

Deliberazione n. 75 Adunanza del 1° agosto 2012

Fascicolo n. 1318/2012

Oggetto: procedura aperta per la locazione di un immobile commerciale di proprietà comunale sito nel Centro Culturale Comunale De Andrè per l'attivazione al suo interno di un pubblico esercizio e per la stipula del contratto per la fornitura del servizio di chiusura e apertura ingressi e spazi presso il centro Culturale Comunale De Andrè

Stazione appaltante: Comune di Inzago

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;

Vista la relazione della Direzione generale vigilanza lavori, servizi e forniture.

Considerato in fatto

E' pervenuta a questa Autorità una segnalazione riguardante la procedura di aggiudicazione in oggetto, nella quale si contesta oltre alla sussistenza di diverse criticità nella lex di gara rispetto alla durata dell'affidamento, alle modalità prescritte per il rilascio della cauzione, ai criteri di valutazione delle offerte, anche la tipologia contrattuale utilizzata dalla stazione appaltante. Infatti, il bando di gara riguarda la scelta del conduttore di un immobile appartenente al patrimonio indisponibile dell'ente adibito a Centro Culturale Comunale che, secondo il segnalante, poteva, invece, essere assegnato solo in forza di provvedimento concessorio.

Anche alla luce di quanto emerso nel corso di altre istruttorie avviate di recente dall'Autorità, è sembrato opportuno approfondire il profilo da ultimo evidenziato per quanto attiene alla riconducibilità del contratto in questione allo schema della concessione di servizi di cui all'art. 30 del codice dei contratti, piuttosto che a quello del contratto di locazione di locale commerciale. Pertanto, mediante la comunicazione di avvio dell'istruttoria, è stata prospettata alla stazione appaltante la possibilità che la messa a disposizione dell'immobile di proprietà comunale costituisca un accordo necessario ma al contempo funzionale alla realizzazione dell'oggetto principale dell'affidamento, concernente appunto il servizio bar da offrire agli avventori del centro culturale comunale. Peraltro, la diversa qualificazione del rapporto in termini di contratto di locazione di locale commerciale, potrebbe aver inciso sul valore dell'affidamento, che è stato calcolato considerando il solo canone di locazione dovuto dal conduttore e non i ricavi derivanti dalla gestione dell'esercizio commerciale. Infine, è stata prospettata la necessità di verificare se la non corretta determinazione del valore dell'affidamento abbia anche determinato la mancata conformazione agli oneri di pubblicazione e a quelli di contribuzione nei riguardi di questa Autorità.

Con nota registrata al n. 59186 del protocollo generale di questa Autorità il 14 giugno 2012, la stazione appaltante ha fatto pervenire le proprie considerazioni in merito alla questione proposta, descrivendo in primo luogo quali sono le attività che si svolgono nel centro culturale De Andrè; l'immobile ospita una scuola di musica, dei corsi di lingua, eventi istituzionali o di altro genere organizzati per la cittadinanza (mostre, feste, sagre etc.), un punto di informazione per i giovani e due sedi di associazioni locali. Il Centro ospita, inoltre, un auditorium gestito direttamente dal Comune per finalità istituzionali e che può essere concesso in uso a privati e la biblioteca comunale. Intento della stazione appaltante sarebbe stato quello di concedere in locazione una sala sita in prossimità dell'ingresso per consentire ad un privato l'attivazione di un esercizio commerciale "aperto a chiunque ed autonomo rispetto alle attività esercitate nel centro"; pertanto, si è ritenuto opportuno individuare il canone di locazione sulla base dei valori reperiti presso il sito dell'Agenzia del Territorio. Al contempo, essendo stata riscontrata la necessità di un servizio di apertura e chiusura delle sale del centro nei giorni e negli orari in cui il personale del comune non è in servizio, la stazione appaltante ha ritenuto opportuno richiedere al nuovo conduttore dei locali commerciali in discorso di assicurare anche tale prestazione accessoria. Pertanto, è stato quantificato l'importo da corrispondere a fronte del predetto servizio e si è ritenuto necessario espletare una procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente proprio perché, sebbene il contratto di locazione è escluso dall'ambito di applicazione del codice, diversamente deve concludersi per il servizio accessorio concernente l'apertura e chiusura del Centro, che costituisce un appalto di servizi.

Nella propria memoria, infine, la stazione appaltante richiama alcune recenti pronunce in tema di collocazione di distributori automatici di generi di ristoro/conforto in una struttura pubblica, nelle quali si conclude che detta attività debba essere qualificata in termini di concessione di servizio pubblico ai sensi dell'art. 30 d.lgs. n. 163/2006, in quanto l'affidamento concerne "non solo la concessione in uso, da parte dell'istituto, dei locali ove installare i distributori, quanto e soprattutto l'assunzione in capo all'impresa aggiudicataria di tutti gli oneri e degli obblighi afferenti la gestione del servizio di somministrazione espletato tramite i distributori medesimi" (Tar Puglia Bari, sentenza 12 aprile 2012, n. 716 e giurisprudenza ivi richiamata). Nel caso in esame, non ricorrerebbero le condizioni appena descritte dalla giurisprudenza che consentono di ritenere che l'attività costituisca

un servizio pubblico, in quanto al contrario si tratterebbe dell'apertura di un esercizio commerciale destinato non agli utenti del centro "ma al quisque de populo che dovesse avervi necessità".

Ritenuto in diritto

Preliminarmente occorre rilevare che non può escludersi la possibilità che un ente locale stipuli un contratto di locazione ad uso commerciale, mediante il quale a fronte di un corrispettivo, si obblighi a far godere al conduttore un immobile di sua proprietà per un dato tempo. In tal caso, l'amministrazione precedente agisce iure privatorum, al di fuori dell'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, in quanto sottoscrive un contratto che non ha ad oggetto lavori, servizi o forniture e che oltretutto, diversamente dagli appalti, è riconducibile nel novero dei contratti attivi, secondo la tradizionale distinzione operata dalla legge di contabilità generale dello Stato. Per completezza si rileva anche che l'ipotesi non ricadrebbe neppure nella definizione di cui alla lett. a) dell'art. 19 del codice dei contratti concernente contratti di servizi esclusi, giacchè la stessa si riferisce solo a quelle nelle quali la stazione appaltante stipula un contratto di locazione (in questo caso invece riconducibile nella categoria dei contratti passivi) nella veste di conduttore. Resta fermo però che l'utilizzo del contratto di locazione di un immobile ad uso commerciale non può, in ogni caso, costituire lo strumento per l'attribuzione senza limiti di tempo di posizioni di privilegio concorrenziale senza il necessario espletamento di una previa procedura di evidenza pubblica; pertanto, occorre sempre verificare che non si tratti di fattispecie per le quali invece è certamente doveroso lo svolgimento di una procedura comparativa di scelta del contraente.

Così, ove si tratti di gestione di beni di proprietà dello Stato suscettibili di sfruttamento economico vengono in rilievo, per la scelta del concessionario, le regole di evidenza pubblica di cui al d.p.r. n. 296/95; il medesimo principio è stato affermato dalla giurisprudenza anche per gli enti locali sebbene non sia prevista una regolamentazione analoga, in quanto "la mancanza di una procedura competitiva circa l'assegnazione di un bene pubblico suscettibile di sfruttamento economico, introduce una barriera all'ingresso al mercato, determinando una lesione alla parità di trattamento, al principio di non discriminazione ed alla trasparenza tra gli operatori economici, in violazione dei principi comunitari di concorrenza e di libertà di stabilimento" (cfr. Consiglio di Stato sez. V sentenza decisione 31 maggio 2011 n. 3250).

Anche per le concessioni di servizi di cui all'art. 30 del codice dei contratti, non soggette alle disposizioni sull'affidamento dei contratti di appalto, come noto, sussiste l'obbligo per la stazione appaltante di individuare il gestore nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza.

Nel caso di specie, la stazione appaltante ritiene di essersi mossa al di fuori dell'ambito di applicazione del codice dei contratti avendo inteso sottoscrivere un contratto di locazione; la procedura di gara in applicazione del d.lgs. 163/06 è stata bandita solo in quanto si è proceduto contestualmente all'affidamento del servizio di apertura e chiusura del Centro.

Al fine di individuare la normativa applicabile nel caso in esame, sembra utile riferirsi proprio agli atti relativi alla procedura bandita dalla stazione appaltante dai quali emerge in modo oggettivo la finalità da quest'ultima perseguita. Infatti, sebbene il bando contenga alla voce "normativa di riferimento" un richiamo alla legge n. 392/78 "disciplina delle locazioni di immobili urbani", sembrerebbe che l'amministrazione precedente non abbia inteso semplicemente concedere in uso ad un privato dei locali commerciali di sua proprietà, giacchè questa opzione presupporrebbe un disinteresse rispetto alla specifica attività commerciale che verrà avviata; la lettura del bando consente, invece, di concludere che l'intento è stato piuttosto quello di garantire all'interno del polo culturale cittadino, uno specifico servizio aggiuntivo di caffetteria/ristoro connotato da requisiti ben definiti. Infatti, non solo si chiarisce che questa è l'unica attività commerciale che si potrà avviare, ma si prevede di selezionare l'offerta in relazione alle caratteristiche dell'allestimento che dovrà risultare in sintonia con le attività svolte all'interno del Centro; inoltre, attraverso l'attribuzione di uno specifico punteggio, la stazione appaltante mostra di ritenere rilevante la commercializzazione di prodotti tipici locali o di paesi in via di sviluppo, artigianali e artistici.

La fattispecie sembra riconducibile o comunque analoga a quella dei servizi aggiuntivi museali istituiti dall'art. 4 del d.l. n. 433 del 1992 (convertito in legge n. 4 del 1993, c.d. legge Ronchey), consistenti oltre che nella assistenza agli utenti dei siti culturali o museali, in servizi editoriali, nella vendita di riproduzioni di beni culturali, nella realizzazione di materiale informativo, beni librari archivistici, anche in servizi di caffetteria e ristorazione. L'art. 117 del codice dei beni culturali definisce tutte queste attività, servizi per il pubblico e ne consente la gestione, oltre che in forma diretta, anche tramite concessione a terzi, scelti mediante procedure di evidenza pubblica ".....sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti". Quanto all'ambito di applicazione della disposizione, si rileva che l'art. 117 citato si applica agli istituti e ai luoghi della cultura indicati all'articolo 101, ossia quelli che appartengono a soggetti pubblici e sono destinati alla pubblica fruizione ed espletano un servizio pubblico; nella definizione rientrano i musei, gli archivi, le aree e i parchi archeologici, i complessi monumentali, ma anche le biblioteche.

Deve, dunque, concludersi che diversamente da quanto sostenuto dall'amministrazione precedente

non si è trattato di consentire ad un privato l'utilizzo di locali di proprietà pubblica, ma di affidare a degli operatori del settore l'espletamento di un servizio bar all'interno di complessi immobiliari destinati ad attività culturali e dove ha sede la biblioteca comunale. Nè sembra rilevante il rilievo opposto dalla stazione appaltante per cui l'attività commerciale è aperta a chiunque e non solo agli avventori del Centro, in quanto resta fermo che il bar-caffetteria è situato all'interno di un luogo che - come affermato dalla stessa stazione appaltante - è deputato all'erogazione di servizi pubblici alla cittadinanza, con la finalità di migliorarne l'offerta qualitativa.

Pertanto, poiché il servizio assume carattere preminente dal punto di vista economico rispetto alla locazione, occorre qualificare il rapporto in termini di concessione ai sensi dell'art. 30 del codice dei contratti. Sebbene la stazione appaltante abbia comunque provveduto al previo espletamento di una procedura di evidenza pubblica, occorre altresì calcolare il valore dell'affidamento nel rispetto delle regole di cui all'art. 29 del codice dei contratti, il quale impone di riferirsi al fatturato presunto derivante dalla gestione del servizio.

Sul punto, questa Autorità si è già pronunciata in diversi casi precedenti in cui si è avuto modo di chiarire "Come è noto, ai sensi dell'art. 29, commi 1, "il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto". Per le concessioni in particolare, nella nozione di "importo totale pagabile" è sicuramente da ricomprendere il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione. Infatti, così come nella stessa nozione è ricompreso il corrispettivo pagato dalla stazione appaltante nel caso di appalto, qualora si tratti di una concessione, non essendovi un prezzo pagato dalla stazione appaltante, ma solo quello versato dagli utenti, sarà quest'ultimo a costituire parte integrante dell'"importo totale pagabile" di cui è fatta menzione nella norma sopra citata; il canone a carico del concessionario potrà, altresì, essere computato ove previsto, ma certamente proprio in quanto solo eventuale non può considerarsi - come avvenuto nel caso di specie - l'unica voce indicativa del valore della concessione." (Cfr. Deliberazione n. 9 del 25 febbraio 2010).

La mancata indicazione del valore stimato dell'affidamento, tra l'altro, può aver reso più difficoltosa per le imprese interessate alla partecipazione alla gara, la formulazione di un'offerta economica consapevole.

Inoltre, l'erronea indicazione del valore del contratto può aver conseguentemente determinato la mancata assicurazione di un adeguato livello di pubblicità, che - in base a quanto da tempo chiarito dalla Commissione Europea nella Comunicazione interpretativa sulle concessioni del 2000 sulla scorta di orientamenti costanti della Corte di Giustizia - per le concessioni di servizi di importo superiore alle soglie comunitarie, consiste nella pubblicazione del relativo avviso sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (cfr. sul punto Deliberazione n. 73 del 20 luglio 2011 e Deliberazione n. 13 del 12 marzo 2010).

Infine, ulteriore conseguenza della non corretta valutazione dell'importo dell'affidamento, può essere anche l'erronea commisurazione del contributo dovuto a questa Autorità e delle cauzioni previste dal codice dei contratti pubblici, in quanto i relativi importi sono fissati proprio sulla base del predetto valore (cfr. rispettivamente art. 75 del codice dei contratti e deliberazione del 21 dicembre 2011 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 30 del 06 febbraio 2012, con cui si fissa l'entità della contribuzione dovuta a questa Autorità).

In base a quanto sopra considerato:

Il Consiglio

ritiene che:

- l'affidamento esaminato, concernente la gestione di un'attività di somministrazione di bevande ed alimenti all'interno del centro culturale cittadino, è da ricondurre nel novero delle concessioni di servizi, in quanto il servizio assume carattere preminente dal punto di vista economico rispetto alla locazione;

- il calcolo del valore dell'affidamento, anche ai fini dell'individuazione del livello di pubblicità da assicurare e del pagamento del contributo dovuto all'Autorità, deve essere effettuato nel rispetto delle regole di cui all'art. 29 del codice dei contratti, il quale impone di riferirsi al fatturato presunto derivante dalla gestione del servizio.

Dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Lavori, Servizi e Forniture affinché comunichi la presente deliberazione al Comune di Inzago ed inviti quest'ultimo a far conoscere le eventuali iniziative che intende adottare al riguardo.

Il Consigliere Relatore: Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 7 settembre 2012

Il Segretario: Maria Esposito