

TAR Brescia, Sezione II - Sentenza 10/03/2011 n. II
d.lgs 163/06 Articoli 28 - Codici 28.1

La finalità dell'art. 23-bis del D.L. 25/6/2008 n. 112 conv. in L. 6/8/2008 n. 133 è quella di limitare il vantaggio competitivo delle società ivi indicate che godono dell'accesso privilegiato al mercato della pubblica amministrazione: esse - fruendo dei vantaggi inerenti alla stretta contiguità con gli Enti pubblici che affidano i servizi - parteciperebbero alle gare sfruttando posizioni acquisite senza un preventivo confronto concorrenziale. La previsione di cui all'art. 23-bis preclude l'acquisizione della gestione di servizi ulteriori, con o senza gara, ai soggetti che gestiscono servizi pubblici locali ad essi affidati senza il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica, che si condensano nei principi comunitari di tutela della concorrenza, e, segnatamente, nei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI - 16/2/2010 n. 850, che ha equiparato l'affidamento senza una procedura competitiva ad un regime di proroga che non trovi fondamento nel diritto comunitario). La partecipazione alle "prime gare" trae fondamento da una statuizione derogatoria la quale soggiace ad interpretazione letterale e restrittiva. Ciò significa che non può applicarsi oltre al caso da essa contemplato, per cui deve trattarsi della "prima" selezione pubblica e di una "gara" in senso proprio, connotata da un confronto comparativo nell'ambito di un procedimento governato da prescrizioni minuziose e tassative. La procedura negoziata esula senz'altro dalla definizione legislativa che tipizza la deroga. Le regole peculiari della trattativa privata, se allontanano quest'ultima dallo schema tipico della gara pubblica, l'avvicinano comunque al modello dell'affidamento diretto, in ogni caso precluso dalla norma. In altri termini, al di là dell'ipotesi eccezionale già esaminata (la prima gara), ogni altro tipo di conferimento è vietato e dunque anche quello che scaturisce all'esito di una procedura negoziata.