

Delibera numero 21 del 25 febbraio 2015

fascicolo 1119/2014 - "Procedura aperta sopra soglia comunitaria per l'affidamento in concessione del servizio gestione parcheggi custoditi a pagamento mediante parcometri e servizio ausiliari del traffico (art. 30 del d.lgs. n. 163/2006) in località La Pelosa"

Esponente: Istituto di Vigilanza Europol Service S.r.l. Stazione Appaltante: Comune di Stintino Riferimenti normativi: artt. 2, 3, 11, 29, 30, 75, 113, 129, d.lgs. 163/2006; art. 302, d.p.r. 207/2010; art. 1, co. 1 - bis, d.p.r. 642/1972; art. 4, d.p.r. 633/1972; art. 13 della direttiva europea n. 112 del 2006; art. 40, co. 1, d.p.r. 131/1986; legge 8 giugno 1962, n. 604

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 25 febbraio 2015

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione; Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni; Vista la relazione dell'ufficio UVSF

Considerato in fatto

In relazione alla gara in oggetto bandita dal comune di Stintino, l'Istituto di Vigilanza Europol Service S.r.l., ha fatto pervenire all'Autorità un esposto, per lamentare la non congruità dell'importo a base di gara rispetto agli effettivi costi di gestione, l'ingiustificata richiesta di ulteriore garanzia assicurativa pari al 30% dell'importo contrattuale e l'elevato importo delle spese di pubblicità, delle spese presunte in ordine ai diritti di rogito e a diverse imposte.

È stato avviato il procedimento istruttorio nei confronti del Comune, il quale fornendo riscontro, in via preliminare, ha evidenziato che alla procedura de qua, avendo ad oggetto una concessione di servizi, non si applicano le disposizioni del Codice.

Quanto alle richiamate doglianze, la S.A. ha riferito che: 1) la congruità della base d'asta sarebbe attestata dalle offerte economiche pervenute con percentuale al rialzo tra il 3,11% e 6,466% sull'importo a base di gara; 2) la previsione della garanzia del 30% sull'importo contrattuale «nasce dall'esigenza di garantire l'amministrazione comunale per l'ipotesi di abbandono del servizio o di inadempienze contrattuali, con particolare riferimento al mancato pagamento di rate del canone di concessione» e che «il riferimento contenuto nell'esposto all'art. 113, d.lgs. 163/2006 del D.Lgs. 12 Aprile 2006, n° 163, che disciplina l'istituto della "cauzione definitiva", non è pertinente, trattandosi piuttosto di una clausola contrattuale prevista per la affidamento in parola»; 3) le spese di rogito amministrativo sono state liquidate in via definitiva nella misura di 16.726,00 €; le spese di pubblicità gravanti sull'aggiudicatario ammontano a € 6.944,00, IVA inclusa; pubblicità affidata a due ditte, previa acquisizione dei loro preventivi; 4) è stato dichiarato aggiudicatario provvisorio della gara l'Istituto di Vigilanza Europol Service S.r.l, il quale ha iniziato in via d'urgenza la gestione del servizio, nelle more della stipula del contratto.

A seguito dell'esame della documentazione acquisita in atti, sono state comunicate le risultanze istruttorie, approvate dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 28.10.2014.

Il comune di Stintino ha, pertanto, fornito le proprie controdeduzioni, esprimendo riserve sulla necessaria ed integrale applicazione delle norme del Codice anche se «richiamate negli atti della procedura», poiché il c.d. "autovincolo" «opera nei limiti in cui le norme della lex specialis non derogano alle differenti del codice dei contratti pubblici»; sottolinea, in proposito, «che, particolarmente riguardo alle garanzie, non vi è coincidenza con la normativa del codice, ancorché essa sia effettivamente richiamata».

La S.A. ha, altresì riferito 1) sul metodo di calcolo del valore stimato della concessione; 2) di aver puntato a conseguire il maggior vantaggio economico nel fissare la c.d. «base d'asta al rialzo», precisando al riguardo che «se è vero che a un valore a base d'asta più basso è (ovviamente) corrisposta una maggior partecipazione, solo con l'incremento detto è sensibilmente aumentato il ricavo dell'Amministrazione comunale» ed, inoltre, che il ricavo per la concessionaria «secondo la stima trasmessa dalla stessa Europol Service S.r.l.» risulta pari a circa 115.000,00 €; 3) sul numero di gare bandite dal 2005 (sette procedure, nelle quali sono state presentate, nei rispettivi anni, 12, 4, 4, 2, 3, 2, 3 offerte, tutte aggiudicate, a parte il primo anno, sostanzialmente allo stesso valore). Sul numero delle offerte presentate, precisa la S.A., ha inciso maggiormente «la stagionalità del servizio, che finisce per attirare le ditte che, già insediate nella provincia, possono sfruttare al meglio le sinergie con analoghi servizi resi in comuni vicini»; 4) la correttezza dell'importo dell'imposta di registro e dei diritti di rogito; 5) le riserve sulla portata del principio dell'autovincolo anche riguardo alla «cauzione definitiva fissata nel bando nella misura del 30% dell'importo offerto». Inoltre, l'ente concedente ha evidenziato che «identico importo è stato ritenuto congruo in analoga fattispecie dal Tar della Sardegna, sez. I, nella recente ordinanza 5 novembre 2014, n. 300» e, comunque, «la stessa è ridotta del 50% per le ditte fornite di certificazione ISO, attraverso il richiamo al d.lgs. n. 163/2006»; 6) la motivazione dell'esecuzione provvisoria in via d'urgenza, avvenuta «in ragione dell'imminente avvio della stagione turistica nella quale [...] si concentra il servizio affidato».

Ritenuto in diritto

Prima di entrare nel merito delle questioni, sopra evidenziate, è opportuna una precisazione sul quadro giuridico delle concessioni di servizi, poiché tale aspetto si riflette su alcuni punti di criticità del regolamento di gara contestati dall'Autorità.

L'art. 30 del Codice dispone che: «le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi» (co. 1) ma stabilisce altresì che sono soggette, nella scelta del concessionario, al «rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici» (co. 3).

Ancora, per il c.d. "principio dell'autovincolo", corollario dell'art. 97 della Costituzione, trovano applicazione tutte quelle disposizioni del Codice richiamate dall'ente concedente nella documentazione di gara (nel caso di specie, tra gli altri, gli articoli 3, 34, 37, 38, 49, 54, 55, 75 e 113 del d.lgs. 163/2006). Non trova pertanto supporto giuridico la tesi della S.A. circa la non necessaria ed integrale applicazione delle norme del Codice richiamate negli atti di gara, poiché il principio dell'"autovincolo" «opera nei limiti in cui le norme della *lex specialis* non derogano alle differenti del codice dei contratti pubblici [...] ancorché [tale normativa, *ndr*] sia effettivamente richiamata».

Il richiamo a una precisa disposizione del Codice manifesta l'intento di voler disciplinare un particolare aspetto del regolamento di gara esattamente secondo le norme contenute in detta disposizione legislativa. Diversamente, si lederebbe il principio della certezza del diritto, che traccia precisi limiti all'esercizio dei poteri e stabilisce la legittimità di atti o comportamenti delle istituzioni, poiché gli operatori economici devono essere posti in condizione di valutare e prevedere, in base alle norme generali dell'ordinamento, le conseguenze giuridiche della propria condotta.

Una altra precisazione va fatta riguardo i differenti concetti di "valore della concessione" e c.d. "base d'asta a rialzo", sovrapposti in modo ricorrente nella *lex specialis* di gara, rendendola difforme rispetto alla normativa di settore (v. *infra*).

La c.d. "base d'asta a rialzo" rappresenta il canone minimo da garantire all'ente concedente. Invero, per "valore stimato delle concessioni" di servizi pubblici, ai sensi del combinato disposto degli artt. 29, co. 1, e 30, co. 7, del d.lgs. 163/2006, s'intende la remuneratività del servizio per il concessionario, ossia la stima dei flussi di ricavi attesi (provenienti dall'utenza) della gestione dei servizi. È su quest'ultimo valore che deve essere: 1. individuato un congruo "canone" minimo da porre a base d'asta e, altresì, per quanto qui di stretto interesse, 2. stabilita (*i*) la congruità dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali; (*ii*) il calcolo delle cauzioni, di cui agli artt. 75 e 113 del Codice; (*iii*) il calcolo del contributo dovuto all'Autorità, ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67, legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006)) (cfr. Deliberazione Avcp n. 37/2013).

Invece, dall'esame della documentazione di gara in atti, risulta che il comune di Stintino ha basato i suddetti elementi sulla c.d. "base d'asta a rialzo" (cfr. art. III. 2 - "requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale"; art. IV. 1 - "cauzione provvisoria"; art. IV. 2 - "cauzione definitiva"; art. IV. 4 - "contributo per l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici" del bando di gara).

Sulla metodologia di calcolo del valore stimato del contratto, prendendo atto di quanto precisato dal Comune, è appena il caso di aggiungere che, nelle successive gare, la stima del valore del contratto in affidamento dovrà considerare le caratteristiche anche prospettiche del mercato e non essere semplicemente ancorata ai valori storici, cosicché detta stima possa sintetizzare in un valore quantitativo un mercato mutevole nel tempo, ad esempio, per cambiamenti nella fruizione del servizio, dovuti ai maggiori flussi turistici che permettono di sfruttare a pieno regime il parcheggio oppure alla diversa composizione delle tipologie di veicoli parcheggiati.

Quanto alla questione della congruità del canone concessorio, l'importo posto a b.a. (pari a circa il 77% del valore del contratto), seppur previsto a garanzia di maggiori introiti erariali per l'amministrazione pubblica, in effetti, appare elevato. In proposito, l'Autorità, pronunciandosi sull'affidamento in concessione del servizio di gestione sempre di un parcheggio comunale, ha considerato «l'aggio percentuale minimo fissato dal disciplinare di gara (30%) [...] non irrisorio» e «l'offerta di un aggio pari al 63% degli incassi annuali ictu oculi anomala e sproporzionata, nell'equilibrio economico di gestione del servizio» (Parere di precontenzioso Avcp n. 30/2014).

Ancora, pur considerando che il segnalante ha comunque presentato un'offerta pari al 6,46% in aumento sull'importo a base di gara, non pare possa essere sottovalutato il fatto che a partecipare alla procedura sopra soglia comunitaria siano stati solo tre operatori economici, tra cui uno di essi ha segnalato all'Autorità la sproporzione del canone da garantire all'ente concedente, peraltro, precedente gestore e dunque conoscitore dei reali valori quantitativi della commessa pubblica. Del resto, come riferisce il comune di Stintino, a stimolare la partecipazione alla gara, più che l'ampia pubblicità data alla procedura secondo il regime pubblicitario delle gare sopra soglia, è «la stagionalità del servizio che finisce per attirare le ditte che, già insediate nella provincia, possono sfruttare al meglio le sinergie con analoghi servizi resi in comuni vicini».

Sembra, quindi, che la partecipazione sia sostanzialmente possibile a quegli operatori economici che operano a livello locale e che già svolgono nella stessa area geografica servizi analoghi, poiché ciò permette loro di conseguire le c.d. "economie di scopo gestionale", che si traducono in sinergie finanziarie e manageriali nonché tecnologiche e di mercato.

Secondo le prescrizioni legislative, invero, l'aggiudicatario deve poter remunerare l'attività di gestione con i flussi di ricavi conseguibili dalla gestione dei servizi oggetto del solo affidamento in esame (cfr. art. 3, co. 12, d.lgs. 163/2006) nel rispetto del principio di economicità gestionale.

Quanto ai costi strettamente inerenti al regime pubblicitario dato alla procedura di gara, non appaiono sproporzionati rispetto ai costi di mercato.

Tuttavia, dalla documentazione in atti, si riscontra che tra i costi di pubblicità a carico dell'aggiudicatario sono stati computati anche i costi per la redazione degli avvisi e degli esiti di gara (cfr. preventivo di MediaGrafic S.r.l.), di esclusiva competenza dell'amministrazione.

L'ufficio che ha provveduto alla gara, per la riferita carente dotazione di personale e per l'impossibilità in tempi brevi ad una sua adeguata formazione, ha «incontra[to] l'impossibilità a procedere in autonomia in tempi compatibili con le esigenze della procedura in argomento» (Determinazione del 26.2.2014 n. 9 - "Affidamento servizio delle pubblicazioni legali a MediaGrafic S.r.l., impegno di spesa e liquidazione", pag. 3).

Sul punto, in questa sede, è appena il caso di aggiungere che, considerata l'importanza della "qualità" della domanda pubblica per intercettare la migliore offerta di mercato e garantire l'erogazione di servizi rispondenti ai bisogni dell'utenza, è di fondamentale importanza che l'Amministrazione predisponga la documentazione di gara e, più in generale, provveda alla gestione di tutto il "ciclo di vita" dei contratti pubblici di appalti e concessioni attraverso propri uffici dotati di adeguate competenze.

In relazione, invece, all'importo delle spese presunte inerenti ai diritti di rogito, imposta di registro e marche da bollo (15.875,96 €), limitatamente alle spese per bolli (45 €) appare congruo, giacché ai contratti in forma pubblica amministrativa, conclusi con modalità informatiche e registrati mediante procedura telematica, si applica l'imposta di bollo nella misura forfettaria di 45 euro, a prescindere dalle dimensioni dei documenti (cfr. art. 1, co. 1 - bis, n. 4, allegato A della Tariffa, parte prima, al d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 642 (Disciplina dell'imposta di bollo)).

Quanto alla congruità dell'imposta di registro, detta valutazione dipende dalla preliminare questione dell'imponibilità IVA delle somme versate ai comuni dalle imprese che siano concessionarie di servizi di gestione di parcheggi in virtù di affidamento con gara da parte dello stesso comune. Detta questione non ha soluzione univoca in astratto, poiché rispetto alle risoluzioni dell'Agenzia delle entrate del 2004 (nn. 36/E e 134/E) sono sopravvenuti elementi interpretativi di rilievo che non permettono di generalizzare le relative conclusioni ma occorre una valutazione caso per caso.

Considerato che la fattispecie pare rientrare nel caso di un comune che percepisce quale pubblica autorità, e non mero contraente, canoni derivanti da rapporto concessorio improntato a criteri pubblicistici, desumibili da un affidamento del servizio a soggetto gestore che è invece titolare dei corrispettivi dallo stesso derivanti, ai sensi dell'art. 3, co. 11, d.lgs. 163/2006, tale canone non può considerarsi compreso nel campo di applicazione dell'IVA, ai sensi dell'art. 4, d.p.r. 633/72 e dell'art. 13 della direttiva europea n. 112 del 2006. Ne consegue che nel caso di specie l'imposta di registro non trova applicazione nella misura fissa di 200 euro, secondo il principio di alternatività IVA/registo per i contratti sottoposti ad IVA, stabilito dall'art. 40, co. 1, del d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131 (T.U. delle disposizioni concernenti l'imposta di registro).

Infine, sull'importo dei diritti di rogito si osserva che, seppur calcolato secondo le misure previste dalla legge 8 giugno 1962, n. 604 (Modificazioni allo stato giuridico e all'ordinamento della carriera dei segretari comunali e provinciali) relative al calcolo del diritto proporzionale di segreteria, tale diritto deve essere applicato sull'importo contrattuale.

Per ciò che concerne la prevista garanzia del 30% sull'importo contrattuale, si prende atto che nelle ultime controdeduzioni la S.A. abbia convenuto con l'Autorità che tale previsione, prima riferita come "una clausola contrattuale" (*ut supra*), rappresenti la c.d. cauzione definitiva.

Sul punto rimane, dunque, da rilevare che la previsione «all'atto della stipula del contratto l'aggiudicatario dovrà presentare cauzione definitiva nei modi di cui all'art. 113 del d.lgs. n. 163/2006 e 123 del d.p.r. n. 207/2010 e in misura pari al 30 per cento dell'importo contrattuale» (art. IV. 2, bando di gara), nella parte in cui prevede detta percentuale, non risulta conforme al Codice.

Il legislatore all'art. 113, co. 1 del d.lgs. 163/2006 ha stabilito «una garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale», ritenendo, dunque, congrua tale percentuale al fine di tutelare il committente dal mancato o inesatto adempimento (v. art. 113, co. 5, d.lgs. 163/2006). Pertanto, detta previsione pare ledere il principio comunitario di proporzionalità (art. 5 del Trattato sull'Unione europea), in virtù del quale l'azione delle amministrazioni deve limitarsi a quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi fissati dai trattati, ossia, il contenuto e la forma dell'azione amministrativa devono essere in rapporto di proporzionalità con la finalità perseguita. Peraltro, comportando un maggiore aggravio finanziario per l'aggiudicatario, tale previsione potrebbe indurre l'operatore economico ad offrire un minor rialzo sulla base d'asta, a nocimento delle entrate finanziarie della S.A. Inconferente, risulta, infine, la giurisprudenza richiamata dall'amministrazione. La citata ordinanza del Tar per la Sardegna, in ordine alla fattispecie dallo stesso Tar esaminata, rilevava che «trattasi di vendita di legname (e non di esecuzione di servizio)»

Conclusivamente, si osserva che la previsione della polizza di cui all'art. IV. 3 del bando di gara: "*all'atto della stipula del contratto l'aggiudicatario deve presentare polizza assicurativa di cui all'art. 129 del D.Lgs. n. 163/2006, relativa alla copertura da tutti i rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati, compresi i danni subiti per danneggiamento o distruzione totale o parziale di impianti ed opere preesistenti, per un importo pari a quello di contratto. La polizza deve inoltre prevedere una garanzia di responsabilità civile per danni a terzi nell'esecuzione dei lavori per un massimale di € 2.500.000,00*", non è pertinente all'oggetto del contratto, concernente l'erogazione di un servizio (gestione del parcheggio comunale) e non l'esecuzione di lavori.

L'articolo 129, richiamato dal bando di gara, ripropone, infatti, la parte dell'art. 30 della legge n. 109/1994, (Legge quadro in materia di lavori pubblici) riferibile al solo settore dei lavori. La specifica disciplina nello stesso contenuta prevede garanzie riferite in via esclusiva e specifica ai lavori pubblici, ulteriori e peculiari rispetto alle garanzie di cui all'art. 75 e 113 del Codice riferibili, invero,

anche a servizi e forniture.

Quanto all'esecuzione provvisoria in via d'urgenza prima della stipulazione del contratto, si osserva che è ammessa solo dopo che l'aggiudicazione definitiva sia divenuta efficace (cfr. art. 302, co. 2, d.p.r. 207/2010). Al contrario, dal "Processo verbale di avvio all'esecuzione in via d'urgenza (art. 11, comma 9, d.lgs. 163/2006)" del 28.05.2014 si evince che l'esecuzione anticipata della prestazione è stata avviata prima della aggiudicazione definitiva (cfr. Determinazione del responsabile settore di vigilanza 4 giugno 2014, n. 27).

Le pronunce del giudice amministrativo richiamate a questo riguardo dal Comune non sono conferenti, né può accettarsi la tesi secondo cui la consegna anticipata segue, di norma, l'aggiudicazione definitiva (cfr. Cons. St, sez. III, sentenza n. 12/2012), posto che le disposizioni normative prima richiamate non contengono la dicitura " *di norma* " e, sotto altro aspetto, poiché nei contratti pubblici il vincolo contrattuale sorge con la stipula del contratto per iscritto (comma 3, art. 11 del Codice dei contratti pubblici, in deroga al codice civile, art. 1326), la consegna anticipata può seguire solo dopo l'aggiudicazione definitiva divenuta efficace, e cioè dopo le verifiche del possesso dei prescritti requisiti.

L'art. 302, comma 2, prima citato, anche se relativo agli appalti di servizi, ha ampia applicazione nella misura in cui dispone una regola di carattere generale a cui non si sottrae la concessione di servizi.

Tutto ciò considerato e ritenuto
DELIBERA

- l'Amministrazione di Stintino è tenuta ad osservare le disposizioni richiamate nel bando di gara alle quali si è autovincolata, nel rispetto del principio generale della certezza del diritto;
- i requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali, il calcolo delle cauzioni, di cui agli artt. 75 e 113 del Codice, ed il calcolo del contributo dovuto all'Autorità devono essere congrui e basati sul "valore del contratto" e non sulla c.d. "base d'asta a rialzo";
- il valore della base d'asta non è congrua e in quanto tale può restringere la platea dei potenziali concorrenti agli operatori economici già fornitori di servizi analoghi nell'area geografica, nei sensi di cui in motivazione;
- la previsione della cauzione definitiva pari al 30% non è conforme alle prescrizioni dell'art. 113, comma 1 del Codice, per quanto in motivazione; lede, inoltre, il principio di proporzionalità e, comportando un maggiore aggravio finanziario per l'aggiudicatario, può indurre l'operatore economico ad offrire un minor rialzo sulla base d'asta, a nocumento delle entrate finanziarie della S.A.;
- si rilevano aspetti di criticità nel computo di alcune spese e imposte a carico dell'aggiudicatario, nei sensi di cui in motivazione;
- il richiamo all'art. 129, d.lgs. 163/2006 è improprio, poiché tale disposizione prevede garanzie riferite ai contratti aventi ad oggetto i lavori pubblici;
- invita il Comune a rendere note, entro trenta giorni dal ricevimento della presente deliberazione, le eventuali iniziative assunte, con particolare riferimento alle future gare;
- dà mandato all'Ufficio istruttore di comunicare la presente delibera all'esponente e al Comune di Stintino, onerando quest'ultimo a trasmettere al predetto Ufficio il futuro bando di gara, alla scadenza della predetta concessione.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 4 marzo 2015
Il Segretario, Maria Esposito

Documento formato pdf (125 Kb)