

Effetti dell'annullamento del bando di gara.

di Cesare Caturani

Data di pubblicazione: 22-2-2018

L'annullamento del bando di gara comporta il travolgimento, per automatica caducazione, in conformità alla condivisibile giurisprudenza prevalente (Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2006, n. 1208; id., 28 marzo 2008, n. 1342, ed ivi ulteriore giurisprudenza conforme), degli atti procedurali successivi fino alla aggiudicazione definitiva della concessione, con la conseguente inefficacia del contratto.

Guida alla lettura

La sentenza in oggetto interviene sugli atti e provvedimenti riguardanti una procedura aperta avente per oggetto la concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici indetta da un'azienda sanitaria locale, il cui bando era stato oggetto di una precedente impugnazione, dapprima rigettata dal medesimo T.A.R. e, successivamente, accolta dal Consiglio di Stato. Pertanto, nel prendere atto della ritenuta illegittimità della scelta recata dal bando di computare il valore della concessione con riferimento al costo della concessione, il c.d. "ristorno", elemento del tutto eventuale, laddove esso avrebbe dovuto essere più correttamente calcolato sulla base del fatturato generato dal consumo dei prodotti da parte degli utenti del servizio di distribuzione automatica, il T.A.R. ha disposto l'annullamento di tutti gli ulteriori atti della procedura successivamente adottati fino alla aggiudicazione definitiva della concessione, con la conseguente inefficacia del contratto.

In questo modo, quindi, richiamando gli orientamenti consolidati in materia, la sentenza in esame ha sottolineato come l'annullamento del bando dispieghi i propri effetti caducanti su tutti gli atti della procedura, senza che si debba attenderne la conclusione.

In particolare, il nesso di presupposizione e di consequenzialità immediata, diretta e necessaria, tra il bando ed i successivi atti procedurali, tale per cui i secondi non hanno utilità se non come risposte al primo, oltre che a tutela delle posizioni del ricorrente, trova fondamento in esigenze di economia processuale, essendo inutilmente gravoso, antieconomico e non rispondente alle finalità di buona amministrazione, dover procedere a ulteriori impugnazioni quando la sorte dei provvedimenti che li riguarderebbero è già segnata dall'annullamento di quello che vi aveva dato causa nonché per prevenire un eventuale conflitto logico di giudicati e di coerenza complessiva delle qualificazioni compiute dell'ordinamento.

Publicato il 02/02/2018

N. 00121/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00550/2017 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 Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 550 del 2017, proposto da:



Sogeda Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e

difeso dall'avvocato Andrea Netti, con domicilio eletto presso lo studio Luca

Raspatelli in Bologna, via S. Stefano N. 30;

contro

Azienda UsI della Romagna, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Morri, domiciliato ex art. 25 cpa presso Segreteria Tar in Bologna, Strada Maggiore 53;

nei confronti di

Gruppo Argenta Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Filippo Donati, con domicilio eletto presso lo studio Bologna Tar Emilia Romagna in Bologna, Strada Maggiore 53;

Ivs Italia Spa, Liomatic Spa non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della Determinazione AUSL della Romagna n. 1620 del 19/06/2017 avente ad oggetto “procedura aperta per la concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici per l'Azienda UsI della Romagna suddivisa in n. 5 Lotti per un periodo triennale con facoltà di rinnovo per un ulteriore triennio. Numero gara: 6346354. Provvedimento di esclusione e aggiudicazione definitiva” – nonché i relativi allegati allo stesso, segnatamente, “Allegato A - verbale seggio di gara del 20/09/2016 – pag. 21; Allegato A1 – verbale verifica documentazione del 29/09/2016 – pag. 2; Allegato B – verbale seggio di gara del 15/03/2017 – pag. 7; Allegato C – verbale seggio di gara in seduta pubblica del 14/06/2017 – pag. 5; Allegato D – verbali della Commissione Giudicatrice – pag. 9; Allegato E – offerta economica Lotto 1 – pag. 2; Allegato F – offerta economica Lotto 2 – pag. 2; Allegato G – offerta economica Lotto 3 – pag. 2; Allegato H – offerta

economica Lotto 4 – pag. 2; Allegato I – offerta economica Lotto 5 – pag. 2;

- di tutti i verbali di seduta di gara;

- della determinazione n. 874 del 04/04/2017 avente ad oggetto: “procedura aperta per la concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici per l'Azienda Usl della Romagna suddivisa in n. 5 Lotti per un periodo triennale con facoltà di rinnovo per un ulteriore triennio. Numero gara: 6346354. Determinazioni”;

- della determinazione n. 294 del 07/02/2017 avente ad oggetto: “procedura aperta per la concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici per l'Azienda Usl della Romagna suddivisa in n. 5 Lotti per un periodo triennale con facoltà di rinnovo per un ulteriore triennio. Numero gara: 6346354. Determinazioni”;

- della determinazione n. 2038 del 08/09/2016 avente ad oggetto: “procedura aperta per la concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici per l'Azienda Usl della Romagna suddivisa in n. 5 Lotti per un periodo triennale con facoltà di rinnovo per un ulteriore triennio. Numero gara: 6346354. Nomina commissione giudicatrice”;

- della determinazione n. 740 del 01/04/2016 avente ad oggetto: determinazione a contrarre e conseguente indicazione di una procedura aperta per la concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici per l'Azienda Usl della Romagna suddivisa in n. 5 Lotti per un periodo triennale con facoltà di rinnovo per un ulteriore triennio. Valore economico triennale complessivo stimato per l'appalto pari ad Euro 1.258.920,00 – iva esclusa. Numero gara: 6346354.”;

- del bando di gara, LOTTI 5, avente ad oggetto: “Procedura aperta per la concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici per l'azienda Usl della Romagna suddivisa in n. 5 lotti per un periodo triennale con facoltà di rinnovo per un ulteriore triennio” CIG: 6346354, del Capitolato tecnico, di ogni allegato e documento facente parte della lex specialis o comunque assieme a questo pubblicati, e di ogni allegato e documento reso a chiarimenti;

- dei contratti stipulati con gli aggiudicatari ove medio tempore sottoscritti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Usi della Romagna e di Gruppo Argenta Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2018 la dott.ssa Maria Ada Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame la ricorrente ha chiesto l'annullamento di tutti gli atti indicati in epigrafe.

Il ricorso è stato supportato dai seguenti cinque motivi di diritto :

1).Violazione dei principi di buon andamento, trasparenza e par condicio, eccesso di potere per illogicità, irrazionalità, difetto di istruttoria, violazione e/o falsa applicazione artt. 29 e 30 DLGS 163/2006 per l'assenza del reale valore dell'affidamento; violazione art. 8 della Direttiva 2014/23/CEE e razione temporis art. 167 DLGS 50/2016; sulla impossibilità di presentare una offerta consapevole; eccesso di potere per perplessità, illogicità e

sviamento; violazione e/o falsa applicazione art., 3 Direttiva 2014/23/CEE sul principio della parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza; eccesso di potere per violazione dei principi di buon andamento, trasparenza e par condicio;

2). Violazione dei principi di buon andamento, trasparenza e par condicio; difetto di istruttoria, violazione e/o falsa applicazione art. 167 DLGS 50/2016 rubricato metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni (ancorchè non applicabile *ratione temporis*); i principi che regolano la stima del fatturato;

3). L'onere della stima e corretta indicazione del fatturato è sempre rimesso in capo alla PA;

4). Grave reticenza della AUSL Romagna nel mettere a disposizione degli operatori economici i dati di fatturato posseduti; violazione dei principi di trasparenza correttezza e buona fede; violazione del principio di parità di trattamento; eccesso di potere, vizio insanabile di nullità della gara promossa; nullità della determina di aggiudicazione;

5). Inutilizzabilità del dato "numero dei dipendenti e dei posti letto per ogni sede" e del dato "numero e collocazione dei distributori" ai fini della stima del fatturato da parte dell'operatore economico; abnormità della previsione, illogicità manifesta; impossibilità di presentare una offerta consapevole.

Si è costituito in giudizio, con memoria formale, il Gruppo Argenta spa.

In data 5.9.2017 si è costituita in giudizio la Azienda USL Romagna.

In data 8.1.2018 la ricorrente ha depositato ultima memoria difensiva.

l). Occorre richiamare gli eventi in punto di fatto.

a). la ricorrente ha impugnato in precedenza il bando della predetta gara;

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. per la Emilia Romagna, l'odierna appellante, Sogeda S.r.l., ha impugnato il bando della gara indetta

dall'Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna, avente ad oggetto la "procedura aperta per la concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici per l'Azienda USL Romagna suddivisa in cinque lotti" ed il relativo capitolato tecnico.

La ricorrente ha lamentato di non essere stata messa nelle condizioni di poter formulare un'offerta economica consapevole e ponderata, poiché, tra l'altro, l'Amministrazione aveva fissato in € 1.258.920,00-, oltre IVA, il prezzo a base d'asta inteso come canone concessorio, determinando nello stesso importo il valore della concessione, mentre tale valore avrebbe dovuto essere costituito dalla stima del fatturato dell'impresa nella specifica concessione oggetto di gara.

b). il ricorso, NGR 342/2016, è stato deciso con sentenza di rigetto n. 699/2016Il T.A.R. ha respinto la doglianza, unitamente agli altri motivi di ricorso proposti, partendo dall'assunto che, nel contratto di concessione, il flusso dei corrispettivi è sì elemento essenziale per la formulazione di un'offerta economica consapevole, ma giungendo alla conclusione secondo la quale la stima del fatturato può essere evitata dall'Amministrazione, quando si tratta di una gara indetta per la prima volta e la stazione appaltante non è in possesso del dato del fatturato. In detti casi, il primo giudice ha ritenuto sufficiente, come avvenuto nel caso di specie, la mera indicazione di elementi puntuali circa il potenziale bacino d'utenza del servizio da affidare, per ricavare il fatturato potenziale, ovvero, per ciascun presidio, del numero e della collocazione dei distributori, nonché del numero dei dipendenti e dei posti letto per ogni sede.

c). la sentenza è stata gravata da appello; il Consiglio di Stato (RGN 4679/2016) si è pronunciato con sentenza n. 127/2018 che ha accolto il precedente ricorso.

In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato i seguenti principi :

a). 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.

b). 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.

c). Come già precisato dall'AVCP, in maniera del tutto condivisibile, "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 19 dicembre 2013).

d). 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.

e). Inoltre, già nella sua Deliberazione n. 9 del 25/02/2010, l'Autorità aveva rilevato che: "Come è noto, ai sensi dell'art. 29, commi 1, invece, "il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto". 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. Infatti, così come nella stessa nozione è ricompreso il corrispettivo pagato dalla stazione appaltante nel

caso di appalto, qualora si tratti di una concessione, non essendovi un prezzo pagato dalla stazione appaltante, ma solo quello versato dagli utenti, sarà quest'ultimo a costituire parte integrante dell'“importo totale pagabile” di cui è fatta menzione nella norma sopra citata; il canone a carico del concessionario potrà, altresì, essere computato ove previsto, ma certamente proprio in quanto solo eventuale non può considerarsi l'unica voce indicativa del valore della concessione”.

f). Alla luce delle considerazioni sinora svolte, nel caso di specie, il valore della concessione non poteva essere quindi 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.

g). La normativa interna ante recepimento deve essere comunque interpretata in modo conforme, per il principio della primazia del diritto europeo.

Tanto premesso, poiché è stato annullato il bando di gara, tale annullamento travolge tutti gli ulteriori atti successivamente adottati.

In particolare, l'annullamento del bando di gara comporta il travolgimento, per automatica caducazione, in conformità alla condivisibile giurisprudenza prevalente (Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2006, n. 1208; id., 28 marzo 2008, n. 1342, ed ivi ulteriore giurisprudenza conforme), degli atti procedurali successivi fino alla aggiudicazione definitiva della concessione, con la conseguente inefficacia del contratto.

Il Consiglio di Stato (cfr., V, n. 1208/2006) ha affermato che l'invalidità promanante dall'inosservanza delle regole sulla pubblicazione della normativa di gara è di tale gravità da prevalere logicamente rispetto ad ogni altra censura.

Riverberando i suoi effetti caducanti su tutti gli atti della procedura, detta illegittimità può essere, quindi, dedotta nei confronti di qualunque snodo procedurale, a partire dal verbale della prima seduta della commissione di

gara, senza che si prospetti alcuna necessità di attendere la conclusione della procedura.

Altra sentenza del Consiglio di Stato (cfr. n. 1342/2008) ha chiarito che :

a). in un procedimento competitivo di scelta del contraente, la caducazione derivativa dell'esclusione e dell'aggiudicazione è un effetto riflesso del nesso di presupposizione e di consequenzialità immediata, diretta e necessaria, tra il bando – annullato - e questi stessi atti: nel senso che questi, come elementi successivi del procedimento complesso, rappresentano o (l'aggiudicazione) il complemento funzionale di quello precedente, o (l'esclusione) l'acclaramento di un impedimento del complemento funzionale. Tra questi atti e il bando esiste una relazione di necessità logica, per cui i secondi non hanno utilità se non come risposte al primo. Senza il bando, non possono esservi né esclusione né aggiudicazione.

b). sicché la rimozione del primo non può che comportare – per questo nesso – la sottrazione ai secondi del titolo legittimante, sia riguardo all'utilità pratica (la qualificazione della risposta a un invito che non c'è più) che, più radicalmente, riguardo alla giustificazione dell'esercizio del potere (per ogni altro ipotetico effetto).

c). si usa ravvisare il fondamento della cd. caducazione automatica nelle esigenze di economia processuale, e non solo a tutela delle posizioni del ricorrente. È infatti inutilmente gravoso, antieconomico e non rispondente alle finalità di buona amministrazione, dover procedere a ulteriori impugnazioni quando la sorte dei provvedimenti che li riguarderebbero è già segnata dall'annullamento di quello che vi aveva dato causa. A queste esigenze, sulla stessa linea si può aggiungere – ed è il caso di specie, per via della particolarità dell'eccesso di decisioni che presenta – la funzione di prevenzione dell'eventuale conflitto logico di giudicati e di coerenza complessiva delle qualificazioni compiute dell'ordinamento: esigenza con cui contrasterebbe la presenza di un secondo giudicato che supponesse persistere utilità per atti che quella stessa utilità hanno invece ormai decisamente perso per effetto della rimozione del loro presupposto.

In conclusione, il ricorso è da accogliere.

Le spese, in relazione alla Azienda USL della Romagna, seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

Le spese, in relazione al Gruppo Argenta spa, sono compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando :

- a). Accoglie il ricorso, come in epigrafe proposto, e per l'effetto annulla gli atti impugnati.
- b). Condanna l'Azienda USL al pagamento delle spese del giudizio in favore del ricorrente che liquida nella misura di € 4.000,00
- c). Compensa le spese nei confronti del Gruppo Argenta SPA.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Maria Ada Russo, Consigliere, Estensore

Giuseppe La Greca, Consigliere

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 550 del 2017, proposto da:

Sogeda Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Netti, con domicilio eletto presso lo studio Luca Raspatelli in Bologna, via S. Stefano N. 30;

contro

Azienda Usl della Romagna, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Morri, domiciliato ex art. 25 cpa presso Segreteria Tar in Bologna, Strada Maggiore 53;

nei confronti di

Gruppo Argenta Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Filippo Donati, con domicilio eletto presso lo studio Bologna Tar Emilia Romagna in Bologna, Strada Maggiore 53;

Ivs Italia Spa, Liomatic Spa non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della Determinazione AUSL della Romagna n. 1620 del 19/06/2017 avente ad oggetto "procedura aperta per la concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici per l'Azienda Usl della Romagna suddivisa in n. 5 Lotti per un periodo triennale con facoltà di rinnovo per un ulteriore triennio. Numero gara: 6346354. Provvedimento di esclusione e aggiudicazione definitiva" – nonché i relativi allegati allo stesso, segnatamente, "Allegato A - verbale seggio di gara del 20/09/2016 – pag: 21; Allegato A1 – verbale verifica

documentazione del 29/09/2016 – pag. 2; Allegato B – verbale seggio di gara del 15/03/2017 – pag. 7; Allegato C – verbale seggio di gara in seduta pubblica del 14/06/2017 – pag. 5; Allegato D – verbali della Commissione Giudicatrice – pag. 9; Allegato E – offerta economica Lotto 1 – pag. 2; Allegato F – offerta economica Lotto 2 – pag. 2; Allegato G – offerta economica Lotto 3 – pag. 2; Allegato H – offerta economica Lotto 4 – pag. 2; Allegato I – offerta economica Lotto 5 – pag. 2;

- di tutti i verbali di seduta di gara;

- della determinazione n. 874 del 04/04/2017 avente ad oggetto: “procedura aperta per la concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici per l'Azienda Usl della Romagna suddivisa in n. 5 Lotti per un periodo triennale con facoltà di rinnovo per un ulteriore triennio. Numero gara: 6346354. Determinazioni”;

- della determinazione n. 294 del 07/02/2017 avente ad oggetto: “procedura aperta per la concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici per l'Azienda Usl della Romagna suddivisa in n. 5 Lotti per un periodo triennale con facoltà di rinnovo per un ulteriore triennio. Numero gara: 6346354. Determinazioni”;

- della determinazione n. 2038 del 08/09/2016 avente ad oggetto: “procedura aperta per la concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici per l'Azienda Usl della Romagna suddivisa in n. 5 Lotti per un periodo triennale con facoltà di rinnovo per un ulteriore triennio. Numero gara: 6346354. Nomina commissione giudicatrice”;

- della determinazione n. 740 del 01/04/2016 avente ad oggetto: determinazione a contrarre e conseguente indicazione di una procedura aperta per la concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici per l'Azienda Usl della Romagna suddivisa in n. 5 Lotti per un periodo triennale con facoltà di rinnovo per un ulteriore triennio. Valore economico triennale complessivo stimato per l'appalto pari ad Euro 1.258.920,00 – iva esclusa. Numero gara: 6346354.”;

- del bando di gara, LOTTI 5, avente ad oggetto: “Procedura aperta per la concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici per l'azienda Usl della Romagna suddivisa in n. 5 lotti per un periodo triennale con facoltà di rinnovo per un ulteriore triennio” CIG: 6346354, del Capitolato tecnico, di ogni allegato e documento facente parte della lex specialis o comunque assieme a questo pubblicati, e di ogni allegato e documento reso a chiarimenti;

- dei contratti stipulati con gli aggiudicatari ove medio tempore sottoscritti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Usl della Romagna e di Gruppo Argenta Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2018 la dott.ssa Maria Ada Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame la ricorrente ha chiesto l'annullamento di tutti gli atti indicati in epigrafe.

Il ricorso è stato supportato dai seguenti cinque motivi di diritto :

- 1).Violazione dei principi di buon andamento, trasparenza e par condicio, eccesso di potere per illogicità, irrazionalità, difetto di istruttoria, violazione e/o falsa applicazione artt. 29 e 30 DLGS 163/2006 per l'assenza del reale valore dell'affidamento; violazione art. 8 della Direttiva 2014/23/CEE e razione temporis art. 167 DLGS 50/2016; sulla impossibilità di presentare una offerta consapevole; eccesso di potere per perplessità, illogicità e sviamento; violazione e/o falsa applicazione art., 3 Direttiva 2014/23/CEE sul principio della parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza; eccesso di potere per violazione dei principi di buon andamento, trasparenza e par condicio;
- 2).Violazione dei principi di buon andamento, trasparenza e par condicio; difetto di istruttoria, violazione e/o falsa applicazione art. 167 DLGS 50/2016 rubricato metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni (ancorchè non applicabile razione temporis); i principi che regolano la stima del fatturato;
- 3).L'onere della stima e corretta indicazione del fatturato è sempre rimesso in capo alla PA;
- 4). Grave reticenza della AUSL Romagna nel mettere a disposizione degli operatori economici i dati di fatturato posseduti; violazione dei principi di trasparenza correttezza e buona fede; violazione del principio di parità di trattamento; eccesso di potere, vizio insanabile di nullità della gara promossa; nullità della determina di aggiudicazione;
- 5). Inutilizzabilità del dato "numero dei dipendenti e dei posti letto per ogni sede" e del dato "numero e collocazione dei distributori" ai fini della stima del fatturato da parte dell'operatore economico; abnormità della previsione, illogicità manifesta; impossibilità di presentare una offerta consapevole.

Si è costituito in giudizio, con memoria formale, il Gruppo Argenta spa.

In data 5.9.2017 si è costituita in giudizio la Azienda USL Romagna.

In data 8.1.2018 la ricorrente ha depositato ultima memoria difensiva.

l). Occorre richiamare gli eventi in punto di fatto.

a). la ricorrente ha impugnato in precedenza il bando della predetta gara;

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. per la Emilia Romagna, l'odierna appellante, Sogeda S.r.l., ha impugnato il bando della gara indetta dall'Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna, avente ad oggetto la "procedura aperta per la concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici per l'Azienda USL Romagna suddivisa in cinque lotti" ed il relativo capitolato tecnico.

La ricorrente ha lamentato di non essere stata messa nelle condizioni di poter formulare un'offerta economica consapevole e ponderata, poiché, tra l'altro, l'Amministrazione aveva fissato in € 1.258.920,00-, oltre IVA, il prezzo a base d'asta inteso come canone concessorio, determinando nello stesso importo il valore della concessione, mentre tale valore avrebbe dovuto essere costituito dalla stima del fatturato dell'impresa nella specifica concessione oggetto di gara.

b). il ricorso, NGR 342/2016, è stato deciso con sentenza di rigetto n. 699/2016Il T.A.R. ha respinto la doglianza, unitamente agli altri motivi di ricorso proposti, partendo dall'assunto che, nel contratto di concessione, il flusso dei corrispettivi è sì elemento essenziale per la formulazione di un'offerta economica consapevole, ma giungendo alla conclusione secondo la quale la stima del fatturato può essere evitata dall'Amministrazione, quando si tratta di una gara indetta per la prima volta e la stazione appaltante non è in possesso del dato del fatturato. In detti casi, il primo giudice ha ritenuto sufficiente, come avvenuto nel caso di specie, la mera indicazione di elementi puntuali circa il potenziale bacino d'utenza del servizio da affidare, per ricavare il fatturato potenziale, ovvero, per ciascun presidio, del numero e della collocazione dei distributori, nonché del numero dei dipendenti e dei posti letto per ogni sede.

c). la sentenza è stata gravata da appello; il Consiglio di Stato (RGN 4679/2016) si è pronunciato con sentenza n. 127/2018 che ha accolto il precedente ricorso.

In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato i seguenti principi :

a). 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.

b). 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.

c). Come già precisato dall'AVCP, in maniera del tutto condivisibile, "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 19 dicembre 2013).

d). 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.

e). Inoltre, già nella sua Deliberazione n. 9 del 25/02/2010, l'Autorità aveva rilevato che: "Come è noto, ai sensi dell'art. 29, commi 1, invece, "il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto". 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. Infatti, così come nella stessa nozione è ricompreso il corrispettivo pagato dalla stazione appaltante nel caso di appalto, qualora si tratti di una concessione, non essendovi un prezzo pagato dalla stazione appaltante, ma solo quello versato dagli utenti, sarà quest'ultimo a costituire parte integrante dell'"importo totale pagabile" di cui è fatta menzione nella norma sopra citata; il canone a carico del concessionario potrà, altresì, essere computato ove previsto, ma certamente proprio in quanto solo eventuale non può considerarsi l'unica voce indicativa del valore della concessione".

f). Alla luce delle considerazioni sinora svolte, nel caso di specie, il valore della concessione non poteva essere quindi 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.

g). La normativa interna ante recepimento deve essere comunque interpretata in modo conforme, per il principio della primazia del diritto europeo.

Tanto premesso, poiché è stato annullato il bando di gara, tale annullamento travolge tutti gli ulteriori atti successivamente adottati.

In particolare, l'annullamento del bando di gara comporta il travolgimento, per automatica caducazione, in conformità alla condivisibile giurisprudenza prevalente (Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2006, n. 1208; id., 28 marzo 2008, n. 1342, ed ivi ulteriore giurisprudenza conforme), degli atti procedurali successivi fino alla aggiudicazione definitiva della concessione, con la conseguente inefficacia del contratto.

Il Consiglio di Stato (cfr., V, n. 1208/2006) ha affermato che l'invalidità promanante

dall'inosservanza delle regole sulla pubblicazione della normativa di gara è di tale gravità da prevalere logicamente rispetto ad ogni altra censura.

Riverberando i suoi effetti caducanti su tutti gli atti della procedura, detta illegittimità può essere, quindi, dedotta nei confronti di qualunque snodo procedurale, a partire dal verbale della prima seduta della commissione di gara, senza che si prospetti alcuna necessità di attendere la conclusione della procedura.

Altra sentenza del Consiglio di Stato (cfr. n. 1342/2008) ha chiarito che :

a). in un procedimento competitivo di scelta del contraente, la caducazione derivativa dell'esclusione e dell'aggiudicazione è un effetto riflesso del nesso di presupposizione e di consequenzialità immediata, diretta e necessaria, tra il bando – annullato - e questi stessi atti: nel senso che questi, come elementi successivi del procedimento complesso, rappresentano o (l'aggiudicazione) il complemento funzionale di quello precedente, o (l'esclusione) l'acclaramento di un impedimento del complemento funzionale. Tra questi atti e il bando esiste una relazione di necessità logica, per cui i secondi non hanno utilità se non come risposte al primo. Senza il bando, non possono esservi né esclusione né aggiudicazione.

b). sicché la rimozione del primo non può che comportare – per questo nesso – la sottrazione ai secondi del titolo legittimante, sia riguardo all'utilità pratica (la qualificazione della risposta a un invito che non c'è più) che, più radicalmente, riguardo alla giustificazione dell'esercizio del potere (per ogni altro ipotetico effetto).

c). si usa ravvisare il fondamento della cd. caducazione automatica nelle esigenze di economia processuale, e non solo a tutela delle posizioni del ricorrente. È infatti inutilmente gravoso, antieconomico e non rispondente alle finalità di buona amministrazione, dover procedere a ulteriori impugnazioni quando la sorte dei provvedimenti che li riguarderebbero è già segnata dall'annullamento di quello che vi aveva dato causa. A queste esigenze, sulla stessa linea si può aggiungere – ed è il caso di specie, per via della particolarità dell'eccesso di decisioni che presenta – la funzione di prevenzione dell'eventuale conflitto logico di giudicati e di coerenza complessiva delle qualificazioni compiute dell'ordinamento: esigenza con cui contrasterebbe la presenza di un secondo giudicato che supponesse persistere utilità per atti che quella stessa utilità hanno invece ormai decisamente perso per effetto della rimozione del loro presupposto.

In conclusione, il ricorso è da accogliere.

Le spese, in relazione alla Azienda USL della Romagna, seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

Le spese, in relazione al Gruppo Argenta spa, sono compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda),
definitivamente pronunciando :

- a). Accoglie il ricorso, come in epigrafe proposto, e per l'effetto annulla gli atti impugnati.
- b). Condanna l'Azienda USL al pagamento delle spese del giudizio in favore del ricorrente che liquida nella misura di € 4.000,00
- c). Compensa le spese nei confronti del Gruppo Argenta SPA.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Maria Ada Russo, Consigliere, Estensore

Giuseppe La Greca, Consigliere