

Prot. n. 39694/20  
Genova , 28.09.20

Al Direttore Direzione Patrimonio e Sviluppo Economico  
Al Dirigente del Servizio Patrimonio  
Al Responsabile dell'ufficio patrimonio

Oggetto: corretto inquadramento giuridico delle diverse fattispecie di uso in godimento di beni di proprietà pubblica. Direttiva.

#### Premesso

I beni appartenenti agli Enti Pubblici sono disciplinati dal codice civile e dal codice della navigazione. Essi si distinguono in beni demaniali, beni patrimoniali indisponibili e beni patrimoniali disponibili. Le prime due categorie di beni hanno lo stesso regime giuridico ossia:

- Sono inalienabili;
- Non sono soggetti ad usucapione;
- Non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi (quindi non possono essere oggetto di contratti di locazione, comodato, costituzione di diritti reali di godimento);
- L'uso eccezionale di questi beni da parte di privati è conferito con atto autoritativo chiamato concessione, che è ampiamente discrezionale, può essere revocata in qualsiasi momento per motivi di interesse pubblico, e comporta di norma la corresponsione di un canone di concessione. Si può accompagnare ad un atto convenzionale variamente denominato, e in tali casi si parla di concessione- contratto.
- L'autorità amministrativa può tutelarne il possesso con atti autoritativi o alternativamente può esperire le azioni possessorie previste dal codice civile (art 823 c.2 cc).

I beni demaniali sono quelli elencati dal codice civile, ossia strade, acquedotti, ferrovie, gli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia; le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche etc. (art 822 cc)

I beni patrimoniali indisponibili sono immobili di proprietà pubblica destinati a pubblico servizio, quali la sede istituzionale dell'Ente, gli impianti sportivi, etc.. (art. 826 c.2 cc)

Il restante patrimonio di proprietà pubblica non destinato ad un pubblico servizio ha la natura giuridica di patrimonio disponibile ed è soggetto alle ordinarie regole di diritto privato, quanto ai contratti di godimento personale e reale, sono alienabili, possono essere oggetto di usucapione e così via.

Per individuare i soggetti privati a cui conferire l'uso eccezionale su un bene demaniale o patrimoniale indisponibile, occorre tenere conto delle vigenti norme, anche quelle speciali e della direttiva Bolkestein che ad esempio stabilisce la necessità di procedure selettive per la concessione del demanio marittimo.

Per l'occupazione del demanio stradale, di norma non sono previste procedure selettive, ma nei regolamenti degli Enti è disciplinato un procedimento ad istanza di parte a cui consegue il

pagamento di un canone (cosap) o di una tassa (tosap) e che si conclude con un provvedimento di concessione.

Una fattispecie particolare è rappresentata dai beni immobili in cui viene svolto un pubblico servizio, come gli impianti sportivi. In questi casi ciò che è preponderante è la gestione del servizio a cui la concessione del bene in uso è strumentale. Infatti le procedure selettive dirette alla scelta del contraente tengono conto dei requisiti specifici degli operatori economici che si propongono come gestori.

Analogo discorso va fatto per le concessioni di beni culturali, quali musei, pinacoteche, che richiedono per la loro gestione requisiti specifici degli operatori economici che concorrono. Anche in questo caso la concessione in uso del bene è strumentale allo svolgimento del servizio.

Il carattere strumentale della concessione in uso dei beni rispetto alla concessione dell'attività di valorizzazione del bene culturale, è evidenziato dal comma 8 dell'articolo 115 del decreto legislativo n. 42/2004: "Alla concessione delle attività di valorizzazione può essere collegata la concessione in uso degli spazi necessari all'esercizio delle attività medesime, previamente individuati nel capitolato d'oneri. La concessione in uso perde efficacia, senza indennizzo, in qualsiasi caso di cessazione della concessione delle attività."

Lo strumento giuridico previsto per la concessione di valorizzazione dei beni culturali è il contratto di servizio in cui sono previsti "i contenuti del progetto di gestione delle attività di valorizzazione ed i relativi tempi di attuazione, i livelli qualitativi delle attività da assicurare e dei servizi da erogare, nonché le professionalità degli addetti. Nel contratto di servizio sono indicati i servizi essenziali che devono essere comunque garantiti per la pubblica fruizione del bene".

Da un punto di vista generale la distinzione tra concessione di beni e concessione di servizi è evidenziata dal comma 1 dell'art. 164 del decreto legislativo n. 50/2016. La concessione di servizi riguarda uno dei servizi elencati nell'allegato 2, mentre la concessione di beni si riferisce alla fattispecie in cui:

- La pubblica amministrazione autorizza l'esercizio di un'attività economica, stabilendone modalità e condizioni;
- Quando tale attività economica si svolge mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici;

"In ogni caso, le disposizioni della presente Parte non si applicano ai provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici." (art. 164 comma 1 secondo periodo dlgs n. 50/2016)

E' evidente che la concessione di beni del demanio o patrimonio per svolgervi una attività ricettiva, di somministrazione di alimenti e bevande e simili, non sia una concessione di servizi, ma una concessione di beni. L'attività economica dei privati è infatti ascritta alla libera iniziativa imprenditoriale di cui all'articolo 41 della Costituzione e pertanto la concessione di beni non deve spingersi a limitarne la portata, in quanto la causa del provvedimento concessorio è quella di concedere un uso eccezionale del bene, rispetto al quale possono essere poste delle limitazioni in ragione dell'integrità del demanio o patrimonio indisponibile, o per disciplinare i residui usi pubblici, non sicuramente per imporre limiti all'attività economica, che deve essere organizzata dall'imprenditore. Non si tratta infatti di pubblici servizi.

Solo i pubblici servizi possono formare oggetto di concessione o appalto, e si ricorre all'una o all'altra figura in ragione del trasferimento del rischio operativo, necessario nella concessione ma non nell'appalto.

Inoltre le norme sulla scelta del concessionario di lavori o servizi non si applicano ai casi di servizi privi di rilevanza economica, ma a questi ultimi si applicano le procedure ordinarie relative agli appalti, come sostenuto dall'Anac.

La concessione di servizi è correttamente definita dall'articolo 3 comma 1 lettera vv) del decreto legislativo n. 50/2013 e si caratterizza per i seguenti elementi:

- Ha ad oggetto l'esecuzione di servizi;
- Ha come corrispettivo il diritto dell'operatore economico di gestire il servizio;
- Il rischio operativo deve essere trasferito in capo al gestore;

In coerenza con le norme europee, è possibile una contribuzione pubblica quale corrispettivo degli obblighi di servizio pubblico, contribuzione che tuttavia non può essere superiore al 49% del costo dell'investimento complessivo, e che non deve determinare un trasferimento del rischio operativo dal gestore al concedente.

Il comma 2 dell'articolo 165 del decreto legislativo n. 50, evidenzia come il trasferimento del diritto di godimento degli immobili al concessionario di pubblici servizi, sia una eventualità legata al raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario e sia riconducibile alle contribuzioni pubbliche ammesse dai Trattati Europei come corrispettivo dell'obbligo di servizio pubblico.

**Comma 2 art. 165:** "L'equilibrio economico finanziario definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari".

La concessione e locazione di valorizzazione sono entrambe richiamate inoltre dall'articolo 3 bis del decreto legge n. 351/2001 convertito in legge 410/2001, la cui applicabilità agli Enti Locali è indicata dall'articolo 58 del decreto legge n. 112/2008.

Comma 6 articolo 58 decreto legge n. 112/2008 e s.m.i.:

"La procedura prevista dall'articolo 3-bis del decreto-legge 25 settembre 2001 n. 351, convertito con modificazioni dalla legge 23 novembre 2001 n. 410, per la valorizzazione dei beni dello Stato si estende ai beni immobili inclusi negli elenchi di cui al comma 1. In tal caso, la procedura prevista al comma 2 dell' articolo 3-bis del citato decreto-legge n. 351 del 2001 si applica solo per i soggetti diversi dai Comuni e l'iniziativa è rimessa all'Ente proprietario dei beni da valorizzare. I bandi previsti dal comma 5 dell' articolo 3-bis del citato decreto-legge n. 351 del 2001 sono predisposti dall'Ente proprietario dei beni da valorizzare."

La concessione di valorizzazione è uno strumento di partenariato pubblico privato che consente di dare in concessione a privati con gara ad evidenza pubblica immobili di proprietà dello Stato o degli enti locali in concessione/locazione, a titolo oneroso, per un periodo fino a 50 anni.

L'obiettivo è quello di effettuare interventi di riuso, restauro, ristrutturazione, anche con l'introduzione di nuove destinazioni d'uso finalizzate allo svolgimento di attività economiche o attività di servizio per i cittadini. Nel caso di immobili vincolati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, gli interventi di riuso/restauro/ristrutturazione devono essere finalizzati a "conservare" l'interesse storico, artistico o culturale dell'immobile senza, in alcun caso, limitare o rovinare tale patrimonio.

Sempre nell'ambito dell'ampio concetto di partenariato pubblico/privato, l'articolo 58 del decreto legge n. 112/2008 prevede la costituzione di fondi immobiliari di investimento o il conferimento dei beni a fondi già costituiti.

Gli apporti o trasferimenti di immobili in Fondi immobiliari devono avvenire sulla base di progetti di utilizzo o di valorizzazione approvati con delibera dell'organo di governo dell'ente proprietario dei beni, previa selezione della Società di gestione del risparmio che dovrà gestire il Fondo.

Generalmente, sulla base di tali progetti, il fondo (o meglio la SGR che lo gestisce) si assume l'impegno di realizzare gli interventi di riqualificazione degli immobili in esso apportati, ponendoli a disposizione delle Amministrazioni interessate e dei privati, una volta completati, in cambio del riconoscimento di un periodo di gestione dei beni realizzati ovvero di un canone di locazione.

Tutto ciò premesso e considerato

Si formulano le seguenti indicazioni in merito alla gestione del patrimonio immobiliare della Città Metropolitana di Genova:

- L'atto fondamentale di competenza politica è il piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari di cui all'articolo 58 del decreto legge n. 112/2008, e come tutti gli atti di programmazione, se redatto con adeguata ponderazione e visione, consente a valle di gestire il patrimonio nell'ambito delle norme vigenti, con procedure trasparenti e senza ulteriori atti di indirizzo politico.
- Il piano delle alienazioni e valorizzazioni di cui all'articolo 58 del 112/2008 può trovare ambiti di condivisione con i Comuni nel cui territorio sono collocati i beni da valorizzare, al fine di modificarne eventualmente le destinazioni urbanistiche.
- Tra le opzioni da valutare, previste dalla normativa vigente, è necessario considerarle tutte, con una valutazione costi-benefici, tra alienazione previa valorizzazione urbanistica, concessione/locazione di valorizzazione di cui all'articolo 3 bis del dl 351/2001, locazione ordinaria, concessione ordinaria, conferimento o costituzione di fondi immobiliari di investimento, altre operazioni di costituzione o modificazione di diritti reali immobiliari.
- Per quanto riguarda gli atti amministrativi attuativi del piano, si rappresenta che gli stessi sono di competenza dirigenziale, ai sensi dell'articolo 107 del decreto legislativo n. 267/2000.
- Con particolare riguardo ai contratti di comodato, si evidenzia che gli stessi sono contratti di godimento personale di beni immobili del patrimonio disponibile, caratterizzati dalla gratuità, e pertanto da un punto di vista amministrativo, sono riconducibili ai vantaggi economici di cui all'articolo 12 della legge n. 241/1990 e ai relativi regolamenti attuativi. Inoltre il vantaggio economico indiretto, se superiore a 1000 euro annui, è oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto legislativo n. 33/2013.
- Quanto alle procedure di scelta del contraente, si ribadisce la fondamentale distinzione tra contratti attivi e contratti passivi della pubblica amministrazione, significando che per i contratti attivi, ossia, quelli da cui scaturisce una entrata, come le locazioni e le alienazioni, le procedure di scelta del contraente sono di norma l'evidenza pubblica come previsto dalla legge sulla contabilità dello Stato. Se viceversa si tratta di concessione o appalti di servizi, le procedure di scelta del contraente sono quelle del decreto legislativo n. 50/2016 nelle rispettive parti riferite alla concessioni e agli appalti.
- Le concessioni/locazioni di valorizzazione tipizzate dal legislatore, in particolare quella generale di cui all'articolo 3 bis del decreto legge n. 351/2001, hanno ad oggetto interventi di valorizzazione degli immobili, e come corrispettivo il diritto di gestire il servizio o, anche un canone di locazione che la pubblica amministrazione paga alla società di gestione, scelta con gara, per l'utilizzo degli immobili valorizzati.

- Nel caso di concessioni/locazioni di valorizzazione, poiché il contratto ha ad oggetto lavori da svolgere sugli immobili, i requisiti di qualificazione dell'operatore economico sono quelli previsti dal codice appalti.

### *Conclusioni*

Si invitano i responsabili dell'istruttoria del servizio patrimonio, a procedere come indicato nella presente direttiva, avendo cura di qualificare il bene oggetto di gestione, (demaniale, patrimoniale indisponibile, disponibile) alla luce di quanto previsto nel piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari, che è atto presupposto e va richiamato. E' inoltre necessario chiarire la natura giuridica del contratto che si va a porre in essere, in relazione alla causa dello stesso e delle varie norme applicabili, pur dando atto che il nomen juris utilizzato non vale a conferire una natura giuridica diversa da quella propria, e pertanto se viene conferito l'uso di un bene disponibile in cambio di un canone è locazione e non concessione, se manca il canone è comodato, così invece è concessione quella avente ad oggetto le strade, le piazze, impianti sportivi, musei ad esempio. Tuttavia si segnala che una inesatta qualificazione giuridica del contratto che si va a porre in essere, determina una serie di conseguenze applicative in merito ad esempio ai requisiti di qualificazione e alla procedure applicabili, di fondamentale importanza ai fini della legittimità dell'intera procedura.

Firmato digitalmente

(Il Segretario Generale)  
Dr.ssa Concetta Orlando