



Delibera n 194 del 3 maggio 2023

Fascicolo 3122/2018

Oggetto

Comune di *omissis* – Affidamento in concessione dello stadio comunale *omissis*

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

Vista la L. 11 febbraio 1994, n. 109;

visto il D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

visto il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

visto il “*Regolamento sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*” del 4.7.2018 (pubblicato nella GURI – S.G. n. 241 del 16.10.2018);

viste le note istruttorie acquisite nell’ambito del procedimento di vigilanza in oggetto.

CONSIDERATO IN FATTO

1. PREMESSA

Nelle date del 13 e 14 ottobre 2022 l’Autorità ha svolto una ispezione presso la sede del Comune di *omissis*, al fine di approfondire le criticità sollevate con segnalazione anonima in relazione alla concessione in uso ventennale dello stadio comunale *omissis* di *omissis* alla Società *omissis*, per un importo pari ad 1 euro per ciascuna stagione sportiva. Più nello specifico, con il predetto esposto è stata contestata la legittimità del suddetto affidamento, avvenuto, secondo quanto riferito dall’esponente, in assenza di gara e per un corrispettivo del tutto simbolico; l’esponente ha poi riferito che una serie di disposizioni contenute nella convenzione stipulata tra il Comune di *omissis* e la società affidataria sarebbero state inserite ad esclusivo vantaggio del concessionario.

Dalle verifiche espletate nel corso dell’attività ispettiva, nonché dalla documentazione trasmessa successivamente dalla Stazione Appaltante, sono emerse criticità rispetto alla normativa di riferimento, che sono state contestate all’Ente comunale (e, per conoscenza, alla società sportiva concessionaria) tramite apposita **Comunicazione di risultanze istruttorie** ex art.

20 del vigente regolamento di vigilanza (prot. U. n. 105165 del 15.12.2022), in conformità al deliberato consiliare del 7 dicembre 2022.

La nota è stata riscontrata in data 16.1.2023 dal concedente e in data 17.1.2023 dal concessionario; nel fornire le citate memorie, le parti hanno espresso l'esigenza di comparire in audizione innanzi al Consiglio per esporre meglio i presupposti delle scelte compiute nell'affidamento in esame, nonché le possibili soluzioni a superamento dei rilievi contenuti nella nota di risultanze istruttorie.

Pertanto, In data 1.2.2023 si è svolta **l'audizione** di entrambe le parti, innanzi al Consiglio dell'Autorità; il concedente ha poi trasmesso ulteriore documentazione in data 2.2.2023, mentre la concessionaria ha inviato memorie conclusive in data 27.2.2023.

2. GLI ESITI DELL'ATTIVITÀ ISPETTIVA

All'esito dell'attività ispettiva e dell'esame della documentazione successivamente trasmessa dal Comune concedente è stato possibile ricostruire l'evoluzione fattuale dell'affidamento in concessione dello stadio comunale *omissis* alla società sportiva *omissis*.

Il Comune di *omissis* ha chiarito anzitutto che l'affidamento del bene oggetto di concessione prosegue sin dal 2002, in virtù di un primo affidamento diretto e di successivi rinnovi di convenzione susseguitisi nell'ultimo ventennio; con particolare riferimento al rinnovo anticipato disposto nell'anno 2017, è stato specificato che questo si è reso necessario al fine di trasferire all'operatore economico anche gli oneri straordinari derivanti da migliorie e/o riparazioni dell'immobile, in considerazione dell'avvenuta promozione in serie B della *omissis*. Nel vigore della precedente Convenzione avente efficacia dal 2009, infatti, erano attribuiti all'operatore economico i soli oneri connessi alla manutenzione ordinaria della struttura, mentre quelli straordinari erano di competenza del comune concedente.

Nella stessa ottica di ripartire diversamente gli oneri di concessione e su richiesta dello stesso concessionario, il comune aveva bandito nell'anno 2018 un avviso di asta pubblica per la concessione del diritto di superficie sulla struttura pubblica per 99 anni; tale avviso, tuttavia, è stato sospeso nelle more di ricevere l'annunciata visita ispettiva da parte dell'Autorità e a causa della pandemia da Covid-19.

Nella stessa logica si pone la successiva manifestazione di interesse, da parte della *omissis*, di acquistare la struttura, in considerazione dell'avvenuta promozione alla serie A del campionato calcistico. Sul punto, poiché l'attività connessa alla gestione dello stadio comunale non rientra nel *core business* dell'ente locale, in sede ispettiva la stazione appaltante ha manifestato espressamente l'intenzione di vendere il suddetto bene, previa adozione di una procedura ad evidenza pubblica; sono state illustrate, pertanto, le procedure propedeutiche alla vendita dell'immobile seguite dal Comune, quali la perizia tecnica di stima del bene e l'inserimento dello stesso nel piano delle alienazioni immobiliari.

In relazione ad alcune specifiche clausole della concessione attualmente in vigore, è stato poi chiarito che il canone posto a base di concessione è meramente simbolico, atteso che la reale controprestazione offerta dalla *omissis* consiste nella manutenzione e gestione del bene, per la

quale il Comune sarebbe impossibilitato a provvedere, stante l'assenza di adeguate risorse umane e finanziarie. È stato poi precisato che, nell'adozione della successiva Convenzione, sono stati utilizzati modelli precedenti contenenti la stessa clausola di rinnovo anticipato e che si tratta, pertanto, di un mero refuso; in ogni caso, è stato dato atto che eventuali ulteriori rinnovi della concessione tra le parti avrebbero avuto luogo in forma espressa, nei termini consentiti dalla normativa vigente.

In relazione alla clausola contenuta nell'art. 6 (obbligo di rimborso alla *omissis*, da parte del terzo eventuale acquirente dello stadio, delle spese da questa sostenute in caso di vendita del bene a soggetti terzi) è stato chiarito che si tratta di una disposizione di fatto mai attuata e che, prima di procedere alla vendita del bene, il Comune avrebbe provveduto alla revoca della convenzione recante detta disposizione, con riserva di regolare i rapporti economici con la concessionaria in separata sede.

Infine, in relazione ai lavori eseguiti dal concessionario e a quelli affidati a terzi sin dalla vigenza della convenzione del 2002, all'esame della documentazione trasmessa dal comune concedente (con particolare riferimento ai protocolli di intesa stipulati con la concessionaria nel 2009) è emerso che, in relazione ai lavori affidati alla concessionaria nel periodo 2008 – 2012, durante il quale erano attribuiti all'ente gli oneri di manutenzione ordinaria e straordinaria, il comune ha espletato solo alcune verifiche sommarie; analogamente, in relazione ai lavori esternalizzati nel 2022 dalla società affidataria, nel vigore della convenzione attualmente vigente, che attribuisce a quest'ultima gli oneri di manutenzione straordinaria, la concessionaria ha comunicato di non aver espletato procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione e selezione dei terzi affidatari, ritenendo non applicabile il codice dei contratti.

3. LA COMUNICAZIONE DI RISULTANZE ISTRUTTORIE, L'AUDIZIONE E LE CONTRODEDUZIONI DELLE PARTI

Sulla base della esposta ricostruzione, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 7.12.2022, ha disposto la trasmissione della **comunicazione di risultanze istruttorie** prot. U ANAC n. 105165 del 15.12.2022, adottata ai sensi dell'art. 20 del Regolamento di Vigilanza ANAC del 4.7.2018, al concedente comune di *omissis*, alla società concessionaria *omissis*.

Con tale provvedimento, sono state formalizzate alle parti le seguenti violazioni del codice dei contratti e, più in generale, del principio di concorrenza:

- 1) affidamento disposto in assenza di gara o altra procedura di selezione pubblica alla società *omissis*, protrato nel tempo attraverso plurime illegittime clausole di rinnovo;
- 2) previsione del canone concessorio di 1 euro/anno;
- 3) illegittimità della previsione anticoncorrenziale, contenuta nelle varie convenzioni, di obbligare l'eventuale terzo acquirente del bene al rimborso delle spese *medio tempore* sostenute dalla concessionaria;
- 4) inosservanza delle norme codicistiche, specialmente di quelle relative all'esecuzione e alla selezione del contraente, in relazione ai lavori affidati dal comune alla concessionaria e da questi a terzi.

Nel termine assegnato per i riscontri, sono pervenute **due memorie di controdeduzioni alla C.R.I.**, rispettivamente da parte del Comune di *omissis* (**prot. n. 3475 del 16.01.2023**) e della *omissis* (**prot. n. 3566 del 17.01.2023**). Nel fornire le citate memorie, le parti hanno poi espresso l'esigenza di comparire in audizione innanzi al Consiglio dell'Autorità per esporre meglio i presupposti delle scelte compiute nell'affidamento in esame, nonché le possibili soluzioni a superamento dei rilievi contenuti nella nota di risultanze istruttorie; l'Audizione innanzi al Consiglio si è svolta su piattaforma teams in data 1 febbraio 2023.

A seguito delle audizioni, sono stati forniti dal Comune e dalla *omissis* delle **memorie integrative e ulteriori documenti a sostegno di quanto dichiarato** (acquisite a prot. nn. 9377 del 2.02.2023 e 16056 del 27.02.2023).

Con le citate **controdeduzioni è stato sostanzialmente dedotto quanto segue:**

- 1) in riferimento all'affidamento diretto della concessione, il comune ha richiamato l'art. 63 co. 2 lett. b) del d. lgs. n. 50/2016, ovvero l'assenza di soluzioni alternative ragionevoli, che avrebbe giustificato l'individuazione della *omissis* quale unico possibile concessionario, in assenza di gara. Secondo l'Ente, infatti, *"la gestione di uno stadio ha delle peculiarità, tra le quali spicca il collegamento storico con la squadra che da sempre rappresenta, in via esclusiva, la città nel panorama calcistico. Da tale situazione di fatto deriva la motivazione a base della "naturale" scelta- peraltro resa pubblica in una logica di massima trasparenza- di affidare la gestione dello stadio alla omissis"* (v. memoria prot. 3575/2023).

Il comune ha poi sostenuto che, poiché la concessione in esame ha imposto, nel corso degli anni, la realizzazione di interventi di adeguamento assai consistenti derivanti dal passaggio di categoria della squadra calcistica, solo la società legata da sempre alla cittadinanza avrebbe potuto farsi carico di tali incumbenti; in questa prospettiva, qualunque gara pubblica eventualmente bandita sarebbe andata certamente deserta.

- 2) Sul canone concessorio estremamente irrisorio di un euro/anno, l'ente concedente ha specificato che lo stesso trova fondamento nell'esigenza di garantire la presenza di un gestore dello stadio, atteso che tutte le piccole società calcistiche non ricavano dalla citata attività introiti tali da rappresentare un vantaggio significativo a fronte degli oneri collegati al mantenimento della struttura. Dai dati della società, infatti, risulta che a *omissis* la media degli spettatori delle ultime quindici stagioni sportive è pari a 1.825 utenti, i ricavi medi dal bar pari ad € 15.870,00 e gli introiti pubblicitari medi dei cartelloni pari ad € 71.235,00 (al netto del noleggio dei Led); a detta del comune, sussiste pertanto una sproporzione tra i costi di gestione e i ricavi che uno stadio di provincia può garantire.

Dal canto suo, la *omissis* ha evidenziato che il canone non rappresenta certamente l'unica obbligazione gravante sulla società, atteso che sono ingentissimi gli oneri di manutenzione dell'infrastruttura a suo carico, soprattutto in considerazione dello stato in cui versava la struttura sportiva all'atto della stipula della convenzione originaria, nel 2002. Nello specifico, i costi sono aumentati in maniera esponenziale con il passaggio alla categoria superiore da parte della società sportiva (promozione in serie B nella stagione 2017/2018 e in serie A nella presente stagione) e la conseguente necessità di adeguare la struttura agli standard di riferimento. La società ha inoltre precisato che i citati costi non vengono

compensati dai ricavi derivanti dalla gestione, poiché lo stadio è aperto al pubblico solo durante le partite di calcio, e di non ricavare profitti aggiuntivi rispetto a quelli provenienti dalla gestione della squadra. Le uniche attività commerciali sono i bar operanti nei quattro settori dello stadio, aperti durante le partite, e gestiti da una ditta esterna che riconosce alla *omissis* un canone forfettario, variato negli anni e pari, ad oggi, all'importo di circa € 50.000,00 annui.

- 3) Sulla previsione nella convenzione (art. 6) di una clausola di rimborso al concessionario delle spese sostenute in caso di vendita, con la nota integrativa acquisita al prot. n. 9377 del 2.2.2023, il Comune ha specificato che la stessa verrà disapplicata al momento dell'eventuale vendita dell'immobile, precisando che ogni eventuale pendenza tra Comune e concessionaria collegata alla suddetta previsione e, in particolare, alla sua disapplicazione, sarà gestita in separato percorso.
- 4) Quanto, infine, ai controlli della stazione appaltante sull'esecuzione del contratto e sugli affidamenti di lavori dal concessionario a soggetti terzi, il Comune ha rappresentato che solo una parte minimale degli interventi effettuati sull'immobile è riconducibile al rapporto convenzionale (e pertanto, sottoposto all'applicazione del codice dei contratti); la maggior parte dei lavori svolti, invece, non rientra negli obblighi gravanti sul concessionario in virtù della convenzione, applicandosi invece l'art. 32, co. 1, lett. d) del d.lgs. 163/2006. La società sportiva, dal canto suo, ha precisato che l'espletamento dei lavori al di fuori dei controlli del concedente è imputabile alla ristrettezza dei tempi disponibili per l'adeguamento dello stadio agli standard della categoria superiore, conseguenti alla promozione in serie B prima e in serie A dopo, il che ha impedito l'attivazione di procedure ad evidenza pubblica per la selezione dei terzi affidatari dei lavori.

CONSIDERATO IN DIRITTO

4) Sulla base della esposta ricostruzione in fatto e dell'istruttoria condotta si formulano le seguenti osservazioni.

4.1) Criticità connesse all'affidamento diretto in concessione alla *omissis* e alle varie clausole di rinnovo

Dalla complessiva istruttoria condotta è emerso che l'affidamento in gestione dello stadio "*omissis*" alla società sportiva *omissis* è frutto di un affidamento diretto che prosegue, ancora oggi, sin dal 2002¹, ed è stato oggetto di più rinnovi nel corso dell'ultimo ventennio. L'amministrazione comunale, infatti, ha concesso la gestione in uso dello stadio comunale, nonché le parti accessorie ed i locali costituenti la proprietà immobiliare, alla citata società senza

¹ L'originaria convenzione di affidamento è stata adottata con determinazione dirigenziale n. 1531/43712 del 5.09.2002.

esperire alcuna gara o altra procedura di selezione pubblica e, nel corso degli anni, ha provveduto a rinnovarla sempre nei confronti del medesimo gestore- società *omissis*.²

Attualmente, la concessione alla *omissis* trova fondamento nella delibera del Consiglio Comunale del 23.10.2017 e nella allegata convenzione dalla durata ventennale, che ha previsto il rinnovo anticipato della precedente concessione e ne ha fissato la nuova scadenza al 30 giugno 2037.

Sul punto, l'ente concedente ha precisato che nell'ottobre 2017 è stato disposto il rinnovo anticipato della concessione (in luogo della originaria scadenza del 30 giugno 2018) in considerazione della promozione in Serie B della società calcistica per il campionato 2017-2018 e di tutti i conseguenti interventi di manutenzione dello stadio che si sono resi necessari per adeguare le strutture agli standard imposti dalla categoria. Del resto, nello stesso atto di concessione si specifica (v. p. 4 delle *premesse*) che *"dal mese di luglio 2017 sono iniziati importanti lavori di miglioramento per il confort degli spettatori, in particolare la copertura della curva sud, ed il completo rifacimento del settore distinti e relativa copertura, adeguamento di tutti gli impianti di sicurezza richiesti anche dalle Autorità di Pubblica Sicurezza [...]"* e che *"la omissis si impegna a sostenere le spese di manutenzione straordinaria nonché quelle relative agli interventi necessari per l'adeguamento dello stadio comunale "omissis" agli standard previsti dalla categoria di appartenenza[...]"* (art. 6 atto di concessione).

Emerge dunque che, nel corso dell'ultimo ventennio, l'amministrazione ha garantito in via esclusiva alla *omissis* l'utilizzo e la gestione dello stadio comunale, procedendo di volta in volta a rinnovare la concessione senza alcuna apertura al mercato, così garantendo al concessionario indiscussi vantaggi economici, anche in considerazione del valore estremamente esiguo del canone concessorio richiesto (pari a 1 euro/anno). L'affidamento di cui si tratta, infatti, è pacificamente remunerativo per il concessionario: lo stesso, da oltre vent'anni, è in grado di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente l'impianto, con conseguente diritto a percepire tutte le entrate derivanti dall'applicazione delle tariffe sulle attività espletate, nonché quelle derivanti dallo sfruttamento pubblicitario e dai ricavi per l'attività di bar/ristorazione presso il locale a ciò destinato. Il concessionario, dunque, ha sempre incamerato i ricavi della gestione ottenuti mediante i corrispettivi economici imposti all'utenza.

Pertanto, integrando la gestione dello stadio un servizio a rilevanza economica di interesse generale, **la normativa di settore impone la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dello stesso**. La tendenza del Comune di *omissis* a reiterare il medesimo affidamento nei

² La convenzione adottata con determina dirigenziale n.1531/43712 del 5.09.2002 (con decorrenza dal 1.07.2002 al 30.06.2004) è stata prorogata fino al 31.08.2004 con determinazione n. 1331/32556 del 30.06.2004; è stata poi disposta una seconda proroga al 30.09.2004 con determinazione n. 1644/41914 del 8.09.2004. Con determinazione dirigenziale del 2072/53365 del 16.11.2004 è stata indetta nuova trattativa diretta per la concessione alla società sportiva *omissis* dello stadio *omissis* e la relativa approvazione è avvenuta con determinazione 2386/59532 del 21.12.2004, fissando la scadenza dell'affidamento al 30.06.2009. Un ulteriore rinnovo della concessione (con decorrenza dal 1.07.2009 al 30.06.2018) è stato disposto con determinazione n. 2209/64439 del 1.12.2008 (di cui al contratto n. 24987 del 15.1.2009).

confronti dello stesso gestore, tramite rinnovi di concessione per circa vent'anni, rappresenta una violazione della normativa di riferimento.

Sul punto, si ritengono non condivisibili le controdeduzioni offerte dal comune di *omissis*, per le quali l'individuazione della *omissis* quale unico possibile concessionario sarebbe stata disposta in assenza di gara, in virtù dell'art. 63, comma 2, lett. b) del codice dei contratti. A detta del Comune, infatti, poiché la concessione in esame ha imposto, nel corso degli anni, la realizzazione di interventi di adeguamento assai consistenti, derivanti dal passaggio di categoria della squadra calcistica, solo la società legata da sempre alla cittadinanza avrebbe potuto farsi carico di tali incumbenti.

Occorre sottolineare che il riferimento normativo richiamato dalla stazione appaltante (art. 63 del d.lgs. 50/2016) **risulta non applicabile alla procedura di specie, trattandosi di affidamento risalente nel tempo, oggetto di plurimi rinnovi**; nella procedura *de quo* è, dunque, ravvisabile una violazione della concorrenza in quanto è stato garantito nel corso di un ventennio alla *omissis* l'esclusivo utilizzo e la gestione dello stadio comunale in assenza di qualunque comparazione pubblica, mediante l'inserimento di plurime clausole di rinnovo che, di fatto, hanno assicurato al concessionario indiscussi vantaggi economici (anche in considerazione del valore estremamente esiguo del canone concessorio richiesto) nella misura in cui gli è stata consentita la gestione, per oltre vent'anni, di un impianto passibile di sfruttamento economico, con conseguente diritto a percepire tutte le entrate derivanti dall'applicazione delle tariffe sulle attività espletate, nonché quelle derivanti dallo sfruttamento pubblicitario e dai ricavi per l'attività di bar/ristorazione presso il locale a ciò destinato. Il concessionario, dunque, ha sempre incamerato i ricavi della gestione ottenuti mediante i corrispettivi economici imposti all'utenza. Sul punto, inoltre, si prende atto di quanto già chiarito dalla stazione appaltante in sede di ispezione, ossia che la previsione della clausola di rinnovo in tutte le convenzioni è frutto di mero *refuso* derivante dal ripetuto utilizzo nel tempo dello stesso modello di convenzione.

Si prende atto, altresì, dell'unico tentativo di apertura al mercato da parte della stazione appaltante avutosi nel 2018 con l'avvio della procedura per l'affidamento del diritto di superficie della struttura a seguito di manifestazione di interesse alla costituzione del citato diritto da parte della stessa *omissis*, sebbene tale procedura non abbia avuto esito. Da ultimo, risulta che l'amministrazione ha approvato il piano delle alienazioni immobiliari (in data 10.10.2022), in quanto intende procedere con l'alienazione dell'immobile, considerata la volontà della società calcistica di acquistare la struttura, stante l'avvenuta promozione in Serie A.

4.2) Criticità connesse alla previsione di un canone di concessione pari ad 1 euro/anno e all'antieconomicità dell'affidamento

Da quanto acquisito agli atti risulta che, sin dalla stipula della prima convenzione, l'amministrazione ha quantificato un canone concessorio pari ad euro 1 per ciascuna stagione agonistica (v. art. 3 della Convenzione del 2002, del 2004 e del 2017): l'irrisorietà di tale canone sarebbe giustificata dal fatto che il fulcro della convenzione è rappresentato dagli interventi di

manutenzione/valorizzazione e gestione della struttura, che, di fatto, sono stati trasferiti tutti in capo alla società sportiva.

Sul punto appare evidente l'assoluta antieconomicità del canone concessorio per la stazione appaltante, atteso che lo stesso risulta assolutamente sproporzionato a ribasso, sia in relazione alla componente "beni" della concessione, che, soprattutto, che in relazione alla componente "servizi".

Il canone di concessione rappresenta infatti un elemento capace di incidere significativamente sul rapporto tra concedente e concessionario, nella misura in cui costituisce l'elemento di valutazione della convenienza economica che l'operazione può avere per il concessionario. Esso rappresenta, pertanto, una sintesi - e un punto di equilibrio in termini pecuniari - fra beneficio arrecato al titolare della concessione e la soddisfazione dell'interesse pubblico connesso all'esercizio di attività istituzionali da parte della stazione appaltante.

Nel caso di specie, tuttavia, tale canone, lungi dal costituire il punto di equilibrio economico tra le esigenze della stazione appaltante e quelle del concessionario, rappresenta piuttosto una previsione posta ad esclusivo vantaggio del concessionario.

Ed infatti, sin dalla prima convenzione stipulata nell'anno 2002, l'irrisorietà del canone di concessione si giustificava in considerazione degli oneri imposti dall'allora art. 5 in capo al concessionario; tra tali oneri, tuttavia, non figuravano quelli connessi alla manutenzione straordinaria dell'opera oggetto di concessione, né tantomeno quelli connessi ad "*eventuali interventi di recupero, ristrutturazione e modifiche della struttura*" (art. 4). Viceversa, in virtù della medesima Convenzione, il concessionario avrebbe potuto trattenere i proventi fisiologicamente connessi alla gestione dello stadio, oltre che quelli connessi all'esercizio dei servizi di pubblicità e bar, di cui, rispettivamente, agli artt. 9 e 15 della suddetta Convenzione.

Dal punto di vista empirico, dunque, a fronte di un canone pari ad un euro per ciascun anno, l'operatore economico ha potuto utilizzare lo stadio di proprietà comunale, gestirlo e farne proprie le rendite, oltre che usufruire dello stesso anche per lo svolgimento di servizi complementari; il tutto al solo "corrispettivo" dell'esecuzione di lavori di manutenzione ordinaria e oneri connessi alla gestione routinaria del bene stesso.

Risulta, dunque, l'assoluta antieconomicità della concessione per l'amministrazione, che ha dovuto comunque occuparsi della realizzazione di lavori straordinari, in cambio di un corrispettivo sostanzialmente nullo.

Le stesse considerazioni valgono, sia pure in minor parte, per le concessioni affidate negli anni 2004 e 2017, con la sola differenza per cui, in quest'ultimo caso, sono stati posti a carico del concessionario anche gli oneri connessi alla manutenzione straordinaria del bene, tra l'altro "compensati" dalla previsione di cui all'art. 6, oggetto di specifica contestazione nel seguente paragrafo 3.

Pertanto, atteso che nel corso degli anni la determinazione del canone di concessione appare disposta ad esclusivo vantaggio del concessionario ed è dunque ampiamente sproporzionata, sia in relazione alla componente della concessione relativa all'utilizzo del bene che in relazione al corrispettivo dovuto per la gestione di alcuni servizi accessori, si contesta all'ente una gestione del tutto antieconomica del bene pubblico, che l'amministrazione avrebbe potuto evitare

attraverso la richiesta un canone di concessione congruo oppure attraverso l'apertura alla concorrenza, in luogo dei citati affidamenti diretti/rinnovi con la *omissis*.

Anche in relazione a questo profilo si ritiene di non condividere le controdeduzioni delle parti, sostanzialmente fondate sulla considerazione per cui il vero corrispettivo per il concedente è sostanzialmente rappresentato dall'assunzione delle obbligazioni di manutenzione in capo alla società sportiva: in proposito si osserva come, pur considerando la rilevanza economica delle spese di manutenzione e gestione di uno stadio, la previsione di un canone estremamente irrisorio vada in ogni caso a vantaggio del concessionario e non anche della stazione appaltante, per la quale, infatti, il contratto di concessione assume portata assolutamente antieconomica. In primo luogo occorre infatti considerare che, se sottoposto ad una procedura ad evidenza pubblica, l'affidamento della struttura avrebbe potuto presumibilmente comportare un corrispettivo di gestione sensibilmente più elevato in favore del Comune concedente; in secondo luogo deve ritenersi assolutamente rilevante la circostanza per cui la convenzione originaria poneva a carico del concessionario la sola manutenzione ordinaria, con conseguente obbligo per il Comune di far comunque fronte alle spese connesse alla realizzazione di lavori straordinari, in cambio di un corrispettivo annuo sostanzialmente nullo.

Del resto, l'affidamento alla società sportiva dello stadio comunale e la possibilità di utilizzo esclusivo dello stesso hanno consentito (e consentono tuttora) alla *omissis* di evitare eventuali spese connesse all'utilizzo di impianti sportivi di terzi.

Il vantaggio del concessionario connesso all'utilizzo della struttura risulta altresì comprovato dall'inserimento in Convenzione della clausola prevista dall'art. 6, per la quale tutti gli oneri economici sostenuti dal concessionario sarebbero stati totalmente rimborsati allo stesso in caso di vendita della struttura.

In questa prospettiva, a nulla rileva la circostanza per cui, in concreto, la concessione si sia rivelata non vantaggiosa, se non addirittura in perdita per la società calcistica, come da questa attestato in sede di audizione e di memorie di controdeduzione, atteso che, come noto, aspetto peculiare del contratto di concessione è proprio la sussistenza di un cd. rischio di impresa in capo al concessionario; è pacifico, infatti, che la portata economica della concessione, **vada valutata in via meramente astratta**. Dottrina e giurisprudenza concordano nel riconoscere alla concessione una dimensione triadica (stazione appaltante- concessionario - utenza finale), in base alla quale il concessionario ha rapporti negoziali diretti con l'utenza finale, dalla cui richiesta di servizi trae la propria remunerazione. **Il vantaggio economico è, pertanto, incerto, in quanto esposto a un costante rischio di domanda** (v. Consiglio di Stato, sent. n. 2426 del 22 marzo 2021).

4.3) Criticità relative alla clausola di rimborso delle spese sostenute dal concessionario in caso di vendita del bene (art. 6 della Convenzione)

Alla luce degli elementi emersi dai riscontri del comune di *omissis*, pervenuti in replica alla C.R.I. e in seguito all'audizione, deve osservarsi che il concedente si è esplicitamente impegnato a disapplicare la clausola, riconosciuta dalla parte come anticoncorrenziale, precisando che, in caso di successiva vendita dell'immobile, nessun rimborso sarà dovuto dall'eventuale

acquirente diverso dal gestore attuale alla *omissis* e che ogni eventuale pendenza tra comune e concessionaria connessa a tale disapplicazione sarà gestita con separato percorso.

Pertanto, si prende atto che la criticità in esame è stata superata dal concedente.

4.4) Criticità connesse all'inosservanza delle norme codicistiche, specialmente di quelle relative all'esecuzione e alla selezione del contraente, in relazione ai lavori affidati dal Comune alla concessionaria e da questi a terzi.

L'istruttoria ha evidenziato che sul bene di proprietà comunale oggetto di concessione sono stati realizzati diversi tipi di lavori, in parte eseguiti direttamente dal concessionario, in parte esternalizzati a terzi (adeguamento dello Stadio, realizzazione di opere di manutenzione straordinaria nell'ambito della messa a norma, adeguamento alla normativa degli impianti di illuminazione/ torri faro del campo di calcio, opere di manutenzione esternalizzate dalla concessionaria).

Nel dettaglio, si distinguono i lavori eseguiti nel periodo 2008 – 2012 e quelli eseguiti nel 2022: i primi sono stati infatti realizzati nel periodo di vigenza del d. lgs. 163/2006 e in base ad una disposizione convenzionale che attribuiva gli oneri di manutenzione straordinaria all'ente concedente, mentre i secondi nel vigore dell'attuale codice dei contratti pubblici (d. lgs. 50/2016) e in virtù della rinnovata concessione del 2017, che invece attribuisce gli oneri straordinari alla società concessionaria.

Per quanto riguarda il primo gruppo di lavori, tutti aggiudicati alla concessionaria, è emerso che l'amministrazione ha effettuato controlli di carattere minimale sull'operato della concessionaria/affidataria, limitandosi di volta in volta ad approvare la liquidazione della spesa e a fornire un preventivo assenso per i lavori a farsi. In particolare, la mancata applicazione della normativa di cui all'allora vigente codice del 2006 è stata giustificata attraverso il richiamo all'art. 32, comma 1, lett. d) del medesimo codice.

Tale richiamo è da considerarsi del tutto improprio, atteso che tale norma è dichiaratamente applicabile all'ipotesi di realizzazione di lavori (anche su impianti sportivi), di importo superiore a un milione di euro, per la cui realizzazione sia previsto un contributo pubblico, che superi il 50 per cento dell'importo dei lavori, circostanza questa assolutamente non sussistente nel caso di specie.

Trattandosi di lavori affidati da una amministrazione aggiudicatrice, invece, si ritiene pacificamente sussistente l'obbligo, in capo alla stessa, di applicare tutte le disposizioni codicistiche, specie quelle di cui agli artt. 126 – 141 del d. lgs. 163/2006, relativi all'esecuzione e al collaudo delle opere realizzate. Da quanto risulta dalla documentazione presentata dall'ente concedente, tuttavia, i citati controlli non sembrano essere stati espletati dalla stazione appaltante.

Risulta, dunque, una violazione della normativa di riferimento da parte del Comune relativamente al mancato espletamento dei controlli sull'esecuzione del contratto.

Del pari, dalla documentazione presentata dalla *omissis* in relazione ai lavori svolti nell'anno 2022 (l'esecuzione dei quali rientra nella titolarità del concessionario), quest'ultima ha demandato a soggetti terzi lo svolgimento degli stessi, affidandoli sostanzialmente in via diretta

e in assenza di qualsiasi procedura aperta al mercato: la società si è limitata ad acquisire la documentazione relativa all'attestazione di qualificazione all'esercizio dei lavori pubblici di ciascun operatore economico e, conseguentemente, ha stipulato i rispettivi contratti di appalto. A tal proposito si osserva che il mancato espletamento da parte della *omissis* di procedure ad evidenza pubblica per individuare gli operatori economici affidatari dei lavori rappresenta una violazione della normativa di riferimento: si ricorda, infatti, che anche i concessionari di opere pubbliche sono tenuti ad individuare tramite gara pubblica i terzi affidatari della commessa. Nel caso di specie, infatti, trova senz'altro applicazione il combinato disposto degli artt. 164 co. 5 del codice, secondo cui "*I concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza della presente Parte [...]*", e dell'art. 169 co. 6 del d.lgs. 50/2016 ai sensi del quale "*Se le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare una concessione unica, il presente codice si applica [...]*".

Sul punto, si richiama anche recente giurisprudenza amministrativa (v. Cons. St., sez. I, parere 28 aprile 2020 n. 823) che, nel chiarire gli obblighi del concessionario di un'opera pubblica, con particolare riferimento alle attività affidate ai terzi, sancisce l'indiscusso obbligo di procedere con gara per tutte le concessioni già in essere che siano state aggiudicate in precedenza senza gara; laddove, invece, i lavori pubblici vengano affidati a terzi da concessionari già scelti con gara, l'indicazione è quella di ricorrere al subappalto. In questo modo la concorrenza viene comunque garantita, a valle o a monte dell'affidamento della concessione.

Negli affidamenti di lavori pubblici disposti dalla *omissis* a terzi si riscontra, pertanto, una violazione della normativa di riferimento nella misura in cui gli affidatari sono stati individuati senza alcuna procedura di confronto tra gli operatori economici del settore e in via meramente diretta, nonché l'assenza di qualsivoglia forma di controllo sull'operato degli stessi. Sulla questione, non possono condividersi le osservazioni della *omissis*, per cui l'espletamento dei lavori al di fuori dei controlli del concedente è imputabile alla ristrettezza dei tempi disponibili per l'adeguamento dello stadio agli standard della categoria superiore, conseguenti alla promozione in serie B prima e in serie A dopo, che avrebbero impedito l'attivazione di procedure ad evidenza pubblica per la selezione dei terzi affidatari dei lavori: per quanto possano ritenersi astrattamente condivisibili le ragioni di urgenza paventate dalla concessionaria nelle memorie conclusive, si rileva che tali ragioni non sono mai state esplicitate nella documentazione relativa agli affidamenti acquisita nel corso dell'istruttoria, né risulta effettivamente richiamata, negli affidamenti di cui trattasi, la normativa codicistica di riferimento.

Per tutto quanto esposto,

DELIBERA

Ai sensi dell'art. 12 e 22 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4.7.2018, che gli affidamenti in oggetto sono caratterizzati dalle suesposte criticità, meglio descritte ai par. 4.1), 4.2) e 4.4).

Si rimette, pertanto, alla stazione appaltante, sulla base delle criticità emerse, la valutazione delle più opportune azioni a tutela dell'interesse pubblico, raccomandando alla stessa, anche pro-futuro, di tenere conto delle osservazioni dell'Autorità e di provvedere ad un'applicazione rigorosa della disciplina di settore.

Il Comune di *omissis* è invitato a comunicare all'A.N.AC. le eventuali determinazioni che intende assumere al riguardo, anche con riferimento alla già paventata possibilità di vendita del bene oggetto di concessione, entro il termine di **45 giorni** dalla comunicazione della presente delibera, che sarà pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22, co. 1, del predetto Regolamento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

il Segretario

Laura Mascali

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 maggio 2023

Originale firmato digitalmente