



IL PRESIDENTE

Al Comune **omissis**
c.a. del Sindaco **omissis**
del Segretario generale e responsabile
della prevenzione della corruzione

Oggetto: procedura negoziata **omissis** per la concessione della gestione del Centro Sportivo comunale – **Definizione del procedimento ai sensi dell’art. 21 del Regolamento ANAC sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4.7.2018**

Fatto

Sono pervenuti all’Autorità gli esposti acquisiti ai protocolli n. **omissis** ove si è lamentata la presunta illegittimità della procedura di affidamento del servizio indicato in oggetto, espletata dal Comune di **omissis** per aver ingiustificatamente disposto affidamenti aggiuntivi senza gara al soggetto aggiudicatario della concessione per la gestione del centro sportivo comunale.

Dall’esame degli esposti sono emersi i profili di criticità di seguito evidenziati:

- **approvazione, a valle dell’aggiudicazione** (Delibera G.C. n. 13 del 7.3.2019), della proposta della società aggiudicataria della concessione, **omissis**, espressa tra gli obiettivi da perseguire nell’offerta tecnica, di **realizzazione e successiva gestione di due campi da padel non ricomprese nell’originaria concessione**, attraverso il subingresso di un soggetto terzo ad essa affiliato, **omissis**;
- **approvazione della proposta di realizzazione dei campi di padel in assenza del piano economico finanziario**;
- **omessa verifica del possesso dei requisiti generali e speciali** in capo alla **omissis**, soggetto terzo di nuova affiliazione chiamato a realizzare l’opera dei campi di padel;
- **ulteriore affidamento della gestione del bar/ristoro interno al complesso sportivo, non ricompresa nell’originaria concessione**, ceduta in disparte in locazione commerciale alla stessa **omissis**, per la durata contrattuale di anni sei, dal 16.5.2019 al 15.5.2025 successivamente da quest’ultima sublocata, previa autorizzazione dell’Ente ad altro soggetto (D.G.C. n. 24 dell’11.4.2019 e D.G.C. n. 42 del 20.6.2019).

In esito all’esame delle memorie e dei documenti pervenuti a seguito della comunicazione di avvio del procedimento, con comunicazione di risultanze istruttorie (d’ora innanzi CRI), approvata dal Consiglio nell’adunanza del 10.02.2021, sono state contestate al Comune di **omissis** le anomalie rilevate nella procedura di affidamento, come di seguito indicate:

- a) **mancata dichiarazione della rilevanza economica o meno della gestione dell’impianto sportivo**;
- b) **illegittimo affidamento aggiuntivo senza gara**, disposto a valle dell’aggiudicazione della concessione della gestione dell’impianto sportivo comunale in favore della **omissis** per la realizzazione e gestione di 2 campi di padel tennis coperti nel centro sportivo, in accoglimento di una generica proposta di quest’ultima formulata nell’offerta tecnica attraverso il subingresso di un soggetto terzo ad essa affiliato;
- c) **assenza del piano economico - finanziario** a corredo dell’offerta della **omissis** per la realizzazione dei campi di padel tennis;
- d) **omessa verifica del possesso dei requisiti** di ordine generale ai sensi dell’art. 80 e di partecipazione ai sensi dell’art. 83 del Codice in capo al nuovo soggetto **omissis** individuato dal concessionario per la realizzazione e gestione dei campi di padel tennis;
- e) **ulteriore affidamento aggiuntivo** alla **omissis** della gestione del bar/ristoro annesso all’impianto sportivo che poteva essere ricompreso nell’affidamento iniziale.

Altra anomalia contestata nella CRI attiene ad una ulteriore segnalazione pervenuta per il tramite dell'esponente, acquisita al prot.n. **omissis** riguardante il **presunto ingiustificato aumento medio del 70% delle tariffe che il concessionario viene a riscuotere dall'utenza per i servizi prestati nei preesistenti impianti del centro sportivo, deliberato dal Comune con atto di Giunta. n. 11 del 10.3.2020.**

Ad avviso dell'esponente detto aumento, che a parità di numero di utenti, consisterebbe in un incremento delle entrate del privato di poco inferiore a 130.000,00 euro, **non sarebbe più coerente con il valore della concessione stimato al momento dell'avvio della procedura di aggiudicazione in € 185.000,00.**

Sul punto sono stati chiesti chiarimenti alla S.A. al fine di riscontrare se tale aumento abbia comportato un significativo potenziamento della struttura non più in linea con il valore stimato dell'originaria concessione.

Controdeduzioni alla comunicazione di avvio del procedimento, alla comunicazione delle risultanze istruttorie esaminate e dichiarazioni rese in sede di audizione

Le ragioni del mancato riconoscimento della rilevanza economica sono riconducibili alla scarsa redditività della gestione dell'impianto sportivo dovuta al ridotto bacino d'utenza, essendo collocato in un Comune di piccole dimensioni, alla condivisione con altre società sportive locali e con le scuole pubbliche di **omissis** che in orario scolastico hanno priorità assoluta nell'utilizzazione delle palestre.

La legge regionale di Regione Lombardia n. 27 del 14.12.2006 disciplina le modalità di affidamento della gestione degli impianti sportivi di proprietà di enti pubblici territoriali con la espressa finalità (art. 1) di *"migliorare attraverso il coinvolgimento dell'associazionismo sportivo, la qualità dei servizi e ottimizzare i costi gestionali"*.

La stessa legge all'art. 2, comma 1 prevede che *"gli enti pubblici territoriali che non intendano gestire direttamente i propri impianti sportivi ne affidano in via preferenziale la gestione a società o associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva..."*.

Indipendentemente dalla rilevanza economica o meno, nel 2017 la gestione dell'impianto sportivo è stata oggetto di una procedura aperta per il tramite della **omissis andata deserta. Conseguentemente è stata espletata l'indagine di mercato finalizzata alla raccolta di manifestazioni di interesse alla quale hanno risposto due operatori economici.**

Veniva quindi indetta la procedura negoziata per l'affidamento della gestione in concessione dell'impianto sportivo di **omissis**, per la durata di 4 anni, eventualmente rinnovabili per ulteriori 4 anni, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con invito a partecipare rivolto ai due operatori economici che hanno manifestato interesse, dei quali soltanto uno ha presentato offerta.

La lettera d'invito prevedeva che il progetto gestionale poteva essere utilmente migliorato con proposte aventi carattere migliorativo e dal momento che il criterio di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa i concorrenti potevano proporre migliorie, come precisato anche dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 1080/2021¹.

La medesima lettera d'invito al punto C.2 prevedeva che i concorrenti nell'offerta tecnica indicassero oltre al progetto di gestione degli impianti esistenti, anche possibili sviluppi degli impianti stessi.

¹ Con. St 1080/2021: *"è stato precisato (da ultimo Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2873) che '...in sede di gara d'appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante (...)"* (Cons. Stato, V, 8 ottobre 2019, n. 6793; 17 gennaio 2018, n. 269 e 270; VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Cga, 30 aprile 2018, n. 251). In tale prospettiva *"le proposte migliorative consistono pertanto in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste"* (Cons. Stato, V, 12 maggio 2020, n. 2969; Cons. Stato, n. 6793 del 2019, cit.; Id., V, 14 settembre 2018, n. 5388).

Sotto il profilo economico, l'offerta doveva prevedere una percentuale non inferiore al 35% degli incassi da impiegare nella manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti e delle attrezzature secondo un programma e tempi concordati con l'Amministrazione. L'effetto combinato delle migliorie dell'offerta tecnica e delle percentuali degli incassi, poteva consentire ai concorrenti di formulare offerte che prevedessero interventi e lavori sugli impianti del centro sportivo tra i quali si inseriva la proposta migliorativa di riqualificazione e implementazione del patrimonio impiantistico esistente del centro sportivo avanzata dalla **omissis**, di realizzazione entro un biennio dei campi di padel tennis, con affiliazione di una nuova ADS.

Con DGC 13/2019 veniva approvato il progetto di costruzione di 2 campi di padel tennis coperti nel centro sportivo, del valore presunto di € 150.000,00 presentato dalla **omissis** da realizzarsi attraverso la sua associata **omissis**, la quale si fa carico dell'intero costo e ne cura la gestione per tutto il periodo di vigenza della convenzione.

A comprova dell'esistenza del piano economico finanziario è stato allegato alla memoria il PEF a corredo della lettera d'invito alla procedura negoziata per la gestione dell'impianto sportivo, contenente indicazioni utili ai concorrenti per la formulazione dell'offerta.

Con riferimento all'ulteriore affidamento per la costruzione dei campi di padel tennis, il capitolato-convenzione all'art. 5, comma 4 prevedeva la possibilità per il gestore di realizzare "ampliamenti, modifiche e nuove strutture".

La D.G.C. n. 13 del 7.3.2019 di approvazione del progetto di realizzazione dei campi di padel, rende evidente che l'amministrazione comunale ha inteso con detta implementazione apportare migliorie al centro sportivo.

L'ammissibilità delle proposte migliorative nell'ambito di una procedura di affidamento che preveda il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è confermata dal costante orientamento giurisprudenziale. Ad esempio nella sentenza 6432/2018 della V Sezione del Consiglio di Stato si afferma che "anche in mancanza della previa autorizzazione di varianti (prevista dall'art. 95 cit.) deve comunque ritenersi insita nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa la possibilità, per i partecipanti, di proporre quelle variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla lex specialis onde non ledere la par condicio tra i concorrenti (Cons. Stato, V, 27.3.2015, n. 1601)".

Pertanto nel caso di specie, come si evince dalla D.G.C n. 13 citata, è avvenuto che la proposta migliorativa, accettata dalla S.A. si è trasformata per l'aggiudicatario in ulteriore prestazione alla quale si è obbligato in aggiunta a quelle poste a base di gara ed ha imposto alla S.A., una volta istituito il rapporto concessorio, di valutare la fattibilità della proposta e di chiedere al concessionario di realizzarla. Quindi la realizzazione dei campi di padel tennis non consiste in un affidamento aggiuntivo senza gara, ma piuttosto la doverosa esecuzione da parte del concessionario di una migliore proposta in gara.

Con ciò si è inteso replicare anche alla considerazione dell'Autorità circa la possibilità di prevedere l'affidamento di una concessione mista, considerato che al momento dell'indizione della procedura il Comune non poteva prevedere che sarebbero state avanzate proposte di miglioramento aventi ad oggetto l'implementazione degli impianti del centro sportivo.

Quanto invece alla possibilità rappresentata dall'Autorità nella CRI di procedere all'affidamento secondo le regole della finanza di progetto, viene precisato che nella concessione di costruzione e gestione, il concessionario generalmente si impegna a trasferire la proprietà del bene all'amministrazione concedente solo al termine del rapporto concessorio, nel caso di specie invece i due campi di padel sono stati acquisiti al patrimonio indisponibile del Comune immediatamente dopo l'emissione del certificato di regolare esecuzione. L'avvenuta acquisizione immediata a patrimonio rende evidente che non si è trattato di una fattispecie assimilabile alla finanza di progetto e che quindi il comune non doveva richiedere il piano economico-finanziario, avendo certezza di acquisire il bene una volta costruito.

La verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale in capo alla **omissis**, non è stata eseguita dal Comune, avendo lo stesso ritenuto che per effetto dell'affiliazione il rapporto concessorio fosse comunque e sempre intercorrente con la sola **omissis**, in capo alla quale è stata verificata la sussistenza dei requisiti all'atto dell'affidamento. Peraltro la **omissis** è una società che opera in diversi centri sportivi, affidabile, molto conosciuta e specializzata in tennis padel. Inoltre, lo statuto dell'associazione **omissis** prevede espressamente l'affiliazione di altre associazioni. A fronte di tale previsione statutaria, il Comune non poteva che considerare la **omissis** come mero

affiliato del soggetto a cui era stata affidata la concessione, in capo al quale erano stati già verificati i requisiti di ordine generale e speciale.

La gestione del bar/ristoro annesso al complesso sportivo non è stata ricompresa nell'affidamento iniziale essendo lo stesso già gestito da altra società, la quale in data successiva all'indizione della procedura di affidamento (2.11.2018), senza preavviso ha comunicato all'ente la decisione di cessare l'attività. In conseguenza, vista la disponibilità della concessionaria **omissis**, ad acquisire anche la gestione del bar/ristoro, l'ente ha proceduto in data 16.5.2019 alla sottoscrizione con quest'ultima del relativo contratto di locazione. Considerato però che l'attività di gestione del bar non rientrava tra le finalità statutarie della **omissis**, la stessa la cedeva in sublocazione ad un soggetto terzo dotato degli specifici requisiti professionali.

La modifica dello schema contrattuale rispetto ai precedenti (da concessione a locazione ad uso commerciale), è stata una scelta dell'ente volta a porre fine a contenziosi e risoluzioni anticipate verificatisi nelle passate gestioni separate del bar e degli impianti sportivi. Peraltro la scelta di adottare il modello contrattuale della locazione deve considerarsi una scelta discrezionale dell'amministrazione del tutto legittima.

In merito al rilievo inerente l'aumento delle tariffe degli impianti sportivi la S.A. nelle memorie difensive e in sede di audizione è stato rappresentato che le stesse sono state fissate con D.G.C. 11/2020 nell'ambito della revisione prevista dall'art. 1, comma 169 della legge finanziaria 2007 n. 296/2006.

Attraverso l'aggiornamento delle tariffe per l'uso degli impianti sportivi sono state eliminate le rilevanti differenze precedentemente esistenti tra le associazioni **omissis** e non **omissis**, scelta che ha fondamento nella discrezionalità dell'amministrazione comunale.

Si è trattato quindi di un bilanciamento e di una razionalizzazione delle tariffe sia in aumento sia in diminuzione, tale da consentire l'eliminazione di rilevanti sperequazioni esistenti tra attività dei gruppi sportivi e attività di privati, nonché tra associazioni **omissis**, e non **omissis**, laddove i cittadini **omissis** iscritti per specifiche discipline sportive ad associazioni sportive non **omissis**, venivano onerati di una tariffa superiore rispetto ad altri cittadini, magari non **omissis**, i iscritti invece alle associazioni sportive **omissis** alle quali venivano applicate tariffe più vantaggiose, come evidenziano i documenti allegati alle memorie difensive.

Non c'è stato quindi un aumento del 70% delle tariffe, tantomeno un incremento delle entrate di 130.000,00 euro come sostenuto dall'esponente. L'errore di calcolo dell'esponente è ancor più evidente se si considera che la sospensione delle attività sportive negli ultimi due anni a causa dell'emergenza epidemiologica ha drasticamente ridotto se non azzerato le entrate.

Diritto

a) rilevanza economica

Viene affermato nelle memorie di controdeduzioni e ribadito in sede di audizione che l'impianto è privo rilevanza economica per diversi fattori che non lo rendono appetibile per le associazioni sportive, come la modesta redditività dovuta alla ridotta utenza, essendo collocato in un comune di piccole dimensioni, alla condivisione con le scuole e con altre associazioni sportive.

Sul punto permane il rilievo formulato nella CRI, ritenuto che in tema di affidamento della gestione a privati degli impianti sportivi da parte degli enti pubblici proprietari, è necessario che gli stessi enti dichiarino negli atti preordinati al futuro affidamento se esso abbia o meno rilevanza economica.

In tema, alla luce delle disposizioni del d.lgs. 50/2016 è necessario distinguere tra impianti con rilevanza economica ed impianti privi di rilevanza economica. Laddove gli impianti sportivi con rilevanza economica sono quelli la cui gestione è remunerativa e quindi in grado di produrre reddito, mentre gli impianti sportivi privi di rilevanza economica sono quelli la cui gestione non ha tali caratteristiche e va quindi assistita dall'ente (Delibera ANAC 1300 del 4.12.2016).

E' necessario distinguere, in altre parole, tra servizi che si ritiene debbano essere resi alla collettività anche al di fuori di una logica di profitto d'impresa, cioè quelli che il mercato privato non è in grado o non è interessato a fornire, da quelli che, pur essendo di pubblica utilità, rientrano in una situazione di mercato appetibile per gli imprenditori in

quanto la loro gestione consente una remunerazione dei fattori di produzione e del capitale e permette all'impresa di trarre dalla gestione la fonte della remunerazione, con esclusione di interventi pubblici.

La gestione degli impianti sportivi senza rilevanza economica è quindi quella che va assistita dall'ente pubblico, poiché la gestione non è in grado di sostenersi da sola. Quella degli impianti sportivi con rilevanza economica è invece quella che è in grado di sostenersi e di produrre reddito.

Nel settore sportivo sussistono diverse tipologie di impianti, distinte per bacino d'utenza, per grandezza, per attività alle quali sono deputati; pertanto la redditività di un impianto sportivo deve essere valutata caso per caso, con riferimento ad importanti elementi come costi, modalità di gestione, tariffe per l'utenza, attività praticate e a tutto quanto può essere utile a determinarne la produttività.

Ciò stante è fondamentale che l'amministrazione procedente valuti la presunta redditività dell'impianto messo sul mercato in modo da collocarlo nella giusta posizione, procedendo ad una concessione che ne valorizzi al massimo le potenzialità e che consenta all'ente proprietario di ricavarne la giusta controprestazione.

Torna poi utile rappresentare che le concessioni (anche in project financing) per realizzazione o il potenziamento degli impianti sportivi stanno acquisendo nuova competitività ed interesse e rappresentano un mercato in evoluzione, di conseguenza detti servizi non possono essere catalogati *tout court* come attività senza rilevanza economica incorrendo nel rischio di creare condizioni di mercato falsate.

Tale rischio poi, nel caso di specie, assume maggiore rilevanza a fronte della possibilità data al concessionario di eseguire le ulteriori prestazioni della costruzione e della gestione dei campi di padel tennis estranee all'originaria concessione.

b) affidamento aggiuntivo per la realizzazione dei campi di padel tennis

E' stata stigmatizzata nella CRI l'illegittimità dell'affidamento *ex post* della costruzione e della gestione di due campi di padel tennis, prestazioni estranee all'oggetto dell'originaria concessione, autorizzata all'aggiudicatario attraverso il subingresso di un soggetto terzo ad esso affiliato, in accoglimento di una generica proposta formulata nell'offerta tecnica.

Sul punto è stato controdedotto che al momento dell'indizione della procedura l'ente appaltante non poteva prevedere che sarebbero state avanzate proposte di miglioramento aventi ad oggetto l'implementazione degli impianti del centro sportivo, ciò stante la realizzazione di detti campi su iniziativa del concessionario è stata presa in considerazione dall'ente solo ad aggiudicazione avvenuta.

E' stato inoltre affermato che la lettera d'invito prevedeva che i concorrenti nell'offerta tecnica indicassero, oltre al progetto di gestione anche i possibili sviluppi degli impianti stessi ed essendo la gara caratterizzata dal criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la costruzione dei campi di padel ad opera *omissis*, inserita nell'offerta tecnica, realizzava la legittima proposta migliorativa del progetto di gestione e implementazione del patrimonio impiantistico esistente. In tal senso è la pronuncia del Consiglio di Stato nella sentenza del 1080/2021.

Al riguardo deve constatarsi che la giurisprudenza evocata a conforto della prospettazione di parte non sembra attagliarsi alla fattispecie in disamina, considerato che la stessa sentenza chiarisce che nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa vi è la possibilità per le imprese di proporre soluzioni migliorative purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis*" (ex multis Cons. Stato, Sez. V, Sent. 1027 del 15.302016, Cons. Stato, Sez. V, Sent. 5655 dell'11.12.2015).

Va poi precisato che l'art. 23, comma 15 d.lgs 50/2016 stabilisce che le proposte migliorative possono essere marginalmente integrate dall'appaltatore nella sua proposta, esclusivamente nell'ambito delle prestazioni che configurano l'oggetto del bando, senza sconfinare al di fuori di esso.

Infatti è opportuno rilevare che formano oggetto della concessione la gestione e la manutenzione ordinaria e straordinaria delle seguenti strutture: campo di beach volley esterno, campo di bocce coperto, palestra polifunzionale e annessi locali deposito, palestrina, locale custodia, saletta riunioni, attrezzature varie e locali servizio, campo di calcetto, servizi igienici ed annessi spogliatoi, parcheggio, spazio del campo da bocce esterno in disuso, struttura per feste all'aperto, parco giochi, sala tempo libero (ex bar), salone polifunzionale (v. capitolato convenzione) e non anche la costruzione e la gestione dei campi di padel tennis.

La questione, come affermato dall'Autorità nella Delibera n. 210 del 1 marzo 2017, "presuppone la necessità di definire la differenza tra proposte migliorative e varianti, tenuto conto di quanto disposto dall'articolo 95, comma 14 del d. lgs 50/2016, il quale riconosce all'amministrazione il potere di autorizzare o esigere la presentazione di varianti da parte degli offerenti, a determinate condizioni stante che l'ordinamento distingue le migliorie rispetto al progetto posto a base di gara dalle varianti vere e proprie.

Infatti, mentre le soluzioni migliorative attingono a quegli aspetti del progetto che se introdotti possono renderlo meglio rispondente alle esigenze della stazione appaltante, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche essenziali, le varianti, invece, consistono in vere e proprie modifiche al progetto, la cui ammissibilità è rimessa alla stazione appaltante".

A tale definizione, fa eco la decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5505 secondo la quale: "possono essere considerate soluzioni migliorative tutte quelle precisazioni, integrazioni e migliorie che sono finalizzate a rendere il progetto prescelto meglio corrispondente alle esigenze della Stazione Appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste nella lex specialis".

In conclusione, la potenziale redditività, il grado e l'intensità e delle modifiche genericamente introdotte come migliorie nell'offerta tecnica dell'aggiudicatario, consistenti nella realizzazione e nella successiva gestione dei campi di padel, autorizzate dalla stazione appaltante senza la preventiva disposizione contenuta nella disciplina di gara per distinguere gli interventi migliorativi dalle varianti, è tale da far ravvisare la sussistenza di una variante non consentita dalla normativa vigente.

c) piano economico finanziario

La realizzazione e la gestione dei campi di padel tennis è stata affidata alla **omissis** in approvazione della proposta espressa tra gli obiettivi da perseguire nell'offerta tecnica dell'aggiudicatario della concessione **omissis**.

Lo schema di PEF fornito all'Autorità relativo alla costruzione e alla gestione dei campi di padel tennis, risultava essere un documento anonimo, privo della ragione sociale, della sottoscrizione del proponente, della data di redazione e sprovvisto degli estremi di acquisizione da parte del Comune di **omissis**, tuttavia il medesimo PEF confluito agli atti dell'Autorità per il tramite dell'esponente conteneva gli estremi di acquisizione in ingresso al Comune di **omissis**, in data 26.6.2020 al n. 0004557.

Al fine di escludere che tale atto fosse stato elaborato solo in conseguenza dell'avvio del presente procedimento comunicato in data 20.5.2020, la S.A. nella CRI è stata invitata a fornire ragguagli.

Sul punto non sono pervenuti chiarimenti, ma a dimostrazione della correttezza del proprio operato la S.A. ha ritenuto di fornire copia del PEF allegato alla lettera d'invito alla procedura negoziata contenente indicazioni utili ai concorrenti per la formulazione dell'offerta per la gestione del campo sportivo.

Tale documento - denominato "schema del piano economico finanziario per l'affidamento della concessione del centro sportivo di Via **omissis**, durata anni quattro 2018-2022", che consiste in un sintetico elenco degli importi totali degli incassi e dei ricavi conseguiti dal centro sportivo negli anni 2015, 2016 e 2017 - risulta privo della stima della potenziale utenza, dei costi di gestione e degli eventuali ammortamenti, pertanto del tutto insufficiente ed inadeguato a rendere edotti i soggetti potenzialmente interessati per formulare un'offerta economica consapevole e realistica.

Vale dunque rappresentare che il presupposto per la riuscita di un contratto di concessione, come previsto dall'art. 165, comma 1 del Codice, risiede nell'imprescindibile equilibrio economico - finanziario, poiché il progetto deve tendere alla corretta remunerazione dei fattori produttivi impiegati dall'operatore economico e ad una corretta allocazione del rischio operativo. Il piano economico - finanziario posto a base di gara rappresenta elemento fondamentale contenente le proiezioni del recupero degli investimenti necessari al conseguimento degli obiettivi contrattuali assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti ad esempio la qualità del servizio o il prezzo per gli utenti e alla remunerazione del capitale investito. Esso ha la funzione di dimostrare la concreta capacità del concorrente di eseguire correttamente la prestazione per l'intero arco temporale richiesto dal bando e permette all'amministrazione di valutare l'adeguatezza delle offerte e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione stessa.

Venendo all'esame del PEF relativo ai campi di padel, viene in rilievo che la stima delle potenzialità economico finanziarie derivanti dalla realizzazione e dalla gestione degli stessi ammonta ad € 436.800,00.

Non può non rilevarsi che la portata di tale previsione si sostanzia in una modifica che altera significativamente la natura generale del contratto di concessione stipulato tra l'ente e la **omissis** per la gestione degli impianti preesistenti stimato in € 185.200,00, non ammessa dall'art. 175, comma 7 del Codice dei contratti.

Inoltre diversamente da quanto argomentato dalla S.A in merito alla questione che la proposta di progetto avanzata dall'operatore economico per realizzazione e la successiva gestione dei campi di padel non dovesse essere accompagnata dal PEF, stante l'avvenuta acquisizione immediata dei beni a patrimonio pubblico, vale osservare che nella concessione, come nella finanza di progetto, una proposta di progetto avanzata dall'operatore economico in gara non può non essere accompagnata dal piano economico finanziario, il quale, in base all'art 3, fff) del Codice, dimostra la sostenibilità economico finanziaria del progetto, cioè *"la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento"*.

Esso dunque si ribadisce, costituisce elemento significativo della proposta contrattuale ed integra l'offerta poiché ne giustifica la sostenibilità, non si sostituisce a questa, ma ne rappresenta un supporto per la valutazione di congruità, al fine di provare che l'impresa va a trarre utili tali da consentire la gestione proficua dell'attività.

d) verifica dei requisiti di ordine generale e speciale

La S.A. non ha ottemperato alle prescritte verifiche dei requisiti di ordine generale, tecnico professionali ed economico finanziari di cui agli artt. 80 e 83 del Codice in capo alla **omissis**, chiamata alla realizzazione e della gestione dei campi di padel nell'erroneo convincimento che tale adempimento non fosse dovuto per effetto dell'affiliazione della stessa **omissis** alla concessionaria **omissis**, in capo alla quale è stata accertata la sussistenza dei requisiti all'atto dell'affidamento, essendo il rapporto concessorio *"sempre e comunque"* intercorrente tra il Comune e la titolare del contratto **omissis**.

Resta fermo sul punto il rilievo formulato nella CRI, cioè la S.A. non era esente dall'effettuare le verifiche previste dall'art. 80 del d.lgs 50/2016 per quanto concerne il possesso dei requisiti di ordine generale sul soggetto gestore di parte della concessione diverso dall'aggiudicatario, dovendo acquisire certezza della sua idoneità a contrarre con la pubblica amministrazione.

Per quanto concerne il controllo dei requisiti di partecipazione negli affidamenti di concessioni, l'art 172 del d. lgs. 50/2016 dispone che *"le stazioni appaltanti verificano le condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità economico finanziaria dei candidati o degli offerenti...Le condizioni di partecipazione sono correlate e proporzionali alla necessità di garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell'oggetto della concessione e dell'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva"*.

Nel caso di specie si rileva che l'affidamento *ex post* della realizzazione e della gestione dei campi di padel ha impedito in concreto alla S.A. di verificare le capacità tecniche - professionali ed economico - finanziarie del soggetto terzo realizzatore e gestore, essendo stati negli atti di gara prefissati i requisiti commisurati alla sola gestione delle strutture dell'impianto sportivo indicate nel capitolato e non anche alla costruzione e alla gestione dei campi di padel.

Infine va respinto l'assunto che il possesso di tutti i requisiti richiesti dalla *lex specialis* dichiarati dalla sola concessionaria **omissis**, nella fase dell'affidamento valessero anche per **omissis**, in quanto ad essa associata, considerato che tale forma di unione per contrattare con la pubblica amministrazione non trova riscontro nel Codice dei contratti, il quale all'art 83, comma 8, ammette ai fini della partecipazione alle gare le RTI, quale forma di unione temporanea di operatori economici in cui la mandataria può dichiarare di essere in possesso, essa sola, di tutti i requisiti richiesti dalla *lex specialis* e non già l'affiliazione.

e) affidamento della gestione del bar/ristoro

Quanto alla gestione del bar, viene controdedotto che per ragioni di sopraggiunta necessità, in conseguenza della rinuncia del gestore a proseguire l'attività, la stessa veniva affidata alla **omissis**, attraverso un contratto di locazione in

cui non si escludeva la possibilità di subappaltare tale gestione ad un soggetto terzo idoneo, dotato degli specifici requisiti professionali, poichè l'attività di gestione del bar non rientra tra le finalità statutarie della **omissis**.

L'argomentazione offerta della S.A. di essersi trovata inaspettatamente di fronte alla necessità di affidare ad altro soggetto la gestione del bar/ristoro a causa della decisione del gestore di cessare l'attività, non appare attendibile, risultando dagli atti che il contratto in essere con l'allora gestore si espletava in regime di "proroga tecnica" "sino all'affidamento della nuova concessione", come approvata con DGC n. 33 del 5.6.2017 ed attuata con Determinazione n. 49 del 7.6.2017 (v. D.G.C. n. 24 dell'11.4.2019).

Occorre rilevare sul punto, che essendo la "proroga tecnica" strumento volto a consentire la limitata prosecuzione del rapporto contrattuale in corso, nelle more dell'espletamento di una nuova procedura di gara, nell'oggetto del nuovo affidamento della concessione per la gestione dell'impianto sportivo, ben poteva essere ricompresa anche la gestione del bar e al momento del subentro del nuovo affidatario il regime di proroga tecnica avrebbe trovato l'automatica conclusione.

Sulla questione viene inoltre asserito che la scelta di mutare il rapporto contrattuale da concessione a locazione commerciale della gestione del bar rientra nella legittima discrezionalità amministrativa.

Anche tale affermazione non risulta corretta, dovendosi rilevare al riguardo che l'art. 167 del Codice dispone, al comma 1, che il valore della concessione, ai fini di cui all'art. 35, è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi. La ratio della norma consiste nel garantire che il valore della concessione sia correlato al complesso degli introiti che possono essere ricavati, sotto qualsiasi forma, dal concessionario. Ne consegue che dovevano essere ricompresi nel valore della concessione tutti i servizi esistenti nell'impianto sportivo.

f) aumento delle tariffe

L'ulteriore segnalazione dell'esponente evidenziava che l'aumento delle tariffe agli utenti degli impianti sportivi di circa il 70%, deliberato nel marzo 2020, a parità di numero di utenti poteva comportare un incremento delle entrate del privato contraente di poco inferiore a 130.000,00 euro.

Nella CRI è stato richiesto alla S.A. di controdedurre sul punto al fine di verificare se l'entità di detto aumento di incassi potesse non essere più coerente col valore della concessione stimato in € 185.000,00, ritenuto che ai sensi del citato art. 167, esso è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA.

La S.A. nelle controdeduzioni in sede di audizione ha rappresentato che le tariffe per l'uso degli impianti sportivi non hanno subito un aumento del 70%, ma con la D.G.C. 11/2020 l'ente ha inteso uniformarle al fine di eliminare le rilevanti differenze precedentemente esistenti tra le associazioni **omissis** e non **omissis**, scelta che ha fondamento nella discrezionalità dell'amministrazione comunale; tantomeno detta revisione ha comportato un incremento delle entrate del privato gestore di 130.000,00 euro, considerato poi che la sospensione delle attività sportive negli ultimi due anni a causa dell'emergenza epidemiologica ha drasticamente ridotto se non azzerato le entrate.

Gli elementi documentali forniti dalla S.A. non consentono di riscontrare se gli aumenti tariffari per l'uso degli impianti sportivi dalla stessa autorizzati in fase di esecuzione del contratto abbia determinato un potenziale significativo incremento delle entrate del privato contraente.

Come precedentemente rappresentato, anche tale azione potrebbe integrare fattispecie vietata dal citato art. 175 del Codice, concretizzando una modifica sostanziale dell'equilibrio economico finanziario del privato contraente, attraverso l'introduzione di condizioni che se fossero state contenute nella procedura di affidamento iniziale avrebbero potuto attirare ulteriori partecipanti con la possibilità per la S.A. di raffrontare più offerte per sceglierne la migliore.

P.Q. M.

Il Consiglio

Alla luce degli elementi documentali esaminati e del quadro normativo di riferimento, **comunica al Comune di omissis** la definizione del presente procedimento di vigilanza ai sensi dell'art. 21 del vigente Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici" di cui alla Delibera ANAC 04.07.2018 n. 803, pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità, approvata nell'adunanza del 16 febbraio 2022, **contestando di aver posto in essere una procedura di affidamento distorta e non conforme alla normativa di settore per i profili di seguito indicati:**

- **non aver determinato la rilevanza economica della gestione dell'impianto sportivo;**
- **violazione dei principi di concorrenza e trasparenza** nell'accordare al concessionario affidamenti aggiuntivi della costruzione dei campi di padel tennis e della gestione del bar senza negoziazione, che resi noti a priori avrebbero consentito una maggiore partecipazione degli operatori economici;
- **non aver aggiornato il piano economico finanziario** coerente con le attività oggetto della concessione e il successivo affidamento;
- **l'affidamento della realizzazione e della gestione dei campi di padel** disposta in favore dell'operatore economico diverso dall'aggiudicatario, sulla base di una generica proposta contenuta nell'offerta tecnica configura la sussistenza di una variante non consentita dalla normativa vigente, oltre ad essere stato conferito in assenza delle garanzie richieste dalle regole della contrattualistica pubblica, sotto il duplice profilo della scelta degli offerenti dotati degli specifici requisiti generali e speciali e del vaglio di un'offerta concreta e sostenibile dal punto di vista tecnico ed economico finanziario.

Richiama pertanto l'amministrazione comunale del Comune di **omissis** all'osservanza delle disposizioni vigenti in materia di contratti pubblici di cui al Codice dei contratti, D. Lgs 50/2016 e dei principi posti a tutela della trasparenza e della concorrenza nelle procedure di affidamento delle commesse pubbliche.



Avv. Giuseppe Busia

Firmata digitalmente l' **8 marzo 2022**