

# **Superamento dei termini di cui agli artt. 88, comma 3 e 92, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 36/2023. Disposizioni del bando immediatamente lesive. Impugnabilità.**

*di Giusy Casamassima*

*Data di pubblicazione: 10-8-2024*

*I chiarimenti derivanti dalla Stazione appaltante oltre i termini di cui agli artt. 88, comma 3 e 92, comma 2, lett. a), cit. non possono essere tenuti in considerazione ai fini del corretto riparto di competenze (tra amministrazione e affidatario) in ordine all'apparato tecnologico, sub specie, di software da apprestare.*

*Emerge la natura immediatamente lesiva (con conseguente legittima impugnabilità) delle suddette disposizioni, pacificamente rientrando in tale categoria anche le previsioni tali da rendere la partecipazione incongruamente difficoltosa ovvero i bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta.*

Publicato il 10/07/2024

**N. 06188/2024REG.PROV.COLL.**

**N. 01688/2024 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 1688 del 2024, proposto da Comune di Varazze, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A032C80FD6, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefania Contaldi e Luca Viscardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefania Contaldi in Roma, via G.P. da Palestrina, 63;

***contro***

Gestopark s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca A. Lanzalone e Carlo Catarisano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

S.C.T. Group s.p.a., non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria n. 00069/2024, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gestopark s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2024 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Viscardi e Catarisano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. La Gestopark s.r.l., già titolare di concessione del servizio comunale di sosta a pagamento senza custodia dal 6 aprile 2018 al 6 aprile 2023 presso il Comune di Varazze (SV), proponeva ricorso in primo grado avverso l'indizione di nuova gara da parte del medesimo Comune per la gestione del servizio (a seguito di un periodo intermedio di affidamento diretto in favore di altro operatore) giusta bando pubblicato il 15 dicembre 2023, per un periodo di un anno, prorogabile di un altro anno.

Deduceva la ricorrente al riguardo, in sintesi: che non era chiaro se il Comune dovesse o no fornire il *software* gestionale dei parcometri per l'espletamento del servizio; considerato che l'*hardware* (coincidente coi parcometri) era di titolarità controversa, pendendo contenzioso al riguardo, non era chiaro se l'attuale *software* fosse o no adattabile anche ad altre tipologie di parcometri; che i termini di presentazione delle offerte erano troppo ristretti, considerati quelli di formulazione e risposta ai quesiti.

2. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza del Comune di Varazze, ritenute le clausole contestate quali idonee a impedire la consapevole formulazione dell'offerta,

accoglieva il ricorso.

Riteneva il giudice di primo grado, in sintesi: che non vi fosse chiarezza - a mente della *lex specialis* e delle risposte ai quesiti fornite dalla stazione appaltante - in ordine a se il Comune dovesse fornire o no il *software* per la prestazione del servizio; in tale contesto, lo stesso CSA era contraddittorio, atteso che prevedeva valutazioni premiali per attività non richieste dalla *lex specialis*; inoltre il termine per la presentazione delle offerte era troppo ristretto a fronte di quello previsto per la formulazione e risposta ai quesiti (era prevista una risposta massima ai quesiti fino a 6 giorni prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, mentre la stazione appaltante aveva risposto ai quesiti n. 2 e 10 tra il quinto e il secondo giorno anteriori alla detta scadenza).

In tale contesto, troppo ristretto era anche il termine di 31 giorni per la presentazione delle offerte, in relazione agli oneri di implementazione del *software* gestionale imposti all'affidatario.

Assorbite le altre censure, il Tar accoglieva dunque la domanda d'annullamento, mentre respingeva quella di dichiarazione di inefficacia del contratto, essendo stati i relativi atti non tempestivamente impugnati, ed essendo stato lo stesso contratto stipulato in via sperimentale con la controinteressata S.C.T. Group s.p.a., nelle more della conclusione della selezione contestata.

Respingeva infine la domanda risarcitoria, in quanto generica e non provata, in un contesto in cui l'accoglimento del ricorso escludeva la produzione di pregiudizi in capo alla ricorrente.

3. Avverso la sentenza ha proposto appello il Comune di Varazze deducendo: erroneità della sentenza laddove ha statuito l'ammissibilità dell'immediata impugnazione della *lex specialis* di gara; assenza di clausole escludenti o impeditive alla partecipazione della gara; violazione della *lex specialis* e, in particolare, degli artt. 1, 6 e 10 del capitolato speciale di appalto e relativi allegati; erronea applicazione degli artt. 88, comma 3, e 92, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 36 del 2023.

4. Nel costituirsi in resistenza la Gestpark ripropone, in via subordinata, il primo motivo di ricorso in primo grado, rimasto assorbito.

5. All'udienza pubblica del 27 giugno 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Può prescindersi dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate dalla Gestopark e dall'amministrazione stante il rigetto nel merito dell'appello, e conseguente assorbimento del motivo di ricorso riproposto dalla resistente.

2. Con unico articolato motivo di gravame, l'appellante si duole della mancata dichiarazione d'inammissibilità del ricorso di primo grado, essendo state impugnite clausole non immediatamente escludenti e rispetto a cui la ricorrente aveva azionato in realtà una sorta di

azione di “danno temuto” in relazione a possibili rivalse.

In tale prospettiva, la sentenza si baserebbe su un assunto erroneo, confondendo il “software di base” (interno a ciascuna macchinario o “parcometro”, come tale messo a disposizione dal Comune) con il “software gestionale” oggetto di offerta; in tale contesto, l’art. 10 CSA, in una all’allegato C), indicavano anche le funzionalità oggetto d’implementazione richieste, nonché i criteri di valutazione dell’offerta tecnica in ordine al sistema tecnologico offerto dai concorrenti.

L’appellante denuncia inoltre la contraddittorietà della sentenza che, da un lato, afferma non essere chiaro se e in che termini sia prescritto un onere di implementazione del software gestionale in capo ai concorrenti, dall’altro ritiene inadeguato il termine per la presentazione delle offerte proprio a fronte della necessità d’implementazione del suddetto software.

La partecipazione alla gara della ricorrente, così come complessivamente di otto operatori concorrenti, dimostrerebbe poi che alcun elemento impeditivo v’era al riguardo.

Sotto altro profilo, l’appellante si duole del rilievo attribuito dal giudice di primo grado al ritardo nelle risposte ai quesiti fornite dalla stazione appaltante: quanto al quesito n. 2, in realtà v’era stata una risposta solo parzialmente tardiva (e di un solo giorno), comunque priva di rilievo a fronte delle caratteristiche *standard* del parcometro già stabilite dall’art. 6, lett. c), CSA, né la ricorrente aveva offerto evidenza del fatto che tale ritardo fosse stato di per sé pregiudizievole, considerato peraltro che il parcometro coinvolto era nella specie proprio quello fornito dalla Gestopark.

Lo stesso varrebbe per la risposta al quesito n. 10, che nulla aggiungeva alle previsioni di cui all’art. 10 CSA.

Si duole ancora l’appellante del rilievo assegnato al Tar all’incertezza sulla sostituzione o meno dei parcometri attuali, la cui proprietà comunale era contestata, atteso che in realtà il profilo inerente alla proprietà dei detti parcometri non assumeva alcuna rilevanza ai fini dell’annullamento della gara, considerato che, in ogni caso, il Comune poteva averne la disponibilità dalla Gestopark dietro pagamento di un corrispettivo, ovvero sostituirli a proprie cure e spese.

2.1. Il motivo non è fondato, pur con le precisazioni che seguono.

2.1.1. Occorre premettere che, ai sensi dell’art. 1 CSA, l’appalto posto a gara aveva a oggetto *“l’affidamento del servizio di supporto al Comune titolare della gestione di aree a parcheggio a pagamento su suolo pubblico, senza custodia dei veicoli, comprensivo della manutenzione dei relativi dispositivi (parcometri) per la riscossione automatizzata delle tariffe, il controllo e la vigilanza sugli stessi, l’esazione delle tariffe mediante i predetti dispositivi automatizzati, le attività correlate ai procedimenti sanzionatori afferenti le violazioni al Codice della Strada, accertate dagli ‘Ausiliari del traffico’, ai sensi dell’art. 7, comma 1°, lettera f) del D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285 e s.m.i.”*.

A tale prima, generica, definizione del servizio, seguiva all'art. 6 una sua specificazione, con previsione che *“Il servizio richiesto ha per oggetto il supporto tecnico operativo alla gestione della sosta comprendente la manutenzione ordinaria e straordinaria del sistema tecnologico fornito dal Comune e dovrà fornire agli utenti informazioni sulla localizzazione e sui livelli di occupazione dei parcheggi”*; in tale prospettiva, il servizio ricomprendeva: *“a) l’attività di controllo ed accertamento dei pagamenti della sosta tramite ausiliari del traffico [...]; b) attività di prelievo e rendicontazione degli incassi della sosta (c.d. ‘scassettamento’), nonché il versamento delle somme introitate [...]; c) manutenzione ordinaria e straordinaria di 17 parcometri messi a disposizione dal Comune di Varazze modello Parkeon Strada Evolution e dei connessi sistemi di controllo elettronici che consentono l’effettuazione del pagamento della tariffa [...].”*

Il successivo art. 10 prevedeva inoltre che *“La ditta aggiudicataria dovrà realizzare ed adattare la base dati ed il software alle seguenti finalità: - definizione tariffe previste ed eventuali adeguamenti a seguito di variazioni; - dematerializzazione e gestione digitale dei permessi residenti; - eventuale inserimento di tariffe agevolate e/o promozionali; - possibilità di inibire temporaneamente i servizi di pagamento per eventuali periodi”*.

Emerge da quanto suesposto che, nel quadro del (genericamente definito) *“servizio di supporto [...] della gestione di aree di parcheggio a pagamento su suolo pubblico”* (art. 1 CSA), competeva all'affidatario, per quanto di rilievo: la manutenzione dei parcometri (art. 1 e art. 6, lett. c), CSA); la manutenzione ordinaria e straordinaria *“del sistema tecnologico fornito dal Comune”* (art. 6; la lett. c) richiamava peraltro anche i *“sistemi di controllo elettronici che consentono l’effettuazione del pagamento della tariffa”* connessi ai parcometri); *“realizzazione”* e *“adattamento”* della *“base dati”* e del *“software”* alle specifiche finalità di cui all'art. 10 (i.e., *“definizione tariffe [...]; dematerializzazione e gestione digitale dei permessi residenti; [...] eventuale inserimento di tariffe agevolate e/o promozionali; [...] possibilità di inibire temporaneamente i servizi di pagamento per eventuali periodi”*).

In tale contesto, l'all. C) al CSA prevedeva alcuni criteri valutativi del *“Sistema tecnologico offerto”*, in relazione alle *“caratteristiche di funzionamento del sistema in termini di usabilità, completezza della reportistica, qualità e prestazioni delle funzioni disponibili; resilienza e robustezza dei collegamenti internet a servizio degli utilizzatori”* (B1), utilizzo di *“sistemi di pagamento elettronico”* e *“integrazione con più strumenti esistenti”* (B2), nonché *“conformità ai protocolli e agli standard aperti del settore, [...] possibilità di integrazione con altri sistemi e piattaforme senza restrizioni o dipendenze esclusive, [...] facilità di scambio dei dati con soluzioni esterne, [...] disponibilità di formati di dati standardizzati e la documentazione completa e chiara sulla compatibilità con soluzioni alternative”* (B3) (in tal senso, cfr. anche il disciplinare di gara).

2.1.2. Tanto premesso, manca a ben vedere, nell'articolato della *lex specialis*, una previsione che attribuisca chiaramente all'affidatario la realizzazione compiuta ed esaustiva del cd. *“software gestionale”*: l'art. 10, infatti, assegna sì all'aggiudicatario la realizzazione e adattamento della *“base dati”* e *“software”*, ma alle specifiche e mirate finalità di cui alla medesima disposizione, sopra indicate.

Né vale a fornire soccorso al riguardo, e integrare le previsioni, la disciplina sui criteri valutativi di cui al citato punto *B*) dell'all. *C*) al CSA: al di là del fatto di avere una funzione *valutativa*, il regime fa riferimento a profili di carattere tecnologico e di metodo (di portata, dunque, "trasversale", adattabile ai diversi contenuti presi a riferimento), non già propriamente *contenutistico* (es.: qualità delle funzioni disponibili, resilienza e robustezza dei collegamenti *internet*, interoperabilità, integrazione con più sistemi esistenti, *etc.*, facendo riferimento peraltro al "*Sistema tecnologico offerto*"), sicché non consente di integrare od estendere l'oggetto della prestazione posta a carico dell'affidatario a norma dell'art. 10 CSA.

In tale contesto, non risultava dunque chiaro dal tenore della *lex specialis* il perimetro, rispettivamente, della dotazione offerta dal Comune (in termini di "*sistema tecnologico fornito*", ex art. 6 CSA) e di *software* offerto (o "*Sistema tecnologico offerto*") dal concorrente, quest'ultimo espressamente ricondotto dal CSA ai (soli) elementi di cui all'art. 10, e perciò non v'era adeguata intellegibilità del riparto fra l'amministrazione e l'affidatario in ordine all'apparato tecnologico, *sub specie* di *software* da apprestare.

Alla luce di ciò, non emergeva con chiarezza, a ben vedere, che il cd. "*software gestionale*" fosse di piena ed esclusiva competenza dell'affidatario, come invece reso palese (solo) con il chiarimento n. 10, pervenuto tuttavia, come pacifico, solo in data 11 gennaio 2024, oltre il termine di cui all'art. 88, comma 3 e 92, comma 2, lett. *a*), d.lgs. n. 36 del 2023.

Di qui l'infondatezza delle doglianze dell'appellante, dovendo confermarsi nei termini suindicati i profili d'illegittimità delle disposizioni della legge di gara contestate, in quanto inidonee a consentire una formulazione di offerte pienamente consapevoli da parte dei concorrenti; parimenti (e ancor prima) emerge la natura immediatamente lesiva (e conseguente impugnabilità) delle suddette disposizioni, pacificamente rientrando in tale categoria anche le previsioni tali da "*rend[ere] la partecipazione incongruamente difficoltosa*", ovvero i bandi "*contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta*" (Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4), come nella specie, alla luce di quanto suesposto.

In tale contesto, conclusioni non dissimili possono raggiungersi con riferimento alle (correlate) richieste inerenti alle caratteristiche tecniche degli elementi dei parcometri (*i.e.*, "*Tipo di modem installato*", "*Tipo di scheda cpu*", "*Modello di lettore di carte di credito*", "*Connessi sistemi di controllo elettronici in uso*"), rispetto alle quali pure l'amministrazione forniva compiuta risposta al corrispondente quesito solo il 10 gennaio 2024 (anche qui, oltre il termine ex artt. 88, comma 3, e 92, comma 2, lett. *a*), d.lgs. n. 36 del 2023), in un contesto in cui il chiarimento risultava significativo, stante la indicazione del (solo) modello di parcometro esposta all'art. 6 CSA.

Né rileva, al riguardo, il fatto che il parcometro fosse stato fornito nella specie dalla stessa Gestopark, stante la gestione frattanto avvenuta da parte di un operatore terzo.

Il che assume del resto rilevanza - senza, dunque, che l'appellante dovesse fornire dimostrazioni aggiuntive al riguardo - anche a fronte della situazione generale suesposta, connotata dalla originaria non chiara ripartizione dei compiti fra l'amministrazione e

l'affidatario in ordine alla strutturazione e conformazione dei *software*, e conseguenti profili di loro interazione.

Né rileva, in senso contrario, il solo fatto che alcuni operatori (inclusa la stessa Gestopark) abbiano egualmente presentato delle offerte, stante l'oggettiva situazione di scarsa chiarezza emergente dalla *lex specialis* nei termini suesposti.

Di qui il rigetto delle doglianze, con assorbimento del (subordinato) motivo di ricorso riproposto dalla Gestopark.

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

3.1. La complessità della fattispecie e la parziale novità delle questioni trattate giustificano la compensazione delle spese del presente grado di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

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

Compensa le spese del presente grado di giudizio fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

## **Guida alla lettura**

Con la pronuncia **n. 6188** dello scorso **10 luglio 2024** la V Sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata in merito al superamento dei **termini di cui agli artt. 88, comma 3 e 92, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 36/2023**.

Nel dettaglio la Corte afferma che i **chiarimenti derivanti dalla Stazione appaltante oltre i**

**termini di cui agli artt. 88, comma 3 e 92, comma 2, lett, a), cit. non possono essere tenuti in considerazione ai fini del corretto riparto di competenze (tra amministrazione e affidatario) in ordine all'apparato tecnologico, *sub specie*, di software da apprestare.** Di qui - si afferma - l'infondatezza delle doglianze dell'appellante, dovendo confermarsi nei termini suindicati i profili di illegittimità delle disposizioni della legge di gara contestate, in quanto inidonee a consentire una formulazione di offerte pienamente consapevoli da parte dei concorrenti.

Parimenti (e ancor prima), a parere del Collegio, emerge la **natura immediatamente lesiva (con conseguente legittima impugnabilità) delle suddette disposizioni**, pacificamente rientrando in tale categoria anche le previsioni tali da *“rendere la partecipazione incongruamente difficoltosa”* ovvero i bandi *“contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta”* (Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 12018, n. 4).