

Si ai contratti atipici anche nella P.A.

Cons. Stato, sez. VI, sentenza 16 luglio 2015, n. 3571 (Pres. Severini, est. De Michele)

Contratto atipico – Contratti a natura mista – Attività contrattuale di diritto privato della P.A. – Possibilità – Sussiste

Un contratto atipico, espressione di autonomia negoziale, non è estraneo all'ambito dell'attività contrattuale di diritto privato, che l'Amministrazione è abilitata a svolgere, pur nell'osservanza delle regole procedurali pubblicistiche circa la formazione della volontà negoziale e l'individuazione del contraente, per rispettare i parametri di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione. Il raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico perseguiti – anche attraverso esternalizzazione di alcuni servizi – non richiede quindi, necessariamente, il ricorso a forme contrattuali tipiche disciplinate dalla legge, ma può all'occorrenza essere modulato in termini particolari, eventualmente misti, benchè col minore possibile discostamento, rispetto ad analoghe fattispecie tipizzate e, comunque, nel rispetto dei concorrenti parametri legislativi (di natura mista, a titolo esemplificativo, sono stati ritenuti i contratti, rispondenti a criteri di housing sociale, nonché i contratti di sponsorizzazione: cfr., per il principio, Cons. Stato, Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 1; V, 1 luglio 2014, n. 4358; VI, 31 luglio 2013, n. 4034 e 12 novembre 2013, n. 5378).

(Massima a cura di Giuseppe Buffone – Riproduzione riservata)

Fatto

Con sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana n. 536/15 del 30 marzo 2015 è stato respinto il ricorso, proposto da SABA s.r.l. avverso il bando di gara pubblicato il 15 aprile 2014, per l'affidamento in concessione del servizio di somministrazione di bevande sia calde che fredde e snack a mezzo di distributori automatici, da installare presso le varie sedi dell'Azienda per il diritto allo studio universitario – DSU – Toscana, nonché avverso i vari atti della procedura ed il conclusivo provvedimento di aggiudicazione n. 489 del 21 ottobre 2014, a favore della Italian Vending Group s.r.l..

Nella citata sentenza – rilevata in via preliminare l'ammissibilità di domande riferite, in via gradata, sia a conseguimento dell'aggiudicazione (interesse finale) che ad annullamento dell'intera procedura (interesse strumentale) – si esaminavano in modo analitico le tredici censure prospettate ed i motivi aggiunti di gravame, con singole motivate valutazioni di infondatezza.

Avverso dette valutazioni ed il conclusivo rigetto del ricorso è stato proposto l'atto di appello in esame (n. 2997/15, notificato il 9 aprile 2015), in cui la reiterazione delle argomentazioni difensive, già prospettate in primo grado, nonché le contestazioni, riferite alla sentenza appellata, sono articolate nei termini di seguito sintetizzati:

1) erroneità della sentenza per contraddittorietà e travisamento, nonché per erronea e insufficiente motivazione; violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ., per omessa pronuncia su tutte le domande ed eccezioni svolte dalle parti. Violazione dell'art. 34 Cod. proc. amm., in relazione alla violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Violazione dei principi in materia di giusto procedimento e di affidamento degli appalti pubblici, nonché dei canoni di buon andamento e imparzialità dell'Amministrazione (art. 97 della Costituzione); violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza (art. 3 della Costituzione); mancata individuazione dell'eccesso di potere per difetto e/o falsità del presupposto, con riferimento al possesso dei requisiti richiesti dal bando (soglia minima di ammissione, riferita al servizio da prestare e non solo al numero di distributori);

2) erroneità della sentenza per contraddittorietà e travisamento, nonché per erronea e insufficiente motivazione; violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ., per omessa pronuncia su tutte le domande ed eccezioni svolte dalle parti. Violazione o falsa applicazione del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione dei principi del giusto procedimento e dell'affidamento negli appalti pubblici, nonché dei canoni di imparzialità, buon andamento, uguaglianza e ragionevolezza (articoli 97 e 3 della Costituzione); mancata individuazione dell'eccesso di potere per contraddittorietà ed irrazionalità manifeste, nonché per difetto di motivazione, con riferimento all'anomalia dell'offerta della ditta aggiudicataria, con rialzo sulla base d'asta pari al 69,58%;

3) erroneità della sentenza per contraddittorietà e travisamento, nonché erronea ed insufficiente motivazione; violazione dell'art. 112 c.p.c., per omessa pronuncia su domande o eccezioni delle parti; violazione dell'art. 2, punto C.1) del disciplinare di gara, nonché violazione o falsa applicazione del d.lgs. n. 163 del 2006; ancora violazione dei principi del giusto procedimento, dell'affidamento, di imparzialità, buon andamento, uguaglianza e ragionevolezza; mancata individuazione dell'eccesso di potere per difetto del presupposto, con riferimento alla richiesta contenuta nel bando (e non resa oggetto di impugnativa), della compilazione del dettaglio economico dell'offerta sia in cifre che in lettere (al netto dell'IVA), a pena di esclusione;

4) (in via subordinata) erroneità della sentenza per contraddittorietà, travisamento, erronea e insufficiente motivazione; violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ. per omessa pronuncia su domande o eccezioni delle parti; violazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, delle norme e dei principi che regolano l'affidamento degli appalti pubblici. Violazione degli articoli 30 e 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, delle norme e dei principi che regolano la concessione di servizi. Violazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prescelto per l'individuazione del contraente, nonché dei principi di par condicio, di libera concorrenza,

imparzialità, buon andamento, uguaglianza e ragionevolezza; mancata individuazione dell'eccesso di potere per illogicità, irrazionalità manifesta, indeterminatezza, travisamento, sviamento, perplessità, illegittima commistione contrattuale e ingiustificato arricchimento, in rapporto alla qualificazione della tipologia contrattuale prescelta dall'Amministrazione, con oggettiva confusione fra concessione in uso di spazi pubblici e appalto di servizi e incertezza sulla normativa applicabile, con alterazione della par condicio dei concorrenti, a favore di quelli con maggiori disponibilità economiche, senza assicurare una migliore qualità del servizio e determinando un indebito arricchimento dell'Amministrazione;

5) Erroneità della sentenza per contraddittorietà, travisamento, erronea ed insufficiente motivazione; violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ., per omessa pronuncia su domande o eccezioni delle parti. Violazione del d.lgs. n. 163 del 2006, delle norme e dei principi che regolano l'affidamento degli appalti pubblici; violazione dei canoni di imparzialità, buon andamento, uguaglianza, ragionevolezza, par condicio e libertà di concorrenza. Illegittima imposizione di un canone concessorio, senza alcuna copertura normativa e quantificato in modo abnorme. Illegittimità per ingiustificato arricchimento. Mancata individuazione dell'eccesso di potere per difetto di motivazione, illogicità, irrazionalità e sviamento, per mancata copertura normativa del canone richiesto, che si tradurrebbe in un prelievo fiscale sui ricavi, in contrasto con l'art. 23 della Costituzione, peraltro con quantificazione "abnorme e manifestamente sproporzionata, rispetto agli incassi stimati";

6) Erroneità della sentenza per contraddittorietà, sviamento, erronea ed insufficiente motivazione; violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ. per omessa pronuncia su tutte le domande ed eccezioni svolte dalle parti. Violazione della legge della Regione Toscana n. 38 del 13 luglio 2007, in materia di contratti pubblici. Violazione dei canoni di buon andamento e imparzialità dell'Amministrazione. Violazione del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Mancata individuazione dell'eccesso di potere per sviamento; incompetenza, tenuto conto dello sbrigativo rigetto dei motivi di ricorso da dieci a tredici, in rapporto agli articoli 20 e 21 del regolamento dell'Azienda, in rapporto agli adempimenti procedurali affidati al responsabile del contratto;

7) e 8) Erroneità della sentenza per contraddittorietà, travisamento, omessa e/o errata ed insufficiente motivazione; violazione o falsa applicazione dell'art. 26 c.p.a., nonché degli articoli 91, 92 e 97 Cod. proc. civ., in punto di condanna alle spese, nonché risarcimento del danno.

Si sono costituiti in giudizio l'Azienda regionale per il diritto allo studio universitario – D.S.U. Toscana e la controinteressata Italian Vending Group s.r.l., richiamando la certificazione della Questura di Firenze, da cui discenderebbe il pieno possesso dei requisiti prescritti da parte dell'aggiudicataria, tenuto conto anche del principio del soccorso istruttorio, nei termini ribaditi nella pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 25 febbraio 2014, n. 9. I dati posti a base dell'offerta della medesima aggiudicataria, inoltre, sarebbero stati attendibili, né alcuna incertezza sarebbe derivata dall'indicazione dei prezzi soltanto in

cifre, senza che la clausola del bando – prescrittiva della precisazione dell'importo anche in lettere – potesse considerarsi introduttiva di una circostanza invalidante, per la tassatività delle cause di esclusione, a norma dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici. Del tutto legittima, inoltre, sarebbe stata la natura mista del contratto, implicante concessione di spazi pubblici e affidamento di un servizio da rendere a terzi. Il regolamento dell'Azienda, approvato dal relativo Consiglio di Amministrazione con deliberazione n. 38 del 27 giugno 2012, infine, nell'art. 6 attribuisce al Direttore la qualità di dirigente responsabile del contratto, con conseguente legittimazione a svolgere le funzioni, di cui alla legge regionale n. 38 del 2007 e conclusiva, prospettata infondatezza dell'impugnativa.

Diritto

La questione sottoposta all'esame del Collegio concerne una fattispecie contrattuale, che correttamente nella sentenza appellata si definisce mista o atipica, in quanto implicante sia una concessione d'uso di spazio pubblico (sedi dell'Azienda regionale per il Diritto allo Studio Universitario - D.S.U. Toscana), 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 universitario.

La possibilità di ristoro alimentare all'interno delle strutture in questione costituisce, infatti, non solo un palese miglioramento delle condizioni materiali di lavoro dei dipendenti, ma anche una facilitazione materiale dell'offerta culturale a diretto vantaggio dei frequentatori (docenti e discenti) dell'ateneo.

Un contratto atipico, espressione di autonomia negoziale, non è d'altra parte estraneo all'ambito dell'attività contrattuale di diritto privato, che l'Amministrazione è abilitata a svolgere, pur nell'osservanza delle regole procedurali pubblicistiche circa la formazione della volontà negoziale e l'individuazione del contraente, per rispettare i parametri di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione. Il raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico perseguiti – anche attraverso esternalizzazione di alcuni servizi – non richiede quindi, necessariamente, il ricorso a forme contrattuali tipiche disciplinate dalla legge, ma può all'occorrenza essere modulato in termini particolari, eventualmente misti, benchè col minore possibile discostamento, rispetto ad analoghe fattispecie tipizzate e, comunque, nel rispetto dei concorrenti parametri legislativi (di natura mista, a titolo esemplificativo, sono stati ritenuti i contratti, rispondenti a criteri di housing sociale, nonché i contratti di sponsorizzazione: cfr., per il principio, Cons. Stato, Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 1; V, 1 luglio 2014, n. 4358; VI, 31 luglio 2013, n. 4034 e 12 novembre 2013, n. 5378).

Premesso quanto sopra, il Collegio ritiene anche opportuno sottolineare, in via preliminare, che il principio della specificità dei motivi (art. 101 Cod. proc. amm.) postula l'inammissibilità di censure riferite a interi testi

normativi o a profili di eccesso di potere dedotti in modo del tutto generico, senza indicazione né dell'articolo contenente la disposizione violata, né delle ragioni della dedotta violazione, anche in rapporto ai parametri funzionali di cui il provvedimento deve essere espressione.

Nel caso di specie appare, peraltro, contrastante con gli ulteriori principi di chiarezza e sinteticità, (art. 3, comma 2, Cod. proc. amm.) la stessa tecnica redazionale dell'appello, nel quale si ripetono come formule di stile, reiteratamente, le censure generiche di cui sopra, in buona parte prospettate come vizi della sentenza appellata (la cui motivazione, in quanto assorbita dall'effetto devolutivo dell'appello, non richiede invece apposita impugnazione, se non per quanto riguarda eventuali capi autonomi della sentenza stessa, suscettibili ove non contestati di dare luogo a giudicato parziale: cfr., per il principio, Cons. Stato, IV, 19 settembre 2012, n. 4974; V, 17 settembre 2012, n. 4915; VI, 8 ottobre 2013, n. 4934 e 9 luglio 2012, n. 4006; III, 10 aprile 2012, n. 2057; Cass., lav., 27 agosto 2003, n. 12549).

Nel merito, l'appello non appare meritevole di accoglimento.

Infondato appare, innanzitutto, il primo ordine di censure (che è preferibile esaminare seguendo un ordine di trattazione basato su criteri non di priorità logica, ma di graduazione indicata dalla parte, interessata in via principale all'aggiudicazione e solo in via residuale all'annullamento dell'intera procedura : cfr. in Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5; VI, 8 maggio 2014, n. 2362).

Il motivo di gravame in questione attiene alla scheda di rilevazione prevista dal bando, con cui si richiedeva alle ditte partecipanti di "avere prestato, a favore di enti pubblici o privati, almeno un servizio di installazione e gestione di distributori, per un minimo di 50 distributori o, in alternativa, la prestazione di almeno due servizi di installazione e gestione di distributori, per un minimo di 30 distributori ciascuno, negli ultimi tre anni 2010/2011/2012, oppure negli anni 2011/2012/2013". L'aggiudicatario, indicando la prestazione di due servizi nel periodo previsto, avrebbe mostrato di non possedere il requisito richiesto, in quanto per uno di tali servizi risultava depositato un contratto riferito a soli 21 distributori, da installare presso la Questura di Firenze ed alcuni uffici della Polizia di Stato.

La successiva dichiarazione della citata Questura, secondo cui sarebbero infine stati forniti non 21, ma 33 distributori, veniva contestata – come precisato nell'atto di appello – non per quanto oggettivamente riportato nella stessa, ma sotto il profilo del correlativo servizio di gestione dei macchinari.

A tale riguardo, tuttavia, appare esaustivo – né è adeguatamente contestato da controparte – quanto affermato da Italian Vending Group (I.V.G.), secondo cui "l'installazione del bene senza la gestione, non solo costituirebbe un non senso dal punto di vista economico, ma neppure sarebbe ipotizzabile contrattualmente, visto che la gestione del servizio su macchine di proprietà I.V.G. non può essere affidata a soggetti terzi, né, evidentemente, è in grado di gestirla in proprio la stazione appaltante".

In base a dette considerazioni (ragionevoli e, si ripete, non smentite in fatto), legittimamente l'Amministrazione concedente ha potuto ritenere che I.V.G. possedesse il requisito di esperienza nei termini richiesti dal bando.

Esulano dall'oggetto del presente giudizio le modalità, con cui è stata disposta la modifica del contratto, riferito ai servizi pregressi in questione. Non è qui il caso di vagliare se in via generale fosse possibile – senza rinnovazione della gara e alle stesse condizioni già pattuite – l'incremento di un quinto delle prestazioni contrattuali di cui trattasi, ex art. 11 r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 (Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato), il cui contenuto è variamente ripreso da normative speciali. Nessun ulteriore approfondimento sul punto sarebbe infatti pertinente, poiché ciò che interessa in questa sede è solo l'effettiva maturazione del requisito di esperienza, richiesto dal bando sulla base di precedenti servizi, il cui legittimo affidamento non risulta ritualmente contestato nel caso di specie.

Deve essere inoltre rilevato che la prestazione, concernente l'installazione e la gestione dei distributori automatici di cui trattasi, è propriamente qualificabile come 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”, ex art. 3, comma 12, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18CE).

L'art. 30 (Concessione di servizi) del medesimo Codice sottrae dette concessioni alle disposizioni riferite ai contratti pubblici, ma le assoggetta comunque – in armonia con quanto disposto nell'art. 27 (Principi relativi ai contratti esclusi) – al rispetto dei principi di “economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità”, con residuale obbligo, pertanto, di procedure selettive che, anche attraverso una gara informale, assicurino il rispetto dei principi stessi.

Nel caso di specie per quanto riguarda il possesso, da parte dell'aggiudicataria I.V.G., dei requisiti di capacità tecnica e professionale sotto il profilo in precedenza esaminato, il Collegio non ravvisa alcuno dei vizi prospettati dall'appellante.

La motivazione della sentenza, in primo luogo, non appare censurabile – anche sotto il profilo dell'omessa pronuncia su tutte le domande proposte dalla parte, ex art. 112 Cod. proc. civ. – sia per inammissibile genericità dei motivi prospettati, sia per l'irrilevanza degli stessi, ove riferiti ad argomentazioni comunque sottoposte a rinnovato apprezzamento nel presente grado di giudizio. Non è contestato, peraltro, che il disciplinare di gara ammettesse di provare il possesso del requisito in questione “attraverso ogni documento idoneo [...], quale ad esempio il certificato di regolare esecuzione rilasciato dal committente, ovvero il contratto, le fatture ecc.”; né la verifica di detto requisito poteva sottrarsi al cosiddetto soccorso istruttorio di cui all'art. 46 d.lgs. n. 163 del 2006, di modo che appaiono legittime le modalità attraverso cui l'Amministrazione – già in

possesso dei documenti di consegna dei 33 distributori – ha chiesto e ottenuto dalla Questura un’attestazione di conferma circa il numero dei distributori installati da I.V.G. negli anni di riferimento: in tale attestazione, peraltro, si faceva richiamo allo svolgimento del “servizio di distribuzione automatica”, connesso alle apparecchiature in questione, con conseguente assenza – nelle conclusioni tratte dalla medesima Amministrazione – dei vizi di contraddittorietà, travisamento e difetto (o falsità) del presupposto.

Conclusioni non diverse sono riferibili alle ancora più generiche contestazioni concernenti violazione del giusto procedimento, del principio di affidamento, nonché persino dei principi costituzionali (articoli 3 e 97): principi, questi ultimi, che non costituiscono diretto parametro di riscontro degli atti amministrativi, pur vincolando la disciplina di rango primario, cui si conforma il principio di legalità e quindi (ma solo in via indiretta) anche l’azione degli apparati pubblici.

Il Collegio ritiene, pertanto, che il requisito di capacità tecnica e professionale di I.V.G. sia stato ritenuto sussistente con valutazione corretta, tenuto conto delle normali modalità di svolgimento del servizio stesso (che comporta, come rilevato, gestione delle apparecchiature da parte delle stesse ditte installatrici, attraverso rifornimenti periodici e manutenzioni), senza che l’appellante abbia fornito, al riguardo, quanto meno un principio di prova contraria rispetto a quanto desumibile dagli atti di causa, peraltro in conformità a dati di comune esperienza, ai sensi dell’art. 115, secondo comma, Cod. proc. civ..

Ugualmente infondato appare il secondo motivo di gravame (per il quale, come anche per i successivi, non si torneranno a ripetere le argomentazioni già esposte in rapporto alla reiterazione di censure riferite alla motivazione della sentenza appellata, anche con riferimento all’art. 112 Cod. proc. civ., nonché al generico richiamo ad interi testi normativi o a principi costituzionali). Con detto motivo di gravame si censura, sostanzialmente, il superamento delle contestazioni riferite ad anomalia dell’offerta della ditta aggiudicataria, contenente un rialzo sulla base d’asta del 69,58%.

A tale riguardo l’Amministrazione concedente ha richiesto adeguati chiarimenti, che sono stati forniti e che appaiono del tutto ragionevoli, tenuto conto dei caratteri e della dimensione della valutazione, che la medesima Amministrazione era chiamata ad effettuare al riguardo. La società aggiudicataria ha specificato infatti – attraverso uno schema analitico delle previsioni di costi e ricavi – come l’offerta di rialzo sul canone quadriennale fosse stata effettuata in base ad ipotesi attendibili, nonché desunte dai dati forniti dallo stesso precedente gestore del servizio (SABA s.r.l.); quanto sopra, a fronte di valutazioni piuttosto prudentiali dell’Amministrazione (che aveva lasciato pertanto ampi margini di migliorabilità dell’offerta) circa i ricavi che i distributori di cui trattasi avrebbero potuto fornire, di modo che, sottratto il canone dovuto ed altre spese, il margine di utile assicurato dall’offerta in questione sarebbe stato del 13,31%.

Sempre in rapporto alla presunta anomalia dell'offerta, l'appellata I.V.G. ha ulteriormente specificato come l'incasso mensile percepito dall'attuale gestore, per ciascuna apparecchiatura, fosse pari ad €. 190,84, mentre quello indicato negli atti di gara era pari ad €. 138,89 e quello recepito da I.V.G. nell'offerta presupponeva un incasso pari ad €. 184,19. A tali precisi e verificabili parametri l'appellante contrappone tesi difensive generiche o non attendibili, come quelle riferite all'ammontare globale di incassi, indicati senza tenere conto della diversa durata degli accordi di riferimento. Anche il secondo ordine di censure, pertanto, non appare meritevole di accoglimento.

A non diverse conclusioni il Collegio perviene per il terzo motivo di grame, in cui si censura – sotto i molteplici profili di violazione di legge ed eccesso di potere, già in precedenza specificati e ritenuti in parte inammissibili – l'omessa precisazione (richiesta dal bando a pena di esclusione) del dettaglio economico dell'offerta sia in cifre che in lettere.

Detta censura – da intendere sostanzialmente riferita alla violazione dell'art. 2, punto C.1) del disciplinare di gara, non impugnato sul punto, risulta infondata, tenuto della disciplina vigente circa la tassatività delle cause di esclusione, definite nell'art. 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici, con riferimento ad inosservanza di regole imposte dal Codice stesso, dal relativo regolamento e “da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali”, con disposta nullità delle eventuali prescrizioni ulteriori, previste nei bandi e nelle lettere di invito (cfr. sul punto anche Cons. Stato, Ad. plen., 20 febbraio 2014, n. 9).

Detta nullità è ravvisabile nel caso di specie, non essendo emersa alcuna incertezza nell'offerta di cui trattasi, solo per effetto dell'omessa doppia indicazione di cui sopra.

La rilevata nullità, d'altra parte, consentiva all'Amministrazione di disapplicare la prescrizione del disciplinare, anche in assenza di rituale impugnazione della stessa; ove fossero emersi margini di dubbio, sarebbe stato peraltro giustificato il cosiddetto soccorso istruttorio, di cui al medesimo articolo 46, comma 1, del Codice, ispirato al principio del favor per la massima partecipazione alle gare: principio, che già aveva indotto la giurisprudenza ad elaborare la nozione di strumentalità delle forme, in base alla quale dovevano ritenersi precluse soltanto le integrazioni a carattere sostanziale, che alterassero la par condicio dei concorrenti, mentre si ritenevano ammissibili integrazioni sananti per i meri inadempimenti formali, non preclusivi di soluzioni equipollenti per raggiungere lo scopo perseguito (cfr. in tal senso, per il principio; Cons. Stato, V, 28 gennaio 2005, n. 187, 5 luglio 2005, n. 3716 e 23 marzo 2004, n. 1542).

Respinti i tre ordini di censure, prospettati dall'appellante in via principale per ottenere l'esclusione dalla società aggiudicataria ed il subentro alla stessa nell'aggiudicazione, restano da valutare le censure prospettate in via subordinata, per il soddisfacimento dell'interesse

strumentale all'annullamento dell'intera procedura di gara e finalizzato alla sua reiterazione.

Anche dette censure subordinate non appaiono meritevoli di accoglimento.

Con il quarto motivo di gravame, in particolare, si contesta la tipologia contrattuale prescelta dall'Amministrazione, poiché implicante "oggettiva confusione fra concessione in uso di spazi pubblici e appalto di servizi", con incertezza della normativa applicabile e alterazione della par condicio dei concorrenti a favore di quelli con maggiori disponibilità economiche: quanto sopra, a seguito della prevista corresponsione di un canone per l'installazione e la permanenza in loco dei distributori, senza miglioramento del servizio offerto e con indebito arricchimento dell'Amministrazione.

Improprio, in primo luogo, appare il riferimento all'appalto, anziché alla concessione di servizi.

Con quest'ultima una pubblica amministrazione trasferisce ad altro soggetto la gestione di un servizio, che la medesima potrebbe direttamente (ma non può o non intende) svolgere nei confronti di utenti terzi. Il concessionario – a differenza di quanto avviene nell'appalto di servizi (nell'ambito del quale l'Amministrazione riceve dal contraente una prestazione ad essa destinata, in cambio di un corrispettivo) – ottiene il proprio compenso non già dall'Amministrazione ma dall'esterno, ovvero dal pubblico che fruisce del servizio stesso, svolto dall'impresa con assetto organizzativo autonomo e con strumenti privatistici, come è usuale per i servizi alimentari, come quello in esame. Sul piano economico, il rapporto complessivo è dunque trilaterale, poiché coinvolge l'Amministrazione concedente (che resta titolare della funzione trasferita), il concessionario e il pubblico.

Il concessionario utilizza quanto ottiene in concessione (nel caso specie: il servizio con l'utilizzo di spazi interni alla sede dell'ente pubblico) a fini legittimi di lucro, assumendo - come richiede il diritto europeo - il rischio economico connesso alla gestione del servizio, svolto con mezzi propri; per godere delle risorse materiali appartenenti all'Amministrazione, il medesimo normalmente corrisponde un canone e non riceve dall'Amministrazione alcun corrispettivo. In conformità al già ricordato art. 30 del Codice dei contratti pubblici, infatti, «la controprestazione [dell'Amministrazione] a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto [dato al concessionario] di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente [verso il pubblico] il servizio».

Le prospettazioni dell'appellante non appaiono dunque condivisibili, in rapporto alla configurazione – già ritenuta ammissibile nell'ambito della presente pronuncia – del contratto da stipulare nel caso di specie come contratto misto, o atipico, avente i caratteri propri della concessione in uso di suolo pubblico e della concessione di servizi.

Non si comprende d'altra parte (né comunque è stato dimostrato) perché la previsione di un canone – da considerare coperto dai ricavi del servizio

stesso e non da corrispondere anticipatamente – avrebbe privilegiato le imprese con una situazione generale di maggiore liquidità: tutti i partecipanti alla gara si trovavano infatti in analoga posizione, in rapporto ai possibili ricavi e, per tutti, la disponibilità del bene pubblico costituiva pari chance di guadagno, con piena possibilità di valutare le condizioni previste dal bando all'atto della presentazione delle offerte. La par condicio da assicurare nelle procedure di gara, d'altra parte, si riferisce alle modalità di partecipazione, non ai requisiti soggettivi o alle condizioni economiche di partenza dei concorrenti.

Correttamente, peraltro, l'Amministrazione rileva come la previsione di un canone per l'occupazione dello spazio occupato dai distributori, con fruizione di energia elettrica, nonché dei servizi di pulizia e custodia dei locali interessati non solo non implicasse un indebito arricchimento dell'Amministrazione, ma assicurasse una corretta gestione di risorse pubbliche (da non dissipare né cedere gratuitamente in occasione di una gara), evitando al tempo stesso ingiustificati margini di utile per il gestore, a seguito dell'omessa copertura di parte dei costi del servizio.

Infondato appare anche il quinto motivo di gravame, in cui si contestano l'assenza di copertura normativa per l'imposizione di un canone concessorio e l'entità eccessiva dell'importo al riguardo fissato.

Una volta ammessa, infatti, la natura atipica del contratto e la sussistenza di una vera e propria concessione d'uso di spazi pubblici, il carattere oneroso di quest'ultima risponde ai principi generali, che configurano il canone come corrispettivo per l'uso esclusivo o speciale di beni pubblici, con carattere discrezionale delle scelte per la relativa determinazione (cfr. in tal senso, per il principio, Cass., SS.UU. 12 ottobre 2011, n. 20939, 28 giugno 2006, n. 14864 e 25 gennaio 2007, n. 1613; Cons. Stato, V, 1 agosto 2007, n. 4270).

Quanto alla prospettata incongruità del canone, su cui erano ammesse nella fattispecie offerte in rialzo, la censura è ragionevolmente contestata in base ai ricavi attesi dal servizio; tale circostanza appare confermata dall'offerta della stessa appellante, che – come esposto dall'Azienda regionale appellata – aveva proposto al riguardo una maggiorazione del 31%.

Non condivisibile appare anche la tesi, secondo cui l'entità del canone offerto avrebbe falsato l'esito della gara, con riferimento agli altri profili rilevanti dell'offerta, in quanto – su cento punti complessivi da assegnare – solo venti potevano essere attribuiti, in rapporto al canone offerto dalle imprese partecipanti.

Col sesto e ultimo dei motivi di gravame, prospettati in via subordinata per ottenere l'annullamento dell'intera procedura di gara, si prospetta l'illegittimo espletamento della procedura da parte del direttore dell'Azienda D.S.U. e non dal dirigente responsabile del contratto, in asserito contrasto con la legge della Regione Toscana 13 luglio 2007, n. 38 (Norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro) e con il regolamento di cui al d.P.G.R. 27 maggio 2008, n. 30.

Il Collegio non condivide tale prospettazione, in quanto – come rilevato nella sentenza appellata – gli articoli 20 e 21 del regolamento dell’Azienda, approvato con delibera del Consiglio di amministrazione n. 38 del 27 giugno 2012, affidavano appunto al Direttore dell’Azienda stessa le funzioni del responsabile del contratto, previsto dall’art. 54 (Dirigente responsabile del contratto) della citata legge regionale n. 38 del 2007.

Secondo l’appellante, detto regolamento contrasterebbe con le norme di rango superiore (ivi compreso l’art. 84 del Codice dei contratti pubblici), che individuano gli organi preposti alle varie fasi della procedura concorsuale, con illegittimità costituzionale delle norme regionali eventualmente contrastanti.

Il medesimo Direttore ADSU, in quanto organo incompetente, non avrebbe inoltre potuto nominare (come viceversa avvenuto) il Presidente della Commissione di gara ed il relativo sostituto.

A tale riguardo, tuttavia, appaiono condivisibili le argomentazioni difensive dell’Amministrazione appellata, che richiama la sentenza della Corte costituzionale 23 novembre 2007, n. 401, riferita ad una complessa serie di questioni sollevate da diverse regioni su disposizioni del Codice dei contratti pubblici.

Per quanto qui interessa, fra le ragioni per cui buona parte del Codice fu ritenuta non invasiva delle prerogative regionali, la sentenza costituzionale richiamava i principi di auto-organizzazione dell’Amministrazione per l’attività del responsabile del procedimento.

L’art. 57 (Presidenza delle gare), comma 1, lettera b), della citata legge regionale della Toscana n. 38 del 2007 ben poteva, dunque, prevedere che la presidenza delle gare e delle commissioni aggiudicatrici fosse assegnata “secondo quanto previsto dai rispettivi regolamenti o atti interni di organizzazione”.

Non appaiono perciò ravvisabili profili di illegittimità negli articoli 20 e 21 del regolamento A.R.D.S.U., che prevedono – rispettivamente – l’assegnazione delle funzioni di presidente di gara ad un dirigente, designato dal direttore con apposito provvedimento, nonché valutazione delle offerte – per l’individuazione di quella più vantaggiosa – ad un’apposita commissione nominata dallo stesso direttore.

Nessun vizio, pertanto, appare individuabile negli atti di nomina in questione e nel conclusivo provvedimento di approvazione dei verbali di gara e aggiudicazione definitiva n. 489/14 del 21 ottobre 2014.

L’atto di appello appare, quindi, conclusivamente infondato per quanto riguarda la procedura di gara contestata.

Restano da esaminare le censure nn. 7 e 8, riferite in via esclusiva alla condanna alle spese, disposta in primo grado di giudizio.

Anche tali censure non appaiono meritevoli di accoglimento, tenuto conto della regola generale che impone la condanna della parte soccombente a rifondere le spese giudiziali alle controparti costituite, con necessità di motivare solo l'evenienza (non ordinaria) della compensazione e con determinazione dell'entità della somma da corrispondere, rimessa all'apprezzamento dell'organo giudicante (cfr. al riguardo art. 92 Cod. proc. civ., come sostituito dall'art. 13, comma 1, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162).

Solo in via eccezionale, pertanto, sia la condanna alle spese che il relativo ammontare possono essere contestati per manifesto errore di fatto (come in caso di controparti beneficiarie non costituite in giudizio, o interamente soccombenti), ovvero per manifesta irragionevolezza (cfr. in tal senso Cons. Stato, V, 31 ottobre 2013, n. 5253).

Tali presupposti non sussistono nel caso di specie, in quanto la ravvisata, totale infondatezza nel merito del ricorso non poteva condurre a compensazione, solo in quanto era stata respinta un'eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso stesso. L'entità della somma posta a carico della società ricorrente (€ 5.000,00 per ciascuna controparte), del resto, non appariva sproporzionata in rapporto al valore economico della controversia.

Anche nella presente sede di giudizio, d'altra parte, tenuto conto peraltro della violazione dei principi di chiarezza e sinteticità, di cui all'art. 2 Cod. proc. amm., non si ravvisano ragioni per escludere la condanna alle spese – a favore delle parti appellate costituite – nella misura complessiva di € 14.000,00 (euro quattordicimila/00), da suddividere come precisato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese giudiziali, nella misura di € 7.000,00 (euro settemila/00), a favore di ciascuna delle controparti costituite.

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