

N. 04343/2016REG.PROV.COLL.

N. 00638/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 638 del 2016, proposto da:

Liomatic Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Netti (C.F. NTTNDR79E09E783A) e Renato Perticarari (C.F. PRTRNT54T18E783V), con domicilio eletto presso lo Studio Placidi Snc in Roma, via Cosseria, n. 2;

contro

La Asl Brindisi, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Pierandrea Piccinni (C.F. PCCPND76S23D862V) e Maurizio Friolo (C.F. FRLMRZ64H09F152V), con domicilio eletto presso l'Avv. Barbara Cataldi in Roma, corso Rinascimento, n. 11;

nei confronti di

Ivs Italia Spa, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Puglia – Sezione staccata di Lecce, Sezione Seconda, n. 3609/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento in concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici e semiautomatici di alimenti e bevande.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Asl Brindisi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 settembre 2016 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Attilio Biava su delega di Andrea Netti e di Renato Perticarari e Maurizio Friolo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- In data 5 agosto 2015 la ASL di Brindisi ha spedito alla GUCE l'avviso di pubblicazione del bando di gara avente ad oggetto la "Procedura aperta per l'affidamento in lotto unico della concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici e semiautomatici di alimenti e bevande da collocarsi presso le strutture della ASL BR di Brindisi e della ASL TA di Taranto per la durata di 60 mesi".

Il termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara era previsto per il 5 novembre 2015.

1.1. - In data 24 settembre 2015 la società Liomatic ha chiesto chiarimenti in merito alle modalità relative al calcolo del valore della concessione senza ottenere risposta.

2. - Ritenendo di non essere in condizione di poter presentare l'offerta, ha impugnato - con ricorso notificato il 2 ottobre 2015 - il bando di gara e ogni atto con il quale la ASL di Brindisi aveva regolato o giustificato il valore della concessione.

Durante il giudizio dinanzi al TAR Puglia, Sezione staccata di Lecce, la ASL di Brindisi ha reso i chiarimenti richiesti, confermando che il valore della concessione era stato calcolato e parametrato esclusivamente al canone concessorio e non al fatturato; ha precisato che i dati economici riportati negli atti di gara dovevano ritenersi esaustivi ai fini della determinazione del canone riguardando la il numero, la tipologia e l'ubicazione dei distributori, tenuto anche conto che era stato previsto lo svolgimento di una attività di sopralluogo presso le strutture.

3. - Con la sentenza in forma semplificata, resa ai sensi dell'art. 60 c.p.a. il ricorso di primo grado è stato respinto.

Il primo giudice ha statuito che:

- per quanto riguarda la mancata indicazione del fatturato, nessun committente – pubblico o privato che sia – è in grado di attestare detti "importi" in quanto nei contratti di vending gli incassi dei distributori automatici non rappresentano un dato nella disponibilità del committente, non facendo parte dell'offerta economica in senso stretto;

- l'indicazione del potenziale fatturato generato dalla gestione del servizio mediante la propria organizzazione imprenditoriale, è desumibile dagli analitici elementi indicati dalla stazione appaltante nel capitolato speciale d'appalto, con particolare riferimento ai dati informativi relativi alla determinazione del bacino potenziale di utenza, alla descrizione del servizio, nonché al numero dei distributori e all'ubicazione degli stessi.

Ha poi aggiunto che il diritto di esclusiva non era previsto dal bando, né doveva ritenersi necessario nel particolare tipo di contratto, e che l'art. 143 del D.lgs. n. 163/2006 era inapplicabile al caso di specie.

4. - Avverso tale decisione la società Liomatic ha proposto appello deducendo, con il primo motivo, le censure di violazione degli artt. 29, 30 del D.Lgs. n. 163/06, di violazione della direttiva 2014/23/UE del 26/2/2014, di eccesso di potere sotto diversi profili, sostenendo di non aver potuto formulare un'offerta tale da garantire il rientro dell'investimento.

Con il secondo motivo, invece, lamenta l'omessa indicazione nel bando e negli atti di gara del diritto di esclusiva che avrebbe anch'esso contribuito a rendere impossibile la formulazione di un'offerta remunerativa.

Con il terzo motivo, infine, censura l'inserimento del criterio della cosiddetta "doppia leva" e cioè del rialzo sul canone offerto per distributore e del ribasso sui prezzi al pubblico dei prodotti indicati nel capitolato, rilevando che contrasterebbe con la previsione di cui all'art. 30, comma 2, del D.Lgs. 163/06.

5.- Si è costituita in giudizio l'Amministrazione appellata che ha controdedotto sulle censure proposte chiedendo il rigetto dell'impugnazione.

6. - Con ordinanza n. 813/16 la domanda cautelare è stata accolta.

In prossimità dell'udienza di discussione l'appellante ha depositato una memoria nella quale ha ribadito le proprie tesi difensive.

7. - All'udienza pubblica del 22 settembre 2016 l'appello è stato trattenuto in decisione.

7.1 - La controversia riguarda innanzitutto la legittimità della lex specialis di gara nella parte in cui ha commisurato il valore della concessione ai canoni concessori anziché al fatturato generato per tutta la durata del contratto, circostanza

che - secondo la società Liomatic - le avrebbe impedito di formulare un'offerta ponderata, e dunque di partecipare alla gara.

7.2- E' opportuno preventivamente rilevare che sussiste la legittimazione e l'interesse al ricorso di primo grado della società Liomatic, atteso che "l'adeguata ponderazione, in quanto espressione del principio di serietà dell'offerta, costituisce quindi uno degli strumenti posti a tutela della esigenza pubblicistica della individuazione del "giusto contraente" (sul punto, ex plurimis, Cons. Stato, Sez. IV, 1 ottobre 2004, n. 6367). Pertanto, «...nel momento in cui la lex specialis della gara presenti caratteristiche tali da rendere oggettivamente difficoltosa una esatta ponderazione dell'offerta, allora essa assume carattere immediatamente lesivo della sfera delle possibili candidate, venendo a costituire, quindi, oggetto di legittima impugnativa da parte delle stesse...» (Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2001, n. 4679).

Il concorrente, infatti, formula la propria offerta in modo da poter conseguire un utile: se la lex specialis di gara non consente la ponderazione dell'offerta, è ammissibile l'impugnazione immediata del bando di gara.

7.3 - Secondo la società Liomatic l'erroneità del criterio utilizzato per stimare il valore della concessione avrebbe leso la possibilità di ponderazione dell'offerta.

A seguito dei chiarimenti forniti è emerso, infatti, che il valore della concessione era stato calcolato e parametrato esclusivamente con riferimento al canone concessorio e non anche al fatturato.

7.3 – Nei propri chiarimenti l'Amministrazione ha precisato che: "l'importo a base di gara è stato stimato nel rispetto di quanto previsto dall'art. 29 del D.Lgs. 163/2006 sulla scorta dei dati storici relativi ai canoni di aggiudicazione di precedenti gestioni. I dati economici riportati negli atti di gara anche se non fanno riferimento ai volumi di fatturato sono da ritenersi esaustivi ai fini della determinazione del canone riguardando numero tipologia e ubicazione dei distributori. Fondamentale ai fini della determinazione del canone da offrire è l'indicazione di specifiche relative alle strutture dove gli stessi saranno ubicati, avendo riportato i dati dei posti letto e l'organico delle strutture ospedaliere più rilevanti. Nell'impossibilità per la stazione appaltante di avere esatta conoscenza del fatturato generato negli anni precedenti si è ritenuto indispensabile, ed utile per l'articolazione delle offerte indicare il numero potenziale di utenti per ogni singola struttura, l'ubicazione ed il numero dei distributori, ma soprattutto, si è ritenuto indispensabile far svolgere corrette attività di sopralluogo in ogni struttura indicata. La sola attività di sopralluogo viene ritenuta essenziale sulla base dei dati indicati a formulare una corretta offerta. Si è pertanto ritenuto che tutti i dati forniti e soprattutto si ribadisce la necessità indispensabile di visionare direttamente le singole strutture assumendo ulteriori informazioni possa consentire una corretta valutazione, ad operatori economici, altamente specializzati nel settore, la corretta formulazione dell'offerta economica...".

7.4 - Secondo la difesa dell'Amministrazione, infatti, il valore della concessione sarebbe stato stimato conformemente alla previsione dell'art. 29 del D.Lgs. 163/06, essendo stati forniti tutti gli elementi diretti ed indiretti per l'individuazione del potenziale fatturato generato dalla gestione del servizio (cfr. art. 2 del capitolato).

Nell'art. 2 del capitolato sono stati infatti indicati:

il canone a carico del concessionario, fornendo i dati storici relativi ai canoni di aggiudicazione delle precedenti gestioni;

i dati informativi relativi al bacino potenziale di utenza, alla descrizione del servizio, nonché al numero dei distributori e alla loro ubicazione, dai quali avrebbe potuto calcolarsi il fatturato.

Secondo l'Amministrazione tale elementi informativi sarebbero idonei a determinare in modo diretto ed indiretto il valore del fatturato generato dalla gestione del servizio, non potendo pretendersi da essa la stima dei flussi di cassa, trattandosi di elementi non a sua disposizione.

Ha poi aggiunto la difesa della ASL che, essendo la società istante il gestore uscente del servizio, sarebbe stata sicuramente in grado di stimare il suo valore.

8. - Il primo giudice ha accolto la tesi dell'Amministrazione ed ha dunque respinto il ricorso.

9. - Nel primo motivo di appello lamenta l'appellante l'erroneità della sentenza di primo grado, che ha ritenuto legittima la determinazione del valore della concessione ancorandolo al parametro del canone concessorio, anziché al fatturato, richiamando alcune deliberazioni dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici in materia (cfr. deliberazione n. 40 del 19/12/2013; n. 10/2013, 1/2014, 8/2014).

9.1 - La censura è fondata.

L'AVCP ha rilevato che sebbene sia difficoltoso per le stazioni appaltanti stimare i proventi del servizio poiché provengono interamente dagli utenti e non da chi bandisce la gara, nondimeno l'esatta determinazione del valore dell'affidamento assume rilievo sotto molteplici aspetti: è essenziale per poter fornire una corretta informazione agli operatori economici potenzialmente interessati a prestare il servizio, serve ad individuare con esattezza la forma di pubblicità idonea, è necessaria per determinare l'entità delle cauzioni e del contributo dovuto all'Autorità.

Già nella Deliberazione n. 9 del 25/02/2010, l'Autorità aveva precisato che: "Come è noto, ai sensi dell'art. 29, commi 1, invece, "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 l'unica voce indicativa del valore della concessione".

Ha poi precisato che la mancata indicazione del valore stimato degli appalti, pone le imprese partecipanti alla gara in una situazione di estrema incertezza nella formulazione della propria offerta, rilevando che il calcolo relativo alla determinazione dell'importo del servizio oggetto di concessione deve essere effettuato in conformità a quanto previsto dall'art. 29, comma 1 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, tenendo conto dei ricavi ipotizzabili in relazione alla sua futura gestione.

Ha precisato, infatti, l'Autorità che "l'esatto computo del valore del contratto, assume rilevanza anche per garantire condizioni di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, ex art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 163/06 che si traducono nell'informare correttamente il mercato di riferimento sulle complessive e reali condizioni di gara" (cfr. deliberazione AVCP n. 40 del 19/12/2013),

Nel caso di specie, come già stigmatizzato dall'Autorità di Vigilanza, il valore della concessione non può essere computato con riferimento al c.d. "ristorno" e cioè al costo della concessione, che è un elemento del tutto eventuale, ma deve essere calcolato sulla base del fatturato generato dal consumo dei prodotti da parte degli utenti del servizio di distribuzione automatica.

9.2 - La correttezza di detto criterio di calcolo risulta confermata dalla previsione contenuta nella direttiva 2014/23/UE che ha stabilito all'art. 8, comma 2, rubricato "soglia e metodo di calcolo del valore stimato delle concessioni" che "... Il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionaria 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. Tale valore stimato è valido al momento dell'invio del bando....".

Inoltre, il comma 3 stabilisce che il valore della concessione deve essere calcolato secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti della concessione, indicando poi gli stessi elementi di valutazione, consentendo alle imprese di poter verificare anche i criteri utilizzati dalla stazione appaltante per la sua commisurazione.

Detta disposizione è stata recepita nell'art. 167 del D.Lgs. n. 50/2016 (non applicabile al caso di specie *ratione temporis*).

9.4 - Sicché il valore della concessione non può essere ancorato ad un parametro – quello del canone di concessione – non rispondente alla previsione normativa recata dall'art. 29 del D.Lgs. 163/06, né può ritenersi – come sostenuto dal primo giudice – che la stima del fatturato possa essere demandata al concorrente anziché all'amministrazione, né che possa essere desunta sulla base degli elementi contenuti nel capitolato speciale, perché in questa particolare tipologia di servizio è difficile dall'esterno compiere attendibili previsioni di stima, in quanto i fattori che incidono sui flussi di cassa dipendono da una molteplice varietà di condizioni, relative all'ubicazione delle strutture ospedaliere, alla collocazione dei distributori automatici, alle abitudini dell'utenza, alla localizzazione di altri punti di ristoro nell'ambito della stessa struttura ospedaliera, all'accesso di utenti esterni, e così via, tali da non consentire ai concorrenti di stimare in modo attendibile il fatturato sulla base dei soli elementi indicati nel capitolato speciale.

10. - L'appello va dunque accolto ed, in riforma della sentenza di primo grado, va accolto il ricorso di primo grado con conseguente annullamento degli atti di gara con esso impugnati.

11. – Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l'appello RG n. 638 del 2016 e, per l'effetto, in riforma della sentenza n. 3609 del 2015 del TAR Puglia Sezione staccata di Lecce, accoglie il ricorso di primo grado RG 2418 del 2015 ed annulla gli atti con esso impugnati.

Condanna l'appellata al pagamento delle spese relative al doppio grado di giudizio che liquida in complessivi € 3.000,00 (tremila/00) oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE
Marco Lipari