

Parere n.112 del 21/05/2014

PREC 302/13/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società Sicurezza e Ambiente s.p.a. e dal Comune di Torino – “Procedura ristretta – contratto per i servizi di rimozione e custodia di veicoli per varie tipologie di intervento e di ripristino stradale – lotto n. 5” – euro 1.280.000,00 – S.A.: Comune di Torino.

art. 30 del Codice – servizio pubblico di ripristino della sicurezza stradale a seguito di incidente – determinazione delle tariffe massime a base d’asta – legittimità.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 20 novembre e 16 dicembre 2013 sono pervenute all’Autorità le istanze di parere presentate rispettivamente dalla società Sicurezza e Ambiente s.p.a. e dal Comune di Torino, riguardanti la procedura ristretta per l’affidamento quadriennale del servizio di pulizia e ripristino della rete stradale a seguito di incidente – quinto lotto, di importo stimato pari ad euro 1.280.000,00 da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

I quesiti vertono sulla legittimità dell’art. 4 del capitolato di gara, che prevede l’attribuzione di 45 punti su 100 all’elemento prezzo, da valutarsi in relazione al ribasso percentuale offerto dai concorrenti sulle tariffe indicate a base d’asta. La tariffa base per una superficie di 40 mq è di euro 767,00 per intervento con aspirazione di liquidi e di euro 620,00 per intervento senza aspirazione di liquidi, con estensione diversamente commisurata per superfici più ampie fino al limite di 300 mq ed oltre i 300 mq.

L’allegato C al capitolato di gara, descrivendo il rapporto con l’affidatario del servizio, dispone: - all’art. 1, che il Comune “concede alla ditta aggiudicataria il servizio di intervento sulla rete stradale in propria gestione, per l’espletamento del servizio di pulizia della piattaforma stradale”, che “il corrispettivo del servizio sarà costituito, ai sensi dell’art. 30 del D.L.vo 163/2006 e s.m.i., unicamente dal diritto di sfruttamento del servizio alle tariffe ridotte dello sconto offerto dalla ditta e secondo le modalità di cui all’art. 6”, che “l’esecuzione del servizio a carico del cittadino che non intenda utilizzare proprie modalità alternative è da considerarsi risarcimento in forma specifica ai sensi dell’art. 2058 del c.c. (...) il servizio si intende affidato unicamente per le ipotesi in cui non provveda direttamente il cittadino con propri mezzi e, dunque, senza diritto di esclusiva”;

- all’art. 3, che “l’effettiva richiesta del servizio rimarrà condizionata dalla verifica effettuata dal Comando di P.M. della indisponibilità del cittadino a provvedere direttamente al ripristino della sede stradale”, che “nel caso in cui non sia presente personale del Corpo abilitato per l’autorizzazione del servizio, la ditta dovrà verificare direttamente presso il cittadino che dovrà essere adeguatamente informato, salvo che ricorrano le condizioni per la negotiorum gestio a seguito dell’incidente, ed autocertificare la verifica effettuata dell’indisponibilità del cittadino a ripristinare lo stato dei luoghi con proprie modalità alternative e sempre a proprie spese e cure, indicandone le generalità”, che “nel caso in cui non fosse possibile risalire all’autore del danno, gli operatori dell’affidatario interverranno ugualmente per il ripristino dello status quo ante, su specifica richiesta della Sala radio della Polizia Municipale; tuttavia nessun onere potrà essere addebitato alla Città”;

- all’art. 6, che “trattandosi di concessione di servizi, il corrispettivo è costituito dalle tariffe poste a base di gara dedotto dello sconto offerto dalla ditta, detto servizio costituisce strumento per far fronte agli obblighi di risarcimento in forma specifica dei danni con spese poste a carico delle compagnie assicurative”, che “la stipula della presente convenzione non può presentare alcun costo per il bilancio della Città, in ogni caso l’affidatario si rivarrà sulla compagnia assicurativa chiedendo il pagamento delle tariffe poste a base di gara ridotte dello sconto percentuale in ribasso”

ed infine che “le tariffe sopra indicate ridotte dello sconto praticato dalla ditta in offerta saranno da intendersi come tariffe massime di garanzia per il cittadino e le compagnie assicurative (...) fatti salvi accordi in riduzione con le compagnie assicurative che dovranno essere comunicati tempestivamente alla C.A. e rispettare il disposto dell’art. 86, co. 3-bis e 3-ter del D.L.vo 163/2006 e s.m.i.”.

La società istante, che ha presentato domanda di partecipazione, contesta la legittimità del criterio di aggiudicazione fondato, in percentuale non trascurabile, sull’entità del ribasso. A suo dire, il Comune di Torino non avrebbe alcun interesse giuridicamente apprezzabile a predeterminare il corrispettivo del servizio, che non graverà sul bilancio dell’ente o sugli utenti, ma su soggetti terzi – le compagnie assicuratrici – di natura privatistica. Il costo degli interventi di ripristino stradale dovrebbe restare riservato all’autonomia negoziale delle parti – impresa affidataria ed assicuratore – come è finora avvenuto nella prassi, sulla base dei parametri tecnico-peritali normalmente utilizzati per quantificare l’indennizzo dovuto caso per caso. Ove, invece, si riconoscesse natura risarcitoria al corrispettivo pagato dall’assicuratore, la preventiva eterodeterminazione in via amministrativa sarebbe viepiù illegittima per contrasto con la disciplina civilistica dell’illecito aquiliano. Dal punto di vista economico, inoltre, le tariffe massime stabilite dal capitolato di gara non sarebbero il risultato di una puntuale istruttoria e non terrebbero conto di innumerevoli varianti concretamente verificabili e comportanti costi differenti: ad esempio, la tipologia del liquido sversato, la tipologia di piattaforma stradale, l’orario nel quale l’intervento viene realizzato, gli strumenti e le tipologie di prodotti che vengono utilizzati. In tal modo, verrebbe compromesso l’equilibrio economico-finanziario del servizio a discapito degli operatori economici partecipanti, in violazione dell’art. 30 del Codice dei contratti pubblici e dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Il Comune di Torino ha replicato alle riferite censure, richiamando talune pronunce dell’Autorità in materia di determinazione della tariffa nelle gare per la concessione di un pubblico servizio. La comunicazione di avvio del procedimento è stata trasmessa in data 18 dicembre 2013 al Comune di Torino ed alla Sicurezza e Ambiente s.p.a., che hanno trasmesso ulteriori osservazioni scritte.

Ritenuto in diritto

I quesiti in epigrafe riguardano la legittimità del capitolato di gara adottato dal Comune di Torino per l’affidamento del servizio di pulizia e ripristino della rete stradale a seguito di incidente, nella parte in cui prevede l’assegnazione di 45 punti su 100 alle offerte economiche, in relazione al ribasso percentuale sulle tariffe massime a base d’asta.

L’Autorità ha già avuto l’occasione di esaminare, anche per gli aspetti qui controversi, analoghe procedure di gara indette dagli enti locali per l’affidamento del servizio di ripristino stradale (si veda, per tutte: A.V.C.P., deliberazione 27 giugno 2012 n. 64).

Ai sensi di quanto previsto dall’art. 14 del D.lgs. n. 285 del 1992 (Codice della strada), gli enti proprietari delle strade ed i loro eventuali concessionari sono tenuti a garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione provvedendo, tra l’altro, alla manutenzione, gestione e pulizia delle strade, delle loro pertinenze, nonché delle attrezzature, impianti e servizi, anche a seguito del verificarsi di incidenti stradali.

Lo schema di affidamento qui ed altrove utilizzato – caratterizzato dall’assenza di oneri diretti per l’amministrazione concedente e dall’assunzione del rischio gestionale da parte dell’affidatario, il quale consegue unicamente il diritto di sfruttare economicamente il servizio ponendo gli oneri degli interventi di ripristino a carico delle compagnie assicuratrici garanti dei soggetti responsabili del danneggiamento, con l’assunzione dell’ulteriore rischio per le ipotesi di sversamento senza incidente ovvero di cui rimanga sconosciuto l’autore, ove non sia possibile rivalersi su alcuna compagnia assicuratrice – è stato inquadrato dall’Autorità nella categoria della concessione di pubblico servizio, ai sensi dell’art. 30 del Codice dei contratti pubblici, e tale qualificazione è stata pienamente condivisa dalla più recente giurisprudenza amministrativa (cfr., su fattispecie identiche:

TAR Toscana, sez. I, 20 dicembre 2010 n. 6780; TAR Puglia, Bari, sez. I, 21 febbraio 2012 n. 368; TAR Piemonte, sez. I, 19 dicembre 2012 n. 1365).

Lo schema contrattuale consente al concessionario del servizio di remunerarsi attraverso il pagamento diretto da parte dell'assicuratore di una somma concordata – e liberamente accettata dalle stesse compagnie assicuratrici – a titolo di risarcimento forfettario del danno cagionato, in luogo dell'ordinaria ed esatta quantificazione dello stesso, e senza l'ulteriore applicazione della sanzione amministrativa di cui all'art. 15 del Codice della strada.

In proposito, l'Autorità ha affermato che “la quantificazione di un importo forfettario, o meglio di una tariffa forfettaria, a prescindere dall'esatta quantificazione dei danni cagionati in ogni singolo sinistro, genera astrattamente il rischio che il concessionario non recuperi, sempre e comunque, le spese effettivamente sostenute per assicurare il servizio pubblico di ripristino della sicurezza e della viabilità stradale, salvo che la tariffa non sia così elevata da coprire in ogni caso le spese ordinariamente sostenute per la prestazione di ripristino (...) la peculiarità del servizio riguarda non tanto le prestazioni concernenti la pulitura del manto stradale e lo smaltimento dei rifiuti solidi e liquidi, quanto piuttosto il sistema tariffario ideato dalla società in questione, quale corrispettivo del servizio reso all'intera collettività, ma che per quanto concerne i costi grava, da ultimo, sui soli soggetti civilmente responsabili del sinistro, ed in primis sulle loro assicurazioni” (cfr. A.V.C.P., delib. cit.).

Anche nella fattispecie in esame, pertanto, non può che confermarsi il giudizio di legittimità sulla determinazione preventiva e forfettaria della tariffa che l'aggiudicatario del servizio dovrà applicare nei confronti dei soggetti tenuti a sopportare il costo degli interventi di ripristino. Di conseguenza, è legittimo che il confronto concorrenziale si incentri in parte, nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sull'entità dei ribassi relativi alla tariffa massima a base d'asta.

Non è rilevante, a tal fine, pervenire ad una precisa ricostruzione civilistica del rapporto contrattuale intercorrente tra il Comune e l'impresa concessionaria – che presenta, in prima approssimazione, i connotati del contratto normativo con marcati profili di atipicità, potendo essere ricondotto in parte all'appalto ed in parte al mandato – dovendo in ogni caso escludersi che si realizzi, nella specie, una vera e propria cessione del credito ai sensi dell'art. 1264 cod. civ.; l'Autorità ha già evidenziato, in questo senso, “la mancata coincidenza del credito attivabile dall'Ente concessionario, pari al risarcimento di tutti i danni cagionati dal responsabile civile oltre alla relativa sanzione amministrativa, e quello che il concedente può esigere dall'impresa di assicurazione, di regola prestabilito in una tariffa fissa, e (...) altresì il fatto che il concessionario può anche non riscuotere alcunché a fronte dell'attività effettivamente prestata” (cfr. A.V.C.P., delib. cit.).

Altrettanto problematica appare, sul piano civilistico, la ricostruzione del rapporto giuridico intercorrente tra l'autore del danno – obbligato in prima battuta nei confronti dell'ente proprietario al risarcimento in forma specifica ex art. 2058 cod. civ. – e l'impresa concessionaria del servizio, che dell'esatto adempimento agli obblighi di intervento e ripristino risponderà non all'autore del sinistro, né all'assicuratore, bensì all'ente locale committente / danneggiato.

D'altronde, ciò che interessa è che l'allegato C al capitolato non determina – e non avrebbe potuto legittimamente determinare – in via unilaterale e generalizzata per ogni evento il quantum dell'indennizzo dovuto dall'assicuratore all'ente proprietario della strada, per conto dell'autore del sinistro, bensì determina il parametro unitario massimo del corrispettivo esigibile dall'impresa concessionaria incaricata del ripristino, rispetto al quale residua un significativo margine di libera contrattazione tra le parti interessate alla liquidazione dell'importo dovuto.

Ciò che viene in rilievo, ai fini dell'espressione del parere sulla legittimità del capitolato di gara predisposto dal Comune di Torino, è la verifica di conformità con la disciplina pubblicistica dell'affidamento dei servizi di interesse generale e con le regole in tema di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per il primo profilo, si è già visto che l'Autorità ha ormai positivamente considerato la prassi di

affidare il servizio di ripristino stradale senza oneri diretti per la stazione appaltante e con la fissazione *ex ante* delle tariffe massime da applicare nei confronti della compagnia di assicurazione. A tal riguardo, l'Autorità ha richiamato l'attenzione sulla circostanza che "al fine di contemperare entrambi gli interessi pubblici coinvolti nella fattispecie, ossia l'interesse alla salvaguardia della sicurezza stradale da un lato e quello ad un contenimento delle tariffe assicurative dall'altro, assume importanza fondamentale il corretto adempimento, da parte dell'ente locale, dell'obbligo di controllo in merito alla qualità ed all'efficienza del servizio reso, ed in particolare, circa la sua esatta corrispondenza sia ai criteri tecnici-qualitativi preventivamente stabiliti ai fini dell'aggiudicazione sia a quanto stabilito nei relativi capitoli speciali" (cfr. A.V.C.P., delib. cit.).

Quanto al punteggio assegnato all'offerta economica, come è noto, nella scelta relativa al peso da attribuire a ciascun criterio di valutazione, la discrezionalità della stazione appaltante trova, secondo la giurisprudenza, l'unico limite della manifesta irrazionalità della distribuzione dei punteggi rispetto allo scopo dell'appalto, non essendo consentito, ad esempio, che il valore attribuito ad un criterio sia tale da preconstituire nei confronti di alcuni concorrenti illegittime posizioni di vantaggio (cfr., tra molte, Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2005 n. 1079). Con tale limite, tuttavia, la decisione circa l'incidenza da attribuire a ciascun criterio di valutazione dell'offerta tecnico-qualitativa resta riservata, caso per caso, alla stazione appaltante, in relazione alle peculiarità specifiche dell'appalto e, dunque, all'importanza che hanno il fattore prezzo ed i contenuti qualitativi (si veda, in generale: A.V.C.P., determinazione 24 novembre 2011 n. 7, recante le linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture).

Nella specie, non può dirsi che l'attribuzione di 45 punti su 100 alle offerte economiche faccia venir meno il rilievo degli aspetti tecnici e qualitativi, ai fini della selezione dell'impresa affidataria del servizio.

Del resto, che sia legittimo prevedere nel bando di gara l'assegnazione di un punteggio per le condizioni tariffarie offerte dai concorrenti discende, con immediatezza, dal disposto dell'art. 83, primo comma – lett. o) del Codice dei contratti pubblici, che annovera tra i possibili criteri di valutazione delle offerte "in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti".

Quanto, infine, alla congruità delle tariffe poste dal Comune di Torino a base d'asta, giova rammentare che anche in materia di servizi pubblici locali vige il principio generale, secondo il quale le amministrazioni aggiudicatrici devono effettuare un'attenta verifica in ordine alla congruità del canone a base di gara, non soltanto per garantire che il valore economico dell'affidamento sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro ed ai parametri normativi di tutela dei lavoratori impiegati (cfr. A.V.C.P., parere 17 dicembre 2008 n. 259), ma anche per salvaguardare la par condicio e la serietà del confronto concorrenziale, che deve svolgersi su parametri tecnico-economici oggettivamente attendibili e rispondenti al reale andamento dei prezzi di mercato (cfr. A.V.C.P., parere 9 febbraio 2011 n. 28; Id., parere 30 maggio 2012 n. 82). D'altra parte, nell'area dei contratti ad evidenza pubblica l'amministrazione, fatta salva l'osservanza di speciali normative di settore, può e deve agire alla stregua dei principi economici del libero mercato, fissando i prezzi a base d'asta ritenuti responsabilmente più congrui ed adeguati all'interesse perseguito, risultato che il più delle volte è verificabile ex post alla luce del numero dei partecipanti alla selezione e delle condizioni di aggiudicazione del servizio (cfr. A.V.C.P., parere 8 ottobre 2009 n. 101).

La tariffa base per una superficie di 40 mq è stabilita nella misura di euro 767,00 per intervento con aspirazione di liquidi e di euro 620,00 per intervento senza aspirazione di liquidi, con estensione diversamente commisurata per superfici più ampie fino al limite di 300 mq ed oltre i 300 mq. Si tratta di cifre che non si discostano dai valori medi segnalati all'Autorità proprio dalla odierna istante – la società Sicurezza e Ambiente s.p.a. – nel corso di altro procedimento (cfr. A.V.C.P., deliberazione 27 giugno 2012 n. 64, più volte richiamata, ove si legge in narrativa che

“in merito a tale aspetto l’esponente ha evidenziato, altresì, che la quotazione economica degli interventi di ripristino è concordata con le compagnie assicurative chiamate a ristorare gli importi necessari per la pulizia / bonifica stradale ed è comunicata sistematicamente agli enti locali affidatari del servizio. (...) il costo unitario per ogni intervento standard, fino a 40 mq di liquidi versati e fino a 130 mq di detriti solidi dispersi, ammonta ad euro 678,00, mentre per gli altri interventi è prevista una maggiorazione del costo per metro quadrato di bonifica stradale”. Pertanto, gli importi indicati dal Comune di Torino a base di gara non appaiono prima facie ingiustificati o irragionevolmente bassi, fermo restando il dovere di sorveglianza che incombe sulla stazione appaltante in ordine alla congruità dei prezzi effettivamente applicati nei confronti del concessionario ed all’eventuale anomalia delle offerte economiche, per prevenire i rischi di cattiva esecuzione del servizio. In conclusione, la lex specialis di gara adottata dal Comune di Torino deve essere giudicata legittima, per i profili qui esaminati.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che il Comune di Torino abbia legittimamente previsto, nel capitolato di gara per l’affidamento del servizio di pulizia delle strade e ripristino della viabilità a seguito di incidenti, l’assegnazione di un punteggio in relazione al ribasso percentuale offerto sulle tariffe massime applicabili nei confronti delle compagnie di assicurazione.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 giugno 2014

Il Segretario: Maria Esposito