



omissis

UVCP prot. n. 38991/2022

(da citare nelle comunicazioni)

Oggetto: Esposto sull'affidamento in concessione temporanea di immobili di proprietà comunale ad uso impianto sportivo in favore della società S. - Nota di definizione semplificata ai sensi dell'art. 21 del Regolamento di vigilanza del 04.07.2018

Si rappresenta che l'Ufficio, esaminati gli atti relativi alla segnalazione prot. ANAC n. 38991 del 20.05.2022, trasmette la presente nota di definizione ai sensi dell'art. 21 del Regolamento di vigilanza del 04.07.2018.

Ritenuto in fatto e in diritto

In data 20.05.2022 è stato acquisito al protocollo n. 38991 dell'Autorità un esposto in cui sono state segnalate presunte irregolarità nell'affidamento in oggetto disposto da codesto Comune, con delibera consiliare n. 25 del 09.05.2022, in favore della società S., alla quale era stata già concessa l'area in questione in diritto di superficie per la realizzazione e gestione di un centro sportivo, per anni 30, con delibera consiliare n.198 del 12.12.1991 e successiva convenzione rep. n. 4115 del 24.03.1992.

Nello specifico, l'esponente contesta il mancato ricorso alle procedure di evidenza pubblica nonché l'assenza, in capo alla S., di un titolo legittimante la disponibilità degli immobili nel periodo compreso tra il 23.03.2022 (data di scadenza della concessione trentennale stipulata nel 1992) e il 09.05.2022 (data di adozione della delibera n. 25/2022), considerato che alla delibera n. 48 del 26.10.2021 di proroga di 18 mesi della concessione in esame non ha fatto seguito la stipula notarile della relativa convenzione entro la data di scadenza del 23.03.2022.

Con nota prot. ANAC n. 50575 del 22.06.2022, al fine di valutare la sussistenza di margini di intervento dell'Autorità, sono state richieste informazioni all'Amministrazione in indirizzo, ai sensi dell'art. 13, comma 4, del Regolamento di Vigilanza, in merito alla criticità suesposta.

In data 15.07.2022 è pervenuto il riscontro prot. ANAC n. 58275 della stazione appaltante alla richiesta di informazioni prot. ANAC n. 50575/2022 del 22.06.2022, in cui, in particolare, è stato precisato che *"l'affidamento temporaneo a S., con caratteristiche strettamente e rigorosamente transitorie, pur sotto forma di nuovo provvedimento, si ponga di fatto in continuità con l'affidamento originario di cui alla delibera 198/1991 e successiva convenzione rep. n. 4115 del 1992"*.



Ciò premesso, dalla documentazione in atti risulta che **con delibera consiliare n. 198 del 12.12.1991** il Comune di P. concedeva in diritto di superficie l'area sita all'interno del parco T. (individuata catastalmente al Fg. 29, mapp. 70) alla società S. per la realizzazione e successiva gestione di un centro sportivo, basato prevalentemente sull'attività tennistica e di calcetto, con annessi servizi di ristoro. In data **24.03.1992** veniva stipulata con la predetta società la **convenzione rep. n. 4115**, avente una durata di anni 30, con scadenza fissata al 23.03.2022 (cfr. art. 4) e con possibilità di rinnovo su richiesta del concessionario (cfr. art. 11). In particolare, con la convenzione in esame il concessionario si impegnavo a gestire corsi di tennis e di calcetto con modalità e costi da definirsi annualmente con l'autorità comunale (art. 9), a rendere disponibile una sala riunioni con società convenzionate con l'Amministrazione comunale a un prezzo concordato con la stessa, a provvedere alla manutenzione ordinaria e straordinaria del compendio, anche in termini di adeguamento alle prescrizioni di legge (artt. 6 e 9-bis).

A fronte delle richieste di proroga di 24 mesi della convenzione rep. n. 4115/1992 avanzate dalla società S. con le note prot. n. 64310/2020 e n. 54112/2021, per problematiche connesse all'emergenza epidemiologica da covid-19 e per la necessità di ammortizzare i costi sostenuti per interventi di manutenzione straordinaria e di messa in sicurezza, **con delibera consiliare n. 48 del 26.10.2021** veniva disposta in favore della predetta società una proroga contrattuale di 18 mesi, con scadenza posticipata al 23.09.2023.

Alla citata delibera n. 48/2021 non ha fatto, però, seguito la stipula della nuova convenzione in proroga con la società S., entro la data di scadenza della concessione rep. n. 4115/2021, avendo detta società proposto ricorso straordinario al Capo dello Stato per l'annullamento in parte qua di detta delibera, per la disposta riduzione a 18 mesi della proroga richiesta di 24 mesi e per la mancata attivazione preventiva da parte del Comune della clausola di rinnovo di cui all'art. 11 della Convenzione, avendo il Comune manifestato l'intenzione di addivenire, al termine del periodo di proroga, all'individuazione di un nuovo gestore mediante procedure ad evidenza pubblica.

Con delibera giuntale n. 67 del 21.04.2022 e successiva delibera consiliare n. 25 del 9.05.2022 è stata disposta la composizione bonaria della controversia - proposta dalla società concessionaria con nota prot. n. 22792 dell'11.04.2022 - con sottoscrizione da parte del Comune di P. e di detta società di un accordo transattivo, avente ad oggetto la rinuncia da parte della società S. alla prosecuzione del ricorso promosso innanzi al Capo dello Stato e concessione da parte della stazione appaltante del compendio in esame sino alla fine della stagione sportiva 2022-2023, e quindi, sino al 31.08.2023, con possibilità di una proroga contrattuale ove, alla data del 30.09.2023, le procedure di individuazione del nuovo affidatario non si siano concluse.

Con riferimento alle vicende in esame si rappresenta quanto segue.

Occorre preliminarmente rilevare che l'affidamento in esame, oggetto dell'accordo transattivo di cui alla delibera consiliare n. 25/2022, rientra nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n.



50 del 2016), in quanto avente ad oggetto la gestione di un centro sportivo presumibilmente con rilevanza economica - in considerazione delle attività/servizi ivi svolti ai sensi dei suindicati artt. 9 e 9-bis della convenzione rep. n. 4115/1992 – qualificabile, pertanto, alla stregua di una concessione di servizi (*cf. delibera ANAC 14 dicembre 2016, n. 1300*), con conseguente applicabilità della disciplina contenuta nella parte III e delle disposizioni di cui alle parti I e II del Codice, per quanto compatibili, in virtù del rinvio operato dall'art. 164, comma 2, del D. Lgs. n. 50 del 2016.

Ciò premesso, si rileva sin da subito **un operato della stazione appaltante non conforme alla normativa di settore nell'adozione dell'impugnata delibera di proroga n. 48/2021 e delle successive delibere n. 67/2022 e n. 25/2022** di composizione bonaria della controversia mediante stipula di un accordo transattivo con la S., in cui è stato sostanzialmente convenuto un prolungamento della durata iniziale della concessione sino al 31.08.2023, con possibilità di proroga sino al completamento della procedura di scelta del nuovo gestore.

Si evidenzia, anzitutto, che dalla documentazione in atti risulta che la società concessionaria, con le istanze avanzate con le suindicate note prot n. 64310/2020 e n. 54112/2021 - che hanno originato la delibera di proroga n. 48/2021, la conseguente impugnazione della stessa con ricorso al Capo dello Stato nonché la successiva delibera n. 25/2022 di definizione della controversia mediante accordo transattivo - richiedeva **una proroga contrattuale** - istituito diverso dal rinnovo di cui all'art. 11 della convenzione in esame - **di 24 mesi, non prevista nella convenzione rep. n. 4115/1992.**

Ne discende, pertanto, che con la delibera n. 48/2021, oggetto della controversia poi transatta con la delibera in esame n. 25/2022, il Comune ha disposto una proroga della concessione in essere non legittima, stante l'insussistenza dei presupposti per il ricorso all'istituto in esame, alla luce anche dei rilievi espressi dell'Autorità. La convenzione rep. n. 4115/1992 non prevedeva, infatti, la possibilità di disporre una proroga contrattuale della concessione in essere, bensì solo la facoltà di rinnovo della concessione, su richiesta della società concessionaria (art. 11).

Come è noto, infatti, in materia di proroga dei contratti pubblici non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti in quanto vige il principio inderogabile, fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'Amministrazione una volta scaduto il contratto deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara (*cf. Consiglio di Stato, Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4192; nello stesso senso, Sez. V, 2 febbraio 2010, n. 445; Sez. V, 8 luglio 2008, n. 3391*).

Si osserva, inoltre, che l'Autorità ha più volte evidenziato il carattere di eccezionalità e di temporaneità della proroga tecnica, strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro, individuando i confini applicativi dell'istituto in esame, e restringendo tale possibilità a casi limitati ed eccezionali nei quali, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento, con le ordinarie procedure, di



un nuovo contraente, a condizione però che la nuova gara sia stata già avviata al momento della proroga (Parere Anac AG n. 33/2013) e l'opzione di proroga tecnica sia stata prevista nell'originario bando di gara e di conseguenza nel contratto di appalto (*ex multis, deliberazioni Anac n. 576/2021; 7/2011; 263/2018, n. 384/2018, n. 536/2020, n. 147/2021, n. 175/2021, n. 576/2021, n. 591/2021; in giurisprudenza, Consiglio di Stato, sez. V, n. 2882/2009 e n. 2151/2011*).

Ciò posto, si precisa, altresì, che, ai sensi dell'art. 208 del D. Lgs. n. 50 del 2016, lo strumento della transazione, mutuato dal codice civile (art. 1965), può essere utilizzato dall'Amministrazione solo ed esclusivamente al fine di dirimere controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, nell'ipotesi in cui non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale, e previo parere di un legale interno alla struttura o del funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso, nel caso di concessioni di valore superiore a 100.000 € disposte da enti locali.

Tra l'altro, l'Amministrazione, nel concludere una transazione, non si trova nella stessa posizione del privato, indi per cui, come precisato dalla giurisprudenza, il ricorso a tale strumento implica che il procedimento di formazione della volontà contrattuale della p.a. non si svolge integralmente ed esclusivamente sul piano del diritto privato, articolandosi invece in due serie di atti, la prima (c.d. serie negoziale) costituita da atti civilistici, la seconda (c.d. serie procedimentale), composta da atti amministrativi, sindacabili da parte del giudice amministrativo (*Cons. Stato, Sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6471*).

In generale, si evidenzia che **la transazione nei contratti pubblici non può rappresentare un strumento per eludere le norme inderogabili contenute nel codice dei contratti pubblici** (*Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2015, n. 1778*); essa perciò è possibile solo nella misura in cui il rapporto contrattuale, pur modificato o integrato a seguito delle reciproche concessioni, mantenga la sua struttura originale, e cioè sia tale da non prevedere prestazioni nuove e diverse rispetto a quelle originariamente pattuite.

In particolare, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare **che da una transazione non può mai derivare un nuovo affidamento senza gara dello stesso servizio, lavoro o fornitura, così come un prolungamento della durata originaria**, essendo infatti indiscutibile che la transazione debba svolgersi in relazione a diritti disponibili delle parti e non consente di derogare alle disposizioni cogenti fissate dal codice dei contratti (*Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2010, n. 445*).

Da quanto esposto emerge con evidenza **un uso distorto da parte del Comune dello strumento di cui al citato art. 208 del D. Lgs. n. 50 del 2016**, considerato che **con la delibera consiliare n. 25 del 09.05.2022**, adottata successivamente alla scadenza (**23.03.2022**) della convenzione rep. n. 4115/1992 al fine di transigere la controversia con la S., è stato sostanzialmente disposto un nuovo affidamento diretto della concessione in esame in favore del medesimo operatore economico e a sanatoria, tra l'altro, di un servizio già in parte espletato, in violazione della disciplina normativa di settore. Nella delibera consiliare n. 25/2022 si precisa, infatti, che l'affidamento temporaneo in questione viene disposto al fine di "evitare



frazionamenti e sospensioni dell'esercizio dell'attività, e sino alla fine della stagione sportiva 2022/2023 e quindi sino al 31.08.2023.

A tal proposito, si evidenzia che negli artt. 3 e 4 della convenzione rep. n. 4115/1992 si prevedeva una *"durata della gestione pari alla durata della concessione"* fissata in anni 30 e, come detto, solamente la possibilità di disporre un rinnovo della concessione su richiesta della concessionaria.

Tra l'altro, detta delibera n. 25/2022 è stata adottata al fine di definire la controversia originata dall'adozione della precedente delibera n. 48/2021, con cui era stata disposta, su richiesta della società concessionaria, una proroga non consentita - per le ragioni suesposte - della concessione rep. n. 4115/1992.

Nell'affidamento diretto in esame in favore della società S. si riscontra, pertanto, **una violazione del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti sancito nell'art. 36, comma 1, del D. Lgs. n. 50 del 2016**, secondo cui *[[l]affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese"*.

Detto principio comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento.

Difatti, come precisato nelle linee guida n. 4 approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26.10.2016 e dalla giurisprudenza in materia (*ex multis, Consiglio di Stato, sez V, n. 2525/2022, n. 2292/2021, n. 2079/2018, n. 5854/2017*), l'affidamento o il reinvio al contraente uscente assume carattere eccezionale e, in quanto tale, deve essere sorretto da un **onere motivazionale stringente**, alla stregua del quale la stazione appaltante dovrebbe quantomeno illustrare le ragioni per cui non risultano alternative praticabili al nuovo affidamento al precedente operatore economico, facendo, in particolare, riferimento al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento.

La stazione appaltante è, quindi, tenuta a ruotare gli operatori economici cui affidare direttamente il contratto, al fine di evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore

Nella delibera di affidamento n. 25/2022 si ravvisa, inoltre, **una violazione della disposizione di cui all'art. 167 del Codice dei contratti pubblici**, stante la mancata indicazione del **valore stimato della concessione** (art. 167 del Codice dei contratti pubblici), **determinante** per identificare la procedura di affidamento cui ricorrere - avuto riguardo alle soglie di cui all'art. 35 e all'art. 36, comma 1, lettere *a)* e *b)*, del Codice alla



luce delle modifiche apportate dall'art. 1, comma 2, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 – e, **nel caso in esame, per giustificare il ricorso all'istituto dell'affidamento diretto** di cui al citato art. 36, comma 1, lett. *a*), del Codice.

Alla luce delle superiori considerazioni si rileva un operato della stazione appaltante non conforme alla disciplina normativa di settore nella proroga contrattuale originariamente concessa con la delibera n. 48/2021, nonché nell'affidamento diretto della concessione in esame disposto in favore del medesimo operatore economico, la società s. che ha, di fatto, consentito a detta società di beneficiare di un prolungamento di oltre 1 anno della durata iniziale del rapporto instaurato con la convenzione rep. n. 4115/1992.

Tutto ciò rappresentato, l'Ufficio dispone la chiusura dell'istruttoria ai sensi dell'art. 21 del vigente Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, osservando quanto segue:

- si rileva un operato della stazione appaltante non conforme alla normativa di settore (artt. 30, 36 e 167 del D.Lgs. n. 50 del 2016) nella proroga contrattuale disposta con delibera n. 48/2021 e nell'affidamento diretto della concessione in esame in favore del medesimo operatore economico di cui alla delibera consiliare n. 25/2022;
- si rileva un uso distorto dello strumento della transazione di cui all'art. 208 del D. Lgs. n. 50 del 2016;
- si richiede alla stazione appaltante di comunicare, entro il termine di 45 giorni dalla ricezione della presente nota di definizione, le decisioni già assunte o che intende assumere ai fini dell'avvio di una procedura di evidenza pubblica per l'individuazione del nuovo gestore del compendio in esame, a far data dal giorno 01.09.2023.

Si raccomanda, per il futuro, alla stazione appaltante di agire nel rispetto della normativa di riferimento (D. Lgs. n. 50/2016).

Il Dirigente

v.lp

Ilario Sorrentino