



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1329 del 2009, proposto da:
School Bus Service S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Renato
Labriola, con domicilio eletto presso Segreteria Tar in Bologna,
Strada Maggiore 53;

contro

Comune di Sassuolo, rappresentato e difeso dagli avv. Marina
Baschieri, Annamaria Grasso, con domicilio eletto presso Fabio Dani
in Bologna, piazza Aldrovandi 3;

nei confronti di

Atcm S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Costanza Righi Riva, con
domicilio eletto presso Segreteria Tar in Bologna, Strada Maggiore 53;

per l'annullamento

della determinazione n.625 del 12 agosto 2009 avente ad oggetto
"Procedura aperta per l'affidamento dell'appalto del servizio di

trasporto scolastico ed extrascolastico. Aggiudicazione definitiva" conosciuta in data 2 ottobre 2009 a seguito di richiesta di accesso agli atti;

della determinazione n.617 del 6 agosto 2009 avente ad oggetto: "Procedura aperta per l'affidamento dell'appalto del servizio di trasporto scolastico ed extrascolastico. Provvedimento conclusivo della verifica dell'offerta". Nella quale si evince che la S.A. ha concluso con esito positivo la procedura di verifica dell'offerta economica presentata dalla Ditta ATCM sp.a., in quanto, a seguito delle giustificazioni e dei chiarimenti prodotti, l'offerta nel suo complesso è stata ritenuta congrua a garantire la serietà della proposta contrattuale, e quindi, affidabile;

del verbale di gara "A" del 7 luglio 2009, a seguito del quale la Commissione di gara procedeva all'apertura del plico contenente i documenti per l'ammissibilità alla gara;

del verbale di gara "B" dell'8 luglio 2009, a seguito del quale, in seduta non pubblica, la Commissione Tecnica Giudicatrice procedeva all'analisi dell'offerta tecnica;

del verbale di gara "C", del 10 luglio 2009, a seguito del quale, in seduta non pubblica, la Commissione Tecnica Giudicatrice proseguiva nell'analisi delle offerte tecniche;

del verbale di gara "D" del 14 luglio 2009, a seguito del quale la Commissione giudicatrice di gara procedeva all'apertura del plico contenente l'offerta economica ed alla formulazione della graduatoria provvisoria, assegnando alla Ditta ATCM spa punti 92,98 e alla Ditta

School Bus Service srl punti 77,38;
del verbale di gara "E" dell'11 agosto 2009, a seguito del quale la Commissione di gara dichiarava l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto nei confronti della ditta ATCM spa;
dell'atto prot. n.24214 del 14 agosto 2009 con il quale la S.A. affermava che nei confronti della ditta ATCM s.p.a. non ricorrevano i casi di esclusione dalla partecipazione alle pubbliche gare previsti all'art. 23 bis, comma 9, della legge 133/2008;
della determinazione n.683 dell'11 settembre 2009, con la quale è stata attestata l'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva, essendosi conclusa con esito positivo la verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del D.Lgs. 163/2006

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Sassuolo e di Atcm S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2011 il dott. Ugo Di Benedetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Sassuolo ha indetto una gara pubblica, con il sistema della procedura aperta di cui all'art. 55 del codice dei contratti, per

l'affidamento del servizio di trasporto scolastico ed extrascolastico dei centri ricreativi e soggiorni estivi promossi dalla stessa amministrazione.

All'esito della gara è risultata vincitrice la ATCM SpA e seconda classificata la ditta School Bus Service.

Avverso gli atti di gara ha presentato ricorso al T.A.R. la seconda classificata contestando l'illegittima ammissione ed aggiudicazione alla vincitrice, in violazione dell'articolo 23 bis della legge n. 133 del 2008, in quanto affidataria di precedenti servizi pubblici di trasporto e partecipata dal comune di Modena e di Sassuolo.

Si sono costituiti in giudizio il Comune intimato e la controinteressata che hanno controdedotto alle avverse doglianze e concluso per il rigetto del ricorso.

Le parti hanno sviluppato le rispettive difese con memorie e repliche e la causa è stata trattenuta in decisione all'odierna udienza.

2. Il ricorso è infondato.

L'art. 23 bis, comma nono, della legge 133 del 2008 dispone che *“I soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare.”*

Tale disposizione va interpretata nel senso che il divieto, di cui al citato art. 23 bis, comma 9, si applica esclusivamente alle società titolari di affidamenti “diretti” di servizi pubblici locali a rilevanza economica, mediante il sistema del cosiddetto *in house providing* o in “autoproduzione” senza confronto concorrenziale, consentito solo in presenza di talune specifiche condizioni (ed in particolare che l’ente affidante eserciti sulla società affidataria un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e che questa realizzi la parte più importante della propria attività nei confronti dell’ente o degli enti che la controllano).

Infatti, la finalità del divieto, di cui al citato art. 23 bis, è di evitare che soggetti particolarmente qualificati, già titolari di affidamenti “diretti” e, quindi, di un rapporto privilegiato con l’ente di riferimento - proprio in relazione alla stretta contiguità dei rapporti in essere con il soggetto pubblico - possano lucrare, in questa loro veste di enti "strumentali", ulteriori rendite di posizione in altri mercati o servizi pubblici locali a danno del libero gioco della concorrenza (vedi altresì i pareri dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici n. 3/2009 e n. 128/2009)

3. Nel caso in esame, invece, la società vincitrice non è titolare di affidamenti diretti o *in house providing*, bensì di affidamenti, attraverso le procedure di cui al codice dei contratti e nel rispetto della normativa comunitaria, mediante gara o procedura negoziata e, quindi, con i sistemi di scelta del contraente con la pubblica amministrazione disciplinati proprio dalla normativa dettata a tutela

della concorrenza e del mercato.

4. Per tali ragioni il ricorso va respinto, ivi compresa la domanda risarcitoria non sussistendo le illegittimità dedotte.

5. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Emilia Romagna
(Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,
lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di causa nei confronti dell'amministrazione intimata e della controinteressata costituita che si liquidano in complessivi Euro 6.000 (sei mila) di cui 3.000 (tremila) a favore dell'amministrazione intimata e 3.000 (tre mila) nei confronti della controinteressata, oltre C.P.A. ed I.V.A.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Calvo, Presidente

Grazia Brini, Consigliere

Ugo Di Benedetto, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/05/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)