

09126/2023REG.PROV.COLL.

03460/2023 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 in appello numero di registro generale 3460 del 2023, proposto da S.i.s. Segnaletica Industriale Stradale s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 931219171C, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Bricchi ed Ermanno Vaglio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Ermanno Vaglio in Milano, via Vittor Pisani, 20;

contro

Comune di Fasano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Ottavio Carparelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Abaco s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 147/2023, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2023 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Vaglio e Torino, in delega dell'Avv. Carparelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato sulla Guue il 15 luglio 2022, il Comune di Fasano (BR) – Servizio Autonomo Polizia locale indiceva procedura di gara per l’affidamento in concessione per la durata di cinque anni del servizio di gestione della sosta a pagamento nella stessa città di Fasano; risultava aggiudicataria della procedura la Abaco s.p.a.

2. Avverso tale aggiudicazione e gli altri atti di gara proponeva ricorso la seconda classificata in graduatoria S.i.s. Segnaletica Stradale Industriale s.r.l. deducendo, da un lato, l’illegittimità della verifica di anomalia, considerato che l’offerta della controinteressata era stata formulata in base al prezzario regionale del 2019, non più in vigore, con ribasso del 50% dei relativi costi; dall’altro, l’erronea attribuzione del punteggio previsto dal punto 3 dell’art. 17.1 del disciplinare relativo alla “*Realizzazione di un’area a parcheggio*”. La ricorrente avanzava anche domanda di risarcimento del danno.

3. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza del Comune di Fasano, respingeva il ricorso.

Riteneva infondata la prima doglianza, atteso che la differenza del costo dei lavori in base ai prezzari, rispettivamente, del 2019 e del 2022 non era idonea a inficiare la sostenibilità economica dell’offerta (dando luogo a un mero incremento di costo pari a € 11.283,77), e che la Abaco aveva fornito un computo metrico estimativo delle opere che la stazione appaltante aveva ritenuto congruo, e su cui la stessa ricorrente non aveva avanzato specifici e concreti rilievi. A ciò aggiungeva che il prezzario regionale è previsto dall’art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50 del 2016 quale parametro per l’amministrazione per determinare la base d’asta, sicché la previsione di prezzi ribassati (in specie, nella misura del 50% rispetto allo stesso prezzario) è di sua espressione del meccanismo concorrenziale.

La sentenza dichiarava inoltre inammissibile la seconda doglianza in quanto impingente nel merito delle valutazioni tecnico-discrezionali operate dalla stazione appaltante, in assenza di profili di macroscopica illogicità o incongruenza del giudizio emergenti dalla censura.

4. Avverso la sentenza ha proposto appello la S.i.s. deducendo:

I) *error in iudicando*: violazione dell’art. 97 Cost.; violazione dell’art. 1, comma 1 e 3, l. n. 241 del 1990; violazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficacia dell’azione amministrativa; violazione degli artt. 23, comma 16, 26, comma 4, 30, comma 1, 95, comma 1, e 97 d.lgs. n. 50 del 2016; eccesso di potere; contraddittorietà; inesistenza e/o travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; ingiustizia ed illogicità manifesta; violazione dei principi di *favorparticipationis* di libera concorrenza;

II) *error in iudicando*: violazione dell’art. 17.1 del disciplinare di gara; violazione del principio della *par condicio* tra concorrenti; eccesso di potere; difetto di motivazione e di istruttoria; travisamento dei fatti; illogicità delle motivazioni.

L’appellante ripropone anche domanda di risarcimento del danno, già avanzata in primo grado.

5. Resiste al gravame il Comune di Fasano, chiedendone la reiezione, mentre non s’è costituita in giudizio l’intimata Abaco s.p.a.

6. All’udienza pubblica del 12 ottobre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Può prescindersi dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate dall'amministrazione – salvo quanto di seguito esposto in relazione ai singoli motivi di doglianza – stante il rigetto nel merito del gravame.

2. Col primo motivo d'impugnazione la S.i.s. si duole dell'errore in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado nel respingere la censura con cui aveva dedotto l'insostenibilità dell'offerta presentata dalla controinteressata; detta offerta è stata infatti calcolata sulla base di un prezzario regionale risalente al 2019 e non più in vigore, nonché ribassata nella misura addirittura del 50% rispetto a tale prezzario senza alcuna prova documentale della possibilità di ottenere un siffatto sconto.

Facendo applicazione del nuovo prezzario regionale e sommando l'importo pari al ribasso indicato dalla Abaco, nonché aggiungendo gli oneri di sicurezza, risulta una maggior somma di € 122.989,00 rispetto a quella prevista dalla controinteressata, non coperta dall'utile esposto, pari a soli € 9.256,09 annui.

In tale contesto, il maggior costo derivante dall'applicazione del prezzario regionale vigente (pari a € 11.283,77) vale già di suo a ridurre sensibilmente l'utile (pari a complessivi € 46.280,00); basterebbe perciò un maggior costo di forniture (anche per soli € 35.000,00) rispetto a quello indicato dall'aggiudicataria per erodere completamente l'utile.

Nella specie, alla luce delle suddette circostanze, ricorrevano i presupposti di manifesta erroneità o irragionevolezza dell'offerta e sua giustificazione.

Il giudice di primo grado avrebbe operato peraltro, al riguardo, un'illegittima inversione dell'onere della prova, gravando la ricorrente di un "onere investigativo" volto a dimostrare quali siano i reali costi cui va incontro il concorrente.

Per converso, la ricorrente ha evidenziato quali siano i corretti costi di mercato, i quali non consentono di ottenere sconti sui prezziari nella misura del 50%; la stessa S.i.s. ha formulato infatti la propria offerta sulla base dei più alti (ed effettivi) costi, indicando un ribasso ben più contenuto di quello della Abaco, e il che parimenti vale per gli altri concorrenti in gara.

In tale contesto, le giustificazioni offerte dalla Abaco risulterebbero generiche e inidonee a dimostrare la sostenibilità dell'offerta, né la stazione appaltante ha acquisito ulteriore documentazione al riguardo.

Del pari erroneo sarebbe il mancato accoglimento dell'istanza istruttoria formulata dalla ricorrente, relativa allo svolgimento di Ctu al fine di valutare la congruità dell'offerta di Abaco, istanza qui riproposta dalla S.i.s.

2.1. Il motivo non è divisibile.

2.1.1. Occorre premettere in prospettiva generale che, secondo consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, il giudizio sull'anomalia dell'offerta espresso dalla stazione appaltante "è rimesso a valutazione tecnico-discrezionale della stessa, insindacabile in sede giurisdizionale salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato renda palese l'inattendibilità complessiva del giudizio o dell'offerta" (cfr., *inter multis*, Cons. Stato, V, 10 maggio 2023, n. 4731; 21 marzo 2023, n. 2873; 16 febbraio 2023, n. 1652; 28 dicembre 2022, n. 11465; 3 maggio 2022, n. 3453; 28 febbraio 2022, n. 1412; 4 agosto 2021, n. 5754; 8 aprile 2021, n. 2843; 8 gennaio 2021, n. 295; 30 novembre 2020, n. 7554; 23 novembre 2020, n. 7255; 2 ottobre 2020, n. 5777; 17 giugno 2019, n. 4050; 26 novembre 2018, n. 6689; 17 maggio 2018, n. 2953; 24 agosto 2018, n. 5047; Id.,

III, 14 maggio 2021, n. 3817; 18 gennaio 2021, n. 544; 14 ottobre 2020, n. 6209; 18 settembre 2018, n. 5444).

In tale contesto, la giurisprudenza ha chiarito che la valutazione svolta sull'anomalia ha carattere sintetico e globale e non richiede, in caso di esito favorevole, un'approfondita motivazione da parte dell'amministrazione (cfr., sui vari profili, Cons. Stato, V, 2 aprile 2021, n. 2747; III, 28 dicembre 2020, n. 8442; 14 ottobre 2020, n. 6209; 24 febbraio 2020, n. 1347; V, 28 ottobre 2019, n. 7391).

Alla luce di ciò, nonché in ragione dei principi processuali sull'onere probatorio, incombe sul ricorrente che voglia contestare per ragioni di anomalia l'offerta della controinteressata offrire dimostrazione della manifesta irragionevolezza o macroscopica erroneità della (diversa) valutazione espressa dalla stazione appaltante al riguardo (cfr. Cons. Stato, V, 4 novembre 2022, n. 9691; IV, 4 giugno 2020, n. 3528; V, 30 dicembre 2019, n. 8909).

2.1.2. Facendo applicazione dei suesposti principi al caso di specie, emerge l'infondatezza delle censure sollevate dalla S.i.s.

Va osservato anzitutto che l'oggetto dell'affidamento consiste nella "concessione del servizio di gestione dei parcheggi pubblici" (cfr. disciplinare, *sub* art. 3). Rispetto a ciò i lavori per la "Realizzazione di un'area a parcheggio" (disciplinare, *sub* art. 17.1, n. 3, e riferimenti ai correlati elaborati) rappresentano solo *uno* degli elementi previsti dalla *lex specialis* fra le prestazioni del concessionario, pur associato ad apposito sub-criterio valutativo: rimane comunque ferma la previsione del Pef, quale strumento centrale di governo e conformazione economico-finanziaria della concessione, da produrre non a caso unitamente alla formulazione dell'unitario ribasso (*rectius* "rialzo" sul canone di concessione) offerto dai concorrenti.

In tale contesto, è anzitutto da ritenere parziale e limitante un'analisi critica che voglia dimostrare l'insostenibilità dell'offerta concentrandosi soltanto su uno dei suoi elementi, nei termini suindicati, non potendo prescindere a tal fine dal perimetro complessivo della concessione (cfr. lo stesso disciplinare, art. 22, che fa riferimento alla verifica di anomalia senza distinguere i profili dell'offerta).

D'altra parte, le doglianze mosse dall'appellante sono comunque non condivisibili nei loro profili di contenuto.

Quanto al dedotto utilizzo di un prezzario regionale anteriore a quello vigente, al di là di altre considerazioni, anche a seguire la ricostruzione di parte appellante emerge dallo stesso elaborato peritale da questa prodotto che la differenza fra le due ipotesi ammonterebbe a € 11.283,77, Iva esclusa, al netto del ribasso e degli oneri di sicurezza, importo in sé inidoneo a erodere l'utile esposto nei giustificativi, pari a € 9.256,59 per anno (in tal senso, cfr. le stesse deduzioni dell'appellante).

In tale contesto, la contestazione della sostenibilità dell'offerta sulla base della sola circostanza che l'aggiudicataria ha previsto costi ridotti del 50% rispetto a quelli del prezzario regionale non è di per sé sola conducente, atteso che, come noto, i suddetti prezzari – che, peraltro, hanno principalmente la funzione di fornire riferimenti alla stazione appaltante per la determinazione dei costi in relazione agli atti e documenti della procedura, *ex* art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50 del 2016 – non hanno carattere vincolante per l'impresa, né impediscono alla stessa di prevedere prezzi più bassi (cfr. Cons. Stato, V, 20 giugno 2022, n. 5021; III, 20 novembre 2019, n. 7927); tanto più in un contesto in cui alcuno specifico riferimento la *lex specialis* rivolgeva al detto prezzario.

Nel caso di specie, a seguito di una prima richiesta di giustificativi, la stazione appaltante domandava – proprio con riguardo al profilo inerente al costo per la realizzazione del parcheggio – una integrazione documentale comprensiva anche del computo metrico estimativo e del quadro economico (cfr. verbale del 3 novembre 2022, in atti).

Siffatta integrazione è avvenuta giusta nota dell'8 novembre 2022, con cui l'aggiudicataria ha fornito analitica scomposizione delle voci di costo per la realizzazione dell'intervento (inclusive dell'indicazione dei prezzi unitari), ha esposto il quadro economico di sintesi, oltre ad aver dato conto di elementi generali che hanno contribuito al calcolo dei costi (es., percentuali di sconto riscontrate in procedure analoghe; forza d'acquisto in grado di consentire rilevanti sconti).

Tale documentazione integrativa, costituita appunto dal computo metrico analitico dell'intervento e dal quadro economico, è stata presa ad esame dalla stazione appaltante e ritenuta idonea a giustificare economicamente (a mente, appunto, anche della scomposizione dei costi profilata dall'operatore economico) l'offerta; dai due giustificativi risulta peraltro la previsione anche di costi per la sicurezza dei lavoratori nell'esecuzione del servizio, oltreché di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione dei lavori.

A fronte di ciò, in un contesto in cui – come già osservato – i prezziari regionali non hanno di per sé carattere vincolante, le doglianze proposte dall'appellante si risolvono nell'insistere e rimarcare l'entità della riduzione dei costi, ma non forniscono concrete e specifiche evidenze sulla macroscopica inattendibilità o irragionevolezza della valutazione compiuta dalla stazione appaltante; tanto meno nel contesto complessivo suindicato, caratterizzato dal fatto che i lavori si pongono nell'ambito di una concessione dal più ampio perimetro, rimessa a una ancor più consistente discrezionalità nella valutazione di sostenibilità (cfr. al riguardo, in termini generali, i principi affermati da Cons. Stato, V, 24 maggio 2022, n. 4108).

Né rileva di suo, in senso contrario, il contenuto dell'offerta della stessa S.i.s. ovvero degli altri concorrenti, atteso che l'apprezzamento di anomalia non si svolge in termini comparativi, bensì sulla specifica sostenibilità economica della singola offerta, in ragione degli elementi intrinseci della stessa (cfr. Cons. Stato, V, 28 gennaio 2019, n. 690).

Allo stesso modo, in assenza di concreti elementi evidenziali circa l'insostenibilità dell'offerta, non è dato riscontrare vizi motivazionali o istruttori della valutazione eseguita dall'amministrazione, considerato che – come già osservato – la motivazione di non incongruità dell'offerta non richiede particolare approfondimento, né deve rivestire carattere analitico.

In tale contesto, anche la richiesta istruttoria per lo svolgimento di una Ctū volta a verificare la congruità dell'offerta va respinta, in quanto avente carattere esplorativo in difetto di elementi concreti e specifici forniti dalla stessa ricorrente ai fini della insostenibilità dell'offerta avversaria e di manifesta e macroscopica erroneità della diversa valutazione operata dall'amministrazione.

Allo stesso modo, non possono di per sé rilevare, ai fini del vaglio di legittimità nei termini suindicati dei provvedimenti amministrativi impugnati, le vicende inerenti alla (distinta) fase esecutiva del contratto.

3. Col secondo motivo di gravame l'appellante si duole dell'erroneo rigetto del motivo di censura con cui aveva denunciato in primo grado gli errori nell'attribuzione dei punteggi valutativi dell'offerta tecnica in relazione all'art. 17.1, punto 3, del disciplinare di gara.

Risulterebbe non motivata, al riguardo, l'attribuzione di un punteggio pari a 19,40 punti in favore di Abaco contro i 18 assegnati alla ricorrente; in particolare, l'offerta di Abaco presenterebbe contenuti inadeguati o di minor valore e pregio rispetto a quella della S.i.s. in relazione a elementi quali i parcheggi per disabili, la posa di alberi perimetrali, i pali di illuminazione, strumenti dissuasori e cordoli, tipologie di pavimentazione da installare, materiali con cui sarebbero state realizzate le corsie di transito e manovra, sistema di circolazione all'interno del parcheggio e posizionamento dell'ingresso e dell'uscita carrabile.

Da ciò deriverebbe l'illogicità e arbitrarietà della valutazione eseguita dalla stazione appaltante in favore della Abaco.

3.1. Il motivo non è condivisibile.

3.1.1. Secondo i consolidati principi affermati da questo Consiglio di Stato, l'apprezzamento delle offerte e l'attribuzione alle stesse del punteggio rientra nella sfera della valutazione tecnico-discrezionale della commissione, insindacabile in sede giurisdizionale se non manifestamente irragionevole, illogica, arbitraria o fondata su un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (*inter multis*, cfr. Cons. Stato, V, 24 maggio 2022, n. 4112; 12 novembre 2020, n. 6969; 20 ottobre 2020, n. 6335; IV, 22 giugno 2020, n. 3970; 18 novembre 2021, n. 7715; III, 9 giugno 2020, n. 3694; 21 novembre 2018, n. 6572; V, 25 marzo 2021, n. 2524; 20 febbraio 2020, n. 1292; 8 gennaio 2019, n. 173; 22 ottobre 2018, n. 6026; 15 marzo 2016, n. 1027; 11 dicembre 2015, n. 5655).

Nel caso di specie, la valutazione contestata dall'appellante riguarda il criterio valutativo inerente alla "*Realizzazione di un'area a Parcheggio*", sub-criterio "*Realizzazione di un'area a parcheggio presso località Savellettri, in Via Accademia Navale*" (art. 17.1, n. 3, del disciplinare), che la *lex specialis* qualificava espressamente quale criterio valutativo "*discrezionale*", prevedendo peraltro al riguardo alcuni parametri valutativi nei termini di seguito indicati: "*La Commissione valuterà la qualità delle opere previste, sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico e tecnologico, oltre che la qualità dei materiali da utilizzare. Si valuteranno, inoltre, il piano di manutenzione dell'area parcheggio, nonché eventuali soluzioni e servizi per migliorarne la fruibilità*".

Il disciplinare prevedeva inoltre un preciso metodo di attribuzione di coefficienti per il calcolo del punteggio in relazione al criterio, con conseguente determinazione del relativo punteggio (disciplinare, art. 17.2).

Alla luce di ciò, la commissione ha in specie (legittimamente) espresso la propria valutazione in termini numerici, da ritenersi adeguatamente motivata sulla base appunto del sub-criterio, parametri, e modalità di attribuzione dei punteggi stabiliti dalla *lex specialis*.

In tale contesto, la doglianza sollevata dalla ricorrente si risolve nel proporre semplicemente una diversa (e opinabile) propria valutazione, inidonea di per sé a inficiare quella svolta dalla commissione e a dimostrare che quest'ultima, in relazione a tutte le critiche suesposte, si palesi manifestamente e macroscopicamente irragionevole, inattendibile od erronea.

Ciò prescindendo peraltro dal fatto che, per espressa previsione della *lex specialis*, l'offerta sulla realizzazione del parcheggio consisteva in una "*Relazione tecnico – illustrativa [...] che descriv[esse] le opere che si propone[va] di realizzare*", essendo il relativo progetto esecutivo rimesso a successiva fase, conseguente all'aggiudicazione.

Alla luce di ciò, la censura risulta dunque non condivisibile e va respinta.

4. In conclusione, per le suesposte ragioni l'appello va respinto.

4.1. Il rigetto del gravame in relazione alle domande caducatorie implica, in via assorbente, la reiezione della richiesta di risarcimento del danno, stante il difetto della dedotta condotta illecita dell'amministrazione in relazione ai provvedimenti impugnati.

4.2. Vista la complessità della fattispecie e delle questioni ad essa sottese, le spese, liquidate per l'intero come in dispositivo, possono essere compensate per la metà, mentre per la restante parte sono poste a carico dell'appellante, secondo criterio di soccombenza, in favore dell'amministrazione costituita.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge;

Liquida le spese di lite nella misura di € 4.000,00, compensandole per la metà e condannando l'appellante alla rifusione della restante metà, oltre accessori di legge, in favore dell'amministrazione costituita.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

IL SEGRETARIO