

N. 7106/2011 Reg. Prov. Coll. N. 1665 Reg. Ric. ANNO 2011 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1665 del 2011, proposto da:

P. Spa, in persona del l.r., rappresentato e difeso dagli avv. Sara Piccoli, Paolo Stella Richter, con domicilio eletto presso Paolo Stella Richter in Roma, v.le G. Mazzini, 11;

contro

Consorzio Per Lo Sviluppo Industriale della Provincia di Rieti, Provincia di Rieti, in persona dei rispettivi l.r., rappresentati e difesi dall'avv. Mariella Cari, con domicilio eletto presso A. C. in Roma, corso

...omissis...

;

per l'annullamento

della nota del Consorzio per lo Sviluppo Industriale della Provincia di Rieti prot. 213/11 del 21 gennaio 2011, pervenuta il 24 gennaio 2011, nonché della presupposta deliberazione del Consiglio di Amministrazione del Consorzio, d.d. 18 gennaio 2011, con cui si è deliberato di affidare il servizio di manutenzione ordinaria strade e verde nell'Agglomerato Industriale di Rieti-Cittaducale ad altro soggetto, nonché della nota prot. 550/11 del 14 febbraio 2011 e della presupposta deliberazione del Consiglio di Amministrazione consortile n. 2.2./11 del 18 gennaio 2011;

nonché per l'automatica caducazione/nullità/inefficacia del contratto medio tempore stipulato con detta Provincia; in via subordinata, per il risarcimento del danno, con rivalutazione monetaria ed interessi, nonché il pagamento della sanzione alternativa ex art. 123 D.lvo 104/2010.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio Per Lo Sviluppo Industriale della Provincia di Rieti e di Provincia di Rieti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2011 il dott. Floriana Rizzetto e uditi per le

parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente, premesso di aver svolto sin dal gennaio 2008 il servizio di manutenzione strade ed aree verdi per il Consorzio per lo Sviluppo Industriale della Provincia di Rieti (SIPR) a seguito di gara indetta con d.d. 16.5.2007, e di aver richiesto il rinnovo del contratto (triennale) alla scadenza ai sensi dell'art. 5 del contratto atto stipulato il 28.11.2007, impugna il provvedimento di cui alla nota prot. 213 del 21.1.2011 con cui il Consorzio comunicava di aver deliberato di affidare il servizio ad altro soggetto con decorrenza 12.3.2011 ed alla nota 550 del 14.2.2011 con cui comunicava l'avvenuto affidamento alla Provincia di Rieti giusta deliberazione del Consiglio di Amministrazione consortile b. 2 del 18.1.2011; chiede l'automatica caducazione/nullità/inefficacia del contratto medio tempore stipulato con detta Provincia; in via subordinata, il risarcimento del danno, con rivalutazione monetaria ed interessi, nonché il pagamento della sanzione alternativa ex art. 123 D.lvo 104/2010.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

1) Violazione degli artt. 2 co. 1; 54 co 1 e 2; 57 co 5 lett.b) del d.lvo 163/2006. Violazione dell'art. 8 del bando di gara e dell'art. 5 del contratto stipulato il 28.11.2007.

L'affidamento diretto del servizio in contestazione alla Provincia di Rieti si pone in contrasto con i principi di trasparenza, concorrenza, massima partecipazione, pubblicità delle procedure di selezione del contraente, in quanto dispone l'affidamento per un nuovo triennio del servizio in contestazione all'Ente territoriale resistente senza previo esperimento di gara pubblica, diversamente da come stabilito in occasione del primo affidamento, oltre che in violazione dell'art. 8 del bando di gara e dell'art. 5 del contratto stipulato il 28.11.2007, in quanto non tiene in alcun conto della possibilità di integrare tali atti con il disposto di cui all'art. 57 co 5 lett b) del D.lvo 57/2006, che avrebbe consentito il rinnovo/proroga dell'affidamento, senza pubblicazione di bando di gara, mediante procedura negoziata, alla ricorrente per un ulteriore triennio. In alternativa, il Consorzio avrebbe solo potuto indire una nuova gara a procedura aperta, giammai affidare direttamente il servizio alla Provincia.

2) Violazione degli artt. 34, 41 e 42 del d.lvo 163/2006.

L'affidamento è illegittimo in quanto disposto a favore di un soggetto (ente territoriale), che non rientra tra quelli cui possono essere affidati ex art. 34 d.lvo 163/2006 i contratti pubblici in quanto non è un operatore economico e conseguentemente non può dimostrare di possedere i requisiti di cui agli artt. 41 e 42 cod.contratti.

3) Violazione degli artt. 3 e 10 bis della legge n. 241/90. Eccesso di potere per arbitrarietà manifesta.

Gli atti impugnati non recano alcuna motivazione della scelta "organizzativa" oggetto di

contestazione, tanto più necessaria, atteso che, a seguito della richiesta di proroga in data 15.11.2010 s'era avviato un procedimento di verifica dei presupposti per il rinnovo dell'affidamento del servizio a favore della ricorrente.

In subordine: Violazione del dl 269/2003 conv.L. 326/2003.

Dal tenore del carteggio intercorso tra la Provincia ed il Consorzio sembrerebbe che quest'ultimo abbia inteso favorire l'ente territoriale consorziato in spregio alla normativa sugli appalti pubblici, non sussistendo i presupposti per l'affidamento diretto (in house).

Si sono costituiti il Consorzio e la Provincia intimati rappresentando nei rispettivi scritti difensivi che il rinnovo del contratto costituisce mera facoltà della stazione appaltante, la quale nella fattispecie non intende avvalersene, preferendo, per ragioni di economicità, gestire direttamente il servizio in contestazione, tramite una delle componenti (Provincia), sfruttando a tal fine i "rapporti sinergici" che costituiscono la ragione del Consorzio. Ciò che "esclude in radice" la necessità di ricorrere al mercato per l'approvvigionamento dei fattori di cui l'ente consortile già dispone al suo interno, trattandosi pertanto di gestione diretta del servizio mediante "risorse interne" piuttosto che di l'affidamento all'esterno della struttura (opzione make piuttosto che opzione buy), mediante accordo concluso ai sensi dell'art. 15 della legge n. 241/90, di cui deposita copia, unitamente alla deliberazione di approvazione del relativo schema.

Con ordinanza n. 916 del 10.3.2011 è stata fissata l'udienza per la trattazione del merito del gravame.

Con memorie in vista della discussione del merito e repliche successive le parti hanno ulteriormente approfondito le rispettive deduzioni e controdeduzioni.

In particolare, con memoria del 12.4.2011 la società ricorrente precisa di non avanzare la pretesa al rinnovo contrattuale, ma solo a che il nuovo affidamento del servizio avvenga nel rispetto delle modalità previste (procedura negoziata con la ricorrente oppure gara pubblica per nuovo affidamento del servizio), con possibilità di parteciparvi, e contesta che le ragioni indicate dalla PA (impossibilità di fronteggiare i costi dell'esternalizzazione del servizio) e gli atti summenzionati non le erano mai state comunicate in precedenza. Quanto al problema centrale del rapporto tra la provincia ed il consorzio, la ricorrente premette di non intendere mettere in discussione la pacifica possibilità del Consorzio di perseguire il fine consortile ricorrendo alle proprie potenzialità interne, tuttavia nega che ciò sia quanto avvenuto nella fattispecie, in quanto, lo stesso fatto che è stato stipulato un accordo ex art. 15 della legge n. 241/90 tra Consorzio e Provincia, dimostra che trattasi di due parti diverse, per cui, non essendovi identità soggettiva (né confusione) tra consorzio ed ente consorziato (la Provincia fa parte del Consorzio, ma è soggetto distinto anche sotto il profilo sostanziale dagli enti pubblici consorziati, dotato di organi e risorse propri), né tra le loro risorse, non si può parlare di svolgimento diretto del servizio dall'interno del Consorzio mediante il ricorso alle proprie "potenzialità interne".

Con memorie difensive depositate in vista dell'udienza del 28.4.2011, il Consorzio e la Provincia svolgono analoghe deduzioni difensive, incentrate sulla natura e la ratio dei Consorzi di

Sviluppo Industriale, invocando altresì l'art. 30 del d.lvo n. 267/2000 a copertura della delega di funzioni operata con l'atto impugnato.

Con gli ultimi scritti, la ricorrente insiste che con l'atto impugnato il Consorzio abbia illegittimamente affidato alla Provincia al di fuori delle procedure di evidenza pubblica il servizio in questione, e le resistenti si difendono adducendo la specificità della natura pubblicistica dell'attribuzione del servizio in virtù della "delega di funzioni" operata con accordo ex art. 15 legge 241/90.

Con memoria conclusionale la ricorrente ha replicato evidenziando l'inidoneità dell'accordo ex art. 15 l.241/90 concluso tra le ricorrenti a dispensare l'Amministrazione aggiudicatrice dall'osservanza della normativa in materia di appalti pubblici, che avrebbe invece imposto la pubblicazione di un bando di gara ai sensi dell'art. 57 co.5 lett b) del l.dvo 163/2006 (Corte Giustizia UE 18.1.2007 su causa C220/05).

All'udienza pubblica del 5 luglio 2011 la causa è trattenuta in decisione.

DIRITTO

La controversia in esame origina dall'equivoco operato del Consorzio resistente che, nel riscontrare la richiesta di rinnovo dell'affidamento contratto per la manutenzione delle strade consortili in scadenza avanzata dalla ricorrente, ha comunicato di averlo affidato ad un "altro soggetto" - inizialmente individuato nella società partecipata "R. s.p.a." con delibera del 13.4.2010 comunicata con nota n. 213 del 21.1.2011 - e poi, a seguito dei rilievi dell'interessata, di averlo "affidato" alla Provincia di Rieti con delibera del Consiglio di Amministrazione del 18.1.2010, come comunicato con nota n. 550 del 14.2.2011.

Quest'ultima delibera - che costituisce oggetto dell'impugnativa - reca infatti una motivazione alquanto scarna ed involuta incentrata sul mero richiamo della partecipazione della Provincia alle spese per i servizi consortili e dell'art. 99 co. 2 e 3 del d.lvo n. 112/98 che attribuisce alle Province le funzioni di manutenzione stradale.

Nonostante la poco perspicua formulazione letterale, e l'evidente salto logico di alcuni passaggi, tuttavia, 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 - in virtù della giustapposizione di tale possibilità con l'alternativa ipotesi di far pagare al predetto Ente locale un contributo per ottenere sul mercato il medesimo "servizio" - e dall'inserimento dell'atto impugnato nel complesso

iter

procedimentale, che da esso ha preso avvio, che s'è concluso con l'adozione della Delibera della Giunta Provinciale n. 44 del 15.4.2011 - con cui stato approvato lo schema di accordo ai sensi dell'art. 15 legge 241/9 con la Provincia di Rieti - e la successiva stipulazione dello stesso tra il Consorzio e la Provincia avvenuta in data 19.4.2011.

Orbene, detti atti conclusivi del procedimento complesso in esame - che sono stati depositati dall'Amministrazione resistente solo in corso di giudizio - consentono di superare le censure

dedotte avverso la Delibera del Consiglio di Amministrazione del 18.1.2010, che è stata impugnata dalla ricorrente denunciando l'illegittimità dell'"affidamento diretto" alla Provincia di Rieti al di fuori delle prescritte procedure di evidenza pubblica, del servizio (*rectius*

: lavori) in questione, che invece, secondo la prospettazione attorea, l'ente appaltante avrebbe dovuto gestire in proprio o mediante affidamento diretto a società appositamente costituita nel rispetto delle condizioni per l'in house providing.

Infatti, se si prescinde dall'equivocità e dalla involuta formulazione testuale del provvedimento impugnato e si ha riguardo all'effettivo potere esercitato ed alla sostanza della complessiva operazione oggetto di contestazione, si deve riconoscere che la delibera del 18.1.2010 costituisce il primo atto della predetta serie procedimentale, con cui il Consorzio ha esercitato un potere di scelta in merito alle modalità organizzative del "servizio" in parola che trova fondamento nell' articolo 3 della LR 13/97, che contempla, tra le varie opzioni organizzative, sia quelle indicate dalla ricorrente - sussumibili tra quelle previste dall'art. 5 co. 2 lett g) della predetta legge regionale, che se fossero considerate isolatamente rispetto alla previsione del successivo co. 5 renderebbero l'affidamento illegittimo sotto i profili di censura prospettati dalla ricorrente -, sia quelle previste dal successivo comma 5 che sono, appunto, quelle optate dalla PA resistente con l'atto impugnato.

La L.R. 29 Maggio 1997, n. 13, Consorzi per le aree ed i nuclei di sviluppo industriale, infatti all'art. 5, infatti, prevede che "1. Nel quadro delle previsioni della programmazione generale e di settore della Regione, i consorzi promuovono, nell'ambito delle aree degli agglomerati industriali, le condizioni necessarie per la creazione e lo sviluppo di attività produttive.

2. Per i fini di cui al comma 1, i consorzi, in via esclusiva, nell'ambito delle aree territoriali di competenza, provvedono in particolare.... e) a gestire, nelle forme previste dalle leggi vigenti, i servizi consortili ponendone il pagamento a carico dei beneficiari;g) a 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, ed in particolare:

1) realizzare e gestire infrastrutture per l'industria, porti, rustici industriali, centri internodali, anche attraverso l'acquisto di aree a ciò destinate;

3. Ai fini dello svolgimento delle funzioni di cui al presente articolo, i consorzi possono promuovere o partecipare a consorzi e società consortili nonché stipulare convenzioni o accordi amministrativi ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241."

Appunto a quest'ultima modalità organizzativa è ricorso il Consorzio resistente, esercitando con il provvedimento impugnato il relativo potere di scelta, equivocamente qualificato, nella corrispondenza intercorsa con la ricorrente, in termini di "affidamento" a soggetto terzo, quando invece trattasi, per sua natura, di una opzione per lo svolgimento del compito in questione (manutenzione e segnaletica stradale) in convenzione con il soggetto istituzionalmente competente ad effettuarlo (la Provincia di Rieti), ai sensi dell'art. 5 co. 3 sopra indicato, e quindi di un provvedimento che, operando una scelta tra le diverse possibilità alternative contemplate dalla disposizione sopra richiamata, costituisce il presupposto della successiva regolazione in

via convenzionale dell'attività in questione tra il Consorzio e la Provincia in questione.

Ed infatti il Consorzio in data 19.4.2011 ha stipulato con la Provincia di Rieti ai sensi dell'art. 15 legge 241/90 una convenzione - il cui schema di accordo era stato approvato con Deliberazione della Giunta Provinciale n. 44 del 15.4.2011 - che ha natura accessiva al provvedimento impugnato - con cui viene esercitata la scelta tra le alternative sopra indicate (atti, questi che, altrimenti, ove ritenuti di valore innovativo comporterebbero l'improcedibilità del gravame per sopravvenuta carenza di interesse per mancata espressa impugnativa) e che integrano e completano l'operazione complessiva di "restituzione" dei lavori di manutenzione stradale al soggetto cui è istituzionalmente affidato lo svolgimento di tale compito (alla Provincia di Rieti) in virtù di una scelta organizzativa, legittimamente esercitata dal Consorzio nell'ambito di quelle possibili in astratto indicate dal legislatore; operazione cui è estranea la disciplina sull'affidamento diretto di appalti pubblici invocata da parte ricorrente. D'altronde la pretesa all'applicazione della normativa in parola, presuppone l'imposizione al Consorzio un obbligo di esternalizzare lavori e servizi che potrebbero e dovrebbero essere obbligatoriamente forniti dagli Enti locali partecipanti, qualora questi non avessero aderito al Consorzio che, si ricorda è ente a partecipazione facoltativa.

Una simile imposizione dell'obbligo di esternalizzazione dovrebbe trovare adeguato fondamento legislativo, che invece non è ravvisabile nella disciplina speciale sull'organizzazione e l'azione del Consorzio che, come s'è detto, prevede appunto diverse modalità organizzative, tra cui quella legittimamente esercitata con il provvedimento oggetto di contestazione, dell'accordo con l'ente locale per concordarne lo svolgimento di funzioni e compiti d'istituto.

Una eventuale diversa previsione normativa, d'altronde, sarebbe risultata in contrasto con la ratio dell'istituto consortile, in quanto l'ente locale, per effetto della partecipazione al Consorzio, anziché raggiungere lo scopo dello svolgimento coordinato di funzioni e compiti mediante la concentrazione in unico soggetto - il Consorzio - si vedrebbe privato della possibilità di svolgere le proprie attribuzioni ed i propri compiti - che altrimenti sarebbe tenuto a svolgere - assumendosi il gravoso onere di far svolgere gli stessi ad un diverso soggetto operante sul mercato.

Com'è noto i Consorzi per la creazione e gestione delle aree destinate ad insediamenti produttivi (cd. Consorzi di sviluppo industriale) sono stati istituiti come strumenti per l'attuazione di una politica industriale e dello sviluppo economico del Mezzogiorno volta a promuovere nuove iniziative imprenditoriali in una determinata zona o area, dotandola di infrastrutture e servizi capaci di svilupparne la forza di "attrazione ubicazionale" grazie alla dotazione delle infrastrutture e di servizi ritenuti "condizioni minime" per lo sviluppo delle attività produttive, come esplicitato dall'art. 21 della L. n. 634/1957 che così recita: "Allo scopo di favorire nuove iniziative industriali di cui sia prevista la concentrazione in una determinata zona» i consorzi, promossi da Comuni, Province e Camere di commercio, possono costituirsi «col compito di eseguire, sviluppare e gestire le opere di attrezzatura della zona", indicando in modo non tassativo una serie di infrastrutture quali strade, ferrovie, acquedotti ed elettrodotti per uso industriale, fognature, opere di sistemazione dei terreni, "nonché tutte quelle opere d'interesse generale idonee a favorire la localizzazione industriale". Tra questi enti rientra, appunto, il Consorzio di Rieti, istituito, in attuazione della predetta legge, con il D.P.R. 1383 del 27

settembre 1965, per promuovere l'industrializzazione della provincia di Rieti anche al fine di tentare di contrastarne lo spopolamento dovuto all'abbandono delle attività agricole.

Per consentire a tali enti di poter svolgere la funzione di attrarre e concentrare nelle località interessate iniziative imprenditoriali già il legislatore dell'epoca aveva individuato lo strumento (organizzativo) della concentrazione - quale modello alternativo alla concertazione - in capo ad un unico soggetto, appunto, il Consorzio, delle funzioni e dei compiti altrimenti spettanti agli enti locali competenti, attribuendo al Consorzio i relativi poteri, in particolare quelli necessari per il reperimento, anche mediante espropriazione, delle aree necessarie e per la loro modificazione, mediante uno strumento di pianificazione urbanistica che produce gli stessi effetti giuridici del piano territoriale di coordinamento di cui alla l. 17 aprile 1942, n. 1150, con conseguente obbligo per i comuni di adeguare il proprio strumento urbanistico alle previsioni del piano, nonché all'esecuzione delle opere previste per dotare l'area delle infrastrutture necessarie, alla gestione e manutenzione delle opere infrastrutturali ed allo svolgimento dei servizi generalmente spettanti, nelle aree in cui non sono formalmente costituiti Consorzi, ai Comuni o alle Province interessate (raccolta e smaltimento rifiuti, manutenzione delle strade e segnaletica stradale, allacciamenti alla rete elettrica e ad altri servizi di rete).

Tale soluzione organizzativa, coerente con la natura di "ente locale" riconosciuta all'epoca al Consorzio, è stata mantenuta anche a seguito della trasformazione dei Consorzi da enti locali ad enti pubblici economici operata dall'art. 36 l. n. 317 del 1991 ed è del pari ribadita dalla legge regionale n. 13/1997, che appunto come sopra ricordato, all'art. 5 prevede diversi strumenti per la realizzazione delle finalità istituzionali del Consorzio, tra cui, lo strumento dell'accordo con altro soggetto pubblico di cui al successivo comma 3, riprendendo sostanzialmente un modello organizzativo generale dell'azione degli enti locali (e non è nemmeno il caso di precisare la totale estraneità dell'ipotesi in esame al consorzio industriale disciplinato dal codice civile, invocato dalla resistente, attesa la palese ontologica eterogeneità tra questi ed i Consorzi di Sviluppo Industriale, accomunati solo nel

nomen

).

In conclusione, perciò si può ribadire, che il Consorzio con l'atto impugnato ha legittimamente operato la scelta organizzativa prevista dall'art. 5 comma 3 di far svolgere i lavori di manutenzione delle strade consortili e degli adiacenti spazi verdi al soggetto cui sono attribuite istituzionalmente - rientrando, appunto, tra le strade pubbliche provinciali anche le strade realizzate all'interno del consorzio, la cui qualificazione è rimasta incontestata da parte avversa - e cioè alla Provincia di Rieti, territorialmente competente; scelta che, come s'è detto, non comporta alcuna violazione della normativa in materia di affidamento degli appalti pubblici, costituendo invece applicazione della speciali disposizioni della legislazione statale e regionale che disciplinano le diverse modalità della partecipazione (facoltativa) dell'ente locale al Consorzio mediante contributo in denaro per la partecipazione alle spese consortili oppure contributo "in natura" con la fornitura di prestazioni rientranti tra le ordinarie attribuzioni istituzionali, come in modo alquanto involuto implicitamente indicato nelle premesse dell'atto impugnato. Altrimenti ragionando, si dovrebbe ritenere che la Provincia, in virtù di tale sua partecipazione (facoltativa) al Consorzio, risulterebbe espropriata delle proprie competenze istituzionali e costretta a pagare un contributo in danaro per reperire sul mercato - in contrasto

Consorzi per lo sviluppo industriale

Scritto da Melita Manola

Giovedì 15 Settembre 2011 07:20 - Ultimo aggiornamento Giovedì 15 Settembre 2011 07:30

con il principio di cooperazione tra soggetti pubblici e di economicità e buona amministrazione - prestazioni che può rendere direttamente in quanto rientrano tra i suoi compiti istituzionali e che sarebbe comunque tenuta a svolgere anche nei confronti del consorzio, ove non vi avesse partecipato, ma un simile obbligo di esternalizzazione dei lavori di manutenzione stradale di spettanza della Provincia tuttavia non trova fondamento nella legislazione in materia e si porrebbe in contrasto con la possibilità di diverse soluzioni organizzative prevista dalla lettera e dalla ratio dell'art. 5 della legge regionale in esame.

Ne consegue che l'atto gravato risulta immune dalle censure dedotte e pertanto il ricorso va respinto sia nella parte impugnatoria sia, per conseguenza, nella richiesta risarcitoria.

Quanto alle spese, il Collegio ritiene che queste, in considerazione dell'operato dell'Amministrazione, che ha contribuito all'insorgere della controversia, non possano essere addossate, come di norma, alla parte soccombente, dovendosene invece disporre l'integrale compensazione tra le parti.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE F.F.

Stefania Santoleri

L'ESTENSORE

Floriana Rizzetto

IL CONSIGLIERE

Alessandro Tomassetti

Depositata in Segreteria il 1 settembre 2011

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