



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 420 del 2012, proposto da:
Liomatic S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Netti, con domicilio eletto presso Camilla Caporali in Balanzano - Perugia, via dell'Orzo;

contro

Umbria T.P.L. e Mobilita' S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Bartolini, presso il quale è elettivamente domiciliata in Perugia, corso Vannucci, 10;

nei confronti di

Biesse Medica S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Giampaolo Delli Cicchi, con domicilio eletto presso l'avv. Manila Gagliardoni in Perugia, via Alessi, 35;

per l'annullamento

- del provvedimento di aggiudicazione del servizio pubblico installazione e conduzione di distributori automatici di bevande calde, fredde, caffè espresso e

snak presso i siti aziendali di Umbria Tpl e Umbria Mobilità S.p.a., con il quale tale società ha aggiudicato definitivamente, a seguito della procedura effettuata, la concessione del predetto servizio alla Società Ristoro H 24-Biesse Medica S.r.l.e della successiva nota del 14 giugno 2012 prot.n. 0012892 anticipata via fax in data 20 giugno 2012 e inviata a mezzo racc.a.r. ricevuta dalla Liomatic S.p.a. in data 21 giugno 2012 avente ad oggetto "installazione distributori automatici alimenti e bevande presso i siti aziendali di Umbria Tpl e Mobilità S.p.a. - Perugia" con il quale Umbria Tpl Mobilità S.p.a. ha comunicato tale provvedimento di aggiudicazione definitiva della concessione del servizio di cui all'oggetto, invitando, per questo, la Liomatic S.p.a. a provvedere a smantellare i suoi distributori entro e non oltre 15 giorni dal ricevimento della citata raccomandata;

- di tutti gli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi al procedimento *de quo*, ancorchè non conosciuti, ivi compreso il bando di gara contenuto nella lettera di invito del 23 maggio 2012 prot. n. 00111057, avente ad oggetto "installazione distributori automatici alimenti e bevande presso siti aziendali";

- e per la declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e 122 cod. proc. amm.;

nonchè per la reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione del contratto di cui è causa in favore della ricorrente;

- ovvero, in subordine, per il risarcimento dei danni subiti e subendi dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Umbria T.P.L. e Mobilita' S.p.a. e della Biesse Medica S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2013 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente premette di essere stata invitata con nota del 23 maggio 2012 da Umbria TPL ed Umbria Mobilità S.p.a. a proporre la propria migliore offerta per la installazione e conduzione di distributori automatici di bevande calde, bevande fredde, caffè espresso e snack nei siti aziendali e di averla presentata in data 4 giugno 2012.

Espone come peraltro l'aggiudicazione sia stata disposta in favore della società Ristoro H24 – Biesse Medica S.r.l., ragione per cui, con nota del successivo 14 giugno, è stata invitata a rimuovere i propri distributori, entro quindici giorni.

Impugna in questa sede il provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata, nonché la lettera di invito, chiedendo altresì la declaratoria di inefficacia del contratto, ed il risarcimento dei danni, alla luce dei seguenti motivi di diritto :

1) Violazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006, nella considerazione che l'affidamento del servizio di distribuzione automatica di alimenti e bevande oggetto di controversia ha natura di concessione di servizi pubblici, con conseguente traslazione dell'alea della gestione in capo al soggetto privato. Ne consegue la necessaria applicabilità alla fattispecie in esame dell'art. 30 del codice dei contratti pubblici, richiedente una gara informale cui siano invitati almeno cinque concorrenti.

Nell'ipotesi in cui non venga ritenuta configurabile la concessione di servizi, si verterebbe in un'ipotesi di appalto riconducibile all'allegato II B del d.lgs. n. 163 del 2006, e dunque di un contratto escluso al quale sono comunque applicabili i

principi generali in materia di affidamenti pubblici ai sensi dell'art. 27 dello stesso *corpus* normativo.

2) Eccesso di potere e violazione dell'art. 30, comma 3, del codice dei contratti pubblici, lamentandosi che il servizio è stato affidato senza una procedura competitiva rispettosa dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione. La gara, ispirata al criterio dell'offerta più vantaggiosa, si è svolta in carenza della doverosa predeterminazione dei criteri selettivi, contenendo la *lex specialis* criteri di attribuzione dei punteggi estremamente indefiniti. Inoltre non sono state invitate a partecipare alla gara almeno cinque imprese concorrenti. Ed, ancora, non risulta nominata alcuna commissione di gara.

3) Violazione del principio di trasparenza e parità di trattamento; difetto e/o contraddittorietà della motivazione, lamentandosi che l'autorizzazione all'ostensione documentale sia intervenuta a decorrere dal 17 luglio 2012, e dunque soltanto in prossimità della scadenza del termine per la proposizione del presente ricorso.

4) Eccesso di potere per violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e correttezza della P.A.; violazione dei principi generali di pubblicità delle sedute deputate all'apertura dei plichi contenenti le offerte, nell'assunto che non sono stati aperti in seduta pubblica i plichi recanti la documentazione amministrativa e quelli recanti le offerte economiche.

5) Violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché dei principi relativi alla segretezza delle offerte ed alle modalità di custodia delle stesse, non risultando che la Commissione abbia predisposto cautele idonee a garantire la corretta conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche delle diverse ditte partecipanti.

6) Eccesso di potere e violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, nella prospettiva che la Stazione appaltante non ha richiesto ai partecipanti alla gara

informale il possesso dei requisiti generali, disciplina applicabile anche alle concessioni di servizi.

7) Violazione della deliberazione dell'A.V.C.P. del 3 novembre 2010 (art. 1, commi 1, 2 e 3), nell'assunto che l'ente resistente ha ommesso di richiedere il rilascio del numero identificativo univoco, denominato "numero di gara", né lo stesso è stato riportato ed inserito nella lettera di invito.

8) Violazione dell'art. 30, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, nella considerazione che la *lex specialis* è stata formulata in modo carente, non indicando la controprestazione in favore del soggetto concessionario.

9) Violazione dell'art. 10, commi 1 e 8, del d.lgs. n. 163 del 2006 e degli artt. 4, 5 e 6 della legge n. 241 del 1990, dell'art. 6 della legge n. 537 del 1993, dell'art. 7 della legge n. 109 del 1994, dell'art. 7 del d.P.R. n. 554 del 1999, lamentando che il soggetto concedente ha ommesso di nominare, o quanto meno comunicare il nominativo del R.U.P.

10) Violazione dell'art. 79, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006; difetto di motivazione, in quanto la Stazione appaltante si è limitata a comunicare l'aggiudicazione definitiva della concessione, senza corredare la stessa del verbale dal quale evincere le motivazioni sottese al provvedimento.

11) Violazione del termine dilatorio ex art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006, essendo il contratto di concessione stato stipulato prima del decorso dei trentacinque giorni dall'ultima comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva; a ciò consegue l'inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 121 del cod. proc. amm.

Si sono costituiti in giudizio Umbria T.P.L. e Mobilità S.p.a., nonché la Biesse Medica S.r.l. eccependo l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo, e comunque la sua infondatezza nel merito, oltre

che un ulteriore profilo di inammissibilità costituito dalla mancata impugnazione del provvedimento di diniego di autotutela.

All'udienza del 16 gennaio 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Deve essere preliminarmente esaminata, per motivi di ordine processuale, l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo, svolta dalle parti resistenti nella considerazione che si verta al cospetto non già di una concessione di servizio pubblico, ma di un contratto, di modico valore, concluso *iure privatorum*, con affidamento di prestazioni estranee all'ambito del trasporto pubblico locale, attività principale dell'impresa pubblica appaltante, operante nel settore speciale di cui all'art. 210 del d.lgs. n. 163 del 2006. L'eccezione è fondata, e meritevole pertanto di positiva valutazione.

Occorre preliminarmente inquadrare la natura giuridica dell'affidamento oggetto della presente controversia.

Secondo la prospettazione di parte ricorrente, si verte al cospetto di una concessione di servizi, con conseguente applicabilità del regime giuridico inferibile dall'art. 30 del codice dei contratti pubblici, e, soprattutto, per quanto ora rileva, sottoposto alla giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), del cod. proc. amm.

Come noto, e semplificando l'altrimenti complessa esposizione che risente significativamente dell'*imprinting* comunitario, può dirsi che la modalità della remunerazione costituisca il tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi, ragione per cui si ha concessione quando l'operatore assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si ha appalto allorchè l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente

sull'Amministrazione (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682).

Effettivamente, in genere, l'esercizio del servizio di vendita di alimenti e bevande mediante distributori automatici, nelle scuole, come pure negli ospedali, rientra nell'ambito della concessione di servizi, ove la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio (in termini, tra le tante, T.A.R. Lazio, Latina, 7 marzo 2012, n. 195; Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3019).

Non può peraltro perdersi di vista che l'effettivo oggetto di una procedura di gara va ricostruito alla luce delle previsioni dettate dalla *lex specialis*.

Nella fattispecie in esame la lettera di invito, in data 22 maggio 2012, fa riferimento all'”installazione e conduzione di distributori automatici di bevande calde, bevande fredde, caffè espresso e snack nei siti aziendali”, precisando altresì che «l'aggiudicazione sarà disposta in favore del soggetto che presenterà la migliore offerta tecnica/economica, con riferimento, a titolo esemplificativo, al rimborso spese per le forniture necessarie al funzionamento dei macchinari, al canone mensile commisurato in base ai prodotti venduti e altri elementi migliorativi e/o aggiuntivi passibili di valutazione».

Ritiene il Collegio che la *lex specialis*, pur nella sua estrema semplicità e sinteticità, con il riferimento alla conduzione, che, comunque, tecnicamente costituisce un *minus* rispetto alla gestione, dei distributori automatici, non consente di escludere un contenuto in parte anche riferibile ad una concessione di servizi, non potendosi neppure trarre argomenti decisivi in ordine al destinatario finale della prestazione. Ma, al contempo, la lettera di invito pone in luce un contenuto prevalente della prestazione, idoneo ad informare la stessa offerta, che si parametra, come allegano le parti resistenti, alla concessione in uso degli spazi aziendali, ove collocare i distributori, e che, in ogni caso, fuoriesce dal paradigma di cui all'art. 30, comma 2,

del d.lgs. n. 163 del 2006. Il riferimento è alla previsione di un rimborso spese per il funzionamento dei macchinari, ed, ancor più, al canone mensile commisurato ai prodotti venduti.

Viene dunque a delinearsi un modello di contratto misto, rispetto al quale si pone, ragionando per analogia con quanto previsto dall'art. 14 del codice dei contratti pubblici, il problema dell'individuazione della disciplina applicabile; a questo riguardo, al criterio aritmetico fondato sulla prevalenza del valore economico della prestazione, contemplato dal comma terzo, prima parte, si contrappone, con carattere preferenziale dichiarato dallo stesso comma, quello di matrice comunitaria, c.d. sostanzialistico, basato sull'oggetto principale del contratto (così Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2012, n. 1153). E, come premesso, nel caso di specie, l'ermeneusi della *lex specialis* induce a ritenere prevalente, ad avviso del Collegio, l'aspetto della concessione in uso (in senso lato) degli spazi pubblici, piuttosto che della concessione di servizi, con conseguente sottrazione alla disciplina, anche di principio, del d.lgs. n. 163 del 2006, oltre che alla giurisdizione amministrativa.

2. - Si potrebbe obiettare che, comunque, anche per i contratti attivi la giurisprudenza richiede, in qualche misura, il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, con il corollario dell'attrazione nell'ambito della giurisdizione amministrativa.

A questo proposito, peraltro, risulta incontestata la circostanza per cui Umbria Mobilità è impresa pubblica (ex art. 3, comma 28, del codice dei contratti pubblici) operante nel settore speciale dei "servizi di trasporto", di cui all'art. 210 del codice. L'art. 217 del medesimo *corpus* legislativo dispone che le disciplina dei servizi speciali «non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213 o per l'esercizio di tali attività in un paese terzo, in circostanze che non comportino lo

sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno della Comunità».

E' evidente che l'installazione e conduzione di distributori automatici di bevande e snack non rientra nel *core business* di una società, come la resistente, che gestisce il servizio pubblico di trasporto locale, né si pone, rispetto allo stesso, in un rapporto di mezzo a fine.

Con sentenza 1 agosto 2011, n. 16 l'Ad. Plen. del Cons. Stato ha statuito che nel caso di imprese pubbliche, che sono enti aggiudicatori nei settori speciali, ma non sono contemplati tra le Amministrazioni aggiudicatrici nei settori ordinari (cfr. art. 32 del codice), per gli appalti "estranei" ai settori speciali, aggiudicati per scopi diversi dalle loro attività nei settori speciali, la sottrazione alla direttiva 2004/17/CE non comporta l'espansione della direttiva 2004/18/CE, ma piuttosto la sottrazione ad entrambe le direttive comunitarie; ciò in quanto al di fuori dei settori speciali, cioè al di fuori dell'ambito degli oggettivi servizi di interesse economico generale, non vi è sostituzione all'attività amministrativa, e pertanto non sorge la necessità di assicurare normativamente la garanzia della concorrenza dei potenziali contraenti, mediante l'imposizione di scansioni particolari del processo di formazione contrattuale.

Sempre secondo il condiviso insegnamento dell'Adunanza Plenaria, per gli appalti di cui all'art. 217 del codice dei contratti pubblici, aggiudicati per scopi diversi dalle attività dei settori speciali posti in essere da imprese pubbliche, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario.

Anche in questa prospettiva, dunque, si impone una pronuncia declinatoria della giurisdizione del giudice amministrativo.

3. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo.

Il processo potrà comunque essere riproposto dinanzi al giudice ordinario con le modalità ed i termini previsti dall'art. 11 del cod. proc. amm.

Si ravvisano giusti motivi per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Paolo Amovilli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/02/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)