



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 431 del 13 maggio 2020

Fascicolo 516/2019

Oggetto: Convenzione rep. n. 2042/2015 sottoscritta tra il Comune di *omissis* e un promotore per la realizzazione e la gestione, in località *omissis*, di un Centro di verde urbano (denominato Garden Center) inserito all'interno di un'area verde di proprietà privata attrezzata ad uso pubblico

Riferimenti normativi: art. 30 d.lgs. 163/2006; art. 20 d.lgs. 50/2016.

Parole chiave: concessione di servizi; esecuzione di opere a favore della collettività su aree di proprietà privata.

Massima: la concessione della gestione di aree pubbliche ad un privato, nell'ambito della quale è attribuito a questi il diritto di sfruttamento economico del bene pubblico stesso, si ascrive nella fattispecie della concessione di servizi, disciplinata, nel caso di specie, dal combinato disposto dell'art. 30 d.lgs. 163/2006 e del regolamento comunale citato, che impone l'individuazione del concessionario all'esito di un procedimento ad evidenza pubblica.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;
visto il decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e successive modificazioni;
visto il Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 5 ottobre 2018, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 241 del 16 ottobre 2018;

Considerato in fatto

Con nota prot. n. 6232 del 25.01.2019, perveniva una segnalazione a firma di un consigliere comunale, nella quale si lamentava un possibile danno erariale, connesso al ritardo nell'esecuzione dei lavori previsti in una convenzione (rep. 20742 del 3.08.2015) stipulata tra il Comune e il sig. *omissis* (nel prosieguo anche promotore), in ordine:

- alla realizzazione e alla gestione partecipata, su di un'area di proprietà del promotore, di un centro culturale inserito in un'area di verde attrezzato a uso pubblico (denominato Garden Center), per 30 anni;
- ai lavori di ristrutturazione, a spese del Promotore, di un giardino pubblico sito in Piazza della *omissis*, della durata di 3 anni;
- alla manutenzione e gestione, sempre a spese del Promotore, del parco urbano di Piazza *omissis*, per la durata di 15 anni.

Inoltre, con un successivo atto rep. 2205 del 18.04.2019, il Comune di *omissis* avrebbe poi proceduto ad integrare e modificare la precedente convezione, prorogandola rispetto ai termini originari (in ragione di una revisione dell'intervento previsto presso Piazza della *omissis* e del nuovo assetto planimetrico previsto in relazione ad alcune aree oggetto dell'originario accordo), nel rispetto degli elementi essenziali dell'originario accordo.

In seguito ad una prima richiesta di chiarimenti e alla successiva risposta inviata dal Comune di *omissis* (con nota prot. ANAC I 74125 del 23.09.2019), è stato comunicato al Comune di *omissis* e al promotore, un avvio di un procedimento di vigilanza in merito agli interventi dedotti nella convenzione rep. 20742 del 3.08.2015 conclusa *inter partes*. (con nota prot. n. 91410 del 15.11.2019).

Nella comunicazione di avvio, è stato rilevato, in particolare, che:

- la convezione stipulata tra Comune e Sig. *omissis* sarebbe stata conclusa senza previo espletamento di una procedura di gara nonostante parte degli interventi avessero ad oggetto la manutenzione di aree pubbliche e prevedessero, quale contropartita, la possibilità per il sig. *omissis* di incassare gli introiti derivati dalla gestione anche di un chiosco insistente su di un parco pubblico;
- la variazione all'accordo concluso originariamente tra le parti sarebbe avvenuto in spregio delle disposizioni del codice degli appalti (in particolare, dell'art. 132).

In riscontro all'avvio, il Comune di *omissis* ha inviato una relazione, completa di allegati (prot. n. 99737 e prot. 99811 dell'11.12.2019); la raccomandata contenente la comunicazione di avvio del procedimento inviata al promotore è stata restituita all'Autorità per compiuta giacenza il 6 febbraio 2020. Nella relazione inviata, il Comune di *omissis* ha osservato che:

- la complessa operazione posta in essere deve essere ricondotta ad una convenzione attuativa dell'art. 14 DPR 380/2001 e dell'art. 28, sottozona F1 del NTA del PRG (e non ad un *project financing*), nella quale vengono, peraltro, chiariti gli interventi da eseguire sul territorio comunale (art. 7 della Convenzione);
- la gestione del chiosco insistente sul parco pubblico di Piazza *omissis* è stata affidata in deroga alla vigente normativa comunale (che prevedeva la concessione della gestione in seguito a procedura ad evidenza pubblica) perché in virtù della convenzione “*già esisteva un soggetto gestore del verde pubblico ove il chiosco insisteva*”;
- ad ogni modo, non si dovrebbe applicare il codice dei contratti (nemmeno per quanto riguarda le varianti apportate alla convenzione) in virtù dell'art. 20 del d.lgs. 50/2016 che espressamente ne esclude l'applicazione a quelle convenzioni aventi ad oggetto realizzazione di opere pubbliche a spese dei privati.

Ritenuto in diritto

Come chiarito in fatto, la convenzione rep. 20742 del 3.08.2015 – anche in seguito alla modifica apportata nel 2019 - ha ad oggetto diversi interventi, taluni afferenti la realizzazione e gestione di opere su di un'area di proprietà privata, altri su aree pubbliche, a fronte dei quali viene riconosciuto al promotore la possibilità di fare propri gli introiti della gestione dei punti ristoro e delle attività, degli eventi e delle iniziative realizzabili nel parco urbano di Piazza *omissis*.

Il Comune di *omissis* sostiene che la convenzione in questione, lungi dal realizzare “*una convenzione con interventi pubblici in compensazione*”, altro non sarebbe che l'impiego di uno strumento messo a disposizione dalle Norme tecniche di attuazione del PRG comunale le quali, prevedono che l'area verde sub F1 “*può essere anche realizzat[a] e gestit[a] da privati mediante concessione temporanea, regolata da apposita convenzione*” (art. 28 NTA del PGR).

Da tanto discenderebbe l'inapplicabilità del Codice dei contratti, anche in virtù dell'art. 20 del d.lgs. 50/2016 che esclude l'applicazione della disciplina codicistica qualora l'opera pubblica sia realizzata a spese e cura del privato.

In via preliminare, deve rilevarsi che la convenzione conclusa tra il Comune di *omissis* e il sig. *omissis* deve essere esaminata alla luce del d.lgs. 163/2006, essendo stata stipulata nel 2015 (in data antecedente all'entrata in vigore del codice del 2016). Quindi, non può ritenersi applicabile alla fattispecie in esame l'art. 20 del d.lgs. 50/2016, sia *ratione temporis* (in quanto la convenzione è stata stipulata, nel 2015 in data antecedente all'entrata in vigore della citata norma), sia per ragioni di merito. Sotto quest'ultimo profilo, infatti, l'Autorità ha chiarito che debba ritenersi esclusa l'operatività dell'art. 20 del d.lgs. 50/2016 quando il privato che realizzi l'opera ne riceva un'utilità (cfr. Delibera ANAC n. 763 del 16 luglio 2016). Nel caso di specie, l'utilità è desumibile dall'art. 8 co. 2 della convenzione secondo cui "*per far fronte agli oneri economici connessi ai detti obblighi, il Promotore ha diritto*" ai proventi derivanti da attività, eventi, ed iniziative presso il Garden center e presso il parco di Piazza *omissis* nonché dalla gestione del chiosco all'interno del Garden center e di quello presso il parco di Piazza *omissis*. Peraltro, l'art. 20 invocato dal Comune di *omissis* condurrebbe ad applicare, anziché che ad escludere, le regole in materia di evidenza pubblica almeno nei tratti essenziali, ai sensi dell'art. 4 d.lgs. 50/2016

Tanto chiarito, può però effettivamente dubitarsi dell'applicabilità del codice dei contratti agli interventi da eseguirsi, secondo quanto previsto in convenzione, sulle aree di proprietà del promotore. In proposito, infatti, anche la giurisprudenza ha escluso l'applicabilità anche dell'art. 32, comma 1, lett. g), D.Lgs. n. 163 del 2006 in caso di esercizio dello *ius aedificandi* del privato (TAR Puglia, 30/1/2009 n. 157).

Residua la questione della corretta individuazione della modalità di affidamento in concessione al promotore (sig. *omissis*) degli ulteriori servizi ricadenti su aree pubbliche. Queste ultime, infatti, come risulta dai documenti e della relazione inviata dal Comune di *omissis*, attengono alla ristrutturazione e manutenzione per tre anni del giardino pubblico di Piazza della *omissis* e alla manutenzione e alla gestione per quindici anni del parco urbano di Piazza *omissis* e attribuiscono al promotore il diritto alla gestione del chiosco trattenendone il corrispettivo.

Ne consegue che l'affidamento si sarebbe dovuto svolgere in ossequio all'art. 30 d.lgs. 163/2006, *ratione temporis* applicabile, e cioè in sostanziale rispetto dei principi di evidenza pubblica: "*l'art. 30, comma 3, D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti 2006) è posta a garantire il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità e soprattutto parità di trattamento, i quali impongono all'amministrazione procedente scelte procedurali rispondente a regole di aperta e piana logica concorrenziale e ad invertere in concreto il criterio di imparzialità e buon andamento dei pubblici uffici*" (Cons. Stato, Sez. V Sent., 7 giugno 2016, n. 2426).

Infatti, con riguardo alla gestione del chiosco, avrebbe dovuto trovare applicazione, quantomeno, il "*Regolamento installazione chioschi adibiti ad attività di somministrazione, commerciali e artigianali*", Allegato "A" alla D.C.C. n. 11 del 15.05.2013, del Comune di *omissis*. Quest'ultimo, infatti, disciplina le modalità di concessione della gestione dei chioschi e di strutture temporanee, individuando, peraltro, disposizioni che si applicano anche ai chioschi e alle strutture temporanee da realizzarsi su aree private (art. 2, co. 2 del Regolamento).

Con specifico riguardo alle modalità di individuazione dei gestori, l'art. 4 del Regolamento comunale prevede che gli stessi devono essere individuati sulla base di una procedura ad evidenza pubblica (art. 4) che, peraltro, avrebbe potuto coinvolgere anche l'assegnazione del parco urbano, quale ulteriore area verde (art. 3 co. 4 del medesimo Regolamento).

Di questa circostanza è consapevole anche il Comune che ammette, nella propria relazione, che l'individuazione del gestore sarebbe dovuta avvenire mediante procedura ad evidenza pubblica, ma ciò non è avvenuto per decisione del Consiglio comunale, sulla scorta della considerazione che, "*in virtù della convenzione con il privato che si impegnava alla effettuazione dei lavori del parco urbano di Piazza *omissis*, il Consiglio Comunale è andato in deroga al suddetto Regolamento ... in quanto già esisteva un soggetto gestore del verde pubblico ove il chiosco insisteva*" (cfr. Relazione del Comune di *omissis*).

Dunque, a dire del Comune, la presenza di una pregressa convenzione relativa alla cura del verde pubblico sarebbe di per sé elemento idoneo e sufficiente per derogare alle modalità di individuazione del gestore dei chioschi insistenti su area pubblica, nonostante tale eventualità non sia prevista né dal citato Regolamento, né dal d.lgs. 163/2006.

L'argomentazione non è condivisibile in quanto non trova fondamento in alcuna previsione normativa e ha comportato, di fatto, l'elusione delle inderogabili norme in materia di contrattualistica pubblica. In altri termini, la concessione di un servizio relativo alla gestione di aree pubbliche, nell'ambito della quale è attribuito al privato il diritto di sfruttamento del bene pubblico stesso, si ascrive nella fattispecie della concessione di servizi, disciplinata, nel caso di specie, dal combinato disposto dell'art. 30 d.lgs. 163/2006 e del regolamento comunale citato, che impone l'individuazione del concessionario all'esito di un procedimento ad evidenza pubblica (*ex plurimis* TAR Umbria sez. I 2/9/2016 n. 593; TAR Lazio, Roma, 2.9.2015, n. 11008).

Per completezza, occorre rilevare che, nella fattispecie in esame, le deroghe al Regolamento comunale non riguardano solo le modalità di individuazione del gestore, ma anche la durata della concessione stessa, che il Regolamento individua in massimo dieci anni, mentre la Convenzione fa coincidere con la durata quindicennale della manutenzione del parco urbano di Piazza *omissis*.

Inoltre, non appare privo di rilevanza che il Regolamento in questione preveda all'art. 11 che il canone di concessione da riconoscere al Comune possa essere diminuito - se non addirittura eliminato - "a fronte della manutenzione ordinaria e straordinaria di aree non oggetto di concessione adiacenti il chiosco". In altri termini, in un'eventuale concessione autonoma della gestione del chiosco in questione, le attività di ristrutturazione e manutenzione dei parchi pubblici sarebbero potute essere considerate come attività accessorie e complementari all'oggetto principale, utili per incidere sull'ammontare del canone da corrispondere al Comune (del quale, tuttavia, non pare farsi menzione nella documentazione agli atti).

Tutto ciò premesso e considerato,

Delibera

- l'affidamento della concessione relativa alla gestione delle aree pubbliche indicate nella convenzione esaminata, non è avvenuta in conformità, all'art. 30 d.lgs. 163/2006 e al "Regolamento installazione chioschi adibiti ad attività di somministrazione, commerciali e artigianali" di cui all'Allegato "A" alla D.C.C. n. 11 del 15.05.2013 del Comune di *omissis*;
- di richiedere al Comune di *omissis* di comunicare le eventuali determinazioni assunte in conseguenza della presente delibera, ai sensi dell'art. 12 co. 1 lett. b) del Regolamento di vigilanza del 4.7.2018, **entro il termine di 90 giorni decorrenti dal 16 maggio 2020** (in ragione di quanto previsto dall'art. 103 del D.L. 18 del 17 marzo 2020, come modificato dall'art. 37 del D.L. 8 aprile 2020, n. 23, nonché dalla suddetta Delibera ANAC n. 268 del 19.3.2020 e dal Comunicato del Presidente del 9 aprile 2020, recante "Aggiornamento della delibera n. 268 del 19 marzo 2020").

Il presente provvedimento è pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 maggio 2020

Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco