



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1149 del 2017, proposto da:
Methodo S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa
dagli avvocati Andrea Netti e Gian Marco Peretti, con domicilio eletto presso lo
studio dell'avv. Santo Spagnolo in Catania, corso Italia N.244;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Ragusa, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avvocato Danilo Vallone, con domicilio eletto presso lo
studio dell'avv. Massimo Vallone in Catania, via Simili, 14;

nei confronti di

Ivs Italia Spa, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione del direttore generale dell'ASP di Ragusa n. 1132 del 21 aprile
2017 di indizione della “procedura aperta previa pubblicazione di un bando di
gara, ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. 50/2016, per la scelta del privato contraente per

l'affidamento della concessione in uso di spazi per il servizio di ristoro mediante distributori automatici di bevande, snack/merendine/dolci, pizze, prodotti da forno e prodotti freschi per un periodo di quattro anni (comprensivo di installazione, manutenzione e rifornimento dei distributori automatici)”;

- del Bando di gara pubblicato dall' ASP di Ragusa sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea - GU/S S94 del 17/05/2017 – 2017/S 094-184404 - avente ad oggetto “Procedura aperta per l'affidamento quadriennale della concessione in uso di spazi per servizio ristoro mediante distributori automatici di bevande, snack/merendine/dolci, pizze, prodotti da forno freschi (con eventuale estensione del quinto d'obbligo)”;

- del disciplinare e capitolato di gara avente ad oggetto: “Gara a procedura aperta per l'affidamento quadriennale della concessione in uso di spazi per il servizio di ristoro mediante distributori automatici di bevande, snack/merendine/dolci, pizze, prodotti da forno e prodotti freschi (con eventuale estensione del quinto d'obbligo)”;

- di ogni documento reso a chiarimento o in risposta ai quesiti formulati alla Stazione Concedente, segnatamente dei chiarimenti pubblicati sul sito dell'Ente in data 12/06/2017;

- di ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso, conseguente e/o successivo, anche di carattere interno ed a contenuto generale, con cui l'ASP di Ragusa ha previsto, asserito, approvato o altrimenti regolato e/o giustificato il valore stimato del contratto di concessione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell’Azienda Sanitaria Provinciale di Ragusa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 marzo 2018 la dott.ssa Maria Stella Boscarino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio la ricorrente espone che, con Deliberazione a contrarre n. 1132 del 21/4/ 2017, l'ASP di Ragusa indiceva una procedura aperta, previa pubblicazione di un bando di gara, per “l'affidamento della concessione in uso di spazi per il servizio di ristoro mediante distributori automatici di bevande, snack/merendine/dolci, pizze, prodotti da forno e prodotti freschi per un periodo di quattro anni (comprensivo di installazione, manutenzione e rifornimento dei distributori automatici)”.

Lamenta la ricorrente Methodo Srl. di essersi trovata nell'oggettiva impossibilità di poter presentare l'offerta per concorrere alla procedura, a causa della mancata indicazione, nei documenti di gara, del flusso dei corrispettivi generato dal servizio, ciò che non avrebbe consentito alla Società di formulare un'offerta economica consapevole. Difatti, argomenta l'impresa, il dato del fatturato, insieme a quello del canone di concessione dovuto dall'impresa all'Amministrazione Concedente, costituiscono gli elementi principali in base al quale l'Operatore Economico calibra la propria offerta di gara in maniera tale da poter conseguire un'utile dalla gestione del servizio.

Secondo la prospettazione della ricorrente, la mancata indicazione del fatturato generato dalla concessione immessa sul mercato, per un verso, costituisce di per sé un grave vizio di illegittimità della lex specialis di gara, per un altro, ostacola la partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara, ciò che ha indotto METHODODO S.r.l. a spiegare il ricorso.

Si è costituita in giudizio l'ASP di Ragusa la quale ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, avuto riguardo alla mancata partecipazione a gara, in quanto la legittimazione alla proposizione di ricorso vi sarebbe solo quando in presenza di profili di illegittimità tali da impedire la partecipazione alla selezione o da pregiudicare effettivamente il diritto alla corretta ponderazione dell'offerta

L'ASP di Ragusa eccepisce altresì l'infondatezza del ricorso.

Dopo aver premesso che l'art. 167 del d.lgs. 50/2016 obbliga le stazioni appaltanti a determinare il valore di una concessione (ancorandolo al fatturato totale stimato) solo per l'individuazione delle "soglie di rilevanza comunitaria" (di cui all'art. 35 dello stesso d.lgs.), l'Amm.ne ne trae la conclusione che la mancata indicazione del fatturato - ove surrogata dall'indicazione di altri dati oggettivi per la ricostruzione dell'utile ricavabile dalla concessione - non vale a comportare di per sé l'illegittimità della lex specialis.

Inoltre, l'Amm.ne obietta di non essere in possesso dei dati chiesti dalla ricorrente. Con ordinanza n. 542/2017 del 19.07.2017, questa Sezione interna ha respinto la domanda di sospensione formulata dalla società ricorrente.

Con Ordinanza n.692\2017 pubblicata il 23.10.2017, il Consiglio di Giustizia Amm.va per la Regione Siciliana ha respinto l'appello proposto da Methodo srl affermando che

“ l'indicazione da parte dell'Amministrazione (nel bando di gara) del potenziale fatturato producibile dalla messa in opera dei distributori alimentari (e dunque dallo sfruttamento della concessione oggetto dell'appalto), non costituisce un dato obiettivo indispensabile (né concretamente utile) per effettuare una razionale offerta al ribasso sul valore fissato a base d'asta; e ciò in quanto nulla impedisce di formulare l'offerta tenendo conto di altri fattori ponderali ricavabili dal contenuto del bando o dalla conoscenza dello stato dei luoghi (quali, ad esempio, il numero

degli utenti da servire quotidianamente, e/o la capacità ed il costo degli apparecchi e/o la dimensione degli spazi disponibili per allocarli etc.)”.

Le parti hanno ulteriormente illustrato le proprie posizioni con memorie, ed in particolare l'Amm.ne resistente argomenta di aver posto a disposizione dei concorrenti tutti i dati in suo possesso per ricostruire il volume di affari presumibilmente ritraibile dalla gestione del servizio, rendendo preventivamente noti il canone mensile a base d'asta e tutti gli elementi – ivi compresi i dati storici - per la ricostruzione dei flussi di cassa (pagati dagli utenti), con l'indicazione della collocazione dei distributori e del numero dei dipendenti (distinti per sedi) e, nel caso di presidi ospedalieri, anche del numero di posti letto.

La lex specialis avrebbe quindi consentito ai singoli concorrenti di costruire in modo del tutto consapevole i propri prezzi unitari.

Invoca l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale mediante tali informazioni i concorrenti disporrebbero di tutti gli elementi volti a predeterminare la domanda del servizio, riuscendo così a determinare in modo del tutto consapevole il valore stimato della concessione, in modo anche più preciso di quanto eventualmente possibile disponendo del dato relativo al fatturato connesso alla precedente gestione - dato, comunque, non in possesso del Comune (Cons. Stato Sez. V, Sent. n. 4049 del 21-08-2017).

Nel caso in esame il fatturato della pregressa gestione non soltanto non era disponibile, ma pure sarebbe stato non utile, attesa la diversità della gara in termini di ampiezza e maggior numero di distributori da installare.

La ricorrente replica, quanto alle eccezioni in rito, che per principio, ormai granitico nella giurisprudenza amministrativa, è legittima l'impugnazione del bando di gara, indipendentemente dalla partecipazione alla procedura di selezione, quando l'Operatore Economico denuncia ed eccepisce illegittimità dello stesso nel

momento in cui la sua formulazione impedisce o pregiudica grandemente il diritto alla corretta ponderazione e determinazione dell'offerta di gara.

Nel merito, osserva che il D.Lgs. n. 127 del 05/08/2015, all'art. 2, prevede che “la trasmissione telematica dei dati dei corrispettivi... sono obbligatori per i soggetti passivi che effettuano cessioni di beni tramite distributori automatici...”.

Ciò significa che per effetto del suesteso dettato normativo, vige un preciso obbligo di trasparenza per gli Operatori Economici, ai quali viene imposto l'onere di trasmettere all'Agenzia delle Entrate i flussi dei corrispettivi generati dal servizio. Tale onere in capo agli Operatori del mercato consente, di converso, alla P.A. interessata di conoscere immediatamente, ed esattamente, i flussi economici generati dal servizio oggetto della futura concessione.

Ottenere il dato di fatturato certificato sarebbe, dunque, quanto mai semplice, ma nel caso che occupa l'ASP avrebbe colpevolmente omissso tale semplice adempimento.

La ricorrente, ancora, invoca il più recente orientamento giurisprudenziale favorevole alla sua tesi (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 11/01/2018, n. 127; conforme T.A.R. Puglia – Bari 1/02/2018 n. 127), che ha definitivamente consolidato il principio dell'obbligo di fatturato, superando l'orientamento giurisprudenziale citato dall'Amm.ne e seguito dall'ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana n. 692/2017 del 23/10/2017.

Le parti hanno depositato ulteriori memorie di repliche, sostenendo, quanto all'Amm.ne, che nel caso in esame il fatturato della pregressa gestione non soltanto non era disponibile, ma pure sarebbe stato non utile, attesa la diversità della gara in termini di ampiezza e maggior numero di distributori da installare, senza che la ricorrente abbia comprovato l'invarianza del precedente; quanto alla ricorrente, che chi conosce in tutto o in parte i dati di fatturato della concessione immessa sul mercato è in grado di partecipare alle gare, invece, le imprese che non conoscono i

dati di fatturato non riescono a partecipare per cui l'operazione di calcolo che l'ASP di Ragusa vorrebbe rimettere in capo alle concorrenti si trasformerebbe in una (riflessa) barriera all'ingresso alla partecipazione alla gara.

All'udienza pubblica del giorno 7 marzo 2018, esaurita la trattazione orale, il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

I. L'eccezione di inammissibilità del ricorso non è fondata: è sufficiente, al riguardo, richiamare il recente precedente di questa Sez. interna sulla questione (sentenza n. 2735/2017 del 24 novembre 2017) con il quale si è affermato che: “L’illegittimità di regole inidonee a consentire una corretta e concorrenziale offerta economica incide direttamente sulla formulazione dell’offerta, impedendone la corretta e consapevole elaborazione, sicché non sussiste l’onere di partecipazione alla procedura di colui che intenda contestarle, in quanto le ritiene tali da impedirgli l’utile presentazione dell’offerta e, dunque, sostanzialmente impeditive della sua partecipazione alla gara. Devono, quindi, considerarsi ‘immediatamente escludenti’ (anche) clausole non afferenti ai requisiti soggettivi, ma attinenti alla formulazione dell’offerta, sia sul piano tecnico che economico laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta; disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell’offerta; ovvero contemplino condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente”.

II. Ritiene il Collegio che al più meditato esame della questione, proprio della fase di merito, debba essere rivisto l’orientamento espresso in sede cautelare, alla stregua della giurisprudenza consolidatasi, nelle more del giudizio, in senso favorevole alla tesi di parte ricorrente.

Si è infatti condivisibilmente affermato che:

- l'affidamento del servizio di gestione di distributori automatici di snack e bevande può essere ricondotto pacificamente nell'ambito della concessione di servizi, che si differenzia dall'appalto di servizi, in quanto il corrispettivo della fornitura consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi, o in tale diritto accompagnato da un prezzo;
- l'articolo 30 del D.L.vo 163/06 sottrae le concessioni alle disposizioni riferite ai contratti pubblici, ma le assoggetta comunque al rispetto dei principi generali relativi ai contratti pubblici di cui all'art. 2, co. 1, D.L.vo 163/06 e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, con residuale obbligo, pertanto, di procedure selettive che, anche attraverso una gara informale, assicurino il rispetto dei suddetti principi;
- come precisato dall'AVCP, "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.L.vo n. 163 del 2006 che si traducono nell'informare correttamente il mercato di riferimento sulle complessive e reali condizioni di gara" (cfr. deliberazione AVCP n. 40 del 19dicembre 2013);
- la stessa Autorità 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.L.vo 12 aprile 2006, n. 163, tenendo conto dei ricavi ipotizzabili in relazione alla sua futura gestione;

- 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;
- pertanto, 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; ciò anche in relazione alla previsione contenuta nella direttiva 2014/23/UE, art. 8, comma 2;
- ciò posto, non può ritenersi 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.” (fin qui, in termini, Consiglio di Stato, Sez. III, 11/01/2018, n. 127; cfr. anche T.A.R. Emilia Romagna, II, n.121/2018 del 2.2.2018 e n.122/2018 di pari data).

Né può darsi rilievo alle obiezioni dell’Amm.ne, oltre che per le ragioni enunciate nei citati precedenti, cui si fa rinvio, anche per la circostanza che l’Amm.ne, per ovviare alle difficoltà di cui si duole nel reperimento dei dati, ben potrebbe prevedere nei bandi l’obbligo per l’aggiudicataria di comunicare periodicamente i flussi di cassa, sicché le lamentate difficoltà risultano pienamente imputabili alla stessa Azienda.

Ne consegue, conclusivamente, l'illegittimità degli atti impugnati, che vanno quindi annullati.

III. Per quanto riguarda la domanda di risarcimento danni, parte ricorrente non ha sciolto la riserva apposta alla domanda risarcitoria relativa alla quantificazione del danno derivante da perdita di chance.

D'altra parte, l'annullamento della procedura comporta il risarcimento in forma specifica.

Come ribadito dalla richiamata decisione del Consiglio di Stato, Sez. III, 11/01/2018, n. 127, è in re ipsa che l'annullamento della *lex specialis* travolge tutti gli atti successivi della procedura, con la conseguente necessaria riedizione della gara ab initio.

IV. In considerazione del fatto che l'accoglimento del ricorso discende da un orientamento giurisprudenziale consolidatosi soltanto nel corso del giudizio, e avuto riguardo all'esito della fase cautelare, il Collegio ritiene che sussistano i presupposti di legge per compensare le spese di giudizio tra le parti, ad eccezione del contributo unificato, che viene posto a carico dell'Azienda.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate, ad eccezione del contributo unificato, che viene posto a carico dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Ragusa.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente

Maria Stella Boscarino, Consigliere, Estensore

Giuseppa Leggio, Consigliere

L'ESTENSORE
Maria Stella Boscarino

IL PRESIDENTE
Daniele Burzichelli

IL SEGRETARIO