



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 757 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
IVS Italia s.p.a., in persona del suo rappresentante legale, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ruggero Stendardi e Alberto Costantini, con domicilio eletto presso Ruggero Stendardi in Roma, corso d'Italia, 19;

contro

Comune di Fiumicino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Catia Livio, con domicilio eletto presso Catia Livio in Fiumicino, via Portuense, 2496;

nei confronti di

GIOSERVICE s.r.l., in persona del suo rappresentante legale, rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso Massimiliano Brugnoletti in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

per l'annullamento

della procedura negoziata indetta dal Comune di Fiumicino per l'affidamento del servizio di ristoro con distributori automatici presso i locali comunali;

della nota prot.n. 85818 dell' 11 dicembre 2012 del Comune di Fiumicino;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Fiumicino e di GIOSERVICE s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2013 il dott. Antonio Vinciguerra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La IVS Italia s.p.a. ricorre avverso la procedura negoziata seguita dal Comune di Fiumicino per l'affidamento del servizio di ristoro con distributori automatici presso i locali comunali. Procedura conclusa con l'affidamento a GIOSERVICE s.r.l., chiamata in giudizio in qualità di controinteressata all'azione.

IVS assume di svolgere dalla fine del 2008 il servizio di ristoro a mezzo distributori automatici, nei locali sedi di uffici dell'Amministrazione comunale di Fiumicino, e che in data 11.12.2012 ha ricevuto nota dell'Amministrazione con la quale era chiesta la rimozione dei distributori installati.

Era, quindi, venuta a conoscenza dell'esistenza e degli esiti della procedura negoziata per l'affidamento del servizio, della quale in precedenza non aveva avuto alcuna notizia ufficiale.

Con il presente ricorso contesta la violazione dell'art. 57 del D.Lgs. n. 163/2006, deducendo che non sussistono ragioni, ovvero adeguata motivazione, per il ricorso alla procedura negoziata anziché agli ordinari procedimenti per affidamento di appalti definiti da contratti con pubbliche amministrazioni, né per omettere l'invito ad essa società a partecipare alla procedura.

In subordine deduce la violazione dell'art. 125, comma 14, del D.Lgs. n. 163/2006, giacché il regolamento del Comune di Fiumicino per l'acquisizione in economia di beni, servizi e lavori, approvato con delibera 29.7.2009 n. 48 del Consiglio Comunale, non annovera il servizio in argomento fra quelli acquisibili secondo procedure in economia.

I motivi d'impugnazione sono ripresi e rimarcati con atto di motivi aggiunti a contestazione degli atti specifici della procedura negoziata, conosciuti dalla ricorrente in un momento successivo alla proposizione del ricorso.

Si sono costituite in giudizio l'Amministrazione comunale e l'impresa controinteressata GIOSERVICE s.r.l.

Quest'ultima eccepisce in pregiudiziale l'inammissibilità del ricorso per genericità delle censure e per difetto d'interesse di parte ricorrente, la quale non ha mai avuto rapporti contrattuali con il Comune di Fiumicino. Nel merito eccepisce l'infondatezza dell'azione, poiché la fattispecie non è compatibile con i riferimenti normativi del codice degli appalti pubblici.

Le parti hanno presentato memorie conclusionali e di replica.

La causa è passata in decisione all'udienza del 19.12.2013.

DIRITTO

Sono infondate le eccezioni di inammissibilità sollevate da parte controinteressata.

Le censure sono sufficientemente precise nel dedurre la violazione della normativa che disciplina l'affidamento di appalti di pubblici servizi e forniture e nell'affermare la riferibilità ad essa della fattispecie oggi all'esame del giudice, per la quale, invece, l'Amministrazione ha ritenuto svolgere procedura negoziata.

Quanto all'interesse all'azione, questo deve essere riconosciuto sussistente, benché indiretto e strumentale, ossia volto all'annullamento dell'intera procedura di affidamento in vista di un eventuale rinnovo con diversa disciplina legale e con l'affermazione dell'onere per l'Amministrazione di chiamare in giudizio l'impresa ricorrente, qualificata nello specifico settore. Tanto a prescindere da rapporti pregressi tra l'impresa stessa e l'Amministrazione comunale; i quali sono dimostrati insussistenti, giacché la IVS Italia s.p.a. ha finora operato come affittuaria di un ramo d'azienda di Food System s.r.l., essa solo titolare di contratto quadriennale con il Comune di Fiumicino per la somministrazione di bevande e generi alimentari mediante distributori automatici, sottoscritto in data 11.9.2007 e scaduto nel settembre 2011 (dunque la IVS occupava i locali degli uffici comunali e operava in via di mero fatto, non avendo mai comunicato all'Amministrazione il contratto di affitto con Food System, né avendo dal Comune ricevuto assenso a sostituire la ditta appaltatrice nella gestione del servizio; tant'è che IVS non risultava neppure nell'elenco dei fornitori ufficiali del Comune di Fiumicino, al quale l'Amministrazione, come meglio esplicitato di seguito, ha attinto per la negoziazione).

Nel merito, va rilevato come il Comune di Fiumicino per il nuovo affidamento del servizio di distribuzione di cibi e bevande a beneficio dei propri dipendenti e degli utenti frequentatori degli uffici amministrativi ha privilegiato un *modus operandi* di tipo privatistico, chiamando alla contrattazione anzitutto i due fornitori ufficiali del settore

iscritti nell'elenco posseduto dall'Amministrazione (GIOSERVICE s.r.l. e Modo s.r.l), poi ha chiamato altre tre imprese scelte secondo un'indagine di mercato. Infine ha ritenuto maggiormente congrua e conveniente l'offerta di GIOSERVICE, cui ha affidato il servizio a mezzo stipula di apposito contratto.

Emerge con evidenza che assume un rilievo determinante ai fini del decidere la corretta qualificazione giuridica dell'affidamento per cui è causa, che parte ricorrente ritiene ascrivibile al *genus* dell'appalto di servizi ai sensi del comma 10 dell'art. 3 del D.Lgs. n. 163/2006.

Il Collegio condivide il diffuso orientamento giurisprudenziale secondo cui l'affidamento in questione è qualificabile come concessione di servizi, la quale - come è noto - viene definita come "*un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'articolo 30*" (art. 3, comma 12, D.Lgs. n. 163/2006; cfr.: Cons.St., VI, 4.9.2012 n. 4682; T.A.R. Lazio, Latina, 7.3.2012 n. 195; T.A.R. Puglia, I, 12.4.2012 n. 716; T.A.R. Toscana, II, 6.7.2010 n. 2313; T.A.R. Veneto, I, 28.5.2010 n. 2306).

Ai fini della qualificazione in parola risultano dirimenti da un lato la circostanza per cui il rischio della gestione del servizio all'origine dei fatti di causa resta interamente in capo al soggetto affidatario e dall'altro lato la circostanza che il servizio viene erogato non in favore del Comune, ma di una collettività di utenti (personale degli uffici comunali, frequentatori, fruitori dei servizi).

Nel caso di specie deve, quindi, trovare puntuale applicazione il consolidato orientamento giurisprudenziale - conforme peraltro al paradigma comunitario di riferimento - secondo cui si ha concessione quando l'operatore si 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 quando l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'Amministrazione (in tal senso *-ex plurimis* - Cons. St., V, 9.9.2011 n. 5068).

Si è precisato, al riguardo, che quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto, allora si ha concessione, ragione per cui può affermarsi che è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi. Pertanto, si avrà concessione quando l'operatore si assuma in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza, mentre si avrà appalto quando l'onere del servizio stesso venga a gravare sostanzialmente sull'amministrazione (Cons. St., V, 6.6.2011 n. 3377).

Conseguentemente appaiono condivisibili le deduzioni delle controparti, laddove affermano che l'affidamento all'origine dei fatti di causa è configurabile come concessione di servizi, sì da rendere applicabili le previsioni di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici e, correlativamente, da rendere inapplicabili le previsioni di cui agli articoli 56 e 57 del medesimo codice, alle quali non può essere riconosciuta valenza di principio in relazione all'applicazione dei canoni di trasparenza, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Al contrario, dagli atti di causa emerge che l'Amministrazione ha correttamente applicato la previsione di cui al comma 3 dell'art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006, la quale impone l'esperimento di una gara informale cui devono essere invitati almeno cinque concorrenti (se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione), con predeterminazione dei criteri selettivi.

Ed infatti il Comune di Fiumicino ha esperito una procedura comparativa cui ha invitato cinque operatori del settore e ne ha regolato lo svolgimento esplicitandolo nella lettera di invito, la quale riporta sia un dettagliato disciplinare di gara con previsione dei criteri selettivi, sia un capitolato di oneri.

Né può essere condiviso l'argomento sollevato dalla società ricorrente, la quale lamenta l'illegittimità dell'operato

dell'Amministrazione che avrebbe illegittimamente deciso di non convocarla alla procedura per cui è causa. IVS non aveva alcun rapporto contrattuale con il Comune di Fiumicino e gestiva il servizio di distribuzione automatica *sine titulo*, giacché il contratto d'affitto stipulato con la precedente concessionaria, Food System s.r.l., non poteva legittimarla a operare in suo luogo senza l'espressa accettazione della concedente Amministrazione, non determinando *ex se* l'automatico subentro nella posizione dell'impresa affittante e nel contratto affidato (T.A.R. Lazio, III, 7.12.2005 n. 590); e comunque il contratto di affidamento del servizio di distribuzione automatica di bevande e generi alimentari tra il Comune e Food System era da tempo scaduto (nella determinazione dirigenziale 24.8.2012 n. 80, con la quale è stata autorizzata la procedura di contrattazione negoziale, l'Amministrazione dà atto dell'esistenza nei locali sede degli uffici di apparecchiature installate senza contratto e rileva la necessità di regolarizzazione). Non appare irragionevole, quindi, la scelta operativa dell'Autorità comunale che ha selezionato le cinque imprese da chiamare alla contrattazione attingendo dall'elenco dei fornitori ufficiali e da un'indagine di mercato tra le imprese del settore più qualificate.

Per le ragioni sin qui esposte il ricorso deve essere respinto.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis) rigetta il ricorso in epigrafe.

Compensa le spese .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Antonio Vinciguerra, Consigliere, Estensore

Francesco Arzillo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2014

IL SEGRETARIO

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