

I motivi della scelta tra affidamento con gara e in house

di Roberto Damonte

Data di pubblicazione: 17-6-2020

In caso di procedura aperta poi sospesa, l'affidamento *in house* del servizio già oggetto di gara presuppone la valutazione di congruità economica prescritta dall'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 e postula, alternativamente, la preventiva revoca della gara già indetta o la necessaria comparazione dell'offerta del soggetto *in house* con quelle presentate nella gara già indetta (1).

In difetto di tali adempimenti l'affidamento *in house* di una concessione di servizio è viziata da contraddittorietà estrinseca e sviamento di potere (2).

1. *Conforme: sulla necessità di una reale convenienza economica della scelta in house si segnala, tra le più recenti: Cons. Stato, V, 27 gennaio 2020, n. 681. Si tratta di giurisprudenza ampiamente prevalente: ex pluribus: Cons. Stato, III, 17 dicembre 2015, n. 5732.*
2. *Si segnala la decisione Corte Costituzionale 27 maggio 2020 n. 100 che ha dichiarato legittimo l'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato imposto dall'art. 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici in quanto rispondente agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza e non contrastante con il divieto di gold plating previsto dall'art. 1 comma 1, lettera a), della legge delega n. 11 del 2016. La sentenza della Consulta è stata resa su questione sollevata dallo stesso TAR della Liguria con ordinanza n. 886/2018, nell'ambito di un giudizio diverso da quello oggetto della sentenza in commento.*

In dottrina si segnalano i contributi di D. Ponte, Società in house: affidamento, prevalenza dell'attività e scioglimento – I diversi modelli di in house nel codice dei contratti e nel T.U. delle società partecipate, sul sito www.giustizia-amministrativa.it, anno 2018; C. Contessa, Lo stato dell'arte sugli affidamenti in house, sul sito www.giustizia-amministrativa.it, anno 2019; Ufficio Studi, Affidamento in house e obbligo di motivazione: sollevata questione di costituzionalità per eccesso di delega, sul sito www.giustizia-amministrativa.it, anno 2018.

Guida alla lettura

La complessa vicenda in esame ha ad oggetto la procedura di affidamento del servizio di

gestione dell'accesso, sosta e viabilità interna del Policlinico San Martino di Genova.

Nell'agosto 2018 l'Istituto ha bandito per l'assegnazione del servizio una procedura aperta che ha poi sospeso, tre mesi dopo, senza tuttavia revocarla.

Nell'aprile 2019 l'Istituto ha aderito, mediante partecipazione azionaria, alla società comunale Genova Parcheggi s.p.a., autorizzando l'avvio del procedimento per affidare *in house* a detta società il servizio di gestione della sosta veicolare, conclusosi con provvedimento di assegnazione del dicembre 2019.

La (in allora) concessionaria del servizio è insorta, con ricorso e doppio atto di motivi aggiunti, contro gli atti dell'iter sopradescritto, lamentando essenzialmente: l'apoditticità della scelta, immotivata circa le ragioni del mancato ricorso al mercato; l'assenza del controllo analogo congiunto, necessario per l'attivazione dell'*in house*; l'erroneità dei dati economici posti a base della scelta espressa; il difetto di istruttoria; la carenza della preventiva valutazione della effettiva congruità economica dell'affidamento *in house*, sia in termini di condizioni economiche e di entità dei proventi della gestione, sia in termini di tariffe applicabili e potenziali vantaggi per l'utenza.

Il Tribunale ha dichiarato inammissibili per difetto di interesse ad agire il ricorso introduttivo e il primo atto di motivi aggiunti essendo rivolti contro atti prodromici e preparatori all'affidamento *in house*, integranti atti di autorganizzazione tali da non comportare una lesione immediata diretta ed attuale della posizione della ricorrente.

L'adito Giudice ha invece dichiarato ammissibile il secondo atto di motivi aggiunti, corredato di procura *ad hoc* e notificato al procuratore costituito conformemente a quanto previsto dall'art. 43, comma 2, c.p.a., respingendo le puntuali eccezioni di rito in tal senso formulate dall'Istituto resistente (dichiarate peraltro tardive in quanto non dedotte nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso, ai sensi dell'art. 157, comma 2, c.p.c. e comunque, di fatto, rinunciate avendo accettato l'Istituto il contraddittorio sul punto).

È stata altresì respinta l'eccezione di inammissibilità dei secondi motivi aggiunti per difetto di interesse, riconoscendo che la ricorrente ben avrebbe potuto essere invitata, in caso di annullamento della scelta *in house*, alla successiva procedura (anche negoziata) di affidamento, potenzialmente aperta a qualsiasi operatore economico e quindi escludente l'operatività del principio di obbligatoria rotazione degli inviti e degli affidamenti.

Nel merito il TAR ha ritenuto fondato il secondo atto di motivi aggiunti sotto l'assorbente profilo della violazione dell'art. 192 comma 2 del d.lgs. n. 50/2016, del difetto di motivazione e della contraddittorietà estrinseca con le precedenti manifestazioni di volontà dell'amministrazione e, in particolare con la precedente scelta di indire una procedura aperta.

Afferma il Tribunale che avendo l'Istituto recentemente ritenuto di fare ricorso al mercato, all'uopo bandendo una procedura aperta, l'opzione per l'*in house* avrebbe dovuto essere preceduta o dalla revoca della gara già indetta o comparando l'offerta del soggetto *in house* con quelle presentate nella gara già indetta.

Il provvedimento di affidamento viene giudicato ‘difettoso’ non tanto per contrasto con il paradigma normativo che impone di dare conto delle **ragioni del mancato ricorso al mercato**, “quanto per il contrasto con la precedente manifestazione di volontà dell’amministrazione – tuttora valida all’atto dell’affidamento *in house* (*tempus regit actum*) – che aveva ritenuto maggiormente rispondente all’interesse pubblico affidare il medesimo servizio mediante procedura ad evidenza pubblica, e dunque con ricorso al mercato, per giunta secondo una modalità volta ad ottimizzare le sole entrate per l’amministrazione (migliore offerta al rialzo rispetto al canone concessorio a base d’asta), senza alcuna considerazione per gli aspetti organizzativi del servizio (valorizzabili con il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa), che era analiticamente disciplinato dal capitolato speciale (doc. 16 delle produzioni 21.12.2019 di S.C.T.): ciò che concreta la paradigmatica figura dell’eccesso di potere per contraddittorietà estrinseca”.

Prosegue ulteriormente il Collegio, affermando come in mancanza di una preventiva revoca della gara, “non si vede infatti come l’amministrazione abbia potuto ritenere l’offerta di Genova Parcheggio s.p.a. più rispondente all’interesse pubblico, sotto i profili della **convenienza economica** e della **congruità**, senza neppure conoscere e valutare le condizioni effettivamente conseguibili sul mercato, mediante l’apertura delle offerte presentate in un’apposita gara indetta al fine di affidare la gestione del servizio in concessione”.

Il Tribunale riscontra pertanto nell’azione dell’Istituto anche lo sviamento di potere, “essendo mancata quella specifica valutazione circa la maggiore rispondenza, in termini di congruità e convenienza, dell’affidamento *in house* all’interesse pubblico e dell’impiego ottimale delle risorse pubbliche, ciò che costituisce la causa tipica del potere di affidare un servizio *in house* in forza dell’art. 192 comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016”.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 130 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

S.C.T. Group 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 Genova, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca De Paoli e Maria Paola Pessagno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

IRCCS Ospedale Policlinico San Martino, rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaella Rubino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Carducci 3/6;

nei confronti

Genova Parcheggi s.p.a., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della deliberazione del consiglio comunale 18 dicembre 2018, con cui il Comune di Genova ha accolto la richiesta dell'Ospedale Policlinico San Martino volta ad acquistare dal Comune azioni della società Genova Parcheggi s.p.a. con il fine di affidare direttamente a detta società, secondo il modello dell'in house providing, il servizio di gestione della sosta veicolare dell'Ospedale, nonché, con l'ultimo atto di motivi aggiunti, della deliberazione del direttore generale dell'Ospedale Policlinico San Martino n. 1921 del 4 dicembre 2019, di affidamento, in favore di Genova Parcheggi s.p.a., del nuovo servizio di gestione dell'accesso, sosta e viabilità interna dell'Ospedale dall'1.1.2020 al 31.12.2022.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Genova e dell'IRCCS Ospedale Policlinico San Martino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2020 il dott. Angelo Vitali;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 14.2.2019 e depositato il successivo 22.2.2019 la società S.C.T. Group s.r.l. (d'ora innanzi, S.C.T. senz'altro), in allora concessionaria - in regime di proroga e fino al 31 dicembre 2019 - del servizio di gestione dell'accesso, sosta e viabilità interna dell'Ospedale Policlinico San Martino di Genova, espone: - che, con bando di gara spedito per la pubblicazione in GUUE il 1° agosto 2018, l'Ospedale San Martino ha indetto una procedura aperta per l'affidamento "tramite concessione della gestione dell'accesso, sosta e viabilità interna dell'Ospedale" stesso, per una durata di due anni; - di aver impugnato la lex specialis della gara, con ricorso pendente innanzi a questo TAR con il n. RG. 620/2018, presentando comunque la propria offerta; - che, con provvedimento n. 1514 del 29 ottobre 2018, l'Ospedale ha sospeso la procedura di gara, senza revocarla.

Agisce nei confronti del Comune di Genova e dell'Ospedale Policlinico San Martino, impugnando la deliberazione del consiglio comunale 18 dicembre 2018 n. 85, di revisione annuale delle partecipazioni ex art. 20 del d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, nella parte in cui, in accoglimento della richiesta dell'Ospedale San Martino volta ad acquistare dal Comune azioni della società Genova Parcheggi s.p.a. (che, dal 2013, gestisce la sosta nel Comune di Genova secondo il modello in house providing) con il fine di affidare direttamente a detta società il servizio di gestione della sosta veicolare, ha autorizzato la cessione di quote di partecipazione in Genova Parcheggi s.p.a. all'Ospedale.

A sostegno del gravame ha dedotto due motivi di ricorso, come segue.

1. 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. 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 - eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, della carenza di istruttoria e della contraddittorietà.

La deliberazione impugnata si fonderebbe su presupposti illegittimi e del tutto contraddittori: per un verso, l'affermazione secondo la quale l'affidamento in house del servizio risulterebbe maggiormente rispondente all'interesse generale sotto i profili di un presunto aumento di utilità per l'ente ospedaliero e di possibili risparmi per l'utenza sarebbe apodittica e indimostrata, alla luce del fatto che l'Ospedale non ha neppure proceduto all'apertura delle buste economiche dei concorrenti alla procedura bandita e mai revocata; per altro verso, l'affermazione secondo la quale il modulo dell'in house sarebbe preferibile rispetto al ricorso al mercato in quanto permetterebbe lo studio e la progettazione e gestione di nuove forme di circolazione nell'area su cui insiste contrasterebbe con il criterio di aggiudicazione utilizzato nella gara indetta per l'affidamento del servizio (minor prezzo, in luogo dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Inoltre, attesa la valenza derogatoria ed eccezionale del modulo dell'in house rispetto alla regola generale dell'evidenza pubblica, i principi che governano tale istituto dovrebbero essere necessariamente interpretati in maniera rigorosa e restrittiva: in particolare, l'affidamento diretto e senza gara sarebbe ammissibile solo previa valutazione della congruità dell'offerta economica dei soggetti in house (da rendersi mediante la relazione asseverata ai sensi dell'articolo 34 comma 20 D.L. 179/2012) e specifica motivazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato, ovvero delle ragioni economiche, sociali, qualitative alla luce delle quali la scelta dell'affidamento diretto e senza gara ad una società pubblica sia concretamente preferibile rispetto al ricorso al mercato.

2. Violazione dell'articolo 12 della Direttiva 2014/24/UE del 26/02/2014 - violazione dell'articolo 5 commi 4/5 d.lgs. 50/2016.

La deliberazione gravata sarebbe illegittima anche sotto l'ulteriore profilo della violazione dell'articolo 12 della Direttiva 2014/24/UE, nonché dell'articolo 5, commi 4 e 5, del D.lgs. 50/2016, che regolamentano i requisiti necessari per la legittima configurazione del c.d. "controllo analogo congiunto".

In particolare, il controllo esercitato sull'entità comune non potrebbe fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica (il comune di Genova) che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto.

Nel caso di specie, l'assemblea di coordinamento dei soci prevista dai patti parasociali non svolgerebbe alcuna funzione di controllo e coordinamento della società, concretandosi in un superfluo duplicato dell'assemblea dei soci, e non avrebbe alcun potere effettivamente vincolante e tantomeno ostativo rispetto alle decisioni dell'assemblea stessa, dominata dal Comune di Genova; inoltre, ai singoli soci di minoranza non sarebbe attribuita alcuna prerogativa, neppure in relazione alla gestione dei propri servizi.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Genova e l'IRCCS Ospedale Policlinico San Martino, preliminarmente eccependo l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse attuale ad agire.

Con un primo atto di motivi aggiunti notificato in data 26.10.2019 e depositato il 30.10.2019 la società S.C.T. ha esteso l'impugnazione alla deliberazione dell'Ospedale Policlinico S. Martino n. 696 del 23 aprile 2019, con cui l'Ospedale: - ha aderito, mediante una partecipazione azionaria (acquisto di n. 1 azione) a Genova Parcheggi s.p.a.; - ha dato atto che la partecipazione azionaria comporta l'adesione allo statuto e ai patti parasociali di Genova Parcheggi s.p.a.; - ha autorizzato l'avvio del procedimento per l'affidamento "in house" a Genova Parcheggi s.p.a. del servizio di gestione dell'accesso, della sosta e della viabilità interna dell'Ospedale.

Svolta una premessa sulla tempestività dell'impugnazione, a sostegno del gravame aggiuntivo ha dedotto due motivi di gravame, come segue (seguendo l'ordine dei motivi del ricorso introduttivo).

3. Illegittimità degli atti gravati per illegittimità della deliberazione approvata con DCC 18 dicembre 2018 nonché per autonoma 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. 241/1990 e del principio di trasparenza – violazione dell'articolo 3 della legge 241/1990 – violazione dell'articolo 192, comma 2, del d.lgs. 50/2016 - eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, della carenza di istruttoria e della manifesta contraddittorietà.

Denuncia: - l'illegittimità della deliberazione dell'Ospedale n. 696/2019, in via derivata, dalla illegittimità dalla deliberazione C.C. 18 dicembre 2018 del Comune di Genova; - l'aleatorietà e l'erroneità dei dati economici sulla base dei quali la proposta tecnico economica di Genova Parcheggi è stata ritenuta preferibile rispetto ai corrispettivi medi corrisposti in base all'attuale gestione, senza neppure verificare l'entità delle offerte proposte in sede di gara non revocata.

4. Violazione dell'articolo 12 della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 – violazione dell'articolo 5 commi 4 e 5 del d. lgs. 50/2016.

Deduce l'insussistenza dei requisiti necessari per la legittima configurazione del controllo analogo congiunto: la limitatissima consistenza della partecipazione azionaria dei soci di minoranza di Genova Parcheggi (l'Ospedale Gaslini e il San Martino possiedono, ciascuno, una sola azione per un valore dello 0,0002% dell'intero capitale sociale, che è interamente posseduto per il resto dal Comune di Genova, il quale ultimo - a mente dell'articolo 6 dello Statuto - dovrà comunque sempre mantenere la veste di azionista di maggioranza assoluta) escluderebbe l'esistenza di un controllo analogo congiunto da parte di tutti i soci.

In particolare, sulla base dei patti parasociali, l'assemblea di coordinamento dei soci potrà influenzare le deliberazioni dell'assemblea dei soci relativamente ai servizi diretti a un singolo socio, ma non certo quelle dell'organo preposto alla ordinaria gestione della società, la quale è interamente rimessa all'organo esecutivo, che è emanazione esclusiva del comune di Genova.

Con un secondo atto di motivi aggiunti notificato in data 21.12.2019 e depositato il 21.12.2019 la società S.C.T. ha esteso l'impugnazione alla deliberazione del direttore generale dell'Ospedale Policlinico San Martino n. 1921 del 4 dicembre 2019, di affidamento, in favore di Genova Parcheggi s.p.a., del nuovo servizio di gestione dell'accesso, sosta e viabilità interna dell'Ospedale dall'1.1.2020 al 31.12.2022.

A sostegno del secondo gravame aggiuntivo deduce l'illegittimità in via derivata ed in via propria della deliberazione del direttore generale dell'Ospedale San Martino n. 1921 del 4 dicembre 2019: vuoi per la mancanza di una seria istruttoria circa la maggiore rispondenza all'interesse generale dell'affidamento in house providing (non avendo l'Ospedale neppure proceduto all'apertura delle buste economiche dei concorrenti alla procedura aperta appositamente indetta e mai revocata); vuoi per l'assenza dei requisiti per la legittima configurazione del c.d. "controllo analogo congiunto" (cita a conforto CGUE, 21 luglio 2005, in causa C-231/03, sentenza Consorzio Aziende Metano); vuoi perché non supportata dalla relazione di cui all'articolo 34 comma 20 del D.L. 179/2012 (cita a conforto Cons. di St., V,

8.4.2019, n. 2275); vuoi perché, in violazione dell'articolo 192 comma 2 del D.lgs. 50/2019, è carente della motivazione "rafforzata" circa le ragioni del mancato ricorso al mercato (cita a conforto la sentenza della Quarta Sezione della C.G.U.E., 3 ottobre 2019 in causa C-285/18), nonchè della preventiva valutazione della effettiva congruità economica dell'affidamento in house, vuoi in termini di condizioni economiche e di entità dei proventi della gestione, vuoi in termini di tariffe applicabili e di potenziali vantaggi per l'utenza.

Con ordinanza 9.1.2020, n. 7 la sezione ha rigettato la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato accedente all'ultimo ricorso per motivi aggiunti.

In vista dell'udienza del 29.4.2020, nella quale la causa è stata trattenuta dal collegio per la decisione, la difesa dell'Ospedale San Martino ha insistito sull'inammissibilità (anche) del secondo atto di motivi aggiunti, posto che i primi due gravami sarebbero privi di interesse attuale ad agire, e che l'ultimo, per parte sua, non presenterebbe gli elementi necessari per poter essere considerato un ricorso autonomo (segnatamente: procura speciale e notifica presso la sede dell'Amministrazione), cosicché subirebbe le medesime sorti, in termini di inammissibilità, del ricorso e del primo atto di motivi aggiunti.

Il ricorso ed i motivi aggiunti sarebbero inammissibili anche sotto un ulteriore profilo, in quanto, posto che il valore della concessione de qua è inferiore alla soglia comunitaria, ove l'ospedale San Martino fosse tenuto, in esito all'accoglimento del ricorso, ad indire una procedura ad evidenza pubblica, esso procederebbe mediante una procedura negoziata, alla quale, per il principio di rotazione di cui all'art. 36 D. Lgs. n. 50/2016, non potrebbe essere invitato il gestore uscente S.C.T..

Previo scambio delle memorie conclusionali e di replica, alla pubblica udienza del 29 aprile 2020 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

DIRITTO

In accoglimento delle eccezioni delle parti resistenti, il ricorso introduttivo ed il primo atto di motivi aggiunti debbono dichiararsi inammissibili per difetto di interesse concreto ed attuale ad agire.

La società S.C.T. trae la propria legittimazione a ricorrere (intesa come la titolarità della posizione giuridica di interesse legittimo azionata) dalla qualità di impresa del settore e gestore uscente del servizio, come tale pacificamente legittimata ad opporsi all'affidamento diretto dello stesso tramite il modello dell'in house providing, con conseguente sottrazione al mercato ed alla concorrenza.

Ferma la legittimazione, è però evidente come l'ulteriore condizione processuale dell'interesse ad agire sorga, in termini di attualità e concretezza, soltanto al momento dell'affidamento diretto del contratto alla società in house, cioè nel momento in cui si manifesta la definitiva lesione dell'interesse legittimo dell'operatore economico a concorrere

in una procedura competitiva ad evidenza pubblica.

Tutti gli atti precedenti – e, segnatamente, la deliberazione del consiglio comunale di Genova 18 dicembre 2018 n. 85, di revisione annuale delle partecipazioni comunale ex art. 20 del d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, nonché la deliberazione dell’Ospedale S. Martino n. 696 del 23 aprile 2019, di adesione al capitale sociale, allo statuto ed ai patti parasociali di Genova Parcheggi s.p.a., impugnati con il ricorso e con il primo atto di motivi aggiunti - ancorché preparatori e prodromici all’affidamento in house del servizio di gestione della sosta a pagamento a Genova Parcheggi s.p.a., integrano altrettanti atti di autoorganizzazione, e non comportano una lesione immediata, diretta ed attuale della posizione giuridica della società S.C.T..

Che si tratti di atti endoprocedimentali privi – come tali - di un’immediata portata lesiva è confermato indirettamente dal fatto che la deliberazione del direttore generale dell’Ospedale S. Martino n. 696 del 23 aprile 2019 (impugnata con il primo atto di motivi aggiunti) dispone espressamente, al punto 3 del dispositivo, di “autorizzare l’avvio del procedimento per l’affidamento ‘in house’ a Genova Parcheggi del servizio di gestione dell’accesso, della sosta e della viabilità interna dell’ospedale Policlinico” (doc.10 delle produzioni 30.10.2019 di parte ricorrente).

E - com’è noto - è assolutamente pacifico che l’avvio del procedimento, in quanto atto di natura endoprocedimentale privo di immediata lesività, non sia autonomamente ed immediatamente impugnabile (cfr. Cons. di St., IV, 9.10.2018, n. 5814; id., V, 11.5.2017, n. 2191).

Quanto al secondo atto di motivi aggiunti, propriamente rivolto avverso il provvedimento del direttore generale dell’Ospedale Policlinico San Martino n. 1921 del 4 dicembre 2019 - di affidamento, in favore di Genova Parcheggi s.p.a., del nuovo servizio di gestione dell’accesso, sosta e viabilità interna dell’Ospedale - occorre affrontare le eccezioni preliminari di inammissibilità sollevate dalla difesa dell’Ospedale sotto un triplice profilo: - che l’inammissibilità del ricorso originario e del primo atto di motivi aggiunti si ripercuoterebbero sull’ultimo gravame, e che tale atto, in ragione della carenza della procura speciale (1) e della notifica presso la sede dell’amministrazione (2), non presenterebbe gli elementi necessari per poter essere considerato un ricorso autosufficiente; - che il ricorso ed i motivi aggiunti sarebbero inammissibili anche perché, posto che il valore della concessione de qua è inferiore alla soglia comunitaria, ove l’ospedale San Martino fosse tenuto, in esito all’accoglimento del ricorso, ad indire una procedura ad evidenza pubblica, esso ben potrebbe procedere mediante una procedura negoziata, alla quale, per il principio di rotazione di cui all’art. 36 D. Lgs. n. 50/2016, non potrebbe neppure essere invitato il gestore uscente S.C.T. (3).

Le eccezioni, ancorché suggestive, sono infondate, sotto tutti i profili dedotti.

In linea generale, può concordarsi nel senso che l’inammissibilità del ricorso introduttivo comporti l’inammissibilità del gravame aggiuntivo con cui si introduce una nuova domanda (motivi aggiunti c.d. impropri) che non presenti tutti gli elementi necessari per poter essere considerato un ricorso autonomo ed autosufficiente (cfr., quanto alla procura speciale, la

sentenza della Sezione 12.1.2017, n. 5).

Senonché, nel caso di specie deve rilevarsi come, in vista della proposizione del secondo atto di motivi aggiunti, fosse stata rilasciata apposita procura speciale a margine dell'atto (cfr. l'allegato al deposito dell'atto), che dunque ben presenta, sotto tale profilo, i requisiti per poter essere considerato un valido ricorso autonomo.

Quanto alla nullità della notificazione del gravame aggiuntivo, effettuata presso il procuratore costituito anziché presso la sede dell'amministrazione, anche la relativa eccezione non può essere condivisa.

Vi osta, innanzitutto, il disposto dell'art. 43 comma 2 c.p.a., che, senza distinguere tra i motivi aggiunti "propri" (con cui si introducono nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte) e quelli "impropri" (con cui si introducono domande nuove, purché connesse a quelle già proposte), stabilisce che "le notifiche alle controparti costituite avvengono ai sensi dell'articolo 170 del codice di procedura civile", cioè presso il procuratore costituito.

Ma vi osta anche il disposto dell'art. 157 c.p.c. sulla rilevabilità e sanatoria delle nullità, che, in forza del rinvio di cui all'art. 160 c.p.c., è applicabile anche alla nullità della notificazione del ricorso.

Difatti, l'Ospedale ha eccepito la nullità della notificazione del ricorso per motivi aggiunti soltanto con la memoria conclusiva depositata in data 26.3.2020, ma non con la memoria depositata in data 7.1.2020, "prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso" (art. 157 comma 2 c.p.c.): donde, per un verso, la tardività dell'eccezione (cfr. Cass., S.L., 30.6.2005, n. 14011).

Per altro verso, l'Ospedale ha controdedotto ed ampiamente argomentato anche sulla domanda proposta con il secondo atto di motivi aggiunti, sicché deve ritenersi che, avendo accettato il contraddittorio sul punto, abbia tacitamente rinunciato all'eccezione di nullità della notificazione (cfr. Cass., III, 4.6.2007, n. 12952; id., 23.2.2006, n. 4007).

Da ultimo, infondata è anche l'ultima eccezione di inammissibilità per difetto di interesse, in quanto la stessa presuppone uno scenario soltanto futuro ed ipotetico, postulando l'adozione di determinazioni - circa il ricorso alla procedura negoziata ed al mancato invito del gestore uscente - che rientrano nell'ampia discrezionalità dell'amministrazione e non sono affatto vincolate, ben potendo l'amministrazione, anche in caso di ricorso alla procedura negoziata, aprire a tutti la possibilità di contrarre senza alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione, ciò che, per consolidata giurisprudenza, esclude l'applicabilità del principio di rotazione (cfr. Cons. di St., III, 25.4.2020, n. 2654; T.A.R. Liguria, II, 22.10.2019, n. 805).

Sgombrato il campo dalle eccezioni preliminari, può ora procedersi all'esame del merito del secondo atto di motivi aggiunti, che è fondato, sotto l'assorbente profilo della violazione dell'art. 192 comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016, del difetto di motivazione e dell'eccesso di potere per contraddittorietà (estrinseca) con le precedenti manifestazioni di volontà

dell'amministrazione, e, segnatamente, con la deliberazione 25.7.2018, n. 1141, di indizione della procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio.

Giova rammentare in punto di fatto come, in vista dell'affidamento biennale del servizio de quo agitur, l'Ospedale San Martino avesse indetto un'apposita procedura aperta, mediante bando spedito per la pubblicazione in GUUE il 1° agosto 2018 (doc. 4 delle produzioni 22.2.2019 di parte ricorrente), e come, dopo la scadenza del termine di presentazione delle domande, l'amministrazione, con provvedimento n. 1514 del 29.10.2018, avesse sospeso la procedura di gara, senza tuttavia revocarla prima di affidare il servizio in house a Genova Parcheggi s.p.a. (la revoca essendo intervenuta soltanto con deliberazione 22.1.2020, n. 134).

Ai sensi dell'art. 192 comma 2 del 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".

Orbene, posto che l'amministrazione aveva recentemente ritenuto più rispondente all'interesse pubblico affidare il servizio mediante il ricorso al mercato, al punto di indire un'apposita procedura aperta secondo il criterio di aggiudicazione della migliore offerta al rialzo rispetto alla base d'asta (stabilita in € 75.000,00 annui IVA esclusa), ritiene il collegio che la necessaria valutazione circa la forma di gestione prescelta in termini di congruità economica e di ottimale impiego delle risorse pubbliche postulasse, alternativamente, la preventiva revoca della gara già indetta, o – altrimenti - la necessaria comparazione dell'offerta del soggetto in house con quelle presentate nella gara già indetta.

Il collegio è ben consapevole che, con ordinanza 15.11.2018, n. 886, la sezione ha sollevato questione di costituzionalità 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 e) 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).

Tuttavia, nel caso di specie la questione di costituzionalità non appare immediatamente rilevante, in quanto la motivazione dell'atto di affidamento in house pare difettosa non tanto per contrasto con il paradigma normativo che impone di dare conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato (contrasto che, peraltro, ove la Consulta confermasse la legittimità costituzionale della disposizione, integrerebbe un ulteriore vizio di legittimità dell'atto, sotto i profili della violazione di legge e del difetto di istruttoria e di motivazione), quanto per il contrasto con la precedente manifestazione di volontà dell'amministrazione - tuttora valida all'atto dell'affidamento in house (tempus regit actum) - che aveva ritenuto maggiormente rispondente all'interesse pubblico affidare il medesimo servizio mediante procedura ad

evidenza pubblica, e dunque con ricorso al mercato, per giunta secondo una modalità volta ad ottimizzare le sole entrate per l'amministrazione (migliore offerta al rialzo rispetto al canone concessorio a base d'asta), senza alcuna considerazione per gli aspetti organizzativi del servizio (valorizzabili con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa), che era analiticamente disciplinato dal capitolato speciale (doc. 16 delle produzioni 21.12.2019 di S.C.T.): ciò che concreta la paradigmatica figura dell'eccesso di potere per contraddittorietà estrinseca.

In mancanza di una preventiva revoca della gara, non si vede infatti come l'amministrazione abbia potuto ritenere l'offerta di Genova Parcheggi s.p.a. più rispondente all'interesse pubblico, sotto i profili della convenienza economica e della congruità, senza neppure conoscere e valutare le condizioni effettivamente conseguibili sul mercato, mediante l'apertura delle offerte presentate in un'apposita gara indetta al fine di affidare la gestione del servizio in concessione.

Donde anche lo sviamento di potere, essendo mancata quella specifica valutazione circa la maggiore rispondenza, in termini di congruità e convenienza, dell'affidamento in house all'interesse pubblico e dell'impiego ottimale delle risorse pubbliche, ciò che costituisce la causa tipica del potere di affidare un servizio in house in forza dell'art. 192 comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016.

Ne consegue l'illegittimità della deliberazione del direttore generale dell'Ospedale Policlinico San Martino n. 1921 del 4 dicembre 2019, di affidamento, in favore di Genova Parcheggi s.p.a., del nuovo servizio di gestione dell'accesso, sosta e viabilità interna dell'Ospedale dall'1.1.2020 al 31.12.2022.

Dall'illegittimità dell'affidamento diretto in house del servizio di gestione della sosta a Genova Parcheggi s.p.a. discende la perdita di efficacia del conseguente contratto di servizio stipulato in data 16.12.2019 (doc. 7 delle produzioni 7.1.2020 dell'Ospedale), con effetto dalla pubblicazione della presente sentenza (cfr. Cons. di St., V, 29.5.2017, n. 2533; T.A.R. Lombardia, III, 3.10.2016, n. 1781).

Quanto alle spese di giudizio, in ragione della parziale soccombenza reciproca (quanto al ricorso introduttivo ed al primo atto di motivi aggiunti) sussistono i presupposti di legge per compensarle integralmente tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

Dichiara inammissibili il ricorso introduttivo ed il primo atto di motivi aggiunti.

Accoglie il secondo atto di motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla il provvedimento dell'Ospedale Policlinico San Martino n. 1921 del 4 dicembre 2019.

Dichiara l'inefficacia del contratto di servizio stipulato in data 16.12.2019, con effetto dalla pubblicazione della presente sentenza.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2020.