

Pubblicato il 20/11/2017

N. 00330/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00199/2017 REG.RIC.

 logo

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 199 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Glid S.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuliano Di Pardo e Luigi Quaranta, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luca Di Pardo c/o dott. Pacchione in Pescara, via Ragazzi del'99, n. 7;

contro

Azienda Sanitaria Locale Pescara in persona del Dirigente p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Tommaso Marchese, presso il cui studio domicilia o in Pescara, piazza Ettore Troilo n.8;

nei confronti di

Basilisco S.r.l. in persona del legale rappresentante p.t. non costituita in giudizio;

Sirio S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Federica De Luca e Andrea Lensi Orlandi

Cardini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Claudia Celeste in Pescara, piazza Ettore Troilo n. 8;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione della gara per l'affidamento “della gestione bar – distributori automatici di alimenti e bevande a ridotto impatto ambientale del PO di Pescara della Asl di Pescara” e degli atti presupposti;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Sirio S.p.A. e dell'Azienda Sanitaria Locale (A.S.L.) n. 3 di Pescara;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2017 la dott.ssa Renata Emma Ianigro e uditi l'avv. Salvatore Di pardo su delega orale dell'avv. Giuliano Di Pardo per la parte ricorrente, l'avv. Tommaso Marchese per l'amministrazione resistente, l'avv. Valeria Evangelista su delega dell'avv. Federica De Luca per la società controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso iscritto al n.199/2017 e depositato il 5.06.2017 la Glid s.r.l. quale gestore del bar interno al Presidio Ospedaliero di Pescara, avendo partecipato alla gara indetta dall'Asl di Pescara per l'affidamento della gestione bar-distributori automatici di alimenti e bevande a relativo impatto ambientale, collocandosi terza in graduatoria, impugnava, chiedendone l'annullamento, gli atti di cui in epigrafe relativi all'aggiudicazione della gara alla controinteressata

Sirio s.p.a., all'approvazione della graduatoria di merito, instando altresì per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per il subentro nello stesso.

Impugnava, inoltre, ai sensi dell'art. 116 c.p.a. l'illegittimo diniego opposto all'istanza di accesso agli atti della gara motivato sul presupposto della carenza di interesse all'ostensione della documentazione per il mancato superamento della prova di resistenza tramite un presunto conteggio svolto dall'amministrazione.

A sostegno del ricorso deduceva i seguenti motivi di diritto:

1) Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 50/2016 e Direttiva 2014/23/UE, violazione e falsa applicazione delle regole e dei principi in materia di concorrenza, lealtà e di collegamento tra le imprese, di unicità del centro decisionale, violazione del principio di segretezza dell'offerta economica, difetto di istruttoria, eccesso di potere;

L'aggiudicataria Sirio ha inteso subappaltare alla Sogeda la prestazione scorporata della gestione dei distributori automatici. La Sogeda è stata indicata non solo dall'aggiudicataria, ma da numerose altre ditte in patente lesione e con effetto distorsivo del principio della libera concorrenza. Infatti la *lex specialis* ha previsto l'attribuzione di uno specifico punteggio al canone offerto per la gestione dei distributori automatici che nella specie consiste nel prezzo pattuito tra la ditta concorrente e la società incaricata della gestione dei distributori automatici in subappalto. In questo modo la Sogeda ha conosciuto le offerte di tutti i concorrenti che l'hanno individuata quale subappaltatrice, e, pattuendo condizioni diverse con i concorrenti (canone 3100 euro a Sirio e di appena 900 euro a

Euromense) ha di fatto condizionato i comportamenti e falsato il rapporto concorrenziale. A sua volta la Basilisco si è avvalsa della Cirpietti quale subappaltatrice la quale ultima ha rivestito anche la veste di concorrente alla gara quale impresa singola, e non ha concorso all'affidamento solo per non aver pagato la sanzione di 5 mila euro irrogata dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 83 comma 9 del d.l.gs. 50/2016. In tal modo la Ciprietti quando ha presentato l'offerta conosceva anche parte rilevante dell'offerta economica della Basilisco, in violazione del principio di segretezza delle offerte. Peraltro il disciplinare, all'art. 6, ha previsto espressamente l'esclusione del concorrente che partecipi in più forme all'incanto, e l'art. 80 comma 5 lett. m del d.l.gs. 50/2016 ha confermato il divieto di partecipazione dei concorrenti coinvolti in qualsiasi relazione, che comporti l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale. L'amministrazione, invece, non ha provveduto ad estromettere le controinteressate e nemmeno ha svolto alcuna istruttoria per verificare i rapporti negoziali esistenti tra le concorrenti e le subappaltatrici.

2) Violazione e falsa applicazione del d.l.gs. 50/2016, violazione e falsa applicazione delle regole e dei principi in materia di verifica della congruità delle offerte anomale, difetto di istruttoria, eccesso di potere;

Ai sensi dell'art.97 comma 3 del d.l.g.s. 50/2016 per i casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la congruità delle offerte è valutata quando i punti relativi al prezzo e la somma dei punti degli altri elementi di valutazione sono pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara. Per le offerte anormalmente

basse la verifica di anomalia è obbligatoria (cfr Cons. St. A.P. 3.02.2014 n.8). L'amministrazione quindi avrebbe dovuto dare puntuale esecuzione all'obbligo impostole dall'art. 97 comma 3 cit. sottoponendo le offerte della Sirio e della Basilisco a verifica di congruità, avendo esse conseguito punteggi superiori ai 4/5 di quelli previsti dal bando sia per l'offerta tecnica che per quella economica, tenuto conto che il canone prezzo offerto per la gestione dei distributori automatici è pari al 300% di quello offerto da taluni concorrenti. Inoltre, in base al punto 1 dell'art. 4 i locali in cui potrà essere esercitata l'attività in oggetto includerebbero anche gli impianti alla cui realizzazione e manutenzione ha provveduto la ricorrente (impianto di condizionamento elettrico, illuminazione a led, senza rimborsi contrariamente a quanto previsto al punto 5)

3) Sull'annullamento integrale della gara: Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 50/2016, e della Direttiva 2014/23/UE, violazione e falsa applicazione della lex specialis, violazione e falsa applicazione del d.m. ambiente 2011, violazione delle regole e dei principi minimi sull'applicazione dei criteri minimi ambientali, indeterminatezza e non remunerabilità della base d'asta, eccesso e sviamento di potere;

In violazione dell'obbligo imposto dall'art. 34 del d.lgs. 50/2016 la stazione appaltante ha introdotto criteri ambientali non conformi a quelli prestabiliti dal d.m. 25.07.2011 recante i criteri ambientali minimi per i servizi di ristorazione collettiva e la fornitura di derrate alimentari” che al punto 5.4.5. prevede la possibilità di assegnare all'offerente che si impegna a effettuare attività di deposito merci e trasporto mediante riduzione del numero dei viaggi, a organizzare

sistemi di mobilità sostenibile, mentre l'amministrazione ha assegnato max punti 3 alle modalità di trasporto prodotti.

La lex specialis si rivela inoltre illogica laddove il capitolato all'art. 1 circoscrive l'oggetto dell'incanto al servizio di bar e di somministrazione mediante distributori automatici, invece le specifiche tecniche contenute alle pagg. 5 e 8 del capitolato sono state definite per una gara avente ad oggetto un bar-ristorante, un bar-pizzeria o un bar tavola calda. Ciò in contraddizione con punto 3 che vieta di modificare la destinazione d'uso dei locali salvo autorizzazione dell'Asl. L'ambiguità del capitolato si rivela anche quanto al punto 1.6 ove sono previste ulteriori attività commerciali complementari che potrebbero aggiungersi su decisione unilaterale dell'Asl che si è riservata il diritto di chiedere una maggiorazione del canone per attività analoghe. La clausola è illegittima perché in contrasto con l'art. 167 del d.lgs. n. 50/2016 che ne impone la predeterminazione.

4) Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 50/2016, violazione e falsa applicazione delle regole e dei principi in materia di valutazione delle offerte, illogicità, violazione del principio della par condicio, violazione e falsa applicazione della lex specialis, difetto di istruttoria e di motivazione, eccesso e sviamento di potere;

La Glid ha indicato la Methodo s.r.l. quale società subappaltatore. I distributori offerti dalla Methodo sono di nuova fabbricazione anteriormente agli anni 2015-2016, a basso impatto ambientale e di classe consumo energetico A,A+,A++, sono multilingue, e sono accessibili anche alle persone affette da disabilità, e dispongono di un articolato sistema di assistenza anche digitale e di un numero verde per mettersi in contatto con operatori telefonici per ogni esigenza.

Ampio spazio viene riservato ai prodotti da forno biologici, senza glutine, senza zuccheri, senza lieviti, realizzati con farine selezionate, senza grassi idrogenati né Ogm, in grado di prevenire i disturbi legati ad una scorretta alimentazione. A ciò si aggiunge la presenza di decalcificatori per preservare la qualità dell'acqua utilizzata per erogare il caffè. La caratteristica più innovativa è la possibilità per l'utente di acquistare i prodotti tramite smartphone e con carta di credito o paypal anche tramite un'app. dedicata gratuita per i sistemi Ios e Android che non necessita di copertura telefonica e consente di visualizzare la scheda alimentare del prodotto selezionato. E' possibile inoltre acquistare anche prodotti non alimentari per la cura della persona o accessori utili per l'utenza ospedaliera.

5) Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 50/2016, violazione e falsa applicazione del d.p.r. n. 207/2010, violazione e falsa applicazione delle regole e dei principi in materia di segretezza delle offerte, di conservazione dei plichi, e di verbalizzazione, violazione e falsa applicazione della legge n. 241/1990 e succ. mod, difetto di istruttoria, eccesso di potere;

I verbali delle sedute riservate non danno conto delle cautele adottate per la conservazione dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e le offerte tecniche, e nemmeno della loro integrità, tenuto conto che la prima seduta di gara si è svolta il 6.12.2016 e la valutazione delle offerte tecniche il 9.03.2017 ossia dopo quattro mesi.

Concludeva quindi per l'accoglimento del ricorso, con domanda di risarcimento in forma specifica per il conseguimento dell'aggiudicazione e il subentro nel contratto, ed in via subordinata, per la condanna dell'amministrazione al risarcimento per equivalente

monetario, ivi incluso il danno curriculare, con ogni conseguenza di in ordine alle spese ed agli onorari di giudizio.

In data 15.06.2017 si costituiva la controinteressata Sirio s.p.a. opponendo che la presenza del medesimo soggetto subappaltatore non è sicuro sintomo di collegamento tra le imprese, l'insussistenza di un obbligo della stazione appaltante di operare la verifica di congruità dell'offerta, la irricevibilità delle censure mosse avverso la formulazione del bando, in assenza di ambiguità della lex specialis o di clausole escludenti, la mancanza di ogni indizio di irragionevolezza o illogicità o travisamento nelle valutazioni della commissione esaminatrice, l'osservanza delle cautele per la conservazione dei plichi desumibili dal verbale del 24.04.2017.

Con memoria del 21.06.2017 si costituiva l'Asl di Pescara opponendo l'infondatezza del ricorso sul rilievo che:

- nessun impedimento è posto dal disciplinare di gara né dalla normativa vigente sulla indicazione del medesimo soggetto come subappaltatore da più imprese concorrenti;
- l'amministrazione è estranea al canone concordato tra il subappaltatore, il cui punteggio non avrebbe modificato l'esito della gara, stante l'esiguità del peso rispetto alle altre componenti del prezzo;
- la conoscenza del canone da parte della Ciprietti non implicava conoscenza anche dell'elemento prezzo, e comunque non è previsto alcun divieto per il subappaltatore di partecipare alla gara, né tra le società vi sono rapporti di controllo o di collegamento giuridicamente rilevanti (cfr T.a.r. Milano 29.02.2016; C.G. sez.IV, 19.05.2009, C-538/07 Assitur);

- è tardiva la censura sulla clausola relativa alla verifica di congruità rispetto al disciplinare pubblicato sulla G.u.r.i. n.105 del 12.09.2016, e comunque ai sensi dell'art. 164 d.lgs. n. 50 cit., per le concessioni di servizi non è richiamata la verifica di congruità di cui all'art. 97, lasciando la scelta alla discrezionalità dell'amministrazione di autovincolarsi nel bando in tal senso (cfr T.a.r. Toscana sez. II, 12.06.2017 n.816 secondo cui l'obbligo sorge qualora un criterio di ragionevolezza manifesti l'inammissibilità dell'offerta);
 - il contratto in argomento rientra tra quelli c.d. attivi da cui deriva un'entrata per l'amministrazione, che restano assoggettati al r.d. n. 2400 del 18.11.1923 fino all'entrata in vigore del correttivo ossia dal 20.05.2017, non applicabile nella specie, laddove in modifica dell'art. 4 essi sono stati esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice:
 - ferma l'irricevibilità delle censure avverso il disciplinare di gara per i criteri ambientali, nessuna illegittimità è ravvisabile non ricorrendo un obbligo di recepimento totale dei criteri ministeriali ed essendo state recepite nel bando una serie di misure premiali;
 - in ogni caso è inammissibile un sindacato di merito sulle valutazioni tecnico discrezionali dell'amministrazione, in assenza di evidenti illogicità o travisamento dei fatti;
- il punteggio dell'offerta economica della ricorrente è di molto inferiore rispetto alle prime graduate e non potrebbe superare il punteggio complessivo conseguito dall'aggiudicataria Sirio;
- la presentazione dei documenti con firma digitale assicura integrità e segretezza delle offerte e non vi sono stati indizi di manomissione dei plichi (cfr Cons. St. sez.V 9.03.2015 n.1166, A.P. 3.02.2014, n.8)
 - manca la prova del danno.

Con ordinanza n.85 del 23.06.2017 il Collegio accoglieva l'istanza per l'accesso alla documentazione delle offerte tecniche delle prime due concorrenti che precedono la ricorrente in graduatoria, accoglieva la domanda di sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione, rinviando il giudizio all'8.09.2017 per l'ulteriore trattazione dell'istanza cautelare.

Con motivi aggiunti depositati l'1.08.2017, parte ricorrente impugnava la nota del 27.06.2017 con cui la stazione appaltante aveva negato l'ostensione dell'offerta economica, e, ad ostensione dell'offerta tecnica avvenuta, deduceva, oltre quelli già proposti, gli ulteriori seguenti motivi di gravame:

1) Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 50/2016, violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, eccesso di potere per disparità di trattamento, e violazione della par condicio, e del principio di trasparenza, contraddittorietà e illogicità manifesta;

La gara in atti ha ad oggetto esclusivamente la somministrazione di alimenti per cui le controinteressate non potevano prevedere la commercializzazione di prodotti diversi da quelli alimentari con la realizzazione di un minimarket per la rivendita di prodotti no food, proponendo uno schema modificativo di quello proposto dalla stazione appaltante, né la destinazione di un'area specifica per il servizio di gastronomia calda in contrasto con quanto previsto dalla lex specialis avente ad oggetto servizio bar e somministrazione tramite distributori automatici. (T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 6.02-2017 n.1924).

2) Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 50/2016, violazione e falsa applicazione della lex specialis, violazione e falsa applicazione

delle regole in materia di completezza dell'offerta tecnica, difetto di istruttoria, eccesso di potere;

La Basislisco non ha prodotto in sede di gara né le schede tecniche dei mezzi di trasporto utilizzati per le merci né altri elementi di identificazione degli stessi, tenuto conto che il disciplinare richiedeva mezzi a basso impatto ambientale e la classe di appartenenza costituiva criterio di valutazione. Trattasi di carenza non sanabile ex art. 83 comma 9 d.lgs. 50. L'offerta è altresì carente della documentazione relativa ai prodotti alimentari, alle attrezzature, pulizia, imballaggi ecc.

3) Sulla opportunità di verificare la congruità delle offerte.

Le proposte progettuali della Sirio e della Basilisco non sono sostenibili economicamente essendo destinate ad una perdita d'esercizio rispettivamente di € 279.386,00 e di € 140.459,00, eccedendo di gran lunga il fatturato posto a base di gara per effetto dei costi di gestione, dei costi del personale e dei costi delle materie prime. Per coprire la perdita riscontrata la Sirio dovrebbe conseguire ricavi minimi pari ad € 2.100.000,00 e la Basilisco ricavi minimi per 1.800.000,00. L'importo posto a base di gara pari ad un milione di euro è stato preventivato sulla scorta dei dati storici attestanti l'utenza media del bar e dei distributori in relazione al numero dei posti letto del presidio ospedaliero, ed i prezzi degli articoli vendibili sono stati calmierati come da allegato C. Peraltra a parità di numero di posti letto non può ipotizzarsi un incremento del fatturato del 110% per la Sirio e dell'80% per la Basilisco.

Concludeva pertanto per l'accoglimento del ricorso con ogni conseguenza di legge.

Con ordinanza n. 132 dell'8.09.2017 veniva respinta l'istanza di sospensione cautelare per difetto di fumus.

Alla pubblica udienza del 3.11.2017 il ricorso veniva introitato per la decisione.

2. Nel giudizio la ricorrente, quale impresa collocatasi terza in graduatoria, impugna l'aggiudicazione alla controinteressata Sirio s.p.a., e la collocazione della Basilisco s.r.l. quale seconda classificata, nella gara indetta con delibera n. 744 dell'1.09.2016 pubblicata sulla g.u.r.i. del 12.09.2016, dall'Asl di Pescara per l'affidamento in concessione per la durata di 84 mesi della gestione del Bar-Distributori automatici di alimenti e bevande a ridotto impatto ambientale del Presidio ospedalieri di Pescara (cat. Servizi 17 Servizi Alberghieri e Ristorazione - Ccpv 55410000) per un valore stimato di circa sette milioni di euro, iva esclusa, aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il ricorso è infondato e va respinto come di seguito argomentato.

2.1 Innanzitutto inconferenti si appalesano le censure volte a minare come illegittima la disciplina di gara sotto il profilo del rispetto dei requisiti minimi ambientali, poiché, il punto VI.3 del bando sezione VI richiama esplicitamente l'applicabilità, ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. 50/2016, dei criteri ambientali minimi di cui al d.m. Ambiente del 25.07.2011 che sono tenuti in considerazione anche ai fini dei criteri di valutazione ai sensi dell'art. 95 comma 6. Ancora nelle premesse il disciplinare di gara puntualizza che il servizio "dovrà" essere svolto con osservanza dei criteri ambientali minimi previsti in attuazione dell'art. 18 della legge n. 221/2015, dall'allegato 1 al decreto del Ministro dell'ambiente del 25.07.2011 "Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica

Amministrazione ovvero Piano d'Azione nazionale sul Green Public Procurement". Tale affermazione non si risolve in una mera petizione di principio dal momento che, per tale motivo, ai concorrenti è richiesto di dimostrare la propria capacità di eseguire il contratto in modo da arrecare il minor impatto possibile sull'ambiente attraverso l'applicazione di un sistema di gestione ambientale, la presentazione della registrazione Emas (regolamento n.1221/2009) e mediante l'allegazione della certificazione Iso 14001 in corso di validità.

Inoltre l'art. 5 del disciplinare di gara include tra gli elementi di valutazione delle offerte l'adozione delle misure a sostegno della sostenibilità ambientale che includono la distribuzione di prodotti del commercio equo solidale, la verifica ambientale dei prodotti, per risparmio energetico, il recupero del cibo non somministrato da destinarsi ad onlus, l'indicazione della normativa Ue antinquinamento per i veicoli destinati al trasporto dei prodotti e modalità di trattamenti dei residui umidi e secchi.

A ciò aggiungasi, quanto alla dedotta equivocità del bando nell'individuazione dell'oggetto della gara, che non può ravvisarsi la dedotta incertezza nel raffronto tra bando e capitolato essendo chiaro che l'oggetto della concessione si riferiva all'affidamento in concessione della gestione bar-distributori automatici del Presidio Ospedaliero di Pescara, mentre l'amministrazione si riservava la facoltà di appaltare al concessionario la gestione di attività commerciali complementari prevedendo una maggiorazione del canone per le prestazioni analoghe.

Anche le specifiche tecniche relative agli alimenti sono perfettamente compatibili con la natura dell'attività data in concessione.

Né può sostenersi che l'introduzione di prodotti no-food potesse stravolgere la natura dell'attività esercitata, trattandosi di articoli ed accessori di interesse commerciale per l'utenza nel contesto sanitario in cui l'attività deve essere esercitata, ed essendo stati inclusi anche nell'offerta di parte ricorrente.

2.2 Circa la regolarità delle operazioni di gara, destituito di giuridico fondamento si appalesa il motivo secondo cui i verbali delle sedute riservate non avrebbero dato conto delle cautele adottate per la conservazione dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta tecnica.

La circostanza risulta evidentemente smentita dalla lettura del verbale della seduta del 6.12.2016 in cui, al termine dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa, si dà atto che le buste contenenti le offerte tecniche vengono prese in custodia dal R.u.p. per consegnarle alla Commissione giudicatrice, e le buste contenenti le offerte economiche alla presenza dei rappresentanti delle ditte convenute vengono inserite in un plico chiuso sottoscritto e sigillato. Nella successiva seduta del 24.04.2017 si dà atto altresì dell'estrazione del plico contenente le buste delle offerte economiche "dall'armadio chiuso a chiave in cui sono state inserite nel corso della seduta pubblica del 6.12.2016, dando pubblicamente atto che il plico è integro". Deve quindi escludersi che la Commissione giudicatrice non abbia posto in essere le dovute cautele necessarie ad assicurare l'integrità del plico contenente le offerte tecniche, risultando verbalizzate le modalità di conservazione adottate, alla presenza delle ditte che hanno presenziato alle operazioni, e risultando verificata l'integrità e quindi la non manomissione medio tempore del plico

medesimo attraverso il verbale che quale atto pubblico fa fede di quanto in esso attestato fino a querela di falso.

2.3 In relazione alla dedotta violazione del principio di segretezza delle offerte ed alterazione del rapporto concorrenziale tra le ditte partecipanti alla gara, non è risultato comprovato che sia stato falsato il rapporto concorrenziale tra le imprese partecipanti per effetto dell'indicazione da parte di più concorrenti della Sogeda quale società subappaltatrice e della Cirpietti da parte della Basilisco s.r.l., quest'ultima per la dedotta violazione del divieto di indicare quale subappaltatore una società che partecipi alla procedura.

In punto di diritto, l'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 al comma 5 dispone che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora (lettera m) l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

La disposizione evidentemente riproduce la norma recata dal previgente art. 38, c. 1, d.lgs. 163/2006 che prevedeva l'esclusione dei concorrenti (m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

La giurisprudenza formatasi sulla norma previgente riteneva che l'applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. m quater, d.lgs. n. 163/2006

debba basarsi su rigorosi, oggettivi e comprovanti elementi, tali da non incidere sulla libertà del diritto di impresa, e da ingenerare pericolo per il rispetto dei principi di segretezza, serietà delle offerte e “par condicio” tra i concorrenti. Pertanto si è ritenuta sussistente la dedotta violazione in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti attestanti la provenienza delle offerte da un unico centro decisionale, ossia qualora emergano puntuali ed incontrovertibili elementi di fatto idonei e sufficienti a far ritenere esistente tra le imprese partecipanti alla procedura un collegamento sostanziale e, conseguentemente, compromettere la regolarità della gara (offerta di una percentuale di ribasso pressoché identica; sede nello stesso contesto territoriale; consegna dei plichi all'amministrazione appaltante nello stesso momento ed a mezzo dello stesso corriere; plichi recanti sul frontespizio dati riepilogativi dell'appalto sostanzialmente analoghi, pur in assenza di indicazioni dell'amministrazione in tal senso) (cfr Cons. di Stato, Sez. V, 18-07-2012, n. 4189; Cons. di Stato, Sez. VI, 17-01-2017, n. 169).

Di qui consegue che l'esistenza di una relazione, anche di fatto, presuppone comunque un esame fattuale e concreto delle circostanze e degli elementi che caratterizzano la fattispecie; ed ove tale "unicità" non corrisponda a ipotesi tipizzate, deve scaturire da dati e indizi seri, probanti, oggettivi, coincidenti, precisi e univoci, non contestati in fatto (Cons. di Stato, Sez. III, 02-01-2012, n. 1).

Osserva al riguardo il Collegio come la società ricorrente abbia ommesso, anche dopo aver effettuato accesso agli atti, di indicare quali sarebbero le “numerose altre aziende” sospettate di collegamento né ha evidenziato comunque quali sarebbero i presunti elementi afferenti le modalità di presentazione delle domande ed il contenuto

delle offerte delle imprese sospettate di collegamento. La ricorrente si è limitata a sostenere la violazione del principio di segretezza delle offerte sulla base della mera identità della subappaltatrice dei distributori, senza tener conto della diversità dei canoni offerti per ciascun distributore di alimenti e bevande in sede di offerta tecnica, il cui importo è differente per ciascuna delle dodici imprese partecipanti alla gara, variando da un minimo di € 650,00 a un massimo di € 3100,00 offerto dall'aggiudicataria, il che induce ad escludere che essi possano essere stati previamente concordati o condizionati da un unico centro decisionale.

A ciò aggiungasi che il canone annuo offerto per ciascun distributore di alimenti costituiva, a livello di punteggio, una componente non determinante per l'esito della gara tenuto conto che, su un punteggio globale pari a 100, il bando assegnava al detto elemento un punteggio massimo di 10 nella valutazione dell'offerta economica.

Analogamente è da escludersi che possa aver turbato in qualche modo il regolare andamento della gara e la par condicio dei concorrenti la indicazione da parte della Basilisco di un'impresa subappaltatrice che aveva presentato domanda di partecipazione alla gara tenuto conto che, come riconosciuto dalla stessa ricorrente, la subappaltatrice è restata esclusa dalla gara.

Il motivo va pertanto disatteso in mancanza di rigorosi oggettivi e comprovati elementi tali da far ritenere che le offerte siano state effettivamente riconducibili ad un unico centro decisionale.

2.4 Sulla valutazione dell'offerta economica, premesso che il bando riservava alla stazione appaltante la facoltà di sottoporre l'offerta a verifica di congruità, deve escludersi la prospettata illegittimità dell'impugnata aggiudicazione per non essersi avvalsa la stazione

appaltante della predetta facoltà sul presupposto di un non dimostrato giudizio di inattendibilità e inaffidabilità delle offerte della prima e seconda classificata.

Come noto, l'art. 30 del previgente Codice (d.lgs n. 163 del 2006) considerava applicabili alle concessioni di servizi i soli principi desumibili dal Trattato e dalla normativa generale in materia di contratti pubblici, in particolare, i principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità. Sotto la vigenza dell'abrogato Codice si era posto il problema dell'applicabilità alle concessioni di servizi della disciplina relativa al procedimento di valutazione di anomalia delle offerte di cui all'art. 86. Sul punto la giurisprudenza del Consiglio di Stato si era attestata su posizioni negative affermando che in nessuno dei richiamati principi generali poteva essere fatta rientrare la disciplina contenuta nel menzionato art. 86, il quale, nel disciplinare i “*criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse*”, dettava prescrizioni puntuali, relative ai presupposti al ricorrere dei quali le stazioni appaltanti erano tenute o meramente facoltizzate a verificare l'eventuale anomalia delle offerte (Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 01.12.2014 n. 5915). Restava salva la possibilità di applicare alle concessioni i principi di cui al comma 3 del ridetto art. 86, che rimetteva alle valutazioni delle stazioni appaltanti la verifica di congruità al di fuori dei casi tassativi previsti dai precedenti commi 1 e 2 (rispettivamente, per le gare da aggiudicare con il criterio del massimo ribasso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice degli Appalti di cui al d.lgs. 50/2016 l'art. 164, comma 2, prevede che alle procedure di

aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, anche le disposizioni relative ai “*criteri di aggiudicazione*”, espressamente richiamate, fra le altre, come corpo normativo da trasporre dal settore degli appalti pubblici a quello delle concessioni. Se tra i criteri di aggiudicazione può rientrare anche la valutazione dell’anomalia dell’offerta disciplinata all’articolo 97 del medesimo d.lgs. 50/2016, ciò non implica che le disposizioni contenute in detto articolo possano ritenersi direttamente applicabili anche gli affidamenti delle concessioni. Va rimarcato infatti che il richiamo alle norme in materia di appalti pubblici dell’art. 164 del d.lgs. cit. resta contenuto nei limiti della compatibilità delle stesse con l’istituto specifico della concessione.

L’articolo 97, in tema di verifica dell’anomalia dell’offerta presentata in gara, prevede da un lato casi di obbligatorietà della verifica (commi 2 e 3) e, dall’altro, al comma 6, terzo periodo, che la stazione appaltante possa in ogni caso valutare qualunque offerta la quale, in base a specifici elementi, appaia anormalmente bassa. Quest’ultima disposizione è senz’altro applicabile anche all’affidamento delle concessioni, con conseguente predicabilità della facoltà in capo al concedente di procedere alla verifica di congruità delle offerte che in base a specifici indizi appaiono anormalmente basse, a differenza dei casi in cui la verifica di anomalia è obbligatoria che sembrano costruiti su misura per le procedure di appalto.

In ogni caso la verifica di congruità dell’offerta costituisce espressione di un giudizio globale e sintetico, nel senso cioè che l’offerta va valutata nel suo complesso, e non con riferimento alle singole voci di prezzo ritenute incongrue, avulse dall’incidenza che

potrebbero avere sull'offerta economica nel suo insieme, ferma restando la possibile rilevanza del giudizio di inattendibilità che dovesse investire voci che, per la loro importanza ed incidenza complessiva, renderebbero l'intera operazione economica implausibile e, per l'effetto, insuscettibile di accettazione da parte dell'amministrazione, in quanto insidiata da indici strutturali di carente affidabilità (T.a.r. Brescia, Sez. II, 17 giugno 2015, n. 860).

In tal caso il Collegio non può certamente procedere ad un'autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle sue singole voci, poiché ciò costituirebbe un'indebita invasione della sfera propria dell'Amministrazione (T.A.R. Valle d'Aosta Aosta Sez. Unica, 15 maggio 2017, n. 29, Consiglio di Stato, Sez. III, 6 febbraio 2017, n. 514, Consiglio di Stato, Sez. V, 17 gennaio 2014, n. 162; Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2016, n. 4888).

Applicando le predette coordinate emerneutiche al caso di specie va evidenziato, quanto alla distribuzione dei punteggi tra offerta tecnica ed offerta economica, che, ai sensi dell'art. 5 del disciplinare di gara, il punteggio massimo assegnabile veniva fissato in 100 di cui 40 per i criteri qualitativi e 60 per il criterio "prezzo".

Nell'ambito dei 60 punti entro cui valutare l'offerta economica è stata prevista la suddivisione nei seguenti subcriteri e precisamente: 30 per il canone fisso non inferiore a 150.000,00 euro annui, 20 per l'aggio non inferiore al 7%, e 10 per il canone per i distributori automatici non inferiore a 600 euro per ogni distributore.

Ferma restando la collocazione della ricorrente come terza in graduatoria anche rispetto al punteggio riportato per le offerte tecniche (con un differenziale di 1.94 post riparametrazione rispetto alla prima classificata) per l'offerta economica ha riportato un

punteggio di 46,89, a fronte del massimo ottenuto dalla Sirio pari a 60,00, e 50,77 per la Basilisco.

In particolare, come emerge dalla tabella in atti, il punteggio della Glid per l'offerta economica era così suddiviso:

- 29,73 per aver offerto un canone fisso annuale di € 255.000,00 a fronte di 27,98 assegnato alla Basilisco che aveva offerto un canone di 240.000,00 euro, e di 30,00 per la Sirio che aveva offerto un canone di 257.300,00:

- 13,29 per aver offerto una percentuale dell'11,50% di aggio sul fatturato annuale, a fronte di 16,18% assegnato alla Basilisco che aveva offerto un aggio del 14,00%, e 20 alla Sirio che aveva offerto un aggio del 17,31%;

- 3,87 per aver offerto un canone annuo di €1200,00 per ciascun distributore, a fronte di 6,61 alla Basilisco che aveva offerto un canone di €2.050,00, e 10 alla Sirio che aveva offerto un canone di € 3100,00.

Ciò posto il giudizio di complessiva inaffidabilità delle offerte formulato dalla ricorrente risulta agganciato ad elementi astratti privi di riscontri oggettivi non avendo parte ricorrente, quale gestore uscente del servizio in questione, introdotto argomenti utili a legittimare un eventuale giudizio di esorbitanza e non sostenibilità dei prezzi offerti dalle ditte controinteressate nella offerta economica, ma avendo cercato di introdurre elementi ad esse estranei e propri dell'alea di impresa tipica del regime dei servizi in concessione.

In ogni caso, pur a voler accedere alla ipotesi ricostruttiva della ricorrente, mancano riscontri oggettivi cui agganciare in termini di ragionevolezza la percentuale fissata nella misura del 30% dei c.d.

costi variabili legati al reperimento delle materie prime, che è una voce che può variare in relazione ai differenti canali di fornitura da ciascuna impresa utilizzati ed ai quantitativi acquistati, e che, comunque, non rientrava tra gli elementi oggetto di valutazione da parte della Commissione giudicatrice.

Analogamente è a dirsi per quanto concerne il costo del personale che, lungi dal costituire elemento di valutazione dell'offerta economica, risulta calcolato forfettariamente sulla base del numero dei dipendenti senza tener conto delle differenze riconducibili alle diverse qualifiche, anzianità, al monte ore in cui il personale è impiegato, o al relativo utilizzo part time o a tempo pieno.

In sostanza i conteggi in linea di approssimazione adottati e le altre circostanze prospettate da parte ricorrente in ordine ad una presunta non remuneratività nell'esecuzione del rapporto non costituiscono in sé e per sé elementi idonei al fine di considerare l'operato dell'Amministrazione inficiato da evidente irragionevolezza o travisamento dei fatti.

Peraltro, l'applicazione dei medesimi parametri invocati per i controinteressati conduce a ritenere non remunerativa nemmeno l'offerta della ricorrente, nonostante la pregressa esperienza maturata e la conoscenza dell'utenza e delle modalità di svolgimento del servizio che doveva aver acquisito quale gestore uscente.

Del resto la concessione di servizi, nella legislazione europea e nazionale è ricostruita come un contratto a titolo oneroso in virtù del quale viene affidato a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi. Il rischio di gestione economica del servizio deve essere inteso come

rischio di esposizione all'alea del mercato, il quale può tradursi anche nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione. (CGUE, sentenze 27 ottobre 2005, nella causa C-234/03, Contse e a.). Anche nella giurisprudenza nazionale l'assunzione del rischio da parte del concessionario è stata esaltata come elemento qualificante della figura (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36; Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2008, n. 2865). Se nella concessione di servizi il concessionario si assume il rischio della gestione economica del medesimo servizio, laddove tale previsione si riveli infondata, il concessionario subirà le conseguenze economiche dell'errore, e ciò rientra, appunto, nell'ottica del trasferimento al privato del rischio di gestione del servizio. Si tratta di una strategia imprenditoriale che resta rimessa alla sfera di libertà di iniziativa economica e che non stride, anzi si sposa armonicamente, con la natura della concessione di servizi, la cui essenza riposa – appunto – sul trasferimento del rischio al concessionario.

Deve quindi concludersi nel senso che l'Asl intimata abbia fatto buon uso del suo potere discrezionale di non procedere alla verifica di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria, e che essa si sia limitata giustamente al giudizio di convenienza e, implicitamente, di congruità dell'offerta medesima.

2.5 Del tutto ininfluenti si appalesano le censure sollevate rispetto alle migliori offerte dalla ricorrente con distributori di ultima generazione, in quanto dotati di specifici software che ne consentirebbero la programmazione a distanza, tenuto conto che la ricorrente ha ottenuto il punteggio massimo rispetto a tale subcriterio di valutazione, che il disciplinare all'art. 14 prevedeva comunque che i distributori automatici fossero di data di

fabbricazione non anteriore al 2014, ed in assenza di rilievi oggettivi sulla cui base poter asserire l'esorbitanza del corrispondente punteggio assegnato alle controinteressate.

Analogamente alcun vizio di incompletezza può ravvisarsi rispetto alle offerte delle controinteressate che risultano redatte anche con l'indicazione delle caratteristiche dei mezzi adoperati per il trasporto del materiale, e ferma restando in ogni caso la facoltà del soccorso istruttorio da parte della amministrazione procedente.

In definitiva per quanto sopra esposto il ricorso va respinto ed avuto riguardo alla complessiva delle questioni trattate ricorrono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Alberto Tramaglini, Presidente

Renata Emma Ianigro, Consigliere, Estensore

Massimiliano Balloriani, Consigliere

L'ESTENSORE
Renata Emma Ianigro

IL PRESIDENTE
Alberto Tramaglini

IL SEGRETARIO