

Publicato il 23/03/2017

N. 00704/2017 REG.PROV.COLL.
N. 02092/2016 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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2092 del 2016, proposto da:
So.Me.D. S.p.A. (Società Meridionale Distributori), in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati
Filippo Donati e Filippo Casò, con domicilio eletto presso lo studio
del secondo in Milano, via Monte di Pietà, 15

contro

Fondazione Irccs "Istituto Nazionale Tumori", in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe
Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano,
via Larga, 23

per l'annullamento

del bando di gara, pubblicato sulla GUCE e sulla GURI n. 97 del 24
agosto 2016, con cui l'Istituto ha indetto una procedura aperta per
l'affidamento in concessione del servizio di somministrazione di

alimenti e bevande mediante distributori automatici, per un periodo di 60 mesi,

del disciplinare e capitolato tecnico, delle risposte alle richieste di chiarimento, in particolare della tranche del 28 agosto 2016, di ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso, conseguente e/ o successivo, anche di carattere interno ed a contenuto generale, con cui l'Istituto ha previsto, asserito, approvato o altrimenti regolato e/o giustificato il valore di ogni singolo contratto di concessione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Fondazione Irccs "Istituto Nazionale Tumori";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2017 il dott. Roberto Lombardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso depositato in data 23 settembre 2016, So.Me.D. S.p.A. chiedeva l'annullamento del bando di gara di cui in epigrafe, deducendone l'illegittimità sotto i seguenti profili:

- mancata indicazione, da parte della stazione concedente, del fatturato stimato conseguibile dalla concessione oggetto di gara;
- incertezza circa l'esatta ubicazione dei macchinari;
- assenza di una clausola di esclusiva, in conseguenza della possibilità discrezionale riconosciuta alle stazioni committenti di consentire l'utilizzo di macchine semiautomatiche distributrici di bevande calde

installate da soggetti diversi dai concessionari, negli stessi locali in cui avrebbe dovuto essere svolto il servizio oggetto di gara.

Si costituiva la Fondazione convenuta, che resisteva al ricorso, eccependone preliminarmente l'inammissibilità, e la Sezione accoglieva la proposta domanda cautelare.

La causa è stata infine discussa e trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 23 febbraio 2017.

Preliminarmente, occorre esaminare l'eccezione di inammissibilità svolta dall'amministrazione convenuta.

Tale eccezione è stata articolata sotto due diverse angolazioni:

- da un lato, le censure svolte sul bando di gara sarebbero inammissibili in quanto tendenti a sindacare il merito dell'azione amministrativa, anche alla luce del vigente art. 166 del d.lgs. n. 50/2016, che avrebbe positivizzato il "principio di libertà amministrativa";
- dall'altro, non avendo la società ricorrente presentato un'offerta entro il termine perentorio indicato dagli atti di gara, la stessa sarebbe priva di legittimazione al ricorso.

Il Collegio ritiene di dovere accogliere la seconda delle due citate prospettazioni.

Invero, il ricorso è inammissibile per carenza di legittimazione a proporlo, non avendo la ricorrente presentato domanda di partecipazione alla gara pubblica e non contenendo il bando impugnato clausole escludenti.

Con riguardo al primo dei due profili, il Collegio non ha motivo di discostarsi dall'orientamento consolidato della giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. in particolare, Adunanza Plenaria n. 4 del 2011) secondo cui la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad

una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione.

Si tratta di una condizione dell'azione (cd. titolo o possibilità giuridica), per il soggetto che agisce in giudizio nello specifico settore degli appalti pubblici, che può essere ritenuta non necessaria soltanto in tre casi eccezionali:

- azione volta a contrastare, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura;
- azione dell'operatore economico "di settore" diretta a contestare un "affidamento diretto" o senza gara;
- ricorso volto a censurare una clausola del bando "escludente", in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione.

L'ultima situazione processuale citata è quella in cui è inquadrabile l'azione proposta dall'odierna ricorrente.

So.Me.D. S.p.A. chiede, infatti, l'annullamento di un bando di gara senza avere proposto domanda di partecipazione e senza che l'esito della procedura abbia reso attuale l'interesse dedotto in giudizio (aspirazione all'aggiudicazione), asserendo che l'illegittimità della *lex specialis* di gara non le avrebbe consentito di predisporre un'offerta economica consapevole, con conseguente impedimento di fatto a partecipare alla gara.

Anche sotto questo secondo profilo, il Collegio non ha motivi per discostarsi dall'orientamento consolidato – e comunque largamente maggioritario – del Consiglio di Stato, secondo cui la possibilità (e il relativo onere) d'immediata impugnazione del bando di concorso è circoscritta al caso della contestazione di clausole escludenti, "riguardanti requisiti di partecipazione, che siano ex se ostative

all'ammissione dell'interessato, o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, dovendo invece le rimanenti clausole essere ritenute lesive ed impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva" (cfr., in termini, tra le altre, Cons. St., sentenze n. 491/2015 e n. 5282/2014). Tale orientamento ha preso le mosse e si è consolidato nel tempo a seguito della pronuncia n. 1 del 2003 emessa dal Consiglio di Stato, in sede di Adunanza Plenaria.

Nel caso in esame, è da escludere che le circostanze indicate dalla ricorrente (mancata indicazione del fatturato stimato, incertezza circa l'ubicazione dei macchinari e assenza di una clausola di esclusiva in favore del concessionario) costituiscano in senso tecnico le "clausole escludenti" individuate dalla prassi giurisprudenziale dominante.

Invero, gli oneri imposti all'offerente non sono né manifestamente incomprensibili né del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale.

L'amministrazione non ha indicato il fatturato stimato, poiché, trattandosi di concessione, non è stata in grado di reperire dati oggettivi al riguardo. La stessa acquisizione delle scritture contabili della precedente affidataria (attestata nel corso del giudizio) non le ha permesso di elaborare elementi idonei, in presenza di un dato aggregato nazionale, da cui non è ricavabile, per ciò solo, il fatturato conseguito tramite i singoli affidamenti.

D'altra parte, l'indicazione del numero dei posti letto e dei dipendenti delle singole strutture rende astrattamente possibile per la ricorrente la presentazione di un'offerta ponderata, e non è corretto ritenere, a tale riguardo, che risulti inconferente o comunque non di ausilio la conoscenza del prezzo del corrispettivo richiesto, in quanto tale corrispettivo è stato quantificato nello stesso ordine di grandezza di quello versato dal precedente gestore (si vedano, al riguardo, i chiarimenti resi il 29 agosto 2016 e il 2 settembre 2016 dalla stazione appaltante).

Si tratta dunque di una *lex specialis* di gara che offre dati oggettivi e sufficienti per potere predisporre un'offerta consapevole, fermo restando che sussiste ovviamente differenza tra l'impossibilità di predisporre un'offerta (il che avverrebbe nel caso in cui la *lex specialis* restasse muta su dati minimi di riferimento) e la difficoltà di ponderarla, afferendo tale ultima circostanza ad un rischio che l'impresa deve correre in ragione della tipologia di affidamento (concessione) e che può essere più o meno sterilizzato dall'adeguatezza delle capacità tecniche ed economiche – anche in sede previsionale di costi sostenibili – possedute dall'impresa stessa.

Sul punto, il Collegio condivide l'affermazione secondo cui, in tema di affidamento del servizio di “vending”, da un lato il valore dei “flussi di cassa” non è normalmente nella disponibilità dell'amministrazione concedente, dall'altro, trattandosi di concessione, si verifica una “traslazione del rischio di gestione del servizio in capo al concessionario, rischio che attiene non solo al risultato finale della gestione, ma alla domanda stessa del servizio” (cfr., in termini, tra le altre, Tar Lombardia, Milano, sent. n. 1658/2016).

Analogo discorso è possibile fare anche con riferimento alla mancata indicazione fin dal bando dell'esatta ubicazione dei distributori automatici nei singoli plessi ospedalieri, e con riferimento all'asserita assenza della clausola di esclusiva. Non si tratta di circostanze atte ad impedire in modo radicale la formulazione di un'offerta consapevole, ma semmai di informazioni che possono essere essenziali nell'individuazione dell'esatto grado di remuneratività del servizio da aggiudicare; sono pertanto elementi che non impediscono di per sé la partecipazione alla gara.

D'altra parte, rilievo decisivo spetta alla circostanza che la lex specialis di gara abbia previsto, ai fini dell'ammissibilità della domanda di partecipazione, l'obbligatorietà del sopralluogo nei locali dove andrebbero collocati i distributori automatici, di modo che la ricorrente avrebbe potuto operare un'offerta quanto meno consapevole, se si fosse avvalsa di tale possibilità, di per sé chiarificatrice di una parte rilevante dei dubbi indicati nelle censure con riferimento alla distribuzione effettiva delle macchine e ai possibili ostacoli sulla resa in termini di fatturato costituiti dall'esistenza di bar o di preesistenti distributori semiautomatici negli stessi spazi interessati dallo svolgimento del servizio.

Sotto questo profilo, le conseguenze del non avere sfruttato tale possibilità non possono che ricadere nella sfera di responsabilità della società ricorrente.

Sotto altro, concorrente profilo, l'asserita assenza di esclusiva non sussiste, se riferita ai compensi derivanti dalla vendita di alimenti e bevande mediante i distributori automatici forniti dall'aggiudicataria - che sono alla stessa riservati totalmente -, mentre non lede tale aspetto il fatto che il disciplinare di gara faccia "salvi" i distributori

semiautomatici di bevande calde già presenti presso i singoli committenti, in relazione a pregressi impegni contrattuali non ancora scaduti (e che in quanto tali devono essere necessariamente rispettati dall'amministrazione).

In altri termini, non può sostenersi l'impossibilità di predisporre un'offerta consapevole, quando la mancata presentazione di tale offerta è essenzialmente imputabile alla libera scelta dell'operatore economico, e/o quando la stazione appaltante, pur non indicando espressamente il fatturato stimato, abbia posto le potenziali concessionarie del servizio nelle condizioni di potere ragionevolmente individuare fin dalla domanda di partecipazione costi e benefici derivanti da un'eventuale aggiudicazione della gara.

Qualora, poi, le censure dedotte contro le carenze della *lex specialis* di gara dovessero essere lette non nel senso di un'impossibilità soggettiva, ma di un'impossibilità oggettiva di partecipazione remunerativa alla gara, le stesse sono contraddette dal congruo numero di concorrenti che hanno effettivamente presentato un'offerta.

Invero, risulta dagli atti la partecipazione in gara per i singoli lotti di sette concorrenti per i lotti nn. 1, 5 e 8, di sei concorrenti per i lotti nn. 3, 6, 7 e 10, e di quattro concorrenti per i lotti nn. 4, 9 e 11.

L'effettiva presentazione di un'offerta da parte di tali operatori economici è di per sé un robusto indizio della possibilità oggettiva di presentare un'offerta consapevole, salvo ipotizzare – ma su questo, per ovvi motivi, la ricorrente non ha potuto produrre alcuna prova – che tutte le offerte presentate sono state concepite “in perdita”.

Il ricorso è dunque inammissibile.

Il Collegio è tuttavia consapevole della recente formazione di un orientamento (avallato da due pronunce del Consiglio di Stato) secondo cui, nel caso in cui la *lex specialis* della gara presenti caratteristiche tali da rendere “oggettivamente difficoltosa” un’esatta ponderazione dell’offerta, è ammissibile l’impugnazione immediata del bando di gara.

In particolare, in entrambi i casi decisi dalle due citate pronunce del Giudice di secondo grado (sentenze n. 4343/2016 e n. 748/2017), la mancanza di ponderazione dell’offerta era stata ricollegata al fatto che la *lex specialis* di gara avesse commisurato il valore della concessione ai canoni concessori anziché al fatturato generato per tutta la durata del contratto.

In entrambe le pronunce, inoltre, il Consiglio di Stato ha richiamato gli stessi due precedenti, vale a dire le decisioni n. 6367 del 2004 e n. 4679 del 2001 emesse dal Giudice di secondo grado.

Al riguardo, il Collegio deve necessariamente rilevare che il caso trattato in sede odierna ha una sua specificità rispetto a quelli recentemente esaminati dal Consiglio di Stato, in quanto la Fondazione resistente non ha commisurato il valore della concessione al corrispettivo posto a base d’asta, ma ha semplicemente evitato di indicare il fatturato presunto, in ragione di una prospettata impossibilità di determinarlo.

Quanto invece ai precedenti richiamati dal Giudice di appello, il primo (sent. n. 6367 del 2004) non affronta il problema dell’ammissibilità dell’impugnazione immediata del bando, essendo peraltro citato allo scopo evidente di rimarcare l’importanza di un’adeguata ponderazione dell’offerta; il secondo (sent. n. 4679 del 2001), al di là del contenuto effettivo della sua statuizione – resa su

un caso decisamente non sovrapponibile a quello trattato in sede odierna – delinea il principio per cui la lex specialis di gara assume carattere immediatamente lesivo qualora presenti caratteristiche tali “da rendere oggettivamente difficoltosa una esatta ponderazione dell’offerta”.

Tale principio, tuttavia, è stato disatteso dalla successiva Adunanza Plenaria n. 1 del 2003, che ha al contrario stabilito che, con riferimento all’impugnazione diretta di clausole relative alle modalità oggettive di partecipazione alla gara, sussiste un dovere di immediata impugnazione della lex specialis di gara soltanto con riferimento a clausole, in essa contenute, che impongano, ai fini della partecipazione, “oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale, e che comportino sostanzialmente l’impossibilità per l’interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale”.

La stessa Adunanza Plenaria, ha richiamato, al riguardo, e su un piano meramente esemplificativo, l’ipotesi “di un bando che, discostandosi macroscopicamente dall’onere di clare loqui, al quale, per i suoi intrinseci caratteri, ogni bando deve conformarsi, risulti indecifrabile nei suoi contenuti, così impedendo all’interessato di percepire le condizioni alle quali deve sottostare precludendogli, di conseguenza, direttamente ed immediatamente la partecipazione”.

Il Collegio ritiene di dovere confermare l’adesione a tale orientamento e al principio giuridico da esso ricavabile, anche perché un ripensamento di tale principio, in considerazione della fonte da cui proviene, dovrebbe astrattamente essere riservato nuovamente all’Adunanza Plenaria, ex art. 99, comma 3 del c.p.a..

Conseguentemente, si ritiene che la *lex specialis* della gara in esame, nonostante la mancata previsione del fatturato stimato, ma in ragione della indicazione di dati alternativi idonei a consentire un'offerta consapevole, non ha comportato la sostanziale impossibilità per l'interessato di accedervi.

D'altra parte, un'eccessiva dilatazione della legittimazione al ricorso in materia di appalti pubblici, anche in assenza di un'effettiva partecipazione alla procedura selettiva, e in connessione con la difficoltà a ponderare congruamente l'offerta, si porrebbe in frontale contrasto non soltanto con il principio di ordine processuale, ribadito dalla citata Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, secondo cui la facoltà di agire in giudizio non è attribuita, indistintamente, a tutti i soggetti che potrebbero ricavare eventuali ed incerti vantaggi dall'accoglimento della domanda, ma anche con le esigenze di celerità e certezza delle procedure perseguite dal nuovo codice degli appalti pubblici.

Senza considerare che consentire di incidere sulla predisposizione del bando di gara a operatori economici non impossibilitati a formulare un'offerta e non formalmente ammessi alla procedura ad evidenza pubblica, violerebbe palesemente la libertà dell'amministrazione di decidere, già in fase organizzativa, il modo migliore per gestire la prestazione dei servizi (libertà oggi ribadita dall'art. 166 del d.lgs. n. 50/2016), esponendola a forme anomale di pressione da parte di soggetti che hanno una lesione soltanto potenziale dell'interesse protetto dall'ordinamento, il cui contenuto è costituito non dall'astratta legittimità del comportamento dell'Amministrazione, ma dalla possibilità di conseguire l'aggiudicazione.

Non è un fuor d'opera, ad ogni modo, evidenziare che la rilevata illegittimità del bando prospettata dalla ricorrente, nei termini in cui la stessa l'ha dedotta, non sussiste.

L'art. 167 del d.lgs. n. 50/2016, infatti, obbliga le stazioni appaltanti a determinare il valore di una concessione (ancorandolo al fatturato totale stimato), ma solo ai fini di cui all'art. 35 dello stesso decreto legislativo, cioè ai fini di individuazione delle "soglie di rilevanza comunitaria".

Ne deriva che la mancata indicazione del fatturato presunto – specie se surrogata dall'individuazione di altri dati oggettivi e rilevanti per la ricostruzione dell'utile ritraibile – non comporta di per sé l'illegittimità della *lex specialis*, e in particolare non comporta tale illegittimità quando, come nel caso di specie, la mera quantificazione del corrispettivo determini di per sé il superamento di tali soglie di rilevanza (superamento che, comunque, non è controverso).

Una differente interpretazione dell'obbligo imposto dall'art. 167 del d.lgs. n. 50/2016 – tale da comportare, cioè, l'illegittimità *sic et simpliciter* di qualsiasi bando di gara che non contenga l'indicazione del fatturato presunto - esorbiterebbe dall'obiettivo perseguito dall'ordinamento comunitario, così come recepito dal legislatore nazionale, con conseguente violazione del principio di proporzionalità.

Tale obiettivo è, con tutta evidenza, quello di evitare una maliziosa sottostima da parte della stazione appaltante del valore del servizio da affidare in concessione, tanto è vero che lo stesso art. 167 impone alle amministrazioni la predisposizione documentale di un metodo oggettivo per il calcolo del valore stimato della concessione, e prevede che la scelta di tale metodo non possa essere fatta con

l'intenzione di escludere la concessione dall'ambito di applicazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici.

E' evidente che tali cautele sono state previste in quanto l'individuazione del fatturato presunto è di per sé frutto di una valutazione astrattamente opinabile, e che le stesse cautele perdono di significato a fronte di un valore della concessione che, già sulla base di un dato oggettivo (corrispettivo richiesto), vincola l'amministrazione a ricondurre la concessione medesima nell'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici.

Ne deriva, pertanto, che il ricorso sarebbe comunque anche infondato.

Le spese del giudizio – ivi comprese quelle della fase cautelare - possono invece essere compensate tra le parti, in relazione alla novità e peculiarità della questione esaminata, come attestato anche dalle oscillazioni giurisprudenziali di cui si è dato atto in motivazione.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile, nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Concetta Plantamura, Consigliere

Roberto Lombardi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Roberto Lombardi

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO