

Publicato il 24/05/2022

N. 04108/2022REG.PROV.COLL.
N. 04819/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 4819 del 2021, proposto da Aesse Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio D'Amato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Guido Romanelli in Roma, via Cosseria, 5;

contro

Azienda Pubblica di Servizi alla persona - Apsp Civica di Trento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Lorenzi e Gabriele Pafundi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Eurovending s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Netti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

Dolomatic s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. della Provincia di Trento n. 00038/2021, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Pubblica di Servizi alla persona - Apsp Civica di Trento e della Eurovending s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2022 il Cons. Alberto Urso e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Azienda Pubblica di Servizi alla persona - Apsp di Trento con determina del 13 luglio 2020 indiceva procedura *ex art.* 36, comma 2, lett. *b)*, d.lgs. n. 50 del 2016 per l'affidamento triennale del servizio di somministrazione di bevande calde e fredde e di alimenti preconfezionati tramite distributori automatici presso le strutture della stessa Apsp.

All'esito delle valutazioni della commissione, il servizio veniva affidato alla Eurovending s.r.l.

2. Avverso il provvedimento di aggiudicazione e gli altri atti di gara proponeva ricorso la Aesse Service s.r.l., altro operatore invitato a partecipare alla procedura e gestore uscente nella prestazione del servizio.

La ricorrente, in particolare, deduceva l'insostenibilità dell'offerta della controinteressata e la conseguente illegittimità dell'aggiudicazione e degli altri atti di gara, dei quali chiedeva pertanto l'annullamento avanzando anche domanda di risarcimento del danno.

3. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza dell'Apsp e della Eurovending, dichiarava inammissibile il ricorso in quanto impingente nella valutazione discrezionale dell'amministrazione non manifestamente erronea,

irragionevole, o frutto di travisamento di fatti in relazione alla sostenibilità dell'offerta della controinteressata.

4. Avverso la sentenza ha proposto appello la Aesse Service deducendo *error in iudicando* stante l'illegittimità e ingiustizia della sentenza per violazione o errata interpretazione e applicazione dell'art. 36 d.lgs n. 50 del 2016, dell'art 21 l.p. n. 23 del 1990, dell'art. 13 D.P.G.R. 22 maggio 1991, n. 10-40/Leg., dell'invito a richiesta di offerta, del capitolato speciale di appalto e delle istruzioni per la redazione del progetto tecnico-*lex specialis* della procedura; istruttoria generica, insufficiente e inadeguata; eccesso di potere per erroneità dei presupposti, iniquità, ingiustizia manifesta, travisamento della realtà di fatto e delle risultanze documentali, errori di valutazione, valutazioni inficiate da errori di fatto e da elementi di arbitrio, travisamento di fatti, macroscopica illogicità o irragionevolezza; violazione del principio che tutela l'affidamento delle imprese partecipanti; violazione o errata interpretazione ed applicazione dell'art. 28-*bis* d.l. n. 34 del 2020, conv. l. n. 17 del 2020; carenza o erroneità, difetto di motivazione e violazione o errata applicazione degli artt. 3 l. n. 241 del 1990 e 4 l.p. n. 23 del 1992; violazione o errata applicazione dell'art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016; erroneità e contraddittorietà nella motivazione della sentenza; violazione dei principi della ragionevolezza e della proporzionalità ricavabili dall'art. 3 Cost.

L'appellante ripropone anche domanda risarcitoria, già avanzata in primo grado.

5. Resistono al gravame l'Apsp e la Eurovending chiedendone la reiezione.

6. All'udienza pubblica del 10 marzo 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Può prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate dalle appellate - salvo quanto di seguito esposto in relazione ai singoli profili di doglianza - stante il rigetto nel merito dell'appello.

1.1. Va respinta - benché inerente a documenti non rilevanti ai fini del decidere - l'eccezione sollevata dall'appellante d'inammissibilità per novità *ex art. 104, comma 2, Cod. proc. amm.* della documentazione prodotta dall'amministrazione il 17 febbraio 2022, trattandosi in realtà di documentazione sopravvenuta alla sentenza.

Allo stesso modo, non rileva nella specie l'istanza istruttoria avanzata dall'appellante ai fini della produzione, da parte dell'amministrazione, *“di tutta la documentazione relativa al procedimento sfociato nell'adozione dell'atto impugnato”*, trattandosi d'istanza generica e non circostanziata, e risultando d'altra parte la documentazione in atti sufficiente ai fini del decidere.

2. Con unico articolato motivo di gravame l'appellante si duole del rigetto delle doglianze con cui aveva dedotto in primo grado l'anomalia e inattendibilità dell'offerta della controinteressata; osserva, al riguardo, come la *ratio* della disciplina inerente all'anomalia delle offerte sia ben applicabile anche alle concessioni di servizi.

Nella specie, la stazione appaltante avrebbe formulato una motivazione del tutto dubbiosa, incerta e carente sulla sostenibilità dell'offerta della Eurovending, concludendo nei seguenti termini: *“Non avendo elementi certi per accertare quale stima sia quella più corretta, si propende per ritenere, fino a prova contraria, sostenibile l'offerta presentata”*; mancherebbe perciò un effettivo accertamento di affidabilità e sostenibilità dell'offerta svolto dall'amministrazione.

In tale prospettiva, la Aesse si richiama alla relazione tecnica prodotta in atti, che offrirebbe evidenza delle suddette ragioni d'anomalia, mentre la stazione appaltante in sede procedimentale si sarebbe basata su mere dichiarazioni indimostrate fornite dalla Eurovending.

Di qui l'emersione di gravi vizi d'irragionevolezza nel sindacato esercitato dall'amministrazione, considerato che la discrezionalità tecnica non può trasmodare in arbitrio.

Alla luce di ciò, l'appellante ripropone le doglianze di primo grado inerenti ai profili di anomalia dell'offerta presentata dalla Eurovending, incentrate sulla

sovrastima del fatturato nella misura del 58%; sulla circostanza che è imposto un prezzo fisso tale da non consentire margini di manovra all'operatore per prodotti quali il caffè e le bevande calde (che rappresentano quasi l'80% delle consumazioni); sulla sottostima degli investimenti (*i.e.*, € 62.000,00 *vs.* i necessari € 100.000,00) nonché del costo medio dei prodotti (indicato nel 15,95% del prezzo a fronte di un attendibile 25%).

In tale contesto, applicando al Pef della Eurovending i dati di fatturato effettivo e i corrispondenti numeri di consumazioni (noti alla Aesse in quanto gestore uscente) risulterebbe in relazione all'offerta dell'aggiudicataria una perdita di € 6.745,90 l'anno, come da prospetto analitico prodotto dall'appellante.

Sarebbe occorsa dunque, da parte dell'amministrazione, un'attenta analisi in ordine alla sostenibilità dell'offerta stessa, tanto più a fronte della previsione dell'art. 28-*bis* d.l. 34/2020, conv. l. n. 17 del 2020, che prevede la rimodulazione del Pef in caso di cali di fatturato superiori al 33%, ipotesi da cui discenderebbe un ulteriore aggravio finanziario a carico all'amministrazione.

2.1. Il motivo non è condivisibile.

2.1.1. È controversa l'anomalia dell'offerta presentata dalla Eurovending nell'ambito della procedura relativa all'affidamento suindicato.

Detto affidamento - concernente lo "*svolgimento del servizio di somministrazione, per mezzo di distributori automatici, di bevande calde e fredde e di alimenti preconfezionati nelle diverse strutture della A.P.S.P. Civica di Trento*" (cfr. il Capitolato di gara, in atti) - è riconducibile all'attività di cd. "*vending*", di cui la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato s'è già occupata precisandone le caratteristiche di contenuto e negoziali: si tratta di "*fattispecie contrattuale [...] mista o atipica, in quanto implicante sia una concessione d'uso di spazio pubblico [...], sia una concessione di servizi, che l'ente pubblico intende affidare a terzi, tramite installazione di distributori automatici di bevande e snack: servizi, quelli indicati, con evidenza diversi da quelli istituzionali dell'ente, ma riconducibili a utilità accessorie, per esigenze connesse alla*

continuità della presenza in sede del personale, nonché degli utenti del vero e proprio servizio pubblico [...]” (Cons. Stato, VI, 16 luglio 2015, n. 3571).

Nel quadro così definito, l'affidamento - pur con i suoi tratti di specialità o atipicità - è ben assimilabile alla categoria delle concessioni di servizi, connotate dall'assunzione del rischio operativo in capo al concessionario e dall'assenza, in tutto o in parte, d'un corrispettivo erogato dall'amministrazione in favore dell'operatore affidatario (cfr. l'art. 3, comma 1, lett. *vv*), d.lgs. n. 50 del 2016).

La giurisprudenza ha affrontato in proposito anche il tema dell'applicabilità, e con quali modalità e limiti, del regime dell'anomalia delle offerte nell'ambito concessorio, connotato appunto dall'assenza di un corrispettivo *stricto sensu* in favore dell'affidatario.

A fronte di pronunce, maturate specialmente nella vigenza del decreto legislativo n. 163 del 2006, che escludono la diretta applicabilità di tale regime alla figura concessoria (cfr. Cons. Stato, V, 1 dicembre 2014, n. 5915; 24 marzo 2011, n. 1784) salvo ammettere una verifica in fase di gara circa la ragionevolezza dell'offerta in termini di suo preventivo apprezzamento di attendibilità, funzionale all'adempimento (Cons. Stato, n. 5915 del 2014, cit.), vi sono altre decisioni che riconoscono l'applicabilità del suddetto regime alle concessioni, pur indicando gli elementi di specialità che la valutazione assume rispetto a tali fattispecie, e in particolare evidenziando la *“sostanziale differenza di contenuto, anche sotto il regime ex D.lgs. 50/2016, del giudizio sull'anomalia delle offerte, a seconda che si tratti [...] della concessione di servizi, piuttosto che di altri appalti”*; ciò in quanto *“nella concessione si controlla l'attendibilità di una previsione economico-finanziaria con pieno o preponderante accollo del rischio economico del peculiare mercato del servizio da parte del concessionario, onde siffatta verifica, pur sempre rigorosa, è sull'attendibilità d'una ragionevole e ponderata previsione economica [...], che lascia un margine d'incertezza a chi confeziona l'offerta ed un alto margine di opinabilità tecnico-discrezionale a chi la riscontra, opinabilità non sindacabile in sede di legittimità se non per evidenti errori di fatto e macroscopica irragionevolezza”* (Cons. Stato, VI, 7 maggio

2020, n. 2885; per la lettura estensiva della disciplina, seppur muovendo dalle specificità del caso, cfr. anche Id., III, 17 aprile 2018, n. 2317; nello stesso senso, al punto di equiparare nella sostanza il giudizio di anomalia per gli appalti e le concessioni, cfr. Cons. Stato, III, 5 dicembre 2019, n. 8340).

Ritiene il Collegio, in proposito, che seppure l'art. 164, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 non richiami specificamente il regime dell'anomalia, la relativa verifica vada nondimeno considerata applicabile anche alle offerte inerenti alle concessioni: si tratta infatti d'una valutazione espressiva di principi generali in materia di affidamento dei contratti pubblici quali quelli della qualità e affidabilità delle prestazioni, nonché della libera concorrenza (cfr. l'art. 30 d.lgs. n. 50 del 2016), e che implica un apprezzamento secondo canoni di ragionevolezza e attendibilità delle offerte ben possibile - anzi doveroso - da parte dell'amministrazione anche in ipotesi di concessioni, in coerenza con i generali principi dell'efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa (peraltro, nella specie, lo stesso bando di gara all'art. 4.2.1, punto 8, dava implicitamente evidenza della possibile attività di verifica di anomalia delle offerte prevedendo una dichiarazione dei concorrenti in ordine all'autorizzazione o meno dell'accesso - fra l'altro - alle *“spiegazioni che saranno eventualmente richieste in sede di verifica delle offerte anomale”*).

Il che non impedisce del resto di tener conto, nell'esprimere la valutazione da compiere, della peculiarità della fattispecie concessoria, e dunque di declinare in termini “dinamici” la verifica di anomalia - considerato che anche la voce dei ricavi risulta *ex ante* indefinita - che assume perciò connotazioni ancor più discrezionali e in qualche misura flessibili (in quanto condizionata da una rilevante componente previsionale), se non caratterizzata da margini d'incertezza (cfr. Cons. Stato, n. 2885 del 2020, cit.).

2.1.2. Nello scenario così delineato, le doglianze formulate dall'appellante non risultano tali da manifestare profili di macroscopica irragionevolezza, inattendibilità o erroneità nella valutazione di non anomalia espressa dall'amministrazione.

A ben vedere, infatti, seppure viene dedotto dalla Aesse uno scostamento fra il dato del fatturato annuo indicato dalla Eurovending nei giustificativi (pari a € 141.778,33) e quello registrato dalla stessa appellante, quale gestore uscente, negli esercizi precedenti (*i.e.*, € 89.769,38, in media, negli anni 2017-2019), così come per le consumazioni ipotizzate (286.342 *vs.* 219.235), per il prezzo medio delle consumazioni (€ 0,409 *vs.* € 0,4951), oltreché per la percentuale del costo (*i.e.*, 15,95% *vs.* 25%), ciò non vale a dimostrare la manifesta irragionevolezza - facendo ravvisare di per sé un'anomalia dell'offerta, tanto più nell'ambito d'una concessione - del favorevole apprezzamento espresso dalla stazione appaltante.

La controinteressata ha infatti fornito dei giustificativi, non specificamente confutati dall'appellante nei loro elementi di contenuto, in ordine al fondamento delle proprie *performance*, richiamando l'appartenenza a un vasto gruppo che le consente di conseguire, sul versante dei costi, risparmi ed economie di scala (sia sui prodotti che sui macchinari utilizzati) e di ottimizzare l'organizzazione. Ha evocato altresì la capillarità della propria rete sul territorio, in una alle diverse commesse affidatele, che le consentono di ottenere risparmi e ottimizzazioni nei costi del personale (in quanto impiegato su più servizi) e di trasporto.

D'altra parte, anche la voce dei ricavi "storici" può considerarsi un semplice parametro di riferimento, non già un vincolo o una voce intangibile (e il che vale anche per il valore del contratto esposto nel Capitolato e richiamato nel bando, che ha espressamente mera natura presuntiva, e riporta peraltro un dato diverso e inferiore a quello del fatturato che la Aesse dichiara qui di aver maturato, benché la stessa amministrazione desse conto nei chiarimenti che "*Il valore dell'appalto è stato calcolato dai dati di vendita dichiarati dall'attuale gestore uscente (ante COVID)*", e cioè dalla stessa Aesse), atteso che, diversamente, sarebbe da escludere in radice - in virtù di una "cristallizzata" serie storica - alcun miglioramento performativo, ciò che finirebbe per negare lo stesso spirito della concorrenza e del cambiamento innovativo (al riguardo i

giustificativi formulati dalla Eurovending prevedono, per esempio, una riconfigurazione dell'offerta dei prodotti per ampliarla e renderla più efficiente).

Alla luce di quanto suesposto, non risulta dunque adeguata evidenza (il cui onere incombe in capo all'appellante) che l'apprezzamento complessivo - di carattere globale e sintetico - della stazione appaltante risulti manifestamente irragionevole, e che nella specie, pur a fronte dei vincoli di prezzo, l'offerta della controinteressata sia effettivamente insostenibile; in tale contesto, i dati di perdita indicati dall'appellante, anche nella relazione versata in atti, non possono ritenersi - a fronte di quanto sopra - adeguatamente dimostrati, e le stesse prospettazioni della Aesse costituiscono invero espressione di una personale valutazione dell'appellante, di per sé sola inidonea a inficiare il (discrezionale) giudizio dell'amministrazione.

Né rileva, ancora, la circostanza che la valutazione a verbale sia stata espressa dall'amministrazione con formula poco perspicua (affermando cioè: *“Non avendo elementi certi per accertare quale stima sia quella più corretta, si propende per ritenere, fino a prova contraria, sostenibile l'offerta presentata”*) atteso che il giudizio finale dell'Apsp è comunque di tenore positivo, e tale si presenta chiaramente anche nel provvedimento finale di aggiudicazione (in cui si conclude sul profilo della sostenibilità economica dell'offerta che appare *“accettabile”* la *“argomentazione di Eurovending S.r.l.”*), in un contesto nel quale peraltro, per costante giurisprudenza, non occorrerebbe neppure una specifica motivazione per esprimere la valutazione favorevole, e cioè di non anomalia dell'offerta (*inter multis*, cfr. Cons. Stato, III, 14 ottobre 2020, n. 6209; 20 novembre 2019, n. 7927; V, 4 novembre 2021, n. 7371; cfr. anche Id., III, 18 dicembre 2018, n. 7129; V, 30 dicembre 2019, n. 8909).

Allo stesso modo non rileva di per sé, in senso contrario, la disciplina di cui all'art. 28-bis d.l. n. 34 del 2020, conv. l. n. 17 del 2020, e la sua applicazione concreta nel caso di specie, che attiene alla fase del *rapporto* concessorio, fermi

i contenuti originari dell'offerta e il relativo apprezzamento, anche sotto il profilo della sostenibilità economica e anomalia.

Per tali ragioni, le doglianze formulate dall'appellante non sono condivisibili.

3. In conclusione, per le suesposte ragioni e nei termini sopra precisati l'appello va respinto.

3.1. Il rigetto del gravame in relazione alle domande caducatorie implica, in via assorbente, la reiezione della richiesta di risarcimento del danno avanzata dall'appellante, stante il difetto della dedotta condotta illecita dell'amministrazione in relazione al provvedimento impugnato.

3.2. La peculiarità della fattispecie giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge;

Compensa le spese del presente grado di giudizio fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO