



IL PRESIDENTE

Al Comune *omissis*

c.a. del Sindaco
del Segretario Generale
del Responsabile del Procedimento

Oggetto: Affidamento in concessione d'uso dell'immobile di proprietà comunale denominato "Casa *omissis*" destinato ad ospitare temporaneamente soggetti presenti sul territorio per ragioni di studio, lavoro, salute, sociali per la durata di tre anni – Definizione del procedimento ai sensi dell'art. 21 del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4.7.2018

Con esposto acquisito al prot. *omissis*, l'Avv. *omissis* ha segnalato all'Autorità l'illegittima modifica delle condizioni contrattuali nell'affidamento diretto della concessione d'uso dell'immobile di proprietà comunale denominato "**Casa *omissis***", previste nell'originario bando della procedura aperta andata deserta.

In dettaglio, le modifiche contrattuali rispetto all'originario bando hanno riguardato la riduzione del canone annuo di concessione da € 73.269,35 ad € 46.000,00, l'eliminazione delle spese di manutenzione straordinaria a carico del concessionario, la riserva di 12 posti letto a favore di soggetti individuati dal Comune non più a titolo gratuito ma al prezzo unitario di € 8,00 al giorno a persona e l'annullamento della sottoscrizione della polizza assicurativa All Risk per € *omissis*, originariamente prevista.

Considerato che la fattispecie segnalata di discostarsi dalle condizioni contrattuali stabilite nel bando di gara originario che ha dato esito infruttuoso, comporta la violazione delle disposizioni di cui all'art. 63, comma 2, lett. a) del d. lgs 50/2016 è stato avviato il procedimento ai sensi dell'art. 13 del regolamento di vigilanza con comunicazione prot. n. *omissis*.

In risposta alla comunicazione di avvio del procedimento il Comune *omissis* con memoria e documenti, acquisiti al prot. n. *omissis*, ha formulato le controdeduzioni che seguono offrendo una ricostruzione storica della gestione dell'immobile finalizzata a far comprendere il grave contesto economico dal quale ha dovuto allontanarsi a salvaguardia degli equilibri finanziari dell'ente stesso.

Con convenzione del maggio 1998 l'uso dell'immobile cd "**Casa *omissis***" è stato affidato in via diretta, senza alcuna procedura di gara alla Fondazione *omissis* per la durata di 20 anni al canone di £ 400.000, pari ad € 206.58.

L'amministrazione comunale, entrata in carica nel 2017, prendeva atto che gli assetti economici relativi all'immobile si rivelavano sbilanciati a favore del concessionario, il quale svolgeva un'attività economica rilevante stante il numero di 105 posti letto a disposizione, oltre ad aver usufruito di finanziamenti pubblici di 150.000.000 di lire a fondo perduto della Regione *omissis* per l'esecuzione di lavori di migliorie.

Anche per gli effetti ingenerati da questa tipologia di gestione, l'amministrazione comunale ha dovuto azionare la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale (art 243-bis, d. lgs 267/2000) attraverso un piano industriale per la valorizzazione economica e funzionale degli immobili di proprietà e in tale ambito ha collocato la "**Casa *omissis***", quale immobile a carattere non strategico e non essenziale allo sviluppo da erogare alla cittadinanza, nella futura alienazione.

Nelle more, essendo prossima la scadenza della convenzione con la Fondazione **omissis**, con Determina a contrarre n.1194/2018 veniva indetta la gara per l'affidamento della "concessione in uso" dell'immobile secondo un nuovo assetto economico finanziario riequilibrato, a condizioni economiche maggiormente favorevoli per l'ente e non più sbilanciato a favore del concessionario, con lo scopo di perseguire la finalità sociale attraverso l'utilizzo e la valorizzazione economica in un arco temporale breve.

La concessione d'uso dell'immobile "**Casa omissis**" prevedeva la durata triennale al canone annuale di € 73.269,35 (soggetto a rialzo) e la riserva a favore del Comune di 12 posti letto al giorno a titolo gratuito.

L'affidamento non rientrava nell'ambito di applicazione del d. lgs 50/2016, tuttavia pur trattandosi di contratto di natura civilistica avente quale finalità il **godimento a titolo personale, non reale**, stipulato dalla P.A. con soggetti privati, è stato fatto esplicito richiamo al D. Lgs 50/2016 limitatamente alle norme riguardanti la partecipazione dei concorrenti (artt. 45, 46 e 48), con particolare riferimento alla capacità di contrattare con la pubblica amministrazione e alle cause di esclusione previste dall'art 80 e nel caso di "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda" di cui all'art. 83, comma 9, (art. 10 bando).

La gara indetta con procedura aperta ha registrato un esito infruttuoso, a seguito del quale è stato verificato l'interesse della concessionaria uscente Fondazione **omissis** a proseguire la gestione temporanea del servizio per il tempo necessario a collocare l'immobile sul mercato per la vendita, la quale ha negato il proprio assenso dichiarandosi però disponibile a proseguire la gestione per il tempo strettamente necessario a reperire un nuovo concessionario.

E' stata quindi avviata una fase ufficiosa di reperimento del nuovo concessionario che ha prodotto tre manifestazioni d'interesse, ma a seguito del sopralluogo sull'immobile ha formalizzato l'interesse ad ottenere la concessione la sola Fondazione **omissis** alla quale è stata conferita l'aggiudicazione.

Con il contratto di durata triennale sottoscritto con la Fondazione **omissis** il Comune otteneva condizioni *oggettivamente assai più favorevole dal punto di vista economico-finanziario rispetto al pregresso contratto...* stanti il conseguimento dell'annullamento delle spese precedentemente a carico del Comune per le utenze pari ad € 40.037,47; il decremento del contributo per i soggetti tutelati dal sociale di € 7.878,06, passato da 42.918,16 a 35.040,00; l'incremento del canone di concessione di € 206,58 passato da € 45.793,42 ad 46.000,00, così determinandosi un risultato positivo annuale in favore dell'ente di € 93.744,95, pienamente rispondente all'obiettivo di estrarre il massimo rendimento economico dall'immobile.

L'affidamento, qualificato dalla S.A. come "concessione d'uso" dell'immobile "**Casa omissis**" di proprietà comunale - destinato all'esercizio di attività sociale, di soddisfare temporaneamente l'esigenza abitativa riconducibile a ragioni di studio lavoro, salute, sociali (art. 2 del bando di gara) - ha quale finalità il godimento a titolo personale e non reale dell'immobile stesso che non rientra nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti, trattandosi di contratto di natura civilistica.

La scelta di ricorrere all'affidamento diretto della concessione trae la legittimità dall'applicazione dell'art. 7 (concessione dei diritti personali di godimento) del "Regolamento delle alienazioni del patrimonio immobiliare" approvato con DCC n. 50 del 19.12.2005, che rinvia all'art. 6, comma 2 ove consente anche nel caso di concessione la possibilità di procedere a trattativa privata allorché non sia stato possibile procedere all'aggiudicazione in sede di pubblico incanto.

In merito alla scelta della procedura giuridica operata nel campo del diritto privato la S.A. afferma che il nuovo *"rapporto contrattuale stipulato con la Fondazione omissis è una gestione immobiliare attiva, intendendosi per tale una strategia di investimento che prevede che il gestore di un patrimonio immobiliare abbia libertà di scelta sulle decisioni di investimento, nei limiti del mandato ottenuto e dell'etica professionale, al fine di ottenere una*

performance superiore a quella di mercato di riferimento (identificata in un benchmark). Questo tipo di gestione implica di solito un rischio più elevato dell'investimento rispetto alla gestione passiva; rispecchia una delle tipologie di "contratti esclusi" dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici e alle quali tuttavia si applicano tuttavia i principi dell'art. 4...".

L'avv. **omissis** con successivo esposto acquisito ai nn. di prot. **omissis** nel ribadire – contrariamente a quanto affermato dall'Ente nelle memorie - il mutamento peggiorativo per il Comune delle condizioni contrattuali, stante l'abbattimento del costo del canone annuo di oltre il 35% rispetto all'importo dell'originaria gara, ha contestato la sottrazione dell'affidamento dall'ambito del Codice dei contratti, ritenendo che quand'anche potesse validamente sostenersi che il rapporto rientrava tra i cd "contratti esclusi", l'amministrazione comunale sarebbe stata comunque tenuta all'osservanza dei principi di economicità, efficacia, imparzialità parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità sanciti dall'art. 4 del d. lgs 50/2016.

Con ulteriore nota acquisita al prot. n. **omissis** lo stesso esponente ha informato che a seguito di notizie di stampa sulla presente istruttoria, la Fondazione **omissis** concessionaria uscente "...**omissis**..." ha dichiarato le motivazioni della scelta di non presentare la propria candidatura alla gara, affermando che le condizioni poste a base di gara in relazione alla durata triennale della concessione senza possibilità di rinnovo e al corrispettivo annuo di € 73.000,00 soggetto a rialzo oltre IVA, l'affidamento richiedeva un investimento difficilmente sostenibile nel breve periodo.

§

Alla luce di quanto narrato, occorre valutare la legittimità della scelta compiuta della stazione appaltante di optare per l'affidamento diretto della gestione dell'immobile "**Casa omissis**" nell'ambito del codice civile all'esito della procedura aperta andata deserta, espletata secondo le norme del Codice dei contratti, rispetto alla quale sono state mutate in modo rilevante le condizioni contrattuali e tenuto conto della finalità di carattere sociale dell'attività volta a soddisfare la temporanea esigenza abitativa riconducibile a ragioni di studio lavoro, salute, ecc. nei confronti di soggetti meno tutelati.

Nelle memorie di controdeduzione alla comunicazione di risultanze istruttorie, acquisite al prot. **omissis**, Il Comune **omissis** ha ribadito la concomitanza di circostanze temporali che hanno di fatto determinato la scelta dell'ente di optare all'affidamento diretto della concessione, agendo nell'ambito del codice civile, pur mantenendo alcuni istituti del Codice degli appalti.

Contrariamente a quanto affermato dalla S.A. si ritiene che la procedura informale dell'affidamento dell'uso dell'immobile di pubblica proprietà assoggettata alle regole del codice civile non possa costituire legittima scelta dalla stazione procedente nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale, allorché essa si colloca a valle dell'esito infruttuoso di procedura di gara disposta secondo le norme del codice dei contratti ed avente quale scopo il perseguimento dell'interesse pubblico dell'offerta di un servizio a carattere sociale alla collettività.

Sul punto si ribadisce quanto affermato nella CRI, che la concessione per l'uso temporaneo dell'immobile "**Casa omissis**" dietro corresponsione di un canone all'amministrazione comunale è una concessione amministrativa, avente ad oggetto l'uso di un bene pubblico destinato ad essere utilizzato a favore della collettività quale struttura avente la finalità sociale di temporanea ospitalità, la cui gestione è affidata al concessionario, il quale si presume tragga la propria remunerazione dagli utenti e in parte dal corrispettivo a carico della stazione appaltante, quindi idonea a fornire una situazione di guadagno per il concessionario come peraltro riconosciuto della stessa S.A. nelle memorie ove ha affermato che "*a tutti gli effetti per il periodo convenzionalmente pattuito di 20 anni, esercitato un'attività economica di rilievo, stante il numero dei posti letto a disposizione, pari complessivamente a 105, la durata di esercizio corrispondente all'intero anno solare...*".

Sul tema l'Autorità ha avuto già avuto modo di esprimersi con la Delibera n. 977 del 20.9.2017. In particolare l'assoggettamento del contratto di concessione della "Casa *omissis*" alle norme del codice civile è una forma dell'agire amministrativo che resta comunque caratterizzata da un vincolo di "funzionalizzazione". Ossia sebbene dotata di potere discrezionale, la P.A., non è libera nella scelta dei fini da perseguire, ma è sempre vincolata al perseguimento del pubblico interesse, rappresentando lo stesso il vincolo di scopo (costituito dai fini di interesse pubblico individuati dalla legge o dagli atti di indirizzo), il dato comune e caratterizzante dell'azione amministrativa, che non viene meno a prescindere del mezzo giuridico prescelto.

In altri termini, la pubblica amministrazione nell'esercizio del suo potere discrezionale, può scegliere di perseguire il fine o l'interesse pubblico attraverso contratti ordinari o di diritto comune, spogliandosi della sua veste autoritativa e ponendosi sullo stesso piano di un soggetto privato, per cui la disciplina dei contratti posti in essere non differisce rispetto agli schemi negoziali utilizzati da qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento giuridico. Tuttavia secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale l'affidamento di concessioni amministrative aventi ad oggetto l'uso di beni pubblici (siano essi del demanio ovvero del patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni o dei Comuni) nella fase preordinata alla stipulazione del contratto, la formazione della volontà della P.A. resta comunque assoggettato al generale obbligo delle Amministrazioni - derivante dai fondamentali principi di diritto comunitario rinvenibili direttamente nel Trattato CE (par condicio, imparzialità e trasparenza) - di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini della individuazione del soggetto contraente (Consiglio di Stato 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 (TAR Campania, Napoli, VII, 9 luglio 2009, n. 3828; in termini, ex multis, Consiglio di Stato, 17 maggio 2011, n. 3250; Consiglio di Stato, sez. VI, 22 marzo 2011, n. 1747; Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2013, n. 873; TAR Lombardia Milano sez. IV 26 settembre 2014 n. 2401)".

Ancora con delibera n. 25 del 17 gennaio 2019, l'Autorità ha ulteriormente chiarito che le concessioni amministrative aventi ad oggetto beni demaniali o del patrimonio indisponibile possono essere serventi alla prestazione di un servizio alla collettività, e 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 attingono 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 cede 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 (TAR Lombardia, 1° dicembre 2017, n. 2306 e anche TAR Lazio, 13 giugno 2017, n. 6985).

Sulla base degli elementi documentali esaminati e delle considerazioni svolte, non può sostenersi la legittimità dell'affidamento della concessione in esame secondo le norme del codice civile attraverso l'informale ricorso al mercato senza mediazioni, ritenuto che all'esito della prima gara andata deserta la stazione appaltante avrebbe dovuto espletare una nuova procedura ad evidenza pubblica con la possibilità di verificare se vi fossero altri operatori economici interessati a presentare offerte concorrenti, anche alla luce della rilevante riduzione del costo del canone annuale rispetto a quello fissato nel bando dell'originaria gara.

Alla luce di quanto sopra, si comunica al Comune *omissis* la definizione del presente procedimento di vigilanza ai sensi dell'art. 21 del vigente Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici" di cui alla Delibera ANAC 04.07.2018 n. 803, pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità, approvata nell'adunanza del 30 marzo 2022, ritenendo violate le norme dell'evidenza pubblica di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.



Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente il 29 aprile 2022