

PG/2018/ 231512 del 11/07/2018

Spett. A.N.A.C.

**Oggetto: Richiesta di parere in merito all'applicazione dell'art. 164 del D.Lgs. 50/2016.**

Al fine di definire le procedure per la valorizzazione del patrimonio della scrivente Azienda, preme porre un quesito in merito a quanto di seguito rappresentato:

- l'art. 164, comma 1, del D. Lgs.50/16 così recita (sottolineate le parti ritenute di rilevante interesse): *"le disposizioni di cui alla presente parte definiscono le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi indette dalle amministrazioni aggiudicatrici nonché dagli enti aggiudicatori qualora i lavori o i servizi siano destinati ad una delle attività di cui all'allegato II. 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"*;

- nell'allegato II, citato nel primo periodo del comma 1 dell'art. 164, non vi è alcuna menzione alla somministrazione al pubblico, a mezzo di macchinette automatiche distributrici o con altro mezzo, di alimenti e bevande, né ad altre attività di tipo commerciale (in senso lato);

- il secondo periodo del comma 1 del citato articolo 164, in combinato disposto con il primo, a parere di questa stazione appaltante è di chiarissima lettura, e dispone quanto segue:

- 1) le amministrazioni aggiudicatrici
- 2) autorizzano l'esercizio di un'attività economica
- 3) anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici
- 4) stabilendone modalità e condizioni
- 5) a richiesta di un O.E.
- 6) la disposizione si applica a tutti i provvedimenti conformi alla fattispecie, comunque denominati.

- questa Azienda ha dapprima previsto nel proprio atto aziendale e poi costituito una struttura denominata "Logistica e Valorizzazione del Patrimonio" che ha, tra gli altri, il compito di mettere a reddito il patrimonio non direttamente utilizzato per le funzioni istituzionali; tra le iniziative che ci si accinge ad assumere vi è quella della locazione a terzi di spazi ed aree, all'interno di immobili, e di fondi di proprietà in cui esercire attività commerciali (bar, edicole, ecc.), o collocare distributori automatici di alimenti e bevande o coltivare il fondo qualora trattasi di fondi rustici ecc., ponendo limiti alla tipologia di attività esperibili (ad esempio, vietando le rivendite di tabacchi o l'esercizio di attività connesse a giochi d'azzardo), e stabilendo modalità, termini e condizioni economiche per la stipulazione dei relativi contratti;

- questa Azienda non è iscritta nella camera di commercio per svolgere tali attività, né ha intenzione di svolgere quelle attività in proprio perché del tutto estranee ai propri fini istituzionali (tutela della salute, erogazione di servizi sanitari e socio sanitari),

- negli anni passati una delle ASL che sono state incorporate da quest'Azienda (precisamente la ex ASL di Olbia) aveva bandito procedure competitive aperte al pubblico per affidamenti analoghi, generando i relativi CIG; tuttavia, in seguito a contraddittorio con AVCP, i CIG furono annullati: **si allega nel fascicolo sub 1** la corrispondenza intercorsa tra la ex ASL di Olbia e l'AVCP che ha portato all'annullamento dei CIG relativi a contratti con i quali sono stati assegnati a privati locali e spazi commerciali, inclusi quelli per la collocazione di

distributori di alimenti e bevande, dietro corrispettivo di un canone di locazione, in quanto furono ritenuti dall'Autorità non sottoposti alla normativa di riferimento sugli appalti pubblici e, quindi, sulla tracciabilità dei flussi finanziari.

**In conclusione, allo scopo esclusivo di acquisire risorse finanziarie:**

- 1) la scrivente Azienda (che è amministrazione aggiudicatrice)**
- 2) vuole autorizzare l'esercizio di attività economiche**
- 3) mediante l'utilizzo di beni immobili pubblici (propri o nella propria disponibilità)**
- 4) stabilendone modalità e condizioni (regole contrattuali)**
- 5) assegnando gli spazi a richiesta di un O.E., nell'ambito delle regole della procedura aperta alla concorrenza per l'individuazione del contraente che di volta in volta avrà predeterminato;**
- 6) individuando (e quindi denominando) la tipologia contrattuale nella locazione commerciale o di affitto di fondo rustico.**

***L'assegnazione avrebbe luogo, quindi, con procedure competitive ma nell'esercizio della propria attività di diritto privato, cui si applicano i principi generali di trasparenza, imparzialità, pubblicità, economicità ed efficacia ma non la disciplina del D. Lgs. 50/2016 sugli appalti di beni, servizi e lavori e sulle concessioni di lavori e servizi.***

Tuttavia, si è presa visione della sentenza del Consiglio di Stato, sezioni unite, n. 00022/2016 del 27/07/2016, che ha invece qualificato l'affidamento da parte di una ASL della gestione a terzi di distributori automatici di alimenti e bevande nelle strutture sanitarie e ospedaliere come concessione di servizio pubblico e, pertanto, l'ha ritenuta soggetta all'applicazione del Codice degli appalti; la parte motivazionale della stessa sentenza ha individuato gli elementi caratterizzanti tale fattispecie come sinteticamente riassunto nel seguito:

- 1) "assunzione, da parte del concessionario, del fattore rischio, implicato dalla traslazione al gestore dell'incertezza sull'utilità economica dell'erogazione del servizio";
- 2) "somministrazione del servizio a favore della generalità degli utenti, e non solo alla pubblica amministrazione";
- 3) "esclusiva coincidenza del corrispettivo con il diritto di sfruttare economicamente il servizio, ovvero in tale diritto accompagnato da un prezzo;
- 4) "traslazione ad un soggetto privato della facoltà di esercizio di quest'ultimo, fermo restando la titolarità della funzione in capo all'amministrazione concedente".

Rispetto ad essi:

- 1) qualunque operatore economico che prenda in locazione uno spazio a fini commerciali o agricoli non subordina il buon esito del contratto di locazione ad alcuna assunzione del rischio di impresa nella conduzione dell'attività commerciale o agricola (benché possa, stipulato il contratto di locazione e qualora questo lo consenta, procedere anche alla somministrazione al pubblico di alimenti e bevande a pagamento)
- 2) non solo il concessionario, ma anche chi eserciti l'attività di ristoratore, bar, rivendita tramite distributori automatici avendo acquisito gli spazi in virtù di un contratto di locazione (per di più, con definizione dello scopo), può legittimamente vendere al pubblico indistinto, se in regola con le licenze, autorizzazioni e permessi comunque denominati necessari;
- 3) non solo il concessionario, ma anche chi acquisisce in locazione spazi ad uso commerciale o agricolo da parte della pubblica amministrazione può utilizzarli per i fini commerciali o agricoli previsti in contratto, dietro corrispettivo di un prezzo;
- 4) questa azienda non ha tra le proprie funzioni l'esercizio in gestione diretta di bar o di altre attività commerciali, di attività agricole né la vendita indistinta al pubblico di alimenti e bevande; quest'azienda non è qualificata per farlo né è iscritta a tale scopo alla CCIAA; è invece già dotata di partita IVA ed emette regolari fatture,

assoggettate ad Iva quando prevista, anche nei confronti di coloro che conducano in locazione beni immobili o mobili inclusi nel proprio patrimonio.

Pertanto, anche alla luce di detta sentenza, sembra che la lettura del Codice data dalla scrivente Azienda sia corretta.

Tuttavia, prima di procedere con la propria programmazione (sia della gestione del patrimonio, sia degli appalti), si ritiene opportuno chiedere a Codesta Autorità di fornire parere al riguardo.

La struttura di questa Azienda che ha condotto l'istruttoria è a disposizione per qualsivoglia necessità.

Distinti saluti.

Istruttoria:

Dipartimento gestione accentrata acquisti e logistica

Il Direttore

Roberto di Gennaro

L'istruttore

Ornella Serreri

**Il Direttore Generale**  
**ATS Sardegna**  
**Dott. Fulvio Moirano**