

Pubblicato il 01/12/2022

**N. 10567/2022REG.PROV.COLL.
N. 02454/2022 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2454 del 2022, proposto da S.I.S. Segnaletica Industriale Stradale s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Bricchi, Ermanno Vaglio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Ermanno Vaglio in Milano, via Vittor Pisani n. 20;

contro

- Comune di Pulsano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Palmiro Carlo Liuzzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- Centrale Unica di Committenza – Unione dei Comuni di Montedoro, non costituita in giudizio;

nei confronti

Traffic s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 01843/2021, resa tra le parti, concernente la domanda di annullamento della determinazione in data 26.10.2021, n. 63, nella parte in cui la S.I.S. è stata esclusa dalla “procedura aperta telematica per l'appalto della concessione del servizio di gestione dei parcheggi senza custodia su strade e piazze del territorio comunale” e la gara è stata dichiarata deserta - nonché ogni altro atto, presupposto, conseguente e/o comunque connesso, ivi compresi i verbali di gara del 24.4.2021 e del 14.7.2021 - e per la condanna del Comune di Pulsano al risarcimento dei danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Pulsano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2022 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Vaglio e Liuzzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La odierna appellante, S.I.S. Segnaletica Industriale Stradale s.r.l (d'ora in poi, SIS), ha impugnato dinanzi al TAR di Lecce la determinazione del Comune di Pulsano n. 63 in data 26 ottobre 2021, con la quale, in esito alla verifica dell'anomalia, è stata esclusa (al pari delle altre tre concorrenti) dalla “Procedura aperta telematica per l'appalto della concessione del servizio di gestione dei parcheggi senza custodia su strade e piazze del territorio comunale”, espletata dalla Centrale Unica di Committenza – Unione dei Comuni “Montedoro”.

2. Secondo la ricorrente, collocata al primo posto della graduatoria provvisoria prima della verifica dell'anomalia, la motivazione dell'esclusione - vi sarebbe stata una esposizione di costi (€ 614.304,17) maggiori

dell'ammontare dei ricavi stimati dalla stazione appaltante (€ 547.304,17), con conseguente presentazione di un'offerta in perdita – parte da un erroneo punto di partenza, essendo la stima dei ricavi ritraibili dalla commessa in esame errata in difetto, e residuando in realtà un apprezzabile margine di utile.

3. Il TAR di Lecce, con la sentenza appellata (II, n. 1843/2021), ha respinto il ricorso, sottolineando che:

-non è possibile tener conto della diversa stima dei ricavi effettuata dalla ricorrente (€ 831.546,79), dato che si discosta significativamente da quella (pur meramente indicativa) considerata dall'Amministrazione;

- anche la valutazione comparativa prospettata in giudizio dalla ricorrente in relazione a gestioni del medesimo servizio in Comuni limitrofi, con tariffe orarie e numero di stalli analoghi a quelli oggetto della gara, reca degli incassi (€ 406.356,70 per il Comune di Castro; € 395.947,34 per il Comune di Porto Cesareo; € 229.217,06 per il Comune di Ugento) che sconfessano le previsioni della ricorrente, essendo inferiori a quello stimato dall'Amministrazione e ben lontani da quello stimato dalla ricorrente;

- è inconferente la circostanza che anche due degli altri partecipanti alla gara (Sourceland Soc. Coop e Publiparking s.r.l. – mentre non è noto il dato della Traffic s.r.l., che non ha presentato giustificativi ed è stata esclusa per tale motivo) abbiano stimato un valore degli incassi analogo o superiore a quello individuato dalla ricorrente, posto che anch'essi sono stati esclusi dalla gara.

4. Nell'appello, SIS - con riferimento a un motivo di censura omnicomprensivo, di violazione degli artt. 29, 97 e 116 del Codice dei contratti pubblici, 22 del disciplinare, e 97 Cost., nonché di eccesso di potere sotto vari profili - prospetta argomentazioni di censura così sintetizzabili:

- dagli atti di gara emerge chiaramente che il valore degli incassi indicato dalla stazione appaltante rappresenta una mera stima effettuata dall'amministrazione, che non risulta basata su alcun dato di esperienza, non essendo mai stato svolto in passato il servizio di gestione di parcheggi pubblici nel Comune di Pulsano; tale stima è già di per sé censurabile e

comunque inattendibile considerato che gli elementi su cui essa si basa sarebbero dovuti essere indicati espressamente negli atti di gara in conformità a quanto disposto dall'art. 167, comma 4, del Codice dei contratti, secondo cui, appunto, *“il valore stimato della concessione è calcolato secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti della concessione”*;

- che l'importo rappresenti una stima del tutto approssimativa si evince anche da quanto previsto dall'art. 3, comma 10, del Disciplinare di gara secondo cui *“l'importo stimato non vincola in alcun modo la stazione appaltante a riconoscere eventuali richieste di modifica delle condizioni economiche e tecniche di aggiudicazione, qualora le riscossioni effettivamente realizzate dovessero discostarsi dal predetto valore stimato. La gestione si intende pertanto totalmente autofinanziata da detti introiti e conseguentemente nessun onere finanziario graverà sul Comune di Pulsano”*;

- quindi, i concorrenti hanno effettuato la loro stima di incassi, basandola sui (più precisi) dati derivanti dall'esperienza nell'ambito della gestione dei parcheggi oggetto della loro attività;

- il TAR ha valutato erroneamente i dati indicati da SIS, comparando sì all'importo stimato nel bando i ricavi delle gestioni dei Comuni analoghi prospettati in giudizio, ma trascurando il fatto che questi ultimi sono annuali, mentre il primo è triennale; una corretta comparazione avrebbe evidenziato che i dati citati (a titolo esemplificativo) dalla ricorrente, se raffrontati alla stima annuale indicata dal Comune (€ 182.609,10, ovvero $547.827,34 : 3$), sono mediamente ben superiori al 50% di detta stima;

- d'altra parte, così facendo, il TAR non ha preso in esame nessuno degli ulteriori argomenti di censura dedotti dalla ricorrente, comunque determinanti per accertare l'illegittimità dell'atto impugnato;

- infatti, anche nella denegata ipotesi si volesse ritenere che il raffronto (anche una volta effettuato in modo corretto) con le stime di ricavi individuate in gare analoghe non abbia un valore decisivo, occorre sottolineare che l'eventuale revisione da parte degli aspiranti concessionari della stima degli

incassi effettuata dall'amministrazione è operazione inequivocabilmente ammessa nell'ambito delle concessioni di servizi.

- non si vede poi quale significato utile, al fine di valutare la congruità dell'offerta economica, possa avere il fatto che SIS avrebbe “prospettato valori di costo in aumento”;

- anzitutto, è agevole rilevare che, se così fosse, ovvero se i costi indicati da SIS fossero superiori a quelli che l'ente ritiene essere quelli corretti di mercato, si tratterebbe di un elemento che dovrebbe semmai indurre a ritenere l'offerta maggiormente sostenibile grazie al risparmio ritenuto realizzabile;

- in ogni caso, l'affermazione dell'Amministrazione è del tutto erronea ed indimostrata;

- infatti, l'unico costo stimato dal bando di gara in relazione alla gestione del servizio è quello della manodopera; il Comune stima il costo della manodopera in misura pari a € 243.000, mentre SIS ha indicato un maggior ammontare, pari a € 317.759,93;

- tuttavia, è noto che il costo della manodopera può essere autonomamente individuato dal concorrente e che ciò non costituisca di per sé un motivo per giudicare incongrua o inattendibile l'offerta economica;

- e comunque, come precisato analiticamente nelle giustificazioni integrative di SIS del 20 maggio 2021, la stima si basa sul costo orario di precise figure professionali, espressamente indicate anche nelle loro unità, previste dal contratto collettivo nazionale di lavoro di riferimento (“Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro per i Dipendenti da Aziende del Terziario e della Distribuzione e dei Servizi”), nonché sulla rigorosa applicazione delle normative in tema di sicurezza sul luogo di lavoro, così come previsto dal d.lgs. 81/2008;

- non si vede quale altro riferimento sussista per affermare che vi siano altri costi indicati da SIS “in aumento”.

5. Con memoria, il Comune di Pulsano eccepisce che:

- l'appello costituisce mera riproposizione delle censure disattese dal TAR;

- l'anomalia, giustamente valutata dal TAR sotto il profilo del rischio di inadempimento a causa della ponderata insostenibilità dell'offerta presentata dalla società appellante, non può essere ignorata semplicemente, perché, a dire di essa, elisa dal rischio imprenditoriale; infatti, se, financo il sistema delle garanzie patrimoniali eventualmente imposte al concorrente (e dallo stesso prestate) non risulta idoneo a superare l'espresso giudizio di anomalia dell'offerta, non è dato comprendere come un siffatto giudizio possa essere addirittura superato dalla semplice assunzione, da parte della società del rischio d'impresa (peraltro, intrinseco e connaturato a qualsivoglia attività imprenditoriale, ex articoli 2082 e 2555 cc. – cfr., tra l'altro, Cons. Stato, III, n. 4478/2020).

6. L'appellante ha depositato memoria finale, puntualizzando le proprie difese.

7. Ad avviso del Collegio, l'appello non può ritenersi inammissibile per genericità o mera riproposizione delle censure disattese dal TAR.

Infatti, è sì incentrato sulla riproposizione degli argomenti, già prospettati in primo grado, che dovrebbero condurre ad una diversa valutazione dei ricavi e dei costi del servizio, ma censura anche la mancanza nella sentenza di un'adeguata motivazione nel disattendere detti argomenti, e sottolinea l'aspetto fondamentale del travisamento da parte del TAR della consistenza dei ricavi dei servizi simili gestiti nei Comuni vicini.

8. Nel merito, l'appello è fondato e deve quindi essere accolto.

8.1. E' utile premettere che:

- in materia di concessione di servizi il rischio imprenditoriale di cui il concessionario è portatore discende non solo dal flusso di accesso degli utenti al servizio e dalle variazioni di mercato, ma anche da scelte dell'imprenditore in merito all'organizzazione dei propri mezzi e delle modalità di offerta del servizio, in quanto capaci di orientare la domanda e di condizionare, almeno in una certa misura, i fattori esogeni sopra indicati; pertanto, la previa stima approssimativa del fatturato compiuta dalla stazione appaltante non è neanche

astrattamente idonea a neutralizzare tale area imprenditoriale (in tal senso, Cons. Stato, III, n. 2926/2017);

- se nella *lex specialis* deve essere indicato il volume dei ricavi che il servizio può generare, al fine di orientare gli operatori economici sulla dimensione economica del servizio da dare in affidamento, l'operatore economico resta però libero, assumendosi il rischio imprenditoriale, di organizzare i propri mezzi e l'offerta, per massimizzare il guadagno derivante dalla concessione; di conseguenza, colui che partecipa a una gara per una concessione di servizi può formulare un'offerta ipotizzando che la gestione del servizio gli consenta di realizzazione ricavi maggiori rispetto a quelli stimati dall'amministrazione concedente e da questa indicati nella legge di gara, assumendosi però il rischio delle proprie valutazioni (in tal senso, T.A.R. Calabria, I, n. 1600/2017);

- tali orientamenti, espressi nella vigenza dell'art. 29 del d.lgs. 163/1996, restano validi anche alla luce dell'art. 167 del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 e s.m.i..

8.2. Il carattere orientativo della stima del fatturato non è smentito dalla considerazione delle caratteristiche specifiche della procedura di affidamento in esame; infatti:

- il criterio di aggiudicazione previsto dal bando è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo di cui all'art. 95, comma 2, del Codice; per l'offerta economica è previsto un aggio minimo in favore del Comune pari al 10% degli incassi, oggetto di rialzo da parte dei concorrenti, ma anche un canone concessorio annuo fisso pari ad € 15.000, indipendentemente dall'incasso complessivo annuale, per un totale di € 45.000 per i 36 mesi;

- prima della presentazione dell'offerta la ricorrente aveva richiesto alla stazione appaltante un chiarimento volto a conoscere gli importi dei ricavi incassati dai parcometri, negli anni 2017-2018-2019-2020 utilizzati al fine di individuare il valore stimato della concessione; a tale richiesta la stazione appaltante aveva risposto precisando che *"non esiste il dato richiesto. Come*

indicato al paragrafo 3 del disciplinare di gara ed all'art. 4 del Capitolato Speciale d'Appalto e negli altri allegati di progetto l'importo è stimato in via presuntiva sulla base dei calcoli degli introiti in relazione alla percentuale di occupazione degli stalli di sosta, alla durata giornaliera del servizio in relazione ai vari periodi annuali e zone, al numero dei giorni feriali di funzionamento nel corso dell'anno".

8.3. Quanto alla verifica dell'anomalia, va sottolineato che:

- SIS ha offerto un aggio del 22,2%;
- in data 29 aprile 2021, in sede di verifica dell'anomalia, SIS ha riscontrato la richiesta di giustificazioni prot. 0002361 del 28 aprile 2021, evidenziando di poter contare sulla presenza di importanti economie di scala in riferimento ai servizi ed alle forniture oggetto di offerta e fornendo un 'conto economico previsionale';
- secondo detta previsione, per il primo anno sono stimati costi pari ad € 180.546,95 con un totale di ricavi al netto dell'IVA pari a € 257.400,00 a cui vengono sottratti € 57.194,28 quale canone e maggior aggio a favore del Comune, con un utile finale pari a € 19.658,76; per il secondo anno, costi pari ad Euro € 181.132,78 e ricavi pari ad € 286.715,00 a cui vengono sottratti € 63.708,07, con un utile finale pari a € 41.868,14; infine, per il terzo anno, costi pari a € 183.297,27 e ricavi pari a € 287.431,79 a cui vengono sottratti € 63.867,34, con un utile finale pari a € 40.267,16;
- con nota prot. 0002998 in data 18 maggio 2021, il r.u.p., senza ulteriori spiegazioni, ha comunicato alla società che *"quanto prodotto da codesta società non consente di esprimere il giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta"* e richiedeva quindi di *"fornire ulteriori chiarimenti"*;
- in data 20 maggio 2021, S.I.S. ha provveduto a trasmettere ulteriori chiarimenti e informazioni su ognuna delle voci di costo esposte nel conto economico previsionale, corrispondenti agli elementi indicati nell'articolo 22 del disciplinare di gara, confermando la sostenibilità e la redditività della

commessa; in particolare, risultano indicati: i costi orari del personale, le spese generali, le “condizioni eccezionalmente favorevoli in merito all’esecuzione del servizio”, i costi della segnaletica, dei software palmari e della dotazione del personale, del trasporto valori, della telefonia, dell’affitto locali, dei varchi controllo ztl, dei materiali di consumo, delle biciclette a pedalata assistita, oltre agli oneri aziendali della sicurezza;

- dopo cinque mesi, con motivazione di identico contenuto per tutti i concorrenti che avevano presentato le giustificazioni - *“Non vi è relazione tra l’offerta economicamente più vantaggiosa presentata e l’importo a base di gara su cui fare riferimento ai fini della verifica di congruità, ma si prospettano valori di costo, in aumento, e ipotetici introiti, in aumento, in violazione del paragrafo 22 lett. f) del disciplinare di gara. Le giustificazioni devono essere riferite alle forniture e servizi di progetto ed a quelle offerte come migliorie e globalmente le stesse non devono superare l’importo a base di gara.”* (verbali del r.u.p. n. 2 in data 14 luglio 2021, per l’appellante, e n. 3 in data 13 ottobre 2021 per Sourceland e Publiparking) – è stata disposta l’esclusione per anomalia delle offerte e la gara è stata dichiarata deserta.

8.4. La motivazione con cui l’offerta dell’appellante è stata ritenuta incongrua appare dunque generica ed insufficiente, soprattutto se considerata nel contesto di una gara con parametri economici dichiaratamente approssimativi. Anche l’art. 22, lettera f), invocato dalla stazione appaltante, in realtà si limita a prevedere che le giustificazioni *“devono tenere conto ed essere poste in relazione diretta con l’offerta tecnica come presentata dal concorrente, pertanto devono considerare, ai fini della congruità, gli eventuali maggiori oneri derivanti dall’esecuzione, quale obbligo contrattuale, di quanto previsto nella predetta offerta tecnica”*.

Da tale previsione, anche alla luce di quanto indicato in premessa, non può farsi discendere un vincolo riguardo ai costi e ricavi indicati nel bando.

Pertanto, a fronte di giustificazioni analitiche dell’appellante, riguardo sia ai maggiori costi del lavoro sia ai maggior ricavi, non constano considerazioni

pertinenti a supporto della valutazione di anomalia.

8.5. Per di più, l'errore di valutazione del TAR sui dati sulle gestioni dei Comuni vicini prospettati (nel ricorso) dalla SIS, sembra trovare conferma dalla documentazione depositata in giudizio. E, dunque, tali dati, contrariamente a quanto ha ritenuto il TAR, corroborano la sostenibilità economica dell'offerta. In particolare, si tratta dei dati relativi a:

– Comune di Castro (LE): tariffa oraria € 1,00/ora per 910 stalli - ricavi al netto di IVA nel 2020 pari a € 376.665,50; nel 2021 (da gennaio a ottobre) al netto di IVA pari ad € 406.356,70;

- Comune di Porto Cesareo (LE): tariffa oraria in parte € 1.50/ora ed in parte € 1,00/ora per circa 1.250 stalli (attivi da giugno a ottobre) - ricavi al netto di IVA nel 2020 pari ad € 300.419,80; nel 2021 pari ad € 395.947,34;

- Comune di Ugento (LE): tariffa oraria € 0,60/ora per circa 1.200 stalli (attivi da metà giugno a metà settembre) - ricavi al netto dell'IVA nell'anno 2020 pari ad € 190.419,82; nel 2021 pari ad € 229.217,06.

8.6. Appare anche significativo che gli altri operatori partecipanti alla gara di Pulsano hanno stimato un valore di incasso analogo o anche superiore a quello individuato da SIS (€ 831.546,79) e largamente superiore a quello previsto dal Comune di Pulsano (€ 547.827,34 per trentasei mesi, ovvero € 182.609,11 per anno). Come risulta dal verbale in data 13 ottobre 2021, Sourceland ha stimato un valore di incassi pari a € 945.540,00 e Publiparking un valore pari a € 813.558,90 (non è noto il valore esposto da Traffic S.r.l., non avendo la stessa presentato i giustificativi e non essendo quindi il dato riportato nel predetto verbale).

Anche volendo ammettere che un'impresa del settore avesse ritenuto di partecipare comunque alla gara, presentando un'offerta basata su proiezioni di ricavi non reali e quindi sostanzialmente in perdita, appare poco verosimile che identica situazione si possa riferire a tutti (o quasi, restando incognite le previsioni di Traffic) i soggetti partecipanti alla procedura.

Tale ultima ipotesi sembra poco plausibile anche in considerazione del profilo soggettivo dell'appellante.

Infatti, S.I.S. (facente parte del gruppo Interparking) sottolinea di essere società leader sul mercato, operando da più di vent'anni in più di cento città italiane, svolgendo attività di servizi e di gestione di aree di sosta a pagamento e di fornitura, installazione, manutenzione ordinaria e straordinaria di parcometri e di tutte le infrastrutture connesse. Dunque, può presumersi che la società avesse a disposizione tutti i dati di esperienza per poter fare previsioni attendibili circa gli incassi di un servizio come quello oggetto di gara, potendo attingere ai dati delle gestioni del medesimo servizio in zone limitrofe con tariffe orarie e numero di stalli analoghi a quelli oggetto della gara indetta dal Comune di Pulsano (1.134 stalli).

8.7. In definitiva, il Comune di Pulsano, in sede di verifica dell'anomalia, si è limitato a ritenere imm modificabile la stima degli incassi dalla stessa effettuata ai fini della verifica della sussistenza di un utile di impresa (malgrado lo stesso disciplinare di gara, come esposto, preveda come possibile/probabile uno scostamento della stessa in sede di concreto esercizio della gestione del servizio), senza tener conto di ciò che la giurisprudenza ha definito un cardine del sistema (ovvero che l'operatore economico rimane libero, assumendosi il rischio imprenditoriale, di organizzare i propri mezzi e l'offerta del servizio, allo scopo di massimizzare il guadagno derivante dalla concessione), e senza neppure assumere alcuna informazione circa gli elementi sulla base dei quali tutti gli operatori economici avessero previsto una stima di incassi più alta.

Occorre dunque concludere che il giudizio espresso non è in grado di supportare il giudizio di incongruità dell'offerta, e deve essere ritenuto illegittimo.

9. Dall'accoglimento del ricorso in appello discende, in riforma della sentenza appellata, l'accoglimento del ricorso di primo grado e l'annullamento dei provvedimenti con esso impugnati. Restano salve eventuali ulteriori motivate valutazioni sulla congruità dell'offerta da parte dell'Amministrazione.

10. Poiché non vi sono elementi per supporre che, nelle more della decisione, sia stata espletata una nuova procedura di affidamento, non vi è motivo per esaminare la domanda risarcitoria, genericamente proposta con l'appello in via subordinata e non più coltivata nelle successive difese.

11. Sussistono giustificati motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio, salva la restituzione alla società ricorrente da parte del Comune di Pulsano del contributo unificato, se versato, per entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso proposto in primo grado ed annulla i provvedimenti con esso impugnati.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

Condanna il Comune di Pulsano alla restituzione alla società ricorrente del contributo unificato, se versato, per entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE

Pierfrancesco Ungari

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO