

Publicato il 14/02/2022

N. 01071/2022REG.PROV.COLL.
N. 09263/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 9263 del 2021, proposto da Meneghini & Associati S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Ruffo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Verona, via Luigi Da Porto 4;

contro

Azienda Ulss n. 1 Dolomiti, non costituito in giudizio;

nei confronti

Flashfactory di Feltrin Marco & C. Sas, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcella Buscaglia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza) n. 843/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Flashfactory di Feltrin Marco & C. Sas;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2022 il Cons. Giulio Veltri;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Ulss 1 Dolomiti ha indetto una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 1 del D.L. 76/2020, per l'affidamento del servizio di gestione degli spazi pubblicitari presso le sedi dell'Azienda medesima, per il periodo di anni 5, rinnovabili per altri 3. La base d'asta è stata fissata in un canone fisso 20.000 €. annui, e in uno variabile fissato, nel minimo, al 40% del fatturato realizzato (quantificato in via presuntiva, sulla base del fatturato del gestore precedente, in 74.000 +iva). I partecipanti alla gara sono stati invitati a formulare un'offerta in aumento percentuale rispetto al solo canone variabile.

1.1. La Meneghini e Associati srl ha offerto il 41,7% (40% + 1,7%); Flashfactory di Feltrin Marco & C. sas ha offerto 81%.

L'amministrazione ha chiesto a Flashfactory spiegazioni sulla composizione dell'offerta economica, in analogia a quanto previsto dall'art. 97, comma 1, del D. Lgs n. 50/2016.

Flashfactory ha fornito le proprie giustificazioni con nota del 30.1.2020, poi integrata con nota del 31.12.2020. Con verbale del 4.1.2021, il Rup, ritenuta accettabile l'offerta sulla base della documentazione presentata, ha disposto l'aggiudicazione provvisoria in favore di Flashfactory.

Con deliberazione n. 106 del 29.1.2021, l'Azienda Ulss n. 1 Dolomiti ha affidato a Flashfactory la concessione del servizio di gestione degli spazi pubblicitari presso le proprie sedi per il periodo di 5 anni, al canone di concessione pari all'81% sul fatturato annuo realizzato, oltre al canone fisso annuo di 20.000,00 euro.

2. La società Meneghini ha impugnato la suddetta deliberazione dinanzi al TAR Veneto, stigmatizzando la mancata esclusione dell'offerta della Flashfactory per anomalia dell'offerta.

3. Il TAR ha respinto il ricorso. Ha chiarito preliminarmente, il TAR, che oggetto della procedura in discussione non è una concessione di servizi pubblici, ma la mera concessione di spazi pubblicitari "vendibili" a terzi. Si tratta, secondo il TAR, di un contratto attivo per il quale non si applica il giudizio di anomalia. La verifica disposta dall'amministrazione (che richiama in via analogica l'art. 97 del codice dei contratti pubblici) si traduce pertanto in una mera verifica di serietà e credibilità dell'offerta. Serietà che è stata ritenuta sussistente grazie al fatto che il gestore può contare sulla possibilità di offrire servizi ulteriori strettamente connessi alla vendita degli spazi medesimi.

4. Secondo l'appellante Meneghini e Associati srl, il TAR avrebbe invece trascurato di considerare che il concessionario ha l'obbligo di riservare il 5% degli spazi alla comunicazione istituzionale della ASL, il che renderebbe il contratto una concessione anche di servizi, cui si dovrebbe applicare il giudizio d'anomalia. In ogni caso l'obbligo di procedere a un giudizio di anomalia, in senso tecnico e rigoroso, deriverebbe dalla stessa autodichiarazione della stazione appaltante, che ha espressamente richiamato l'art. 97. Quanto al "merito" del giudizio d'anomalia, secondo l'appellante la controinteressata avrebbe ommesso di indicare una serie di costi e avrebbe indicato entrate extra rispetto all'attività oggetto di gara, come tali estranee alle voci che possono ordinariamente trovare ingresso nel giudizio d'anomalia.

5. Nel giudizio si è costituita la controinteressata Flashfactory di Feltrin Marco & C. sas chiedendo la reiezione del gravame.

6. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 27 gennaio 2021.

7. Ritiene il Collegio che l'appello non sia fondato.

7.1. La qualificazione giuridica che il primo giudice ha dato alla procedura concorsuale oggetto di contenzioso, quale contratto "attivo" è corretta.

L'Azienda ULSS non ha inteso concedere servizi pubblici, ma ha ceduto unicamente il diritto di vendere spazi a fini pubblicitari dietro pagamento di un canone. Né vale a mutare la natura del rapporto la circostanza che l'AULSS n. 1 Dolomiti abbia riservato a proprio favore una percentuale di spazi pubblicitari, giacché – come ben chiarito dalla difesa della controinteressata, e come risulta per tabulas dagli atti della procedura – non si tratta di spazi gestiti dall'affidatario, ma di spazi che l'ULSS ha inteso riservare a sé, destinandoli alle proprie comunicazioni istituzionali, curate direttamente, senza l'intermediazione e l'attività dell'affidatario degli altri spazi pubblicitari.

7.2. Secondo l'appellante l'obbligo della verifica di non anomalia deriverebbe dall'espreso richiamo all'art. 97 D.L.vo 50/2016 contenuto nel verbale del RUP 3/11/2020 e costituente, in tesi, un "autovincolo". Errata allora sarebbe la sentenza laddove ritiene che l'art. 97, D. L.vo 50/2016 non fosse applicabile se non nei margini di "verifica di credibilità e serietà dell'offerta".

Il motivo non ha pregio. La verifica di non anomalia, prevista nei contratti passivi (che comportano l'acquisto di una prestazione) ha la chiara finalità di garantire la qualità e la regolarità delle prestazioni oggetto di affidamento. Nei contratti attivi siffatta esigenza non sussiste, trattandosi di rapporti negoziali dai quali l'amministrazione ricava un entrata senza chiedere al partner contrattuale specifiche prestazioni. Il richiamo dell'art. 97 del D. L.vo 50/2016 dev'essere dunque inteso, compatibilmente con la natura del contratto stipulando, come verifica della capacità solutoria del debitore rispetto alle obbligazioni pecuniarie assunte, avuto riguardo alla capacità del medesimo di produrre reddito d'impresa, vieppiù nel caso di specie in cui il corrispettivo effettivo è legato all'alea del fatturato previsto. Ed è quanto l'amministrazione ha fatto, dando rilievo anche agli extra ricavi prospettati dall'offerente in forza del know how posseduto nell'ambito dei servizi grafici.

7.3. La sentenza sarebbe altresì erronea – secondo l'appellante – nella parte in cui ha inteso l'81% offerto dell'aggiudicataria quale percentuale complessiva del canone e non come aliquota in aumento rispetto a quella del 40% posta a

base di gara (il che avrebbe dovuto portare addirittura ad una percentuale del 121%).

Anche questo motivo non è fondato.

Il disciplinare di gara non prevedeva – come sostenuto dall'appellante – che si procedesse a sommare la percentuale di rialzo offerto a quella minima indicata negli atti di gara, bensì solamente che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta tenendo conto del maggior rialzo offerto.

Coerentemente, la Flashfactory, in sede di offerta, utilizzando il modello Allegato 3 predisposto dall'Amministrazione, ha dichiarato di offrire “*rispetto all'importo percentuale posto a base di gara del 40%, la percentuale di rialzo del 81 % diconsi (OTTANTUNO %) sul fatturato annuo realizzato dall'impresa*”.

La volontà – anche in termini letterali – è chiara ed univoca.

8. In conclusione l'appello è da respingere.

9. Avuto riguardo alla peculiarità e novità delle questioni appare comunque equo compensare tra le parti le spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesca Quadri, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Giulio Veltri

Francesca Quadri

IL SEGRETARIO