



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 numero di registro generale 9112 del 2016, proposto da  
Max Matic Centro Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa  
dagli avvocati Andrea Netti e Renato Perticarari, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Studio  
Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, 30

*contro*

Roma Capitale, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico  
Maggiore, domiciliata in Roma, via del Tempio di Giove, 21;  
Istituzione Sistema Biblioteche Centri Culturali di Roma Capitale, non costituita in giudizio

*nei confronti di*

Gruppo Illiria S.p.a., non costituita in giudizio

*per la riforma della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione II, n. 8439/2016*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2017 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti  
l'avvocato Attilio Biava, su delega dell'avvocato Netti e l'avvocato Rosalda Rocchi, in sostituzione  
dell'avvocato Maggiore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

**FATTO**

Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio e recante il n.  
3843/2016 la Max Matic Centro Italia s.r.l. (d'ora innanzi: "Max Matic") chiedeva l'annullamento del  
bando di gara avente ad oggetto la concessione triennale di spazi idonei all'installazione di distributori  
automatici (n. 47) di bevande calde e fredde e di prodotti vari presso le biblioteche del territorio  
locale e gli uffici centrali amministrativi, poiché l'amministrazione concedente aveva omesso di

indicare il valore della concessione, rendendo, in tal modo, impossibile, ogni valutazione di convenienza per la formulazione di un'offerta consapevole.

Con la sentenza impugnata, il Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso alla stregua del costante orientamento secondo cui l'affidamento del servizio di gestione di distributori automatici di snack e bevande è da ricondursi nell'ambito della concessione di servizi.

Pertanto, in tale ambito, l'amministrazione concede la gestione di un servizio al concessionario, il quale, a differenza di quanto accade in un appalto di servizi (in cui è riscontrabile un rapporto bilaterale tra la stazione appaltante e l'operatore economico) viene retribuito non dall'amministrazione concedente ma dal pubblico ovvero dal fruitore del servizio stesso.

Inoltre, la sentenza ha sottolineato l'importanza del fattore di rischio economico che caratterizza l'attività di concessione in sé: infatti, il concessionario, svolgendo con mezzi propri un'attività a scopo di lucro, assume allo stesso tempo il rischio economico connesso alla gestione del servizio.

In particolare, la sentenza ha rilevato che, laddove risulti omessa l'indicazione del dato relativo al fatturato della concessione già esistente, l'amministrazione ha il compito di fornire indicazioni precise circa il potenziale bacino di utenza del servizio da affidare in base agli elementi che la stessa ha concretamente a disposizione. Tali circostanze si sono verificate nel caso di specie, dal momento che la concedente ha richiesto, come corrispettivo del canone mensile, un importo a base d'asta di euro quattromila, inferiore a quello erogato dalla concessionaria attuale, ha fornito in allegato al capitolato speciale l'elenco delle biblioteche interessate nonché il totale del personale e il numero delle visite negli anni 2014 e 2015.

Si specificava, infine, all'art. 5 del Capitolato, che gli operatori avevano anche la facoltà di effettuare sopralluoghi presso le medesime biblioteche.

Avverso la sentenza la Max Matic propone appello, deducendone l'erroneità e domandandone la reiezione.

L'atto di appello è affidato ai seguenti motivi:

*1) 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. 29,30 del D. lgs. 163/2006 per l'assenza del reale valore dell'affidamento. Violazione dell'art. 8 della Direttiva 2014/23/CEE del 26 febbraio 2014 sulla "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 dell'investimento. Impossibilità di presentare una offerta consapevole.*

*2) L'esercizio del servizio di ristorazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici, oltre all'osservanza di quanto previsto e disciplinato dall'art. 30 del codice dei contratti (previgente), deve essere calcolato nell'integrale rispetto delle regole di cui all'art. 29 del codice dei contratti.*

Si è costituita in giudizio Roma Capitale, resistente in primo grado, la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica del 6 luglio 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da Max Matic (società interessata alla gara indetta dal Comune di Roma – Roma Capitale - con determina dirigenziale del 20 gennaio 2016, per l'installazione di alcuni distributori automatici all'interno delle biblioteche e degli uffici centrali amministrativi del territorio) avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio con cui è stato respinto il ricorso proposto avverso gli atti inditivi della procedura.

2. In particolare, è controversa la legittimità dell'omessa indicazione, da parte dell'amministrazione concedente il servizio, del dato relativo al fatturato, dal momento che la stessa aveva dichiarato di non averne la disponibilità.

3. L'appello è infondato.

4. Va premesso che non trova riscontro in atti l'affermazione dell'appellante (che rappresenta invero il presupposto logico/fattuale dell'intera costruzione del suo ricorso) secondo cui la proposizione del ricorso di primo grado si sarebbe resa necessaria stante l'impossibilità di formulare un'offerta di gara consapevole e documentata.

Al riguardo basti osservare che:

- la procedura per cui è causa era stata indetta con determinazione dirigenziale in data 20 gennaio 2016;

- il termine finale per la presentazione delle domande di partecipazione e per la formulazione delle offerte era fissato al 31 marzo 2016;

- la *lex specialis* stabiliva che il termine ultimo per presentare domande di chiarimenti era fissato al 20 marzo 2016 (*i.e.*: undici giorni prima la scadenza del termine per la formulazione delle offerte). Tanto, all'evidente fine di lasciare un ragionevole lasso temporale alla stazione appaltante per fornire le risposte e un altrettanto ragionevole lasso alle imprese per formulare le proprie offerte, potendo fondarsi in modo consapevole sui chiarimenti ricevuti;

- la richiesta dell'appellante volta a conoscere il valore stimato della concessione (in termini di fatturato presunto) era stata formulata nel tardo pomeriggio dell'ultimo giorno utile (domenica 20 marzo 2016);

- il ricorso introduttivo del primo grado di giudizio reca la data del giorno successivo (lunedì 21 marzo 2016), mentre lo stesso risulta notificato (con la formula "*ultimo giorno*") il successivo giovedì 24 marzo 2016.

Dalla scansione temporale emerge che non corrisponde al vero che la proposizione del ricorso di primo grado era necessaria in ragione dell'inerzia serbata dal Comune sulla richiesta di chiarimenti, la quale non avrebbe posto l'appellante in condizione di formulare un'offerta consapevole e documentata.

Al contrario, l'odierna appellante aveva presentato la domanda di chiarimenti l'ultimo giorno utile e aveva successivamente proposto il ricorso di primo grado appena il giorno successivo: il che appare concretare una condotta che contrasta con il generale canone di buona fede oggettiva.

Infatti quando il ricorso di primo grado è stato proposto, l'odierna appellante – a quanto risulta dagli atti - non disponeva di elementi per concludere che la stazione appaltante non avrebbe fornito il

richiesto chiarimento e che non l'avrebbe posta nella giusta condizione di formulare un'offerta consapevole.

Ne risulta conseguentemente compromessa la base su cui si dichiaratamente si fonda l'intera vicenda contenziosa.

4.1. Il ricorso in appello deve quindi per ciò stesso essere respinto.

5. Fermo restando il carattere dirimente ai fini del decidere di quanto appena rappresentato, si osserva comunque che la sentenza è meritevole di conferma anche per la parte in cui ha stabilito che, in base alle peculiari circostanze per cui è causa, la stazione appaltante non avesse violato le previsioni di cui al comma 1 dell'articolo 29 del *Codice dei contratti pubblici* del 2006 (si tratta della disposizione secondo cui “*il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di (...) servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti?*”).

Non viene qui in discussione il principio secondo cui, nel caso delle concessioni, la nozione di “*importo totale pagabile*” debba ricomprendere il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti a fronte della fruizione del servizio (sul punto – *ex multis* -: Cons. Stato, III, sent. 2926 del 2017).

Si tratta, piuttosto, di stabilire se – nelle particolari circostanze che caratterizzano la vicenda di causa – il Comune potesse plausibilmente addurre di non essere in possesso dei dati relativi al fatturato generato dal precedente gestore.

5.1. Si osserva in primo luogo che la concessione per cui è causa (al pari di quella relativa al precedente periodo di gestione) era a titolo gratuito per l'amministrazione, la quale – anzi – avrebbe ottenuto un canone mensile dal gestore.

Ciò comporta che l'amministrazione era sostanzialmente indifferente al flusso di cassa (e al fatturato complessivo) generato dall'esercizio della concessione, che del tutto ragionevolmente esulava dalla propria sfera di conoscenza e di disponibilità.

5.2. Si osserva in secondo luogo che l'amministrazione ha comunque posto a disposizione dei concorrenti tutti i dati in suo possesso per ricostruire il volume di affari presumibilmente ritraibile dalla gestione del servizio (*i.e.*: proprio i dati la cui carenza avrebbe reso estremamente difficoltosa – nella tesi dell'appellante – la formulazione di un'offerta consapevole).

In particolare, il Comune appellato ha reso preventivamente noti:

- il canone mensile a base d'asta;
- l'elenco delle sedi bibliotecarie con la relativa indicazione delle sedi interessate e del numero complessivo delle apparecchiature da installare;
- il numero di visite da parte dell'utenza nell'ambito delle due ultime annualità.

La *lex specialis* metteva altresì a disposizione dei concorrenti i prezzi unitari (anch'essi soggetti a ribasso nella logica della c.d. ‘doppia leva’) dei singoli prodotti oggetto di somministrazione, in tal modo consentendo ai singoli concorrenti di costruire in modo del tutto consapevole i propri prezzi unitari (e, in via mediata, i propri ricavi complessivi).

Anche sotto tale aspetto è infondata la tesi dell'appellante per cui il contegno inerte dell'amministrazione non avrebbe consentito ai concorrenti di formulare offerte consapevoli e

documentate. Anzi, il fatto che i concorrenti disponessero di tutti gli elementi volti a predeterminare la domanda del servizio e che potessero indicare essi stessi i prezzi di vendita consentiva loro di poter determinare in modo del tutto consapevole il valore stimato della concessione (e che potessero, anzi, determinarlo in modo anche più preciso di quanto sarebbe stato possibile disponendo del dato relativo al fatturato connesso alla precedente gestione – dato che, comunque, non era in possesso del Comune -).

6. Anche per tale ragione l'appello va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di lite, che liquida in complessivi euro 4.000 (quattromila), oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Claudio Contessa**

**IL PRESIDENTE**  
**Giuseppe Severini**

IL SEGRETARIO