

N. 00521/2023 REG.PROV.COLL.

N. 01457/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1457 del 2022, proposto da Althea Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mascia Fumini, Lidia Scantamburlo, Michele Di Michele ed Enrico Maria Curti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Gaetano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad

opponendum:

Solution Devices S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Capilupi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- dell'avviso di gara CIG 92692402D4, con cui l'Azienda Sanitaria Provinciale Cosenza ha indetto la procedura aperta per l'affidamento in "*concessione della progettazione, realizzazione, manutenzione e conduzione di un servizio di telecardiologia per la gestione dell'emergenza cardiologica ospedaliera e territoriale e di quella ordinaria del servizio di elettrocardiografia ospedaliera e territoriale e dei reparti di cardiologia delle strutture sanitarie ospedaliere e territoriali dell'ASP di Cosenza, da eseguire nella comprensorio della Provincia di Cosenza*", pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, 5a Serie Speciale - Contratti Pubblici n.74 del 27 giugno 2022;
 - del disciplinare di gara;
 - degli allegati al disciplinare di gara n. 1 recante il capitolato tecnico e prestazionale parte I, n. 2 recante il capitolato tecnico e prestazionale parte II, n. 3 recante la relazione descrittiva del servizio, n. 4 recante la stima sommaria dei costi del servizio e n. 5 recante lo schema di contratto di concessione;
 - dell'avviso di riapertura termini di presentazione offerte;
 - ove occorra, della delibera a contrarre del Commissario Straordinario del 10 marzo 2022, n. 482;
 - di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;
- e per la declaratoria di inefficacia del contratto ove medio tempore stipulato, a tal fine dichiarandosi la ricorrente fin d'ora disponibile al subentro nel contratto ai sensi e per gli effetti di legge;
- e per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica ex art. 124 c.p.a. con subentro della ricorrente nell'esecuzione del contratto o, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2023 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Althea Italia S.p.a. ha impugnato d'innanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale gli atti meglio indicati in epigrafe, con i quali l'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza ha indetto una procedura aperta per l'affidamento in concessione della progettazione, realizzazione, manutenzione e conduzione di un servizio di telecardiologia nei reparti di cardiologia delle strutture sanitarie ospedaliere e territoriali dell'ASP di Cosenza.

2. – La società ricorrente contesta la legittimità della *lex specialis*, chiedendo l'annullamento della procedura, per i motivi di seguito sintetizzati.

1) Violazione degli artt. 5, 30 e 31 della Direttiva 2014/23/UE; violazione e falsa applicazione degli artt. 3, comma 1, lett. fff), 23, 29 30, 165, 167, 168 e 171 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; violazione linee Guida Anac n. 9; eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria e motivazione, illogicità manifesta, ingiustizia manifesta.

Dall'esecuzione del contratto deriverebbe un risultato negativo per il futuro concessionario. Nel dettaglio, l'operazione non sarebbe sostenibile dal punto di vista economico-finanziario, in quanto non sarebbe garantito il recupero dell'investimento iniziale effettuato. Pertanto, non essendo assicurato l'equilibrio

economico-finanziario dell'operazione, l'operatore sarebbe impossibilitato a presentare un'offerta.

II) *Violazione degli artt. 5, 30 e 31 della Direttiva 2014/23/UE; violazione e falsa applicazione degli artt. 3, comma 1, lett. fff), 23, 29 30, 165, 167, 168 e 171 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; violazione linee Guida Anac n. 9; eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria e motivazione, illogicità manifesta, ingiustizia manifesta.*

Il bando di gara sarebbe illegittimo, poiché mancherebbe il piano economico finanziario (PEF), documento essenziale dello schema di contratto di concessione, per permettere agli operatori del mercato di formulare e presentare offerte attendibili.

III) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 35, 95, 167 d.lgs. n. 50 del 2016; eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria e motivazione, illogicità manifesta, ingiustizia manifesta.*

L'investimento iniziale richiesto non sarebbe recuperabile al termine del periodo contrattuale, poiché, secondo la *lex specialis*, il concessionario deve cedere a titolo gratuito all'amministrazione le apparecchiature e i dispositivi forniti. D'altra parte, dal punto di vista sostanziale, il contratto non potrebbe essere qualificato quale concessione, ma quale appalto di fornitura in *leasing* operativo. In particolare, l'operatore non svolgerebbe alcuna attività gestoria e, diversamente dalla concessione, la remunerazione è data da un canone annuo fisso. Pertanto, secondo la prospettazione della ricorrente, il contratto avrebbe ad oggetto la fornitura dei beni previsti dal Capitolato Tecnico mediante locazione operativa e il relativo servizio di assistenza e manutenzione *full risk*.

IV) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 35, 95, 167 d.lgs. n. 50 del 2016; eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria e motivazione, illogicità manifesta, ingiustizia manifesta.*

L'importo posto a base della procedura sarebbe manifestamente insufficiente per formulare un'offerta non in perdita, in rapporto all'investimento iniziale stimato dall'amministrazione. Sicché, un operatore del mercato sarebbe oggettivamente impossibilitato a presentare un'offerta.

V) Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 35, 95, 167 d.lgs. n. 50 del 2016; eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria e motivazione, illogicità manifesta, ingiustizia manifesta. Trattandosi di un contratto di appalto di fornitura in *leasing* operativo, l'Amministrazione avrebbe dovuto prevedere specifici requisiti soggettivi di partecipazione in ordine all'abilitazione nella gestione di servizi finanziari.

V) Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 35, 95, 167 d.lgs. n. 50 del 2016; eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria e motivazione, illogicità manifesta, ingiustizia manifesta. Sussisterebbe, una non univoca indicazione del valore stimato del contratto. Il bando di gara prevederebbe un valore del contratto, *ex art.* 167 d.lgs. n. 50 del 2016, pari a €1.100.000,00 oltre IVA. Ma l'art. 3 del capitolato tecnico e prestazionale, parte II, indicherebbe che l'importo complessivo stimato della concessione ai sensi dell'art. 167 del d.lgs. n. 50 del 2016 è pari € 5.994.192,00.

2. – Si è costituita per resistere l'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, non avendo il ricorrente partecipato alla procedura, che – peraltro – ha visto la presentazione di un'offerta da parte di un altro operatore. Né i vizi prospettati avrebbero natura escludente.

Nel merito, l'amministrazione ha difeso il proprio operato, sostenendo che la procedura per cui è causa ha ad oggetto la concessione di un servizio, diversamente dalla prospettazione della ricorrente.

3. – Con ordinanza del 21 novembre 2022, n. 510, è stata rigettata l'istanza di tutela cautelare e, in vista della trattazione nel merito del ricorso, è stata disposta consulenza tecnica d'ufficio.

4. – Quindi, Solution Devices S.r.l. ha spiegato atto di intervento *ad opponendum*, in quanto operatore che ha partecipato alla procedura in oggetto, presentando un'offerta.

Preliminarmente, ha proposto la medesima eccezione di inammissibilità del ricorso avanzata dall'amministrazione intimata e ha ulteriormente obiettato che Althea Italia S.p.a. non avrebbe interesse a ricorrere, in quanto sarebbe gravata da misura interdittiva emessa dal giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Palermo.

Nel merito, invece, ha dedotto che, ai fini di una prognosi positiva sulla sostenibilità economica dell'operazione, si dovrebbero valutare l'opzione di proroga contrattuale annuale prevista dal bando, la possibilità – per l'amministrazione – di attribuire ulteriori servizi, nonché la fruizione di crediti di imposta.

D'altra parte, proprio la sua partecipazione alla gara dimostrerebbe la sostenibilità economica della stessa.

5. – In vista della discussione nel merito della controversia, le parti hanno depositato memorie.

La ricorrente, in particolare, contesta di non essere stata nelle condizioni di presentare offerta in quanto interdetta, poiché, in data 27 ottobre 2022, anteriormente al 31 ottobre 2022, termine per la presentazione delle offerte, la misura interdittiva è stata sospesa, essendo poi revocata il successivo 5 dicembre 2023.

6. – Il ricorso è stato quindi trattato all'udienza pubblica del 22 marzo 2023.

7. – Prima di affrontare il merito delle questioni proposte da parte ricorrente, occorre affrontare alcuni aspetti preliminari.

7.1. – In primo luogo, va osservato che, in forza dell'avviso pubblicato in data 26 settembre 2022, la fase di presentazione delle offerte è stata riaperta, sicché, per espressa previsione dell'amministrazione, il termine di presentazione veniva a scadere il 31 ottobre 2022.

In tale data, Althea Italia S.p.a. era legittimata a proporre domanda di partecipazione, giacché la misura cautelare reale dalla quale era stata attinta era stata sospesa in data 27 ottobre 2022, per essere poi revocata in data 5 dicembre 2022.

Non risulta, inoltre, che la società ricorrente abbia successivamente perduto la capacità di contrarre con la pubblica amministrazione, sicché l'interesse a impugnare la legge speciale di gara, sussistente sin dal momento della sospensione dell'efficacia della misura interdittiva, permane, sotto il profilo esaminato, tutt'ora.

7.2. – Andrebbe, a questo punto, affrontato il tema dell'ammissibilità, nel caso di specie, dell'impugnazione immediata della legge speciale di gara da parte dell'operatore economico che non abbia partecipato alla procedura.

Ma prima ritiene il Tribunale che vada affrontato il tema della qualificazione del rapporto contrattuale oggetto di gara, che è stato posto da parte ricorrente nel terzo e nel quinto motivi di ricorso, ma che informa anche l'analisi dell'ammissibilità dell'impugnativa del bando e l'esame dei primi due motivi di ricorso.

7.3. – Ebbene, il rapporto di concessione di pubblico servizio si distingue dall'appalto di servizi per l'assunzione, da parte del concessionario, del rischio di domanda: mentre l'appalto ha struttura bifasica tra appaltante ed appaltatore ed il compenso di quest'ultimo grava interamente sull'appaltante, nella concessione, connotata da una dimensione triadica, il concessionario ha rapporti negoziali diretti

con l'utenza finale, dalla cui richiesta di servizi trae la propria remunerazione (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 1 ottobre 2021, n. 6599).

La concessione di servizi, in altri termini, si distingue da un appalto pubblico per l'attribuzione al concessionario del diritto, eventualmente accompagnato da un prezzo, di gestire i servizi oggetto della concessione, e il concessionario dispone, nell'ambito del contratto concluso, di una certa libertà economica per determinare le condizioni di gestione dei servizi concessigli ed è esposto, parallelamente, al rischio legato alla gestione di detti servizi (Corte giustizia UE, sez. VIII, 10 novembre 2022, n.486).

La redditività, per il concessionario, dell'attività convenuta con il concedente, proprio perché dipendente da canoni, prezzi o tariffe praticate nei confronti degli utenti del servizio, dipende inevitabilmente dalla curva della domanda del servizio proveniente dagli utenti e, dunque, è intrinsecamente esposta alle dinamiche del mercato. Tradizionalmente, infatti, quello di concessione si configura come un rapporto trilaterale nel quale, accanto al rapporto tra Amministrazione concedente e concessionario, si colloca il "rapporto" del concessionario con la massa degli utenti che possono fruire del servizio, pagando un certo corrispettivo, mediante il quale il concessionario remunera i costi sostenuti per erogare il servizio stesso. Pertanto, la concessione di un servizio non può prescindere dal "rischio operativo" che si configura, in gran parte dei casi (e certamente nel caso in esame) come "rischio di domanda", il quale è legato ai diversi e oscillanti volumi di domanda provenienti dagli utenti, dai quali dipendono i maggiori o minori flussi di cassa di cui l'impresa può beneficiare (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 18 marzo 2020, n. 3371).

7.4. – Nel caso di specie, al servizio prestato dall'operatore economico privato corrisponde esclusivamente il pagamento di un canone da parte

dell'amministrazione, sicché non vi è un rapporto tra l'aggiudicatario e gli utenti, né vi è un "rischio di domanda".

Infatti, l'aggiudicatario della gara dovrà curare, in estrema sintesi, la progettazione, realizzazione, manutenzione e conduzione di un servizio di telecardiologia per la gestione dell'emergenza cardiologica ospedaliera e territoriale e di quella ordinaria del servizio di elettrocardiografia ospedaliera e territoriale e dei reparti di cardiologia delle strutture sanitarie ospedaliere e territoriali dell'ASP di Cosenza, da eseguirsi nel comprensorio della Provincia di Cosenza.

A fronte di tali prestazioni, la cui durata è di quattro anni, prorogabili per un altro anno, riceverà esclusivamente un canone annuo pari a $\frac{1}{4}$ del prezzo posto a base d'asta, pari a € 5.994,192,00, cui applicare il ribasso di gara.

Nessuna somma sarà corrisposta dagli utenti, sicché la domanda delle prestazioni non incide in alcun modo sulla resa economica del contratto.

7.5. – La gara di cui si controverte, quindi, non è destinata a configurare una concessione di servizi, bensì un appalto misto di servizi e di fornitura, descrivibile in termini di *leasing* operativo, giacché è prevista la cessione a favore della Azienda Sanitaria Provinciale, in conclusione del periodo di durata contrattuale (comprese, quindi, eventuali proroghe ed estensioni), *"a titolo gratuito ed in condizioni di efficienza a perfetto funzionamento"* di *"tutte le apparecchiature ed i dispositivi forniti"* durante il contratto ed oggetto del Capitolato Tecnico, *"oltre a quelli offerti in sede di gara o ordinati successivamente"*.

7.6. – La sostenibilità economico-finanziaria dell'attività appaltata, quindi, non rileva quale elemento dell'istituto della concessione di servizi, bensì come parametro alla luce del quale valutare innanzitutto l'ammissibilità del ricorso, quindi la sua fondatezza.

Infatti, sarebbe indubbiamente illegittimo l'operato dell'amministrazione che ponga a gara un appalto che l'operatore economico, secondo una valutazione prognostica e oggettiva, possa eseguire soltanto in perdita, alterando così la fisiologica concorrenza e – al tempo stesso – pregiudicando il soddisfacimento dell'interesse pubblico, stante la probabilità che – in ragione delle condizioni economiche dell'operazione negoziale – la qualità della prestazione sia scadente.

7.7. – In proposito, va richiamata la giurisprudenza secondo cui rientrano tra le clausole escludenti, comportanti l'impugnazione immediata del bando, quelle contestate per la *“non sostenibilità economica”*, vale a dire per l'utilità che possa astrattamente essere tratta, pur nella normale alea contrattuale, dall'aggiudicazione della gara e dall'esecuzione del contratto; in tali casi, l'eccezionale configurazione della clausola immediatamente escludente può aversi solo per quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico; e tali circostanze debbono essere dimostrate dal ricorrente, in via pregiudiziale, per sostenere il suo interesse ad agire, provando di non aver potuto formulare, anche in ragione della propria organizzazione aziendale, un'offerta oggettivamente competitiva, anche con riferimento alla comune impossibilità della maggioranza delle imprese operanti nel settore (Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2022, n. 1474);

7.8. – Come osservato già in sede cautelare, nel ricorso sono illustrate, facendo riferimento ai dati economici previsti nei documenti di gara, le ragioni per le quali il contratto non sarebbe economicamente sostenibile.

Il ricorso è, pertanto, ammissibile, dovendosi quindi verificare nel merito se tali ragioni risultino fondate.

8. – Nel fare ciò, ritiene il Tribunale che non si possa tener conto degli elementi occasionali quali la possibilità di proroga per un anno del contratto, pur prevista dalla legge di gara, e la possibilità che l'amministrazione attribuisca ulteriori servizi. Non sembra infatti ragionevole far dipendere la valutazione della sostenibilità economico-finanziaria dell'appalto da un evento futuro e incerto, peraltro collegato alla discrezionalità della parte pubblica del contratto.

9. – Quanto alla possibilità che il contratto d'appalto risulti remunerativo grazie alla possibilità di accedere alle misure di premialità fiscale previste a vantaggio delle aziende che operano investimenti nel Mezzogiorno d'Italia e che operano i c.d. investimenti 4.0, si osserva allo stesso modo che si tratta di elementi accidentali, rispetto al servizio messo a gara, che non possono dunque essere determinanti per affermare la sostenibilità economica dell'operazione economica.

Ma vi è altro. Ove la sostenibilità economica di un appalto di servizi di rilevanza europea dipendesse esclusivamente dalla possibilità di avvalersi del credito d'imposta concesso per chi investe nel Mezzogiorno d'Italia, tale dato evidenzerebbe una discriminazione per le imprese stabilite altrove nell'ambito dell'Unione europea, cui verrebbe preclusa financo la possibilità reale di concorrere per aggiudicarsi il servizio, e una distorsione del mercato concorrenziale.

D'altra parte, non vale osservare – come fa la parte interveniente – che basterebbe a un operatore economico interessato stabilirsi nelle Regioni italiane interessate dalla fiscalità premiale, per non essere penalizzato. Ciò perché uno dei principi cardine dell'ordinamento europeo è la libertà di prestazione di servizi (artt. 56 ss. TFUE), senza che sia necessario anche il previo stabilimento nel Paese membro in cui si intende eseguire la prestazione.

È chiaro al Tribunale che le agevolazioni fiscali concesse a chi investe nelle aree svantaggiate del Paese si traducono, anche ove autorizzate dall'ordinamento europeo, un vantaggio competitivo, volto a superare situazioni di arretratezza economica; ma tali agevolazioni non si possono tradurre in una radicale barriera ad accedere a una gara.

10. – Fatte le premesse di cui ai §§ 8. e 9., si deve affermare che correttamente la società ricorrente lamenta che il servizio messo a gara non sia economicamente e finanziariamente sostenibile, e che dunque tutti gli atti di gara debbano essere annullati.

Infatti, anche la dettagliatissima relazione di consulenza tecnica d'ufficio espletata nel corso del giudizio conclude per l'insussistenza della sostenibilità economico-finanziaria dell'appalto.

Premesso che la *lex specialis* stima il costo dell'investimento iniziale in macchinari nella misura di € 6.978.400,00; posto ancora che la medesima legge di gara stima in € 837.400,00 all'anno il costo per espletare la manutenzione dei macchinari e la conduzione del servizio di telecardiologia; evidenziato che il valore residuo degli investimenti alla fine del contratto è pari a 0 per l'aggiudicatario, tenuto a cedere i macchinari gratuitamente all'azienda committente; fissata nella misura massima di € 1.498.548,00 il canone anno corrisposto dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza; risulta una perdita annua di € 1.083.460,00 e una perdita complessiva di € 4.333.840,00.

Si tratta di una perdita ingente, tale da non apparire eliminabile attraverso economie di scala e l'ottenimento, da parte dell'aggiudicatario del servizio, di una scontistica particolarmente favorevole nell'approvvigionamento di apparecchiature e altro materiale.

11. – Dunque, il contratto d'appalto messo a gara ha natura antieconomica e, pertanto, gli atti di indizione della procedura aperta per la sua aggiudicazione sono illegittimi.

Come anticipato al § che precede, il ricorso va accolto.

12. – Le spese di lite sono regolate secondo il principio della soccombenza.

Le spese di consulenza tecnica d'ufficio, liquidate con separato decreto, sono posta a carico della sola Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, essendo Solution Devices S.r.l. intervenuta solo dopo il suo espletamento.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e Solution Devices S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in solido tra di loro, alla rifusione, in favore di Althea S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, delle spese e competenze di lite, che liquida nella misura di € 9.000,00, oltre al rimborso del contributo unificato e delle spese generali nella misura del 15%, nonché oltre a IVA e CPA come per legge.

Pone a carico dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, le spese di consulenza tecnica d'ufficio, liquidate come da separato decreto.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Tallaro, Presidente FF, Estensore

Alberto Ugo, Referendario

Manuela Bucca, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Francesco Tallaro

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI