

## La nozione di concessione pubblica ed il confine mobile con gli appalti: rischio operativo ed equilibrio economico-finanziario segnano il dicrimen tra i due istituti.

di Giovanni Ranalli, Silvia Biancifiori

Data di pubblicazione: 7-12-2016

1. Secondo giurisprudenza del tutto consolidata da cui il Collegio non ha ragione di discostarsi, nelle gare pubbliche soggiacciono all'onere della immediata impugnazione le sole clausole che impediscano la partecipazione o impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati ovvero che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta, mentre per le altre previsioni, comprese quelle concernenti i criteri di valutazione e attribuzione dei punteggi, l'interesse al ricorso nasce con gli atti che ne facciano applicazione, quali l'esclusione o l'aggiudicazione definitiva a terzi, in quanto effettivamente lesivi della situazione giuridica tutelata (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. III, 10 agosto 2016, n. 3595; id. sez. III, 7 marzo 2016, n. 921; id., 2 febbraio 2015, n. 491).

2. L'affidamento del servizio di gestione di distributori automatici di snack e bevande è ricondotto dalla giurisprudenza prevalente (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma sez. II, 24 marzo 2016, n. 3756; Consiglio di Stato sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3571; id. sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5065; T.A.R. Umbria 7 febbraio 2013, n. 74) 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" (art. 3, comma 12, D.lgs. 163 del 2006).

Sul piano economico, il concessionario utilizza quanto ottiene in concessione a fini di lucro, assumendo il rischio economico connesso alla gestione del servizio, svolto con mezzi propri; per godere delle risorse materiali appartenenti all'Amministrazione, il concessionario normalmente corrisponde un canone e non riceve dalla stessa alcun corrispettivo (*ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3571). L'art. 30 del D.lgs. 163/2006 richiama espressamente l'art. 143 c.7, del medesimo D.lgs. che prevede per le concessioni che l'offerta contenga il piano economico - finanziario della gestione per tutto l'arco temporale prescelto, al fine di individuare anche nell'interesse della stazione appaltante un canone minimo congruo, ottenendo la miglior gestione del servizio possibile con ottimale impiego delle risorse (A.V.C.P. deliberazione 6 ottobre 2010, n. 56).

3. In materia di concessione di servizi pubblici costituisce principio fondamentale l'equilibrio economico finanziario ovvero la capacità che i flussi di corrispettivi stimati dall'Amministrazione consentano durante la durata del contratto il rientro dagli investimenti, come ancor più chiaramente stabilisce la direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 e lo stesso nuovo "Codice" degli appalti e delle concessioni approvato con D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (vedi art. 165 comma 2) pur non applicabile "*ratione temporis*" che recepisce la citata direttiva. In particolare l'art. 8 comma 2, della suindicata direttiva rubricato "Soglia e metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni" stabilisce che "Il valore di una concessione è costituito

dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi." Tale valore stimato è valido al momento dell'invio del bando (art. 8 c. 3).

4.3. - La norma comunitaria, pur se non "*self executing*" ed in corso di recepimento alla data (22 settembre 2015) di pubblicazione del bando per cui è causa, comporta che la normativa interna (nella fattispecie gli artt. 29 c. 1, 30 e 147 c. 7, del D.lgs. 163/2006) deve essere interpretata in modo conforme, per il principio di primazia del diritto europeo (*ex multis* Corte di Giustizia U.E. 27.6.2000, C-240/98; Cassazione Sez. Un. 17 novembre 2008, n. 27310; id. sez. II, 30 luglio 2001, n. 10429; id. sez. lav., 14 ottobre 2004, n. 20275; Consiglio di Stato Ad. Plenaria 30 luglio 2014, n. 16; T.A.R. Umbria 9 settembre 2014 n. 447; T.A.R. Lazio Roma sez. III, ord. 3 ottobre 2016, n. 10012).

La direttiva citata pone dunque in capo ai giudici nazionali un vincolo di interpretazione delle norme di legge interne conformi ai principi ed agli obiettivi imposti dalla direttiva in corso di recepimento, in modo tale da non pregiudicarne la realizzazione (da ultimo vedi T.A.R. Lazio Roma sez. III, ord. 3 ottobre 2016, n. 10012). (..) Giova poi evidenziare - come già affermato in sede cautelare - che anche in vigenza del D.lgs. 163 del 2006 l'Autorità di Vigilanza dei Contratti pubblici, richiamandosi agli artt. 29 c. 1, 143 c. 7, 30 c. 7, non aveva mancato di rilevare la necessità di procedere a monte della gara alla stima degli introiti provenienti dall'utenza per tutta la durata della concessione ovvero della prevista remuneratività del servizio per l'operatore economico sulla base dell'esperienza degli anni precedenti e delle peculiarità materiali e temporali del nuovo servizio (A.V.C.P. delibera 12 marzo 2010, n. 13; id. 1 agosto 2012, n. 75; parere precontenzioso 26 novembre 2014, n. 96).

(1) *Conforme, ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, 10 agosto 2016, n. 3595; Consiglio di Stato, sez. III, 7 marzo 2016, n. 921; Consiglio di Stato, 2 febbraio 2015, n. 491.*

## **Guida alla lettura**

Ai fini della migliore comprensione di quanto statuito nella sentenza del Tar Umbria soprariportata giova premettere qualche breve cenno alla distinzione, da sempre controversa nella materia degli appalti pubblici, tra appalto e concessione, onde mettere in evidenza quale sia effettivamente il *proprium* della figura della concessione, che la differenzia rispetto all'appalto, in particolare alla luce del nuovo quadro normativo introdotto dal D.lgs. 50/2016.

Il diritto comunitario pone, da tempo, le fattispecie della concessione e del contratto sostanzialmente sullo stesso piano, come si ricava dalla definizione di concessione di cui all'art. 1 della direttiva n. 2004/18/CE, recepita nel diritto nazionale dall'art. 3, commi 11 e 12, del codice previgente. In forza di tali disposizioni, le concessione di lavori pubblici, così come quelle di servizi, vengono qualificate come contratti che presentano le medesime caratteristiche degli appalti pubblici di lavori e di servizi, ad eccezione del corrispettivo, consistente, nelle concessioni, nel diritto di gestire l'opera o il servizio o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Invero, sul versante comunitario, la Corte di Giustizia e la Commissione europea hanno a più riprese ribadito l'orientamento secondo cui una concessione di servizi o di lavori è configurabile in tutti i casi in cui sia individuabile l'accollo del **rischio di gestione** in capo all'affidatario, a prescindere dalla destinazione al pubblico del servizio oggetto dell'affidamento. Nella concessione infatti il privato si fa carico dell'alea dell'operazione investendo risorse proprie da remunerare attraverso la gestione e la durata della concessione deve essere tale da consentire al concessionario di gestire il servizio per il tempo necessario ad una sua effettiva remunerazione.

Con sentenza 10 novembre 2011, C-348/10, in particolare, la Corte europea ha affermato che si ha "appalto", e non "concessione di servizi", quando risulta, tra l'altro, che il rischio di esposizione all'alea del mercato non venga assunto in misura rilevante dall'aggiudicatario essendo prevista la compensazione delle perdite del prestatore connesse all'esecuzione del contratto, riguardanti la parte dei costi connessi all'esecuzione dell'appalto di servizi di trasporto pubblico che ecceda gli introiti ottenuti, i costi generati dall'applicazione delle tariffe fissate dal committente, i costi venuti in essere nel caso in cui il committente applichi riduzioni tariffarie a determinate categorie di utenti e i costi connessi all'osservanza dei requisiti di qualità imposti dopo l'inizio della prestazione dei servizi.

Le osservazioni della Corte europea sono state da ultimo recepite dal legislatore nazionale, il quale, nel nuovo Codice dei contratti pubblici, individua il discrimen tra i due istituti proprio nel "rischio operativo" a carico del solo concessionario, per tale intendendosi "il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario". Cosicché, l'art. 165 del nuovo codice enuclea i principi generali che caratterizzano il regime delle concessioni laddove prevede che:

- la maggior parte dei ricavi di gestione proviene dalla **vendita** dei servizi resi al mercato;
- è trasferito al concessionario il **rischio operativo** definito dalla lettera zz) del comma 1 dell'articolo 3. Ai sensi di tale definizione, si tratta del rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile. In proposito, la norma specifica che il rischio è riferito alla

possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico-finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario;

- **l'equilibrio economico finanziario** rappresenta il **presupposto** per la corretta allocazione dei rischi.

Preme rilevare che la definizione di "equilibrio economico-finanziario" di cui alla lettera fff) dell'art. 3, che non è contenuta nella normativa europea, prevede la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco della durata del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito, invece, per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento.

La norma prevede che, ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio economico, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al cinquanta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

Quest'ultima disposizione, in particolare, assume una evidente portata innovativa rispetto a quanto prevedeva la previgente normativa codicistica e la stessa normativa europea, in quanto per la prima volta il legislatore definisce la soglia massima dell'apporto pubblico (contributo anche in garanzia o beni, o prezzo) al raggiungimento dell'equilibrio finanziario. È evidente come in questo modo il **piano economico-finanziario diventi fondamentale** e dirimente per la scelta del concessionario, in quanto quello più credibile e sostenibile sarà oggetto della maggiore attenzione ai fini dell'assegnazione. Altrettanto dirimente sarà l'importanza da assegnare alla dimensione dell'apporto privato all'equilibrio: il suo crescere comporta infatti una simmetrica riduzione dell'onere dell'amministrazione concedente, tale da meritare considerazione ai fini della valutazione dell'offerta.

Fino all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, il discrimine tra appalto e concessione è stato ricercato dalla giurisprudenza amministrativa sulla base di differenti criteri interpretativi e l'accoglimento da parte degli interpreti dell'uno o dell'altro ha condizionato la qualificazione finale del contratto, come appalto di servizi o concessione.

Secondo un certo orientamento interpretativo, cd. criterio del destinatario, si è evidenziato che mentre negli appalti pubblici di servizi l'appaltatore presta il servizio in favore della pubblica amministrazione, al contrario nella concessione di pubblico servizio il concessionario si sostituisce alla pubblica amministrazione nell'erogazione del servizio direttamente alla collettività. C'è poi chi ha sostenuto l'applicabilità del cd. criterio del costo, ritenendo che si ha concessione se il servizio è reso ai cittadini terzi ed il corrispettivo sia in tutto o in parte a

carico degli utenti, mentre si ha, invece appalto servizi se la prestazione è resa all'amministrazione aggiudicatrice, che ne corrisponde il controvalore economico.

L'orientamento prevalente ha invece utilizzato il cd. criterio gestionale per affermare che si è in presenza di una concessione e non di un appalto laddove l'operatore economico si assuma i rischi di gestione della prestazione del servizio, rivalendosi sull'utente attraverso la riscossione di un canone.

L'accezione di concessione accolta dal D.Lgs 50/2016 si avvicina maggiormente al criterio gestionale da ultimo citato, ma specifica meglio la necessità del rischio operativo, precisando altresì che esso debba essere allocato a carico del concessionario sul presupposto di un piano di equilibrio-economico finanziario integralmente a rischio del concessionario stesso ed esposto al mercato. In definitiva, nel segnare il discrimen tra appalto e concessione, con maggiore chiarezza rispetto alla normativa previgente, il nuovo Codice dà rilievo preminente all'elemento del **trasferimento del rischio operativo** al concessionario e alla necessaria **sussistenza dell'equilibrio economico-finanziario** che rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi.

Nel contesto dell'appena delineato quadro normativo si colloca la sentenza in commento, la quale, seppur precisando che il nuovo Codice appalti non può essere applicato *ratione temporis* al caso di specie, cionondimeno statuisce e ribadisce come, in materia di concessione di servizi pubblici, costituisca "principio fondamentale l'equilibrio economico-finanziario ovvero la capacità che i flussi di corrispettivi stimati dall'Amministrazione consentano durante la durata del contratto il rientro dagli investimenti, come ancor più chiaramente stabilisce la direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 e lo stesso nuovo "Codice" degli appalti e delle concessioni approvato con D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (vedi art. 165 comma 2) pur non applicabile "*ratione temporis*" che recepisce la citata direttiva". Il Collegio fa poi riferimento all'art. 8, comma 2, della citata direttiva europea che stabilisce il metodo di calcolo del valore stimato delle concessioni prevedendo che "il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi.". Va detto che tale disposizione è stata poi puntualmente recepita nell'art. 167 del D.Lgs 50/2016 che disciplina, appunto, i metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni riprendendo il disposto dell'art. 8 della direttiva.

Non essendo quindi applicabile *ratione temporis* il nuovo Codice degli appalti al caso di specie, il Collegio umbro interpreta la normativa interna in modo conforme alla direttiva europea facendo applicazione del principio di primazia del diritto comunitario. Il Tar precisa quindi che la direttiva citata pur non essendo self-executing ed ancora in corso di recepimento alla data di pubblicazione del bando oggetto di causa, pone comunque in capo al giudice nazionale un vincolo di interpretazione delle norme interne conforme ai principi e agli obiettivi posti dalla direttiva stessa, in modo da non pregiudicarne la realizzazione. Il Collegio evidenzia peraltro, altresì, che anche nella vigenza del D.lgs. 163 del 2006 l'Autorità di Vigilanza dei Contratti pubblici, richiamandosi agli artt. 29 c. 1, 143 c. 7, 30 c. 7, non avesse mancato di rilevare la necessità di procedere a monte della gara alla stima degli introiti provenienti dall'utenza per

tutta la durata della concessione ovvero della prevista remuneratività del servizio per l'operatore economico sulla base dell'esperienza degli anni precedenti e delle peculiarità materiali e temporali del nuovo servizio.

Il Tar ravvisa pertanto una illegittimità del bando di gara sottoposto al suo esame laddove questo omette di stimare il fatturato totale della concessione per tutta la durata del contratto e così facendo non fornisce ai concorrenti in gara gli elementi indispensabili al fine di stabilire il rischio di gestione a carico del concessionario e la concreta appetibilità o meno della concessione, con il risultato finale di rendere la presentazione dell'offerta per gli operatori diversi dal precedente concessionario del tutto inconsapevole. In altri termini, sussiste un obbligo in capo alla stazione appaltante di indicare nel bando di gara **la stima del flusso dei corrispettivi attesi per tutta la durata della concessione** perché in caso contrario rimarrebbe occulto il valore reale della concessione e ciò impedirebbe ai concorrenti di formulare un'offerta che sia consapevole e congrua, appunto perché fondata su una valutazione di sostenibilità economico-finanziaria dei rischi attesi e preventivati.

Il Tar umbro si riporta sul punto a quell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui nelle gare pubbliche soggiacciono all'**onere di immediata impugnazione** non solo **le clausole** che impediscono la partecipazione o impongono oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati ma anche quelle che **rendono impossibile la formulazione di una offerta consapevole** precludendo così di fatto, ab initio, la stessa partecipazione alla gara. Hanno pertanto natura escludente quelle clausole del bando di gara che, omettendo di indicare il fatturato stimato della concessione, così da rendere solo apparente per gli operatori economici la possibilità di formulare un'offerta consapevole, determinano l'effetto di restringere se non impedire la partecipazione stessa alla gara.

Dalla natura escludente delle clausole consegue l'interesse del ricorrente ad impugnarle in via immediata e diretta, stante appunto la loro immediata lesività, e senza onere di dover presentare domanda di partecipazione alla gara, precisa altresì il Collegio.

Aggiungasi che l'orientamento giurisprudenziale che segna l'apertura alla possibilità di impugnazione della lex specialis di gara anche in caso di mancata presentazione della domanda di partecipazione, circoscrive tale possibilità, con riferimento alle ipotesi di clausole che impediscano l'utile partecipazione alla gara, ai soli casi in cui tale utile partecipazione sia impedita nei confronti di tutti gli aspiranti, e non con riferimento ad uno solo di essi, come avviene nelle ipotesi in cui talune prescrizioni impediscano a tutti i potenziali concorrenti la corretta formulazione dell'offerta stante la preclusione alla possibilità di determinare correttamente il rapporto tra il sacrificio economico da sostenere e il risultato positivo derivante dall'eventuale aggiudicazione, o nelle ipotesi in cui la disciplina di gara si rilevi carente di un elemento essenziale, tale da non consentire a tutti i partecipanti di effettuare i calcoli di convenienza economica indispensabili per formulare un'offerta corretta, ipotesi queste senz'altro ricorrenti nel caso in cui non venga indicato dal bando di gara il fatturato stimato della concessione.

**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 751 del 2015, proposto da:

IVS Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Eleonora Netti e Andrea Netti, con domicilio eletto presso Eleonora Netti in Perugia, via Maestri del Lavoro D'Italia 3;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria 1, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Benci, con domicilio presso T.A.R. Umbria in Perugia, via Baglioni, 3 ai sensi di legge;

nei confronti di

Liomatic s.p.a.;

per l'annullamento

previa sospensiva

- del bando di gara CIG: 638186519A e documenti a questo allegati o comunque assieme a questo pubblicati, avente ad oggetto: "Procedura aperta, ex art. 30 D.lgs. 163/2006, per l'affidamento in concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici da installare

presso le strutture nell'area di Città di Castello, Gubbio, Gualdo Tadino, Umbertide", spedito alla G.U.C.E. in data 2.09.2015;

- di ogni altro documento, atto e provvedimento presupposto, connesso, conseguente e/o successivo, anche di carattere interno ed a contenuto generale, con cui la ASL Umbria 1 ha previsto, asserito, approvato o altrimenti regolato e/o giustificato il valore del contratto di concessione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria 1;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2016 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.-Con bando pubblicato sulla G.U.C.E. il 22 settembre 2015 l'ASL Umbria 1 ha indetto procedura aperta, ex art. 30 D.lgs. 163/2006, per l'affidamento in concessione del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici da installare in via non esclusiva presso le strutture nell'area di Città di Castello, Gubbio, Gualdo Tadino, Umbertide.

Il valore della concessione per l'intera durata contrattuale di 48 mesi è stabilito in 335.320,00 euro con criterio di aggiudicazione del massimo aumento rispetto al canone annuo onnicomprensivo posto a base di gara, fissato in 83.830,00 euro.

La società ricorrente, quale operatore economico operante nello specifico settore oggetto della gara, impugna il bando di gara, deducendo motivi così riassumibili:

I.Impossibilità di formulare un'offerta, errata valutazione del reale valore della concessione, carenza di esclusiva, interesse ad agire: l'impugnata *lex specialis* risulterebbe direttamente lesiva in quanto non consentirebbe la presentazione da parte degli operatori economici operanti nello specifico settore di riferimento di offerta economica consapevole, nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento; la stazione appaltante non avrebbe indicato, come suo obbligo, il fatturato stimato della concessione immessa nel mercato;

II. Violazione dei principi di buon andamento, trasparenza e *par condicio*, eccesso di potere per illogicità, irrazionalità; difetto di istruttoria, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 29 e 30 del D.lgs. 163/2006 per l'assenza del valore reale dell'affidamento; violazione dell'art. 8 della direttiva 2014/23/CEE del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; eccesso di potere per perplessità, illogicità e sviamento; preclusione alla realizzazione dell'utile di impresa; impossibilità di formulare un'offerta che consenta il rientro nell'investimento: l'impugnata *lex specialis* verrebbe a creare una disparità di trattamento tra l'imprenditore concessionario uscente ed i potenziali concorrenti; dagli artt. 29 e 147 comma 7, del D.lgs. 163/2006 si evince che il reale valore della concessione coinciderebbe con il valore del fatturato generato dal consumo totale dei prodotti da parte degli utenti del servizio di distribuzione automatica; nel senso prospettato in ricorso si sarebbe d'altronde più volte espressa l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici;

III. Mancata indicazione nel bando e negli atti di gara del diritto di esclusiva, violazione dei principi di buon andamento, trasparenza e *par condicio*, eccesso di potere, preclusione alla realizzazione dell'utile di impresa; impossibilità di formulare offerta remunerativa e offerta consapevole: non sarebbe evincibile dagli atti di gara se la concessione in esame sia assistita o meno da diritto di esclusiva;

IV. Violazione dei principi di buon andamento, trasparenza e *par condicio*; eccesso di potere per illogicità, irrazionalità, difetto di istruttoria, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 commi 2 e dell'art. 147 D.lgs. 163/2006 per introduzione di criterio di selezione *contra legem*; violazione sotto diverso profilo per mancato coordinamento tra la selezione mediante "doppia leva" ed i principi di individuazione dell'offerta anomala di cui agli artt. 87 e ss. del D.lgs. 163 del 2006 richiamati nel bando all'art. 8; eccesso di potere per perplessità, illogicità e sviamento: la stazione appaltante chiedendo da un lato il rialzo sul canone annuale e dall'altro il ribasso dei prezzi di vendita dei prodotti, avrebbe introdotto un meccanismo che porta a praticare nei confronti dell'utenza prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa.

La ricorrente avanza anche domanda di condanna al risarcimento del danno sotto il profilo della perdita di *chance*, riservandone la quantificazione in corso di causa.

Si è costituita l'ASL Umbria 1, eccependo in via del tutto generica l'inammissibilità del ricorso e l'infondatezza di tutte le doglianze dedotte, senza tuttavia articolare alcuna concreta difesa rispetto all'azione *ex adverso* proposta.

Alla camera di consiglio del 6 aprile 2016 - a seguito di diversi rinvii chiesti dall'ASL al fine di procedere al riesame in autotutela degli atti impugnati - con ordinanza n. 57 del 2017 è stata accolta la domanda incidentale cautelare, atteso che "la mancata indicazione nell'impugnato bando del valore del fatturato della concessione posta in gara impedisce la formulazione di offerta consapevole da parte della ricorrente e viola la libera concorrenza, come peraltro già affermato in casi analoghi sia dalla giurisprudenza che dalla stessa Autorità di Vigilanza".

All'udienza pubblica del 28 settembre 2016, sentiti i difensori, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

2.-E' materia del contendere la legittimità del bando pubblicato sulla G.U.C.E. il 22 settembre 2015 con cui l'ASL Umbria 1 ha indetto procedura aperta, ex art. 30 D.lgs. 163/2006, per l'affidamento in concessione per 48 mesi del servizio di ristoro a mezzo distributori automatici da installare presso le strutture nell'area di Città di Castello, Gubbio, Gualdo Tadino, Umbertide.

Lamenta la società ricorrente, operante nello specifico settore di riferimento ed interessata a partecipare alla gara, l'illegittimità del suindicato bando, sotto diversi profili, nella parte in cui non consente agli operatori potenzialmente interessati di partecipare alla gara mediante la formulazione di offerta consapevole, stante la mancata indicazione da parte della stazione appaltante del fatturato stimato della concessione immessa nel mercato.

3. - Preliminarmente va senz'altro affermata l'ammissibilità del ricorso.

Secondo giurisprudenza del tutto consolidata da cui il Collegio non ha ragione di discostarsi, nelle gare pubbliche soggiacciono all'onere della immediata impugnazione le sole clausole che impediscano la partecipazione o impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati ovvero che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta, mentre per le altre previsioni, comprese quelle concernenti i criteri di valutazione e attribuzione dei punteggi, l'interesse al ricorso nasce con gli atti che ne facciano applicazione, quali l'esclusione o l'aggiudicazione definitiva a terzi, in quanto effettivamente lesivi della situazione giuridica tutelata (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. III, 10 agosto 2016, n. 3595; id. sez. III, 7 marzo 2016, n. 921; id., 2 febbraio 2015, n. 491).

Nel caso di specie la società IVS lamenta la mancata indicazione nel bando del valore reale della concessione, in quanto privo del fatturato stimato, si da rendere soltanto apparente la possibilità per gli operatori interessati di formulare un'offerta consapevole, con il risultato di restringere se non impedire la partecipazione alla gara e favorire il concessionario uscente.

Ne consegue la natura escludente delle suddette clausole della *lex specialis*, con interesse della ricorrente ad impugnarle in via immediata e diretta, senza onere di presentare domanda di partecipazione (Consiglio di Stato sez. V, 20 aprile 2012, n. 2359) né, tantomeno, di attendere la conclusione del procedimento di gara.

4. - Venendo al merito il ricorso è fondato e va accolto.

4.1. - Deve premettersi che l'affidamento del servizio di gestione di distributori automatici di snack e bevande è ricondotto dalla giurisprudenza prevalente (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma sez. II, 24 marzo 2016, n. 3756; Consiglio di Stato sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3571; id. sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5065; T.A.R. Umbria 7 febbraio 2013, n. 74) 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" (art. 3, comma 12, D.lgs. 163 del 2006).

Sul piano economico, il concessionario utilizza quanto ottiene in concessione a fini di lucro, assumendo il rischio economico connesso alla gestione del servizio, svolto con mezzi propri; per godere delle risorse materiali appartenenti all'Amministrazione, il concessionario normalmente corrisponde un canone e non riceve dalla stessa alcun corrispettivo (*ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3571).

L'art. 30 del D.lgs. 163/2006 richiama espressamente l'art. 143 c.7, del medesimo D.lgs. che prevede per le concessioni che l'offerta contenga il piano economico - finanziario della gestione per tutto l'arco temporale prescelto, al fine di individuare anche nell'interesse della stazione appaltante un canone minimo congruo, ottenendo la miglior gestione del servizio possibile con ottimale impiego delle risorse (A.V.C.P. deliberazione 6 ottobre 2010, n. 56).

Ai sensi poi dell'art. 29 c. 1, del D.lgs. 163/2006 per le concessione nella nozione di "importo totale pagabile" è da ricomprendere il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione.

4.2. - In materia di concessione di servizi pubblici costituisce principio fondamentale l'equilibrio economico finanziario ovvero la capacità che i flussi di corrispettivi stimati dall'Amministrazione consentano durante la durata del contratto il rientro dagli investimenti, come ancor più chiaramente stabilisce la direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 e lo stesso nuovo "Codice" degli appalti e delle concessioni approvato con D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (vedi art. 165 comma 2) pur non applicabile "*ratione temporis*" che recepisce la citata direttiva.

In particolare l'art. 8 comma 2, della suindicata direttiva rubricato "Soglia e metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni" stabilisce che "Il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi." Tale valore stimato è valido al momento dell'invio del bando (art. 8 c. 3).

4.3. - La norma comunitaria, pur se non "*self executing*" ed in corso di recepimento alla data (22 settembre 2015) di pubblicazione del bando per cui è causa, comporta che la normativa interna (nella fattispecie gli artt. 29 c. 1, 30 e 147 c. 7, del D.lgs. 163/2006) deve essere interpretata in modo conforme, per il principio di primazia del diritto europeo (*ex multis* Corte di Giustizia U.E. 27.6.2000, C-240/98; Cassazione Sez. Un. 17 novembre 2008, n. 27310; id. sez. II, 30 luglio 2001, n. 10429; id. sez. lav., 14 ottobre 2004, n. 20275; Consiglio di Stato Ad. Plenaria 30 luglio 2014, n. 16; T.A.R. Umbria 9 settembre 2014 n. 447; T.A.R. Lazio Roma sez. III, ord. 3 ottobre 2016, n. 10012).

La direttiva citata pone dunque in capo ai giudici nazionali un vincolo di interpretazione delle norme di legge interne conforme ai principi ed agli obiettivi imposti dalla direttiva in corso di recepimento, in modo tale da non pregiudicarne la realizzazione (da ultimo vedi T.A.R. Lazio Roma sez. III, ord. 3 ottobre 2016, n. 10012).

4.4 - Giova poi evidenziare - come già affermato in sede cautelare - che anche in vigenza del

D.lgs. 163 del 2006 l'Autorità di Vigilanza dei Contratti pubblici, richiamandosi agli artt. 29 c. 1, 143 c. 7, 30 c. 7, non aveva mancato di rilevare la necessità di procedere a monte della gara alla stima degli introiti provenienti dall'utenza per tutta la durata della concessione ovvero della prevista remuneratività del servizio per l'operatore economico sulla base dell'esperienza degli anni precedenti e delle peculiarità materiali e temporali del nuovo servizio (A.V.C.P. delibera 12 marzo 2010, n. 13; id. 1 agosto 2012, n. 75; parere precontenzioso 26 novembre 2014, n. 96).

4.5. - Tanto premesso, nel caso di specie l'ASL Umbria 1, lungi dallo stimare nel bando il fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, si è limitata ad indicare nel capitolato speciale il numero dei dipendenti in servizio (allegato 1) unitamente ai degenti/utenti stimati (allegato 2) senza dunque fornire gli elementi indispensabili per stabilire il rischio di gestione a carico del concessionario e la concreta "appetibilità" o meno della concessione, si da rendere la presentazione dell'offerta per gli operatori diversi dal precedente concessionario del tutto inconsapevole, in danno dello stesso interesse pubblico al maggior confronto concorrenziale possibile.

L'indicazione in sede di atti di gara del mero numero dei posti letto delle strutture ospedaliere interessate, infatti, costituisce un dato assolutamente approssimativo poiché a parità di posti letto il numero di erogazioni rilevabile nella struttura può cambiare sensibilmente, secondo del resto i dati forniti dalla ricorrente non minimamente contestati dalla difesa dell'ASL. Questo anche in relazione a diverse variabili che possono avere ruolo decisivo, quali ad es. l'ubicazione dei distributori e le possibilità di accesso da parte degli utenti esterni, che conferma come soltanto l'Amministrazione (secondo un criterio per così dire di "vicinanza della prova") possa e debba procedere alla stima del flusso dei corrispettivi, a pena di introdurre una barriera di ingresso occulta nel settore del *vending* poiché rimarrebbe occulto il reale valore della concessione.

5. - Ne consegue la fondatezza dei primi due assorbenti motivi di gravame.

6. - Per i suesposti motivi la domanda di annullamento è fondata e va accolta, con l'effetto dell'annullamento dell'impugnato bando di gara e relativi allegati.

7. - Deve invece essere respinta la domanda di risarcimento del danno da lesione della *chance* di aggiudicazione sia perché formulata in modo del tutto generico sia in considerazione del ristoro in forma specifica dato dalla ripetizione della gara (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5168).

Le spese di lite seguono la soccombenza, secondo dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie la domanda di annullamento e per l'effetto annulla il bando di gara; respinge la domanda risarcitoria.

Condanna l'ASL Umbria 1 alla refusione delle spese di lite in favore della ricorrente, in misura di 2.000,00 (duemila//00) euro, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Paolo Amovilli, Primo Referendario, Estensore

Enrico Mattei, Primo Referendario

L'ESTENSORE  
Paolo Amovilli

IL PRESIDENTE  
Raffaele Potenza