



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 in appello numero di registro generale 3072 del 2017, proposto da:
Gesa s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Netti e Renato Perticarari, con domicilio eletto presso lo studio Placidi s.r.l. in Roma, via Cosseria n. 2;

contro

Fondazione Irccs Istituto Nazionale dei Tumori in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta n. 142;

nei confronti di

Ivs Italia s.p.a. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo della Lombardia, sede di Milano, Sezione IV, n. 00706/2017, resa tra le parti, concernente il bando di gara, pubblicato dalla Fondazione IRCCS "Istituto Nazionale dei Tumori" sulla

piattaforma Sintel e spedito alla GUUE in data 28/07/2016 con cui la capofila Fondazione IRCCS Istituto Nazionale dei Tumori ha indetto procedura in forma aggregata disciplinata ai sensi dell'art. 164 del D.Lgs. n. 50/2016 per “l'affidamento del servizio in concessione di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici per un periodo di 60 mesi”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2017 il consigliere Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Attilio Biava su delega dell'avvocato Renato Perticarari e Giuseppe Franco Ferrari;

Ritenuto e considerato inatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale Amministrativo della Lombardia, sede di Milano, rubricato al n. 2242/2016, Gesa s.p.a. impugnava:

- il bando di gara pubblicato dalla Fondazione Irccs “Istituto Nazionale dei Tumori” sulla piattaforma Sintel e spedito alla GUUE il 28.7.2016 con cui la capofila Fondazione Irccs aveva indetto procedura in forma aggregata disciplinata ai sensi dell'art. 164 del d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del servizio in concessione di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici per un periodo di 60 mesi e per 11 (undici) lotti, nonché il disciplinare di gara, il capitolato speciale d'appalto e di ogni altro allegato e documento reso a chiarimenti;

- ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso, conseguente e/o successivo, anche di carattere interno ed a contenuto generale, con cui IRCCS ha previsto, asserito, approvato o altrimenti regolato o giustificato il valore del contratto di concessione, nonché l'eventuale metodo oggettivo per determinarlo.

La ricorrente lamentava:

- contraddittorietà dell'azione amministrativa esercitata, in relazione al pregresso annullamento in autotutela di bando analogo per motivi in parte coincidenti con quelli posti a base del presente ricorso;

- mancata indicazione, da parte della stazione concedente, del fatturato stimato derivante dal servizio in concessione, non potendo tale mancanza essere colmata, secondo la ricorrente, dall'indicazione del numero dei posti letto e dei dipendenti (per ciascun presidio) contenuta nella *lex specialis* di gara;

- violazione delle norme che prevedrebbero, per il tipo di servizio da affidare, l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e non del criterio del massimo rialzo;

- incertezza circa l'ubicazione dei macchinari;

- assenza, nel complesso delle disposizioni della *lex specialis* di gara, di meccanismi tali da garantire una corretta allocazione dei rischi (cosiddetto criterio dell'equilibrio economico e finanziario), con particolare riferimento all'assenza di una clausola di esclusiva, in conseguenza della possibilità discrezionale riconosciuta alle stazioni committenti di avvalersi di macchine semiautomatiche distributrici di bevande calde installate da soggetti diversi dai concessionari, negli stessi locali in cui avrebbe dovuto essere espletato il servizio oggetto di gara.

La ricorrente chiedeva quindi l'annullamento del provvedimento impugnato.

Con la sentenza in epigrafe, n. 706 in data 23 marzo 2017, il Tribunale Amministrativo della Lombardia, sede di Milano, Sezione IV, affermava la propria

giurisdizione, disattendendo la questione sollevata dalla parte resistente, e respingeva il ricorso.

2. Avverso la predetta sentenza Gesa s.p.a. propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 3072/2017, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituita in giudizio la Fondazione Irccs Istituto Nazionale dei Tumori chiedendo il rigetto dell'appello.

Chiamato in discussione l'appello alla camera di consiglio del 25 maggio 2016 per l'esame della domanda cautelare le parti hanno insistito nelle rispettive conclusioni. Il Collegio ha avvisato della possibilità di definire il giudizio mediante sentenza in forma semplificata, senza che nessuno sollevasse obiezioni.

3. L'appello è infondato.

L'appellante sostiene, diffusamente argomentando, che la gara di cui si tratta è stata impostata in termini tali da rendere impossibile la formulazione di una offerta seria in quanto la stazione appaltante non ha posto a disposizione dei partecipanti elementi indispensabili a tale scopo, in particolare il fatturato ricavabile dall'esecuzione del contratto, determinato sulla base delle precedenti esperienze, e i luoghi dove dovranno essere collocati gli impianti di distribuzione delle bevande.

La doglianza non è condivisibile, sotto i profili che seguono.

3.a. Deve convenirsi con l'appellante nell'affermazione secondo la quale la conoscenza del fatturato ricavabile è elemento importante per la formulazione di una offerta adeguatamente consapevole, e che la stazione appaltante è tenuta, a tale scopo, a rendere pubblico il dato.

Peraltro, tale onere grava sull'Amministrazione se questa è in possesso del dato in questione, mentre, ovviamente, essa non può essere gravata di tale onere quando non ne ha conoscenza.

Ragionando in termini diversi la gara non potrebbe essere mai bandita, in quanto per l'indizione sarebbe condizionata a un adempimento impossibile.

Occorre sottolineare, inoltre, come l'Amministrazione abbia posto a disposizione delle imprese il dato di cui disponeva, costituito dai canoni pagati dal precedente gestore, e che questo aveva fornito un dato ambiguo, per i fini che ora interessano, costituito dal fatturato globale costruito da diverse attività.

E' evidente che tale dato è inutile per la predisposizione della proposta relativa alla gara di cui ora si tratta.

Afferma quindi il Collegio che la stazione appaltante ha fatto quanto era nelle sue possibilità per porre le imprese interessate alla stipula del contratto nelle migliori condizioni per formulare un'offerta seria.

Tale conclusione non può essere inficiata dal fatto che l'odierna appellante in un precedente giudizio aveva visto le sue doglianze, si afferma analoghe a quelle ora in esame, accolte dallo stesso Tribunale Amministrativo della Lombardia, sede di Milano, con sentenza della Terza Sezione 20 novembre 2015, n. 2439.

Invero, tale pronuncia non può spiegare effetti preclusivi nel presente giudizio nel quale la stazione appaltante, e parte resistente in sede processuale, è soggetto pubblico diverso da quello che aveva partecipato al precedente giudizio, e quindi il suo esito non può essergli opposto.

Non costituisce poi motivo di contraddizione, per questo Consiglio di Stato, il fatto di avere respinto, nel corso del giudizio che ha portato all'emanazione della citata sentenza n. 2439, l'appello avverso l'ordinanza con la quale il Tribunale Amministrativo della Lombardia aveva accolto l'istanza cautelare presentata dalla stessa odierna appellante in quanto l'ordinanza d'appello è motivata con esclusivo riferimento all'assenza di danno, in ragione della prossima celebrazione dell'udienza pubblica per la trattazione del ricorso nel merito.

3.b. L'appellante sostiene poi che la formulazione di una offerta adeguatamente ponderata è impedita dal fatto che l'Istituto appellato non ha stabilito l'esatta collocazione dei macchinari di distribuzione delle bevande.

L'argomentazione non può essere condivisa essendo irragionevole che si pretende di condizionare tutte le future scelte dell'Amministrazione sanitaria in ordine alla gestione dei propri locali in ragione di impegni assunti relativamente alla localizzazione delle apparecchiature distributrici di bevande.

3.c. L'appellante si duole, infine, del fatto che la gara non riguarda un servizio da svolgere in esclusiva in quanto la stazione appaltante di è riservata la facoltà di gestire al di fuori del rapporto di cui ora si tratta una percentuale di postazioni.

Neanche in questo caso l'osservazione dell'appellante può essere condivisa.

E' vero che la clausola diminuisce l'appetibilità del contratto ma ciò non comporta l'illogicità complessiva del progetto della stazione appaltante.

La circostanza incide solo sulle scelte dei partecipanti alla gara, compresa l'appellante (tale considerazione in realtà si attaglia, in buona parte, anche alle altre censure) ai quali è evidentemente consentito valutare la convenienza della partecipazione alla gara, ma che non possono pretendere che l'Amministrazione orienti le proprie scelte secondo tale ottica.

4. L'appello deve, in conclusione, essere respinto.

In considerazione della particolarità della controversia le spese del grado devono essere integralmente compensate fra le parti costituite.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 3072/2017, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa integralmente spese e onorari del grado fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Francesco Bellomo, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE
Manfredo Atzeni

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO