

Pubblicato il 15/07/2024

N. 14437/2024 REG.PROV.COLL.
N. 06907/2024 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 il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 6907 del 2024, proposto da
Events Planning & Catering S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B1B72BA506, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Maria Esposito, Francesca Felicita Giusto, Annalisa Pesce, con domicilio eletto presso lo studio Gianluca Maria Esposito in Roma, Lungotevere Arnaldo Da Brescia, 11;

contro

Sport e Salute S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Ranieri, Fabio Cintioli, Paolo Giugliano, con domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

per l'annullamento

- Bando di gara pubblicato da Sport e salute spa in data 21.5.2024 avente ad oggetto la "Procedura telematica aperta per l'affidamento in regime di concessione, ai sensi dell'art. 179 e ss.del D.Lgs. n. 36/2023, dei servizi di

somministrazione e vendita di alimenti e bevande, caffetteria, ristorazione e catering presso l'area del Parco del Foro Italico in Roma” - CIG: B1B72BA506;

- Decisione di contrarre n. 105 del 14.5.2024 avente ad oggetto la Concessione, ai sensi dell'art. 176 e ss. del D.lgs. 36/2023, dei servizi di somministrazione e vendita di alimenti e bevande, caffetteria, ristorazione e catering presso l'area del Parco del Foro Italico in Roma;

- Disciplinare di gara avente ad oggetto la Procedura telematica aperta per l'affidamento in regime di concessione, ai sensi dell'art. 179 e seguenti del D.lgs. n. 36/2023, dei servizi di somministrazione e vendita di alimenti e bevande, caffetteria, ristorazione e catering presso l'area del Parco del Foro Italico ivi inclusi gli allegati;

- Piano Economico e Finanziario di gara;

- Capitolato Tecnico Prestazionale e relativi allegati;

- Schema di Contratto di Convenzione;

- nonché di ogni altro atto connesso, conseguente e presupposto, ivi inclusi quelli allegati e richiamati dai precedenti atti, ivi compresi quelli a carattere generale mai conosciuti o comunicati a chi ricorre, e tutti gli altri atti anche allo stato non conosciuti se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sport e Salute spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2024 il dott. Giovanni Mercone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con decisione di contrarre n. 105 del 14 maggio 2024 Sport e Salute spa ha indetto, ai sensi dell'art. 176 e ss. D. Lgs. n. 36/2023, una “*procedura telematica*

aperta per l'affidamento, in regime di concessione, dei servizi di somministrazione e vendita di alimenti e bevande, caffetteria, ristorazione e catering presso l'area del Parco del Foro Italico in Roma".

La procedura è stata strutturata su di un unico lotto, in quanto i servizi oggetto della concessione sono tutti afferenti attività e processi relativi alle manifestazioni ed eventi organizzati presso l'area del Parco del Foro Italico di Roma e dello Stadio Olimpico.

Il valore della concessione è stato individuato in un importo complessivo stimato, per i cinque anni di durata del contratto, pari a euro 55.472.500,00, IVA esclusa.

Nel capitolato, inoltre, è stato previsto che l'offerta dovrà essere formulata dagli operatori prevedendo un rialzo unico percentuale rispetto ai corrispettivi minimi garantiti. In particolare, Sport e Salute ha stabilito i seguenti importi per ciascun anno di durata della concessione: per il primo anno di vigenza del contratto, euro 1.736.500,00 oltre IVA; per il secondo anno di vigenza del contratto, euro 1.976.000,00 oltre IVA; per il terzo anno di vigenza del contratto, euro 2.219.500,00 oltre IVA; per il quarto anno di vigenza del contratto, euro 2.467.000,00 oltre IVA; da ultimo, per il quinto anno di vigenza del contratto, euro 2.695.500,00 oltre IVA.

In aggiunta a tali importi minimi garantiti, è stato poi previsto che il concessionario sarà tenuto a riconoscere alla Stazione appaltante una quota pari al 25% del fatturato complessivo per la sola parte eccedente il menzionato minimo garantito al netto dell'IVA dovuta, cui si aggiunge una royalty pari al 20% sul fatturato relativo al solo servizio di catering svolto in occasione di eventi organizzati da soggetti terzi.

2. In pendenza del termine fissato per la ricezione delle offerte da parte degli operatori economici, in data 24 giugno 2024, la ricorrente ha adito il TAR per il Lazio per chiedere l'annullamento di tutti gli atti di gara.

Il ricorso è stato affidato a più censure, con cui si contestano le previsioni e le clausole della *lex specialis* e, in particolare, i costi e ricavi indicati nel PEF che, a

detta della ricorrente, gestore uscente, non consentirebbero la partecipazione alla gara da parte di alcun operatore in ragione dell'assenza delle condizioni di equilibrio economico - finanziario. Nello specifico, avvalendosi di una relazione tecnico-economica a firma del prof. Tiscini, si lamenta la insostenibilità del PEF posto a base di gara, facendo riferimento in particolare a tre aspetti: A) la sovrastima dei ricavi indicati nel PEF (dovuta ad un'errata individuazione della spesa media per spettatore sia nel valore di partenza che nella proiezione temporale); B) la sottostima dei costi indicati da Sport e Salute, con particolare riferimento ai costi del personale, non essendosi tenuto conto dei costi del personale a supporto specifico degli eventi (spaltisti ed altro), ma solo di quello stabile; C) il livello eccessivo del minimo garantito indicato nella *lex specialis* e l'impossibilità di farvi fronte sulla base dei ricavi stimati. Inoltre, quanto al capitolato, si evidenzia la genericità degli investimenti richiesti, stimati in circa 2.500.000,00 euro (aspetto che non consente al concorrente di valutarne la sostenibilità e i ritorni) e il trasferimento di rischi non controllabili al concessionario (nello specifico, quello per eventuali danneggiamenti o atti di vandalismo), oltre alla circostanza che molti costi sono stati ribaltati sul concessionario (ad es. per la gestione rifiuti e altro).

Unitamente al ricorso, la ricorrente ha contestualmente formulato un'istanza di concessione di misure cautelari, anche monocratiche.

3. Con decreto *inaudita altera parte* del 26 giugno 2024 n. 2803 è stata accolta l'istanza di misure cautelari monocratiche.

4. Si costituiva in giudizio Sport e Salute spa, instando per la reiezione del ricorso ed eccependone preliminarmente l'inammissibilità.

5. All'udienza camerale del 9.7.2024, previo avviso alle parti sulla possibile definizione del giudizio con sentenza breve, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. In disparte la questione di inammissibilità del ricorso avanzata da Sport e Salute spa, il gravame è infondato.

6.1 Innanzitutto, quanto agli eccessivi corrispettivi minimi garantiti richiesti e al valore complessivo della concessione, deve essere sottolineato che Sport e Salute spa si è basata, da un lato, sugli importi corrisposti da EPC per l'anno 2023 (totale euro 2.999.317,64, come risulta dall'all. 9 alla memoria di Sporto e Salute spa, somma superiore a quella richiesta dal bando nei cinque anni, se si considera che per il primo anno di vigenza del contratto il minimo garantito ammonta ad euro 1.736.500,00 oltre IVA, cioè il 40% in meno, e per l'ultimo anno il corrispettivo minimo garantito ammonta ad euro 2.695.500,00) e, dall'altro lato, sul fatturato conseguito dalla ricorrente nello stesso anno, che è stato pari ad euro 11.977.270,55 al netto dell'IVA di legge, come da comunicazione dell'amministratore di tale società del 2.2.2024, resa ai fini della determinazione della percentuale di fatturato spettante alla concedente, nonché in ragione delle previsioni di crescita stimata dal Prof. Tiscini (cfr. l'all. 7 alla memoria di Sport e Salute spa, nonché p. 21 della relazione del prof. Tiscini del 16.10.2023 in cui è riportato testualmente quanto segue *“I dati di ricavo, quantificati per il 2023 in euro 11,98 mln., vedono una crescita di circa l'80% rispetto al risultato 2022, e sono assunti costanti al medesimo livello nel 2024. Anche nei primi 9 mesi del 2025 si assume un andamento del fatturato in linea con l'esercizio precedente”*).

In effetti, l'importo complessivo della concessione pari a euro 55.472.500,00, IVA esclusa è di poco inferiore a quanto si otterrebbe moltiplicando per cinque (cioè gli anni di durata del rapporto) il fatturato dichiarato da EPC nel 2023.

Inoltre, sempre sotto questo profilo, si tenga conto che Sport e Salute, come risulta dalla relazione predisposta da KPMG, quanto ai ricavi ha avuto un atteggiamento di prudenza, dato che si è partiti, per il primo anno, da 8.682.500,00 euro e non sono state considerate le partite che la AS Roma e la SS Lazio potranno disputare nelle competizioni internazionali nei prossimi

anni (Conference League, Europa League, Champions League), le partite che le medesime società potranno disputare in Coppa Italia a seguito del passaggio del primo turno e la reale affluenza media alle partite disputate dalla AS Roma e dalla SS Lazio. Nel PEF si stima che alle partite della AS Roma assisteranno in media 50.000 spettatori (ma il dato storico reale rivela un'affluenza media di circa 62.000 spettatori) e alle partite della SS Lazio parteciperanno in media 30.000 spettatori (sebbene anche in questo caso i dati storici parlino di un'affluenza media di circa 44.000 spettatori). Ad ogni modo, per i dettagli ci si rimette alla tabella riportata a p. 14 della relazione di KPMG.

6.2 Sotto un ulteriore profilo, EPC ha contestato che il PEF posto a base di gara per la formulazione dell'offerta economica migliorativa, ha omissso del tutto i costi di retribuzione del personale indicato dal Disciplinare all'allegato "15.2_RA15224 PA", pari a 420 unità, ovvero spaltisti, banchisti e capi buvette.

In altre parole, secondo EPC, Sport e Salute spa avrebbe tenuto conto - ai fini del calcolo del costo del personale - solo dei lavoratori indicati nell'allegato 15.1_RA15224PA, omettendo di considerare il costo relativo ai lavoratori di cui all'allegato 15.2_RA15224 PA, ossia di quei lavoratori che sono attivati a chiamata e per singolo evento e che svolgono l'attività di spaltisti (*i.e.*, venditori itineranti che effettuano direttamente sugli spalti la vendita di bevande e alimenti), addetti alla *buvette* e i c.d. banchisti.

Tale omissione, a detta della ricorrente, avrebbe determinato l'oggettiva impossibilità di formulare un'offerta economicamente sostenibile.

Senonché, la tesi non è condivisibile.

Deve premettersi, che effettivamente, come evidenziato da EPC, nel PEF redatto da Sport e Salute spa non si fa menzione dei costi relativi a spaltisti, banchisti e capi buvette (nei costi del personale si menzionano solo 50 addetti per una paga annua di 33.000,00 euro lordi, per un totale di 1.650.000,00; cfr. p. 9 e 13 del PEF).

Tuttavia, tenuto conto della funzione di tale documento, volto ad individuare una cornice entro la quale gli operatori economici interessati possono presentare un'offerta, valutando le voci di costo e di ricavo individuate dalla Stazione appaltante (tanto che ogni offerente deve poi presentare un proprio piano economico-finanziario) e tenuto conto, altresì, degli altri documenti di gara (in particolare, di quanto previsto dall'art. 9 del capitolato laddove invitava le imprese partecipanti a verificare, prima della formulazione dell'offerta, presso l'attuale concessionaria l'esatta consistenza numerica e nominativa del personale iscritto sui libri paga matricola della gestione uscente, al fine di assicurare il trattamento economico in godimento), non si ritiene che tale mancanza di per sé non consentisse di poter presentare un'offerta.

Prendendo, infatti, in esame l'all. 15.1_RA15224PA, emerge che tale documento, oltre a contenere l'elenco del personale contrattualizzato dal gestore uscente, reca anche evidenza della retribuzione annua lorda di quest'ultimo personale (si veda l'ultima colonna della tabella). Ebbene, se si sommano le retribuzioni di tutti e 50 i lavoratori elencati, si ottiene un costo complessivo di circa 750.000,00 euro. Nel PEF, tuttavia, il costo del personale è stato stimato, per il primo anno, in euro 1.650.000,00 euro e, quindi, ad un livello sicuramente superiore a quello sostenuto per i soli 50 lavoratori indicati nell'allegato 15.1_RA15224PA, con la conseguenza che, di fatto, risulta esservi stata una evidente sovrastima dei costi effettuata nel PEF per il personale "stabile", aspetto che permetteva di formulare un'offerta, dato che proprio nella differenza con i costi sostenuti dal gestore uscente si sarebbe potuto far rientrare quelli del personale variabile. A questo, poi, si aggiunga che nel PEF non sono ricompresi i costi dei servizi di ristorazione e catering e conseguentemente del personale che verrà impiegato a quest'ultimo fine.

In secondo luogo, quale aspetto dirimente ai fini della questione, deve osservarsi, tenuto conto sia dalla relazione del Prof. Tiscini del 16 ottobre 2023 (cfr. pag. 13 *"nel PEF di gara i costi incidono solo per il 16% mentre nella realtà*

storica incidono in media per circa il 33%”) che dagli ultimi bilanci della ricorrente, che il costo complessivo del personale del concessionario uscente è risultato essere stato pari al 33% sul valore della produzione. Orbene, anche se si prendesse come parametro di riferimento questo dato, il PEF elaborato da Sport e Salute spa risulterebbe, comunque, in equilibrio economico-finanziario (cfr. la tabella a p. 13 della relazione di KPMG), cioè vi sarebbe, diversamente da quanto sostenuto nel ricorso, pur sempre un margine di utile per il concessionario, aspetto che conferma come non vi fosse alcuna oggettiva impossibilità di formulare un’offerta economicamente sostenibile.

6.3 La EPC lamenta ancora un presunto *“ribaltamento ingiustificato di costi diretti del Concedente”* e, in particolare, del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti. Al riguardo, però, deve osservarsi che si tratta di costi diretti del concessionario, quale detentore dei locali che producono i rifiuti, e non del concedente. Inoltre, tali spese erano a carico di EPC anche nella vigenza del precedente rapporto concessorio, stante che pure il capitolato della precedente procedura di gara del maggio 2014, all’art. 3.5, prevedeva che *“I rifiuti dovranno essere riposti in sacchi idonei e portati negli appositi contenitori dell’Azienda Municipale preposta al ritiro. Le spese relative a tale servizio sono a carico del concessionario”*.

6.4 Infondate, altresì, anche le censure ulteriori riferite alle altre clausole, poiché il PEF a p. 11 indica in modo specifico quali saranno gli investimenti edili nonché tecnologici che il concessionario dovrà effettuare (ergo, anche la censura di genericità con riferimento a tale aspetto non appare trovare un riscontro negli atti) e, inoltre, non è previsto alcun potere del concedente di variare i prezzi dei prodotti (dato che il valore da prendere in considerazione, come specificato nel capitolato, è quello del listino pubblicato da ASSOBAR) o di scegliere i fornitori, essendo solo stabilito un controllo sull’offerta merceologica e sul relativo listino, questo in linea con il servizio pubblico che dovrà svolgersi presso impianti, aree e strutture di proprietà pubblica, il tutto, peraltro, in continuità con quanto già previsto dal capitolato tecnico del 2014.

Né, ancora, appare avere rilevanza la scelta di addebitare i rischi di danneggiamenti per atti vandali di terzi in capo al concessionario, poiché tale previsione può essere gestita per il tramite della polizza che già deve essere stipulata ai sensi dell'art. 17 dello schema del contratto di concessione e, inoltre, non è dato comprendere dal ricorso l'incidenza economica di tale rischio al fine di attribuirgli un peso nella formulazione dell'offerta.

6.5 A questo, si aggiunga, infine, ma non da ultimo, la circostanza, di particolare rilevanza, ai fini dell'indagine che qui si sta conducendo, relativa all'avvenuta partecipazione alla gara di ben quattro imprese.

Detta circostanza fattuale costituisce, di per sé sola, prova evidente che non vi era un'obiettiva e generalizzata impossibilità di presentare la domanda, per l'ovvia evidenza che quattro offerte sono state enucleate.

A tale riguardo deve rammentarsi, anche volendo accedere alla giurisprudenza più favorevole alla ricorrente sull'impugnazione immediata delle clausole "immediatamente escludenti" che rendono impossibile formulare un'offerta economicamente sostenibile, che, sebbene per la dimostrazione, in via pregiudiziale, dell'interesse ad agire, può essere ritenuta sufficiente la prova di non aver potuto formulare, anche in ragione della propria organizzazione, un'offerta oggettivamente competitiva (i presupposti della legittimazione ad agire vanno, infatti, verificati nei confronti della singola impresa ricorrente, poiché è l'impossibilità di partecipare alla gara specificamente di quest'ultima che la legittima all'azione e radica il suo interesse concreto e attuale a lamentare gli effetti, appunto perciò, "immediatamente escludenti" delle clausole del bando; *contra* si veda, però, Cons. Stato, V, 18 marzo 2019, n. 1736 laddove ha ritenuto che "*per potersi definire "immediatamente escludente", con quanto ne consegue su oneri e modalità di impugnazione, la previsione della lex specialis deve porre con immediata e oggettiva evidenza, nei confronti di tutti indistintamente gli operatori economici, l'astratta impossibilità per un qualsiasi operatore "medio" di formulare un'offerta economicamente sostenibile*"), è necessario nel merito la dimostrazione, per ottenere l'illegittimità della legge di gara, che tale impossibilità sia comune

alla maggioranza delle imprese operanti nel settore (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 284 *“attiene invece al merito, l’ulteriore dimostrazione, spettante sempre alla ricorrente, pur nel rispetto del principio dispositivo con metodo acquisitivo che regola la prova nel processo amministrativo, che, oltre a non essere remunerativo per l’impresa ricorrente, quindi “immediatamente escludente”, l’affidamento, come consegnato dalla stazione appaltante, è anticoncorrenziale, tale cioè che l’amministrazione, nel perseguimento dell’interesse all’ottenimento della prestazione alle condizioni più favorevoli, ha finito per impedire o rendere oltremodo difficile il confronto concorrenziale, rendendo economicamente insostenibile l’affidamento per tutte o gran parte delle imprese operanti nel settore*).

Orbene, è intuibile, proprio alla luce delle offerte presentate, che la dimostrazione ultima nella specie è messa già in crisi dalle quattro imprese che hanno deciso di partecipare alla gara in questione indetta da Sport e Salute spa, poiché proprio le stesse provano come l'impossibilità lamentata non è stata generalizzata.

7. In virtù delle considerazioni che precedono il ricorso è infondato.

8. Le spese del giudizio vengono compensate tra le parti, in ragione della peculiarità e complessità della vicenda.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Arzillo, Presidente

Giovanni Mercone, Referendario, Estensore

Silvia Simone, Referendario

L'ESTENSORE
Giovanni Mercone

IL PRESIDENTE
Francesco Arzillo

IL SEGRETARIO