

Publicato il 07/02/2022

N. 00853/2022 REG.PROV.COLL.
N. 05090/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5090 del 2021, proposto da Tmp S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Marrama, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Napoli, piazza Nicola Amore, n. 6;

contro

Comune di Sorrento, in persona del Sindaco legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Pasetto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- 1) del bando-disciplinare di gara (pubblicato in data 15.11.2021) relativo all'affidamento in concessione annuale del servizio di gestione dei parcheggi comunali a pagamento CIG 889867286F;
- 2) della relativa determina a contrarre nr. 1595 del 12.11.2021;
- 3) di ogni altro atto premesso, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 febbraio 2022 la dott.ssa Cesira Casalanguida e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Il Comune di Sorrento, in esecuzione della delibera di Giunta Municipale n. 121 del 23 luglio 2021, con determina n. 1595 del 12 novembre 2021, ha avviato la procedura per la *“concessione annuale del servizio di gestione di parcheggi pubblici”*, da affidare con il criterio del maggior rialzo rispetto all'importo minimo annuale posto a base d'asta (€ 75.000) a titolo di canone da corrispondere all'Amministrazione comunale.

La procedura di gara, avviata ai sensi dell'art. 60 del d.lgs.50/2016, è stata riservata ai soggetti di cui all'articolo 112 del d.lgs. n. 50\2016 e ss.mm.ii.

2. - Avverso la suddetta determinazione, il bando-disciplinare di gara pubblicato in data 15 novembre 2021 e gli atti connessi, è insorta la T.M.P. s.r.l., società operante nel settore della gestione delle aree pubbliche di parcheggio a pagamento, in ragione della preclusione in suo danno derivante dalla riserva della possibilità di partecipazione alla gara in favore dei soli soggetti di cui all'art. 112 d. lgs. 50/2016.

3. - Con due motivi di ricorso, la ricorrente ha dedotto la violazione di legge e l'eccesso di potere sotto plurimi profili, chiedendo l'annullamento degli atti impugnati.

4. - Il Comune di Sorrento si è costituito in giudizio il 13.12.2021 per resistere al ricorso.

Con ordinanza n. 2180 del 17.12.2021 è stata accolta l'istanza cautelare.

La ricorrente con memoria del 17 gennaio 2022 ha ribadito le pretese addotte a fondamento dell'impugnativa.

5. - Alla pubblica udienza del 2 febbraio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. - La presente controversia ha ad oggetto la scelta dell'amministrazione di avviare una procedura di gara per la "*concessione annuale del servizio di gestione di parcheggi pubblici*" siti in varie aree del Comune di Sorrento, limitando la partecipazione ai soli soggetti di cui all'art. 112 D.Lgs 50/2016 e s.s.mm.ii. La ricorrente si duole dell'applicazione della suddetta norma, che, in ragione del suo carattere escludente, necessita di immediata impugnazione (Cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 4, del 26.04.2018).

6.1. - Con il primo motivo di ricorso deduce la violazione del d. lgs. 50/2016, della Direttiva UE 2014/24/UE, del d. lgs. 117/2017 e l'eccesso di potere sotto plurimi profili.

Ritiene distorsiva della concorrenza la scelta di riservare la partecipazione ad una procedura di gara che ha ad oggetto un servizio, quale quello di gestione della sosta a pagamento su aree pubbliche, a rilevanza non sociale ma economica.

6.2. - Con il secondo motivo deduce la violazione dell'art. 112 d. lgs. 50/2016, delle direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE, dell'art. 55 d. lgs. 117/2017, oltre allo sviamento di potere.

La ricorrente lamenta l'illegittimità della riserva operata, ai sensi dell'art. 112 d. lgs. 50/2016, senza giustificare la scelta e tener conto della specificità della disciplina prevista sia nel codice dei contratti che in quello del cd. **Terzo settore**, prospettando dubbi sulla attualità della perdurante vigenza del menzionato art. 112. Contesta la contraddittorietà tra il regime applicato e la natura del servizio oggetto della concessione.

7. - Il Comune di Sorrento resiste ai motivi di ricorso argomentando, in particolare, sulla legittimità della scelta di riserva di partecipazione. Esclude che l'applicazione della riserva sia pregiudizievole dell'effettivo confronto concorrenziale riguardo alla procedura di gara indetta. Sostiene che i caratteri

propri del servizio di gestione dei parcheggi, caratterizzato da prestazioni “*manuali ed operative a bassissimo ‘indice’ di complessità*” depongano per una riserva di svolgimento in favore di persone socialmente svantaggiate e/o portatrice di handicap, senza alcun rischio per gli utenti e per la qualità del servizio.

Richiama l’art. 21 *octies* l. 241/1990, ritenendo non altrimenti modificabile l’esito delle determinazioni assunte.

8. - Ricostruita la vicenda nei termini sopra evidenziati, il Collegio ritiene il ricorso meritevole di favorevole apprezzamento.

8.1. - L’art. 112 d. lgs. 50/2016 prevede che “*le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l’esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi*” (...). La norma stabilisce la possibilità, per le amministrazioni, di riservare la partecipazione a procedure di gara e l’esecuzione di un contratto a favore di determinate tipologie di operatori economici, tra cui quelli che impiegano soggetti appartenenti a categorie socialmente svantaggiate e le organizzazioni no-profit. Analoga previsione era contenuta anche nel precedente e oramai abrogato art. 52 del D.lgs. 163/2006.

8.2. - Fin da prima dell’entrata in vigore della suddetta disposizione, la giurisprudenza, come anche le Linee Guida dell’Anac, hanno ancorato l’applicazione della norma al rispetto dei presupposti idonei a garantire l’effettivo confronto concorrenziale (cfr., in tal senso, con riferimento al previgente art. 52 del d.lgs. n. 163/2006, TAR Lazio, Roma, sez. II, 30 luglio 2014, n. 8325, confermata da Cons. Stato, sez. V sent. 1620/2015; ANAC, determinazioni n. 2 del 23 gennaio 2008: “*Tuttavia, nella definizione dei requisiti di partecipazione, le stazioni appaltanti dovranno attenersi al rispetto del principio di proporzionalità che, nel caso di specie, dovrà essere declinato sia con riferimento all’oggetto dell’appalto e alle sue caratteristiche specifiche sia con riferimento all’obiettivo sociale che si è inteso perseguire con l’introduzione della riserva*”, e n. 3 del 1° agosto 2012).

Come chiarito da condivisibile giurisprudenza, l’ambito delineato dall’art. 112 del d.lgs. n. 50/2016 è distinto da quello delineato dall’art. 5 della l. n.

381/1991, in quanto ‘interno’ al sistema codicistico, pur sempre ancorato ai moduli procedurali tipizzati di selezione pubblica del contraente, seppure derogatorio quanto all’individuazione dei soggetti legittimati alla partecipazione (Cfr. T.A.R. Campania – Salerno, sez. II, sent. 1480/2021).

La giurisprudenza è, altresì, consolidata nel ribadire che le stazioni appaltanti hanno il potere di fissare nella disciplina di gara requisiti soggettivi specifici di partecipazione, suscettibili di limitare la platea dei concorrenti, attraverso l'esercizio di un'ampia discrezionalità, il quale rimane insindacabile in sede giurisdizionale se non nei limiti della ragionevolezza dell'imposta limitazione del confronto competitivo in rapporto allo scopo perseguito (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440; TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 settembre 2015, n. 11008; sez. I, 7 dicembre 2020, n.13049; TAR Campania, Napoli, sez. V, 3 maggio 2016 n. 2185).

8.3. - Ebbene, come già rilevato in sede cautelare, nel caso in esame, dagli atti di causa emerge che il Comune di Sorrento ha inserito nella disciplina relativa alla procedura di gara in contestazione una espressa riserva di partecipazione, limitandosi a richiamare l'art. 112 d. lgs. 50/2016, senza fornire alcun elemento a supporto della decisione assunta, nessun elemento circa le ragioni della limitazione.

Le evidenziate carenze assumono una connotazione di maggior disvalore in considerazione della natura del servizio oggetto della procedura gara, trattandosi della gestione dei parcheggi pubblici. Sul punto giova richiamare la costante giurisprudenza amministrativa sulla riserva di partecipazione, sia pure posta in favore delle cooperative sociali all'art. 5 l. n. 381 del 1991, secondo cui *“può essere legittimamente imposta solo per la fornitura di beni e servizi strumentali della p.a., cioè erogati a favore della p.a. e riferibili ad esigenze strumentali della stessa; al contrario, tale limite non può trovare applicazione nei casi in cui si tratti di servizi pubblici locali, destinati a soddisfare la generica collettività”*, come la gestione di un parcheggio a pagamento (cfr. *ex multis*, TAR Piemonte, Sez. I, 3.03.2016 n. 306; Cons. St. Sez. VI, 29.04.2013 n. 2342; TAR Emilia Romagna, Bologna,

Sez. II, 6.07.2015 n. 637)” (T.A.R. Campania - Salerno, sez. II, sent. n. 2774 del 16.12.2021; T.A.R. Lazio- Roma, Sez. 2 bis, sent. 8489 del 13.8.2018).

La scelta di riserva di partecipazione operata dal Comune di Sorrento non è supportata da alcuna *ratio* giustificatrice, non rinvenendosi in alcuno degli atti di gara adottati dall'amministrazione il riferimento alla finalità di integrazione sociale e/o professionale delle persone disabili o svantaggiate, o alle ragioni ritenute idonee a supportare la riserva riferita alla gestione di un servizio quale quello dei parcheggi pubblici, di cui non può essere ignorata neanche la natura economica.

9. - Per tutto quanto esposto, in accoglimento del ricorso gli atti impugnati sono annullati, con onere dell'amministrazione di rideterminarsi nel rispetto dei principi sopra richiamati.

10. - Le spese seguono le regole della soccombenza e sono poste a carico del Comune nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Sorrento al pagamento delle spese di giudizio in favore di parte ricorrente, liquidate in € 2.500,00 (euro duemilacinquecento/00), di cui euro 200,00 per presumibili esborsi, oltre accessori di legge, ivi compresa la refusione del contributo unificato, se versato e dovuto.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 2 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Michelangelo Maria Liguori, Presidente

Valeria Ianniello, Primo Referendario

Cesira Casalanguida, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Cesira Casalanguida

IL PRESIDENTE
Michelangelo Maria Liguori

IL SEGRETARIO