

Pubblicato il 13/07/2020

N. 04515/2020REG.PROV.COLL.
N. 06008/2019 REG.RIC.
N. 00504/2020 REG.RIC.
N. 01023/2020 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 in appello numero di registro generale 6008 del 2019, proposto da

Schiaffini Travel S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Bernardo Giorgio Mattarella, Francesco Sciaudone e Cristiano Chiofalo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Francesco Sciaudone in Roma, via Pinciana 25;

contro

Comune di Latina, in persona del Sindaco *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Paolo Cavalcanti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

S.C.T. Sistemi Controllo Traffico S.r.l. in proprio e quale mandataria del r.t.i. con Engie Servizi S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza della Libertà, 13;

sul ricorso in appello numero di registro generale 504 del 2020, proposto da

Sct Group S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Segnaletica Industriale Stradale Sis S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Caputi Iambrenghi e Stefano Cassamagnaghi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Francesco Caputi Iambrenghi in Roma, via Vincenzo Picardi 4/B;

nei confronti

Comune di Latina, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Paolo Cavalcanti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Schiaffini Travel S.p.A., Engie Servizi S.P.A non costituiti in giudizio;

sul ricorso in appello numero di registro generale 1023 del 2020, proposto da

Schiaffini Travel S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Bernardo Giorgio Mattarella, Francesco Sciaudone e Cristiano Chiofalo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Francesco Sciaudone in Roma, via Pinciana 25;

contro

Segnaletica Industriale Stradale Sis S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Caputi Iambrenghi, Stefano Cassamagnaghi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Francesco Caputi Iambrenghi in Roma, via Vincenzo Picardi 4/B;

nei confronti

S.C.T. Group S.r.l. in proprio e quale mandataria r.t.i., Engie Servizi S.p.A. in proprio e quale mandante non costituiti in giudizio;

Comune di Latina, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Paolo Cavalcanti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

quanto al ricorso n. 6008 del 2019:

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione staccata di Latina n. 401/2019, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione del servizio di gestione della sosta a pagamento su aree pubbliche e di esecuzione anticipata del servizio con decorrenza dal 1 aprile 2019;

quanto ai ricorsi nn. 504 e 1023 del 2020:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione staccata di Latina, n. 720 del 2019, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione del medesimo servizio di cui al ricorso n. 6008/2019;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Latina ed in proprio e quale mandataria del r.t.i. S.C.T. Sistemi Controllo Traffico S.r.l. – Engie Servizi S.p.A. e di Segnaletica Industriale Stradale Sis S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2020 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Cristiano Chiofalo, Francesco Paolo Cavalcanti, Marco Napoli, Stefano Cassamagnaghi;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla GUUE il 13 luglio 2018 e sulla GURI il successivo giorno 16, il Comune di Latina aveva indetto una procedura aperta ex art. 60, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, per "l'affidamento in concessione dei servizi di gestione della sosta a pagamento su aree pubbliche e di uso pubblico", da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, per un durata di 3 anni e con un importo a base d'asta di €. 7.500.000,00.

Il 30 novembre 2018 veniva formata la graduatoria di merito in cui l'a.t.i. SCT Sistemi Controllo Traffico s.r.l. - Engie Servizi s.p.a. si classificava al primo posto con il punteggio di 96,333 - 66,333 per l'offerta tecnica e 30,00 per quella economica. Espletata con esito positivo la verifica dell'anomalia dell'offerta risultata migliore, il contratto di concessione le veniva definitivamente aggiudicato con provvedimento n. 450 del 20 marzo 2019, con cui veniva altresì disposta l'esecuzione anticipata del servizio.

Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo del Lazio, Sezione staccata di Latina, Schiaffini Travel s.p.a., classificata al secondo posto della graduatoria, impugnava gli esiti della gara deducendo i seguenti vizi:

1.violazione degli artt. 97 ss., d.lgs. n. 50 del 2016, del principio di immodificabilità dell'offerta e della *lex specialis* di gara, oltre che dei principi di concorrenza e parità di trattamento, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione e per irragionevolezza.

2.violazione dell'art. 165, d. lgs. n. 50 cit., e della *lex specialis* di gara, oltre a eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà delle relative previsioni.

3.violazione e falsa applicazione degli artt. 13 e 32, d. lgs. n. 50 del 2016, oltre a eccesso di potere, in particolare, per difetto dei presupposti di fatto e di diritto, carenza di motivazione e sviamento.

L'aggiudicataria si costituiva tramite ricorso incidentale notificato il 4 aprile 2019 ed impugnava a sua volta il provvedimento n. 450 del 20 marzo 2019 di aggiudicazione:

1.violazione, sotto un primo profilo, dell'art. 89, d.lgs. n. 50 cit. e della *lex specialis* di gara, oltre ad eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti fattuali e giuridici ed illogicità.

2.violazione, sotto altro e diverso profilo, dell'art. 89, d.lgs. n. 50 del 2016, della *lex specialis* di gara, oltre ad eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti fattuali e giuridici ed illogicità.

Il Comune di Latina si costituiva a sua volta in giudizio ed eccepiva l'inammissibilità del ricorso principale per violazione degli artt. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm. e quindi sosteneva il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a pronunciarsi sulla debenza della TOSAP ed in generale l'infondatezza dei motivi di censura.

La stessa Schiaffini Travel s.p.a. eccepiva in seguito con memoria l'inammissibilità per tardività del ricorso incidentale oltre alla sua infondatezza.

Con atto di motivi aggiunti notificato il 17 aprile 2019 Schiaffini Travel s.p.a. deduceva i seguenti vizi di legittimità:

1.violazione dell'art. 97, d.lgs. n. 50 cit., e dell'art. 24 del disciplinare di gara, oltre ad eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche e, in particolare, irragionevolezza e sviamento.

2.violazione dell'art. 97, d.lgs. n. 50 cit. e della *lex specialis* di gara sotto altro profilo nonché violazione dei principi di immodificabilità dell'offerta, di concorrenza e di parità di trattamento, oltre a eccesso di potere per illogicità manifesta.

Tali motivi aggiunti venivano controdedotti dalle parti intime.

Con sentenza n. 401 del 30 maggio 2019 il Tribunale amministrativo di Latina esaminava dapprima l'eccezione sollevata dal Comune sull'inammissibilità del ricorso introduttivo, per violazione degli artt. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm. e 29, comma 1, d.lgs. n. 50 cit., con particolare riferimento all'impugnativa del verbale n. 6 del 30 novembre 2018 di formazione della graduatoria di merito delle offerte rilevandone l'infondatezza, dato che detto verbale costituiva un mero atto interno al procedimento, come tale privo di effetti provvedimentale e dunque non lesivo, né autonomamente impugnabile.

Quanto all'eccezione preliminare sollevata da Schiaffini Travel s.p.a. sull'inammissibilità per tardività, ai sensi degli artt. 29, d.lgs. n. 50 cit. e 120, comma 2-bis, cod. proc. amm., del ricorso incidentale proposto da SCT Group s.r.l. avverso il provvedimento che aveva determinato l'ammissione della ricorrente alla gara, veniva anch'essa ritenuta infondata: l'applicazione del rito c.d. super-accelerato di cui agli artt. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm. e 29, d.lgs. n. 50 cit., richiedeva che i provvedimenti recanti le ammissioni e le esclusioni fossero "resi in concreto disponibili, corredati di motivazione", mentre il verbale n. 2 del 2 ottobre 2018 non motivava l'ammissione alla gara di Schiaffini Travel s.p.a. né menzionava il fatto che essa si fosse qualificata ricorrendo all'istituto dell'avvalimento oggetto delle censure.

Il giudice di primo grado procedeva poi all'esame del ricorso incidentale proposto dall'a.t.i. aggiudicataria.

Con il primo mezzo era dedotta la violazione, sotto un primo profilo, dell'art. 89, d.lgs. n. 50 cit. e della *lex specialis* di gara, assumendo che i

contratti di avvalimento con ATRAL s.c.r.l. e COGERP s.r.l., mediante i quali Schiaffini Travel s.p.a. si era qualificata per l'ammissione, sarebbero stati in realtà, manifestamente generici ed indeterminati.

Il motivo era ritenuto infondato in fatto.

Visti i contenuti dell'art. 89, comma 1, d. lgs. n. 50 cit., sull'obbligo per l'ausiliato di presentare alla stazione appaltante una dichiarazione dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui era carente il concorrente unitamente al relativo contratto, il Tribunale amministrativo osservava in concreto che l'ausiliaria nella dichiarazione unilaterale si era obbligata a fornire all'ausiliata i propri requisiti speciali riguardanti la "capacità economica e finanziaria punto 7.2 lettera b) del disciplinare" e la "capacità tecnica e professionale punto 7.3 lettera a) del disciplinare", mettendo a disposizione di questa sia il "proprio fatturato per servizi analoghi a quelli oggetto della presente procedura" sia il "numero degli stalli di sosta gestiti nel triennio 2015/2017". Il contratto di avvalimento indicava puntualmente sia il possesso di un fatturato di €. 3.500.584,13 riferibile a servizi analoghi a quelli oggetto della procedura - in particolare al servizio di gestione delle aree di sosta a pagamento con il Comune di Latina - sia il fatto di aver svolto ed avere ancora in corso la gestione dello stesso servizio cui è riferita la gara, con specifica indicazione del numero di stalli gestiti.

Ed anche il correlativo contratto di avvalimento indicava in modo specifico quali fossero le attività di manutenzione ordinaria e straordinaria di infrastrutture appaltate come lavori pubblici, in qualità di aggiudicatario di contratti pubblici cui erano applicate le disposizioni del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 o del d.lgs. n. 50 cit., dedicate alla mobilità sostenibile - i.e. quelle svolte a beneficio della Provincia di Roma, negli anni 2011-2016 per un fatturato di €. 546.921,85 e negli anni 2014-2016 per un fatturato di €. 625.000,00.

Erano invece inammissibili analoghi rilievi sollevati da Schiaffini Travel s.p.a. in merito ai contenuti del contratto di avvalimento di SCT Group s.r.l., in quanto tali questioni erano state sollevate con memoria.

Veniva invece ritenuto fondato il secondo motivo incidentale di SCT Group s.r.l. in relazione all'art. 89, d. lgs. n. 50 del 2016 e della *lex specialis* sui requisiti di esperienza professionale maturati da ATRAL s.c.r.l. e COGERP s.r.l., di cui Schiaffini Travel s.p.a. aveva dichiarato di volersi avvalere, asseritamente inidonei perché le predette società ausiliarie non avevano assunto, né in contratto né nella dichiarazione unilaterale, alcun impegno a eseguire direttamente i lavori o servizi per cui le loro capacità sono richieste.

Ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 cit., ove l'avvalimento riguarda il requisito tecnico-professionale, se non sussiste alcun impegno dell'ausiliaria ad eseguire direttamente i servizi per cui le sue capacità sono richieste, avviene in difformità rispetto allo schema legale previsto dalla norma richiamata, la quale impone che l'impresa ausiliaria si assuma l'obbligo dell'esecuzione in proprio della prestazione oggetto dell'avvalimento.

I contratti di avvalimento in parola non contenevano un impegno concreto oppure la previsione di un'assunzione diretta in capo alle imprese ausiliarie di una componente del servizio oggetto di affidamento; analogamente, anche nelle dichiarazioni di gara rilasciate al riguardo da Schiaffini Travel s.p.a. era assente ogni riferimento a un ruolo delle imprese ausiliarie *de quibus* nell'esecuzione delle prestazioni del contratto pubblico in questione.

Ciò rendeva inevitabilmente illegittima l'ammissione alla gara della ricorrente principale Schiaffini Travel s.p.a., per violazione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 cit.

Dall'accoglimento del ricorso incidentale escludente promosso da SCT Group s.r.l. conseguiva l'inammissibilità del ricorso principale, integrato

da motivi aggiunti, per carenza di legittimazione ad impugnare della ricorrente principale non aggiudicataria che doveva essere esclusa dalla gara; non sussistevano infatti censure sulla legittimità della procedura di gara o delle altre offerte concorrenti, per cui non vi erano esigenze di effettività della tutela delle posizioni soggettive riconosciute dal diritto europeo che impongono, in materia di appalti pubblici, l'esame anche del ricorso principale in presenza di un ricorso incidentale paralizzante ritenuto fondato.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 1° luglio 2019 la Schiaffini Travel s.p.a. impugnava la sentenza ed esposti i fatti, deduceva in primo luogo censure avverso il rigetto dell'eccezione preliminare sull'inammissibilità per tardività, ai sensi degli artt. 29, d.lgs. n. 50 cit. e 120, comma 2-bis, cod. proc. amm., del ricorso incidentale proposto da SCT Group s.r.l. avverso il provvedimento che aveva determinato l'ammissione della ricorrente alla gara ed inoltre contro il capo di sentenza che aveva ritenuto fondato il secondo motivo del medesimo ricorso incidentale in materia di avvalimento ed ancora avverso l'inammissibilità del proprio ricorso, conseguente all'accoglimento della predetta censura di cui al ricorso incidentale.

La Società Schiaffini riproponeva a quel punto i motivi sollevati nel giudizio di primo grado e non esaminati dal Tribunale amministrativo di Latina e concludeva per l'accoglimento dell'appello.

Successivamente anche la terza qualificata S.I.S. s.r.l. proponeva ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo del Lazio, Sezione staccata di Latina, affidato ai seguenti motivi:

1. L'aggiudicataria aveva indicato un costo del personale, per i tre anni di durata della concessione, pari a € 1.286.821,43, a fronte della stima di € 1.946.544,00 effettuata dalla stazione appaltante. Tale discostamento doveva determinarne l'esclusione ai sensi dell'art. 97, comma 5 lett. d), del d. lgs. 50 del 2016, causa la riduzione del costo del personale al di sotto dei

minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle di cui all'art. 23, comma 16 dell'accordo raggiunto il 15.1.2001 dall'Associazione Italiana degli operatori della sosta e dei parcheggi che prevede l'inquadramento degli ausiliari alla sosta nel quarto livello del c.c.n.l. del settore terziario.

2. L'offerta economica della seconda classificata Schiaffini Travel s.p.a. non teneva conto dei costi dei tributi locali; in particolare della Tari e della Tosap, ove applicabili secondo le previsioni dell'art. 3 del disciplinare.

Si costituivano in giudizio il Comune di Latina e le società controinteressate, che contestavano il merito del ricorso e inoltre, il Comune, la sua tempestività ex art. 120 comma 2 *bis* c.p.a.

A seguito di accesso agli atti di gara, S.I.S. proponeva i seguenti motivi aggiunti:

1. L'offerta economica aggiudicataria doveva essere esclusa, perché modificata in sede di giustificazioni dell'anomalia, poiché dinanzi all'indicazione della stazione appaltante di applicare il contratto nazionale dei ferrotranvieri e non quello dei servizi ausiliari, fiduciari e integrati, SCT aveva proposto, in deroga all'art. 4, punto 1), del capitolato di gara sull'assorbimento del personale già operante alle dipendenze dell'aggiudicatario uscente, come previsto dall'art. 50 del d. lgs. del 2016, di riassorbire tutto il personale del gestore uscente alle condizioni economiche del contratto SAFI oppure di riassorbirne solo una parte mantenendo inalterato il pregresso trattamento economico-retributivo e destinare gli altri agli ammortizzatori sociali, proposta ritenuta regolare dal RUP.

2. La stazione appaltante aveva preso atto che Schiaffini Travel non aveva evidenziato la spesa relativa agli oneri derivanti dai tributi locali", ha poi precisato che tali tributi erano stati quantificati nell'importo totale di € 613.280,00, cifra superiore a quella indicata nell'offerta dell'aggiudicataria (€ 436.388,23), la quale per questa parte non era stata sottoposta alla verifica di anomalia.

3. Le figure di operatori indicate nel contratto SAFI, applicato dal r.t.i. SCT – ENGIE per il trattamento economico – retributivo del personale inferiore di circa il 40% sia rispetto al c.c.n.l. del terziario, sia rispetto al c.c.n.l. dei ferrotranvieri indicato dalle regole di gara, non corrispondevano nemmeno per le mansioni alla figura dell'ausiliario del traffico invece richiesta per il servizio appaltato.

Con la sentenza 11 dicembre 2019 n. 720 il Tribunale amministrativo di Latina, ritenuta l'infondatezza dell'eccezione di tardività sollevata dal Comune ai sensi dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a., visto che le censure riguardavano i contenuti delle offerte, riteneva fondato il secondo motivo sull'offerta di Schiaffini Travel sulla dedotta omissione dei costi per oneri Tari e Tosap, previsti come doverosi dall'art. 3 del disciplinare per alcune aree dedicate alla sosta degli autoveicoli e dunque l'omissione rendeva falsa l'offerta economica quanto all'utile percepibile e ne impediva la congrua valutazione, sulla quale la stazione appaltante si era già comunque espressa in termini dubitativi ed altrettanto veniva affermato sul secondo motivo aggiunto concernente gli analoghi costi dell'offerta aggiudicataria, quantificata dalla stazione appaltante in € 613.280,00, mentre per Tari e Tosap l'offerta del r.t.i. SCT Group – ENGIE indicava l'importo inferiore di € 436.388,23, oltre alla carenza della voce necessaria di cui al fondo rischi e spese generali di €. 150.000,00, altresì carente della verifica di anomalia sul punto.

Anche detto motivo era dunque fondato.

Altrettanto fondati erano il primo motivo introdotto ed il primo motivo aggiunto, concernenti la presunta insufficienza degli oneri per il lavoro dipendente, come indicati nell'offerta aggiudicataria.

Il r.t.i. SCT applicava il c.c.n.l. dei servizi ausiliari, fiduciari e integrati a fronte del chiarimento della stazione appaltante sulla necessaria applicazione del c.c.n.l. dei ferrotranvieri per non modificare lo status economico-retributivo del personale alle dipendenze del gestore uscente

Atral, per il quale l'aggiudicatario era onerato del riassorbimento: visto che il c.c.n.l. SAFI prevedeva un assetto retributivo inferiore a quello di cui al contratto ferrotranvieri, la stazione appaltante aveva chiesto spiegazioni al r.t.i. nel corso della verifica di anomalia, ribadendo la cogenza della clausola di gara, cui SCT aveva risposto proponendo il riassorbimento integrale del personale Atral alle condizioni del contratto SAFI o, in alternativa, l'assorbimento di una parte rimanendo inalterato il pregresso trattamento economico-retributivo.

Era incomprensibile la successiva verbalizzazione del r.u.p. in cui si dava atto dell'impegno del r.t.i. al rispetto di tali clausole sociali.

Dunque o SCT Group aveva mantenuto inalterata la proposta primitiva oppure aveva accettato di adeguare la propria offerta al contratto dei ferrotranvieri: in entrambi i casi l'offerta originaria era stata modificata in sede di verifica dell'anomalia, quanto alla voce di costo del personale, in contrasto con le regole di gara e con la norma del codice degli appalti.

Se il costo del lavoro era parametrato dal disciplinare in € 1.946.544,00, alla stregua di trentasei unità distinte per qualifica nella relazione illustrativa e non potevano avere valore le asserzioni rese dalle difese dell'Amministrazione, secondo cui successivamente si era potuto accertare che il numero dei lavoratori impiegati nel servizio sosta fosse pari a sole 21 unità, l'inammissibile revisione delle regole procedurali a "gara chiusa", andava ad incidere sulla par condicio dei concorrenti.

Il ricorso doveva quindi essere accolto con l'assorbimento del terzo motivo aggiunto e l'annullamento dell'aggiudicazione, nonché della graduatoria di gara limitatamente alle posizioni delle prime due classificate, mentre la domanda risarcitoria era inammissibile per genericità.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 20 gennaio 2020 il r.t.i. Set impugnava la sentenza e sosteneva in primo luogo che la presunta incongruità dell'offerta Schiaffini rilevata in primo grado non poteva essere valutata, poiché si trattava di poteri amministrativi non ancora

esercitati, essendo stata sottoposta a verifica la sola offerta dell'appellante, senza poi prescindere dal fatto che gli oneri tributari al centro della censura erano state dichiarate illegittimi con sentenza 28 giugno 2019 della locale Commissione tributaria provinciale e quindi era del tutto discutibile che detti oneri dovessero essere contabilizzati.

In secondo luogo, a prescindere dal valore assorbente della censura prima riportata e dal fondo rischi previsto da SCT, si assumeva del tutto erroneo il disciplinare di calcolo e gestione tanto che nell'offerta economica della S.I.S. la loro quantificazione era del tutto inferiore a quanto ritenuto inderogabile dalla pronuncia impugnata.

In terzo luogo, quanto alle retribuzioni per il personale dipendente, non corrispondeva al vero la dovuta applicazione del contratto dei ferrotranvieri, poiché la regola base era costituita dall'assorbimento del personale già operante presso l'aggiudicatario uscente con la garanzia dell'applicazione dei contratti di settore senza specificazioni.

Discendeva da ciò l'erroneità dell'assunto secondo cui il r.t.i. SCT avrebbe modificato in sede di verifica di anomalia la propria offerta economica.

L'appellante concludeva per l'accoglimento dell'appello, la numerosità per la stazione appaltante della verifica di congruità dell'offerta, dovendosi ritenere del tutto irregolare l'esclusione pronunciata.

Con appello in Consiglio di Stato notificato in pari data del precedente, anche la Schiaffini Travel impugnava la sentenza e sosteneva che qualora vi fossero state indeterminatezze nell'utile sarebbe stata invalida l'intera gara e comunque venivano avanzate le stesse tesi proposte da SCT sull'esistenza della valutazione di congruità dell'offerta della Schiaffini e si sosteneva che valutazioni automatiche non erano ammissibili e non supportate da motivazione adeguata, senza prescindere poi dalla sentenza della Commissione tributaria provinciale di Latina, che escludeva che i tributi in questione fossero dovuti.

Le parti intime nei rispettivi appelli si sono costituite in giudizio, contestando le censure mosse da parte avversa.

All'udienza del 2 luglio 2020 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

I tre appelli vanno riuniti per la loro manifesta connessione logica ed in quanto la loro soluzione è strettamente interdipendente.

Si deve partire dall'esame dell'impugnativa della Schiaffini Travel nei confronti della sentenza n. 401/2019 del Tribunale amministrativo di Latina, poiché dall'esito di questa dipende la sorte delle altre impugnative concernenti sempre la stessa gara per l'affidamento in concessione dei servizi di gestione della sosta a pagamento su aree pubbliche e di uso pubblico, aggiudicata dalla stazione appaltante al r.t.i. SCT Sistemi Controllo Traffico s.r.l. - Engie Servizi s.p.a. e gravata dalle impugnative dapprima della Schiaffini e quindi della S.I.S. s.r.l., quest'ultima accolta dal giudice di primo grado, con l'estromissione dalla graduatoria sia dell'aggiudicataria, sia della seconda graduata Schiaffini.

Ma come si è rilevato, la definizione della fattispecie concreta dipende dall'esame dell'appello n. 6008/2019 proposto avverso la primitiva sentenza n. 401/2019 la quale, a differenza della successiva sentenza n. 720/2019 di accoglimento del ricorso della S.I.S. S.r.l., aveva mantenuto intatti gli esiti del procedimento di gara.

Per quanto riguarda la soluzione dell'appello n. 6008/2019, è sufficiente scrutinare i motivi di riproposizione delle censure sollevate con il ricorso introduttivo della Schiaffini, prescindendo del tutto dall'accoglimento del motivo incidentale sollevato dalla SCT riguardo ai contratti di avvalimento stipulati dalla medesima Schiaffini e ritenuto fondato dal Tribunale amministrativo, poiché il ricorso di primo grado e l'appello riproduttivo di esso sono complessivamente infondati.

Si deve quindi procedere dal motivo quarto alla pagine 22 dell'atto di appello, in cui la Schiaffini precisa che il r.t.i. aggiudicatario ha indicato

nella propria offerta economica costi di manodopera pari a € 1.286.000,00, minore del 35% dell'importo relativo al costo del personale indicato a base di gara pari a € 1.946.544,00 e dunque configurabile come offerta anomala, soggetta a verifica di congruità con rilevanti perplessità di superamento della verifica, dato che i costi della manodopera manifestamente sottodimensionati rispetto alle valutazioni operate per gli stessi costi dal gestore uscente, anche in considerazione del fatto che, in virtù della clausola sociale imposta dalla *lex specialis* di gara, costituisce per ciò solo indice di inattendibilità economica dell'offerta; tali tesi sono, a parere dell'appellante, vieppiù fondate in quanto in sede di giustificazioni il r.t.i. aggiudicatario ha di fatto modificato il valore indicato in sede di offerta economica, dichiarando di volersi adeguare al c.c.n.l. previsto dal capitolato.

A dette considerazioni si riallacciano le tesi contenute nei motivi settimo ed ottavo, qui riportate sinteticamente, ossia oltre alla garanzia della conservazione del posto di lavoro anche l'applicazione del c.c.n.l. dei ferrotramvieri come stabilito dalla legge di gara, maggiormente adattabile alle prestazioni richieste rispetto al c.c.n.l. Safi – Servizi ausiliari, fiduciari ed integrati; ancora, l'incongruità dell'offerta economica dell'aggiudicatario era dimostrato dalle giustificazioni in sede di verifica di congruità – ottavo motivo – laddove il r.t.i. SCT aveva proposto due alternative: a) riassorbire tutto il personale uscente, ma alle condizioni economiche e retributive del c.c.n.l. SAFI; o b) riassorbire solo una parte del personale uscente mantenendo inalterato il pregresso trattamento, senza mutare il costo offerto per il personale. Le ipotesi prospettate rendevano condizionata l'offerta, poiché la prima alternativa consentiva il pieno rispetto della clausola sociale, ma determinava l'applicazione di un contratto collettivo non idoneo sia rispetto alle attività oggetto della gara, la seconda opzione, letta in combinato disposto con la precisazione dell'invarianza del costo del personale, concretizzava un'indubbia

illegittima modifica dell'offerta economica, revocando in corso d'opera la clausola sociale.

Le censure, si ripete, appaiono complessivamente infondate, sia sul piano generale dei principi della disciplina del costo del lavoro nelle aggiudicazioni, sia nella parte specifica concernente le prestazioni poste in gara e da affidare.

Costituisce infatti consolidato orientamento giurisprudenziale quello in base al quale *“l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla lex specialis alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione. né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta”* (Cons. Stato, V, 28 maggio 2019 n. 3487; id., III, 2 marzo 2017, n. 975; id., 9 dicembre 2015, n. 5597). Tale assunto vale anche in relazione alla valutazione di anomalia dell'offerta (in termini Cons. Stato, V, 1 marzo 2017, n. 932; id., 12 maggio 2016, n. 1901; id., III, 10 febbraio 2016, n. 589): tanto più nel caso di specie ove poi l'impresa concorrente si è limitata ad avvalersi di una possibilità che, come rilevato, era espressamente riconosciuta dalla legge di gara, dichiarando di voler applicare in sede di esecuzione l'altro contratto collettivo indicato nelle menzionate specifiche tecniche.

Ed è diretta conseguenza di tale principio fondamentale che nelle gare pubbliche non può considerarsi anomala l'offerta quando la stessa è riconducibile al minor costo del lavoro per il contratto applicato dall'impresa al proprio personale rispetto a quello applicato da altra impresa se, nella *"lex specialis"* di gara, si richiede l'indicazione non di un contratto specifico ma, per i lavoratori diversi da quelli riassorbiti, semplicemente di quale sia il contratto applicato e, peraltro, le mansioni richieste per l'esecuzione del servizio sono riconducibili a più figure

professionali, inquadrabili anche nelle previsioni di diverse tipologie contrattuali (Cons. Stato, V, 1 marzo 2017 n. 932).

Nello specifico vi è da rilevare che l'applicazione da parte del r.t.i. del c.c.n.l. SAFI non può essere considerata inappropriata alle prestazioni da appaltare e dunque una sorta di approfittamento della libertà di iniziativa imprenditoriale non vincolabile nella scelta del contratto, fatta salva la pertinenza delle attività oggetto del contratto posto in gara.

La descrizione dell'appalto nel bando specifica che esso consiste nella concessione del servizio di gestione di stalli di sosta a pagamento lungo le strade comunali mediante parcometri elettronici ed altri sistemi di pagamento, comprensivo della gestione dei dispositivi per la riscossione, della segnaletica e della loro manutenzione ordinaria e straordinaria, della organizzazione di un sistema integrato di gestione dei rapporti con l'utenza — servizio di controllo con ausiliari del traffico: perciò è facile intuire che la manodopera si incentri sul controllo degli avvenuti pagamenti, che essi siano regolari a seconda del momento e della durata del parcheggio, che il funzionamento dei parcometri e dei meccanismi analoghi sia corretto.

E il contratto SAFI riguarda il personale dipendente che opera, tra gli altri, nei servizi di monitoraggio aree, nell'attività di gestione degli incassi in genere e di riscossione di contravvenzioni e di bollette ed in quelle di controllo e verifica fiduciaria di incassi conto terzi manualmente e con utilizzo di macchinario verificatore, nelle attività ausiliarie alla viabilità, agli spazi per il parcheggio ed il ricovero di autoveicoli, motoveicoli e cose in genere.

Non si comprende come la libertà di iniziativa imprenditoriale non potesse prevedere l'applicazione di tale contratto al servizio in controversia, visto che già ad un primo sommario esame tale contratto sembra del tutto più appropriato a quello del personale dei ferrotramvieri; in ogni caso l'offerta economica del r.t.i. SCT non può essere tacciata di non conformità alla legge di gara, visto che essa garantisce l'assorbimento del personale del

gestore uscente e con trattamento economico rientrante in un contratto collettivo di lavoro.

I fatti, o meglio, le trattative avvenute nel corso della verifica di congruità divengono a questo punto irrilevanti.

Residua da affrontare l'altro tema prospettato sub 5) nell'appello proposto da Schiaffini Travel, ossia il pagamento, da parte dell'aggiudicatario, della Tosap relativamente al solo parcheggio multipiano, così come stabilito dal disciplinare di gara, pagamento per il quale il r.t.i. SCT aggiudicatario non avrebbe indicato sufficienti risorse per gli anni di affidamento all'interno dell'offerta economica senza che la stazione appaltante rilevasse tali insufficienze.

Anche tale motivo è infondato.

A prescindere dalla sentenza della Commissione tributaria di Latina che aveva escluso obblighi Tosap a carico del precedente gestore del medesimo servizio, si deve richiamare sul tema l'ultima pronuncia della Sezione tributaria della Corte di Cassazione, 5 novembre 2019 n. 28340, che investiva avvisi di accertamento, con i quali il Comune di Racale contestava alla concessionaria del servizio di gestione del parcheggio pubblico comunali l'omessa presentazione della dichiarazione ed il conseguente omesso versamento delle imposte per occupazione di suolo pubblico, e dei quali la concessionaria negava la sussistenza del presupposto soggettivo.

La sentenza in questione ha affermato in linea generale che la giurisprudenza ha sottratto alla Tosap il carattere di "tassa", esaltandone sempre più l'effettiva funzione di "imposta", in quanto il tributo non sarebbe propriamente commisurato al pagamento della fruizione di un servizio pubblico, ma sarebbe connesso alla sottrazione di suolo comunale al libero uso collettivo per trarne un vantaggio esclusivo: dunque il suo presupposto oggettivo è rappresentato dalla superficie occupata in

connessione di un beneficio economico ritratto dal soggetto privato per via dell'occupazione.

Quindi il principio cardine è l'occupazione del suolo pubblico e il vantaggio del singolo a discapito della collettività; il privato - concessionario, nel sottoscrivere un contratto con il quale in qualche modo acquisisce l'uso di tali stalli che per natura sono di pubblico utilizzo, ne assimila anche i doveri, pertanto la relativa tassazione: tale tesi si basa sul concetto dell'occupazione di un'area pubblica, destinata a parcheggio dall'ente proprietario, mediante concessione, alla quale va assoggettata la tassazione in capo al concessionario, con riferimento all'area in forza della concessione stessa. Includendo anche il principio per il quale la predeterminazione delle tariffe di parcheggio e gli oneri gravanti sul concessionario non valgono ad escludere lo specifico vantaggio di quest'ultimo, egli difatti con la gestione del parcheggio esercita attività d'impresa, ovviamente ai fini di lucro.

In conseguenza, in presenza di un provvedimento di concessione o di autorizzazione, per mezzo del quale il Comune o la Provincia acconsente ad un privato di occupare il proprio suolo, sarà quest'ultimo (concessionario o autorizzato) il soggetto passivo della Tosap.

Al contrario, quando il contratto che connette al Comune il privato ha ad oggetto la gestione di parcometri elettrici per la disciplina e l'esazione delle tariffe per la sosta di autovetture, la rimozione dei veicoli e la custodia dei veicoli rimossi, non si configura come una vera e propria concessione di utilizzo degli stalli, bensì appare un appalto di servizi di gestione.

Ciò in applicazione degli artt. 38 e 39 del d. lgs. 507 del 1993, nei quali si afferma che il presupposto impositivo della tassa è costituito dalle occupazioni, di qualsiasi natura appartenenti al demanio pubblico, che comporti effettiva sottrazione della superficie all'uso pubblico.

Pertanto, solo quando si concede al privato la sola gestione del servizio, con il potere di esazione delle somme dovute dai singoli per l'uso, quale

parcheggio dei loro veicoli, dell'area pubblica a ciò destinata dal Comune si intende un'occupazione temporanea, ad opera del singolo e non della concessionaria, che pertanto non sottrae al pubblico uso l'area, come anche statuito dalla stessa Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 18102 del 21 luglio 2017.

Nel caso di specie l'oggetto della gara è il “SERVIZIO DI GESTIONE DELLA SOSTA A PAGAMENTO SU AREE PUBBLICHE E DI USO PUBBLICO DEL COMUNE DI LATINA”, la legge di gara fa frequente menzione di affidamento e talvolta indica un servizio in concessione, ma l'interpretazione corretta è quella dell'affidamento ad un terzo di un servizio per conto del Comune e non tanto quella di una concessione nel senso traslativo usuale; lo stesso disciplinare richiama l'obbligo della corresponsione della Tosap relativamente alla struttura multipiano di parcheggio situata nei pressi della stazione ferroviaria, della quale non si fa menzione come bene oggetto di trasferimento in concessione con sfruttamento esclusivo ai fini dello svolgimento di un'attività pubblica interamente rimessa a soggetto terzo, nel caso il r.t.i. SCT.

Perciò, se all'aggiudicataria è stato attribuito solamente il mero servizio di gestione del parcheggio, con il potere di esazione delle somme dovute dai singoli per l'uso, quale parcheggio dei loro veicoli, dell'area pubblica a ciò destinata dal Comune, si deve allora ravvisare un'occupazione temporanea ad opera del singolo e non della concessionaria, senza sottrazione alla collettività ed invece riserva ai poteri organizzativi del concessionario l'area, in quanto questa non è oggetto della concessione ma rimane nella disponibilità del Comune allo stesso modo in cui rimarrebbe, ove fossero dipendenti comunali a svolgere il servizio di esazione e controllo delle tariffe,

Perciò, poiché risulta che il concessionario agisce quale mero sostituto dell'ente nello sfruttamento dei beni, viene a mancare il presupposto della tassazione, avuto riguardo all'esenzione soggettiva prevista per gli enti

territoriali dall'art. 49, comma primo, lett. a), del d.lgs. n. 507 del 1993, non emergendo un atto di concessione che sottragga al pubblico uso un bene demaniale e lo affidi anche a fini imprenditoriali ad un unico diverso soggetto (Cass. n. 19841 del 15/09/2009; Cass. n. 11553 del 21/06/2004).

La clausola della legge di gara che impone all'affidatario del servizio il pagamento della Tosap per la struttura multipiano è quindi da ritenersi nulla.

L'infondatezza delle censure finora esaminate rende irrilevante l'esame del resto dell'appello ed assorbe inoltre anche le censure sollevate con il ricorso incidentale proposto in primo grado, per cui l'appello della Schiaffini Travel va integralmente rigettato.

Tale rigetto supera gli effetti della seconda sentenza – n. 720/2019 – emessa dal Tribunale amministrativo di Latina, sia perché fondata su considerazioni opposte a quelle sinora svolte, sia perché in conseguenza la S.I.S. S.r.l. non potrebbe aspirare alla qualificazione agognata; per cui l'aggiudicazione resta in capo al r.t.i. SCT appellato e gli appelli avverso tale seconda sentenza proposti il n. 504/2020 dal r.t.i. SCT ed il n. 1023/2020 da Schiaffini Travel devono essere dichiarati inammissibili.

Le spese di giudizio possono essere compensate per entrambi i gradi, vista la complessità della questione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe, li riunisce e respinge il n. 6008/2019 e dichiara inammissibili i nn. 594/2020 e 1023/2020 nei sensi indicati in motivazione e, per l'effetto, riforma negli stessi sensi la sentenza 401/2019 impugnata ed annulla la sentenza n. 720/2019 del Tribunale amministrativo del Lazio, Sezione staccata di Latina.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2020
con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaele Prosperi

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO