

Profili problematici in tema di concessione di servizi, avvalimento ed oneri della sicurezza

di Nicola Durante, Stefano Costarella

Data di pubblicazione: 18-11-2016

1.L'affidamento del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici di alimenti, bevande e generi di conforto è qualificabile come concessione di servizi, poiché il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi (art. 3, comma 12, del D.Lgs. 163/2006); e sul piano economico, il concessionario utilizza quanto ottiene in concessione a fini di lucro, assumendo in pieno il rischio economico connesso alla gestione del servizio oggetto di concessione, svolto con mezzi materiali e risorse umane propri.(1)

2.Il termine per contestare gli esiti delle procedure di affidamento non decorre dalla conoscenza dell'atto endoprocedimentale in cui consiste il provvedimento di aggiudicazione provvisoria.(2)

3.In tema di contratto di avvalimento, lo scrutinio di validità sotto il profilo della specificità dell'oggetto, richiesta dal legislatore a garanzia della "serietà" dell'impegno - ed ad evitare il rischio di un cd. "prestito cartolare" che metta in discussione la stessa eseguibilità del contratto- non può prescindere dalla considerazione dello specifico affidamento intorno al quale si controverta.(3)

4.La mancanza di un corrispettivo fa presumere la natura gratuita del contratto di avvalimento; qualificazione che, di per sé, non è incompatibile con tale tipologia contrattuale.(4)

5.Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.(5)

6.Il giudizio di verifica sull'anomalia dell'offerta rappresenta un accertamento sulla serietà, congruità ed attendibilità dell'offerta stessa nel suo complesso e costituisce espressione di un potere tecnico - discrezionale della stazione appaltante, non sindacabile in sede di legittimità, a meno che le valutazioni siano immotivate o manifestamente illogiche, ovvero fondate sui errori di fatto o deficienze istruttorie, o derivanti da un procedimento viziato.(6)

(1) Conformi: Cons. Stato, sez. VI, 16 luglio 2015 n. 3571; Cons. Stato, VI, 4 settembre 2012 n. 4682; da ultimo, Tar Emilia Romagna, II sez., 11 luglio 2016 n. 699.

(2) *Conforme: Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2011 n. 5883.*

(3) *Conformi: Cons. Stato, V sez., 17 febbraio 2016, n. 639; Cons. Stato, V, 22 ottobre 2015, n. 4860; III, 17 dicembre 2015, n. 5703.*

(4) *Conforme: TAR Catanzaro, I sez., 21 luglio 2016, n. 1573.*

(5) *Conformi: Cons. Stato (Ad. Plen.), 27/07/2016, nn. 19 e 20.*

(6) *Conforme: Cons. Stato, Sez. IV, 20 maggio 2008, n. 2348.*

Guida alla lettura

Il T.A.R. Calabria (Catanzaro), con la sentenza che qui si commenta, affronta la problematica relativa alla **qualificazione** dell'**appalto** avente ad oggetto il **servizio di ristoro** a mezzo **distributori automatici** di alimenti, bevande e generi di conforto. La soluzione interpretativa offerta dal Collegio calabrese si pone in linea con la giurisprudenza amministrativa che qualifica l'affidamento del menzionato servizio tra le **concessioni di servizi**, nell'ambito delle quali il corrispettivo del concessionario è costituito dal diritto di gestire i servizi medesimi. Da tale premessa ricostruttiva, la pronuncia in esame ne fa discendere, quale logico corollario, l'applicazione, alla fattispecie sottoposta al vaglio dei Giudici amministrativi, dell'art. 30 D.Lgs. n. 163/2006 (applicabile *ratione temporis*), ed in particolare del terzo comma dell'articolo citato, a mente del quale "la scelta del concessionario deve avvenire nel **rispetto** dei **principi** desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi".

L'eccezione (poi disattesa) di **irricevibilità** del ricorso, formulata dalla controinteressata, offre al T.A.R. Calabria lo spunto per esaminare, sia pur con riferimento al singolo caso di specie, la più complessa questione relativa all'**applicabilità** o meno del c.d. "**rito appalti**" alle concessioni di servizi. Come noto, in seno alla giurisprudenza amministrativa si sono formati, con riferimento a quest'ultimo specifico aspetto, **due posizioni** tra loro divergenti: da un lato, vi sono state, infatti, decisioni (per vero, prevalenti: Cons. St., sez. V, 1.8.2015, n. 3775; Cons. St., sez. III, 29.5.2015, n. 2704; Cons. St., sez. VI, 29.1.2015, n. 416; Cons. St., sez. V, 28.7.2014, n. 3989), le quali hanno affermato che l'affidamento di una concessione di un

pubblico servizio, come quello di gestione dei distributori automatici di alimenti e di bevande, rientrerebbe tra le ipotesi di cui all'art. 119, comma 1, lett. a), c.p.a., dovendo l'espressione "affidamento dei servizi", usata dal legislatore, intendersi come riferita sia agli appalti che alle concessioni di pubblico servizio, per ragioni testuali e sistematiche. Dall'altro lato, invece, alcune pronunce hanno affermato l'opposto principio di diritto, in virtù del quale all'affidamento del servizio di gestione di distributori automatici, proprio perché riconducibile nella concessione di servizi disciplinata dall'art. 30 del codice del D.Lgs. n. 163 del 2006, non sarebbe applicabile il rito speciale previsto per gli appalti. A fronte di siffatto contrasto interpretativo, il Supremo organo di giustizia amministrativa ha optato per la remissione del contrasto all'**Adunanza Plenaria** (Cons. Stato Sez. III, Sent., 12-05-2016, n. 1927, cui si rinvia anche per l'enucleazione delle argomentazioni a sostegno delle contrapposte teorie). Il T.A.R. del capoluogo calabrese, nel prendere atto del suddetto contrasto e nell'affermare, incidentalmente, la sua necessaria rimediazione alla luce della "contrattualizzazione" delle concessioni di lavori o di servizi sancita dal **D.lgs. 50/2016**, rigetta, nel caso di specie, l'eccezione di irricevibilità del ricorso per mancato assolvimento, da parte della controinteressata, dell'onere della prova sulla stessa gravante.

Ulteriore questione meritevole di segnalazione è, poi, quella costituita dalla delineazione del perimetro di **validità** del contratto di **avvalimento**. Più in particolare, la Società ricorrente aveva dedotto la nullità del suddetto contratto per **indeterminatezza dell'oggetto** e per difetto di causa, non riuscendo a desumersi se fosse un contratto a titolo **oneroso o gratuito**. Con riguardo al primo aspetto, la sentenza in esame, afferma che lo scrutinio di validità, sotto il profilo della **specificità dell'oggetto**, non può prescindere dalla considerazione dello specifico affidamento intorno al quale si controverte. Ragione per la quale, nello specifico caso deciso, in cui il bando di gara prevedeva che i concorrenti possedessero, tra i requisiti di partecipazione, un numero di distributori automatici installati non sia inferiore a 100, il contratto di avvalimento è, secondo il Collegio, pienamente valido, poiché, con lo stesso, la ausiliaria si è obbligata a mettere a disposizione dell'impresa avvalente il citato requisito. Ciò, *"alla luce del principio di adeguatezza dell'oggetto alla tipologia della commessa è da ritenersi sufficiente ad integrare il requisito di specificità dell'oggetto ex art. 1346 c.c."*. Con riferimento al secondo aspetto, la pronuncia che qui si commenta afferma che, la mancata previsione di un corrispettivo, fa presumere che il contratto di avvalimento sia stipulato a titolo gratuito: il che **non è incompatibile** con tale tipologia contrattuale.

Infine, si affronta il tema delle conseguenze della **mancata** indicazione degli **oneri della sicurezza**. Sul punto, i Giudici calabresi si adeguano al principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in virtù del quale, per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale **non** sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, **l'esclusione** del concorrente non può essere disposta se non **dopo** che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di **soccorso istruttorio**.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 577 del 2016, proposto da:

Mastria Vending Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Gidaro C.F. GDRSRG72M31C352N, con domicilio eletto presso il suo studio in Catanzaro, via Schipani,110 Scala B;

contro

Regione Calabria, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'avv. Massimiliano Manna C.F. MNNMSM69E03F839T, domiciliata in Catanzaro, Cittadella Regionale (Germaneto);

Autorita' Regionale - Stazione Unica Appaltante della Regione Calabria, Dipartimento Organizzazione Risorse Umane e Controlli della Regione Calabria non costituiti in giudizio;

nei confronti di

Sa.I.Ba.Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giselda Mercurio C.F. MRCGLD72P61M208N, domiciliato ex art. 25 cpa presso Tar Segreteria in Catanzaro, via De Gasperi, 76/B;

per l'annullamento

- del decreto del Direttore Generale dell'Autorità Regionale Stazione Unica Appaltante del 4 febbraio 2016, n. 599, di aggiudicazione definitiva, in favore della SA.I.BA. S.r.l., della gara per l'affidamento in concessione del Servizio di ristoro a mezzo di distributori automatici di alimenti, bevande e altri generi di conforto occorrenti per gli Uffici regionali ubicati in Catanzaro presso la Cittadella Regionale;

- degli atti preordinati, tra cui i verbali di gara, con i quali l'appalto, previa valutazione dell'offerta anomalmente bassa avanzata dalla controinteressata SA.I.BA. S.r.l., è stato

aggiudicato al predetto operatore economico;

- del diniego esplicito di annullamento in autotutela della predetta aggiudicazione definitiva, espresso con nota del responsabile del procedimento del 29 aprile 2016, n. 138792 prot.;

- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente:

e per l'aggiudicazione del servizio in capo alla ricorrente, seconda classificata e unica ulteriore concorrente, con dichiarazione di inefficacia dell'eventuale contratto sottoscritto dall'amministrazione con la controinteressata e per il risarcimento dei danni in caso di impossibilità di reintegra in forma specifica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Calabria e della Sa.I.Ba. Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 settembre 2016 la dott.ssa Germana Lo Sapio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1 L'odierna ricorrente ha partecipato alla gara indetta dalla Autorità Regionale Stazione Unica Appaltante per l'affidamento in concessione del "*servizio di ristoro a mezzo di distributori automatici di alimenti, bevande ed altri generi di conforto occorrenti per gli uffici regionali ubicati in Catanzaro presso la Cittadella Regionale*" ex art. 30 del D.Lgs. 163/2006;

1.2 Alla gara hanno partecipato solo due imprese e l'aggiudicazione disposta in favore della odierna controinteressata è stata impugnata con il ricorso in esame sulla base dei motivi di seguito sintetizzati:

a) vizio di violazione di legge con riferimento agli artt. 49 del D.Lgs. 163/2006 e 88 del D.P.R. 207/2010: il contratto di avvalimento stipulato tra la S.A.I.B.A. s.r.l. e la ausiliaria GD Matik di Galati Giuseppe che si è con quest'ultima si è impegnata a mettere a disposizione dell'impresa avvalente il requisito di capacità tecnica e professionale richiesto dall'art. 10 e 12 del bando di gara, ovvero di "*aver svolto negli ultimi tre anni un servizio o alternativamente due servizi di ristoro a mezzo distributori automatici*" sarebbe nullo ex art. 1346 c.c. sia per

manca di specificità quanto all'oggetto, non sufficientemente determinato, sia per mancanza di causa, non emergendo dal testo il titolo oneroso o gratuito del negozio giuridico;

b) vizio di violazione di legge, con riferimento all'art. 87 co. 4 del D.Lgs. 163/2006: la controinteressata non avrebbe indicato nell'offerta i costi per oneri di sicurezza per interferenze e i costi per il personale, non soggetti a ribasso;

c) vizio di violazione di legge con riferimento agli artt. 87,88 e 89 D.Lgs. 163/2006, all'art. 3 della L. 241/90 per incongruità della motivazione e violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità: la valutazione di congruità dell'offerta non sarebbe sufficientemente motivata, poiché le giustificazioni fornite dalla controinteressata sarebbero "*affermazioni generiche e non documentate*", tali da rendere l'offerta nel suo complesso inattendibile.

1.3 Si è costituita l'amministrazione resistente con controricorso depositato in data 25 maggio 2016 chiedendo il rigetto del ricorso. Si è costituita in giudizio anche la controinteressata, deducendo, oltre che l'infondatezza del ricorso, preliminarmente la sua tardività, essendo la ricorrente già a conoscenza dell'aggiudicazione provvisoria nel mese di gennaio 2016 e non avendo proposto reclamo avverso la graduatoria provvisoria.

1.4 All'udienza pubblica del 14 settembre 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2.1 Il ricorso è infondato e va rigettato.

E' opportuno premettere, sul piano della qualificazione giuridica del rapporto controverso, che – come correttamente indicato anche nel bando di gara mediante il riferimento normativo all'art. 30 D.lgs. 163/2006 - l'affidamento del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici di alimenti, bevande e generi di conforto è qualificabile come concessione di servizi, poiché il corrispettivo "consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi" (art. 3, comma 12, del D.Lgs. 163/2006); e sul piano economico, il concessionario utilizza quanto ottiene in concessione a fini di lucro, assumendo in pieno il rischio economico connesso alla gestione del servizio oggetto di concessione, svolto con mezzi materiali e risorse umane propri (in termini: Cons. Stato, sez. VI, 16 luglio 2015 n. 3571; Cons. st., VI, 4 settembre 2012 n. 4682; da ultimo, Tar Emilia Romagna, II sez., 11 luglio 2016 n. 699).

Nel caso di specie, a base di gara è stato previsto l'importo di euro 425.220,00 Iva esclusa, di cui 414.720,00 soggetti a rialzo, importo corrispondente al canone da corrispondere all'amministrazione per poter gestire il servizio.

Come è noto, nella disciplina applicabile *ratione temporis*, l'art. 30 del D.Lgs. 163/2006 sottrae le concessioni alle disposizioni riferite ai contratti pubblici, ma le assoggetta comunque al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, con residuale obbligo, pertanto, di procedure selettive che, anche attraverso una gara informale, assicurino il rispetto dei suddetti principi.

Le censure spiegate da parte ricorrente vanno pertanto esaminate alla luce della qualificazione giuridica del rapporto e della conseguente doverosa applicazione delle norme specifiche

previste dal D.Lgs. 163/2006 solo in quanto espressione dei principi generali sopra indicati.

3. In via preliminare, deve rigettarsi perché infondata l'eccezione di irricevibilità dedotta dalla controinteressata.

Anche condividendo l'orientamento maggioritario che ritiene applicabile alle concessioni di servizi il rito speciale ex art. 119 e 120 c.p.a. (questione come è noto controversa, almeno per la disciplina previgente all'attuale "contrattualizzazione" delle concessioni di lavori o di servizi sancita dal D.lgs. 50/2016, tanto da essere stata di recente rimessa al vaglio dell'Adunanza Plenaria: cfr. Cons. st., ord. 12 maggio 2016 n. 1927), la controinteressata non ha assolto all'onere probatorio su di lei incombente (Cons. St., sez. V, 5 giugno 2013 n. 3101).

Il provvedimento di aggiudicazione definitiva risulta essere stato comunicato alla ricorrente in data 6 aprile 2016, mediante il servizio postale (circostanza attestata anche dall'amministrazione resistente nel suo controricorso) e il ricorso è stato notificato in data 5 maggio 2016. Né può condividersi l'assunto che il termine per contestare gli esiti delle procedure di affidamento decorra dalla conoscenza dell'atto endoprocedimentale in cui consiste il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, registrandosi un consolidato orientamento in senso contrario (cfr. Cons. St., sez. V, 7 novembre 2011 n. 5883; anche tale questione risulta essere stata definitivamente risolta dal legislatore con la novella dell'art. 120 c.p.a. introdotta dal D.Lgs. 50/2016).

4.1 Quanto alla prima doglianza concernente la presunta nullità del contratto di avvalimento, sia sotto il profilo della genericità dell'oggetto che della "indeterminatezza" causale, deve osservarsi che le norme di cui si predica la violazione (artt. 49 D.Lgs. 163/2006 e art. 88 DPR 207/2010) vanno applicate al caso di specie, vista la natura concessoria dell'affidamento in oggetto, solo in quanto espressione del principio di portata generale di fonte europea cui si ispira anche l'istituto in esame che è quello di favorire la più ampia partecipazione possibile, mediante l'ampliamento potenziale della partecipazione delle imprese alle procedure concorsuali, senza pregiudicare l'esigenza dell'amministrazione di avere partner contrattuali "affidabili".

Quanto ai requisiti di validità del contratto di avvalimento – fermo il richiamo alla copiosa giurisprudenza che si registra in materia e alla discussa qualificabilità di tale tipologia contrattuale di derivazione europea dentro gli schemi contrattuali del diritto civile italiano – è stato autorevolmente sottolineato che lo scrutinio di validità sotto il profilo della specificità dell'oggetto, richiesta dal legislatore a garanzia della "serietà" dell'impegno - ed ad evitare il rischio di un cd. "prestito cartolare" che metta in discussione la stessa eseguibilità del contratto – non può prescindere dalla considerazione dello specifico affidamento intorno al quale si controverte (C.s.S , V sez., 17 febbraio 2016, n. 639; C.d.S., V, 22 ottobre 2015, n. 4860; III, 17 dicembre 2015, n. 5703).

Nello specifico, il requisito richiesto dal disciplinare, con la clausola prevista a pag 16 concernente la "*dichiarazione di aver svolto negli ultimi tre anni, un servizio o alternativamente due servizi di ristoro a mezzo distributori automatici svolti in favore di PPAA; Organismi di diritto pubblico o soggetti privati il cui numero di distributori automatici installati non sia inferiore*

a 100" attiene ad una condizione soggettiva, trattandosi di comprovare il dato esperienziale e la conseguente competenza acquisita nello specifico mercato del *vending*. Tale condizione è stata attestata dalla ricorrente con il ricorso all'istituto dell'avvalimento, avvalendosi delle referenze tecniche ed esperienziali di un altro soggetto economico che, almeno nella quota dei mancanti 70 distributori automatici, vantava il possesso di tale condizione soggettiva.

Il contratto di avvalimento prodotto dalla ricorrente ai fini della dimostrazione del predetto requisito risulta, ad avviso del Collegio, idoneo ed esaustivo, poiché, con lo stesso la ausiliaria si è obbligata a *"mettere a disposizione dell'impresa avvalente il citato requisito ed a fornire le conoscenze tecnico-professionali e organizzative per gestire almeno 100 distributori automatici"*, assumendo *"la responsabilità solidale con l'impresa avvalente nei confronti della stazione appaltante"*; con ciò comprovando la sussistenza, seppure in via mediata, del requisito di capacità professionale equivalente alla predetta "condizione soggettiva".

Nel caso di specie, la concessione ha infatti ad oggetto il servizio di ristoro mediante distributori automatici, per la cui esecuzione non si richiede una specifica conoscenza tecnica né una particolare dotazione organizzativa o peculiari attrezzature. Il richiamo alla messa a disposizione delle *"conoscenze tecnico-professionali e organizzative per gestire almeno 100 distributori automatici"* alla luce del principio di adeguatezza dell'oggetto alla tipologia della commessa è da ritenersi sufficiente ad integrare il requisito di specificità dell'oggetto ex art. 1346 c.c., con una tassonomia - alla stregua dei principi di proporzionalità ed adeguatezza che, ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 conformano le procedure d'evidenza pubblica - essenziale, ma esattamente corrispondente alle risorse che l'impresa ausiliaria ha messo a disposizione (cfr., in termini, con riguardo al rilievo dell'interesse concreto della stazione appaltante nello scrutinio degli elementi dell'organizzazione d'impresa di cui effettivamente avvalersi, da ultimo Cons. Stato, V, 22 ottobre 2015 n. 4860)

4.2 Quanto al secondo profilo di invalidità contrattuale oggetto di doglianza relativo al profilo causale, va osservato che la mancanza di un corrispettivo fa presumere la natura gratuita del contratto di avvalimento; qualificazione che, di per sé, non è incompatibile con tale tipologia contrattuale, come già statuito dalla sezione in un precedente specifico che si richiama per esigenze di sinteticità ai sensi dell'art. 88 co. 2 lett. d) c.p.a.: sentenza TAR Catanzaro, I sez., 21 luglio 2016, n. 1573.

5. Ritiene il Collegio che sia infondata anche la censura sintetizzata sopra al punto 1.2 lett.b).

Come già indicato in sede cautelare, i costi per oneri di sicurezza per interferenze e i costi per il personale, non soggetti a ribasso, appaiono correttamente indicati nella domanda presentata in forma elettronica, benché non siano riportati nel modello CS. Tale osservazione è già di per sé sufficiente a ritenere assolto il prospettato obbligo dichiarativo.

Deve peraltro anche osservarsi che il bando di gara non prescriveva con chiarezza tale obbligo a pena di esclusività (tanto da indurre la Stazione Appaltante a chiarire il punto mediante il riscontro ad un apposito quesito, facoltizzando i partecipanti ad utilizzare il modello CS, in alternativa all'inserimento nell'apposito campo di piattaforma telematica).

Alla fattispecie concreta in esame vanno pertanto applicati i principi da ultimo espressi dall'Adunanza Plenaria con le decisioni n.19 e 20 del 2016, (che si richiamano ex art. 88 co. 2 lett.d) c.p.a) con i quali si è "mitigato" il rigoroso orientamento precedentemente assunto dalla stessa Adunanza Plenaria e sono state delimitate le ipotesi in cui alla mancata indicazione degli oneri di sicurezza interni corrisponde il dovere di esclusione da parte della Stazione Appaltante; ipotesi che, proprio per la mancata specifica indicazione in tal senso rinvenibile nella *lex specialis*, non si attaglia al caso di specie.

6. Va infine rigettata la censura concernente la presunta incongruità della giustificazione dell'offerta, presentata all'amministrazione dall'aggiudicataria e la conseguente violazione delle norme sul sub-procedimento di verifica ex artt. 86 e ss D.lgs. 163/2006 cui, pur in mancanza di una diretta applicabilità di tali norme di dettaglio alle concessioni di servizi, l'amministrazione ha scelto di vincolarsi in sede di gara (cfr. Cons. St., sez. V, 24 marzo 2011, n. 1784)

Come è noto, il giudizio di verifica sull'anomalia dell'offerta rappresenta un accertamento sulla serietà, congruità ed attendibilità dell'offerta stessa nel suo complesso e costituisce espressione di un potere tecnico - discrezionale della stazione appaltante, non sindacabile in sede di legittimità, a meno che le valutazioni siano immotivate o manifestamente illogiche, ovvero fondate sui errori di fatto o deficienze istruttorie, o derivanti da un procedimento viziato (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 20 maggio 2008, n. 2348). Nel caso di specie, il perimetro del sindacato giudiziale ammissibile su tale valutazione tecnica è ancora più ristretto considerando che la anomalia concerne il presunto eccessivo "rialzo" ovvero il sospetto che, tenuto conto del canone concessorio offerto in rialzo e dell'utile stimato dall'impresa la proposta non sia finanziariamente "sostenibile".

La doglianza di non sufficiente motivazione del giudizio positivo reso dall'amministrazione sulla base delle giustificazioni offerte dall'aggiudicataria non può però essere condivisa, se si tiene conto della natura concessoria dell'affidamento, della tipologia del servizio di ristoro mediante l'installazione di distributori automatici su spazi di pertinenza dell'amministrazione, della circostanza che la stima dei ricavi è stata effettuata dalla concorrente sulla base degli elementi forniti dalla Stazione Appaltante (numero di distributori, siti di installazione, bacino di utenza, previsione di altre attività concorrenti) e che tale stima è stata supportata dal piano economico-finanziario allegato dalla controinteressata.

Legittimamente l'amministrazione ha valutato come affidabile l'offerta formulata dall'aggiudicataria, considerando che il rischio imprenditoriale è assunto interamente dall'operatore sulla base delle previsioni di utilizzo da parte di un numero elevato di potenziali utenti-frequentatori, in correlazione sia alla propria capacità organizzativa, sia alla possibilità di poter fruire di rilevanti economie di scala (trattandosi di operatore nazionale che riesce ad ottenere consistenti sconti sui prodotti), i quali sono stati quantificati nel piano economico-finanziario allegato alle giustificazioni.

7. In conclusione il ricorso va pertanto rigettato.

8. La peculiarità dell'oggetto dell'appalto e delle questioni trattate giustifica la compensazione

delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giovanni Iannini, Consigliere

Germana Lo Sapio, Referendario, Estensore