

Publicato il 20/01/2020

N. 00045/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00773/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 773 del 2019, proposto da la (omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro e Alice Volino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Cremona, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mirco Favagrossa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Hernandez, Francesco

Barilà e Jacopo Cucchini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del decreto n. 409 del 12 settembre 2019, comunicato con nota prot. n. 29986/19-SA/FF del 17 settembre 2019, con il quale l'Azienda Socio-Sanitaria Territoriale di Cremona ha aggiudicato in via definitiva la gara indetta per l'“*Affidamento in concessione del servizio di gestione bar-ministore e rivendita giornali presso il Presidio Ospedaliero Oglio Po di Vicomoscato di Casalmaggiore (CR)*”, in favore della (omissis); -
ove occorra, della *lex specialis* di gara, ivi compreso il disciplinare di gara, il capitolato tecnico e i suoi allegati, nell'ipotesi che gli stessi siano interpretati come volti a consentire la presentazione di un'offerta difforme dalle prescrizioni contenute nella documentazione di gara, anche in ordine ai requisiti di partecipazione;
- *in parte qua*, di tutti i verbali di gara (con particolare riferimento ai verbali n. 1 del 18 dicembre 2018 e n. 2 del 7 gennaio 2019 e n. 3 dell'8 gennaio 2019) nella parte in cui è stata valutata l'ammissibilità della partecipazione alla procedura di gara e la validità dell'offerta presentata dalla (omissis), compreso il provvedimento di ammissione disposto con decreto aziendale n. 19 del 21 gennaio 2019;
- del verbale n 6 del 20 agosto 2019 e della relazione di verifica di congruità con cui il responsabile del procedimento ha ritenuto l'adeguatezza degli elementi giustificativi addotti dalla (omissis) a seguito della rilevazione di anomalia dell'offerta e, conseguentemente, l'attendibilità e affidabilità dell'offerta medesima;

- di ogni altro atto precedente, successivo, consequenziale e comunque connesso a quelli impugnati;

Nonché per l'accertamento

e la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra l'Azienda Socio-sanitaria territoriale di Cremona e la (omissis)

nelle more della definizione del giudizio;

nonché, in via subordinata, per la condanna

al risarcimento per equivalente del danno subito dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Cremona e di (omissis);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2020 la dott.ssa Elena Garbari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. (omissis), odierna ricorrente, ha partecipato alla procedura aperta per l'affidamento in concessione del "*servizio di gestione bar-ministore e rivendita di giornali presso il Presidio ospedaliero Oglio Po di Vicomoscato di Casalmaggiore*" per un periodo di 72 mesi, bandito dall'Azienda Socio-Sanitaria Territoriale - ASST Cremona in data 23 ottobre 2018, classificandosi al secondo posto, con 89,93 punti.
2. La procedura è stata aggiudicata a (omissis), collocatasi al primo posto con 100 punti.
3. Con ricorso depositato in data 30 ottobre 2019 l'esponente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva disposta con decreto n. 409 del

12 settembre 2019 e altri atti della procedura, assumendone l'illegittimità.

4. Il ricorso è affidato a due motivi in diritto, così rubricati:

I. *In via principale. Violazione e falsa applicazione degli artt. 4.3 e 9 del disciplinare di gara, nonché dell'art. 83 del d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, carente ed erronea istruttoria. Mancata sussistenza dei requisiti di idoneità professionale.* La controinteressata sarebbe stata illegittimamente ammessa alla gara pur non disponendo dei necessari requisiti di idoneità professionale ed in particolare dell'iscrizione nel Registro delle Imprese per attività inerenti l'oggetto dell'appalto, prescritta dall'articolo 4.3 del disciplinare di gara. L'attività prevalente e principale di (omissis) sarebbe, infatti, quella inerente il servizio di vigilanza privata non armata, di guardiania, portierato e sorveglianza, mentre essa svolgerebbe solo in via residuale l'attività di somministrazione alimenti e bevande, gestione bar, rivendita riviste e giornali.

II. *In via subordinata. Violazione e falsa applicazione dell'art. 13.2. del disciplinare di gara, nonché degli artt. 4, 23, 95, 96 e 97 e ss. del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti, irragionevolezza manifesta e carenza di motivazione.* La ricorrente contesta l'esito positivo del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, evidenziando che la concorrente ha considerato un costo medio del personale significativamente inferiore rispetto a quello indicato dalle tabelle ministeriali di riferimento, giustificando incongruamente le numerose voci di spesa non considerate come compensabili con gli introiti del contratto di sponsorizzazione con i fornitori (12.000 euro

annui) e del credito IVA (5.000 euro annui), ovvero con entrate aleatorie.

5. Si sono costituite in giudizio l'ASST intimata e la controinteressata, instando entrambe per la reiezione del ricorso.

6. L'amministrazione resistente ha eccepito in via preliminare che l'oggetto della procedura di gara non è qualificabile come una concessione di servizi ma come concessione di immobile demaniale, ovvero un contratto attivo che non ricade nella disciplina del d.lgs. 50/2016, la cui applicazione è unicamente il frutto di una scelta di autovincolo dell'Amministrazione, inidonea ad assoggettare la procedura all'applicazione dell'intero *corpus* normativo del Codice dei contratti pubblici.

7. (omissis) ha eccepito di contro l'inammissibilità del primo motivo di ricorso, in quanto tardivamente proposto. La censura ivi formulata, concernendo la carenza di un requisito soggettivo di partecipazione alla gara, andava -infatti- sollevata con apposito ricorso entro 30 giorni dal provvedimento di ammissione, pubblicato in data 21 gennaio 2019, in applicazione dell'articolo 120, comma 2 bis c.p.a., all'epoca vigente.

8. Alla Camera di Consiglio del 6 novembre 2019 la ricorrente ha rinunciato alla misura sospensiva.

9. In vista della trattazione nel merito del ricorso le parti hanno prodotto memorie e repliche.

10. La causa è stata chiamata all'udienza pubblica del 10 gennaio 2020 e ivi trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è in parte inammissibile e in parte infondato, per le ragioni di seguito precisate.

2. Con il primo motivo la società odierna ricorrente deduce l'illegittima ammissione alla procedura dell'aggiudicataria per carenza del requisito professionale di corrispondenza dell'attività sociale all'attività oggetto della gara.

2.1. La censura, prima che infondata, atteso che l'attività oggetto di affidamento non solo è indicata nel certificato di iscrizione nella Camera di Commercio della concorrente ma è in concreto svolta da (omissis) presso alcune sedi locali, è inammissibile per tardività. 2.2.

Deve infatti essere positivamente apprezzata l'eccezione sollevata dalla controinteressata, secondo la quale la ricorrente aveva l'onere di impugnare l'atto di ammissione ritenuto illegittimo nel rispetto dei termini previsti dall'articolo 120, comma 2 bis del c.p.a., vigente all'epoca della sua adozione. Né può ritenersi che la disposizione transitoria recata dall'articolo 1, comma 23 del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (Convertito in legge, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, della legge 14 giugno 2019, n. 55), secondo cui *“le disposizioni di cui al comma 22 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”*, possa essere intesa come introduttiva di una “sanatoria processuale” idonea a rimettere in termini i concorrenti nell'impugnazione di provvedimenti di ammissione non solo adottati prima di tale data, ma anche già consolidatisi per inutile decorso del termine di impugnazione ex art. 120, comma 2 bis c.p.a. (conformi TAR Lazio, Roma, sez. III, 31 dicembre 2019, n. 15036; TAR Sardegna, sez. I, 31 ottobre 2019, n. 814).

3. La seconda doglianza afferisce alla ritenuta insostenibilità dell'offerta dell'aggiudicataria, che avrebbe esposto costi di personale eccessivamente ridotti rispetto a quelli delle tabelle ministeriali di

riferimento, incongruamente giustificandoli nel corso del sub-procedimento di verifica dell'anomalia con la sussistenza di entrate idonee a coprire eventuali voci aggiuntive non considerate.

3.1. Va precisato al riguardo, in via preliminare, che non ha pregio l'argomento formulato dalla resistente ASST, secondo cui la concessione in esame andrebbe qualificata come concessione di beni e non come concessione di servizi, argomento da cui l'amministrazione inferisce l'estraneità alla disciplina del codice appalti e, in particolare, l'inapplicabilità delle disposizioni relative alla verifica dell'anomalia dell'offerta.

3.1.1. Il contratto di cui è questione, che per espressa qualificazione del capitolato tecnico ha ad oggetto il *“servizio di gestione bar, somministrazione di alimenti e bevande, la vendita di alimenti (...) la rivendita di giornali, quotidiani”*, è specificamente e dettagliatamente normato dalla *lex specialis* con la previsione di precisi e specifici obblighi posti in capo al concessionario, al fine di conformarne l'attività a precise regole di efficienza, continuità e qualità, che travalicano la mera gestione del bene pubblico e connotano il rapporto in termini di servizio.

3.1.2. A conferma di detta ricostruzione va evidenziato come *“ormai la giurisprudenza (sia quella amministrativa sia quella della Corte di cassazione) abbia pacificamente qualificato come concessione di servizi il rapporto con cui una p.a. affida ad un privato la gestione di un servizio bar e ristorazione all'interno di un complesso immobiliare di proprietà demaniale. Su tale piano è stato, infatti, ormai chiarito, con principi validi anche per la vicenda per cui è causa, che, ad esempio, «va qualificato come concessione di servizi il rapporto con cui è stato affidato da una Azienda sanitaria ad un privato la gestione di un servizio bar e ristorazione all'interno di un complesso ospedaliero, in quanto*

sussistono entrambi i requisiti contenutistici: il servizio di gestione del bar interno è reso ad un pubblico di utenti del presidio ospedaliero, ed il rischio di gestione del servizio ricade sull'aggiudicatario, che non è dunque remunerato dall'Amministrazione, ma si rifà sugli utenti. Né può indurre ad una diversa soluzione la circostanza che, in correlazione anche con l'affidamento in uso di locali dell'Azienda ospedaliera, sia previsto dal bando di gara il versamento, da parte del concessionario, di un canone annuo, come pure l'obbligo dello stesso di svolgere i lavori di predisposizione e di adeguamento funzionale dei locali. Poiché l'attività economica esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale costituisce un pubblico servizio, nel caso di specie vista la natura mista del rapporto risultavano applicabili alla procedura per l'affidamento le regole della concessione di servizi ovvero di altro modulo procedimentale che tenesse nella debita considerazione, sul piano dinamico, lo svolgimento dell'attività» (cfr., ex aliis, T.A.R. Molise, n. 26 del 2010).» (TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 10 gennaio 2018, n. 18)

3.2. Va riconosciuto, comunque, che il rispetto della disciplina relativa al giudizio di congruità dell'offerta deve essere nella specie scrutinato tenendo in considerazione le differenze strutturali sussistenti tra concessione e appalto; diversamente da quanto accade per gli appalti di servizi, ove la prestazione è resa in favore dell'amministrazione, per le concessioni il compenso di cui beneficia l'aggiudicatario deriva direttamente dall'utenza che fruisce del servizio ed il rischio economico connesso alla gestione e all'eventuale stima in difetto delle voci di spesa non ricade sull'amministrazione, alla quale è comunque riconosciuto il canone.

3.3. Tanto premesso, per orientamento giurisprudenziale consolidato il sub-procedimento di anomalia dell'offerta è finalizzato a verificare,

anche attraverso il contraddittorio con il concorrente interessato, la complessiva serietà, attendibilità e sostenibilità della sua offerta e non mira a ricercarne specifiche e singole inesattezze. Il giudizio finale ha carattere tecnico-discrezionale ed è sindacabile in sede giurisdizionale limitatamente ai casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza o travisamento dei fatti emersi nell'istruttoria, non potendo il vaglio sul corretto esercizio del potere sfociare in una nuova valutazione dell'offerta o di sue singole voci da parte del giudice amministrativo. (*Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 2603). Peraltro lo scostamento del costo della manodopera da quello indicato dalle tabelle ministeriali di cui all'articolo 23, comma 16 del d.lgs. 50/2016 non comporta un giudizio necessitato di anomalia e inadeguatezza dell'offerta, costituendo detti valori un mero parametro di riferimento, da cui è possibile discostarsi in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali evidenziando una particolare organizzazione in grado di giustificare la sostenibilità di costi inferiori, fermo restando il necessario rispetto dei minimi salariali retributivi.

3.4. La stazione appaltante, nel caso di specie, ha attivato un ampio contraddittorio con (omissis), chiedendo per ben tre volte chiarimenti sulle voci esposte e, all'esito del sub-procedimento, ha ritenuto esaustive le sue giustificazioni, valutando l'offerta congrua. 3.5.

La concorrente ha del resto evidenziato che:

- diverse voci considerate in modo forfettario nelle tabelle ministeriali sono state valutate dalla società con riferimento specifico ai dati specifici aziendali riferiti al precedente triennio di attività, che presentano un utilizzo irrisorio di permessi e assenze per malattia;

- il monte ore annuo considerato è superiore all'effettivo, con un conseguente margine di circa 8.000 euro per eventuali costi non considerati nel prospetto orario;
- altre voci di costo (percentuali INPS e INAIL) sono state quantificate in eccesso rispetto alle tabelle ministeriali;
- l'azienda vanta crediti d'imposta e corrispettivi contrattuali ampiamente sufficienti a compensare gli eventuali maggiori costi.

3.6. Ulteriormente, come sottolineato nelle memorie delle parti resistenti, l'utile annuo previsto dall'aggiudicataria, pari a 67.782 euro, risulta ampiamente idoneo a sostenere l'eventuale incremento della spesa per il personale, derivante da voci di costo non considerate.

3.7. Anche in ragione della richiamata peculiarità del giudizio di congruità dell'offerta con riferimento alle concessioni di servizi, il motivo scrutinato non è pertanto suscettibile di favorevole apprezzamento.

4. In conclusione il ricorso è in parte inammissibile e in parte infondato e deve essere respinto.

4.1. La condanna alle spese segue la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge perché in parte inammissibile e in parte infondato.

Condanna la società ricorrente alla refusione delle spese di lite in favore di ASST Cremona e di (omissis), in ragione di 3.500,00 (tremilacinquecento//00) euro in favore di ciascuna parte.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 10
gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere

Elena Garbari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Garbari

IL PRESIDENTE

Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO