

Pubblicato il 02/10/2020

N. 00680/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00417/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 417 del 2018, proposto da S.C.T. Sistemi di Controllo Traffico s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maria Silvia Sommazzi in Genova, via XII Ottobre n. 10/12;

contro

Comune di Alassio, rappresentato e difeso dall'avvocato Simone Contri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

GE.S.CO s.r.l. e ANAC Autorità Nazionale Anticorruzione, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

della deliberazione della giunta comunale di Alassio n. 154 del 7 maggio 2018, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di gestione dei parcheggi a pagamento senza custodia alla società in house GE.S.CO. s.r.l. per il periodo 11 giugno 2018 - 31 dicembre 2023”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Alassio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2020 il dott. Angelo

Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 8.6.2018 e depositato il 20.6.2018 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. 18.10.2012, n. 179, convertito in legge 17.12.2012, 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'articolo 106 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e dei principi comunitari in materia di in house providing – violazione dell'articolo 1 della L. n. 241/1990 e del principio di trasparenza - violazione dell'articolo 3 della legge 241/1990 e del principio della motivazione – violazione dell'articolo 192, comma 2, del d.lgs. 50/2016 - violazione dell'articolo 34, comma 20, d.l. 179/2012 - violazione degli articoli 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'articolo 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.

I.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 erronee 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 istituto di credito o società di servizi (in violazione di quanto statuito dall'articolo 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'11.6.2018), 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 15.11.2018, n. 886 la Sezione ha sollevato dinanzi alla Corte costituzionale questione di legittimità costituzionale dell'art. 192 comma 2 del D. Lgs. 18.4.2016, 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 lettere a) ed eee) della legge 28.1.2016, 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 27.5.2020, 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, lettera 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, lettera 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 (Cons. di St., III, 26.5.2016, n. 2228; id., IV, 20.4.2016, 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'articolo 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, c. 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 (Cons. di St., V, 8.4.2019, n. 2275), da compiersi mediante un'analisi effettuata in concreto, caso per caso, sulla base di dati comparabili (Cons. di St., V, 16.11.2018, 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'articolo 34 comma 20 del D.L. 179/2012 (cfr. all. 2 alla D.C.C. n. 25 del 5.4.2018, doc. 2 delle produzioni 28.6.2018 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 € 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 20.6.2018 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 8.5.2018 (doc. 1 delle produzioni 25.9.2018 di parte comunale), con effetto dalla

pubblicazione della presente sentenza (cfr. Cons. di St., V, 29.5.2017, n. 2533; T.A.R. Liguria, II, 6.5.2020, n. 278; T.A.R. Lombardia, III, 3.10.2016, 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 7.9.2020, 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 8.5.2018, 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 € 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.

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Peruggia, Presidente FF

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

Alessandro Enrico Basilico, Referendario

L'ESTENSORE
Angelo Vitali

IL PRESIDENTE
Paolo Peruggia

IL SEGRETARIO