



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 25 DEL 17 gennaio 2019

OGGETTO: Istanza congiunta (per adesione successiva) di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Leoni Fausto e Comune di Velletri – Concessione per l'uso temporaneo del patrimonio forestale del Comune di Velletri. - Importo a base di gara euro 764.081,84. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Comune di Velletri

PREC 246/18/S

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al protocollo n. 62473 del 16 luglio 2018, l'operatore economico Fausto Leoni ha contestato la legittimità delle clausole dello schema di concessione (articoli 17 e 18) che prescrivono, rispettivamente, il versamento di una cauzione pari al 100% dell'ammontare dei canoni dovuti prima della firma del contratto e la sottoscrizione di una polizza assicurativa con i massimali non inferiori a euro 10.000.000,00 per lesioni a persone e danni a cose di terzi o della collettività entro quindici giorni dall'aggiudicazione. Ad avviso dell'istante il contratto sarebbe qualificabile come "appalto pubblico di concessione" – come la stessa stazione appaltante riconosce nel disciplinare di gara (cfr. paragrafo "Oggetto dell'appalto") – e, conseguentemente, rientrando nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 50/2016, in materia di garanzia definitiva dovrebbe trovare applicazione l'art. 103, comma 7, d.lgs. n. 50/2016. Quanto alla richiesta di copertura assicurativa pari al 100% dei canoni dovuti, secondo l'istante sarebbe contrastante con le disposizioni in materia di appalti pubblici nonché limitativa e lesiva dei principi della libera concorrenza.

A seguito della manifestazione di volontà della stazione appaltante di aderire all'istanza ai sensi dell'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso (prot. n. 99662/2018), l'avvio del procedimento è stato comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 101202 del 7 dicembre 2018. Nessuno dei soggetti coinvolti ha prodotto ulteriori memorie e documenti.

Ritenuto in diritto

La concessione per l'uso temporaneo del patrimonio forestale, dietro corresponsione di un canone all'amministrazione comunale è una concessione amministrativa avente ad oggetto l'uso di un bene pubblico.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale l'affidamento di concessioni amministrative aventi ad oggetto l'uso di beni pubblici (siano essi del demanio ovvero del patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni o dei Comuni) resta assoggettato al generale obbligo delle Amministrazioni - derivante dai fondamentali principi di diritto comunitario rinvenibili direttamente nel Trattato CE (libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, nonché principi di par condicio, imparzialità e trasparenza) - di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini della individuazione del



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

soggetto contraente (Consiglio di Stato 25 settembre 2009 n. 5765). In particolare è stato precisato che «alle concessioni di beni pubblici di rilevanza economica (...), poiché idonee a fornire una situazione di guadagno a soggetti operanti nel libero mercato, devono applicarsi i principi discendenti dall'art. 81 del Trattato UE e dalle Direttive comunitarie in materia di appalti, quali quelli della loro necessaria attribuzione mediante procedure concorsuali, trasparenti, non discriminatorie, nonché tali da assicurare la parità di trattamento ai partecipanti (TAR Campania, Napoli, VII, 9 luglio 2009, n. 3828; in termini, *ex multis*, Consiglio di Stato, 17 maggio 2011, n. 3250; Consiglio di Stato, sez. VI, 22 marzo 2011, n. 1747; Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2013, n. 873; TAR Lombardia Milano sez. IV 26 settembre 2014 n. 2401).

Resta tuttavia da verificare se la concessione di beni connessa alla prestazione di servizi, come nel caso in questione, possa dare luogo a un contratto pubblico, di appalto o di concessione, con conseguente obbligo dell'applicazione della disciplina dettata dal d.lgs. n. 50/2016 (e non solo dei principi dell'evidenza pubblica).

L'Autorità ha già rilevato (nel Parere sulla normativa del 15 febbraio 2013 con riferimento alle concessioni demaniali marittime) che le concessioni amministrative aventi ad oggetto beni demaniali o del patrimonio indisponibile possono essere serventi alla prestazione di un servizio alla collettività, e quindi configurare una concessione di servizi, quando l'utilizzo del bene si estrinseca nell'esercizio di un servizio pubblico, ciò in quanto dette concessioni si atteggiino a fattispecie complesse, in cui assumono rilievo non solo la messa a disposizione del bene pubblico, dietro corresponsione di un canone, ma anche gli aspetti convenzionali relativi all'attività di gestione e alla durata in funzione dell'equilibrio economico-finanziario dell'investimento. Più precisamente, la concessione di beni cela una concessione di servizi quando il bene pubblico avente una vocazione naturale ad essere impiegato in favore della collettività per attività di interesse generale e avente una struttura e una destinazione idonee a generare flusso di cassa è affidato in gestione al concessionario sul quale è traslato il rischio operativo in quanto da tale gestione trae la propria remunerazione, a fronte del pagamento di un canone da versare al concedente stabilito in funzione della previsione del consolidamento dei guadagni nell'arco temporale di riferimento (TAR Lombardia, 1° dicembre 2017, n. 2306 e anche TAR Lazio, 13 giugno 2017, n. 6985).

Nel caso in esame, il Comune di Velletri intende cedere per dieci anni l'uso del patrimonio forestale del Comune riconoscendo al concessionario lo sfruttamento economico del bene consistente nel ricavato della vendita del legname (art. 1 Schema di concessione). A fronte di ciò, il concessionario è tenuto al pagamento di un canone e alla prestazione di una serie di servizi e, probabilmente di lavori, consistenti essenzialmente nel servizio di vigilanza boschiva (art. 10), nel servizio antincendi boschivi (art. 11) e nella manutenzione ordinaria e straordinaria della viabilità principale e secondaria (art. 12).

Il patrimonio boschivo non si atteggia come bene naturalmente destinato ad essere impiegato per attività di interesse generale e dalla documentazione versata in atti emerge che i servizi di cui il



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

concessionario è incaricato non consistono (se non indirettamente) nello svolgimento di attività a favore della collettività ma attengono sostanzialmente alla manutenzione del bene.

La fattispecie delineata dalla stazione appaltante non pare presentare i caratteri precipui della concessione di servizi in quanto la remunerazione del concessionario non deriva dal prezzo pagato dagli utenti dei servizi ma dalla vendita del legname che, secondo quanto prospettato dalla stazione appaltante nella legge di gara, non parrebbe esposta al rischio operativo tipico della concessione - intendendosi tale quello in cui, in condizioni operative normali, non è garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi oggetto della concessione (art. 3, comma 1, lett. zz), d.lgs. n. 50/2016) - poiché i ricavi stimati della vendita del legname, indicati dalla stazione appaltante, coprono ampiamente le spese di gestione e paiono soggetti al normale rischio di impresa dell'appaltatore.

Esclusa quindi la configurabilità di una concessione di servizi, deve tuttavia rilevarsi che i servizi di vigilanza boschiva e antincendi boschivi e la manutenzione ordinaria e straordinaria della viabilità principale e secondaria, posti a carico del concessionario del bene, costituiscono servizi (e lavori) prestati da un operatore economico a favore di un'amministrazione aggiudicatrice, sulla base di un rapporto contrattuale, a fronte di un corrispettivo costituito non da un prezzo in danaro ma dal diritto di sfruttare economicamente il bene (attraverso la vendita del legname). Come già rilevato dall'Autorità nella determinazione n. 4 del 2 aprile 2008, «il carattere oneroso della prestazione deve ritenersi sussistere in qualunque caso in cui, a fronte di una prestazione, vi sia il riconoscimento di un corrispettivo che può essere, a titolo esemplificativo, in danaro, ovvero nel riconoscimento del diritto di sfruttamento dell'opera (concessione) o ancora mediante la cessione in proprietà o in godimento di beni. In altri termini, il vantaggio economico in cui consiste la causa del negozio non deve obbligatoriamente essere limitato ad una corresponsione in danaro, ma ben può consistere in un riconoscimento di diritti suscettibili di valutazione economica». Ciò posto, pare di potersi affermare che il rapporto sinallagmatico tra il Comune e il concessionario sotteso alla concessione del bene, in forza del quale la prestazione di servizi da parte del privato ha come contropartita il riconoscimento in suo favore di una *utilitas*, configuri un appalto pubblico secondo la definizione fornita dall'art. 3, comma 1, lett. ii), d.lgs. n. 50/2016. Ovvero, il concessionario del bene è anche un appaltatore e va quindi selezionato - come correttamente ha fatto la stazione appaltante - applicando la disciplina dettata dal d.lgs. n. 50/2016. La stessa disciplina dovrebbe tuttavia essere applicata anche alla fase esecutiva delle prestazioni oggetto dell'appalto; in materia di garanzia definitiva e polizza assicurativa contro la responsabilità civile per danni causati a terzi nel corso dell'esecuzione dovrebbe quindi trovare applicazione l'art. 103 del d.lgs. n. 50/2016, come peraltro previsto espressamente, almeno per quanto riguarda la garanzia definitiva, dal disciplinare di gara (*cfr.* paragrafo "Aggiudicazione dell'appalto e stipula della concessione"). Ne consegue che gli articoli 17 e 18 della bozza di concessione, in quanto contrastanti con la disciplina del d.lgs. n. 50/2016 e, per quanto concerne la garanzia definitiva, anche con il disciplinare di gara, non sono conformi alla disciplina applicabile alla fattispecie in esame.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, che gli articoli 17 e 18 della bozza di concessione non sono conformi alla disciplina normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 gennaio 2019

Il segretario Maria Esposito