

Publicato il 12/06/2017

N. 00816/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00257/2017 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 Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 257 del 2017, proposto da:
CDA Vending s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Matteo Spatocco, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, viale S. Lavagnini 41;

contro

Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato presso la quale è domiciliata in Firenze, via degli Arazzieri 4;

nei confronti di

Supermatic s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Ivan Marrone e Dario Rigacci, con domicilio eletto presso il loro studio (Studio Legale Lessona) in Firenze, via de' Rondinelli 2;

per l'annullamento

dell'aggiudicazione definitiva det. n. 885 del 20/1/2017, rep. n. 19, e relativa comunicazione del 26.1.2017 nonché di tutti gli atti ad essa connessi e presupposti e, in particolare, della complessiva *lex specialis* della gara lettera di invito (prot. bncf 10485) inclusa; dei verbali di gara; degli atti con cui è stata giudicata congrua l'offerta della Supermatic, del diniego espresso sulla seconda richiesta di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione nonché dell'eventuale concessione e/o contratto stipulato con risarcimento del danno in forma specifica, e/o in subordine per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze e di Supermatic s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2017 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Biblioteca Nazionale Centrale ha indetto una gara per affidare la concessione dei servizi di installazione e gestione di distributori automatici di snacks e bevande e a tal fine, il 10 agosto 2016, ha pubblicato un avviso esplorativo per manifestazione di interesse. Il contratto pubblico sarebbe stato aggiudicato in base al solo prezzo, rappresentato dal rialzo sul contributo minimo richiesto per l'occupazione del suolo pubblico. All'avviso hanno risposto l'odierna ricorrente e la controinteressata Supermatic, gestore uscente del servizio, ed entrambe sono state invitate, con lettera invito del 7 ottobre 2016. La stazione appaltante, con

nota 13 ottobre 2016 prot. 10644, ha comunicato ai concorrenti il numero dei potenziali utilizzatori del servizio.

All'esito della procedura la ricorrente si è classificata seconda poiché Supermatic ha presentato un'offerta con un rialzo sul contributo del 45,84%, ed ha allora impugnato il provvedimento di aggiudicazione con il presente ricorso, notificato il 16 febbraio 2017 e depositato il 28 febbraio 2017, lamentando violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Con primo motivo lamenta violazione del principio di rotazione, secondo cui l'affidamento al contraente uscente ha carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale stringente. Nel caso di specie mancherebbe qualsiasi motivazione sulla partecipazione e il successivo affidamento del servizio alla controinteressata, gestore uscente, come imposto dalle Linee Guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 4/2016, mentre l'avviso esplorativo è stato pubblicato il 10 agosto 2016, in pieno periodo feriale e solo sul sito istituzionale della stazione appaltante.

In memoria depositata per l'udienza di discussione deduce che il valore dell'affidamento comunicato dalla stazione appaltante e a suo dire corrispondente ad € 146.000,00 non tiene conto del fatto che è previsto un rinnovo del contratto per due anni, al termine del primo periodo contrattuale. La quantificazione dell'importo della concessione in gioco dovrebbe considerare anche questo aspetto e, pertanto, si giungerebbe a determinare un valore pari ad € 243.333,00 con conseguente necessità di invitare dieci concorrenti.

Con secondo motivo si duole che l'aggiudicataria, pur avendo offerto un rialzo pari al 45,84% e quindi molto rilevante rispetto al canone minimo richiesto dalla legge di gara, non sia stata sottoposta a verifica di anomalia in violazione dell'articolo 97 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Con terzo motivo deduce che essa avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per avere presentato due dichiarazioni sostitutive di certificazioni sul possesso del fatturato minimo in servizi analoghi che non sarebbero veritiere, relativamente al fatturato maturato presso l'Istituto comprensivo "Virgilio" di Montepulciano e presso l'Istituto comprensivo "Fucini" di Siena.

Si sono costituiti la Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze e la controinteressata Supermatic s.p.a. chiedendo la reiezione del ricorso. La controinteressata eccepisce in via preliminare che il vizio di violazione del principio di rotazione potrebbe eventualmente farsi valere solo da parte di un operatore non invitato alla procedura, il cui mancato invito dipenda proprio dall'invito al gestore uscente. La ricorrente è invece stata invitata alla gara e non avrebbe quindi motivo di dolersi. Nel merito, replica alle deduzioni della ricorrente evidenziando in particolare, quanto al primo motivo, che l'invito del gestore uscente costituisce deroga al principio di rotazione soltanto ove avvenga a discapito di altri operatori che vi aspirino. Il principio di rotazione, a suo dire, può trovare applicazione se gli aspiranti a partecipare alla procedura sono in numero non solo superiore a cinque, ma anche superiore a quello degli operatori economici che l'amministrazione intende invitare. Solo in questi casi, a suo dire, occorre che l'Amministrazione svolga una selezione preliminare tra gli aspiranti concorrenti individuati. Nel caso di specie il principio non sarebbe stato derogato poiché gli aspiranti concorrenti erano solamente due; se fosse stato applicato nel senso invocato dalla ricorrente, la concorrenza tra gli operatori economici sarebbe stata ristretta anziché ampliata.

Quanto ai restanti motivi, nega che l'offerta che ha presentato possa qualificarsi anomala e di avere reso dichiarazioni non veritiere.

Con ordinanza 15 marzo 2017, n. 143, è stata respinta la domanda cautelare.

All'udienza del 17 maggio 2007 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è privo di fondamento e non può essere accolto.

2.1 Il primo motivo è infondato e deve quindi essere respinto, a prescindere dall'eccezione formulata dalla controinteressata.

In via preliminare devono essere dichiarate inammissibili le doglianze contenute nella memoria depositata per l'udienza di discussione e relative al calcolo del valore dell'affidamento, poiché avrebbero dovuto essere proposte mediante motivi aggiunti ritualmente notificati e, comunque, nel rispetto del termine decadenziale.

Il motivo, per il resto, deve essere respinto poiché, come già rilevato in sede cautelare, all'avviso esplorativo pubblicato dalla stazione appaltante hanno risposto solamente due operatori e, pertanto, l'esclusione del gestore uscente non avrebbe aumentato ma diminuito la concorrenza. Il principio di rotazione è servente e strumentale rispetto a quello di concorrenza e deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo. Nel caso di specie, all'avviso esplorativo hanno fornito riscontro due operatori di cui uno era il gestore uscente, e pertanto l'esclusione di quest'ultimo avrebbe limitato e non promosso la concorrenza nel mercato. La censura basata sul difetto di motivazione dell'invito (anche) al gestore uscente a partecipare alla procedura appare quindi infondata poiché è ricavabile dagli atti della gara e laddove le ragioni del provvedimento emanato risultino percepibili in fase infraprocedimentale, il difetto motivazionale del provvedimento finale non assume carattere viziante e può essere integrato in corso di causa (C.d.S. IV, 4 marzo 2014 n. 1018; Sez. V, 20 agosto 2013 n. 4194).

Non colgono nel segno le doglianze formulate dalla ricorrente in ordine al periodo (agosto) in cui è stato pubblicato dalla stazione appaltante l'avviso poiché alcuna norma prevede una sospensione di termini procedurali nel mese di agosto, il quale pertanto ben può essere utilizzato anche al fine che qui rileva.

Quanto alle censure circa il sito in cui è avvenuta la pubblicazione, le Linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 4/2016, pur invocate dalla ricorrente, al punto 4.1.4 prevedono che l'esplorazione di mercato avvenga mediante

pubblicazione di un avviso sul profilo di committente della stazione appaltante, come correttamente accaduto nel caso di specie.

2.2 L'esame del secondo motivo deve prendere le mosse dalle previsioni contenute nell'articolo 164, comma 2, del d.lgs. 50/2016 a norma del quale "alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte prima nella parte seconda del presente codice, relativamente... alle procedure di affidamento.....". Rientra in questa categoria anche la valutazione dell'anomalia dell'offerta disciplinata all'articolo 97 del medesimo d.lgs. 50/2016, disposizione che, in quanto volta a tutelare il principio di sostenibilità economica dei contratti pubblici, ben può ritenersi espressione di un principio generale. Questo però non implica che le disposizioni contenute in detto articolo possano ritenersi direttamente applicabili anche gli affidamenti delle concessioni. Va rimarcato infatti che il richiamo alle norme in materia di appalti pubblici contenuto al richiamato articolo 164 del d.lgs. 50/2016 è contenuto nei limiti della compatibilità delle stesse con l'istituto specifico della concessione. In altri termini, le norme in tema di appalti pubblici sono applicabili anche alle concessioni se ed in quanto compatibili.

L'articolo 97, in tema di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata in gara, prevede da un lato casi di obbligatorietà della verifica (commi 2 e 3) e, dall'altro, al comma 6, terzo periodo, che la stazione appaltante possa in ogni caso valutare qualunque offerta la quale, in base a specifici elementi, appaia anormalmente bassa. Se quest'ultima disposizione è senz'altro applicabile anche all'affidamento delle concessioni, con conseguente predicabilità della facoltà in capo al concedente di procedere alla verifica di anomalia sulle offerte che in base a specifici indizi appaiono anormalmente basse, non altrettanto può dirsi per le norme nelle quali vengono identificati i casi in cui la verifica di anomalia è obbligatoria: esse infatti

sono costruite in specifico per le procedure di appalto. Nel caso della concessione non è dato ravvisare alcuna media aritmetica di ribassi percentuali (comma 2 dell'art. 97), né una combinazione di punteggi relativi alla qualità dell'offerta e al "prezzo" proposto dal concorrente il quale ultimo è altra cosa rispetto al canone di concessione che viene proposto nella gara di cui si tratta in questa sede. Non esistono, nel caso di specie, parametri legislativi per individuare i casi in cui il concedente sia obbligato a svolgere la verifica sull'anomalia dell'offerta proposta in gara. Tale obbligo può essere predicato solo in base ai principi generali dell'azione amministrativa e, in particolare, a quello di ragionevolezza: il concedente è obbligato a svolgere la verifica di anomalia sulle offerte in gara laddove un criterio di ragionevolezza evidenzia la manifesta inaffidabilità dell'offerta proposta.

In applicazione di tale principio può concludersi che nel caso in esame non si ravvisa tale circostanza, né la ricorrente si dà carico di fornire elementi di analisi in proposito poiché fa leva unicamente sull'alto rialzo offerto dalla controinteressata, pari al 45,84% del canone minimo richiesto dalla stazione appaltante. Tuttavia tale elemento in una gara, si ripete, per l'affidamento di una concessione e non di un appalto, non può essere esaminato in modo avulso da altri elementi e, soprattutto, non può essere assimilato ad un ribasso nell'ambito della gara di appalto. Qui, al contrario, siamo in presenza di un rialzo la cui cifra corrisponde a poco più di un terzo dei ricavi che la controinteressata, non smentita sul punto, dichiara di avere effettuato nell'ultimo triennio e non sembra che ciò renda insostenibile la sua offerta in assenza, si ripete, di contrari elementi indiziari forniti dalla ricorrente.

Il motivo è perciò infondato e deve essere respinto.

2.3 Il terzo motivo è a sua volta infondato poiché la controinteressata non ha dichiarato il falso ma, solo, male interpretato la richiesta contenuta nella *lex specialis* di indicare gli importi dei servizi analoghi a quelli in gara effettuati nel triennio precedente. La legge di gara non precisava se dovesse essere indicato il ricavo

derivante dalla gestione della concessione o il canone corrisposto al concedente; la controinteressata ha indicato quest'ultima voce in luogo della prima e la circostanza è stata prontamente chiarita in risposta ad una richiesta della stazione appaltante. Non vi è quindi una dichiarazione non veritiera ma, semmai, un errore indotto da un'equivoca formulazione degli atti di gara che, in ossequio ai principi di buona fede e di massima partecipazione alle gare d'appalto, non poteva portare all'esclusione.

3. Per tali motivi il ricorso deve essere respinto.

Le spese processuali possono però essere integralmente compensate tra le parti in ragione della novità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Luigi Viola, Consigliere

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandro Cacciari

IL PRESIDENTE
Saverio Romano

IL SEGRETARIO