

Pubblicato il 22/06/2023

N. 02090/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00591/2023 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 Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 591 del 2023, proposto da S.I.S. Segnaletica Industriale Stradale S.r.l. a Socio Unico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Cristina Lenoci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Castellammare del Golfo, Asmel Consortile S.C. a r.l., non costituiti in giudizio;

nei confronti

Ecoparking S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimiliano Mangano, Lucia Interlandi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Massimiliano Mangano in Palermo, via Nunzio Morello n. 40;

per l'annullamento

- della Determinazione del Responsabile del IV Settore del Comune di Castellammare del Golfo n. 243 del 7 marzo 2023, ad oggetto: “determina di

approvazione dei verbali di gara e della contestuale presa d'atto della proposta di aggiudicazione della procedura aperta sulla piattaforma ASMECOMM con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento in concessione del servizio di gestione delle aree destinate a parcheggio a pagamento non custodito, con parcometri elettronici a servizio di ausiliari del traffico, compresa la manutenzione della segnaletica orizzontale, con l'integrazione del servizio bus navetta estivo e le attività di gestione e controllo della ZTL per la durata di anni sette", comunicata a mezzo pec con nota prot. n. 12707 del 23 marzo 2023 ed ostesa nella sua interezza il successivo 6 aprile 2023;

- di ogni atto connesso, sia presupposto che consequenziale, ancorché non conosciuto e comunque lesivo, ivi compresi, ove occorra e per quanto di interesse: 1) la nota prot. n. 12707 del 23 marzo 2023, a firma del Responsabile del IV Settore del Comune di Castellammare del Golfo e contempo Responsabile Unico del Procedimento, notificata a mezzo pec in pari data, recante la comunicazione di aggiudicazione definitiva disposta con la Determinazione n. 243 del 7 marzo 2023; 2) i verbali di gara relativi sia alle sedute pubbliche che riservate, ossia i verbali n. 1 del 18 gennaio 2023, n. 2 del 25 gennaio 2023, n. 3 dell'8 febbraio 2023 e n. 4 del 17 febbraio 2023; 3) le note di chiarimenti al RUP prot. n. 2023/5132 del 31 gennaio 2023, allegata al verbale n. 3 dell'8 febbraio 2023; 4) la nota del RUP datata 1 febbraio 2023, allegata al verbale n. 3 dell'8 febbraio 2023, con cui è stato dato riscontro alla richiesta di chiarimenti prot. n. 2023/5132; 5) tutti gli atti relativi al procedimento di verifica dell'effettivo possesso, da parte della Ecoparking s.r.l. dei requisiti prescritti, ex art. 32, comma 7, d. lgs. n. 50 del 2016; 6) il verbale di consegna dei lavori e/o comunque qualsivoglia atto e/o provvedimento propedeutico o comunque connesso all'esecuzione in via d'urgenza dell'appalto, ad oggi non conosciuto/i; 7) la proposta di aggiudicazione contenuta nei verbali di seduta telematica; 8) il bando di gara; 9) il disciplinare di gara; 10) il capitolato speciale d'appalto; 11) lo schema di

contratto; 12) la Determinazione del Responsabile del IV Settore del Comune di Castellammare del Golfo n. 412 del 4 del 7 aprile 2022 di avvio del procedimento di affidamento in concessione del servizio; nonché per la declaratoria d'inefficacia del contratto che sia stato o dovesse essere nelle more stipulato tra il Comune di Castellammare del Golfo e la Ecoparking s.r.l.; e per il risarcimento dei danni in forma specifica, anche mediante subentro nel contratto o, in via subordinata, per equivalente monetario da quantificarsi in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ecoparking S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2023 il dott. Bartolo Salone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso depositato in data 21.04.2023, la S.I.S. Segnaletica Industriale Stradale s.r.l. a socio unico ha impugnato – chiedendone l'annullamento previa sospensione e con richiesta di conseguire l'aggiudicazione e subentrare nel contratto eventualmente stipulato e, in subordine, di risarcimento del danno – la determinazione del Responsabile del IV Settore del Comune di Castellammare del Golfo n. 243 del 7 marzo 2023, con cui è stata aggiudicata a Ecoparking s.r.l. la concessione del servizio *“di gestione delle aree destinate a parcheggio a pagamento non custodito, con parcometri elettronici a servizio di ausiliari del traffico, compresa la manutenzione della segnaletica orizzontale, con l'integrazione del servizio bus navetta estivo e le attività di gestione e controllo della ZTL per la durata di anni sette”*, nonché delle relative operazioni e dei presupposti verbali di gara.

Al riguardo ha precisato che:

- alla procedura in argomento, indetta dal Comune di Castellammare del Golfo con determina a contrarre n. 412 R.G. del 07.04.2022 e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo ai sensi degli artt. 60 e 95 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, hanno partecipato due sole concorrenti, ossia la società odierna controinteressata, Ecoparking s.r.l., e la società ricorrente, SIS s.r.l.;
- la commissione ha proceduto alla valutazione delle offerte tecniche, assegnando ad Ecoparking il massimo punteggio (70 punti) e a SIS punti 54;
- dopo avere proceduto all'apertura dell'offerta economica, la commissione ha riscontrato che l'offerta di SIS è stata pari a 21,120%, mentre il rialzo di Ecoparking è stato del 210,511%, così da determinare un aggio percentuale in favore del comune del 42,102%;
- in totale ad Ecoparking sono stati assegnati per l'offerta economica punti 30/30 mentre a SIS 3,009/30;
- la graduatoria vedeva perciò Ecoparking al primo posto con un punteggio complessivo di 100 seguita da SIS con soli punti 57,009, dal che l'aggiudicazione della concessione a Ecoparking s.r.l. con il provvedimento oggetto di gravame.

A fondamento della spiegata impugnativa, la ricorrente ha posto i seguenti motivi di censura:

1. – Violazione di legge. Violazione del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della P.A. ex art. 97 Cost.. Violazione del principio del giusto procedimento. Violazione degli artt. 4, 30, 83, 94 e 95 d. lgs. n. 50 del 2016. Violazione degli artt. 3, 13.2.1. e 17 del disciplinare di gara, per come anche recepiti dal capitolato speciale d'appalto. Violazione del principio dell'autovincolo. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto ed in diritto, difetto finanche assoluto di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, illogicità, perplessità, ingiustizia manifesta;

2. – *Violazione di legge. Violazione del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della P.A. ex art. 97 Cost.. Violazione del principio del giusto procedimento. Violazione degli artt. 4, 30, 83, 94, 95 e 97 del d. lgs. n. 50 del 2016. Violazione degli artt. 3, 13.2.1. e 17 del disciplinare di gara, per come anche recepiti dal capitolato speciale d'appalto. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto ed in diritto, difetto finanche assoluto di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, illogicità, perplessità, ingiustizia manifesta.*

Ecoparking s.r.l., costituitasi in giudizio, ha variamente dedotto l'infondatezza del ricorso nonché l'inammissibilità dei c.d. "motivi intrusi" prospettati nella sola parte in fatto del mezzo di gravame.

Il Comune di Castellammare del Golfo è rimasto contumace.

Indi, all'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2023, previo deposito di memorie conclusive e di replica a opera delle parti, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

Col primo motivo di ricorso si deduce l'illegittimità dell'offerta economica della controinteressata per violazione dell'art. 13.2.1 lett. C) del disciplinare di gara. Infatti, a dispetto di una previsione del disciplinare che prevede che il concorrente non possa indicare un rialzo pari a "0" o "100", sarebbe illegittima l'indicazione di un rialzo pari a 210,511% da parte della Ecoparking. Ciò implicherebbe l'esclusione della controinteressata dalla procedura, anche in applicazione dell'art. 17 del disciplinare il quale prevede la sanzione espulsiva per il caso di offerte economiche predisposte in difformità dello schema generato dalla piattaforma.

L'interpretazione della *lex specialis* offerta dalla società ricorrente non è persuasiva.

A questo proposito, occorre richiamare brevemente le pertinenti disposizioni del disciplinare di gara.

L'art. 3 del disciplinare stabilisce:

*“Il valore dell’appalto, nella misura dell’importo massimo pagabile dalla Stazione appaltante nell’arco di tempo della durata dello stesso (7 anni), determinato sulla base degli incassi degli esercizi passati, dal 2015 al 2019, e del numero di stalli totali (610 esistenti + 140 da realizzare), è pari a € 1.680.000,00 (80% * € 2.100.000) oltre IVA.*

La base d’asta sulla quale l’Operatore economico dovrà offrire in sede di gara una percentuale al rialzo è di € 2.100.000 e tale percentuale al rialzo non inferiore al 20%”.

L’art. 13.2.1 del disciplinare, circa le modalità di presentazione dell’offerta economica, specifica al comma secondo e per quanto di interesse:

“L’Offerta economica contiene:

- Il rialzo percentuale offerto sull’importo a base di gara con una percentuale minima del 20% riconosciuta alla Stazione Appaltante.

(...)

Si precisa che:

- le celle poste sotto il campo “Offerta economica” e “Offerta Tempo” devono contenere esclusivamente valori numerici e non devono riportare il simbolo di percentuale (%);

il numero massimo di cifre decimali da inserire per la formulazione del ribasso è 3 (tre);

non è possibile inserire i valori “0 (zero)” o “100 (cento)” nella cella relativa alla formulazione dell’offerta economica;

non è possibile lasciare vuote le celle;

prima di formulare la propria offerta, il concorrente è tenuto a considerare attentamente l’importo posto a base d’asta per ogni singolo lotto”.

Infine, l’art. 17 del disciplinare ha previsto il “CONTENUTO DELLA BUSTA TELEMATICA “C” – OFFERTA ECONOMICA”, specificando:

“La busta “C – Offerta economica” contiene, a pena di esclusione, l’offerta economica predisposta secondo lo schema generato dalla piattaforma (vedi

modalità di presentazione dell'offerta) allegato al presente disciplinare di gara e contenere i seguenti elementi:

a) rialzo percentuale, espresso in cifre, offerto sull'importo a base d'asta (al netto di IVA e degli oneri di sicurezza). Verranno prese in considerazione fino a tre cifre decimali;

b) la stima dei costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 95, comma 10 del Codice. Detti costi relativi alla sicurezza connessi con l'attività d'impresa dovranno risultare congrui rispetto all'entità e le caratteristiche delle prestazioni oggetto dell'appalto;

c) la stima dei costi della manodopera, ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice;

L'offerta economica, a pena di esclusione, è sottoscritta con le modalità indicate per la sottoscrizione della domanda di cui ai paragrafi precedenti”.

In linea generale, occorre ribadire che l'interpretazione degli atti amministrativi, ivi compresi i bandi di gara, soggiace alle stesse regole dettate dagli artt. 1362 e ss. cod. civ. per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale - con esclusione di ogni ulteriore procedimento ermeneutico in caso di clausole assolutamente chiare - ma, in caso di omissioni od ambiguità delle singole clausole, con la necessità del ricorso ad altri canoni ermeneutici, tra cui quello dettato dall'art. 1363 cod. civ. e quello dell'interpretazione secondo buona fede; corollario in materia di procedure di gara ad evidenza pubblica è la necessità di attuare il principio del *favor participationis* secondo il quale, in caso di clausole del bando ambigue o dubbie, va preferita la soluzione che tende ad estendere la platea dei partecipanti alla gara, e non quella restrittiva della partecipazione, al fine di realizzare l'interesse dell'amministrazione alla selezione della migliore offerta presentata tra quelle concorrenti (così, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 23/11/2022, n.10301).

Ebbene, nel caso di specie, la *lex specialis* non contiene un divieto esplicito per i concorrenti di presentare offerte al rialzo per valori percentuali superiori

al 100%, ma si limita unicamente ad indicare come impossibile l'inserimento dei valori "0" e "100" nella cella relativa alla formulazione dell'offerta economica. Tale preclusione risponde, a giudizio del Collegio, ad una esigenza tecnica di dialogo con il sistema informatico, che evidentemente non è in grado di ricevere offerte con i valori 0 e 100 e, in mancanza di chiari e contrari indici emergenti dal testo del disciplinare di gara, non pare esprimere la volontà della stazione appaltante di non accettare rialzi superiori al 100% dell'importo a base d'asta.

Ciò trova indirettamente conferma nella circostanza che, in realtà, il vero valore minimale di ammissibilità del rialzo era fissato dalla *lex specialis* nella percentuale del 20%, al di sotto della quale l'offerta non sarebbe stata ammissibile. Ne deriva che, qualora l'art. 13.2.1 avesse inteso fissare un criterio di ammissibilità dell'offerta economica, avrebbe dovuto vietare – coerentemente con le altre previsioni della *lex* di gara – l'inserimento dei valori da "0" a "19" e non solo del valore "0", risultando allora palese come il divieto di inserimento dei valori "0" e "100" risponda a diversa finalità, di ordine squisitamente tecnico, come d'altronde sembra suggerire la collocazione sistematica della previsione nell'ambito delle disposizioni relative (non ai requisiti di ammissione ma) alle modalità di compilazione della domanda.

Al contrario, l'interpretazione proposta dalla parte ricorrente impedirebbe la presentazione di rialzi superiori al 100% della base d'asta, in mancanza di una disposizione espressa della *lex specialis* e in violazione dei canoni ermeneutici di interpretazione letterale e sistematica (per le incongruenze appena rilevate) e, in definitiva, del principio del *favor participationis*.

Il primo motivo di ricorso deve essere pertanto disatteso.

Col secondo motivo la ricorrente deduce la violazione della medesima norma del disciplinare sotto differente profilo, sostenendo che, avendo offerto un rialzo percentuale del 210,511, la Ecoparking avrebbe dovuto riservare alla p.a. un aggio del 62,102% e, in tal caso, il Comune avrebbe dovuto sottoporre

l'offerta a verifica di anomalia ai sensi dell'art. 97, comma 6, d. lgs. n. 50/2016. Invero, secondo la parte ricorrente, *“il dover corrispondere alla Stazione appaltante un 20% in più rispetto al 42,102% indicato come aggio nella offerta economica implica una contrazione annuale del giro d'affari della Ecoparking di circa € 60.000, il che rende palesemente l'offerta di quest'ultima inattendibile e/o comunque non chiaramente ed ancor meno univoca e, pertanto, inammissibile”*.

Secondo il Collegio, è corretta l'indicazione dell'aggio da riconoscere al Comune appaltante. Infatti, l'aggio riservato alla p.a. è, in base all'art. 13.2.1 lett. C) del disciplinare, del 20%, da riferire evidentemente all'importo a base di gara di € 2.100.000, altrimenti non si spiegherebbe la previsione dell'art. 3 del disciplinare, per cui non possono essere proposti rialzi inferiori al 20% sulla base d'asta come sopra indicata.

Nella fattispecie, la Ecoparking offre un aggio del 42,102% sull'importo a base d'asta (calcolato quindi al 20% del rialzo percentuale offerto, del 210,510%), addirittura superiore alla percentuale minima richiesta dal disciplinare (20% dell'importo a base d'asta). Tale aggio è stato determinato, senz'altro, nel rispetto delle indicazioni della *lex specialis* e, precisamente, nell'osservanza della percentuale minima ivi indicata.

Non trova invece riscontro nella *lex* di gara l'interpretazione surrettiziamente avvalorata dalla ricorrente, per cui il 20% debba essere ritenuto come incrementativo della percentuale riservata alla p.a. a titolo di aggio, perché solo così si addivene alla determinazione, peraltro del tutto teorica in quanto non corrispondente all'offerta concretamente formulata dalla Ecoparking in corso di gara, del 62,102% (20%+42,102%).

Inoltre, alla luce di quanto testé argomentato, vengono meno sicuramente le ragioni di possibile anomalia dell'offerta prospettate dalla ricorrente, tali da richiedere l'avvio delle verifiche (solo facoltative) allorché, in relazione al numero degli operatori economici in competizione inferiore a tre, l'art. 97, comma 6, ultimo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, ammette che *“la stazione*

appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”.

Il ricorso, in definitiva, va rigettato, attesa l'infondatezza dei motivi di censura prospettati.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano nella misura quantificata in dispositivo ai sensi del d.m. n. 55/2014 in ragione del valore della causa e della complessità delle questioni affrontate, avendo riguardo ai minimi tariffari in ragione della concreta attività difensiva svolta limitata alla fase studio, alla fase introduttiva e a quella decisionale; non si procede alla liquidazione della fasi istruttoria/trattazione, in quanto nessuna attività difensiva rilevante è stata concretamente spesa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società ricorrente a rifondere a Ecoparking s.r.l. le spese del giudizio, che liquida in € 5.300,00 (cinquemilatrecento/00) per compensi, oltre spese forfettarie, IVA e CPA come per legge, e ne ordina la distrazione in favore dei procuratori antistatari.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Presidente

Bartolo Salone, Referendario, Estensore

Mario Bonfiglio, Referendario

L'ESTENSORE

Bartolo Salone

IL PRESIDENTE

Guglielmo Passarelli Di Napoli

IL SEGRETARIO