

N. 04916/2016REG.PROV.COLL.

N. 03606/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 3606 del 2016, proposto da:

Sigi Servizi Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Xavier Santiapichi C.F. SNTXVR68L10H501I e Edoardo Polacco C.F. PLCDRD56S16L049N, con domicilio eletto presso Xavier Santiapichi in Roma, via Antonio Bertoloni, 44;

contro

Comune di Sabaudia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto De Tilla C.F. DTLRRT57L14F839A, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via S. Nicola Da Tolentino, 50;

SIS - Segnaletica Industriale Stradale Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Cassamagnaghi C.F. C555FN70A12D286E, con domicilio eletto presso Tonio Di Iacovo in Roma, viale di Castro Pretorio, 122;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, n. 00201/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento della concessione di servizio della gestione di aree per il parcheggio a pagamento - MCP.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sabaudia e di SIS - Segnaletica Industriale Stradale Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2016 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Nicoletta Tradardi, su delega dell'avv. Xavier Santiapichi, Stefano Cassamagnani e Roberto De Tilla;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Latina, Sez. I, con la sentenza 31 marzo 2016, n. 201, ha accolto il ricorso proposto dall'odierna parte appellata S.I.S. - Segnaletica Industriale Stradale S.r.l., annullando l'atto di gestione

n. 150 del 12 novembre 2015 con cui è stata aggiudicata alla società SI.GI. Servizi S.r.l. la gara per "L'affidamento della concessione di servizio della gestione di aree per il parcheggio a pagamento".

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- Sussiste una carenza nella dimostrazione della capacità tecnica dell'aggiudicatario rapportata all'assenza, nella dichiarazione, di indicazioni sul numero di stalli richiesti ed all'inidoneità dei pregressi servizi perché resi presso tre distinti Comuni, laddove la disciplina di gara li richiedeva ma come svolti rispetto ad una sola città, relativi ad un numero di stalli inferiore rispetto sia a quello già fissato (1.500) che a quello (1.000) di cui al successivo avviso del 9 maggio 2015, parametro quest'ultimo (1.000 stalli) comunque non soddisfatto perché ricondotto a servizio risolto nel 2013, a servizio (parcheggio seminterrato a sbarre) diverso rispetto a quello posto in gara ed infine a servizio avviato in termini incompatibili (2014) rispetto a quelli richiesti dal bando (triennio 2011/2013);

- In disparte le vicende in esito alla legittimità o meno delle modifiche quanto al numero di stalli, non risulta adeguatamente contrastata l'assente imputazione ad una sola città dei servizi pregressi, nonché la dedotta irrilevanza di alcuni dei servizi indicati, perché diversi rispetto a quanto richiesto e riferibili ad ambiti temporali non coerenti con quanto fissato dal bando;

- Sussiste una carenza della richiesta capacità economica - finanziaria anche per quanto concerne il fatturato specifico, stante la risolutiva circostanza dell'inidoneità dell'avvalimento perché, diversamente da quanto richiesto dal bando, relativo ad un fatturato complessivo negli ultimi tre esercizi finanziari e ad un servizio diverso da quello posto in gara;

- Le iniziali disposizioni di gara presentavano una formulazione chiara e precisa e il Comune ha mutato i requisiti a suo tempo fissati con avviso che avrebbe richiesto, per ragioni di coerenza normativa, l'impiego di un identico sistema di pubblicizzazione, già ritenuto dal Comune adeguato, predisposto in funzione dell'osservanza di un principio generale di trasparenza e pubblicità, applicabile anche alle concessioni.

L'appellante contestava la sentenza del TAR, riproponendo l'eccezione di irricevibilità del ricorso disattesa dal TAR, ritenendone l'erroneità nel merito e chiedendo la reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituiva la parte appellata S.I.S. - Segnaletica Industriale Stradale S.r.l., chiedendo la reiezione dell'appello e riproponendo, ex art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi del ricorso di primo grado assorbiti dal TAR

Si costituiva anche il Comune a sostegno delle ragioni dell'appellante.

All'udienza pubblica del 27 ottobre 2016 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio rileva in punto di fatto che oggetto del giudizio è l'appalto per "l'affidamento della concessione del servizio di gestione di parcheggi a pagamento, anche da realizzare, compresa fornitura, installazione, manutenzione e gestione convenzionata parcometri, ausiliari del traffico e gestione multe CdS", indetto dal Settore Finanze e Tributi del Comune di Sabaudia con deliberazione n. 45 del 12 marzo 2015, per la durata di dodici anni, da aggiudicarsi attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e con valore del servizio stimato in circa 10.800.000,00 Euro.

Il relativo bando di gara è stato pubblicato sulla GUCE in data 18 marzo 2015 e sulla GURI in data 20 aprile 2015.

2. Passando all'esame dei motivi di appello, si deve rilevarne l'infondatezza, a prescindere dalla previa deliberazione circa l'inammissibilità e/o irricevibilità dell'appello di SIGI, così come eccepita dalla difesa dell'appellata SIS.

Il primo motivo di appello, con il quale l'appellante ripropone l'eccezione di irricevibilità del ricorso disattesa dal TAR, è infondato.

Infatti, l'appellata SIS ha ricevuto a mezzo PEC in data 13 novembre 2015 una nota dal Comune di Sabaudia (cfr. doc. 1 del fascicolo di primo grado di SIS) con cui, come previsto dall'art. 79 d.lgs. 163/2006, è stata informata che, con determinazione n. 150 del 12 novembre 2015, era stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara.

La Determinazione n. 150 del 12 novembre 2015, come attestato espressamente dal Comune di Sabaudia, costituisce l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara, in quanto dispone espressamente "di aggiudicare, in via definitiva, l'affidamento della concessione" (cfr. doc. 15 del fascicolo di primo grado del Comune).

Inoltre, il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva decorre dalla data di comunicazione alle imprese concorrenti di cui all'art. 79 d.lgs. n. 163-2006 e non dalla pubblicazione sull'albo pretorio.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, in effetti, la pubblicazione della delibera di aggiudicazione all'albo pretorio di per sé sola, non è idonea, nel sistema previsto dal ripetuto art. 79, comma 5, a determinare la decorrenza del termine d'impugnazione, se ad essa non si accompagna la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva a tutti gli interessati secondo la regola di cui al successivo comma 5-bis, facendo decorrere così il termine d'impugnazione di trenta giorni ex art. 120, comma 5, c.p.a." (cfr., ex multis, Consiglio di Stato n. 5070-2013).

Né può distinguersi ai fini dell'applicabilità di tali norme tra appalti e concessioni, poiché l'art. 120, comma 5, c.p.a. fa decorrere il termine di trenta giorni per la presentazione del ricorso esplicitamente "dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e tale disposizione è pienamente applicabile anche alle concessioni, atteso che l'art. 119 c.p.a., nel rinviare al successivo art. 120 c.p.a. per quanto riguarda il rito speciale concernente "le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture", non opera distinzioni di alcun tipo tra appalti e concessioni.

Pertanto, il ricorso di SIS, notificato in data 12 dicembre 2015, ha rispettato il termine di trenta giorni previsto.

3. Anche il secondo motivo di appello è infondato, atteso che il numero di stalli gestito da SIGI in ogni caso non soddisfa il numero richiesto originariamente dalla lex specialis di gara (1.500) e neppure quello modificato illegittimamente con il successivo avviso del 9 maggio 2015 (1.000), in quanto nessuno dei tre servizi indicati da questa è idoneo a soddisfare i requisiti.

Infatti, il primo servizio presso il Comune di Trasacco, non ha avuto "buon esito" (come espressamente richiesto dal Disciplinare) in quanto "risolto nel 2013". La circostanza della risoluzione del servizio gestito da SIGI presso il Comune di Trasacco è stata comprovata per via documentale (cfr. doc. 9 del fascicolo di primo grado di SIS) e non viene smentita esplicitamente dalla parte appellante.

Il secondo servizio indicato dall'appellante SIGI presso il Comune di Tagliacozzo è inidoneo, in quanto riguarda un servizio (parcheggio seminterrato a sbarre) diverso da quello posto in gara.

Tale servizio non può reputarsi neppure come analogo, differenziandosi all'evidenza la gestione di un parcheggio seminterrato a sbarre e la gestione della sosta in un parcheggio a pagamento, tipizzati dall'esistenza di parcometri, ausiliari del traffico e gestione delle multe che in nulla sono sovrapponibili al servizio indicato dall'appellante SIGI.

Il terzo servizio indicato dall'appellante SIGI presso il Comune di Pescasseroli, risulta avviato in termini incompatibili (2014) rispetto a quello richiesti dal bando (triennio 2011-2013).

La circostanza che il servizio presso il Comune di Pescasseroli abbia avuto inizio nel 2014 è stata dimostrata per tabulas (cfr. doc. 11 del fascicolo di primo grado di SIS) e non è mai stata smentita dimostrando che l'aggiudicazione definitiva e, soprattutto, la stipula del contratto, fosse avvenuta prima del 2014.

Nel caso di specie, peraltro, il bando di gara, non impugnato da SIGI, era chiarissimo nel circoscrivere la cornice temporale di riferimento per tali requisiti, i quali dovevano espressamente riguardare servizi gestiti "nel triennio 2011-2013".

Peraltro, per poter utilmente partecipare e concorrere alla procedura di gara, occorre soddisfare il requisito originario dei 1.500 stalli previsto dal bando, dal momento che l'avviso datato 9 maggio 2015, con cui il Comune ha inteso modificare la lex specialis di gara, riducendo tale misura a 1.000 stalli, è da considerarsi illegittimo.

Sono, infatti, illegittime tutte le modifiche od integrazioni della lex specialis che non hanno goduto delle identiche garanzie di pubblicità dovute per il bando di gara, con la conseguenza che deve continuare a farsi riferimento al requisito di 1.500 stalli, non soddisfatto dall'aggiudicataria, come meglio si dirà nel punto 6 della presente sentenza.

4. Anche il terzo motivo di appello è infondato, posto che l'appellante SIGI non ha indicato precedenti servizi gestiti in un'unica città, come richiesto dalla stazione appaltante, ma in tre diverse cittadine: Tagliacozzo, Trasacco e Pescasseroli.

L'appellante sostiene che il bando prevedesse che i servizi dovessero essere stati svolti "in almeno una città", con ciò, secondo l'appellante, "potendosi dunque cumulare più città contemporaneamente".

A prescindere dalla circostanza che tale lettura esegetica non è ricavabile dal tenore letterale delle disposizioni della lex specialis, sussiste comunque uno specifico chiarimento reso dalla stazione appaltante al riguardo, e mai contestato dall'appellante, limpido nel precisare che "la gestione deve essere riferita a una singola città e non risultante dalla sommatoria di più gestioni per diverse città" (cfr. doc. 7 del fascicolo di primo grado di SIS).

5. Anche il quarto motivo di appello è infondato, atteso che l'appellante neppure possiede i requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti dalla lex specialis, e doveva, anche per questo, essere esclusa dalla gara.

Nel caso di specie, è evidente l'inidoneità dell'avvalimento a soddisfare il requisito richiesto perché, diverso da quanto richiesto dal bando, relativo ad un fatturato complessivo negli ultimi tre esercizi finanziari e ad un servizio diverso da quello posto in gara.

Il bando di gara richiedeva "di aver realizzato nel triennio 2011-2013 un fatturato annuo ai fini IVA per ciascun anno per servizi identici per un valore superiore a Euro 2.000.000".

Con il già citato avviso del 9 maggio 2015, il Comune di Sabaudia precisava il significato del termine "fatturato": "quella capacità economica va intesa come valore della produzione realizzata" e riportata nella voce AI del bilancio ex art. 2425 del c.c., per ciascun anno, per un valore pari o superiore a €1.500.000,00.

A prescindere dalla modificazione illegittima dell'entità del fatturato, si evidenzia comunque che l'aggiudicataria, per il requisito del fatturato, ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento, indicando come ausiliaria la società Cooperativa Sociale Integrata Progetto Colonna e rendendo una dichiarazione riferita al fatturato realizzato complessivamente negli ultimi tre esercizi finanziari.

Pertanto, il fatturato dichiarato dall'appellante è quello realizzato "negli ultimi tre esercizi" e non, invece, quello "per ciascun anno", come richiesto dal bando sia nella versione originaria sia in quella emendata dall'avviso del 9 maggio 2015.

Peraltro, è rimasto indimostrato se l'appellante SIGI, per tramite dell'ausiliaria, avesse in concreto detto requisito riferito a ciascun anno.

Né può essere data dimostrazione di tale requisito in maniera alternativa, attraverso le sole referenze bancarie richieste ed escludendo, invece, il fatturato.

La lex specialis era infatti chiarissima nel richiedere, a compiuta dimostrazione della predetta capacità, sia le referenze bancarie sia il fatturato.

Né, in proposito, è applicabile il disposto di cui all'art. 41, comma 3, d.lgs. n. 163-2006 che in merito alla dimostrazione della capacità economico-finanziaria statuisce che essa può essere fornita "mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante", il che è possibile soltanto laddove detto "concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste".

È solo al ricorrere di tale condizione, che non risulta richiamata dall'appellante SIGI in sede di offerta che è applicabile detta disposizione.

6. Infine, è infondato l'ultimo motivo di appello di SIGI, posto che sono all'evidenza illegittime le modifiche del bando di gara, pubblicato in Gazzetta Ufficiale, disposte dal Comune di Sabaudia con meri avvisi, pubblicati sul proprio sito web.

Infatti, come già detto, l'avviso del 9 maggio 2015 non può legittimamente avere valore di modifica rispetto a quanto previsto dal bando di gara, vigendo un divieto di modificare o integrare la lex specialis se non attraverso atti che abbiano goduto delle identiche garanzie di pubblicità dovute per il bando di gara.

E' sufficiente una mera lettura dell'avviso de quo per ricavarne l'evidente contenuto modificativo e non meramente interpretativo dei requisiti di cui si tratta (ad esempio numero di stalli e importo del fatturato, già ricordato), non avendo tale avviso lo scopo di rimediare a disposizioni della lex specialis oscure o poco comprensibili, ma ponendo un vero e proprio intervento di modifica o rettifica della medesima.

Né può ritenersi, come deduce l'appellante, che erroneamente il TAR abbia fatto applicazione di norme del codice appalti in realtà non valide per le concessioni pubbliche, trattandosi di operatività non di specifiche norme, bensì di uniformi principi generali di trasparenza e pubblicità delle gare, certamente applicabili anche alle concessioni.

Né, infine, può ritenersi che la pubblicazione sul sito internet del Comune di Sabaudia degli avvisi sarebbe, di per sé, idonea e legittima, poiché l'illegittimità in questo caso deriva dalla differenza tra il mezzo di pubblicazione originario del bando e quello, successivo, delle modifiche alla stessa.

L'avviso è pertanto illegittimo per non essere stato pubblicato, al pari della lex specialis originaria che andava ad integrare e modificare, sulla Gazzetta Ufficiale, ponendosi così in violazione del principio generale di pubblicità vigente in

materia di contratti pubblici, nonché di concorrenza rispetto agli operatori interessati alla gara, potendo tali modifiche alterare la platea dei concorrenti.

Peraltro, l'interesse dell'attuale appellata SIS a censurare dette modifiche sussiste in quanto, a seguito della modifica dei requisiti di partecipazione, la SIS si è classificata al secondo posto in graduatoria, cosa che non si sarebbe verificata qualora i requisiti medesimi fossero rimasti quelli del bando originario.

Se, infatti, si deve continuare a farsi riferimento, come soglia di fatturato richiesto per la dimostrazione della capacità economica finanziaria, al valore di 2.000.000 di Euro e, come numero degli stalli richiesti per soddisfare i requisiti di capacità tecnica, a 1.500, si evidenzia che nessuno di tali requisiti risulta soddisfatto dall'appellante SIGI.

7. Le censure dell'appellata SIS riproposte in appello ex art. 101, comma 2, c.p.a. restano assorbite, in quanto riproposte "nella denegata ipotesi in cui l'appello di SIGI dovesse trovare accoglimento".

8. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto, in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

Definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella