

Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria Sezione II

Sentenza 2 ottobre 2020, n. 680

PRESIDENTE: PERUGIA - ESTENSORE: VITALI
FATTO E DIRITTO

Con ricorso notificato in data 8 giugno 2018 e depositato il 20 giugno 2018 la società S.C.T. Sistemi di Controllo Traffico s.r.l. (di seguito, SCT senz'altro), che gestiva, in esito a procedura aperta bandita nel 2011, il servizio di parcheggio a pagamento nel comune di Alassio, ha impugnato la deliberazione della giunta comunale 7 maggio 2018, n. 154, concernente "l'affidamento del servizio di gestione dei parcheggi a pagamento senza custodia alla società *in house* GESCO s.r.l. per il periodo 11 giugno 2018-31 dicembre 2023", nonché la presupposta deliberazione del consiglio comunale n. 25 del 5 aprile 2018, di approvazione della relazione illustrativa delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per l'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, prevista dall'art. 34 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221.

In punto di fatto espone che, nel corso del 2017, in prossimità della scadenza del contratto con SCT, il comune di Alassio bandì una gara pubblica, estesa, oltre che al servizio di gestione della sosta a pagamento, anche a svariati altri servizi (segnatamente: creazione di un sistema complesso di info-mobilità mediante installazione di 3 pannelli informativi di segnalazione e avviso; realizzazione di un sistema di videosorveglianza con 20 telecamere e regolamentazione con 11 varchi obbligatori di accesso alle diverse zone ZTL; gestione del servizio di mobilità sostenibile mediante realizzazione di 7 stazioni di *car e bike sharing*, 15 stalli da 10 biciclette l'uno, tutti dotati di sistemi di telecontrollo, fornitura di 70 biciclette a pedalata assistita e installazione di 10 colonnine con stallo dedicato per la ricarica di veicoli elettrici o ibridi).

Tale gara andò però deserta ed il comune, anziché provvedere all'indizione di una nuova gara con diversi parametri economici e con minori investimenti a carico del concessionario, mantenne la gestione del servizio di gestione della sosta a pagamento in capo a STC in forza di proroga del contratto in essere, alle medesime condizioni economiche.

Con gli atti impugnati, il comune di Alassio ha infine inteso affidare direttamente e senza gara - facendo ricorso all'istituto dell'*in house providing* - il solo servizio di gestione dei parcheggi in favore della società GESCO s.r.l., interamente partecipata dal Comune stesso.

A sostegno del gravame la società SCT ha dedotto un unico motivo di ricorso, così rubricato: violazione dell'art. 106 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi comunitari in materia di *in house providing* - violazione dell'art. 1 della l. n. 241/1990 e del principio di trasparenza - violazione dell'art. 3 della l. 241/1990 e del principio della motivazione - violazione dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. 50/2016 - violazione dell'art. 34, comma 20, d.l. 179/2012 - violazione dell'art. 3-bis, commi 1-bis e 6-bis, del d.l. 138/2011 - eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento e della carenza di istruttoria.

Il motivo è articolato sotto due distinti profili, come segue.

1.A. sulla necessità di una motivazione specifica e di una comparazione concreta tra le differenti modalità di gestione nella scelta della gestione *in house*.

Sotto un primo profilo denuncia la violazione dell'art. 106 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi comunitari in materia di *in house providing*.

Premessa la asserita valenza derogatoria dell'*in house providing* rispetto alla regola generale dell'evidenza pubblica (ciò che - in tesi - implicherebbe che i principi che governano tale istituto debbano essere interpretati in maniera rigorosa e restrittiva), lamenta che l'amministrazione non abbia dato adeguatamente conto della preferenza per il modello *in house*, e che la scelta del modello *in house* non sia stata preceduta da una concreta e trasparente disamina delle alternative esistenti, sotto i profili della comparazione tra le varie forme di gestione, delle valutazioni economico/qualitative dei servizi offerti e della verifica della effettiva capacità del gestore di svolgere correttamente il servizio affidato.

Ai sensi dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, il provvedimento di scelta per il modulo di gestione *in house* dovrebbe invece essere necessariamente preceduto da una valutazione che dia conto, in motivazione, delle ragioni che fanno propendere per una delle diverse tipologie, motivando, secondo una logica di preferenza via via decrescente, in ordine all'impossibilità di utilizzare: 1) in prima battuta, lo strumento - altrimenti sempre preferibile - dell'affidamento mediante procedura di evidenza pubblica; 2) in subordine, quello dell'affidamento a società mista, che in ogni caso presuppone la gara per la scelta del socio privato; 3) in via di ulteriore subordine, quello dell'affidamento *in house* e senza gara.

1.B. Sulla inesistenza di qualsiasi comparazione tra le forme di gestione, sulla carenza di motivazione e di istruttoria e sullo sviamento dell'affidamento a GESCO del servizio di gestione dei parcheggi.

Sotto un secondo profilo, deduce che sarebbe quantomeno "sospetto" il comportamento del comune, il quale, dopo avere bandito una procedura andata deserta alla luce di valutazioni tecnico-economiche palesemente erranee circa gli investimenti necessari, anziché "aggiustare il tiro" con l'indizione di una nuova procedura strutturata su un progetto tecnico-economico sostenibile per il mercato, ha invece sottratto ad ogni possibile confronto concorrenziale soltanto una parte dei servizi precedentemente posti in gara (la gestione dei parcheggi a pagamento).

La stessa progressione temporale degli atti impugnati costituirebbe spia dell'eccesso di potere per sviamento, apparendo verosimile che la decisione di affidare il servizio *in house* fosse antecedente, e prescindesse del tutto dalle valutazioni contenute nella relazione illustrativa, predisposta dal comune ai sensi dell'art. 34, comma 20, del d.l. 179/2012.

La motivazione del provvedimento sarebbe poi del tutto carente sia sotto il profilo della capacità tecnica di GESCO, sia sotto il profilo economico, giacché da un lato la preferenza per l'offerta di GESCO non sarebbe stata preceduta da alcuna indagine di mercato, dall'altro il piano economico finanziario contenuto nella relazione sarebbe del tutto privo di qualsiasi asseverazione da parte di istituti di credito o società di servizi (in violazione di quanto statuito dall'art. 3-bis, commi 1-bis e 6-bis, del d.l. n. 138/2011, che peraltro riguarda i soli servizi "a rete"), sicché non vi sarebbe certezza circa l'utile di gestione.

Alla domanda di annullamento accede domanda di risarcimento del danno.

Si è costituito in giudizio il comune di Alassio, preliminarmente eccependo l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse (essendo il contratto con SCT scaduto l'11 giugno 2018), nel merito controdeducendo ed instando per la sua reiezione.

Con memoria notificata alla controparte, SCT ha dedotto come, a seguito delle consistenti riduzioni sulle tariffe della sosta approvate con la deliberazione di giunta comunale n. 277 del 5 settembre 2018, risulterebbe viepiù insostenibile il piano economico allegato alla relazione illustrativa, confermando l'incongruità dell'affidamento *in house* disposto in favore di GESCO.

Con ordinanza 15 novembre 2018, n. 886 la Sezione ha sollevato dinanzi alla Corte costituzionale questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti diano conto nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house* "delle ragioni del mancato ricorso al mercato", per contrasto con l'art. 76 della Costituzione, in relazione all'art. 1, lett. a) ed eee), della l. 28 gennaio 2016, n. 11 (recante deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014), disponendo la sospensione del giudizio.

Con sentenza 27 maggio 2020, n. 100 la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, sul presupposto che l'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato imposto dall'art. 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici per un verso risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza, e non è dunque in contrasto con il criterio previsto dall'art. 1, comma 1, lett. a), della legge-delega n. 11 del 2016; per altro verso, è riconducibile all'esercizio dei normali margini di discrezionalità spettanti al legislatore delegato nell'attuazione del criterio di delega di cui all'art. 1, comma 1, lett. eee), della medesima legge-delega, ne rispetta la *ratio* ed è coerente con il quadro normativo di riferimento.

All'udienza del 23 settembre 2020 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

L'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dal comune di Alassio è infondata.

Difatti, nelle procedure pubbliche di affidamento dei contratti, la legittimazione al ricorso è di regola correlata ad una situazione differenziata come risultato della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione, salvi i casi nei quali il ricorrente contesti, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura, oppure, in qualità di operatore economico di settore, l'affidamento diretto o senza gara (C.d.S., III, 26 maggio 2016, n. 2228; id., IV, 20 aprile 2016, n. 1560).

Dunque, a prescindere dalla scadenza del rapporto contrattuale con il comune di Alassio, la semplice qualità di SCT di operatore del settore della gestione del servizio dei parcheggi a pagamento la legittima senz'altro ad impugnare l'affidamento diretto *in house providing* ad un operatore concorrente.

Ciò posto, giova dar conto di come, successivamente alla proposizione del ricorso, l'art. 192, comma 2, del d.lgs. 50/2016 sia stato sottoposto ad un duplice vaglio di legittimità - comunitaria e costituzionale - con riferimento specifico all'obbligo, ivi sancito, di motivare espressamente le ragioni del mancato ricorso al mercato in caso di affidamento *in house*.

Per quanto concerne l'ordinamento comunitario, la Corte di giustizia UE, Sez. IX, con ordinanza 6 febbraio 2020 nelle cause riunite nn. C-89/19 e C-91/19, Rieco s.p.a. c. Comune di Lanciano ed altri), ha affermato che "l'art. 12, par. 3, Dir. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la Dir. 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale [quale l'art. 192 del vigente "Codice dei contratti pubblici" italiano] che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche 'contratto *in house*', all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da

parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna".

Per quanto riguarda invece l'ordinamento nazionale, la Corte costituzionale - come si è detto - ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Sezione sotto il profilo della violazione della legge di delega legislativa, rilevando come l'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato sia espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e risponda - in un'ottica pro-concorrenziale di allargamento del ricorso al mercato - agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza.

Sempre in via preliminare, occorre premettere come la società SCT non contesti affatto il ricorrere, in capo alla controinteressata GESCO s.r.l., delle tre condizioni stabilite dall'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 (controllo dell'amministrazione aggiudicatrice analogo a quello esercitato sui propri servizi; 80% dell'attività della controllata effettuato nello svolgimento dei compiti affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante; assenza di partecipazione diretta di capitali privati) per il legittimo ricorso all'*in house providing*, condizioni che sono dunque pacifiche tra le parti.

Ciò premesso, il ricorso è fondato e dev'essere accolto.

Ai sensi del più volte citato art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, "ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche".

La norma, muovendo dall'implicito presupposto della natura secondaria e residuale dell'affidamento *in house*, impone che l'affidamento in autoproduzione di servizi disponibili sul mercato sia specificamente motivato adducendo, tra l'altro, le ragioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito come la relazione *ex art.* 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012 sulle modalità di affidamento del servizio non possa essere degradata a mero orpello procedimentale, e come, nel caso in cui si opti per l'affidamento diretto *in house*, sia richiesto un onere motivazionale rafforzato e più incisivo circa la praticabilità delle scelte alternative (C.d.S., V, 8 aprile 2019, n. 2275), da compiersi mediante un'analisi effettuata in concreto, caso per caso, sulla base di dati comparabili (C.d.S., V, 16 novembre 2018, n. 6456).

Nel caso di specie, le delibere gravate affidano la motivazione della scelta esclusivamente alle valutazioni contenute nella relazione illustrativa predisposta dal Comune ai sensi dell'art. 34, comma 20, del d.l. 179/2012 (cfr. all. 2 alla D.C.C. n. 25 del 5 aprile 2018, doc. 2 delle produzioni 28 giugno 2018 del comune di Alassio), che si limita a valutare la convenienza economica dell'affidamento *in house* alla società GESCO sulla base di un canone annuo di euro 200.000,00, ma nulla dice circa le ragioni del mancato ricorso al mercato (cfr. il paragrafo 5 della relazione, pp. 37/71 e ss.).

Donde la violazione dell'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, nonché il censurato difetto di istruttoria e di motivazione.

Né potrebbe ritenersi che la valutazione circa le ragioni del mancato ricorso al mercato sia insita nel fatto che una precedente gara (cfr. doc. 8 delle produzioni 20 giugno 2018 di parte ricorrente) per l'aggiudicazione - tra gli altri - del servizio di gestione della sosta a pagamento fosse andata deserta.

Come dedotto dalla società ricorrente - non smentita, sul punto, dalla difesa del comune - la gara andata deserta concerneva, oltre al servizio della sosta a pagamento, anche svariati altri servizi definiti accessori (segnatamente: la creazione di un sistema complesso di info-mobilità mediante installazione di 3 pannelli informativi di segnalazione e avviso; la realizzazione di un sistema di videosorveglianza con 20 telecamere e regolamentazione con 11 varchi obbligatori di accesso alle diverse zone ZTL; la gestione del servizio di mobilità sostenibile mediante realizzazione di 7 stazioni di *car e bike sharing*, 15 stalli da 10 biciclette l'uno, tutti dotati di sistemi di telecontrollo, fornitura di 70 biciclette a pedalata assistita e installazione di 10 colonnine con stallo dedicato per la ricarica di veicoli elettrici o ibridi), che però comportavano cospicui investimenti.

Poiché i contenuti dei due contratti da affidare non erano oggettivamente comparabili, ne segue che, dalla diserzione della gara per la realizzazione e gestione di un sistema integrato di mobilità sostenibile, non poteva legittimamente trarsi alcuna conclusione nel senso della maggiore convenienza dell'affidamento *in house* del solo servizio di gestione della sosta a pagamento.

Dall'illegittimità delle deliberazioni di affidamento diretto *in house* del servizio di gestione della sosta alla società GESCO discende la perdita di efficacia del conseguente contratto di servizio stipulato in data 8 maggio 2018 (doc. 1 delle produzioni 25 settembre 2018 di parte comunale), con effetto dalla pubblicazione della presente sentenza (cfr. C.d.S., V, 29 maggio 2017, n. 2533; T.A.R. Liguria, II, 6 maggio 2020, n. 278; T.A.R. Lombardia, III, 3 ottobre 2016, n. 1781).

L'accertamento dell'illegittimità del ricorso all'affidamento diretto a GESCO e la conseguente declaratoria di inefficacia del contratto stipulato, soddisfacendo integralmente l'interesse che ha mosso S.C.T. ad agire in giudizio, dispensano il

giudice dal provvedere sulla domanda di risarcimento del danno per equivalente, domanda che deve intendersi implicitamente rinunciata (in tal senso vedi la memoria conclusiva depositata in data 7 settembre 2020, p. 18).

Le spese seguono come di regola la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la deliberazione della giunta comunale di Alassio 7 maggio 2018, n. 154 e la deliberazione del consiglio comunale n. 25 del 5 aprile 2018.

Dichiara l'inefficacia del contratto di servizio stipulato in data 8 maggio 2018, con effetto dalla pubblicazione della presente sentenza.

Condanna il comune di Alassio al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese di giudizio, che liquida in euro 4.000,00 (quattromila), oltre spese generali, IVA e CPA, oltre al rimborso del contributo unificato.

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