Non serve motivazione rafforzata per aderire a convenzione CONSIP

Abbandonare il modello in house verso altra forma di gestione è una scelta discrezionale dell'Amministrazione

di Ulderico Izzo*

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4041 dello scorso 12 maggio, ha posto in evidenza che rientra nella piena discrezionalità dell'Amministrazione comunale procedere ad adottare una diversa forma di gestione di un servizio pubblico locale in luogo dell'in house providing, a meno che tale scelta non sia illogica e irrazionale.

Il caso

Dinanzi al giudice amministrativo del capoluogo piemontese viene impugnata il provvedimento con cui, il Consorzio AMAG servizi procedere alla revoca dell'aggiudicazione della procedura per l'affidamento in concessione, tramite project financing, dei servizi di smart city efficientamento energetico di pubblica illuminazione ed igiene ambientale.[1]
Due società consorziate, AMAG RETI IDRICHE S.P.A. e AMAG AMBIENTE S.P.A., erano affidatarie in house providing, da parte del Comune di Alessandria, rispettivamente, del servizio di gestione e manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione e del servizio di raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani.
Il Consorzio di bacino alessandrino, consorzio obbligatorio ex lege n. 267/2000 per il governo del servizio rifiuti nel territorio di ambito in cui ricade il Comune di Alessandria, aveva a sua volta confermato, sin dal 2014 e con prima scadenza prevista nel 2021, l'affidamento in favore di AMAG Ambiente s.p.a.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4041 dello scorso 12 maggio, ha posto in evidenza che rientra nella piena discrezionalità dell'Amministrazione comunale procedere ad adottare una diversa forma di gestione di un servizio pubblico locale in luogo dell'in house providing, a meno che tale scelta non sia illogica e irrazionale.

** Dirigente S. S. N.*
Revisore dei conti in EE. LL. e società a partecipazione pubblica

1. Il Consorzio AMAG Servizi, ai sensi dell'articolo 2602 cod. civ, è un consorzio senza scopo di lucro finalizzato all'istituzione di un'organizzazione comune per la disciplina e per lo svolgimento dell'attività di supporto degli enti consorziati: AZIENDA MULTIUTILITY ACQUA GAS S.P.A., AMAG AMBIENTE S.P.A., AMAG RETI IDRICHE S.P.A e AMAG RETI GAS S.P.A. AZIENDA MULTIUTILITY ACQUA GAS S.P.A. controlla il 100% di AMAG RETI IDRICHE S.P.A e AMAG RETI GAS S.P.A. e l'80% AMAG AMBIENTE S.P.A.(il restante 20% è di proprietà del CONSORZIO DI BACINO ALESSANDRINO PER LA RACCOLTA ED IL TRASPORTO DEI RIFIUTI SOLIDI URBANI). AZIENDA MULTIUTILITY ACQUA GAS S.P.A. è partecipata da 56 Comuni e da una comunità montana.

Il consorzio AMAG, secondo le linee guida approvate dal Comune di Alessandria nel dicembre 2019, avrebbe dovuto, nel tempo attuare un percorso di graduale ingresso di partner privati nelle varie società pubbliche in occasione della scadenza dei singoli contratti di servizio, con esclusione del solo servizio idrico; sostenere un progetto di smart city che consentisse integrazione e miglioramento dei vari servizi, svolgere funzioni di centrale di committenza e controllo dei contratti stipulati per la gestione dei vari servizi.
Gli operatori economici, raggruppati in RTI, dopo che la loro proposta di progetto di finanza, ex articolo 183 del d.lgs. 50/2016, venisse approvata dal Consorzio e posta a base di gara europea, prima dell'aggiudicazione, invocarono una revisione prezzi, con espresso richiamo del D.L. n.50/2022.
Nelle more dell'affidamento vennero revocati gli affidamenti in house sopra descritti.
Il servizio, di fatto, non è stato mai affidato al raggruppamento e il Comune di Alessandria giunge alla conclusione, per la manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione, di aderire ad una Convenzione CONSIP, e per la raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani di procedere ad affidamento a favore di una società mista[2], con socio individuato attraverso

2. T.A.R. Lazio Roma, Sez. II bis, 19/03/2024, n. 5452 secondo cui "La scelta della società mista, quale modalità di gestione del servizio, qualora effettuata, non è, comunque, irreversibile. Secondo l'art. 14, c. 2, d.lgs. n. 201/22, ai fini della scelta della modalità di gestione del servizio e della definizione del rapporto contrattuale, l'ente locale e gli altri enti competenti tengono conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, non-

procedura ad evidenza pubblica.
Il TAR Piemonte non ha condiviso le doglianze degli operatori economici fautori del progetto di finanza e ha proceduto a respingere il ricorso, cosa che è stata confermata anche in sede di appello, in quanto l'ente locale non ha violato l'articolo 14, commi 2 e 3, del decreto di riordino dei servizi pubblici locali.[3]

Il TAR Piemonte non ha condiviso le doglianze degli operatori economici fautori del progetto di finanza e ha proceduto a respingere il ricorso, cosa che è stata confermata anche in sede di appello

Quadro normativo di riferimento ante e post riordino

Il decreto di riordino dei servizi pubblici locali si inserisce nell'ambito delle riforme abilitanti previsto dal PNRR E il contesto giuridico in cui esso si inserisce è molto complesso in relazione dell'incompletezza e inadeguatezza del quadro normativo storico di riferimento.
La prima disciplina organica dei servizi pubblici locali fu effettuata con la legge 29 Marzo 1903 numero 103 nota agli addetti ai lavori come "legge Giolitti", la quale ebbe lo scopo di disciplinare l'assunzione dei servizi pubblici locali direttamente ad opera dei comuni.
La riforma Giolitti prevedeva, sostanzialmente, due forme di gestione dei servizi pubblici locali: la gestione in economia e la gestione a mezzo di azienda speciale.
Successivamente, furono introdotte due importanti misure con il Regio decreto 30 dicembre 1923 numero 3047: la prima consentì anche alle Province di assumere direttamente

ché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati. Tutti i criteri che il legislatore prevede ai fini della scelta hanno ad oggetto dati e caratteristiche che non sono immutabili nel tempo come si evince dall'obbligo di "ricognizione periodica della situazione gestionale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica nei rispettivi territori", aggiornata ogni anno, la quale "rileva, per ogni servizio affidato, il concreto andamento dal punto di vista economico, dell'efficienza e della qualità del servizio e del rispetto degli obblighi indicati nel contratto di servizio, in modo analitico, tenendo conto anche degli atti e degli indicatori di cui agli artt. 7, 8 e 9" (art. 30, d.lgs. n. 201/22). Tale obbligatoria ricognizione annuale ha ad oggetto la verifica della perdurante esistenza delle ragioni che hanno condotto l'ente locale a prescegliere una determinata modalità di gestione del servizio e, in caso di esito negativo, risulta propedeutica alla modifica di tale modalità. Una contraria soluzione sarebbe, per altro, contraria al principio di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. in quanto imporrebbe al Comune di continuare a gestire il servizio con modalità non convenienti quale conseguenza necessitata della sua partecipazione alla società mista."

3. Si riportano i commi 2 e 3 dell'articolo 14 del d.lgs. 201/2022:
   2. Ai fini della scelta della modalità di gestione del servizio e della definizione del rapporto contrattuale, l'ente locale e gli altri enti competenti tengono conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati. Nella valutazione di cui al presente comma, l'ente locale e gli altri enti competenti tengono altresì conto dei dati e delle informazioni che emergono dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30.
   3. Degli esiti della valutazione di cui al comma 2 si dà conto, prima dell'avvio della procedura di affidamento del servizio, in un'apposita relazione nella quale sono evidenziate altresì le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di affidamento prescelta, nonché illustrati gli obblighi di servizio pubblico e le eventuali compensazioni economiche, inclusi i relativi criteri di calcolo, anche al fine di evitare sovracompensazioni.

alcuni servizi pubblici mentre la seconda autorizzò il governo a riunire in un testo unico l'intera disciplina della materia, cosa che avvenne con il Regio decreto 5 ottobre 1925 n.2578.

Dopo oltre sessant'anni, il primo intervento legislativo, che riguarda l'ordinamento dei servizi pubblici locali, si ebbe con la legge di riforma delle autonomie locali, la legge 142/90, la quale con l'articolo 22 abbandonò la visione pubblicistica del servizio pubblico, per passare a modelli di gestione più efficienti più efficaci ed economici.

Tale norma esprimeva una predilezione verso modalità di gestione a favore dell'azienda speciale, così come era prevista nella riforma Giolitti, perché si riteneva questo strumento molto più duttile per la gestione di servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale.4

Dalla legge 142/90, nel suo complesso, emergono le seguenti indicazioni:

1. viene meno la tecnica della elencazione, anche se non tassativa, dei servizi pubblici locali come nel TU del 1925, definiti da elementi oggettivi (oggetto è la "produzione di beni e attività") e soggettivi ("realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali");
2. consegue l'esclusione dall'ambito dei servizi pubblici locali delle attività economiche non dirette a realizzare fini sociali e di sviluppo della collettività locale;

4. AA.VV. (a cura di G. Vercillo), *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, 2023.

3. la potenziale ampiezza del concetto trova due correttivi: (a) per un verso, nell'idea del servizio pubblico locale come attività complementare a quella privata, per cui la concorrenza tra pubblico e privato è da incentivare piuttosto che da limitare; (b) per altro verso, nella necessaria valutazione da parte dell'ente locale dell'esistenza di un 'interesse generale';
4. nel quadro dell'art. 22 rileva, per la ricostruzione della nozione di servizio pubblico locale, la indicazione degli specifici moduli organizzativi (in economia; in concessione a terzi; azienda speciale- che andavano sostituendo le municipalizzate degli enti locali; istituzione (per le attività a carattere non economico); le società per azioni): cioè la decisione di esercitare una attività economica di produzione di beni o servizi comporta necessariamente l'opzione per uno dei modelli previsti.[5]

Il decreto 201/22 giunge al suo approdo anche per le spinte dell'ordinamento europeo che nel settore dei servizi pubblici locali ha sempre svolto un ruolo di fattore di sviluppo dell'ordinamento interno.[6] Le sue disposizioni si applicano, per espressa previsione, a tutti i servizi di interesse economico generale prestati a livello locale e prevalgono sulle normative di settore. Resta in ogni caso ferma la disciplina di settore, attuativa del diritto dell'Unione Europea, relativa ai servizi di distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale.

Il decreto di riordino disciplina all'articolo 14 le diverse forme di gestione del servizio pubblico locale nonché le diverse modalità con cui l'ente locale può scegliere come organizzare il servizio pubblico locale per perseguire l'interesse pubblico. La scelta avviene quando l'ente locale decide di istituire il servizio pubblico nonché accerta il cosiddetto fallimento del mercato circa l'erogazione di un determinato servizio e quindi vuole superare la carenza del mercato individuando determinati soggetti economici ovvero gestire il servizio attraverso una società in House una società mista di gestione di un servizio pubblico locale con socio pubblico scelto all'esito di una procedura ad evidenza pubblica o ricorso esclusivamente al mercato.

La prima modalità di gestione, indicata dall'articolo 14, è

Il decreto 201/2022 giunge al suo approdo anche per le spinte dell'ordinamento europeo che nel settore dei servizi pubblici locali ha sempre svolto un ruolo di fattore di sviluppo dell'ordinamento interno. Le sue disposizioni si applicano, per espressa previsione, a tutti i servizi di interesse economico generale prestati a livello locale e prevalgono sulle normative di settore

5. L. Ammannati – F. Di Porto, *I servizi pubblici locali in Italia: quale regolazione?* in www.amministratzioneincammino.it
6. L'art. 8 della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (legge 5 agosto 2022, n. 118) ha delegato il Governo ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge stessa, uno o più decreti legislativi di riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, anche tramite l'adozione di un apposito testo unico. A tal fine sono stati puntualmente individuati i principi ed i criteri direttivi da rispettare. Con il decreto legislativo n. 201 del 23 dicembre 2022, "Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica", pubblicato in G.U. del 30 dicembre 2022, è stata data attuazione alla delega.

quella di affidamento a terzi mediante procedura ad evidenza pubblica.
La seconda in modalità di organizzazione del servizio è l'affidamento dello stesso ad una società mista, secondo le modalità disciplinate dallo stesso decreto e nel rispetto del diritto unionale
La terza modalità, invece, prevede che il servizio possa essere affidato ad una società in house, sempre nei limiti del diritto europeo, e secondo le modalità previste sia dallo stesso decreto 201, nonché da quelle previste dal decreto legislativo n.175 del 2016.
L'ultima modalità, applicabile solo ai servizi pubblici locali non a rete, è quella della gestione mediante azienda speciale, la cui disciplina è contenuta nell'articolo 114 del decreto legislativo 267 del 2000.

Le argomentazioni svolte dal Giudice amministrativo

Il Consiglio di Stato ha evidenziato che rientra nella piena discrezionalità dell'ente territoriale, di fronte a oggettive difficoltà operative, a migrare verso un'altra forma di gestione; di punto in bianco ha dovuto abbandonare il modello in house, poiché la stessa società in house per ragioni comprensibili ha restituito l'attività del servizio.
Rispetto all'adesione alle convenzioni Consip, la massima assise di giustizia amministrativa ha specificato che l'Ente ha chiaramente inteso ridurre i costi gestionali del servizio entro parametri di oggettiva sostenibilità, avuto riguardo all'accertato inadempimento delle ricorrenti, le quali hanno

dimostrato di non essere in grado di dare esecuzione al progetto proposto all'Amministrazione.

L'adesione ai modelli convenzionali non può essere qualificata come una sorta di affidamento diretto, ma rappresenta una scelta gestionale - operativa coerente con il modello comunitario in materia di procedure ad evidenza pubblica, senza che tale decisione imponga un onere di motivazione specifico, atteso che proprio perché la individuazione del miglior contraente avviene nel rispetto dei principi comunitari, non richiede da parte della amministrazione che se ne avvale una specifica motivazione dell'interesse pubblico che la sottende.[7]

L'Ente che, nell'ambito della sua autonomia e nell'esercizio di una attività consentita dalla legge, assuma la decisione di aderire alla Convenzione CONSIP, non è tenuto a supportare tale adesione con una specifica delibera volta a farne emergere le ragioni di maggiore convenienza.

Infatti, nell'acquisizione dei beni e servizi offerti dal sistema CONSIP esiste un'economia intrinseca, poiché il relativo modello consente di conseguire risparmi sia diretti, quale risultato della gara comunitaria ad evidenza pubblica già condotta a monte, sia indiretti, consistenti nella riduzione dei costi per il potenziale contenzioso e per le ulteriori singole procedure di acquisto.

L'adesione alle convenzioni CONSIP permette di aumentare la celerità della procedura acquisitiva, consentendo in più di contare su una tempistica certa.[8]

Ai sensi dell'art. 1, comma 449, della Legge n. 296 del 2006, le Amministrazione pubbliche di cui all'articolo 1 del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nonché le autorità indipendenti, possono ricorrere alle convenzioni ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo – qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti

Conclusioni

Ai sensi dell'art. 1, comma 449, della Legge n. 296 del 2006, le Amministrazione pubbliche di cui all'articolo 1 del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nonché le autorità indipendenti, possono ricorrere alle convenzioni ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo – qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti.

È onere della parte avversa dimostrare ragioni di inidoneità della convenzione CONSIP rispetto allo specifico fabbisogno dell'Ente e il servizio oggetto di convenzione, al fine di evidenziare concreti profili di illegittimità della scelta operata.

7. Cons. Stato, n. 2194 del 2015.
8. Cons. Stato, n. 1937 del 2018.