

REPUBBLICA ITALIANA

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE  
PER LA PUGLIA  
LECCE

SECONDA SEZIONE

Registro Dec.: 432/08  
Registro Generale: 841/2007

nelle persone dei Signori:

GIULIO CASTRIOTA SCANDERBEG Presidente

TOMMASO CAPITANIO Primo Ref.

PATRIZIA MORO Primo Ref. , relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Visto il ricorso 841/2007 proposto da:

AUTOMOBIL CLUB TARANTO, COMPAGNIA TARANTINA PARCHEGGI, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Maria Cristina Lenoci ed elettivamente domiciliati in Lecce alla via Augusto Imperatore,16 presso lo studio dell'avv. Valeria Pellegrino

CONTRO

COMUNE DI TARANTO, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dal prof.avv. Ernesto Sticchi Damiani ed elettivamente domiciliato in Lecce alla via 95° Regt. Fanteria n. 9

AZIENDA PER LA MOBILITA' NELL'AREA DI TARANTO S.P.A.- AMAT S.P.A- in persona del legale rappresentate pro-tempore, rappresentata e difesa dal prof.avv.Ernesto Sticchi Damiani ed elettivamente domiciliata in Lecce alla via 95° Regt.Fanteria n. 9

Per l'annullamento

-della deliberazione del Commissario Straordinario del Comune di Taranto n.726 del 27.4.2007, recante "affidamento della gestione parcheggi pubblici su strada all'AMAT S.P.A.- Atto di indirizzo";

- della nota a firma del Dirigente della Direzione Polizia Municipale del Comune di Taranto prot. N.1872 del 3.5.2007, ad oggetto:"Manifestazione interesse alla prosecuzione e/o affidamento servizio parcheggi su aree urbane e contestuale istanza di partecipazione al procedimento ex art.7 legge 241/1990 del 10.4.2007- riscontro nota dirigenziale Direzione Polizia Municipale prot. N.1604 del 13.04 2007";

di ogni atto alle predette connesso, sia esso presupposto che consequenziale, ancorchè non conosciuto e comunque lesivo, ivi compreso, ove occorra e per quanto di interesse :1) la nota della direzione Polizia Municipale prot. N.31/R13 dell'8.5.07;2) la nota della Direzione Polizia Municipale prot. N.1604 del 13.14.2007;

- contratto di affidamento "in house providing" per la gestione in esclusiva del servizio parcheggi pubblici nella città rep. 8327/2007, in uno con la deliberazione Commissariale n.797/2007;

- deliberazione di G.C. n.14 del 30.7.2007 ad oggetto "Parcheggi pubblici a pagamento affidati all'AMAT S.P.A.-Approvazione disciplinare tecnico ed integrazione della delibera commissariale n.797/2007;

- bando di concorso indetto dalla società controinteressata per la progettazione della gestione della sosta regolamentata nella città di Taranto;

## PER IL RISARCIMENTO

Dei danni subiti e subendi in conseguenza dei provvedimenti impugnati.

Visto il ricorso ed i suoi allegati ;

Visti i motivi aggiunti;

Visti gli atti di costituzione di:

COMUNE DI TARANTO

AZIENDA PER LA MOBILITA' NELL'AREA DI TARANTO S.P.A.- AMAT S.P.A.

Visti gli atti di causa.

Udito nella pubblica udienza del 14 novembre 2007 il Giudice Relatore dott.ssa Patrizia Moro ed uditi altresì gli avv.ti Lenoci e Sticchi Damiani

Considerato in

### FATTO

In data 14.6.2001 l'Automobil Club di Taranto ed il Comune di Taranto hanno stipulato convenzione "per la regolamentazione sperimentale della sosta nel centro cittadino di Taranto" e, successivamente, unitamente alla ACI-Consul Compagnia Nazionale Parcheggi s.r.l.", l' A.C.I. di Taranto ha costituito una struttura societaria a capitale interamente pubblico, denominata "Compagnia Tarantina Parcheggi s.r.l."

Con il ricorso all'esame le ricorrenti sono insorte avverso la deliberazione n.726/07 con la quale il Commissario Straordinario del Comune di Taranto ha dato espresso mandato al Dirigente della Direzione Polizia Municipale di predisporre tutti gli atti necessari per l'affidamento "in house providing" all'AMAT S.P.A., società interamente partecipata dal Comune, della gestione dei parcheggi pubblici su strada, per la durata di anni cinque, tenendo conto del Piano Economico redatto dalla stessa azienda in data 17 aprile 2007, nonché avverso i successivi atti di effettivo affidamento del servizio in parola, deducendo i seguenti motivi di gravame:

1)Violazione di legge. Violazione del principio di buon andamento, di imparzialità e di affidamento del cittadino nell'azione della P.A. di cui all'art.97 Cost.. Violazione del principio del giusto procedimento anche in relazione alla violazione e mancata e/o falsa applicazione degli artt.10 e 41 Cost.. Violazione e mancata e/o falsa applicazione degli artt.12,43 2 49 del Trattato CE, anche in relazione alla violazione ed errata applicazione dell'art.113 del D.legs. 267/00.Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto ed in diritto, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità, perplessità, ingiustizia manifesta. Sviamento.

Deduce la ricorrente, con una serie di articolate motivazioni, che l'affidamento "in house" all'AMAT difetterebbe di tutti i presupposti sanciti dalla giurisprudenza amministrativa in quanto se è pur vero che, allo stato il Comune detiene l'intero pacchetto azionario della società controinteressata e che quest'ultima realizza la maggior parte della propria attività con l'Amm.ne Com.le, purtuttavia sull'AMAT s.pa il Comune di Taranto non esercita alcun controllo analogo.

In particolare, continua parte ricorrente, negli artt. 21 e 29 del Vigente Statuto dell'AMAT SPA, rispettivamente rubricati "Consiglio di Amministrazione" e "Collegio Sindacale" è espressamente prevista l'ipotesi di partecipazione azionaria minoritaria nella società del Comune di Taranto ed, inoltre, nel successivo art.25 dello stesso Statuto dell'AMAT è previsto che "Il Consiglio di Amministrazione esercita, nell'ambito degli obiettivi e degli indirizzi strategici individuati dal Comune di Taranto, i poteri di amministrazione sia ordinaria che straordinaria, salvo quanto espressamente riservato dalla legge e dal presente Statuto all'Assemblea dei soci" e che tale circostanza sarebbe da ritenersi sintomo della inesistenza del controllo analogo.

2.Violazione di legge. Violazione del principio di buon andamento e affidamento del cittadino nell'azione della P.A. di cui all'art.97 Cost. Violazione del principio del giusto procedimento anche in relazione alla violazione e mancata e/o falsa applicazione dell'art.113 comma 5 del D.Legs. n.267/00.Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità, perplessità, ingiustizia manifesta.

Ai sensi e per gli effetti dell'art.113 comma 5 del TUEL, l'erogazione dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica deve avvenire con il conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica.

3.Violazione di legge.Violazione di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della P.A. di cui all'art.97 Cost.Violazione del principio del giusto procedimento anche in relazione alla violazione e mancata applicazione dell'art.3 della L.n.241/1990 ed alla violazione e mancata applicazione dell'art.113, comma 5, del D.Legs. n.267/00 Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, carenza assoluta di motivazione, contraddittorietà, perplessità, ingiustizia manifesta.

Gli atti gravati sarebbero illegittimi per non aver specificato quale è l'offerta economica della controinteressata ed in che termini tale proposta è risultata più conveniente ed affidabile rispetto a quella formulata dalle ricorrenti con le proposte del 13.2.07 e del 10.4.07

4Violazione di legge.Violazione del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della P.A. di cui all'art.97 Cost.Violazione del principio del giusto procedimento anche in relazione alla violazione e mancata applicazione dell'art.3 della L.N. 241/1990 ed alla violazione e mancata applicazione dell'art.113 comma 5 lett.c del D.legs. n.267/00.Eccesso di potere per erronea presupposizione, carenza assoluta e/o difetto di motivazione, contraddittorietà, perplessità, ingiustizia manifesta.

Gli atti gravati sono illegittimi nella parte in cui hanno disatteso la richiesta delle ricorrenti di costituire una società mista con il Comune di Taranto nelle forme e nei termini dell'art.113 TUEL senza addurre alcuna valida argomentazione.

5.Risarcimento del danno.

Le ricorrenti formulano richiesta risarcitoria, al fine di vedersi ristorato il danno subito e subendo dalla dedotta "illegittima soppressione".

Con motivi aggiunti depositati in data 5 luglio 2007, le ricorrenti hanno altresì impugnato il contratto di affidamento “in house providing” sottoscritto con l’AMAT S.p.A., deducendo i seguenti ulteriori motivi:

6)Violazione di legge. Violazione del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell’azione della P.A. di cui all’art.97 Cost.Violazione del principio del giusto procedimento, anche in relazione alla violazione ed errata applicazione dell’art.113, comma 5 del D.legs. n.267/00.Violazione e mancata e/o errata applicazione dell’art.3 della L. n.241/90. Eccesso di potere per erronea presupposizione sia in fatto sia in diritto, difetto di istruttoria, difetto assoluto di motivazione, contraddittorietà, illogicità, perplessità, ingiustizia manifesta. Sviamento.

L’Amm.ne Com.le non ha scrutinato, a monte, la “bontà” dell’offerta economica dell’AMAT S.p.A., con conseguente difetto di motivazione, atteso che non risulta verificata la convenienza tecnico-economica dell’offerta, non risulta verificata l’incidenza dei maggiori costi derivanti dall’assorbimento di ulteriori unità lavorative ed, inoltre, l’impugnato affidamento maschera il tentativo dell’Amm.ne Com.le di risanare un’azienda economicamente e finanziariamente agonizzante.

7.Sotto altro profilo: Violazione di legge.Violazione del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell’azione della P.A. di cui all’art.97 Cost..Violazione del principio del giusto procedimento, anche in relazione alla violazione ed errata applicazione dell’art.113, comma 5 del D.legs. n.267/00.Violazione e mancata e/o errata applicazione dell’art.3 della L.241/90. Eccesso di potere per erronea presupposizione sia in fatto sia in diritto, difetto di istruttoria, difetto assoluto di motivazione, contraddittorietà, illogicità, perplessità, ingiustizia manifesta.

Il provvedimento impugnato con i motivi aggiunti è, parimenti, agli atti precedentemente indicati, illegittimo per non esplicitare le ragioni che hanno indotto l’Amm.ne Com.le a ritenere l’offerta dell’AMAT economicamente più conveniente ed affidabile rispetto a quella formulata dalle ricorrenti.

8. Violazione di legge. Violazione del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della P.A. di cui all'art.97 Cost. Violazione del principio del giusto procedimento, anche in relazione alla violazione ed errata applicazione dell'art.113, comma 5 del D.legs. n.267/00. Violazione e mancata e/o errata applicazione dell'art.42 del D.legs. 267/00. Violazione e mancata applicazione dell'art.7 comma 7 del D.legs, 285/1992. Eccesso di potere per erronea presupposizione sia in fatto sia in diritto, difetto di istruttoria, difetto assoluto di motivazione, contraddittorietà, illogicità, perplessità, ingiustizia manifesta. Illegittimità derivata ed autonoma.

Le ricorrenti contestano nel merito la deliberazione commissariale n.797/07, producendo a sostegno delle relative argomentazioni, consulenza tecnica di parte tendente a contestare le condizioni tecnico-economiche proposte dall'AMAT e , pertanto, l'attendibilità dell'offerta di quest'ultima., giungendo ad evidenziare che i risultati economici del periodo 2007-20012 sarebbero di gran lunga differenti rispetto a quelli esposti nel Piano Economico della Società Amat.

9. Illegittimità derivata.

La deliberazione commissariale n.797/07, confermando ed applicando gli indirizzi della precedente deliberazione del Commissario n.726/07 è affetta da tutti i vizi da cui è risultato inficiato quest'ultimo provvedimento.

Con successivi motivi aggiunti depositati il 22.10.2007 le ricorrenti impugnano altresì :1) la deliberazione di G.C. n14 del 30.07.2007, ad oggetto "Parcheggi pubblici a pagamento affidati all'AMAT. Approvazione disciplinare tecnico ed integrazione della delibera commissariale n.797/2007, 2) il bando di concorso indetto dalla società controinteressata per la progettazione della gestione della sosta regolamentata;3)tutti gli atti ad essi connessi e consequenziali .

A sostegno di questi ultimi vengono dedotte le seguenti ulteriori censure:

10. Violazione di legge. Violazione del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della P.A. di cui all'art.97 Cost. Violazione del principio del giusto procedimento anche in relazione alla violazione e mancata e/o erronea applicazione degli artt. 48 e 107 del D.legs. n.267/2000. Incompetenza.

L'impugnato provvedimento giuntale è illegittimo per incompetenza , in quanto lo stesso, avente contenuto gestionale, avrebbe dovuto essere adottato dal Dirigente.

11.Violazione di legge. Violazione del principio di buona amministrazione e di affidamento del cittadino nell'azione della P.A. di cui all'art.97 Cost.Violazione del principio del giusto procedimento. Violazione e mancata applicazione dell'art.3 della L.241/1990. Violazione e mancata e/o errata applicazione degli artt.48 e 107 del D:legs. N.267/00. Eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto assoluto di istruttoria, difetto assoluto di motivazione, illogicità, perplessità, ingiustizia manifesta.

La gravata deliberazione è censurabile sotto tutti i profili di illegittimità sopra rubricati nella parte in cui pretende di stabilire le regole per la gestione del servizio di che trattasi a "giochi ormai conclusi".

12.Violazione di legge.Violazione del principio di buona amministrazione e di affidamento del cittadino nell'azione della P.A. di cui all'art.97 Cost. Violazione del principio del giusto procedimento.Violazione e falsa applicazione dell'art.3 della Ln.241/90.Eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, illogicità, perplessità, ingiustizia manifesta.Sviamento.

Le ricorrenti censurano il disciplinare tecnico approvato con l'atto di G.C. n.14/07 sotto i profili suindicati.

13.Violazione di legge. Violazione del principio di buona amministrazione e di affidamento del cittadino nell'azione della P.A. di cui all'art.97 Cost.Violazione del principio del giusto procedimento.Violazione e falsa applicazione dell'art.113 del D.legs. n.267/00.Eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto assoluto di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, illogicità, perplessità, ingiustizia manifesta.

L'impugnato bando di concorso è illegittimo dimostrando la assoluta inattendibilità sia tecnica, sia economica dell'offerta proposta dall'AMAT .

Sia il Comune di Taranto, sia l'A.M.A.T. s.p.a, si sono costituiti in giudizio depositando articolate memorie eccependo la inammissibilità ed infondatezza del ricorso introduttivo e dei successivi motivi aggiunti.

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

Considerato in

## DIRITTO

Preliminarmente, quanto all'interesse delle ricorrenti 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.

Nella fattispecie, in applicazione dei principi innanzi esposti, deve riconoscersi la sussistenza dell'interesse a censurare la scelta organizzativa dell'Amm.ne pubblica di affidare un servizio in "house providing" anche all'operatore di settore che assuma la forma di struttura societaria a capitale interamente o parzialmente pubblico, atteso che, anche tale operatore si muove, al pari dell'operatore privato, con le medesime logiche imprenditoriali e concorrenziali nell'aspirazione dell'interesse giuridicamente rilevante all'esecuzione del servizio pubblico controverso.

Può pertanto passarsi ad esaminare il ricorso introduttivo del giudizio mirante a censurare la scelta operata dal Comune di Taranto nell'affidamento del servizio Parcheggi su strada, mediante l'istituto dell'"in house providing".

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 è stato affidato mediante l' “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).

Nella specie, con il primo motivo di ricorso, le ricorrenti deducono il Comune di Taranto non esercita alcun controllo analogo nei confronti della AMAT S.p.A, in quanto, negli artt. 21 e 29 del vigente Statuto di quest'ultima, rispettivamente rubricati "Consiglio di Amministrazione" e "Collegio Sindacale", è espressamente prevista l'ipotesi di partecipazione azionaria minoritaria nella società del Comune di Taranto.

Secondo le ricorrenti, quindi il rischio della futura cedibilità di parte del capitale della società a privati, farebbe venir meno il presupposto del ricorso a tale istituto, in applicazione dei principi sanciti dal Consiglio di Stato (sent. N.4440/2006) e dalla Corte di giustizia (sent. ANAV del 6 aprile 2006 in causa c-410/4).

L'assunto è infondato.

Invero, sia la delibera del commissario Straordinario n.726 /2006, sia il contratto di affidamento in house (art.3 comma 1 e art.18 comma 1, prevedono la c.d "clausola risolutiva espressa", stabilendosi *“la decadenza dell'affidamento nel caso in cui vengano a cessare le condizioni che*

*tale affidamento legittimano, in ordine ad eventuali modifiche dell'assetto societario che possano far venire meno gli originari requisiti di affidamento qui appresso riportati:1) l'Ente titolare del capitale sociale eserciti sulla società un controllo analogo a quelle esercitato sui propri servizi;2) la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'Ente che la controlla;3) dallo Statuto risulti che i rapporti organizzativi e funzionali tra l'Ente e la Società restino tali da realizzare in concreto una reciproca assimilazione;4) il capitale sociale resti interamente in mano pubblica” e che “il venir meno di una o più delle condizioni che hanno legittimato l'affidamento del servizio ...comporterà l'automatica risoluzione del contratto”; la vigenza del contratto è subordinata alle seguenti condizioni, al momento tutte verificate: -l'Ente titolare del capitale sociale eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;- la Società realizzi la parte più importante della propria attività con l'Ente che la controlla; dallo Statuto risulti che i rapporti organizzativi e funzionali tra l'Ente e la Società restino tali da realizzare in concreto una reciproca assimilazione; il capitale sociale resti interamente in mano pubblica”( art.18 comma1).*

Le considerazioni che precedono evidenziano inequivocabilmente la sussistenza del requisito della partecipazione totalitaria pubblica del capitale sociale, atteso che ove, tale presupposto, venga meno, il contratto perderà automaticamente di efficacia.

Inoltre, poichè, secondo la Corte di Giustizia, la partecipazione pubblica totalitaria è elemento necessario, ma non sufficiente, per integrare il requisito del controllo analogo, il Collegio deve darsi carico di esaminare in concreto l'attività di controllo esercitata dal Comune di Taranto nei confronti della Amat S.p.A.

Sotto tale aspetto, il Collegio ritiene che , nella fattispecie, il Comune di Taranto eserciti concretamente , nei confronti della società in questione, i poteri suindicati essendo previsto quel penetrante controllo richiesto dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Ed invero:

- L'art.1 dello statuto dell'Amat prevede che "E' costituita una Società per azioni con la denominazione "Azienda per la mobilità nell'Area di Taranto S.p.A." in forma abbreviata "AMAT S.p.A".la Società è soggetta all'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 e 2497 bis del codice civile da parte del Comune di Taranto e riveste le caratteristiche previste dall'art.113 comma 5 lett.c) del d.legs. 267/2000".

- All'art.4 , dopo essersi specificato l'oggetto della Società, si specifica che "le attività sono svolte nella parte prevalente per conto del Comune di Taranto".

- La Società è amministrata da un Consiglio di Amministrazione composto da tre membri, tutti nominati dall'Assemblea dei Soci, il quale esercita nell'ambito degli obiettivi e degli indirizzi strategici individuati dal Comune di Taranto, i poteri di amministrazione sia ordinaria che straordinaria.

-Il contratto di affidamento del servizio in questione riserva incidenti controlli anche di natura economico-finanziaria da parte del comune di Taranto specificandosi che "la società è tenuta a produrre al Comune di Taranto, entro le scadenze del 31 dicembre e 30 giugno di ogni anno, il dettaglio della contabilità specifica riferita agli incassi per il servizio effettuato, nonché i dati relativi alla affluenza ed utilizzo degli stalli di sosta".

Verificata la sussistenza dei presupposti per l'affidamento del servizio in questione mediante lo strumento dell'in house providing, devono respingersi le ulteriori censure proposte dalle ricorrenti nel ricorso introduttivo.

Quanto al secondo motivo di ricorso, con il quale si rileva che, l'erogazione del servizio pubblico in oggetto doveva avvenire con il conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica, deve rilevarsi, in primo luogo che, quanto alla scelta organizzativa operata dall'Amm.ne Com.le nell'affidamento del servizio de quo, mediante il modulo dell'in house providing, la sussistenza dei rigorosi presupposti di legge legittimanti tale affidamento consente di escludere la necessità di una stringente esternazione motivazionale circa il ricorso a detto sistema di affidamento .

In ogni caso, negli atti gravati , il Comune di Taranto, dopo aver dato atto della sussistenza dei presupposti per il conferimento diretto del servizio a società a capitale interamente pubblico, ha giustificato tale scelta con la necessità di realizzare una maggiore redditività dei servizi di gestione della sosta e fornire una migliore regolamentazione dei fenomeni di occupazione delle aree di sosta a pagamento.

Del resto, in considerazione 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), con la conseguenza che tale scelta, ove ricorrano tutti i presupposti previsti, oltre le ragioni di carattere economico e finanziario, non risulta violativa dei principi di concorsualità ed evidenza pubblica.

Le considerazioni innanzi espresse consentono al Collegio di respingere anche l'ulteriore censura espressa dalle ricorrenti in ordine alla prospettata illegittimità degli atti gravati per non aver gli stessi specificato quale è l'offerta economica della controinteressata ed in che termini tale proposta sia risultata più conveniente ed affidabile rispetto a quella formulata dalle ricorrenti .

A ciò aggiungasi che tale censura impinge nel merito della scelta operata dal Comune di Taranto nella scelta della soluzione organizzativa dell'in house providing rispetto a quella proposta dalle ricorrenti e che la stessa, pertanto, attiene alla valutazione dell'interesse pubblico da soddisfare e, quindi, al merito dell'azione amministrativa, rispetto al quale il sindacato giurisdizionale può esercitarsi solo attraverso le c.d. figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

Nel caso di specie, gli indici di sviamento denunciati dalle ricorrenti non sussistono.

Invero, la convenzione del 14 giugno 2001 stipulata tra il Comune di Taranto e l'Automobil Club di Taranto prevedeva la durata sperimentale di quattro anni ed, inoltre, nella sua attuale compagine, la Compagnia Tarantina Parcheggio srl è a partecipazione mista, risultando composta da un alto, da un ente pubblico(Automobile Club Taranto per il 95%) e dall'altro da una società privata (l'ACI Consult CNP srl) : tale circostanza si appalesa assolutamente dirimente al fine di ritenere la

legittimità degli atti impugnati i quali, anziché provvedere a rinnovare una convenzione oramai scaduta e comunque ad instaurare un rapporto contrattuale con un soggetto esterno , hanno ritenuto di affidare il servizio in house, ossia mediante un sistema di autoproduzione , acquisendo il servizio dei parcheggi all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere alla c.d. esternalizzazione.

Peraltro, l'art. 23, comma 1, l. n. 62 del 2005 ha previsto che "I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge", sancendo pertanto il divieto di rinnovo di contratti scaduti.

Tale disposizione risulta ripresa nel D.legs. 163/2006 il quale all'art. 57 se ha, al settimo comma, previsto il divieto del rinnovo tacito, ha altresì stabilito che l'affidamento dei contratti pubblici avvenga mediante procedura negoziata solo nei casi tassativamente indicati ( nei quali non rientra la fattispecie), atteso che, invece, la regola generale è che "la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico - finanziaria e tecnico - organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta."

Infine, del pari infondata è l'ultima censura espressa nel ricorso con la quale le ricorrenti deducono la illegittimità degli atti impugnati per non avere il Comune di Taranto accolto la richiesta delle ricorrenti di costituire una società mista nei termini dell'art.113 TUEL senza addurre alcuna valida argomentazione

Anche tale censura impinge nel merito delle scelte organizzative dell'ente pubblico, tanto più che evidenti ragioni di assunzione di spesa ed immobilizzazione di capitale pubblico conducono alla ragionevolezza e legittimità della scelta operata dal Comune di Taranto il quale piuttosto che costituire una società mista( la quale , comunque, difficilmente avrebbe avuto i connotati della c.d. società in house ) ha preferito affidare il servizio ad una società con capitale dal medesimo totalitariamente detenuto .

Peraltro, indipendentemente da tali circostanze, il Collegio ritiene di condividere la tesi efficacemente espressa dalla difesa del Comune e della controinteressata, secondo la quale il Comune, avendo scelto di affidare il servizio de quo mediante l'in house providing, non era affatto tenuto a giustificare le ragioni del mancato accoglimento delle proposte di affidamento diretto formulate dalle ricorrenti, tanto più che tale affidamento risulta vietato dalle disposizioni esaminate. Inoltre, quanto agli aspetti procedurali di cui alla L.241/90 , a parte la irrilevanza degli stessi atteso che , ai sensi dell'art. art. 21 octies, le violazioni formali non incidono sulla legittimità del provvedimento, ove il contenuto di questo non possa essere diverso, le proposte delle ricorrenti risultano prese in considerazione dall'Amm.ne Com.le intimata con i provvedimenti del 13 aprile 2007 e del 3 maggio 2007 a firma del Dirigente della direzione Polizia Municipale, con i quali si sono espresse le ragioni della impossibilità di concedere rinnovi contrattuali, nonché con la delibera n.726/2007c con la quale si è espressamente richiamata la nota del 13 aprile 2007.

Acclarata la legittimità della scelta organizzativa operata dal Comune di Taranto in favore dell'in house providing , va dichiarata la inammissibilità, per carenza di interesse delle censure sollevate dalle ricorrenti in ordine alla dedotta e presunta incongruità tecnico-economica della proposta gestionale della AMAT espresse , oltre che nel ricorso, anche nei motivi aggiunti, non residuando, in ordine alle stesse alcun interesse in capo a queste ultime.

Difatti , l'interesse di un operatore del settore a censurare l'affidamento in house providing di un servizio pubblico è teso alla rinnovazione della procedura in vista della partecipazione ad una

procedura di evidenza pubblica, con la conseguenza che, acclarata la legittimità dell'affidamento in house, nessun altro interesse può ritenersi residuare.

Del pari, nella presente controversia, acclarato ciò ed acclarata la legittimità dei provvedimenti con i quali l'Amm.ne Com.le di Taranto ha disposto di non rinnovare il rapporto contrattuale intessuto con le ricorrenti, con conseguente caducazione dell'ulteriore interesse ad ottenere il preteso rinnovo, deve ritenersi che nessun altro interesse permane in capo a queste ultime, atteso che le questioni inerenti il quomodo dell'affidamento in house esulano dai suindicati interessi ( alla partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica ed al preteso rinnovo contrattuale), poiché in caso di accoglimento delle censure innanzi indicate e di quelle espresse nei motivi aggiunti( tendenti a sindacare la congruità ed affidabilità del servizio svolto dall'AMAT, la incompetenza della Giunta , nonchè le condizioni economiche dell'affidamento) le ricorrenti non potrebbero comunque conseguire il bene della vita anelato.

Per le considerazioni che precedono il ricorso deve quindi essere in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile.

A ciò consegue la reiezione della domanda risarcitoria, stante l'assenza dei presupposti di ordine oggettivo e soggettivo richiesti dall'art.2043 c.c.

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

P.Q.M.

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

in parte respinge ed in parte dichiara inammissibile 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 novembre 2007

Dott. Giulio Castriota Scanderbeg - Presidente

Dott.ssa Patrizia Moro - Estensore

Pubblicata l'11 febbraio 2008