



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 1203 del 27 novembre 2019

Fascicolo UVSF n. 401/2019

Oggetto: Rapporti contrattuali in essere o in attesa di perfezionamento riguardanti gli affidamenti per la gestione degli spazi commerciali e annessi bar e catering. Fondazione Musica per Roma – Auditorium Parco della Musica

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

Visti il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ed il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all’Autorità Nazionale Anticorruzione.

Vista la relazione dell’Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture

Considerato in fatto

Nell’ambito della funzione di vigilanza sui contratti pubblici ex art. 213, comma 3, lett. a) del d.lgs. 50/2016, l’Autorità ha inteso valutare la sussistenza di presunte anomalie nell’operato posto in essere dalla Fondazione Musica per Roma relativamente agli affidamenti per la gestione degli spazi commerciali e annessi bar e catering, appalto per i servizi di pulizia, di manutenzione impianti e servizio di vigilanza sedi. In particolare veniva rilevata l’anomala prosecuzione del servizio per la gestione degli spazi commerciali e annessi bar e catering a favore del precedente gestore, per un periodo complessivo che va dal 7 gennaio 2007 (scadenza della proroga tacita ex art. 2 della Convenzione) fino al 2018, senza aver in alcun modo provato ad espletare la dovuta procedura per un nuovo affidamento di tale gestione.

Conseguentemente, l’ufficio Vigilanza Servizi e Forniture dell’Autorità ha inviato alla S.A. Fondazione Musica per Roma – Auditorium Parco della Musica (MPR) due distinte richieste di informazioni, la prima prot. ANAC n.6503 del 25.1.2019 e la seconda prot. ANAC n.22668 del 19.3.2019, con le quali venivano richieste notizie relativamente alle procedure adottate in precedenza per gli affidamenti in oggetto e, con la seconda richiesta, i dati riferentisi all’eventuale nuovo soggetto affidatario dei servizi di gestione degli spazi commerciali e annessi bar e catering (CIG 75776835D4).

In data 2.3.2019, prot. ANAC n.17588, perveniva una prima risposta da parte della Fondazione, con allegata la documentazione riguardante gli appalti oggetto della richiesta dell'Autorità, e in data 21.5.2019, prot. ANAC n.40848, veniva inviata l'ulteriore risposta della S.A. riguardante il solo appalto per la gestione degli spazi commerciali e annessi bar e catering.

In data 30.9.2019, prot. ANAC n.76196, l'Autorità ha inviato alla S.A. Fondazione Musica per Roma – Auditorium Parco della Musica (MPR) la comunicazione di avvio del procedimento ex art. 13 del Regolamento di vigilanza (pubblicato nella GURI S.G. n.241 del 16.10.2018) riguardante l'affidamento dei servizi di bar, caffetteria e catering con la contestazione delle presunte violazioni.

In data 31.10.2019, prot. ANAC n.86663, pervenivano da parte della S.A. Fondazione Musica per Roma – Auditorium Parco della Musica le controdeduzioni alle contestazioni effettuate dall'Ufficio.

Dall'esame della documentazione pervenuta, confrontata con i dati in possesso dell'ANAC, è emerso che l'O.e. (...*Omissis*...) , precedente affidatario del suddetto servizio per la gestione degli spazi commerciali e annessi bar e catering, risultava aver goduto di varie proroghe dall'anno 2007 che risultavano, all'infuori di quella contrattualmente prevista all'art. 2 della Convenzione sottoscritta con lo stesso O.e., aver comportato il prolungamento anomalo di detto affidamento sino al 2018.

Nel caso in esame, in base agli atti acquisiti è emerso che vi era stata una prima proroga al precedente gestore, disposta in base all'accordo sottoscritto tra le parti in data 7.1.2007, che aveva comportato una prosecuzione fino al 31.12.2007. Da tale data non appariva pienamente giustificabile il reiterato ricorso alle successive proroghe (fino almeno al 2018) che hanno creato una posizione di indiscusso privilegio dell'affidatario(...*Omissis*...) . Infatti, è emerso che la Fondazione (all'epoca Musica per Roma S.p.a.), anziché indire una procedura ad evidenza pubblica, ha posto in essere ulteriori affidamenti in proroga, successivi al 31.12.2007, che hanno fatto sì che l'affidamento al precedente gestore si protraesse, in virtù di tali proroghe, fino al 31 dicembre 2018, ovvero per ben 11 anni senza che la S.A. predisponesse una nuova procedura di affidamento di detti servizi.

Nella fattispecie in esame, in base agli atti acquisiti, è emerso che la Fondazione solo recentemente, in data 24 luglio 2018, ha provveduto a pubblicare sulla GUUE un avviso di procedura aperta per l'affidamento di spazi per la suddetta attività di gestione di bar, caffetteria e catering.

Con la comunicazione prot. ANAC n.76196 del 30.9.2019 l'UVSF ha contestato alla Fondazione l'uso reiterato delle suddette proroghe a favore del precedente affidatario.

A dette risultanze istruttorie dell'Autorità, la Fondazione (MPR) ha risposto con una articolata nota che, nei suoi punti fondamentali, contestava integralmente le conclusioni dell'Autorità, basandosi su una ipotetica errata classificazione nelle considerazioni dell'Ufficio della natura contrattuale del servizio per la gestione degli spazi commerciali e annessi bar e catering dell'Auditorium Parco della Musica.

Infatti, la Fondazione nella sua risposta ha ridefinito la natura di tale rapporto contrattuale. Il contratto, secondo la S.A., aveva per oggetto la concessione d'uso, dietro versamento di un corrispettivo, di una porzione immobiliare destinata ad attività commerciale di bar e catering. Il bene immobile è stato assegnato all'operatore economico che lo ha gestito in autonomia per lo svolgimento della propria attività imprenditoriale, in favore degli utenti anche diversi dai frequentatori dell'Auditorium.

Sempre a parere di MpR, il contratto non sarebbe riconducibile nel novero dei contratti d'appalto, poiché non ha per oggetto l'acquisizione, a titolo oneroso, da parte di MpR di servizi o forniture o l'esecuzione di lavori, bensì l'affidamento di una porzione immobiliare dietro la corresponsione di canoni periodici e di maggiorazioni correlate agli incassi; la Fondazione, non condividendo "in toto" l'impostazione data al contratto dalle valutazioni dell'Autorità, la definisce "incentrata sulla configurazione del contratto in termini di appalto per la gestione degli spazi commerciali e annessi bar e catering" mentre, a suo parere, si tratterebbe meramente di una locazione commerciale o concessione di uso di un bene immobile. D'altro canto, in concreto, MpR evidenzia di non essere ricorsa allo strumento della proroga tecnica della durata del contratto.

In effetti, distingue MpR, è stata fatta applicazione della clausola espressa contenuta all'art. 2, secondo la quale il rapporto si sarebbe rinnovato, agli stessi patti e condizioni, ove non disdetto da una delle parti, un anno prima della scadenza. La clausola di rinnovo, con annessa facoltà di disdetta, è tipica delle concessioni in uso ovvero di locazioni di beni anche se pubblici. L'art. 28 della legge 27 luglio 1978 n. 392 dispone, infatti, che il contratto di locazione di immobili adibiti ad attività commerciali, industriali o artigianali, si rinnova automaticamente, di sei anni in sei anni e tale rinnovazione non ha luogo solo se sopravviene disdetta, da comunicarsi all'altra parte almeno 12 mesi prima della scadenza. Ne consegue che il prolungamento del rapporto contrattuale è avvenuto non già in forza di mere proroghe tecniche, bensì in esecuzione di una clausola contrattuale che era nota, sin dall'inizio, a tutti gli operatori economici che hanno presentato offerta e che hanno anche sottoscritto per accettazione lo schema di contratto. In questo contesto non appare pienamente conferente neppure il richiamo ai principi di cui all'art. 2 del D.Lgs. 163/2006 che, per espressa previsione della norma, trovano applicazione in relazione all'affidamento e all'esecuzione "di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice".

Ad ogni modo i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, sono stati comunque preservati, atteso che è stata svolta procedura per manifestazione di interesse; tutti i soggetti interessati sono stati invitati a presentare offerta in condizione di parità e trasparenza e gli offerenti hanno esaminato e sottoscritto per accettazione lo schema di convenzione. Infine, si sottolinea che MpR ha proceduto ai rinnovi dopo l'originaria scadenza del contratto (gennaio 2007), sia perché (...*Omissis*...) aveva eseguito il contratto senza dar luogo a contestazioni, sia perché i canoni e le maggiorazioni hanno garantito notevoli incassi, ritenuti vantaggiosi e convenienti anche tenuto conto che la nota e generale situazione di crisi, aveva, inevitabilmente, inciso negativamente sul mercato delle locazioni immobiliari di natura commerciale, determinando maggiore disponibilità sul mercato di immobili sfitti e, quindi, l'abbattimento dei canoni. In proposito è significativo rilevare che, negli anni in considerazione, il valore medio mensile di locazione degli immobili, adibiti ad uso commerciale, nella medesima zona, era ricompreso in un *range* tra € 25/mq e 38/mq. Il prezzo corrisposto da Relais Le Jardin per l'uso di spazi (di circa mq 760) negli anni 2007-2018 è corrispondente ad un valore medio mensile di circa € 45,94/mq".

La Fondazione nelle sue controdeduzioni, quindi, ritiene le proroghe contrattuali concesse all'O.e. (...*Omissis*...) del tutto legittime e da inquadrarsi sotto il profilo giuridico della l. 392/1978 e s.m.i., per la parte applicabile alle locazioni non ad uso abitativo che prevede la durata contrattuale in anni 6 e la prosecuzione della locazione di sessennio in sessennio, il che avrebbe comportato l'ultra decennale prolungamento di tale rapporto contrattuale.

Considerato in diritto

Necessita, preliminarmente, inquadrare giuridicamente la natura della attuale Fondazione che deriva dalla Società “Musica per Roma – M.p.R. S.p.A.”, costituita dal Comune di Roma con provvedimento dell’organo consiliare n. 45 del 31 marzo 1999 e n. 123 del 22 novembre 2001, con il compito di gestire i servizi, le attività artistico-culturali nonché le attività commerciali ubicate nel complesso denominato “Parco della Musica” sito in Roma, Viale P. de Coubertain, 30. Con deliberazione n. 124 dell’8 luglio 2004, il Consiglio Comunale approvò la trasformazione della Società “Musica per Roma S.p.A.” in “Fondazione Musica per Roma” con il relativo statuto e prevedendo di concedere alla predetta Fondazione, in comodato gratuito per 99 anni, il suddetto complesso immobiliare. La “Fondazione Musica per Roma” ha quali soci esclusivamente il Comune di Roma al 95% e la Camera di Commercio (C.C.I.A.A.) di Roma al 5%. Con deliberazione del Consiglio Comunale, n. 113 del 14 giugno 2007, e successiva modifica intervenuta con deliberazione del Commissario Straordinario assunta con i poteri del Consiglio Comunale, n. 25 del 10 marzo 2008, è stata rettificata la predetta deliberazione di trasformazione, prevedendo, in luogo del contratto di comodato, una concessione amministrativa per l’uso gratuito del complesso immobiliare denominato “Auditorium - Parco della Musica”, nonché dell’area di proprietà comunale prospiciente, sempre per la durata di 99 anni. L’art. 5 dello statuto prevede, tra l’altro, che *“La Fondazione, per il raggiungimento dello scopo istituzionale [...], provvede alla gestione del complesso immobiliare dell’auditorium e all’esercizio logistico delle varie attività concernenti la sua utilizzazione [...]”*; mentre i rapporti tra la Fondazione Musica per Roma e Roma Capitale per la gestione dell’Auditorium sono regolati, ai sensi dell’art. 7 dello Statuto, da apposito contratto di servizio.

Al di là della natura stessa della Fondazione, in cui la fase di progettazione e di esecuzione degli eventi culturali da realizzare caratterizza la funzione di servizio pubblico, alcune attività svolte risultano strumentali per l’organizzazione culturale (i.e. pulizia, vigilanza, servizi tecnici, ecc.), altre rientrano nella categoria dei servizi aggiuntivi per il pubblico (i.e. biglietteria, ristorazione, bookshop, ecc.). Proprio come “Servizio aggiuntivo di ristorazione per il pubblico” si deve valutare la natura del contratto prorogato per ben 11 anni a favore dell’O.e. (...*Omissis*...) e non, come definito dettagliatamente dalla Fondazione, alla semplice stregua di un contratto “attivo” di locazione commerciale. Per di più, anche non volendo applicare al contratto in esame la definizione di “Servizio aggiuntivo di ristorazione per il pubblico” dal momento dell’entrata in vigore del d.lgs. 42 del 22 gennaio 2004 (Codice dei Beni culturali e del Paesaggio), al cui art. 117 vengono definiti i servizi di assistenza culturale e ospitalità per il pubblico e, specificamente alla lettera f) del comma 2 vengono indicati i servizi di caffetteria, di ristorazione e di guardaroba, dalla lettura della Convenzione stipulata nel 2002 dall’allora “Musica per Roma S.p.a.” e l’O.e. (...*Omissis*...) non appare alcun minimo riferimento alla legge n. 392 del 1978 e s.m.i. (c.d. Codice delle Locazioni) che possa, in qualche modo, supportare il convincimento attuale della Fondazione che sostiene trattarsi di un mero contratto attivo di locazione commerciale o, al massimo, di una concessione d’uso. Sempre per confutare la teoria della locazione commerciale, così come ampiamente descritta dalla Fondazione, basterebbe constatare che la durata contrattuale prevista originariamente (art. 2, ultimo cpv., della Convenzione del 2002) era di soli quattro anni rinnovabili e non di sei anni rinnovabili come, al contrario, prescrive l’art. 28 della l.392/78 per gli immobili adibiti ad usi non abitativi.

Per potere identificare il profilo giuridico più attinente a tale fattispecie contrattuale, necessita definire la natura dei cd. servizi aggiuntivi, o servizi al pubblico secondo l’attuale denominazione, che sono

un'ampia categoria di servizi e attività di ospitalità e assistenza culturale che vengono offerti al pubblico all'interno dei luoghi di interesse culturale. Lo scopo di questi servizi, tra cui rientrano attualmente quelli di informazione e accoglienza al pubblico, il servizio di biglietteria, di visita guidata o didattica, l'organizzazione di mostre ed eventi, il servizio di bookshop e anche quello di caffetteria e ristorazione (come riportato all'art. 117 del Codice dei beni culturali), è di garantire ai visitatori un'esperienza migliore nella fruizione dei beni ed un ampliamento dell'offerta culturale. Nell'ambito di tali servizi, è necessario distinguere tra il servizio primario (la fruizione in senso lato della struttura da parte degli utenti) e quelli che lo stesso Codice dei Beni Culturali definisce all'art. 117 "Servizi Aggiuntivi" quali: la biglietteria; il servizio ristoro-caffetteria, i servizi di accoglienza, la gestione del punto di ritrovo e di portineria, il guardaroba, nonché i servizi di sicurezza ed assistenza al pubblico in cui rientrano: le visite guidate; l'attività di custodia, la sorveglianza e la vigilanza delle sale espositive e delle opere d'arte esposte; l'inventariazione e catalogazione di beni storico - artistici; il controllo e la regolazione dell'affluenza del pubblico nelle sale ed il servizio di hostess; il servizio di pulizia e manutenzione ordinaria; l'attività editoriale ed il servizio di vendita di libri, cataloghi, audiovisivi e del materiale informativo e della riproduzione dei beni culturali e oggettistica; le attività di supporto tecnico-amministrativo quali la progettazione e realizzazione di moduli didattici specifici per le scuole di ogni ordine e grado, i laboratori didattici, la progettazione di percorsi museali, la comunicazione, la promozione, l'organizzazione di mostre e manifestazioni e tutto ciò che costituisce marketing museale.

Al riguardo anche la Corte di cassazione, con ordinanza n.12252 del 2009, nel trattare una questione relativa alla gestione integrata delle due differenti categorie di servizi per il pubblico aveva autorevolmente definito che i servizi aggiuntivi (Bar, catering ecc.) danno vita a concessioni di pubblico servizio, mentre il servizio di biglietteria e gli altri servizi di cui al comma 3, hanno la natura di appalti, con la conseguenza che, per le controversie in fase di esecuzione, nel primo caso la competenza è sempre del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, viceversa nel secondo, la competenza è del giudice ordinario. Tuttavia, se la gestione viene organizzata in forma integrata tra le due categorie di servizi, allora la natura concessoria che connota i primi si estende anche ai secondi per effetto del criterio di prevalenza, con le conseguenze sul piano processuale che sono state già indicate. L'ordinanza della Corte di cassazione ha evidenziato, indiscutibilmente, già dieci anni fa la qualificazione concessoria che può essere data alla maggior parte dei rapporti scaturenti dall'organizzazione dei servizi aggiuntivi. Pertanto, appare indiscutibile la natura giuridica concessoria di detti affidamenti di cui, al contrario di quanto affermato nelle sue controdeduzioni alla CRI dell'Autorità riguardo alla natura esclusivamente locativa del contratto per la gestione di tali servizi, pare essere attualmente pienamente cosciente anche la stessa Fondazione Musica per Roma che, con bando pubblicato sulla GUUE del 24 luglio 2018 n. 2018/S 140-322165 e sulla GURI V Serie Speciale n. 87 del 27 luglio 2018 ha indetto per l'attuale affidamento una procedura aperta (CIG 75776835D4) per la gestione dei bar, caffetteria e catering situati all'interno del complesso immobiliare denominato "Auditorium- Parco della Musica" di Roma.

Relativamente alla gestione contabile del contratto con l'O.e. (...*Omissis*...) , che nelle controdeduzioni della Fondazione viene definita estremamente vantaggiosa per le condizioni del mercato durante i vari periodi di proroga, si riscontrano alcune evidenti anomalie. Il contratto del 2002 prevedeva il pagamento della quota fissa e di una quota variabile in proporzione agli incassi annuali contabilizzati alla chiusura dell'esercizio sociale. Tali pagamenti dovevano essere effettuati, ai sensi dell'art. 5, comma 2, entro 90 gg. dall'approvazione del bilancio annuale dell'O.e. (30 gg. dall'approvazione del bilancio emissione conteggi + 60 gg. per provvedere materialmente al pagamento). Al contrario, dalla

documentazione inviata dalla Fondazione, a dimostrazione dell'effettuazione corretta dei pagamenti dell'O.e. (...*Omissis*...), si rileva che i pagamenti relativi all'anno 2013 (bonifico CRO 03636088802848 effettuato in data 10.3.2015 e relativo a "saldo fatture aprile 2013") vennero corrisposti con ben due anni di ritardo e, non essendo in possesso dei dati relativi ai bonifici effettuati per le annualità precedenti (2007-2012), si potrebbe supporre che almeno fino al 2013 detti corrispettivi venissero saldati con il medesimo ingiustificato ritardo. Per di più risulta che tutta la rendicontazione venisse comunicata dallo stesso O.e. con l'invio di un semplice elenco dei servizi effettuati, accompagnati dal relativo importo per l'attribuzione delle "royalties" previste all'art. 5 del contratto. Non risulta agli atti la prescrizione di un sistema di contabilizzazione automatica degli incassi che potesse permettere il controllo sistematico delle ricevute emesse, come previsto dall'art. 22 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633. Inoltre, non è stata riscontrata la possibilità da parte della Fondazione di effettuare, in ogni momento, controlli sugli incassi e sull'emissione dei relativi scontrini di cassa, e controlli amministrativi sulla gestione, richiedendo al Concessionario l'esibizione di registri e libri contabili. Di conseguenza, tale forma di rendicontazione appare sostanzialmente inadeguata a garantire l'esatta corrispondenza dei dati contabili, che risultano forniti unilateralmente dall'O.e, e di cui, peraltro, non si riscontra prova di una eventuale successiva attività di verifica di conformità da parte della Fondazione. Permangono, pertanto, forti perplessità sulle modalità di contabilizzazione dei proventi dovuti alla Fondazione, che risultano essere stati rendicontati esclusivamente in base ad una mera comunicazione periodica del contraente privato.

In limine, corre l'obbligo di soffermarsi sulle forme di pubblicità adottate all'epoca (2002) da MpR per la scelta del contraente. Dalla documentazione in possesso dell'Autorità risulta solo un estratto di pubblicazione a mezzo stampa, ma mancano completamente i riferimenti relativi a quante e quali testate giornalistiche sia stato inviato il bando per la sua diffusione, come prescritto all'epoca. Ciò viene fatto rilevare in quanto, sempre nei riguardi della Fondazione, all'Autorità risultava sussistere una ipotesi di omessa pubblicazione per il bando relativo all'organizzazione temporanea di eventi all'interno del complesso immobiliare dell'Auditorium per il Natale 2016.

Valutazioni finali

Per quanto sopra rappresentato, dall'analisi delle modalità adottate dalla stessa "Fondazione Musica per Roma" si evidenzia l'illegittimità delle numerose proroghe concesse per l'affidamento della gestione dei servizi di bar, caffetteria e catering a favore dell'O.e. (...*Omissis*...), con il presupposto di ritenere tali continuazioni contrattuali consentite alla luce della erronea presunzione della sottoposizione del contratto alla l. 392/1978 quale semplice rapporto di locazione commerciale. Nella fattispecie in esame, in base agli atti acquisiti, è emerso che la Fondazione solo in data 24 luglio 2018 (11 anni dopo l'unica proroga consentita contrattualmente) ha pubblicato sulla GUUE un avviso di procedura aperta per l'affidamento degli spazi per la suddetta attività di gestione di bar, caffetteria e catering, in tal modo procurando un verosimile vantaggio economico all'affidatario originale del 2003, con ipotesi di un eventuale danno erariale procurato alla stessa S.A. dalla mancata indizione di successive procedure ad evidenza pubblica per la ricerca di nuovi offerenti.

Infine, le anomalie riscontrate riguardo all'attendibilità della gestione contabile dei corrispettivi versati dalla controparte privata, tra cui la ritardata riscossione dei corrispettivi dovuti dall'affidatario (...*Omissis*...), almeno per l'anno 2013 come sopra rappresentato, e la presunta mancanza di controlli sull'affidabilità dei relativi conteggi, che venivano forniti unilateralmente dall'operatore economico

senza alcuna prova dell'effettiva veridicità degli stessi, presume una gestione non conforme ai principi di buon andamento, efficacia, economicità e imparzialità a cui si deve conformare ciascuna pubblica amministrazione nella tenuta dei propri rapporti economici con le terze parti concessionarie dei “servizi aggiuntivi” operanti all'interno delle strutture della Fondazione.

Tutto ciò considerato e ritenuto,

DELIBERA

- I rilievi e le criticità contestate alla “Fondazione Musica per Roma” già “Musica per Roma – M.p.R. S.p.A.” con comunicazione ANAC n. 76196/2019, relativamente alla gestione degli spazi commerciali e annessi bar e catering sono confermate in questa sede, nei limiti di cui in motivazione, essendo emerse:
 - numerose e ingiustificate proroghe contrattuali riguardanti gli affidamenti per gli anni dal 2007 al 2018;
 - significative anomalie riguardanti la gestione contabile dei corrispettivi versati dalla controparte privata per tali affidamenti, tra cui risalta la ritardata riscossione dei corrispettivi dovuti dall'affidatario (...*Omissis*...), almeno per l'anno 2013 come sopra rappresentato, e la evidenziata carenza di controlli sull'affidabilità dei relativi conteggi.

- dà mandato all'Ufficio di Vigilanza Servizi e Forniture di trasmettere la presente delibera alla “Fondazione Musica per Roma” già “Musica per Roma – M.p.R. S.p.A.”, nonché al Comune di Roma che esercita funzioni di vigilanza nei confronti dell'Azienda quale azionista di riferimento;

Il Presidente
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 dicembre 2019

Il Segretario
Valentina Angelucci