



Autorità Nazionale Anticorruzione

Deliberazione n. 48 del 17 giugno 2015

Oggetto: Fasc. 120/2014: Contratto tra Udinese Calcio S.p.A. ed il Comune di Udine per la ristrutturazione dello Stadio “Friuli”.

Stazione Appaltante: Comune di Udine.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 17 giugno 2015

Visto l’articolo 19, comma 2, del 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;

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni;

Vista la relazione dell’Ufficio Vigilanza Lavori;

Considerato in fatto

Il contratto indicato in oggetto è stato posto all’attenzione dell’AVCP (le cui competenze sono oggi attribuite all’Autorità Anticorruzione) da parte della stessa Udinese Calcio S.p.A., che ha chiesto un parere circa l’inquadramento giuridico del contratto siglato con il comune di Udine; stante la particolarità del caso, la questione è stata oggetto di istruttoria nell’ambito dell’attività di vigilanza, interessando, oltre alla Società di calcio, il Comune di Udine.

Si richiamano nel seguito la procedura seguita dal Comune di Udine che ha condotto alla stipula del contratto e gli elementi essenziali di questo.

1. Il Comune di Udine, con nota PG/U 0043676 del 7.4.2011, ha chiesto all’Agenzia del Territorio - Ufficio Provinciale di Udine una valutazione tecnico-estimativa del complesso immobiliare denominato “Stadio Friuli” in Udine. La stima aveva quale scopo «la determinazione del più probabile valore di mercato del compendio immobiliare denominato “stadio Friuli” di proprietà del Comune di Udine, necessario a quantificare, in base ad una specifica convenzione in atto tra la Società Udinese Calcio S.p.A. ed il Comune medesimo, il canone/corrispettivo che la Società calcistica dovrà versare al Comune a seguito del progetto di ristrutturazione integrale dell’impianto sportivo che sarà a carico della Società medesima». L’Ufficio interpellato ha stimato il più probabile valore di mercato del compendio nella misura di € 28.100.000,00, per la piena ed intera proprietà.
2. Il Comune di Udine ha, quindi, chiesto alla Corte dei Conti – Sezione di controllo della Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, con nota prot. 91527 del 25.7.2011, motivato avviso «avente ad oggetto la possibilità di trasferire il diritto di superficie sul fondo su cui sorge lo Stadio comunale e sulle aree limitrofe, ad esso pertinenti e funzionali, a una società che provvederebbe alla ristrutturazione e alla trasformazione dello stadio»; che ha fornito un proprio approfondito parere con deliberazione FVG/76/2011 PAR del 1.9.2011.
3. In data 14.11.2011, con delibera n.85 del Consiglio Comunale sono state approvate le linee guida per l’indizione di una procedura di gara ad evidenza pubblica per il conferimento del diritto di superficie, per la gestione e ristrutturazione dell’impianto sportivo. Nella delibera sono stati richiamati i punti essenziali fissati dal parere della Corte dei Conti:

- «necessità di trasferire il bene dal patrimonio indisponibile a quello disponibile, al fine di poter costituire dei diritti reali sullo stesso;
 - scelta del concessionario/superficiario attraverso procedura ad evidenza pubblica [...];
 - realizzazione dei lavori di ristrutturazione dello stadio a cura del concessionario/superficiario nel rispetto dei principi stabiliti nel D.lgs. 163/2006».
4. In data 7.12.2011, con delibera della Giunta Comunale n. 504, è stata data attuazione alle linee guida del Consiglio Comunale, approvando lo studio di fattibilità, il disciplinare di gara e lo schema di convenzione, e precisando che:
- il corrispettivo per il pagamento del valore del diritto di superficie, quantificato in Euro 21.587.611,17 su una durata massima del diritto di 99 anni, potrà essere compensato in tutto o in parte dall'importo dei lavori eseguiti;
 - l'ulteriore corrispettivo è fissato in 45.000,00 euro annui.
5. In data 23.12.2011, con determinazione dirigenziale n. 2011/0200/00005, è stata disposta l'indizione di una procedura aperta per la cessione del diritto di superficie, della gestione dello stadio e per l'affidamento del servizio di progettazione preliminare, definitiva e esecutiva nonché coordinamento per la sicurezza dei lavori di ristrutturazione dello Stadio Friuli.
6. In data 9.1.2012 è stato pubblicato sulla G.U.R.I., il bando di gara per l'affidamento. Nel bando e nel relativo disciplinare di gara è stato indicato tra l'altro che:
- la denominazione dell'appalto è *“Stadio Friuli: conferimento del diritto di superficie per la gestione dello Stadio e per la ristrutturazione dell'impianto sportivo a “stadio destinato al calcio”*;
 - il tipo di appalto è di *“Servizi – Gestione di stadi di calcio e di progettazione”* e lo stesso ha *“un oggetto contrattuale misto”*, prevedendo: *“cessione del diritto di superficie”, “gestione dello stadio per lo svolgimento di competizioni calcistiche di livello almeno nazionale [...]”, “progettazione preliminare, definitiva, esecutiva nonché coordinamento dei lavori in fase di progettazione dei lavori di ristrutturazione dello stadio”*. La prestazione principale è stata individuata nella *“gestione dello stadio”* e la prestazione secondaria nella *progettazione secondo i tre livelli di legge ed il relativo coordinamento della sicurezza*;
 - il concorrente deve presentare in fase di gara il progetto preliminare che deve essere redatto nel rispetto delle linee guida e sulla base dello studio di fattibilità;
 - l'entità dell'appalto è stata individuata in:
 - € 21.587.611,17 (i.e.) per la cessione del diritto di superficie;
 - € 1.447.280,10 per le fasi di progettazione ed il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione;
 - € 4.455.000,00 (i.e.) come *“valore ulteriore”*;
 - valore indeterminato per la gestione dello Stadio;
 - il criterio di selezione è quello dell'offerta *“economicamente più vantaggiosa”*, ed i criteri di valutazione dell'offerta sono stati individuati in:
 - merito tecnico della progettazione - peso attribuito 20/100;
 - caratteristiche qualitative e metodologiche - peso attribuito 40/100;
 - miglie - peso attribuito 10/100;
 - tempo di costituzione del diritto di superficie - peso attribuito 15/100;
 - corrispettivo ulteriore – importo in aumento - peso attribuito 10/100;
 - corrispettivo ulteriore – modalità di versamento - peso attribuito 3/100;
 - giornate a disposizione per eventi - peso attribuito 2/100;
 - i requisiti dei concorrenti, oltre a quelli di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006, sono stati individuati nell'«aver gestito stadi di calcio per lo svolgimento di competizioni internazionali calcistiche per almeno 5 anni anche non consecutivi negli ultimi 10 anni», intendendo per gestione l'esercizio di attività sportive ed esse connesse e strumentali, promozione e organizzazione di gare e tornei di livello internazionale, altre attività calcistiche); sono stati inoltre richiesti i requisiti per l'attività di progettazione, secondo le previsioni del d.lgs. 163/2006 e del d.p.r. 207/2010;

- i documenti di gara non hanno previsto una specifica disciplina in ordine alla fase di gestione dell'impianto; in particolare non è stata prevista la presentazione di un piano economico-finanziario di gestione, né sono stati richiesti requisiti del concessionario ex art.95 del d.p.r. 207/2010;
 - il termine per la presentazione delle offerte è stato stabilito al 29/03/2012.
7. In data 23.3.2012, con determinazione dirigenziale n. 2012/0200/00005, in via di autotutela è stata disposta la revoca della procedura aperta «per motivi di pubblico interesse», atteso che in data 21, 22 e 23 marzo 2012 «sono apparsi più articoli di stampa sul quotidiano locale “Il Messaggero Veneto” e sul quotidiano locale “Il Gazzettino” nei quali viene data descrizione di una proposta progettuale realizzata da parte di un soggetto, che dichiara di voler partecipare, e che i dettagli della proposta progettuale sono stati in parte declinati anche con riferimento all'elemento di valutazione tecnico discrezionale ... costituito dal profilo attinente alla capienza dello stadio».
8. In data 4.4.2012, con determinazione dirigenziale n. 2012/0200/00006, è stata disposta l'indizione di altra procedura di gara e, successivamente, è stato pubblicato il bando di gara con:
- una diversa articolazione dei pesi attribuiti ai criteri di valutazione dell'offerta modificati in:
 - merito tecnico della progettazione - peso attribuito 10/100;
 - caratteristiche qualitative e metodologiche - peso attribuito 25/100;
 - migliorie - peso attribuito 20/100;
 - tempo di costituzione del diritto di superficie - peso attribuito 20/100;
 - corrispettivo ulteriore – importo in aumento - peso attribuito 10/100;
 - corrispettivo ulteriore – modalità di versamento - peso attribuito 8/100;
 - giornate a disposizione per eventi - peso attribuito 7/100.
 - il nuovo termine per la presentazione delle offerte al 3.7.2012.
9. La commissione di gara, con i verbali di gara 97/2012 del 9.7.2012, 98/2012 del 10.7.2012 e 100/2012 del 16.7.2012 ha dato atto che:
- è pervenuta un'unica offerta da “Udinese Calcio S.p.A. – capogruppo mandataria – A.T.P.S. Area Progetto Associati – Coopprogetti Soc. Coop. – Marco Armeni – mandanti”;
 - i requisiti dichiarati sono conformi a quanto richiesto nel disciplinare di gara, salvo la “fideiussione assicurativa” che non riportava la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957 comma secondo del Codice civile e che, per tale motivo, la Commissione ha ritenuto insorgere il cd. obbligo di soccorso istruttorio;
 - l'operatore economico ha provveduto a regolarizzare la documentazione amministrativa nel senso di cui al punto precedente.
- Pertanto il giorno 16.7.2012, la gara è stata aggiudicata provvisoriamente al raggruppamento temporaneo sopra richiamato con un punteggio di 84,2836/100.
10. In data 30.7.2012, con determinazione n. 2012/0200/19 del Dipartimento Gestione del Territorio delle Infrastrutture e dell'Ambiente del Comune di Udine, approvando i verbali della commissione, la gara è stata definitivamente aggiudicata al predetto raggruppamento temporaneo. Nella delibera è stato stabilito:
- di concedere per 99 (novantanove) anni il diritto di superficie delle aree al raggruppamento temporaneo per un prezzo di vendita determinato in € 21.587.611,17 al netto dell'I.V.A.;
 - che il prezzo della cessione del diritto di superficie sarà corrisposto mediante il pagamento di quanto necessario alla ristrutturazione dello stadio “Friuli” e pertanto viene riconosciuto scomputabile il valore risultante dai documenti tecnico - contabili di collaudo per la realizzazione dei lavori, il valore risultante dai documenti contabili effettivamente liquidati delle prestazioni professionali eseguite per la progettazione, la direzione lavori, il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di

- esecuzione, per le attività tecnico-amministrative legate alla realizzazione dell'opera pubblica nonché laddove costituisca un costo il valore degli oneri fiscali sostenuti;
- di affidare al raggruppamento temporaneo la gestione dello Stadio Friuli per lo svolgimento di competizioni calcistiche di livello almeno nazionale e precisamente di serie A, serie B e Lega Pro;
 - che il raggruppamento temporaneo verserà annualmente al Comune di Udine l'importo ulteriore indicizzato offerto pari a € 45.000,00 per 99 anni e quindi un importo complessivo pari a € 4.455.000,00 oltre all'I.V.A.;
 - che il raggruppamento temporaneo si obbliga, per ogni anno di durata del diritto di superficie, a riservare al Comune di Udine un numero 15 giornate per l'utilizzo dell'impianto sportivo, da parte del Comune medesimo o di terzi, per lo svolgimento di iniziative e manifestazioni organizzate o autorizzate dal Comune;
 - di affidare al raggruppamento temporaneo l'incarico di progettazione preliminare, definitiva, esecutiva nonché coordinamento della sicurezza in fase di progettazione dei lavori di ristrutturazione verso un importo presunto di € 1.447.280,10 al netto degli oneri previdenziali e fiscali, precisando che il costo di dette spese di progettazione rientra nelle spese a scomputo del pagamento del diritto di superficie e che nessun onere in merito grava in capo al comune.
11. in data 29.3.2013 è stato, quindi stipulato il contratto per la cessione del diritto di superficie e per la progettazione e gestione dello stadio tra il Comune di Udine e Udinese Calcio S.p.A.; nello stesso (art. 3) è stato stabilito che i lavori, eseguiti dal superficiario, debbono essere ultimati entro 3 anni dalla stipula del contratto e che l'affidamento dei lavori a terzi da parte del superficiario deve avvenire con procedure ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi del d.lgs. 163/2006; tale indicazione è stata ribadita ex artt. 10 e 15 a pena di risoluzione contrattuale; in particolare all'art.15 è stato ulteriormente precisato che sia la scelta dell'esecutore che l'esecuzione dei lavori deve avvenire nel rispetto della normativa contemplata dal d.lgs. 163/2006 e del relativo regolamento attuativo; per tutta la durata del diritto di superficie, il superficiario assume l'impegno di utilizzare lo stadio come sede dell'attività calcistica ufficiale casalinga abituale della squadra, militante nella massima divisione (art. 4); contestualmente viene riconosciuta al superficiario la facoltà, previa autorizzazione del Comune, nel rispetto delle previsioni urbanistiche, di cedere, anche frazionatamente, la proprietà superficiaria e/o il diritto di superficie e costituire diritti reali di godimento; è altresì consentita la costituzione di diritti obbligatori a favore di terzi senza autorizzazione del Comune; il valore reale dell'operazione (art. 8) è pari a € 26.042.611,00, comprensivo delle opere future da realizzare convenzionalmente convenute per un importo di € 21.587.611,00 e dell'ulteriore importo per la costituzione del diritto di superficie di €4.455.000,00 (che sarà versato dal superficiario al Comune in rate annuali di € 45.000,00 in rate annuali per 99 anni), precisando che nel caso in cui venissero consuntivati importi per i lavori inferiori rispetto a quanto stabilito, il superficiario verserà al Comune l'importo pari alla differenza tra i lavori realizzati e l'importo di € 21.587.611,17; è precisato che è riconosciuto come scomputabile il valore risultante dai documenti tecnico-contabili dei lavori e delle prestazioni professionali per progettazione, direzione lavori, coordinamento per la sicurezza, attività tecnico-amministrative; mentre un eventuale maggior valore di tali attività rispetto al valore indicato, non attribuisce al superficiario alcun diritto di riduzione, rimborso o credito, rimanendo tale maggior costo a suo totale carico; il Comune ha facoltà di usufruire dello stadio per iniziative e manifestazioni per un numero di 15 giornate complessive, ogni anno, previa presentazione di polizze assicurative a copertura di eventuali danni conseguenti all'utilizzo dell'impianto; il Comune si riserva di eseguire controlli sulle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori nonché sull'esecuzione degli stessi (art. 14).

A seguito dell'attività istruttoria, le questioni emerse sono state poste all'attenzione del Consiglio nell'adunanza del 5.8.2014, che ha autorizzato l'invio della comunicazione di risultanze istruttorie al

Comune di Udine ed alla società Udinese Calcio S.p.A., con invito a presentare controdeduzioni e chiarimenti entro il termine di 30 giorni.

In esito a tale comunicazione, il Comune di Udine e Udinese Calcio S.p.A. hanno presentato richiesta al Consiglio dell'Autorità di audizione, alla quale ha chiesto di partecipare anche il rappresentante legale dell'A.T.P.S. "Area Progetto Stadio Friuli", mandataria dell'A.T.I. Udinese Calcio S.p.A. (capogruppo) – A.T.P.S.. L'audizione si è svolta in data il 16.9.2014.

Successivamente sia il Comune di Udine che la società Udinese Calcio hanno presentato memorie in riscontro a quanto loro comunicato dall'Autorità.

Nel corso delle attività istruttorie sono, inoltre, intervenuti altri soggetti, in vario modo coinvolti o interessati dalle vicende.

La società A.T.P.S. "Area Progetto Stadio Friuli" s.r.l., oltre al proprio intervento in audizione, ha contestato l'affidamento senza alcuna procedura concorsuale, da parte di Udinese Calcio S.p.A., della direzione dei lavori dell'intervento di ristrutturazione dello stadio (lotti IV e VI), dopo averla esonerata dallo svolgimento del medesimo compito; ha, inoltre, segnalato l'irregolarità dell'affidamento di tale compito al medesimo soggetto redattore, di fatto, della verifica del progetto, nonché delle modifiche successivamente apportate al progetto redatto da ATPS e approvato dal Comune di Udine.

Le contestazioni di A.T.P.S. "Area Progetto Stadio Friuli" si sono estese al Comune di Udine, che avrebbe consentito alla società di calcio comportamenti non coerenti con le statuizioni contrattuali e con disposizioni del Codice dei contratti pubblici.

Sulla vicenda è intervenuto anche l'Ordine degli Ingegneri della provincia di Udine, contestando le modalità non concorsuali di affidamento dell'incarico di direzione lavori.

Contestazioni all'operato di Udinese Calcio e dell'amministrazione comunale sono emerse, inoltre, all'interno della stessa amministrazione.

In particolare il Direttore del Dipartimento Gestione del Territorio, delle Infrastrutture e dell'Ambiente, già responsabile del procedimento nella procedura di affidamento del diritto di superficie, ha evidenziato la propria contrarietà allo svolgimento da parte del Dirigente del Servizio Amministrativo Appalti del Comune di Udine, dell'incarico di responsabile del procedimento per conto di Udinese Calcio S.p.A. dell'intervento di ristrutturazione, incarico autorizzato dal Sindaco in assenza di pareri del Direttore del Personale e del Dirigente apicale del Servizio cui il Dirigente è assegnato.

Il Tecnico ha evidenziato l'incompatibilità di tale incarico con la posizione rivestita dal Dirigente all'interno dell'amministrazione nonché la carenza di requisiti dello stesso a svolgere la funzione di responsabile del procedimento; ha anche evidenziato la propria contrarietà al frazionamento dell'intervento di ristrutturazione dello stadio, con affidamento negoziato da parte di Udinese Calcio S.p.a. di parte dei lavori. Ha precisato di aver sporto al riguardo denuncia alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Udine, che ha avviato un procedimento tuttora in corso.

Ritenuto in diritto

Il Comune di Udine ha operato mosso dall'esigenza di provvedere alla ristrutturazione dello stadio di calcio per l'adeguamento dello stesso alle norme UEFA, nell'intenzione di avviare un percorso procedurale mirato al raggiungimento dell'obiettivo senza l'assunzione di impegni finanziari.

L'amministrazione, al fine di perseguire tale obiettivo, ha prioritariamente trasferito lo stadio dal patrimonio indisponibile al patrimonio disponibile, evidenziando la non funzionalità dello stadio alle proprie funzioni istituzionali, per poi procedere all'affidamento del diritto di superficie dello stesso; tuttavia, si osserva come, al di là della qualificazione nominale attribuita al negozio giuridico adottato, questo non si sia concretizzato nella mera cessione del diritto di superficie.

Il Comune non si è limitato, infatti, alla cessione del diritto di superficie, ma, nell'ambito della stessa procedura, ha affidato al soggetto individuato quale concessionario di tale diritto la progettazione e l'esecuzione dei lavori di adeguamento, nonché la gestione del complesso edilizio, vincolandone l'utilizzazione a stadio per il calcio per la prima squadra cittadina, stante l'interesse pubblico sotteso a tale uso; è stato, di fatto, stabilito in ragione di tale finalità che il concessionario non avrebbe versato all'amministrazione comunale la somma corrispondente al valore del diritto di superficie dell'immobile, ma che tale somma sarebbe stata destinata all'esecuzione dell'intervento di adeguamento, tranne la

corresponsione annuale al Comune di € 45.000,00.

Sulla questione in esame si è preventivamente espressa la Corte dei conti, Sezione di controllo della Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, con deliberazione FVG/76/2011/PAR del 1.9.2011, emessa in esito ad istanza di motivato avviso formulata dal Comune di Udine.

In tale deliberazione il giudice contabile, dopo aver illustrato il regime giuridico cui il patrimonio comunale è soggetto a seconda dell'appartenenza dei beni alla categoria dei beni demaniali appartenenti al patrimonio indisponibile e disponibile, ha osservato che «la scelta di un concessionario o di un soggetto cui attribuire un diritto reale su un bene di proprietà comunale deve (...) avvenire nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (articoli 43 e 49 trattato CE) e dei principi generali in materia di contratti pubblici che richiedono lo svolgimento di procedure di selezione del contraente».

Con riferimento al caso di specie, inoltre, il Collegio ha affermato che l'interesse che l'Ente intende perseguire, mediante il trasferimento di un diritto di superficie e la collaterale convenzione da stipularsi con il superficiario, è quello di realizzare un progetto di ristrutturazione e trasformazione dello Stadio, pertanto è imprescindibile l'applicazione del d.lgs. 163/2006.

Al riguardo è stato quindi evidenziato che, ancorchè si manifesti mediante strumenti *latu sensu* negoziali, l'attività amministrativa è retta, oltre che da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità e di trasparenza, dal principio di legalità. In particolare, qualora la pubblica amministrazione intenda affidare l'esecuzione di opere o lavori è sempre tenuta al rispetto del principio di tipicità dei contratti, che del principio di legalità è il fondamentale corollario. Tali principi implicano la tassatività delle forme tipiche di contratti previste nel d.lgs. 163/2006. Non mancano, peraltro, istituti giuridici alternativi al contratto di appalto pubblico di lavori, come la concessione di costruzione e gestione e, in tal caso, il Codice prevede che la scelta del concessionario avvenga nel rispetto delle norme di cui agli artt. 144 e ss.; il concessionario può, a sua volta, eseguire i lavori con mezzi propri ovvero affidando a terzi i lavori; in ogni caso si assume il cd. "rischio di gestione".

A ciò si aggiunge, secondo il Collegio, che l'apparente assenza di un vero e proprio corrispettivo per la realizzazione dei lavori non vale ad escludere la riconducibilità della fattispecie alla normativa del Codice dei contratti. Infatti, il corrispettivo accordato al superficiario potrebbe consistere nell'*utilitas* che verrebbe ottenuta, in costanza del diritto di superficie, mediante la gestione dell'opera (come avviene mediante il ricorso alla concessione dei lavori e di gestione di un'opera pubblica).

Inoltre, affinché si configuri un'ipotesi di affidamento di lavori pubblici, deve aversi riguardo alla circostanza che le opere siano comunque destinate a rientrare, anche in futuro, nella disponibilità di un ente pubblico. Alla luce di tale principio il giudice amministrativo ha ritenuto illegittima la concessione di terreno comunale per 99 anni, senza il previo esperimento di gara ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario, ritenendo che mediante «lo strumento formale della concessione di suolo pubblico», che si caratterizza di norma per l'utilizzazione soltanto privata del bene dietro corrispettivo di un canone, si intendesse «pervenire in sostanza alla costituzione di un *opus* finalizzato allo svolgimento di un pubblico servizio e destinato, dopo un periodo di utilizzazione da parte del concessionario (...) a divenire di proprietà pubblica» (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 15.3.2001 n.1514).

In conclusione, la disciplina in materia di lavori pubblici deve trovare applicazione in tutti i casi in cui le pubbliche amministrazioni intendano avvalersi surrentiziamente della concessione in godimento di area pubblica o del trasferimento di un diritto di superficie di area pubblica, al fine di realizzare lavori pubblici ovvero opere, *ab origine* o in futuro, destinate a rientrare nella piena disponibilità della pubblica amministrazione.

Dalle considerazioni sopra richiamate, emerge dunque che, ove l'amministrazione intenda realizzare opere pubbliche (intendendosi come tali anche quelle destinate a tornare in mano pubblica), è tenuta a farlo nel rispetto degli schemi tipici contemplati nella disciplina in tema di contratti pubblici, anche qualora intenda ricorrere a tipologie contrattuali sussumibili nell'alveo degli strumenti di partenariato pubblico-privato. La stessa disciplina contenuta nel d.lgs. 163/2006 contempla la possibilità per la PA di cedere beni in luogo del corrispettivo (art.53, comma 6), anche nell'ambito della concessione di lavori ai sensi dell'art. 143, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006 e, pertanto, ove sussistano (come nel caso di specie) difficoltà legate alla carenza o alla insufficienza di fondi per eseguire lavori pubblici, è consentito il ricorso all'istituto sopra richiamato.

A tale proposito si richiama quanto previsto dall'art. 143 del d.lgs. 163/2006 e s.m.i:

- *“Le concessioni di lavori pubblici hanno, di regola, ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica eventualmente estesa, anche in via anticipata, ad opere o parti di opere in tutto o in parte già realizzate e direttamente connesse a quelle oggetto della concessione e da ricomprendere nella stessa.”*(comma1);
- *“La controprestazione a favore del concessionario consiste, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati”*(comma 3);
- *“Le amministrazioni aggiudicatrici, previa analisi di convenienza economica, possono prevedere nel piano economico finanziario e nella convenzione, a titolo di prezzo, la cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili nella loro disponibilità o allo scopo espropriati la cui utilizzazione ovvero valorizzazione sia necessaria all'equilibrio economico finanziario della concessione. Le modalità di utilizzazione ovvero di valorizzazione dei beni immobili sono definite unitamente all'approvazione del progetto ai sensi dell'articolo 97 e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico finanziario della concessione ...”*(comma 5).

Il Comune di Udine nelle controdeduzioni fornite ha, da un lato, sostenuto che l'applicazione puntuale delle disposizioni dell'istituto della concessione di costruzione e gestione non avrebbe consentito il raggiungimento del risultato che l'amministrazione comunale perseguiva, dall'altro ha evidenziato di non aver violato il principio di tipicità dei contratti, in quanto avrebbe fatto comunque ricorso ad un contratto di partenariato pubblico privato, espressamente contemplato dall'art. 3 comma 15-ter del Codice, nell'ambito dei quali il contratto di concessione di lavori rappresenta una possibile, ma non l'unica modalità procedurale.

In relazione alla non idoneità della concessione di costruzione e gestione a conseguire il risultato perseguito, pur prendendo atto della rilevanza dell'investimento e di come la squadra di calcio cittadina sia di fatto l'attuale soggetto preordinato all'utilizzazione dello stadio, si osserva come l'amministrazione comunale non abbia fornito elementi analitici oggettivi che dimostrino tale assunto, al di là di quanto affermato nella deliberazione del Consiglio comunale n. 85/2011 circa la congruità di un periodo di lunga durata per la costituzione del diritto di superficie.

Circa la riconducibilità dell'attuale contratto al partenariato pubblico privato, rappresentata dall'amministrazione comunale, si sottolinea che con tale definizione ci si riferisce in generale a forme di cooperazione tra autorità pubbliche e operatori privati, volte a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio. È quanto può desumersi dal “Libro Verde relativo ai Partenariati Pubblico-Privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni” della Commissione Europea del 30.4.2004, il quale, oltre a fornire la predetta definizione dell'istituto, contiene le linee guida per il ricorso a tale forma di cooperazione pubblico-privato, nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento sanciti dal Trattato e dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici.

Il Libro Verde individua i principali elementi caratterizzanti dell'istituto in parola, includendovi:

- la durata relativamente lunga della cooperazione, che implica una cooperazione tra il partner pubblico e quello privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare;
- le modalità di finanziamento da parte del settore privato (a cui possono aggiungersi finanziamenti pubblici, anche derivanti da qualsiasi forma di contropartita economica ricevuta dal partner);
- il ruolo rilevante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento), mentre «il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi»;
- la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico e il privato; i PPP non implicano che necessariamente il privato assuma tutti i rischi o la parte più rilevante dei rischi legati all'operazione, ma la ripartizione degli stessi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti di valutare, controllare e gestire tali rischi.

Il “Libro Verde” individua due tipologie di PPP: il partenariato di tipo contrattuale, nel quale la

cooperazione tra i due settori si fonda su legami esclusivamente convenzionali; il partenariato di tipo istituzionalizzato, nel quale la cooperazione tra pubblico e privato avviene in seno ad un'entità distinta ed implica l'esistenza di un soggetto giuridico detenuto congiuntamente (es. società con capitale pubblico), con il compito di realizzare un'opera o fornire un servizio alla collettività.

L'ordinamento italiano prevede diverse forme di partenariato, rientranti sia nella tipologia di PPP contrattuale, disciplinate principalmente nel d.lgs. 163/2006, sia nella tipologia di PPP istituzionalizzato, per lo più contemplate nel d.lgs. 267/2000 (TUEL).

In particolare, l'art. 3, comma 15-ter, del d.lgs. 163/2006 prevede che «i contratti di partenariato pubblico privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti (...)». Sul piano degli istituti sussumibili nell'alveo delle operazioni di partenariato pubblico-privato, l'art. 3, comma 15-ter annovera, a titolo esemplificativo, la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste; richiama altresì tra le operazioni di PPP l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi».

Il Comune di Udine, in assenza di adeguate disponibilità finanziarie da destinare alla ristrutturazione dello stadio Friuli, ha deliberato di costituire il diritto di superficie in capo ad un soggetto privato, scelto con gara, che avrebbe dovuto progettare e realizzare tale intervento con finanziamenti propri, assicurare l'uso dell'impianto sportivo da parte della squadra di calcio cittadina, provvedere alla gestione del complesso sportivo per tutta la durata della concessione, utilizzandone le potenzialità sportive, ricreative, culturali ed economiche a vantaggio della popolazione locale e valorizzandone le caratteristiche funzionali.

Alla luce delle caratteristiche dell'istituto del partenariato pubblico-privato, sopra evidenziate, si ritiene che tali finalità corrispondano certamente all'intenzione dell'amministrazione di ricorrere a tali strumenti, volti a costituire forme di cooperazione tra amministrazioni pubbliche ed operatori privati per garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio.

Tuttavia, più precisamente, si ritiene che le finalità perseguite dal Comune di Udine rientrino nello schema tipico della concessione di costruzione e gestione che ha ad oggetto, ex art. 143, comma 1 del Codice «la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica eventualmente estesa, anche in via anticipata, ad opere o parti di opere in tutto o in parte già realizzate e direttamente connesse a quelle oggetto della concessione o da ricomprendere nella stessa».

Pertanto, richiamando anche le chiare indicazioni della Corte dei conti nel parere in precedenza richiamato, nel caso in cui l'amministrazione intenda affidare ad un soggetto privato un contratto avente ad oggetto le prestazioni e le caratteristiche sopra indicate, è tenuta ad applicare lo schema tipico contemplato nel citato art. 143 del Codice.

È quanto affermato anche dall'AVCP con determinazione n. 22/2002, nella quale è stato sottolineato che la disciplina in tema di contratti pubblici (legge 109/94 al momento della determinazione, oggi sostituita dal d.lgs. 163/2006) «vincola l'amministrazione non solo sotto il profilo della scelta del modello contrattuale, ma anche in relazione agli ulteriori aspetti afferenti, ad esempio, alla progettazione, ai requisiti dell'impresa realizzatrice, alla direzione dei lavori, al collaudo. Si tratta, infatti, di norme (...) che hanno natura imperativa e non possono essere derogate dall'autonomia negoziale, proprio perché realizzano l'esigenza di assicurare il perseguimento di interessi pubblici preminenti, quali l'efficienza e l'efficacia, la tempestività, la trasparenza, la correttezza dell'*agere* amministrativo in materia di opere e lavori pubblici e della libera concorrenza tra gli operatori (...). Ed è, pertanto, evidente la conseguente *inammissibilità di procedure atipiche* per la realizzazione di opere pubbliche o destinate ad un pubblico servizio, atteso che il sistema e le modalità prescelti potrebbero avere finalità o quantomeno produrre risultati elusivi della normativa interna e comunitaria in tema di

opere pubbliche».

La tipicità delle procedure di scelta del contraente contemplate nel d.lgs. 163/2006 ha trovato conferma nelle disposizioni dell'art. 53, comma 1, dello stesso decreto legislativo, a tenore del quale «fatti salvi i contratti di sponsorizzazione e i lavori eseguiti in economia, i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione, come definiti all'articolo 3».

Alla luce di quanto sopra, pertanto, non è consentito alle stazioni appaltanti l'affidamento di contratti pubblici con procedure e schemi negoziali atipici, non contemplati nel Codice o comunque difformi rispetto alle prescrizioni ivi previste; nel rispetto delle disposizioni dell'art. 53, comma 1 sopra richiamato, e del principio di tipicità delle procedure di scelta del contraente contemplate nel d.lgs. 163/2006, il Comune di Udine avrebbe dovuto espletare una procedura di gara ai sensi del richiamato art. 143 del Codice.

Ciò detto, in via di principio, va comunque riconosciuto che, sotto il profilo sostanziale, la scelta di ricorrere ad una procedura atipica, giustificata dalle contingenze sopra specificate, è risultata comunque rispettosa del principio di concorrenza la cui tutela costituisce la ratio del principio di tipicità dei contratti pubblici. In questo senso l'aver esperito una procedura aperta ha messo tutti i potenziali interessati alla stipulazione del contratto nella condizione di partecipare ad armi pari alla competizione, facendo emergere – sotto questo profilo – una violazione di carattere prevalentemente formale. E la garanzia della tutela della concorrenza è vista come elemento essenziale della validità delle gare per l'assegnazione di contratti atipici da parte della dottrina che, anche sulla scia della normativa e della giurisprudenza comunitaria, ritiene che il dogma della tipicità dei contratti pubblici si sia ormai affievolito nel nostro ordinamento o che possa comunque accettarsi l'idea di una tipicità indiretta.

Sotto diverso profilo va invece messo in rilievo che la procedura esperita dal Comune stesso non rispetta tutte le prescrizioni stabilite dal Codice in tema di concessioni di lavori, stante l'assenza di un progetto almeno preliminare e di un'analisi di convenienza economica dell'operazione da parte dell'amministrazione (il Comune avrebbe dovuto provvedere alla determinazione del potenziale valore della gestione dello stadio, alla stregua di quanto fatto per la stima del valore del diritto di superficie); inoltre, la *lex specialis* non contempla la presentazione di un piano economico-finanziario per la gestione dell'impianto, indispensabile per la valutazione dei rischi dell'operazione di finanziamento e, quindi, dell'equilibrio economico-finanziario della concessione (tanto che nel bando il valore della gestione dell'impianto è indicato come "indeterminato"); lo stesso bando non richiede i requisiti di cui all'art. 95 del d.p.r. 207/2010 per il concessionario; il contratto non presenta i contenuti descritti dall'art. 115 dello stesso regolamento attuativo.

Tale ultima disposizione regolamentare richiede, tra l'altro, l'indicazione nel contratto dei «poteri riservati all'amministrazione aggiudicatrice, ivi compresi i criteri per la vigilanza sui lavori da parte del responsabile del procedimento».

A tal riguardo si osserva che, nell'appalto in esame non appare esercitato da parte del Comune un adeguato controllo sulla corretta esecuzione delle prestazioni demandate all'aggiudicatario, né è stato previsto per la fase di esecuzione del contratto un responsabile del procedimento; benché il contratto contempli, all'art. 14, un rinvio a controlli che il Comune si riserva di eseguire sulle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori espletate dall'aggiudicatario, nonché sull'esecuzione degli stessi, la stazione appaltante ha rifratto che la funzione di responsabile del procedimento si è esaurita con l'aggiudicazione della gara a Udinese Calcio S.p.A.

Infatti, quanto affermato dal Comune circa il fatto che l'attività di controllo si concretizzerebbe nell'assoggettamento dell'Udinese Calcio S.p.A. alla vigente normativa in materia di concessione edilizia (ora permesso di costruire), non appare condivisibile, trattandosi quest'ultima di un'attività di controllo più circoscritta nell'ambito di una differente disciplina.

Nel caso di specie si evidenzia come la Società, di contro alla concessione del diritto di superficie da parte dell'ente, abbia assunto obblighi contrattuali che attengono all'attività di progettazione dei lavori, di esecuzione degli stessi nel rispetto dei progetti approvati dal Comune, di corretta gestione dello stadio, di rispetto delle procedure ad evidenza negli affidamenti di lavori e servizi. In particolare, si ritiene che eventuali modifiche apportate al progetto approvato dall'amministrazione comunale non possano essere valutate solo alla stregua di varianti alla concessione

edilizia, ma debbano essere valutate in ragione anche della idoneità delle stesse ad assicurare il rispetto delle caratteristiche tecniche ed economiche alla base del contratto sottoscritto.

La previsione di stringenti controlli sulla fase di affidamento dei lavori da parte dell'aggiudicatario (*recte* concessionario) e sulla fase di esecuzione degli stessi, appare invece di preminente rilievo, al fine di garantire la corretta realizzazione degli interventi.

Ulteriormente si evidenzia come il Codice (art.10, comma 1) preveda, per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, la nomina da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, di un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione.

Lo stesso cura, in particolare, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo, determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi, il corretto e razionale svolgimento delle procedure, segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi (art. 10, comma 3).

L'assenza di un responsabile del procedimento dell'amministrazione comunale in relazione al contratto tra questa e Udinese Calcio S.p.A., atteso che il contratto tra Comune e Udinese Calcio S.p.A. non si è esaurito con la conclusione della gara, ma è tuttora in corso di esecuzione, è, quindi, in contrasto con quanto stabilito dall'art.10 del Codice.

Né si ritiene che l'assenza del responsabile del procedimento possa essere surrogata dalla costituzione da parte della stazione appaltante della c.d. "*cabina di regia*", potendo questa, al più, rappresentare uno strumento di supporto per il responsabile del procedimento.

Diversa è la funzione svolta dal responsabile del procedimento di Udinese Calcio, in quanto connessa alle attività di stazione appaltante della Società calcistica, vincolata al rispetto delle disposizioni di cui al d.lgs n.163/2006.

Al riguardo la nomina, in tale compito, di un Dirigente del Comune di Udine, evidenzia palesi profili di incompatibilità, attese anche le precedenti considerazioni circa i compiti dell'amministrazione comunale di verifica dell'effettiva e corretta esecuzione del contratto stipulato con Udinese Calcio S.p.A.; di fatto si è verificata l'anomala circostanza per cui il medesimo soggetto ha funzione di responsabile del procedimento del concessionario mentre è dirigente dell'amministrazione concedente.

Circa i requisiti del responsabile del procedimento, si osserva come il Codice preveda, all'art. 10 comma 5, che *«il responsabile del procedimento deve possedere titolo di studio e competenza adeguati in relazione ai compiti per cui è nominato. Per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura deve essere un tecnico»*.

Non sono, al riguardo, contemplate disposizioni che, per stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni e enti pubblici, fissino requisiti diversi; si ritiene che, in via analogica al disposto di cui al comma 7 del citato articolo, anche la stazione appaltante non pubblica amministrazione sia tenuta a nominare un tecnico, ovvero possa provvedere, nel caso in cui non nomini un tecnico quale responsabile del procedimento, all'affidamento dell'attività di supporto a soggetti aventi specifiche competenze di carattere tecnico.

Con riferimento alle considerazioni sopra effettuate circa il contratto posto in essere tra Comune di Udine e Udinese Calcio S.p.A., la posizione della Società è riconducibile di fatto a quella di concessionario di lavori pubblici, di cui all'art. 32, comma 1 lett. b) del Codice, che recita:

«1. Salvo quanto dispongono il comma 2 e il comma 3, le norme del presente titolo [Parte II, Titolo I – Contratti di rilevanza comunitaria], nonché quelle della parte I [Principi e disposizioni comuni], IV [Contenzioso] e V [Disposizioni di coordinamento, finali e transitorie], si applicano in relazione ai seguenti contratti, di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 28:

...

b) appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, nei limiti stabiliti dall'articolo 142;

...

Per cui la Società, negli appalti di lavori espletati per l'adeguamento dello Stadio, al di là di quanto già stabilito nel contratto sottoscritto con il Comune di Udine, è da ritenersi soggetta alle norme richiamate nei limiti stabiliti dall'art. 142 dello stesso Codice, che al comma 4 stabilisce:

«I concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza della Sezione IV [artt. 149-151] del presente Capo. Si applicano, in tale ipotesi, in quanto compatibili, le disposizioni della Parte I [artt.1-27], parte IV [artt. 239-246 bis], Parte V [artt. 247-257], nonché le norme della Parte II, Titolo I [artt. 28-120] e Titolo II [artt. 121-125], in tema di pubblicità dei bandi, termini delle procedure, requisiti generali e qualificazione degli operatori economici, subappalto, progettazione, collaudo, piani di sicurezza, che non siano specificamente derogate dalla Sezione IV del presente Capo».

Circa il richiamo all'applicazione delle norme in materia di collaudo è il caso di precisare come ciò implichi la necessità di redazione di una contabilità delle opere, con le modalità previste dal Codice e dal Regolamento di attuazione; non sarebbe possibile, infatti, il collaudo delle opere, quale contemplato dalle disposizioni in materia di contratti pubblici, senza una contabilità che consenta di verificare che quanto realizzato, in termini fisici ed economici, sia rispondente al progetto dei lavori posti in gara.

Dell'esigenza di conformare l'attività di Udinese Calcio S.p.A. alle disposizioni del Codice in materia di affidamento di lavori è apparsa consapevole la stessa amministrazione comunale, ove ha previsto anche contrattualmente l'obbligo per la Società di attuare procedure ad evidenza pubblica.

Preme comunque ribadire come tale esigenza, per quanto attiene all'affidamento dei lavori, non sia meramente correlata alle statuizioni contrattuali, ma derivi dalle specifiche disposizioni normative, non superabili, pertanto, da eventuali concessioni dell'amministrazione comunale.

Con riferimento a tale obbligo è stato rilevato come la Società abbia affidato, in tempi estremamente ristretti, alcuni interventi, riportati nella tabella seguente, separandoli dal resto dei lavori.

Lotto	Oggetto	Importo lavori	Approvazione del C.d.A.	Aggiudicazione definitiva	Tempi complessivi procedura
1° lotto	Rifacimento e spostamento campo di gioco, ecc.	976.743,77 + 692.511,57 per somme a disp.	29/05/2013	04/06/2013	7 giorni
2° lotto	Realizzazione nuovi spogliatoi ospiti, ampliamento spogliatoi locali ecc.	915.932,43 + 76.684,957 per somme a disp.	09/07/2013	12/07/2013	4 giorni
3° lotto	Prima fase transitoria UEFA	101.188,05 + 160.897,52 per somme a disp.	26/07/2013	02/08/2013	8 giorni

Le motivazioni fornite da Udinese Calcio, per procedere ad un affidamento dei lavori mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara, ai sensi dell'art. 57, comma 2, lettera c) del d.lgs. 163/2006 sono sostanzialmente basate sull'esigenza di dare continuità al campionato di calcio e di rispettare i termini contrattuali.

Al riguardo si richiamano le disposizioni normative che contemplano come l'estrema urgenza debba risultare da eventi imprevedibili, tra i quali non possono, pertanto, annoverarsi esigenze già note ad Udinese Calcio al momento della stipula del contratto.

Al riguardo Udinese Calcio S.p.A. ha evidenziato l'elemento di imprevedibilità determinato dal parere rilasciato il 3 maggio 2013 dal rappresentante della Questura, in occasione della approvazione del progetto definitivo da parte della Commissione Provinciale di Vigilanza sui Locali di Pubblico Spettacolo, che ha posto quale elemento "nuovo", rispetto al contenuto contrattuale, l'urgenza e la necessità di realizzare, ai fini dell'agibilità dello Stadio per la stagione sportiva 2013/2014, i lavori di spostamento del terreno di gioco, opere propedeutiche e conseguenti comprese, nonché i lavori di realizzazione dei nuovi spogliatoi e dei lavori propedeutici al mantenimento di una delle curve, quale presupposto indefettibile per lo svolgimento delle competizioni in un impianto sportivo che offra tutte le garanzie di sicurezza dal punto di vista dell'ordine pubblico.

Ha richiamato, inoltre, la ristrettezza dei tempi determinata dalla stipula contrattuale a ridosso della fine del campionato, unica pausa possibile per la realizzazione dei lavori dei tre lotti (nonostante il fatto che l'aggiudicazione definitiva risalisce al 31 luglio 2012); il fatto che il contratto sia stato stipulato il 29 marzo 2013 ha portato ad ottenere una concessione edilizia solo al 20 maggio 2013, cosa che ha reso urgente realizzare i lavori senza poter contattare più ditte, negoziando solo con una sola impresa.

Pur prendendo atto delle motivazioni fornite, si rileva come, già dal momento della stipula contrattuale, la società Udinese Calcio S.p.A. avesse ben chiare le esigenze rappresentate di dare continuità al campionato, di effettuare le manifestazioni sportive in sicurezza, pur non disponendo ancora del citato parere della Commissione Provinciale di Vigilanza sui Locali di Pubblico Spettacolo, e l'obbligo di rispettare le procedure di affidamento contemplate dal Codice dei contratti.

D'altra parte la stessa amministrazione comunale non sembra aver valutato adeguatamente la questione, nel momento che, attesa la conclusione della procedura di gara al 30.7.2012 è pervenuta alla stipula del contratto solo il 29.3.2013, senza tener conto delle esigenze di interventi preparatori per la continuità del campionato e, senza, pertanto, richiedere e valutare una programmazione degli stessi.

In sostanza, pur ravvisando come si siano venute a determinare a maggio 2013 circostanze che, per assicurare lo svolgimento del prossimo campionato, imponevano tempi ristretti per alcuni lavori preparatori, si riscontrano responsabilità dei soggetti coinvolti (Udinese Calcio S.p.A. e Comune di Udine) nel non avere operato per programmare adeguatamente tali interventi.

Tra l'altro non risultano essere stati posti in atto da Udinese Calcio S.p.A. nemmeno provvedimenti finalizzati quantomeno ad assicurare un confronto concorrenziale, secondo quanto previsto, nei casi di urgenza, dal comma 6 dell'art. 57, avendo la stessa provveduto a negoziare con una sola impresa.

Per quanto riguarda l'affidamento dell'incarico di direzione dei lavori da parte di Udinese Calcio S.p.A. in assenza di procedure concorsuali, si osserva come, nel caso di concessionari di lavori pubblici che non siano amministrazioni aggiudicatrici, l'obbligo di adottare procedure ad evidenza pubblica sia limitato, ex art. 32, comma 1 lett. b) del d.lgs. 163/2006, all'affidamento di lavori.

Non appare, pertanto, attesa la riconducibilità di fatto della Società a quella di concessionario di lavori, che l'affidamento di incarichi attinenti all'architettura e all'ingegneria in assenza di procedure ad evidenza pubblica costituisca violazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici.

Stante tuttavia la previsione contrattuale che contempla quali scomputabili, ai fini del raggiungimento dell'importo di € 21.587.611,17 del diritto di superficie, anche il valore risultante dai documenti tecnico-contabili delle prestazioni professionali per progettazione, direzione lavori, coordinamento per la sicurezza, attività tecnico-amministrative, si ravvisa come non sarebbe coerente la sottrazione a procedure di evidenza pubblica dell'affidamento di un servizio oggetto, di fatto, di finanziamento pubblico.

Si prende atto, al riguardo, da quanto dichiarato dalla stessa Società, che non verrà tenuto conto dell'importo della prestazione a scomputo del valore del diritto di superficie.

Tuttavia, in relazione al soggetto incaricato, è da evidenziare come l'art. 49 comma 5 del d.p.r. 207/2010 preveda espressamente che *«l'affidamento dell'incarico di verifica è incompatibile con lo svolgimento per il medesimo progetto della progettazione, del coordinamento della medesima, della direzione lavori, del coordinamento della sicurezza e del collaudo»*, imponendo quindi una netta distinzione tra le attività di verifica e quelle di progettazione e direzione dei lavori.

Circa l'applicabilità di tale norma a Udinese Calcio S.p.A. depongono sia la finalità della disposizione di assicurare la giusta complementarietà tra le diverse attività professionali, finalità che non viene meno nel caso in cui la stazione appaltante non sia una amministrazione aggiudicatrice, sia le disposizioni dell'art.15 del contratto tra la Società e il Comune, che richiamano espressamente come l'esecuzione dei lavori debba avvenire nel rispetto della normativa contemplata dal d.lgs. 163/2006 e del relativo regolamento attuativo (d.p.r. 207/2010).

Pertanto, in relazione a quanto sopra l'affidamento della direzione dei lavori ad un soggetto che ha svolto attività di validazione non appare coerente con le disposizioni dell'art. 49, comma 5 del d.p.r. 207/2010.

Si è riscontrato, infine, come l'amministrazione comunale, pur avendo già deliberato di procedere a gara per l'affidamento del diritto di superficie (e conseguente ristrutturazione dello stadio) e provveduto alla pubblicazione del relativo bando di gara, abbia provveduto all'aggiudicazione provvisoria di lavori per adeguamento normativo per ottenimento del C.P.I. e agibilità dello stadio (intervento individuato come OPE 5151/A). La successiva aggiudicazione definitiva è avvenuta a

cavallo tra le due procedure per la cessione del diritto di superficie (quella annullata in autotutela e quella effettivamente portata a termine successivamente).

In relazione alle lavorazioni di tale adeguamento normativo, fermo restando la carenza di elementi per poterne stabilire l'urgenza, si costata che la progettazione preliminare degli stessi risale all'anno 2004 e le progettazioni definitiva ed esecutiva, pur iniziando nel 2008, sono state approvate nel 2010 e nel 2011. Tali circostanze inducono a ritenere che tali lavorazioni non fossero di estrema urgenza, e, comunque, non appare chiaro il motivo per cui il comune di Udine, non abbia interrotto la procedura prima di dare efficacia al contratto.

Attesa, infatti, la finalità di una totale ristrutturazione dello Stadio, si ritiene che il Comune avrebbe potuto valutare se inserire tali lavorazioni di adeguamento normativo all'interno dei lavori di ristrutturazione conseguenti alla cessione del diritto di superficie, evitandone la spesa di oltre 2 milioni di euro a carico dell'amministrazione e le problematiche dovute alla interferenza di tali lavori con quelli in carico alla Società Udinese Calcio.

D'altro punto di vista, l'importo di tali lavori ed il conseguente incremento di valore dell'immobile avrebbe dovuto essere tenuto in debito conto nel valore complessivo dell'operazione di cessione del diritto di superficie.

Con specifico riferimento a tali lavori di adeguamento normativo per l'ottenimento del C.P.I. e dell'agibilità, si rileva che l'amministrazione comunale ha affidato l'incarico di verifica della variante al progetto provvedendo, solo dopo l'avvenuta esecuzione dell'incarico, alla redazione della determinazione a contrarre ed alla stipula del contratto, in difformità alle disposizioni di cui all'art. 11 del Codice dei contratti. Si riscontra, inoltre, la pubblicazione di un dato inesatto sul sito internet dell'amministrazione, ove si riporta che l'incarico in questione sarebbe stato svolto tra il 14.5.2014 ed il 15.5.2014, mentre in realtà l'esecuzione è avvenuta tra il 3.5.2014 ed il 9.5.2014 «nelle more del perfezionamento dell'incarico».

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

- il Comune di Udine, in assenza di adeguate disponibilità finanziarie da destinare alla ristrutturazione dello stadio Friuli, ha deliberato di costituire il diritto di superficie in capo ad un soggetto privato, scelto con gara, che avrebbe dovuto progettare e realizzare tale intervento con finanziamenti propri, assicurare l'uso dell'impianto sportivo da parte della squadra di calcio cittadina e provvedere alla gestione del complesso sportivo per tutta la durata della concessione;
- tali finalità corrispondono all'intenzione dell'amministrazione di ricorrere ad uno strumento di partenariato pubblico-privato; più precisamente, le finalità perseguite dal Comune di Udine appaiono riconducibili allo schema tipico della concessione di costruzione e gestione, che ha ad oggetto, ex art. 143, comma 1 del Codice;
- il Comune di Udine, coerentemente con il principio di tipicità dei contratti pubblici, confermato nelle disposizioni dell'art. 53, comma 1, del d.lgs. 163/2006, era tenuto ad applicare lo schema tipico della concessione di lavori, contemplato nell'art. 143 dello stesso decreto legislativo; ciò detto, in via di principio, va comunque riconosciuto che, sotto il profilo sostanziale, la scelta di ricorrere ad una procedura atipica, giustificata dalle contingenze sopra specificate, è risultata comunque rispettosa del principio di concorrenza la cui tutela costituisce la ratio del principio di tipicità dei contratti pubblici; in questo senso l'aver esperito una procedura aperta ha messo tutti i potenziali interessati alla stipulazione del contratto nella condizione di partecipare ad armi pari alla competizione, facendo emergere – sotto questo profilo – una violazione di carattere prevalentemente formale;
- sotto altro profilo la procedura esperita dal Comune, invece, non rispetta tutte le prescrizioni in tema di concessioni di lavori, stante l'assenza, in particolare, di un'analisi di convenienza economica dell'operazione da parte dell'amministrazione; il Comune avrebbe dovuto, infatti, provvedere alla determinazione del potenziale valore della gestione dello stadio, alla stregua di quanto fatto per la stima del valore del diritto di superficie, nonché la presentazione, da parte del concorrente, di un piano economico-finanziario per la gestione dell'impianto, indispensabile per

la valutazione dei rischi dell'operazione di finanziamento e, quindi, dell'equilibrio economico-finanziario della concessione;

- il contratto sottoscritto non presenta, inoltre, i contenuti descritti dall'art. 115 del d.p.r. 207/2010; pur essendo previsto l'affidamento dei lavori da parte dell'aggiudicatario ai sensi del d.lgs. 163/2006, non è esercitato da parte del Comune un adeguato controllo sulla corretta esecuzione delle prestazioni demandate all'aggiudicatario, né è stato nominato un responsabile del procedimento in contrasto con quanto stabilito dall'art.10 del d.lgs. 163/2006;
- con riferimento alle considerazioni sopra effettuate circa il contratto posto in essere tra Comune di Udine e Udinese Calcio S.p.A., la posizione della Società è riconducibile di fatto a quella di concessionario di lavori pubblici, di cui all'art. 32, comma 1 lett. b) del Codice;
- l'affidamento diretto, da parte di Udinese Calcio S.p.A., dei lavori dei lotti I, II e III appare in contrasto con le disposizioni dell'art. 57, comma 2, lett. c) del d.lgs. 163/2006, ove impongono che l'estrema urgenza derivi da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti; tra l'altro non è stato effettuato un confronto concorrenziale, in contrasto con quanto stabilito dal comma 6 del medesimo articolo;
- l'avvenuto affidamento dell'incarico di direzione dei lavori e coordinamento dell'esecuzione dei lotti IV e VI appare in contrasto con quanto stabilito dall'art. 49, comma 5 del d.p.r. 207/2010;
- la nomina a responsabile del procedimento per Udinese Calcio S.p.A. di un dirigente comunale appare connotata da profili di incompatibilità; si ravvisa, inoltre, il contrasto della nomina con l'art. 10, comma 5 del d.lgs. 163/2006, ove questo prevede che il responsabile del procedimento per lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura deve essere un tecnico;
- si evidenziano, nell'operato dell'amministrazione comunale, elementi di incoerenza nell'avvio di lavori per adeguamento normativo per ottenimento del C.P.I. e agibilità dello stadio in concomitanza della procedura di cessione del diritto di superficie; inoltre, in relazione all'incarico di verifica della variante dei medesimi lavori si ravvisa il contrasto con le disposizioni di cui all'art. 11 del d.lgs. 163/2006 e la pubblicazione di informazioni inesatte sul sito del Comune;
- dispone l'invio della presente deliberazione ai soggetti interessati (Comune di Udine, nelle persone del sindaco e del Responsabile del Dipartimento Gestione del Territorio, delle Infrastrutture e dell'Ambiente, Udinese Calcio S.p.A., nelle persone del rappresentante legale e dei responsabili del procedimento) invitando gli stessi al rispetto delle disposizioni violate, nonché agli intervenuti nel procedimento o esponenti (A.T.P.S. "Area Progetto Stadio Friuli", Ordine degli Ingegneri provincia di Udine).

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 giugno 2015
Il Segretario, *Maria Esposito*

Documento formato pdf (206 Kb)