

Quali sono gli elementi che debbono concorrere per un legittimo affidamento in house?

Autore: Lazzini Sonia

In: Coperture assicurative

La Corte di Giustizia ha affermato che i requisiti dell'in house providing, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, devono essere interpretati restrittivamente (Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, C-410/04): ciò significa che l'in house providing non costituisce un principio generale, prevalente sulla normativa interna, ma è un principio derogatorio di carattere eccezionale che consente, e non obblighi, i legislatori nazionali a prevedere tale forma di affidamento; affinché possa esperirsi legittimamente un affidamento diretto occorre che vi sia una specifica previsione normativa derogatoria al principio di concorsualità e concorrenza, e che ricorrano tassativamente le condizioni dalla stessa previste.

Il Tar Puglia, Lecce, con la sentenza numero 3436 del 4 ottobre 2007 ci insegna che:

<E' noto che per un legittimo affidamento in house è necessario che concorrano i seguenti due elementi:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi;
- b) il soggetto affidatario deve svolgere la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza.

In ragione del “controllo analogo” e della “destinazione prevalente dell’attività”, l’ente in house non può ritenersi terzo rispetto all’amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell’amministrazione stessa (principi affermati dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza Teckal del 18 novembre 1999, C-107/98).

La Corte di Giustizia ha anche escluso che possa sussistere il controllo analogo in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato (Corte di giustizia, 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle; 11 maggio 2006, C-340/04).

Secondo la Corte di Giustizia, la partecipazione pubblica totalitaria è elemento necessario, ma non sufficiente, per integrare il requisito del controllo analogo.

In particolare, secondo la Corte di Giustizia, devono sussistere i seguenti requisiti:

- il consiglio di amministrazione della s.p.a. in house non deve avere rilevanti poteri gestionali e l’ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;

- l’impresa non deve aver «acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo» dell’ente pubblico e che può risultare, tra l’altro, dall’ampliamento dell’oggetto sociale; dall’apertura obbligatoria della società ad altri capitali; dall’espansione territoriale dell’attività della società a tutto il territorio nazionale e all’estero (Corte di giustizia, 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen.; 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling; anche Cons. Stato, V, 30 agosto 2006 n. 5072, ha escluso il controllo analogo in presenza della semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati);

- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell’ente affidante (in questo senso, anche Cons. Stato, V, 8 gennaio 2007 n. 5).

Peraltro, la Corte di Giustizia ha affermato che i requisiti dell'in house providing, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, devono essere interpretati restrittivamente>

A cura di Sonia LAzzini

IMPORTANTE APPARE INOLTRE IL SEGUENTE PASSO TRATTO DA Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2006, n. 1789

< Del resto sulla scorta della più attenta giurisprudenza di questo Consiglio deve essere rimarcata la differenza fra sondaggio esplorativo e gara ufficiosa istituiti entrambi utilizzabili nella trattativa privata: il primo tende solo ad acquisire una conoscenza dell'assetto del mercato e dunque dell'esistenza di imprese potenziali contraenti e del tipo di condizioni contrattuali che sono disposte a praticare; il secondo, oltre ad essere strumento di conoscenza implica una valutazione comparativa delle offerte, valutazione che è insita nel concetto stesso di gara e che pone l'obbligo per l'amministrazione di rispettare le prescrizioni assunte in sede di autovincolo, in ossequio ai canoni di trasparenza, buon andamento ed imparzialità; orbene nel caso di specie è escluso che l'Agenzia delle Entrate abbia dato corso ad una gara ufficiosa

(...)

Si tratta quindi di stabilire se ricorrono o meno i presupposti legali per l'utilizzo della trattativa privata c.d. pura, quale strumento di scelta del contraente.

E' bene subito sgombrare il campo da eventuali suggestioni di derivazione comunitaria.

Nessuna delle direttive vigenti al momento di adozione dell'atto impugnato (9250 in materia di appalti di servizi, 9336 in materia di appalti di forniture, 9337 in materia di appalti di lavori), assoggettava alla propria disciplina la compravendita di edifici esistenti.

Sulla stessa linea si è mossa la normativa nazionale di recepimento; si consideri, ad esempio, che l'art. 5, lett. a), d.lgs. n. 157 del 1995 esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione i contratti aventi ad oggetto l'acquisizione o la locazione, indipendentemente dalle modalità finanziarie, di terreni o edifici esistenti.

Sotto tale angolazione è parimenti escluso che possa darsi ingresso alle considerazioni ed ai limiti stringenti individuati dall'Adunanza generale di questo Consiglio in materia di vendita di cosa futura (cfr. parere 17 febbraio 2000, n. 2), quale strumento alternativo all'appalto di opere pubbliche, essendo pacifico che lo stabile prescelto è perfettamente edificato e rifinito.

L'indagine deve pertanto essere condotta alla luce delle prescrizioni imposte dalla disciplina nazionale recata dalla legge e dal regolamento di contabilità generale dello Stato (artt. 6, l. 2440 del 1923 e 41, r.d. n. 827 del 1924, che individua nel monopolio una circostanza legittimante della trattativa privata), nonché di quella speciale applicabile all'Agenzia delle Entrate.

Viene particolarmente in rilievo l'art. 2.3.5. del Manuale di contabilità - avente natura regolamentare - ed in parte qua riproduttivo dei principi generali dettati dalla normativa statale, secondo cui <<per l'acquisto di beni immobili si può procedere all'indagine di mercato anche senza necessità di invio di lettera d'invito e nel caso di immobile che presenta caratteristiche di unicità rispetto ai requisiti richiesti si può procedere con la trattativa con un unico soggetto...>>.

In limine la sezione osserva che il Manuale di contabilità non è stato fatto oggetto di specifica domanda di annullamento da parte del privato.

Dalle risultanze documentali emerge che l'amministrazione ha attivato la procedura in questione nel rispetto della prescrizione regolamentare, in particolare:

- l'insalubrità dello stabile locato si ricava dalle denunce penali, le ispezioni sanitarie, i contenziosi civili annunciati o in corso, le rimostranze dei sindacati (tutte allegati in atti); certe sono anche le pressanti esigenze di mutamento di sede derivanti dalle mende di carattere manutentivo dimostrate dall'Agenzie delle Entrate con pertinente documentazione (versata in atti);

- la ristrettezza del mercato immobiliare di Catanzaro è un dato dimostrato dai bollettini specializzati in valutazioni di mercato (versati in atti dalla Copro) e confermato in via logica dalla considerazione delle peculiari caratteristiche che deve possedere un edificio per ospitare uffici pubblici di vaste dimensioni;

- la particolare ubicazione dello stabile acquistato, la sua pronta disponibilità, le caratteristiche di pregio emergono dalle note dell'Agenzia del Territorio del 6 giugno 2002 e della Regione Calabria del 6 agosto 2002 (in atti) e sono state rimarcate dall'istruttoria svolta dall'Ufficio risorse materiali della Direzione regionale della Calabria (cfr. nota 16 dicembre 2002).

L'utilizzo della trattativa privata appare pertanto, nel particolare caso di specie, fondato su elementi di fatto certi, ragionevolmente apprezzati e congruamente motivati che hanno condotto l'amministrazione a ravvisare una situazione di monopolio (ai sensi dell'art. 41, r.d. n. 827 cit.) o unicità dell'immobile (nel linguaggio del Manuale di contabilità).

Quanto alla riproposizione della questione di costituzionalità della norma sancita dall'art. 2.3.5. del Manuale (v. in particolare pagina 2 della memoria di costituzione della Comet), la sezione ne ravvisa l'inammissibilità sotto un duplice profilo perché:

a) il relativo capo di sentenza non è stato gravato da appello;

b) in ogni caso, come esattamente affermato dal primo giudice, la Corte costituzionale non conosce, in via incidentale, della legittimità di norme regolamentari.>

A cura di SONIA LAZZINI

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 3436 del 4 ottobre emessa dal Tar Puglia, Lecce

REPUBBLICA
ITALIANA TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA PUGLIA

LECCE
_ SECONDA SEZIONE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Visto il ricorso 172/2007 proposto da:

ALFA
SRL UNINOMINALE

contro

PROVINCIA DI LECCE

e nei confronti di

beta SPA

e nei confronti di

GAMMA

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

della deliberazione della G.P. di Lecce n. 389 del 16.11.2006 avente ad oggetto: "Approvazione progetto Easybus per l'accompagnamento ed il trasporto extraurbano di studenti diversamente abili. A.S. 2006/2007";

della determina n. 182 del 5.12.2006 avente ad oggetto: " Servizio Easybus 2006/2007, estensione del contratto in data 2.2.2005 n. 24353 di rep. Impegno di spesa;

di ogni atto connesso, presupposto e/o consequenziale;

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dal ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di:

PROVINCIA DI LECCE

Udito nella pubblica udienza del 14 giugno 2007 il relatore Ref. PATRIZIA MORO e uditi gli Avv.ti Leuci, in sostituzione dell'avv.Marra per la società ricorrente, nonché Capoccia per la Provincia di Lecce, quest'ultima anche in sostituzione dell'avv. Angelastri.

Considerato in

FATTO

Il ricorrente, titolare della omonima ditta ed operante nel settore dei trasporti, impugna i provvedimenti con i quali l'Amm.ne Prov.le di Lecce ha disposto l'affidamento diretto del servizio trasporto disabili alla S.T.P. di Terra d'Otranto.

A sostegno del ricorso vengono proposti i seguenti motivi:

1)Incompetenza. Violazione art. 47 L.R. n. 9 del 12.4.2000. Violazione L.R. n. 10/1997. Violazione del principio di legalità e tipicità degli atti amministrativi;

Deduce il ricorrente

che , a mente dell'art.47 della L.R. n.9/2007, il servizio oggetto del progetto Easybus 2006-07, oggetto dell'affidamento impugnato, è di competenza non già della Provincia, bensì dell'ASL, risolvendosi il ruolo della provincia al mero finanziamento del servizio organizzato dalle ASL in rapporto al numero degli utenti interessati.

2)Violazione e falsa applicazione degli artt. 5 e 6 L.R. n. 10/1997.

A superare i rilievi di incompetenza non può valere, a dire dei ricorrenti, il generico contenuto nella deliberazione della Giunta Provinciale n.389 del 16.11.2006 alla L.R.10/97, in quanto, al contrario, gli artt.5 e 6 della L.R. n.10/1997 attribuiscono alla AUSL territorialmente competente il compito di assicurare il servizio di trasporto dei soggetti disabili per motivi di studio.

3)Violazione e falsa applicazione artt. 2, 6, 11 e 18 L.R. n. 18/2002. Violazione art. 16 e 19 del D. Lgs. n. 422/1997. Violazione e falsa applicazione della L.R. n. 10/1997. Eccesso di potere per erroneità e falsa presupposizione dei fatti. Perplessità dell'azione amministrativa.

I servizi di trasporto dei soggetti disabili non rientrano tra i servizi la cui titolarità è di competenza della Provincia, stante il fatto che spettano alle ASL, né rientrano tra i servizi aggiuntivi di TPRL, cui fa riferimento l'art.6 della L.R.18/2002, o tra i servizi speciali di cui all'art.18 della L.R.18/2002.

4)Violazione del D. lgs. n. 163/2006. Violazione dei principi dell'evidenza pubblica. Violazione dei principi di concorrenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e di pubblicità.

Trattandosi di un contratto di servizi, la scelta dell'affidatario doveva essere ispirata ai principi sanciti dal d.legs. n.163/2006 sui contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE .

5)Violazione dell'art. 6, dell'art. 16 e dell'art. 18 della L.R. n. 18/2002 sotto altro profilo. Incompetenza sotto altro profilo, violazione del giusto procedimento.

I provvedimenti impugnati sono in contrasto con le norme epigrafate, le quali prevedono che l'istituzione dei servizi aggiuntivi debba avvenire previa intesa con la Regione ai fini della compatibilità degli stessi con gli obiettivi della programmazione regionale, e nella specie non si dà conto del fatto che sia stata inoltrata da parte della Provincia alla Regione una formale richiesta di parere sull'istituzione di tale presunto servizio aggiuntivo ed, inoltre, la possibilità di istituire "servizi aggiuntivi" esula dalle competenze dell'ente locale intimato, avendo quest'ultimo mere funzioni di pianificazione.

6) Violazione art. 16 comma 9 L.R. n. 18/2002. Violazione dei principi in materia di pianificazione dei servizi di trasporto pubblico locale.

Il servizio in esame non è neanche stato inserito nei Piani Provinciali di bacino i quali devono essere formati ai sensi dell'art.16 comma 9 L.R.18/2002, prima della istituzione di nuovi servizi.

7) Violazione dei principi generali in materia di affidamento di servizi pubblici. Violazione dei principi di evidenza pubblica. Violazione degli artt. 14, 16 e 21 della L.R. n. 18/2002. Violazione dell'art. 18 del D. Lgs. n. 422/1997. Violazione del D. Lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per difetto dei presupposti, travisamento dei fatti, disparità di trattamento, ingiustizia manifesta, sviamento della causa tipica dell'atto. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione art. 41 Cost. Violazione dei principi in materia di libera iniziativa e di concorrenza nel mercato. Violazione dei principi di cui alla L. n. 287/1990. Violazione dei principi di cui agli artt. 85 e 86 del Trattato CE.

Il servizio "Easy bus" è un servizio diverso ed autonomo rispetto ai servizi di TPRL attribuiti al CO.T.R.A.P. e nasce dall'approvazione di un autonomo progetto denominato "Easybus 2006-07", approvato con autonoma e specifica deliberazione di giunta provinciale n.389/06 , con la conseguenza che l'Amm.ne Prov.le avrebbe dovuto affidarlo tramite le procedure di evidenza pubblica.

8) Violazione art. 21 L.R. n. 18/2002. Violazione dei principi di libera concorrenza e trasparenza dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per disparità di trattamento, violazione art. 3 Cost..

La determinazione dell'Amm.ne di affidare il servizio in questione alla Co.Tra.P. sulla base del presupposto che tale consorzio sia già affidatario dei servizi di trasporto pubblico locale, si pone in contrasto con i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di concorrenza.

9) Violazione art. 17 L.R. n. 18/2002. Violazione art. 87 Codice della Strada. Violazione dei principi dell'evidenza pubblica, della trasparenza, della libera concorrenza sotto altro profilo.

Il Co.Trap.P. ha sub-affidato il servizio direttamente alla S.T.P. di Terra d'Otranto senza esperire la procedura concorsuale richiesta dall'art.17 della L.R. n.18/2002 il quale prevede che il soggetto gestore dei servizi di TPRL può dare in sub-affidamento, previa autorizzazione dell'ente affidante, quote di servizi complessivamente non superiori al 20% dei servizi ad altri soggetti dotati di requisiti di idoneità morale, finanziaria e professionale previsti dalla vigente normativa e che i soggetti sub affidatari sono individuati dal soggetto sub-affidante mediante procedure concorsuali.

10) Eccesso di potere per perplessità dell'azione amministrativa. Violazione dei principi di trasparenza e di buon andamento dell'azione amministrativa sotto altro profilo.

L'amm.ne Prov.le ha affidato il servizio di trasporto disabili al Co.Tra.p. ancor prima di conoscere se lo stesso era in grado o meno di svolgere il servizio ed ancor prima di conoscerne le modalità di svolgimento e condizioni economiche del medesimo.

Con articolate difese del 28.2.07, si è costituita in giudizio la Provincia di Lecce, eccependo la inammissibilità ed infondatezza del ricorso introduttivo del giudizio.

Nella pubblica udienza del 14 giugno 2007 la causa è stata riservata per la decisione.

Considerato in

DIRITTO

Preliminarmente, quanto all'interesse della ricorrente a censurar gli atti citati, deve darsi applicazione di quel consolidato principio giurisprudenziale a mente del quale ogni impresa operante in un determinato settore ha un interesse tutelato a contestare la scelta della Pubblica amministrazione di non procedere all'indizione di una procedura di gara pubblica (così da ultimo Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2006, n. 1789).

Alla luce, infatti, del generalissimo principio nazionale e comunitario di libera concorrenza e del criterio di effettività del diritto alla tutela giurisdizionale, sancito dalla Carta costituzionale e dal Trattato europeo, non può dubitarsi della sussistenza di un interesse (sia pur strumentale) differenziato e qualificato di ciascuno degli operatori economici di un determinato settore a contestare la legittimità della decisione di una pubblica amministrazione di non indire una pubblica gara, in quanto tale decisione viene a ledere l'interesse sostanziale di ciascun imprenditore operante sul libero mercato a competere, secondo pari opportunità, ai fini dell'ottenimento di commesse da aggiudicarsi secondo procedure ad evidenza pubblica (cfr. da ultimo Cons. St., sez. VI, 18 aprile 2005, n. 1770 Sez. V 31 dicembre 1998, n. 1996; Sez. IV 3 febbraio 2001, n. 399; Sez. VI 7 maggio 2001, n. 2541; Sez. V 22 luglio 2002, n. 4012).

Peraltro, non risulta necessario che l'impresa del settore ricorrente, dimostri di possedere tutti i requisiti tecnici e finanziari occorrenti per partecipare alla gara, risultando l'interesse fatto valere indirizzato a censurare la soluzione organizzativa adottata e non già a riportarne l'aggiudicazione., ben potendo questa essere ottenuta a seguito di una associazione di impresa o con l'istituto dell'avvalimento.

Va pertanto riconosciuto l'interesse a ricorrere a censurare l'affidamento a trattativa privata all'operatore che sia attivo nel medesimo settore interessato al contratto de quo.

Del resto, in applicazione dei principi comunitari e costituzionali, di libertà di concorrenza e di iniziativa economica, la legittimazione attiva dell'impresa non può disconoscersi sostenendo che essa non avrebbe alcuna qualificazione in materia, rilevando al contrario che, qualora il di lei ricorso fosse accolto (in tal senso, C. Stato, VI, 10.5.1999, n. 546), ne sarebbe soddisfatto l'interesse strumentale tendente alla rimessa in discussione del rapporto controverso e alla possibilità di partecipare alla gara per l'affidamento del servizio, nella cui futura ed eventuale sede la pubblica amministrazione procedente potrà verificare se essa impresa possiede in concreto i requisiti per prendervi parte.

Può pertanto passarsi ad esaminare il merito della questione posta all'attenzione del Collegio.

In particolare, il ricorso è fondato nella parte in cui si deduce la illegittimità degli atti citati per violazione dei principi di evidenza pubblica, concorrenza e parità di trattamento, per la scelta del contraente del servizio di trasporto disabili oggetto del progetto Easybus 2006-07.

Invero, per ogni tipo di contratto

la

scelta dell'altro contraente deve avvenire "rispettando i principi comunitari di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità" , così come risultano dalla costante tradizione giurisprudenziale della Corte europea.

Attualmente, l'art 2 del d.legs. 163/2007

(in conformità dell'art. 2, direttiva 2004/18; art. 10, direttiva 2004/17; art. 1, Legge n. 241/1990; art. 1, co. 1, Legge n. 109/1994; Corte di giustizia, 7 dicembre 2000, C - 324/1998; Corte di giustizia CE, 3 dicembre 2001, C. 59/2000)

prevede che "l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità "

L'art.54 del citato D.legs. 163/2006 prevede che , quanto

al sistema di selezione del contraente, che " Per l'individuazione degli operatori economici che possono presentare offerte per l'affidamento di un contratto pubblico, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero il dialogo competitivo, di cui al presente codice."

Nella specie, il servizio del quo non è stato affidato mediante procedure di evidenza pubblica, né rientra nell'ipotesi del "in house providing" (ossia il fenomeno di "autoproduzione" da parte della pubblica amministrazione, che acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara ,c.d. esternalizzazione, e dunque al mercato).

E' noto che per un legittimo affidamento in house è necessario che concorrano i seguenti due elementi:

a) l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi;

b) il soggetto affidatario deve svolgere la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza.

In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa (principi affermati dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza Teckal del 18 novembre 1999, C-107/98).

La Corte di Giustizia ha anche escluso che possa sussistere il controllo analogo in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato (Corte di giustizia, 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle; 11 maggio 2006, C-340/04).

Secondo la Corte di Giustizia,
la partecipazione pubblica totalitaria è elemento necessario, ma non sufficiente, per integrare il requisito del controllo analogo.

In particolare, secondo la Corte di Giustizia, devono sussistere i seguenti requisiti:

- il consiglio di amministrazione della s.p.a. in house non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla

maggioranza sociale;

- l'impresa non deve aver «acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo» dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutto il territorio nazionale e all'estero (Corte di giustizia, 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen.; 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling; anche Cons. Stato, V, 30 agosto 2006 n. 5072, ha escluso il controllo analogo in presenza della semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati);

- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (in questo senso, anche Cons. Stato, V, 8 gennaio 2007 n. 5).

Peraltro, la Corte di Giustizia ha affermato che i requisiti dell'in house providing, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, devono essere interpretati restrittivamente (Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, C-410/04).

Ciò significa che l'in house providing non costituisce un principio generale, prevalente sulla normativa interna, ma è un principio derogatorio di carattere eccezionale che consente, e non obblighi, i legislatori nazionali a prevedere tale forma di affidamento.

Nella specie, si ribadisce, non vi sono neppure i requisiti del controllo "analogo", in quanto la S.T.P. di Terra d'Otranto non è una società a prevalente o totale capitale pubblico ma, bensì, una società a capitale privato sulla quale la Provincia di Lecce non esercita alcun controllo "analogo".

In materia di trasporto pubblico, peraltro, l'art.18 del d.legs. 422/1997 ,c.2 lett.a) prevede che "per l'affidamento dei servizi le regioni e gli enti locali si attengono ai principi dell'art.2 della legge 14 novembre 1995 n.481 garantendo il ricorso alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio ..in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizi".

Inoltre, il successivo art. 16 prevede che “ L'affidamento per la gestione di servizi di T.P.R.L. o di infrastrutture ferroviarie è rilasciato dagli enti competenti a seguito di espletamento di gara pubblica con procedura ristretta ai sensi dell'articolo 12, lettera b), del D.Lgs. n. 158/1995, previa definizione degli standard qualitativi, ambientali e di sicurezza.”

A tanto consegue che, indipendentemente dalla qualificazione del servizio in esame , quale aggiuntivo(come definito dall'art.6 della citata L.R.18/2002), l'affidamento del medesimo doveva avvenire tramite procedure di evidenza pubblica, non sussistendo, per tali servizi, alcuna previsione derogatoria alla necessità del ricorso alle procedure di evidenza pubbliche.

Affinché possa esperirsi legittimamente un affidamento diretto occorre che vi sia una specifica previsione normativa derogatoria al principio di concorsualità e concorrenza, e che ricorrano tassativamente le condizioni dalla stessa previste.

Nella specie , non sussiste alcuna previsione derogatoria per i servizi aggiuntivi.

Il Collegio ritiene che il servizio de quo non possa neanche rientrare tra i servizi speciali di cui all'art.18 della l.r.18/2002, il quale definisce tali servizi quali “ servizi automobilistici di trasporto collettivo di persone esercitati con modalità diverse da quelle ordinarie di linea e con tariffe anche difformi da quelle stabilite al titolo VI della presente legge, che abbiano carattere integrativo e non concorrenziale nei confronti dei servizi di linea. Sono servizi speciali:

a) i servizi occasionali di cui all'articolo 2, comma 6, punto 2), lettera d); b) i servizi atipici effettuati con autobus di noleggio per il trasporto di particolari categorie di utenti per esigenze di lavoro, di studio, commerciali, di ricreazione o turistiche, su relazioni o in periodi privi di servizi di linea; c) i servizi a chiamata, effettuati su percorsi fissi o variabili con prenotazione da parte degli utenti per esigenze di trasporto in aree a domanda debole; d) i servizi di taxi collettivo, effettuati su percorsi fissi in ambiente urbano o suburbano; e) i servizi di trasporto collettivo, finalizzati a utilizzare autoveicoli della categoria M1 ad uso privato per soddisfare modeste esigenze di trasporto a carattere continuativo o periodico. . I servizi speciali di cui al comma 1 sono autorizzati dall'ente competente ai sensi dell'articolo 4 a soggetti di diritto privato dotati di personalità giuridica che ne facciano domanda e siano in possesso dei requisiti previsti dalla vigente normativa per l'esercizio di autoservizi di linea e non di linea, previa conferenza dei

servizi alla quale partecipano i soggetti di cui all'articolo 5, comma 3.”

Invero, a parte il fatto che la Provincia di Lecce non ha qualificato come speciale il servizio in questione e non ha seguito la procedura prevista dall'art.28 comma 2 della L.R.18/2002(conferenza di servizi), si deve ricordare che, quand'anche tal servizio dovesse essere qualificato come speciale ai sensi dell'art.18 della L.R. 18/2002, l'affidamento del servizio secondo il criterio dell'in house providing non sarebbe giustificata per le stesse ragioni esposte per i servizi aggiuntivi.

L'unica ipotesi di esclusione della procedura concorsuale di individuazione del contraente, infatti, si verifica quando la stessa effettuazione del servizio si pone al di fuori di una situazione concorrenziale(ad es. il trasporto dei lavoratori da parte del datore di lavoro).

L'assenza della procedura di evidenza pubblica del servizio citato non risulta neppure giustificata dalla circostanza che l'affidamento sia avvenuto ad opera del soggetto affidatario dei servizi di TPR (CO.TRA.P.), in quanto, a mente dell'art.17 della L.R.18/02 il soggetto sub affidatario deve essere individuato mediante procedure concorsuali, sia che allo stesso venga affidato un servizio di trasporto “speciale” (in ossequio al richiamo operato dall'art.18 c.3 della L.R 18/2002 citata), sia che allo stesso venga sub affidato qualsivoglia altro servizio di trasporto pubblico.

Le considerazioni che precedono consentono al Collegio di accogliere il ricorso introduttivo del giudizio, previo assorbimento dei motivi non esaminati.

Quanto alla domanda risarcitoria, si deve osservare che l'accoglimento del ricorso comporta la conseguenza che l'Amm.ne intimata dovrà provvedere alla riedizione della attività amministrativa ed alla rinnovazione dei procedimenti secondo i principi contenuti nella statuizione giurisdizionale, con conseguente soddisfazione dell'interesse in forma specifica fatto valere in giudizio della ricorrente.

Sussistono giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Seconda Sezione di Lecce

Accoglie il ricorso indicato in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Lecce, nella Camera di Consiglio del 14 giugno 2007

Dott. Antonio Cavallari - Presidente

Dott.ssa Patrizia Moro - Estensore

Pubblicata il 4 ottobre 2007

<https://www.diritto.it/quali-sono-gli-elementi-che-debbono-concorre-per-un-legittimo-affidamento-in-house/>