiettivamente impedienti ad una piana assimilazione alla partecipata regionale all'esame (seppur limitatamente al calcolo della redditività media del settore).

Infine, per quanto riguarda la simulazione effettuata, al fine di valutare l'incidenza percentuale che avrebbe avuto il canone sul fatturato, se applicato fin dall'avvio del complesso funiviario, risultano immediatamente percepibili due anomalie:

- per la determinazione dell'incidenza per l'annualità 2015, come detto, è stato utilizzato un valore dei ricavi errato (come pacificamente comunicato dalla società);
- il calcolo dell'incidenza media sul quadriennio appare non immediatamente comprensibile.

In particolare, si riferisce *“come l'incidenza del canone sul fatturato avrebbe assunto i seguenti andamenti: 11,10% nel 2015, 15,79% nel 2016, 11,04% nel 2017 e 7,55% nel 2018. Se si considera che il 2016 è stato ancora influenzato dall'entusiasmo generato dalla nuova infrastruttura, quindi, in ottica di normalizzazione, non lo si computa, l'incidenza percentuale media del canone sul fatturato negli esercizi 2015-2017-2018 sarebbe risultata pari a 9,89% e nel periodo 2017-2018 del 9,29%. In media dunque l'incidenza percentuale del canone sul fatturato è riscontrabile in un intorno del 9,5% che conferma il risultato al quale si è pervenuti nella presente relazione di stima”*. Si evince, dunque, che, al fine di calcolare la media semplice dell'incidenza percentuale del quadriennio - a seguito della normalizzazione dei dati con la condivisibile esclusione del valore dell'anno 2016 - siano state calcolate due distinte medie:

- a. la prima comprendente tutte le annualità residue, **pari a 9,89 per cento**;
- b. la seconda considerando esclusivamente il 2017 e il 2018, **pari a 9,29 per cento**.

All'esito di tale elaborazione, **la relazione di stima ha effettuato, in ultimo, la media delle medie** emerse, giungendo ad un'indiretta conferma dei risultati conseguiti. In proposito, val la pena di rimarcare come si definisca media aritmetica di più numeri quel valore che,

sostituito ai dati, lascia invariata la loro somma e come essa venga abitualmente impiegata per determinare un valore che esprima un concetto di equidistribuzione.

La Sezione non comprende le ragioni poste a base del metodo utilizzato, che privilegia, quale esito della stima (seppur solo impiegato come dato a conforto) la media tra le due medie, che, invero, termina con il valorizzare - in difetto di una motivazione in senso contrario - due volte i medesimi esercizi 2017 e 2018, giungendo conclusivamente ad abbattere il risultato dello 0,40 per cento (da 9,90 per cento a 9,50 per cento).

8. Considerazioni conclusive ed indicazioni operative.

L'esame della regolarità e legittimità della gestione è stato svolto nelle pagine che precedono, in seno alle quali sono esposti i principali rilievi critici.

Di seguito, per formulare delle osservazioni conclusive cui far seguire delle prescrizioni ritenute necessarie dalla Sezione, si riporta un sintetico elenco delle questioni attualmente sul tappeto:

- a. la motivazione sull'attuale composizione del consiglio di amministrazione si è rivelata, nella sostanza, insufficiente;
- b. non è risultata - nella fase prodromica all'esecuzione dell'opera - l'effettuazione di alcuna verifica della capacità professionale dei soggetti esterni incaricati della progettazione, la cui selezione si è svolta su base esclusivamente fiduciaria;
- c. per la concessione del bene funiviario regionale era necessaria l'indizione di una procedura comparativa, al fine dell'individuazione del concessionario, essendo esso adempimento prescritto dalla normativa comunitaria ed, ancor prima, già dall'art. 3 della legge di contabilità dello Stato (R.D. 18 novembre 1923, n. 2440);
- d. anche l'affidamento della realizzazione dell'opera sarebbe dovuto avvenire non attraverso "*affidamento diretto*" ma mediante il ricorso alle ordinarie procedure di evidenza pubblica per la selezione del contraente cui la Regione, quale amministrazione aggiudicatrice ex l. n. 109/94, era chiamata ad attenersi ogniqualvolta avesse registrato la necessità di rivolgersi al mercato;
- e. l'affidamento a società, la cui partecipazione al capitale (cui concorrono anche soci privati in modo quasi paritario) è sì detenuta dalla Regione in funzione di controllo ma senza che esso attinga al livello del "*controllo analogo*", si è realizzato in violazione del quadro normativo nazionale ed europolitano di riferimento, con esclusione di qualsiasi procedura concorrenziale;
- f. la procedura seguita dalla Regione si è fondata su una specifica legge regionale (l.r. n. 38/99), della cui corretta applicazione nella specifica fattispecie vi è ragione di dubitare, in primo luogo per l'oggetto dell'intervento (che non riguardava servizi pubblici), ma anche in relazione al sicuro superamento dei limiti imposti dalla legislazione nazionale e comunitaria per escludere la procedura ad evidenza pubblica: come innanzi chiarito,

il rinvio della norma regionale ai principi ed *“alla procedura”* della legge n. 109/1994, non potrebbe costituire, in forza della *“clausola di collegamento”* costituita dalla *“interferenza di proprietà o di gestione”*, un ostacolo al rispetto del principio cardine dell’ordinamento settoriale dei lavori pubblici, rappresentato dall’apertura alla concorrenza: principio che in futuro, per evenienze analoghe, non potrà in alcun modo essere disatteso;

- g. gli elementi di disorientamento concettuale emersi non contribuiscono alla chiara definizione degli assetti negoziali, che esibiscono le caratteristiche tipiche di plurimi modelli negoziali, che passano dal comodato gratuito (la cui adozione per la concessione dei beni immobili della Regione non è peraltro ammissibile) al regime delle locazioni ad uso abitativo (v. il richiamo alla L. n. 392/1978), fino al regime concessorio delle opere pubbliche, in difetto di un’esatta identificazione delle obbligazioni proprie del concessionario/comodatario/conduuttore;
- h. in caso di controversia, resta significativamente incerto il quadro pattizio a causa della disorganicità delle previsioni sottoscritte, la cui comprensione è resa ancor più difficoltosa dall’imprecisione di alcune delle locuzioni impiegate;
- i. pur nella riconosciuta condizione di singolarità dell’impianto funiviario *“Skyway”* (almeno a livello europeo), la stima del canone, introdotto e richiesto solo dopo l’avvio dell’impianto - oltre che in epoca successiva all’inserimento della presente indagine nel programma dei controlli della Sezione - contiene elementi di valutazione non completamente condivisi da questo Collegio.

L’indagine svolta ha fatto emergere, dunque, molteplici profili di criticità, e in qualche caso di sicura illegittimità, che impongono alla Sezione di formulare specifiche indicazioni:

1. necessità di disporre una motivazione di sostegno alla composizione del consiglio di amministrazione, che si riveli maggiormente esplicativa delle specifiche ragioni che vi presiedono, senza il ricorso a formule stereotipate o apodittiche;
2. in ordine alla gestione della concessione a favore della società, risulta necessaria un’organica revisione dell’apparato contrattuale che sostiene l’affidamento del bene demaniale di proprietà regionale, con l’adozione di un modello giuridico uniforme;

3. adottare per il futuro, sulla base della ricostruzione tecnica e giuridica effettuata, scelte dei *partner* privati, in ossequio alla disciplina (anche) di matrice europea che impedisca, pur nella più ampia autonomia assicurata dalle guarentigie proprie della specialità dello Statuto, l'elusione dei principi fondativi dell'Unione europea, anche ad evitare che lo stesso Stato italiano possa essere chiamato a risponderne, riversandone poi - inevitabilmente - il correlativo onere sulle finanze regionali⁵²;
4. provvedere ad un'applicazione costituzionalmente orientata della legislazione regionale, nel senso, cioè, di escludere che possa ritenersi consentito che l'esecuzione di opere di rilevante impatto sulla vita economica e sociale, non soltanto della Regione ma dell'intero mercato europeo, resti sottratta all'applicazione dei fondamentali principi di matrice comunitaria (ma anche, come evidenziato, nazionale) di immediata applicabilità nei sistemi giuridici dei paesi membri, anche mediante la revisione di eventuali norme regionali che si ravvisassero non coerenti con il più ampio quadro generale prima descritto⁵³. Occorre, infatti, considerare che quando la Commissione europea (anche informata dalle Autorità di controllo) viene a conoscenza di potenziali violazioni delle norme fondamentali per l'aggiudicazione di appalti pubblici, seppur non rientranti nell'ambito di applicazione delle relative, specifiche direttive, "*procede alla valutazione della rilevanza dell'appalto per il mercato interno alla luce delle circostanze specifiche di ciascun caso. Essa potrà avviare una procedura d'infrazione solo nei casi in cui lo riterrà opportuno in considerazione della gravità delle infrazioni e delle loro ripercussioni sul mercato interno*"⁵⁴. Inoltre, sempre a tale riguardo, è necessario tener

⁵² Sul fronte comunitario, è acquisizione consolidata che la responsabilità per violazione delle norme comunitarie sia attribuita esclusivamente allo Stato membro. Sul punto, la C.G.U.E. ha affermato che l'unico soggetto chiamato a rispondere per violazione del diritto comunitario è lo Stato (Corte giust., causa C-33/90, 13 dicembre 1991). Non rileva, per l'ordinamento comunitario, che l'infrazione sia imputabile a un ente diverso da questi, sia esso un'autorità pubblica o territoriale (da ultimo si veda, ad esempio, Corte giust., causa C-573/08, 15 luglio 2010) e nessuna rilevanza assume la ripartizione costituzionale delle competenze interna allo Stato. Sul piano del diritto positivo, l'art. 43 della l. 243 del 2012 stabilisce che lo Stato «*ha diritto di rivalersi, nei confronti delle Regioni, delle Province autonome, degli enti territoriali, di altri enti pubblici e soggetti equiparati, responsabili delle violazioni degli obblighi derivanti dalla normativa dell'Unione europea, degli oneri finanziari derivanti dalle sentenze di condanna rese dalla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 260, paragrafi 2 e 3, TFUE*».

⁵³ Si rammenta, a tale ultimo proposito, che "Al pari di altre autorità degli Stati membri, i giudici nazionali sono obbligati a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione" (CGUE, 4 luglio 2006, causa Adeneler e altri C-212/04, punto 122).

⁵⁴ CGUE, Quinta Sezione, cause riunite C-458/14 e C-67/15, sentenza 14 luglio 2016, secondo cui, sulla base dell'art. 49 del TFUE, ove tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo, una proroga automatica (o altro meccanismo equivalente), ad un'impresa con sede in uno Stato, delle concessioni demaniali costituisce una disparità di trattamento nei confronti delle altre imprese, collocate in altri Stati ed interessate al settore.

presente che, per garantire un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione, la Corte di giustizia è competente a constatare che un atto di un'istituzione dell'Unione è contrario al diritto dell'Unione, e che per evitare di compromettere l'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione, di tali circostanze potrebbe essere investita la giurisdizione domestica dei conflitti di attribuzione;

5. svolgere i necessari approfondimenti ai fini della corretta determinazione del canone di concessione, valutandone una opportuna revisione.

In conclusione, l'indagine effettuata ha evidenziato molteplici profili di criticità, innanzi evidenziati, in relazione ai quali si resta in attesa delle comunicazioni di cui all'articolo 3, comma 6, della legge 14 gennaio 1994, n. 20.

