



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9976 del 2011, proposto da:

3 A Progetti S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Stella Richter, presso il quale è elettivamente domiciliata in Roma, viale Mazzini, 11;

contro

Consorzio per lo Sviluppo Industriale della Provincia di Rieti e la Provincia di Rieti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentati e difesi dall'avv. Mariella Cari, con domicilio eletto presso l'avv. Alberto Costantini in Roma, corso D'Italia 19;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE SECONDA QUATER n.7106/2011, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di manutenzione ordinaria strade e verde agglomerato industriale di Rieti – Cittàducale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio per lo Sviluppo Industriale della Provincia di Rieti e della Provincia di Rieti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 aprile 2013 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avv. Paolo Stella Richter e l'avv. Alberto Costantini su delega dell'avv. Mariella Cari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La società 3A Progetti s.p.a. con ricorso al TAR Lazio chiedeva l'annullamento delle note del 21 gennaio e del 14 febbraio 2011, con le quali il Consorzio per lo Sviluppo Industriale della Provincia di Rieti le aveva comunicato di non volere rinnovare il contratto relativo ai "lavori di manutenzione ordinaria strade e verde agglomerato industriale di Rieti - Cittàducale", nonché della delibera del consiglio di amministrazione del Consorzio del 18 gennaio 2011, richiamata nelle suddette note, con la quale era stato deliberato di attribuire la gestione del servizio alla Provincia di Rieti.

La ricorrente chiedeva in via principale l'annullamento degli atti impugnati ed in via subordinata la condanna del Consorzio per lo Sviluppo Industriale e la Provincia di Rieti al risarcimento dei danni nella misura che sarebbe stata quantificata in corso di giudizio, oltre rivalutazione ed interessi, nonché al pagamento della sanzione alternativa ex art. 123 del d. lgs. n. 104 del 2010, nella misura ritenuta di giustizia.

Si costituivano in giudizio il Consorzio per lo Sviluppo Industriale e la Provincia di Rieti che chiedevano il rigetto del ricorso e depositavano copia dell'accordo tra esse siglato in data 19 aprile 2011 ai sensi dell'art. 15 della l. n. 241 del 1990, ad oggetto l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria delle strade e del verde relativi all'agglomerato industriale di Rieti – Cittàducale per la durata di tre anni.

2.- Il TAR Lazio con sentenza n. 7106 del 1° settembre 2011 respingeva il ricorso.

In ordine al censurato difetto di motivazione dei provvedimenti, il TAR riteneva che, malgrado *“la poco perspicua formulazione letterale, e l'evidente salto logico di alcuni passaggi...i motivi che hanno indotto il Consorzio ad affidare alla Provincia l'esecuzione dei lavori di manutenzione stradale si possono ricavare dal contesto del provvedimento”*.

Quanto alle censure relative all'illegittimità dell'affidamento diretto del servizio, affermava che non sussisterebbe alcun obbligo normativo a carico dei consorzi di esternalizzare i servizi facenti capo al Consorzio, la cui disciplina sembrerebbe invece potenziare modalità organizzative, quali per l'appunto la convenzione ex art. 15 della l. n. 241/1990 con altri enti.

3.- La società 3A Progetti ha proposto appello avverso la suddetta sentenza, di cui chiede la riforma o l'annullamento, assumendone l'erroneità per i seguenti motivi:

per aver omesso di rilevare il vizio di motivazione che affliggerebbe i provvedimenti impugnati, ravvisando al contrario una motivazione insussistente desumendola dal contesto comportamentale dell'amministrazione;

per non aver compreso che il ricorso al modello di cui all'art. 15 della l. n. 241 del 1990 altro non sarebbe stato che un puro e semplice *escamotage* per *“superare lo sbarramento posto dalla normativa sull'affidamento dei contratti pubblici”*, in quanto il vero intendimento del Consorzio sarebbe stato, sin dall'inizio, quello di affidare il servizio direttamente senza indire alcun confronto concorrenziale;

per aver considerato legittima l'attribuzione del servizio alla Provincia mediante lo strumento dell'accordo amministrativo previsto dall'art. 15 della l. n. 241 del 1990 e dal comma 5 dell'art. 3 della l. reg. Lazio n. 13 del 1997, su un'asserita restituzione del servizio al soggetto istituzionalmente competente (la Provincia di Rieti) malgrado la mancanza dei presupposti per l'utilizzazione della scelta organizzativa prevista dalla norma regionale e per non aver compreso la finalità elusiva della disciplina in tema di appalti pubblici dell'intera operazione.

Si sono costituiti in giudizio il Consorzio per lo Sviluppo Industriale e la Provincia di Rieti che hanno eccepito l'inammissibilità dell'appello per difetto della procura alle liti, per violazione dello *ius novorum* e per improcedibilità e nel merito ne hanno chiesto il rigetto perché infondato in fatto e diritto.

In particolare, secondo il Consorzio l'affidamento del servizio alla Provincia sarebbe coerente con lo schema associativo consortile, atteso che il Consorzio annovera nell'ambito delle attività concretamente svolte l'erogazione del servizio di gestione della rete stradale e del verde del polo industriale di Rieti Cittàducale che si estende per una superficie di circa 5 chilometri e che la modalità organizzativa del “servizio” è conforme alle previsioni fissate nell'articolo 3 della legge regionale n. 13 del 1997 che, tra le varie opzioni organizzative, contempla la possibilità di realizzare e gestire direttamente o mediante la costituzione di società miste, anche con la partecipazione degli enti locali interessati, attività strumentali all'insediamento di attività produttive.

Le parti hanno depositato memorie difensive conclusionali e di replica e alla pubblica udienza del 30 aprile 2013, il giudizio è stato assunto in decisione.

DIRITTO

1.- Va respinta l'eccezione di inammissibilità dell'appello per difetto di procura speciale, sollevata dalla difesa della Provincia di Rieti, sull'assunto che la procura apposta a margine dell'appello sarebbe sprovvista degli elementi necessari per ritenerla tale.

In base a consolidato orientamento giurisprudenziale, deve ritenersi che il mandato apposto in calce o a margine del ricorso al Consiglio di Stato, essendo per sua natura speciale, non richiede alcun ulteriore riferimento al giudizio, sicché è del tutto irrilevante che la formula adottata sia priva di taluni elementi (cfr. Cass. 30 aprile 2012, n. 6597).

2.- Va respinta l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa del Consorzio con riferimento al primo motivo di appello, relativo al difetto di motivazione degli atti impugnati.

Secondo il Consorzio, la società appellante, prendendo surrettiziamente spunto dalle affermazioni contenute in sentenza, attraverso la confutazione della sentenza, avrebbe sviluppato un sindacato sulla congruità motivazionale dei provvedimenti impugnati che non sarebbe stata fatta valere nella stessa misura con il ricorso introduttivo.

La prospettazione del Consorzio non ha fondamento, atteso che il difetto di motivazione degli atti impugnati è stato dedotto già nel ricorso introduttivo, mentre nell'atto di appello si lamenta la ricostruzione motivazionale ad opera del giudice di primo grado degli atti del Consorzio, resa necessaria proprio dalla carenza motivazionale dei provvedimenti impugnati, sicché non sussiste l'asserita violazione dello *ius novorum*.

2.1- Quanto poi alla considerazione che non avrebbe senso prospettare un difetto di motivazione con riferimento alle note oggetto di impugnativa, in quanto meri atti di comunicazione, essa non tiene conto che oggetto di impugnazione è anche la delibera del Consorzio, con cui si è scelta la diversa modalità di gestione del servizio.

3. - La necessità rappresentata dal Consorzio che il ricorso dovesse essere esteso a pena di improcedibilità agli ulteriori atti posti in essere in esecuzione della deliberazione del 18 gennaio 2011, è contraddetta dalla natura esecutiva di tali atti, in disparte l'inammissibilità della censura che avrebbe potuto essere proposta solo con appello incidentale.

4.- Passando alle questioni di merito, esse sono fondate nei sensi di cui di seguito.

L'oggetto del giudizio nella sostanza attiene alla possibilità per un soggetto obbligato all'osservanza delle regole dell'evidenza pubblica di affidare un servizio pubblico di sua competenza ad un soggetto terzo, prescindendo dalla procedura ad evidenza pubblica e se l'affidamento diretto sia consentito ove si proceda con il modulo dell'accordo ai sensi dell'art. 15 della l. n. 241/1990.

Il Consorzio Industriale per lo Sviluppo della Provincia di Rieti, alla naturale scadenza del contratto con la società ricorrente, deliberava di non rinnovare il contratto di manutenzione delle strade consortili e del verde, a suo tempo affidato a mezzo pubblica gara, e di attribuirne lo svolgimento alla Provincia di Rieti, soggetto consorziato, stipulando all'uopo specifica convenzione ai sensi dell'art. 15 della legge n. 241 del 1990.

4.1 - Va precisato a tal punto che la legittimazione della società ricorrente non trova causa nella facoltà di rinnovo contrattualmente prevista per il servizio di cui trattasi in favore dell'affidataria, poiché tale previsione contrattuale non implica alcun obbligo per la stazione appaltante, non essendo nemmeno consentito dalla normativa vigente di esercitare la suddetta facoltà.

L'interesse azionato dalla ricorrente e che le attribuisce la legittimazione al ricorso è, invece, l'interesse di qualunque società operante nel settore a partecipare alla gara pubblica, ovvero a non veder sottrarre al mercato e alla sua dinamica un servizio che in base alle regole generali va esternalizzato.

In questa prospettiva e in questi limiti, l'interesse azionato dalla società ricorrente è meritevole di tutela.

4.2 - Ciò posto, prescindendo dall'ordine di prospettazione dei motivi di appello, vanno esaminati il secondo e terzo motivo di appello, con i quali si assume che il giudice di primo grado non si sarebbe avveduto che il ricorso

del Consorzio al modello di cui all'art. 15 della l. n. 241 del 1990 altro non sarebbe stato che un puro e semplice *escamotage* per superare lo sbarramento posto dalla normativa sull'affidamento dei contratti pubblici, in quanto attraverso l'intermediazione dell'affidamento alla Provincia, il servizio è stato affidato in concreto alla Società Risorse Sabine s.p.a. – società interamente partecipata dalla Provincia di Rieti – come, peraltro, preannunciato dal Consorzio con nota del 30 novembre 2010 in risposta alla richiesta di rinnovo del contratto, e che *il modus procedendi* del Consorzio avrebbe comportato la violazione dei fondamentali principi in tema di appalti pubblici.

Le censure sono fondate.

4.3- In ordine alla violazione dei principi in tema di procedure ad evidenza pubblica, va considerato che l'affidamento diretto di un servizio pubblico senza esperimento di gara, quindi, in deroga ai principi generali, è consentito qualora l'amministrazione aggiudicatrice intenda internalizzare il servizio, ovvero affidarlo *in house*, sempre che sussistano in concreto i requisiti dell'*in house*, cioè la proprietà interamente pubblica della società, ovvero il controllo su di essa da parte dell'ente aggiudicatore.

Nel caso non si è avuta internalizzazione del servizio, non avendo il Consorzio costituito una società *in house* cui affidare il servizio, né avendo assunto lo svolgimento del servizio in economia.

L'affidamento diretto del servizio alla Provincia non integra una modalità di internalizzazione, non sussistendo l'immedesimazione tra Consorzio di Sviluppo industriale della Provincia di Rieti e la Provincia di Rieti, non rilevando in contrario la circostanza che la Provincia di Rieti sia una delle consorziate del Consorzio di Sviluppo industriale di Rieti.

Infatti, il rapporto consortile non presuppone né comporta confusione (nel senso giuridico) di soggetti e di risorse tra consorzio e consorziati.

Invero, il Consorzio di Sviluppo industriale della Provincia di Rieti, costituito con d.p.r. n. 1383 del 27 settembre 1965 in attuazione della l. n. 634 del 1957 con l'obiettivo di contrastare lo spopolamento della Provincia di Rieti e favorirne l'industrializzazione, disciplinato da ultimo dalla l. reg. n. 13 del 1997, è un ente pubblico economico di natura associativa costituito da una pluralità di consorziati, tra i quali, la Provincia di Rieti, il Comune di Rieti, la Camera di Commercio della Provincia di Rieti, l'Amministrazione Separata beni civici di Vazia, il Comune di Cittàducale, il Consorzio bacino imbrifero montano Nera – Velino, Ca.RI.RI s.p.a, Unicredit s.p.a. ed una moltitudine di comuni del territorio provinciale e di altri soggetti pubblici e privati.

Il Consorzio è dotato di personalità giuridica e, quindi, ha una propria autonomia per cui è soggetto distinto dagli enti pubblici consorziati oltre ad essere di composizione sempre mutevole.

L'autonomia giuridica comporta che non è configurabile alcun rapporto organico tra enti consorziati e consorzio.

Va escluso, in conseguenza, che sia configurabile un'immedesimazione tra il Consorzio e la Provincia di Rieti.

4.4- Tanto meno appare corretto inquadrare la fattispecie dell'affidamento del servizio della manutenzione delle strade alla Provincia come "*restituzione del servizio al soggetto istituzionalmente competente, qual è la Provincia di Rieti*", come si afferma in sentenza.

Invero, poco conta l'appartenenza dominicale delle strade comprese nel territorio di competenza del Consorzio o la qualificazione come strade provinciali – qualità, peraltro contestata in giudizio ma non suffragata da elementi probatori dalla società ricorrente – essendo indubbio che ricadono sul Consorzio Industriale gli oneri di manutenzione delle strade e del verde.

Ciò è comprovato dall'intera vicenda e dalla stessa circostanza che il servizio era gestito dal Consorzio a mezzo impresa scelta con gara ad evidenza pubblica e che anche attualmente gli oneri della manutenzione malgrado il servizio sia gestito dalla Provincia, ricadono sul Consorzio.

4.5- Quanto alla facoltà concessa dalla legge regionale n. 13 del 1997 (precisamente dall'art. 5, comma 3) ai

Consorzi Industriali di stipulare convenzioni o accordi amministrativi di cui all'art. 15 della l. n. 241 del 1990 con altri enti pubblici, la cui portata è stata enfatizzata nella sentenza per giustificare l'affidamento del servizio alla Provincia di Rieti, perfezionatosi con la stipula di una convenzione ai sensi del citato articolo 15 della l. n. 241 del 1990, non sembra sia stata correttamente utilizzata nel caso.

Il giudice di primo grado ha motivato giuridicamente l'opzione dell'affidamento diretto del servizio alla Provincia, richiamando la normativa regionale ed in particolare il comma 5 del citato articolo 3 della l. reg. n. 13 del 1997.

In particolare, secondo il TAR, poiché la suddetta legge regionale, prevede al terzo comma che *“ai fini dello svolgimento delle funzioni di cui al presente articolo possono promuovere o partecipare a consorzi e società consortili nonché stipulare convenzioni o accordi amministrativi ai sensi dell'art. 15 della l. 7 agosto 1990, n. 241”*, sarebbe legittima la scelta dell'affidamento in convenzione alla Provincia di Rieti del compito di manutenzione e segnaletica stradale, trattandosi, peraltro, di soggetto istituzionalmente competente ad effettuare tale servizio.

In tale contesto, secondo il TAR, sarebbero legittimi gli atti impugnati, avendo in effetti il Consorzio stipulato in data 19 aprile 2011, con la Provincia di Rieti una convenzione ex art. 15, l. n. 241 del 1990 che avrebbe natura accessiva al provvedimento impugnato con cui sarebbe stata esercitata la scelta tra le alternative possibili e che integrerebbe e completerebbe l'operazione complessiva di restituzione dei lavori di manutenzione stradale al soggetto cui è istituzionalmente affidato lo svolgimento di tale compito.

Il percorso motivazionale del TAR non è condivisibile perché il servizio di manutenzione delle strade e del verde non rientra tra le attività di cui al comma 3 della norma regionale citata, afferenti alle funzioni alle quali è preordinata l'operatività di un consorzio industriale, quali la gestione di acquedotti, la creazione di centrali di cogenerazione per produzione di energia e teleriscaldamento, gli impianti di depurazione, le piattaforme polifunzionali per l'inertizzazione o per la termodistruzione o laboratori attrezzati per il controllo della qualità dei prodotti.

Deve, quindi, ritenersi che il ricorso allo strumento convenzionale è stato erroneamente inteso come riferito a obiettivi e finalità consortili, mentre è stato utilizzato per attività interne, relative al funzionamento dello stesso consorzio.

4.5- Quanto alla possibilità per il Consorzio di stipulare accordi con altri enti ai sensi del più volte citato articolo 15 della l. n. 241 del 1990 al di fuori delle ipotesi indicate dalla legge regionale n. 13 del 1997, è un modulo non percorribile nella fattispecie concreta, mancando il presupposto della comunione degli interessi, essendo l'oggetto dell'accordo la gestione di un servizio di interesse esclusivo del Consorzio.

Peraltro, al fine di non eludere il divieto dell'obbligo di esperire una gara pubblica, l'accordo ai sensi dell'art. 15 della l. n. 241 del 1990 deve riguardare l'acquisizione di attività erogata da struttura non solo pubblica, ma anche (e soprattutto) priva di alcuna connotazione imprenditoriale, nell'ampia accezione delineata dall'ordinamento europeo (cfr., Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 324 del 25 gennaio 2012), mentre nel caso il modulo convenzionale è stato usato per attribuire il servizio ad un soggetto caratterizzato da connotazioni imprenditoriali, una società multi servizi facente capo alla Provincia di Rieti.

In conclusione, la circostanza che l'affidamento in via diretta sia avvenuto in favore di amministrazione pubblica non costituisce esimente dall'osservanza delle procedure ad evidenza pubblica (cfr. per caso analogo, Corte di Giustizia della U.E. I, 18 gennaio 2007, causa C – 220/05).

Peraltro la Provincia di Rieti non rientra nemmeno tra i soggetti cui possono essere affidati i contratti pubblici, come elencati nell'art. 34 del codice dei contratti pubblici.

4.6 - Il Consorzio, invero, ha sostenuto negli scritti difensivi che la scelta di gestire tramite la sua consorziata,

Provincia di Rieti, il servizio di manutenzione delle aree a verde e delle strade interne, è stata preferita per ragioni di economicità, consentendo di sfruttare al meglio i rapporti sinergici che costituiscono la ragione del Consorzio e che ciò solo escluderebbe la necessità di ricorrere al mercato per l'approvvigionamento di fattori di cui l'ente consortile già dispone al suo interno.

In disparte la rilevanza giuridica della suddetta esimente, va considerato che l'affidamento del servizio alla Provincia di Rieti a mezzo convenzione ex art. 15 della l. n. 241 del 1990, di fatto svolto da una società multi servizi della Provincia, ha un costo per il Consorzio di euro 180.000,00 annui, che seppure inferiore al costo di euro 225.346,05 di cui all'ultimo contratto con la società ricorrente, non può ritenersi il più conveniente, in mancanza di procedura concorsuale che ne abbia evidenziato l'effettiva economicità.

La circostanza della maggiore economicità della scelta della convenzione con la Provincia è, quindi, meramente presunta, nel mentre evidenzia che attraverso la mediazione della Provincia si è realizzato l'affidamento diretto a società terza, sia pure partecipata dalla Provincia con ricaduta dei costi sul Consorzio Industriale sicché non vi è nemmeno l'auspicato risparmio di costi.

4.7 - Quanto sin qui esposto toglie pregio anche alla tesi difensiva del Consorzio sulla legittimità in via generale della delega di funzioni tra enti prevista dall'art. 30 del Testo Unico degli Enti locali, atteso che tale previsione, finalizzata allo svolgimento in modo coordinato di funzioni e determinati servizi istituzionali, non consente, invece, in mancanza di espressa previsione del legislatore, di passare le procedure dell'evidenza pubblica, attribuendo in via diretta servizi che per loro natura devono essere immessi sul mercato.

Fermo tanto, non può che affermarsi l'obbligo del Consorzio di affidare il servizio de quo a mezzo gara pubblica, non sussistendo motivo per legittimamente sottrarsi alla regola generale di cui all'art. 2, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006 secondo cui *“l'affidamento e l'esecuzione di opere, lavori pubblici, servizi e forniture...deve svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia...”* e nel rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento e di pubblicità, nonché dal successivo art. 54, commi 1 e 2, per cui *“per l'individuazione degli operatori economici ..le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero il dialogo competitivo..”*.

In conclusione, il Consorzio, deliberando di affidare il servizio a soggetto diverso senza previamente esperire alcuna selezione è incorso nella violazione della disciplina generale in materia.

Per le ragioni esposte ed assorbito ogni altro motivo, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado devono essere annullati gli atti impugnati.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza, nell'importo indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado della società 3 A Progetti s.p.a. e annulla gli atti impugnati.

Condanna il Consorzio per lo Sviluppo Industriale della Provincia di Rieti e la Provincia di Rieti in solido tra loro al pagamento in favore di 3 A Progetti s.p.a. di euro 4.000,00 oltre accessori di legge per spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/09/2013

IL SEGRETARIO

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