

Parere n.113 del 22/12/2014

PREC 145/14/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata dal Comune di Palma di Montechiaro – Polizia Municipale – Gara informale per la “concessione aree di sosta a pagamento senza custodia e ausiliari sosta – durata 5 anni” – Importo a base di gara soggetto a rialzo euro 30.000,00 – S.A.: Comune di Palma di Montechiaro – Polizia municipale.

Concessione aree di sosta a pagamento – Previsione clausola contrattuale relativa al recupero da parte del concessionario della tariffa non pagata e della penale.

In tema di concessioni, l’assunzione del rischio di gestione ricade in capo all’aggiudicatario, con la conseguenza che la remuneratività della gestione del servizio è legata ai livelli di utenza e in capo al concessionario grava il rischio dell’eventuale inadempimento da parte degli utenti.

Art. 30 d.lgs. 163/2006. Art. 17, comma 132, legge 127/1997.

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 14 maggio 2014 è pervenuta istanza di parere da parte del Comune di Palma di Montechiaro – Polizia Municipale relativamente alla gara informale per la concessione quinquennale delle aree di sosta a pagamento senza custodia e ausiliari sosta.

La stazione appaltante rappresenta che secondo quanto previsto nel c.s.a. il concessionario versi al comune un canone annuo fisso sulla base del numero degli stalli di sosta predeterminati e che il controllo delle soste deve avvenire a mezzo del personale ausiliario dipendente della ditta concessionaria il quale, in caso di accertamento del mancato pagamento del ticket, provvederà ad applicare le sanzioni previste dal Codice della strada i cui proventi saranno destinati al comune. Evidenzia, altresì, che l’odierna aggiudicataria, contrariamente a quanto previsto nel bando, chiede di non contestare le sanzioni previste dal codice della strada agli utenti che sostano senza pagare il ticket e/o oltre l’orario per il quale lo stesso ticket è stato pagato, ma di recuperare direttamente la tariffa evasa applicando anche una penale. In tal senso l’impresa richiederebbe l’inserimento di una clausola nello stipulando contratto.

L’amministrazione ritiene che una siffatta modalità di recupero di somme da parte del concessionario, posto che il guadagno per lo stesso è stato calcolato unicamente sulla base del pagamento della tariffa di parcheggio per ogni stallo di sosta, costituirebbe un introito aggiuntivo non previsto nel bando di gara e che, se autorizzato, andrebbe a violare i principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento.

L’istante, pertanto, chiede all’Autorità, trascurando l’analisi in ordine alla legittimità sull’applicazione delle sanzioni nel rispetto del vigente Codice della Strada, di esprimersi sulla regolarità delle pretese avanzate dalla ditta aggiudicataria circa il recupero della tariffa e l’applicazione della penale.

A seguito dell’istruttoria avviata con nota del 5.6.2014 sono pervenute, in data 17.6.2014, memorie da parte della aggiudicataria Cooperativa Sociale Eco Tourist la quale precisa che non si richiede alcuna integrazione o modifica al contratto di appalto e/o al bando di gara, ma esclusivamente il riconoscimento del diritto a riscuotere le somme dovute e non pagate dagli utenti inadempienti tanto nel caso di mancato pagamento della tariffa quanto nel caso di mancato pagamento della tariffa dovuta/esatta (evasione tariffaria) con la previsione di una penale di legittimo ammontare e spese. La Cooperativa, infatti, ritiene di poter fondare la propria pretesa sul presupposto che l’evasione tariffaria non configura una violazione al Codice della strada, costituendo unicamente inadempimento contrattuale nei confronti della società aggiudicataria, unica titolare del diritto creditorio relativo alle somme da riscuotere in seguito alla violazione. Pertanto, l’incameramento delle suddette somme da parte del Comune rappresenterebbe un indebito nonché una lesione dei

diritti patrimoniali dell'aggiudicataria.

A sostegno di ciò richiama il comma 132 dell'art. 17 della legge n. 127 del 1997 che prevede la facoltà del gestore «di esercitare tutte le azioni necessarie al recupero delle evasioni tariffarie e dei mancati pagamenti, ivi compresi il rimborso delle spese e le penali ». Evidenzia, altresì, che nel caso di evasione tariffaria l'utente inadempiente resterebbe del tutto impunito, non ravvisandosi, in tale ipotesi, una violazione al Codice della strada secondo quanto indicato dal Ministero dei Trasporti con proprio parere n. 25783 del 22.3.2010.

Ritenuto in diritto

La questione in esame verte sulla ammissibilità o meno della richiesta avanzata dalla Cooperativa aggiudicataria della concessione in oggetto in ordine al riconoscimento della possibilità di riscuotere le somme dovute e non pagate dagli utenti inadempienti sia in caso di mancato pagamento della tariffa quanto nel caso di mancato pagamento della tariffa dovuta/esatta (evasione tariffaria) con la previsione di una penale di legittimo ammontare e spese.

Per rispondere al quesito è necessario analizzare preliminarmente il disciplinare di gara unitamente al c.s.a. nonché il quadro normativo di riferimento.

Dall'analisi della *lex specialis* emerge che la concessione delle aree di sosta a pagamento senza custodia e ausiliari del traffico, così come definita dal Comune di Palma di Montechiaro, costituisce ipotesi di sosta tariffata a tempo limitato.

Infatti, nel c.s.a., in particolare all'art. 3 – Orario della sosta a pagamento – è previsto che il servizio di gestione della sosta a pagamento debba essere reso con precise modalità e distinzioni temporali (giorni feriali e/o festivi e mesi estivi) nonché secondo specifiche fasce orarie e diversa ubicazione degli stalli (nel centro abitato o meno).

La *lex specialis* definisce, tra l'altro, che le tariffe relative alla sosta a pagamento siano riscosse dal concessionario nelle aree di parcheggio attraverso diverse modalità (parcometri, "gratta e vinci", tessere elettroniche) e che i relativi pagamenti delle soste siano introitate dallo stesso concessionario. Risulta, inoltre, che i proventi derivanti dalle sanzioni emesse dagli ausiliari della sosta spettino unicamente alla stazione appaltante. Alcun riferimento è quindi contenuto nel bando di gara alla possibilità per la concessionaria di riscuotere le somme dovute e non pagate dagli utenti fruitori del servizio, essendo prevista per questi ultimi, in caso di inadempimento all'obbligo del pagamento della tariffa, esclusivamente l'applicazione delle sanzioni amministrative imposte dal Codice della strada (d.lgs. n. 285/1992 e s.m.i.).

Con riferimento, poi, al citato parere del Ministero dei Trasporti relativamente all'individuazione dei casi di applicabilità o meno delle sanzioni amministrative previste dal Codice della strada, premesso che non è competenza di questa Autorità valutare nel merito la fattispecie ivi analizzata, si segnala che lo stesso opera un distinguo tra l'ipotesi di parcheggio in aree dove la sosta è consentita per una durata limitata e l'ipotesi di parcheggio in aree dove la sosta è a tempo illimitato, con conseguente possibilità di applicazione o meno delle sanzioni amministrative previste dal Codice della strada di cui all'art. 7, comma 14 (nel caso di mancato pagamento ticket) e comma 15 (nel caso di prolungamento della sosta oltre l'orario pagato).

Orbene, esaurita la necessaria analisi dei documenti forniti in atti, è d'obbligo soffermarsi sulle pretese avanzate dalla Cooperativa aggiudicataria circa la possibilità di recuperare le somme per mancato pagamento della tariffa (dovuta/esatta) con la previsione di una penale di legittimo ammontare e spese.

L'aggiudicataria evidenzia come non sia ipotizzabile che il rischio del mancato pagamento della tariffa gravi esclusivamente sulla concessionaria, la quale verrebbe a subire, in caso di effettivo mancato pagamento o di pagamento non esatto di detta tariffa, una perdita patrimoniale.

Si tratta, con tutta evidenza, di una doglianza non fondata in quanto l'assunzione del rischio di gestione è elemento essenziale della concessione e, in quanto tale, ricade proprio in capo all'aggiudicatario.

In generale, giova ricordare che per differenziare un appalto di servizi da una concessione di servizi

è necessario analizzare l'effettivo trasferimento del rischio operativo, inteso, nel caso di specie, come rischio di domanda. Infatti, se l'aggiudicatario avesse in ogni caso una ragionevole certezza di conseguire un determinato guadagno o comunque di non sostenere effettive perdite, saremmo in presenza di un appalto e non di una concessione.

Sull'argomento l'Autorità ha più volte avuto modo di evidenziare che il valore del servizio oggetto della concessione non è predeterminabile, se non in via presuntiva, in quanto condizionato dalla domanda effettiva. Risulta non agevole procedere ad un calcolo preciso del flusso totale di utenti che usufruiranno di fatto del servizio e dunque, non appare possibile determinare con certezza gli effettivi flussi di cassa derivanti dall'erogazione del servizio stesso.

Pertanto, la remuneratività della gestione del servizio è legata ai livelli di utenza e in capo al concessionario grava il rischio dell'eventuale inadempimento da parte degli utenti.

Nel caso di specie, la stazione appaltante, secondo la discrezionalità che le compete, ha definito la procedura di gara e gli atti conseguenti riconoscendo applicabile l'impianto sanzionatorio previsto dal Codice della strada in caso di violazione delle norme riguardanti la sosta a pagamento, non risultando, *rebus sic stantibus*, percorribile la possibilità di prevedere, nei confronti dell'odierna aggiudicataria, il riconoscimento alla riscossione della tariffa evasa con eventuale applicazione di una penale.

Tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 gennaio 2015

Il Segretario Rosetta Greco