

Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto: pre-supposti e conseguenze.

di Nicola Durante, Stefano Costarella

Data di pubblicazione: 13-11-2016

1. La rimozione in autotutela di atti ritenuti illegittimi, implicanti continuativo esborso di denaro pubblico, non richiede un'espressa motivazione in ordine alla valutazione delle posizioni dei destinatari dell'erogazione ritenuta in tutto o in parte non dovuta. L'esercizio del potere di autotutela di provvedimenti che comportino un'indebita erogazione di risorse economiche della collettività non richiede, infatti, una specifica valutazione o motivazione sulla sussistenza e prevalenza dell'interesse pubblico, essendo questo *in re ipsa*.(1)

2. Se il provvedimento oggetto di impugnazione è basato su più ordini di ragioni indipendenti fra di loro, l'accertamento dell'inattaccabilità anche di una sola di esse vale a sorreggere il provvedimento e a determinare senz'altro il rigetto del ricorso.(2)

3. Deve ritenersi legittimo un mero affidamento provvisorio, in vista dell'indizione della gara.

1. *Conformi: Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2016 n. 1056; Tar Campobasso, 2 gennaio 2014 n. 10; Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013 n. 5415.*

2. *Conformi: Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 13 novembre 2013 n. 997; Tar Campania, Napoli, sez. III, 10 ottobre 2013 n. 4533; Tar Lazio, Roma, sez. I, 4 marzo 2013 n. 2273.*

Guida alla lettura

Il T.A.R. Calabria, con l'articolata pronuncia in commento, esamina approfonditamente talune questioni particolarmente interessanti in punto di esercizio del potere di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva di un appalto. Più nello specifico, è opportuno segnalare l'analisi che la pronuncia conduce circa le seguenti problematiche, le quali trascendono l'ambito specifico degli appalti pubblici ed involgono i principi generali del diritto amministrativo: 1) la comparazione tra interesse pubblico ed interesse privato, ex art. 21-*nonies* L. n. 241/1990; 2) la tenuta del provvedimento amministrativo basato su più ordini di ragioni, alcuna/e soltanto delle quali attinta/e da vizi di legittimità;

Con riguardo al profilo sub 1), i Giudici amministrativi calabresi hanno modo di affermare il

principio di diritto in virtù del quale la rimozione in autotutela di atti ritenuti illegittimi, implicanti continuativo esborso di denaro pubblico, non richiede un'espressa motivazione in ordine alla valutazione delle posizioni dei destinatari dell'erogazione ritenuta in tutto o in parte non dovuta. L'esercizio del potere di autotutela di provvedimenti che comportino un'indebita erogazione di risorse economiche della collettività non richiede, infatti, una specifica valutazione o motivazione sulla sussistenza e prevalenza dell'interesse pubblico, essendo questo *in re ipsa* (Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2016 n. 1056; Tar Campobasso, 2 gennaio 2014 n. 10; Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013 n. 5415). Una siffatta asserzione è, poi, viepiù corroborata dalla fattispecie concreta all'esame del Collegio: l'Ente appaltante, infatti, tra le motivazioni addotte a sostegno del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione in danno della Società ricorrente, adduce la *"confusa indicazione dell'oggetto del contratto nel Capitolato Speciale d'appalto, nella parte in cui consente l'affidamento alla impresa aggiudicataria la sostituzione e l'ampliamento della rete idrica e fognaria esistente senza alcun limite di spesa, in violazione della disciplina della concorrenza"*. Il T.A.R., inoltre, nell'effettuare l'esame di legittimità dell'autotutela operata dall'Amministrazione, non omette di considerare un ulteriore elemento decisivo ai fini della prevalenza del pubblico interesse rispetto all'affidamento ingenerato in capo al privato: il contratto, cioè, non risultava ancora stipulato, essendo intervenuto il solo inizio anticipato dell'esecuzione dell'appalto.

Per ciò che concerne il punto *sub 2)*, i Giudici calabresi rilevano che l'Ente appaltante ha disposto l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva sia per la circostanza, più sopra cennata, per cui il capitolato ha dilatato l'oggetto dell'appalto sino a ricomprendervi interventi straordinari di potenziamento e adeguamento, per i quali è prevista la possibilità dell'affidamento diretto di contratti, in evidente violazione delle norme sull'evidenza pubblica ed al di fuori di ogni programmazione; sia perché, a suo dire, l'appalto in esame (avente ad oggetto lavori e servizio di gestione dell'impianto di potabilizzazione e di manutenzione della rete idrica e fognaria del Comune appaltante) violerebbe le regole comunitarie, essendo il relativo importo superiore alle soglie di rilevanza previste dal D.Lgs. n. 163/2006 (applicabile *ratione temporis*). Il T.A.R. osserva come siffatto assunto sia errato, dal momento che il valore dell'appalto in esame, rientrante nel settore "acqua", è pari ad € 411.420,00. Si è, quindi, in presenza di un importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria (€ 422.000,00) previsto dall'art. 215 D.Lgs. cit., sì che il provvedimento impugnato è viziato *in parte qua*. Cionondimeno, sulla scia dell'insegnamento giurisprudenziale seguito dalla sentenza in commento, esso resiste al gravame proposto, dal momento che è inattaccabile l'altra motivazione posta a base dell'annullamento in autotutela, ossia la *"violazione delle regole basilari dell'evidenza pubblica e del controllo e contenimento della spesa"*.

Meritano, poi, di essere evidenziati due ulteriori capi della sentenza in esame: con il primo, i Giudici amministrativi disattendono le doglianze del ricorrente, tese a censurare la scelta dell'Ente appaltante di affidare direttamente all'impresa controinteressata a gestione dell'impianto, anziché procedere ad affidamento provvisorio in favore della stessa ovvero a bandire nuova gara. Osserva, al riguardo il T.A.R. che *"il motivo non è fondato, atteso che si tratta di un mero affidamento provvisorio, in vista dell'indizione della gara e che l'Amministrazione ha inteso affidarsi a un criterio di rotazione, che deve ritenersi legittimo in quanto diretto ad evitare situazioni di vantaggio ingiustificato in capo alla ditta che, negli anni precedenti, ha curato il servizio"* (anche se vi è da aggiungere che l'affidamento provvisorio

alla controinteressata è stato ugualmente annullato, per l'assorbente rilievo che quest'ultima non era in possesso dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori ambientali e di attestazione SOA per la categoria OG6, requisiti richiesti dal bando).

Con il secondo, vengono annullate le ulteriori determinazioni del Comune appaltante, con le quali veniva indetta una procedura negoziata per la gestione dell'impianto idrico e fognario, senza previa pubblicazione del bando, in violazione dell'art. 57 D.Lgs. n. 163/2006, norma nella quale sono elencate tassativamente le ipotesi in cui è possibile fare ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara. Ipotesi che, tuttavia, non ricorrono nel caso deciso dal provvedimento giurisdizionale in esame.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 385 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da Idro Impianti Lerosse S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Catanzaro, via Francesco Acri n. 88, presso lo studio dell'avv. Giuseppe Pitaro, che la rappresenta e difende;

contro

il Comune di Cutro, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Belsito, domiciliato presso la Segreteria del Tribunale, ai sensi dell'art. 25 c.p.a.;

nei confronti di

Minieri King Elettrica S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione n. 9 del 18 febbraio 2016 del Commissario straordinario con i poteri della Giunta comunale, concernente "Atto di indirizzo per annullamento/revoca gara d'appalto per la gestione e manutenzione della rete idrica";

- della determinazione n. 25 del 7 marzo 2016, del settore Area IV Tecnica avente ad oggetto “Annullamento atti di gara gestione rete idrica e fognaria e potabilizzazione - Annullamento aggiudicazione definitiva”;

- della determinazione n. 42 del 16 marzo 2016, del settore Area IV Tecnica avente ad oggetto “Gestione rete idrica e fognante e impianto di potabilizzazione comunale”;

- del contratto stipulato tra Comune di Cutro e Minieri King Elettrica S.r.l.;

e per la condanna

del Comune di Cutro al risarcimento dei danni;

nonché, con ricorso per motivi aggiunti

- della deliberazione comunale n. 45 del 12 maggio 2016 del Commissario straordinario con i poteri della Giunta, avente ad oggetto “Atto di indirizzo per predisposizione atti affidamenti rete idrica e fognaria e impianti (potabilizzazione e depurazione)”;

- della determinazione n. 97 del 18 maggio 2016 del settore Area IV - Tecnica, avente ad oggetto “Gestione e manutenzione della rete idrica, fognante e impianto di potabilizzazione comunale”;

- della deliberazione n. 55 del 26/05/2016 del Commissario straordinario;

- determinazione a contrarre n. 112 del 31 maggio 2016;

- dell’avviso pubblico del 31 maggio 2016 per manifestazione di interesse, pubblicato sul sito web istituzionale in data 3 giugno 2016, avente ad oggetto «Individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata per l’affidamento dei lavori di conduzione e manutenzione della rete idrica, fognatura e sollevamenti fognari nel territorio del Comune di Cutro”;

- dell’avviso pubblico del 31 maggio 2016 per manifestazione di interesse, pubblicato sul sito web istituzionale in data 3 giugno 2016, avente ad oggetto “Individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata per l’affidamento dei lavori di conduzione e manutenzione ordinaria dell’impianto di depurazione sito in località San Leonardo e dell’impianto di potabilizzazione comunale ubicati nel territorio del Comune di Cutro”;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio del Comune di Cutro;

Visto il ricorso per motivi aggiunti proposto da parte ricorrente;

Viste le ordinanze n. 159 del 20 aprile 2016 e n. 267 del 29 giugno 2016, con le quali sono state respinte le istanze cautelari proposte da parte ricorrente;

Viste le memorie prodotte;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore nella pubblica udienza del 28 settembre 2016 il Cons. Giovanni Iannini e sentiti i difensori delle parti, come da verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

1. Il 12 novembre 2015 il Comune di Cutro ha comunicato alla Idro Impianti Lerose S.r.l. l'avvio del procedimento di annullamento in sede di autotutela dell'aggiudicazione dell'appalto di lavori e servizio di gestione dell'impianto di potabilizzazione e di manutenzione della rete idrica e fognaria del Comune, che era stato aggiudicato all'impresa con determina dirigenziale n. 175 del 23 giugno 2015, a seguito dell'espletamento di gara.

L'avviso è stato inviato a seguito di nota trasmessa dalla stessa impresa, che ha evidenziato alcune criticità che avrebbero imposto adeguamenti di sicurezza, l'installazione di quadri elettrici, strumenti di misura, recinzione di impianti. Nell'avviso il Comune ha fatto presente che è emersa la possibilità di esistenza di vizi del capitolato speciale di appalto.

L'impresa ha presentato una memoria scritta, specificando il contenuto della nota in precedenza inviata.

Con deliberazione n. 9 del 18 febbraio 2016, assunta dal Commissario straordinario con i poteri della Giunta comunale, insediatosi a seguito dello scioglimento del Consiglio comunale di Cutro, disposto con decreto del 25 marzo 2015 del Presidente della Repubblica, è stato disposto l'annullamento, in autotutela, della deliberazione n. 175 del 17 ottobre 2014 della Giunta Comunale, avente per oggetto "Affidamento della gestione e manutenzione della rete idrica, fognante e dell'impianto di potabilizzazione comunale. Approvazione degli elaborati tecnici", con conseguente caducazione degli atti successivi e conseguenti. È stato, inoltre, stabilito di demandare al responsabile dell'Area Tecnica l'adozione dei successivi atti, individuando in esso il responsabile del procedimento.

I contenuti essenziali della deliberazione, rilevanti ai fini della decisione della causa, sono i seguenti:

"Omissis"

PREMESSO

- con deliberazione di G.M. n. 175 del 17/10/2014 il Comune di Cutro approvava gli elaborati tecnici relativi all'affidamento della gestione e manutenzione della rete idrica, del potabilizzatore e della rete fognante comunale (con esclusione del depuratore) per tre anni e per un complessivo importo di € 501.932,40 mediante indizione di apposita procedura pubblica di scelta del contraente, con il metodo di cui agli artt. 3 comma XXXV e 55 comma V, Dlgs 163/2006, con il criterio dell'offerta più vantaggiosa ex art. 83;

Omissis

- l'oggetto dell'affidamento, per quanto disposto nel capitolato di gara, riguardava soltanto la manutenzione ordinaria e straordinaria, senza alcun riferimento alla intera gestione della rete, che avrebbe dovuto comprendere anche il censimento e la mappatura delle utenze e la rilevazione degli allacci, nonché la gestione del depuratore e degli impianti di sollevamento;

Omissis

- la gestione così parcellizzata del Servizio Idrico Integrato, senza certezze circa l'attribuzione di compiti e funzioni, non poteva che provocare diseconomie e perdite finanziarie in danno dell'Ente, sia in punto di duplicazione della spesa sia di incertezza ed esiguità nelle entrate: sotto il primo profilo sono da assumersi i debiti accumulati con SO.A.KRO. spa per € 140.000,00 e con il cessato A.T.O. III Crotone per € 1.021.000,00. Senza dire del debito formatosi verso la Regione Calabria per fornitura acqua potabile, pari ad € 3.900.000,00, generato dalla sproporzione fra consumi e scarso recupero tributario che, in percentuali, non ha mai superato i trenta punti (per il solo esercizio 2010, giacché dal 2011 al 2013 non sono stati emessi i ruoli acqua) attestandosi su una media di 10/11 punti. E laddove tali scadenti risultati sono in parte rilevante riconducibili alla mancata mappatura della rete idrica e del mancato censimento degli allacci;

- la recente declaratoria dello stato di dissesto economico-finanziario del Comune di Cutro rende necessario ed indifferibile l'apposizione di un discrimine sulla precedente gestione del Servizio, che dovrà essere riconsiderata anche per effetto delle determinazioni assunte dalla Regione Calabria circa l'affidamento al gestore unico, individuato nella "Autorità Idrica della Calabria" (delib. di Giunta Reg.1e n. 256 del. 27/07/2015), con "conseguente decadenza degli affidamenti non conformi alla disciplina pro-tempore vigente" (art. 7, comma I, lett. i), D.L. n. 133/2014 convertito con modificazioni in L. 11/11/2014 n. 164);

Omissis

- l'affidamento in discussione presenta diffuse e gravi anomalie, la più marcata delle quali consistente nella violazione degli artt. 28 e ss. D.lgs. n. 163/2006, in relazione all'art. 2 D.lgs. n. 163/2006 in materia di trasparenza, economicità, libera concorrenza e pubblicità, giacché la gara in questione non è stata bandita ed aggiudicata secondo le regole degli appalti comunitari pur essendo di importo superiore al minimo consentito per gli appalti di "servizi sotto la soglia comunitaria" di cui agli artt. 121 e ss. D.lgs. 163/2006;

- tale violazione rappresenta un "vulnus" per l'Amministrazione appaltante giacché

abbassando i livelli di pubblicità della procedura di gara, ne limita la partecipazione degli operatori economici abbassando di conseguenza le garanzie procedurali poste a tutela della concorrenza, della economicità e trasparenza dell'offerta, tant'è che alla gara in oggetto partecipavano soltanto due imprese, di cui una esclusa, ed aggiudicata all'unica offerta valida della ditta IDROIMPIANTI srl di Lerose Pietro, con un ribasso del 1%;

- il bando di gara in questione appare altresì illegittimo sotto il profilo dell'oggetto dell'appalto, così come descritto nel capitolato speciale approvato dal Comune di Cutro laddove all'art. 5 dichiara di voler affidare, direttamente e senza procedura di evidenza pubblica, all'Impresa aggiudicataria le opere di sostituzione e di ampliamento della rete idrica e fognante, senza un limite massimo di importo, purché superiori al limite di scavo di m.l. 12 e sostituzione di tubi oltre m.l. 10, attraverso una estensibile interpretazione del concetto manutenzione straordinaria non basata sulle "Categorie" d'opere bensì sulle "quantità", esponendo l'Amministrazione appaltante al rischio della lievitazione di costi ed interventi senza controllo di spesa ma non solo: nel caso di specie la stazione appaltante. disegnato una tipologia di contratto ad oneri fissi, qualsiasi sia la prestazione dell'appaltatore definendo un tetto di spesa complessivo per la manutenzione ordinaria, stabilendone il pagamento in rate fisse trimestrali (nel senso che dalla definizione progettuale della prestazione deriva la possibilità di effettuare un stima attendibile del corrispettivo, ancorché forfetario e fondato su una valutazione statistica degli interventi da effettuare);

la procedura indetta avrebbe dovuto, pertanto, rispettare la disciplina del contratto aperto di manutenzione per come definito con- eliberazioni n. 13/2004 e n. 22 del 13/06/2006 dall'Autorità di vigilanza, ai sensi dell'art. 154, comma 2, del D.P.R.. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m.i.;

Omissis

i documenti di gara, inoltre, dovevano contenere l'indicazione del costo complessivo di ogni singola lavorazione e della quota parte di tale costo, non soggetto a ribasso, riguardante la sicurezza di cui al piano previsto dagli articoli 24 e ss. dei D.P.R. 207/2010 ma non esistente e pertanto-non allegato agli atti di gara;

VALUTATO CHE

le osservazioni fornite dalla IDROIMPIANTI srl, con nota del 19.11.2015 prot. 15498, non appaiono dirimenti delle gravi anomalie sopra descritte;

- l'art. 11 D.lgs. 163/2006 non consente di considerare stipulato il contratto di cui alla procedura di gara in oggetto, pur in presenza della aggiudicazione definitiva e della" consegna provvisoria delle Opere;

- l'esigenza di. procedere all'annullamento degli atti di-gara, come già specificato nella parte motiva, discende dalla necessità di ripristinare le minime condizioni di libera -concorrenza attraverso la corretta e trasparente pubblicità della gara ai sensi della vigente Normativa Comunitaria, al fine di perseguire il-Vantaggio economico dell'offerta più conveniente;

- il doveroso annullamento della procedura di gara in oggetto deriva altresì dalla confusa indicazione dell'oggetto del contratto nel Capitolato Speciale d'appalto, nella parte in cui consente l'affidamento alla impresa aggiudicataria la sostituzione e l'ampliamento della rete idrica e fognaria esistente senza alcun limite di spesa, in violazione della disciplina della concorrenza;

Omissis".

In conseguenza, il Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Cutro ha adottato la determinazione n. 25 del 7 marzo 2016, con il quale ha disposto l'annullamento delle determinazioni n. 532 del 21 ottobre 2014, di indizione della procedura di evidenza pubblica conclusasi con l'aggiudicazione alla Idro Impianti Lerose, n. 175 del 23 giugno 2015, recante aggiudicazione in favore dell'impresa ora indicata, nonché del verbale di consegna anticipata del 24 giugno 2015.

Con determina n. 42 del 16 marzo 2016 lo stesso Responsabile dell'Area Tecnica ha disposto l'affidamento alla Minieri King Elettrica S.r.l. della gestione e manutenzione della rete idrica, fognaria e dell'impianto di potabilizzazione comunale, per la durata di sessanta giorni e per un importo complessivo di € 25.555,74.

2. Avverso i provvedimenti ora indicati ha proposto ricorso la Idro Impianti Lerose S.r.l., deducendone l'illegittimità e chiedendone l'annullamento o, in via gradata, la condanna del Comune al risarcimento dei danni, quantificati nella misura di € 164.840,52.

3. Si è costituito in giudizio il Comune di Cutro, deducendo l'infondatezza del gravame e chiedendone il rigetto.

4. Con ricorso per motivi aggiunti la Idro Impianti Lerose ha esteso l'impugnazione alla deliberazione commissariale n. 45 del 12 maggio 2016, adottata con i poteri della Giunta, avente ad oggetto "Atto di indirizzo per predisposizione atti affidamenti rete idrica e fognaria e impianti (potabilizzazione e depurazione)", nonché alla determinazione a contrarre n. 112 del 31 maggio 2016 e a due avvisi pubblici del 31 maggio 2016, pubblicati sul sito web, concernenti, rispettivamente, l'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di conduzione e manutenzione della rete idrica, fognatura e sollevamenti fognari e di quelli da invitare alla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di conduzione e manutenzione ordinaria dell'impianto di depurazione e dell'impianto di potabilizzazione.

5. Alla pubblica udienza del 28 settembre 2016 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

6. Con il primo motivo del ricorso introduttivo la ricorrente ha dedotto la violazione degli artt. 7, 10 e 21 *nonies* della legge n. 241/1990, del principio di buona fede oggettiva e di tutela del legittimo affidamento, nonché eccesso di potere per difetto dei presupposti, travisamento dei fatti e illogicità manifesta, sviamento di potere.

L'amministrazione non avrebbe effettuato la necessaria ponderazione tra interessi pubblici e privati in relazione all'annullamento di un'aggiudicazione intervenuta da nove mesi, di cui non sarebbe stato dato conto in motivazione, e non avrebbe valutato le osservazioni proposte con la memoria presentata dall'interessata a seguito della comunicazione di avvio del procedimento di autotutela.

Sarebbe stato violato anche il principio di buona fede, atteso che la comunicazione di avvio avrebbe fatto riferimento a questioni diverse rispetto a quelle alla base del provvedimento di autotutela. Nella comunicazione di avvio, infatti, si sarebbe fatto riferimento a vizi del capitolato, ma il procedimento si sarebbe, in effetti, concluso con un annullamento della gara.

Sarebbe ravvisabile uno sviamento in relazione a elementi fondamentali, rispetto ai quali non sarebbero stati garantiti i diritti di partecipazione procedimentale, nonostante un affidamento qualificato del privato.

Queste, con la dovuta sintesi, le doglianze di cui al primo motivo di ricorso.

Può iniziarsi dalle censure inerenti la mancata ponderazione dell'interesse privato consolidatosi in capo all'impresa, a seguito dell'aggiudicazione intervenuta ormai da nove mesi.

Risulta dal contenuto del provvedimento, sopra richiamato, che il potere di autotutela è stato esercitato, oltre che per motivi attinenti alla tutela del principio di concorrenza, anche perché le previsioni del capitolato speciale implicavano la possibilità di affidamento all'aggiudicataria, al di fuori delle procedure di evidenza pubblica, di interventi straordinari di riparazione senza limiti di spesa, con conseguente possibilità di lievitazione incontrollata degli oneri a carico della finanza comunale.

Al riguardo non v'è che da richiamare la consolidata giurisprudenza per la quale la rimozione in autotutela di atti ritenuti illegittimi, implicanti continuativo esborso di denaro pubblico, non richiede un'espressa motivazione in ordine alla valutazione delle posizioni dei destinatari dell'erogazione ritenuta in tutto o in parte non dovuta. L'esercizio del potere di autotutela di provvedimenti che comportino un'indebita erogazione di risorse economiche della collettività non richiede, infatti, una specifica valutazione o motivazione sulla sussistenza e prevalenza dell'interesse pubblico, essendo questo *in re ipsa* (tra le più recenti, Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2016 n. 1056; Tar Campobasso, 2 gennaio 2014 n. 10; Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013 n. 5415).

Ciò tanto più allorché nella motivazione risultino adeguatamente individuate le ragioni di interesse pubblico aventi obiettiva preminenza (Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013 n. 5415, cit.).

D'altra parte, riguardo al tema dell'affidamento, non può considerarsi priva di rilievo la circostanza, non adeguatamente evidenziata dalle parti, che non risulta stipulato il contratto, essendo intervenuto il solo inizio anticipato dell'esecuzione.

Quanto ai contenuti della comunicazione di avvio del procedimento, è innegabile che la relativa nota del 12 novembre 2015 ha un contenuto fin troppo scarno e non coglie tutti gli aspetti posti a fondamento dei provvedimenti successivamente emessi.

Tale rilievo, tuttavia, non può importare l'illegittimità degli atti adottati in esito al procedimento di autotutela, atteso che, se anche non sono evidenziati aspetti quale quello relativo alla violazione delle regole inerenti le procedure di rilevanza comunitaria, sono stati comunque richiamati profili di ritenuta illegittimità delle previsioni del capitolato speciale che sono pur sempre alla base dei provvedimenti di autotutela.

E non si può certo sostenere che i profili di illegittimità rilevati dall'Amministrazione fossero ignoti all'odierna ricorrente, giacché, come risulta dalla ricostruzione dei fatti, quale operata dalla stessa, la comunicazione di avvio del procedimento ha fatto seguito a una nota dell'impresa nella quale si evidenziava la necessità di una serie di interventi straordinari.

Nessun dubbio, pertanto, che i profili oggetto di considerazione fossero connessi all'effettuazione degli interventi straordinari.

La ricorrente lamenta anche il fatto che l'Amministrazione non ha rispettato l'obbligo di valutare la memoria presentata ai sensi dell'art. 10 della legge n. 241/1990, non avendo indicato in motivazione le ragioni per le quali ha ritenuto di non accoglierle.

Anche tale doglianza è infondata.

È pacifico che non sussiste la necessità che la motivazione dell'atto amministrativo contenga un'analitica confutazione delle osservazioni e controdeduzioni svolte dalla parte, essendo invece sufficiente che sia possibile evincere che l'Amministrazione ha effettivamente tenuto conto, nel loro complesso, quelle osservazioni e controdeduzioni per la corretta formazione della propria volontà e si rendano percepibili le ragioni del mancato recepimento delle medesime (così, tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2015 n. 2011).

Nel caso di specie, l'Amministrazione ha evidenziato le ragioni di pubblico interesse alla base del disposto annullamento e, in considerazioni delle anomalie rilevate, ha escluso che le osservazioni dell'impresa possano condurre a conclusioni diverse.

Ritenere necessaria una più ampia motivazione implicherebbe l'inevitabile adesione alla soluzione opposta rispetto a quella accolta dalla giurisprudenza, che afferma la necessità di disattendere analiticamente le argomentazioni esposte dal soggetto interessato. Non è agevole, infatti, immaginare una soluzione, per così dire, intermedia, che neghi, da un lato, la necessità di analitica confutazione di tali argomentazioni e affermi, nel contempo, l'obbligo di valutarle e di respingerle.

Quel che conta è che dal complesso dell'iter motivazionale risultino le ragioni per le quali l'Amministrazione si è pronunciata in senso diverso rispetto a quello auspicato dall'interessato.

Quanto sopra implica l'infondatezza anche della censura che parte ricorrente definisce di sviamento di potere, ma che in effetti appare diretta unicamente a rafforzare gli argomenti esposti riguardo alla violazione delle garanzie partecipative.

7. Ragioni di chiarezza e di omogeneità dell'esposizione consigliano di procedere all'esame congiunto del secondo, terzo, quarto, quinto, sesto e settimo motivo di ricorso, che qui di seguito vengono succintamente richiamati.

7.1 Con il secondo motivo parte ricorrente deduce il difetto dei presupposti del potere di autotutela, per difetto di istruttoria in ordine all'interesse pubblico perseguito, irragionevolezza del termine, nonché eccesso di potere.

L'Ente pone a fondamento degli atti impugnati l'esigenza del ripristino della concorrenza, ma, nel contempo, in maniera ritenuta contraddittoria, anziché indire una nuova gara, indica quale nuovo gestore unico l'ATO regionale, affermando che il Comune non ha competenza in materia di servizio idrico integrato e che l'indizione di una nuova gara sarebbe viziata da incompetenza.

Ciò implicherebbe un chiaro sviamento di potere.

La ricorrente specifica che la delibera n. 9/2016 richiama l'esigenza di riduzione della spesa, dovuta a una gestione parcellizzata del servizio idrico integrato e priva di certezze circa l'attribuzione di compiti e funzioni, che provocherebbe diseconomie e perdite, nonché duplicazione della spesa e dovuta, inoltre, all'esiguità delle entrate tributarie.

Sarebbe stata attribuita all'affidamento alla società ricorrente l'esiguità delle entrate tributarie, che è dovuta, invece, alle modalità con le quali l'Ente gestisce l'attività di riscossione.

Nessuna attività istruttoria suffragherebbe le affermazioni relative all'esistenza di diseconomie, all'intento di ridurre le spese e all'incertezza riguardo a compiti e funzioni, giacché l'affidamento alla Idro Impianti Lerose comprende la totalità del ciclo delle acque, con la sola eccezione della gestione dell'impianto di depurazione.

D'altra parte, aggiunge la ricorrente, non viene indetta una nuova gara con base d'asta più bassa, ma si affida il servizio, allo stesso prezzo, ad altra ditta.

Sarebbe, inoltre, irragionevole la valutazione riguardo all'effettivo interesse pubblico all'esercizio dell'autotutela, esercitata dopo 17 mesi su una durata complessiva del servizio fissata in 36 mesi.

L'Amministrazione, inoltre, sarebbe stata a conoscenza di tutte le circostanze enunciate dalla ditta nella nota prot. 14321 del 29 ottobre 2015 almeno dal 2012.

A seguito della consegna anticipata, di cui al verbale del 24 giugno 2015, è trascorso il termine fissato per la conclusione del procedimento e ciò avrebbe rafforzato un affidamento riguardo alla realizzazione dell'appalto.

7.2 Con il terzo motivo è dedotta la violazione degli artt. 28, 31, 209 e 215 del D.Lgs. 163/2006.

La stazione appaltante avrebbe errato nel ritenere violate le norme dettate per le gare di rilevanza comunitaria, in quanto, nel caso di specie, non troverebbero applicazione le norme dettate per i settori ordinari, ma piuttosto quelle relative ai settori speciali, in quanto il contratto in questione, di importo pari a € 411.420,00, rientrerebbe nella categoria “acqua”, con conseguente applicazione della soglia fissata dall’art. 209 del D.Lgs. 163/2006, pari a € 422.000,00.

7.3 Con il quarto motivo vengono dedotti eccesso di potere per errata interpretazione del capitolato speciale d’appalto sull’affidamento di interventi di manutenzione straordinaria e difetto dei presupposti di autotutela.

Sarebbe erronea l’affermazione dell’Amministrazione secondo la quale il bando di gara sarebbe illegittimo laddove è previsto l’affidamento all’impresa aggiudicataria, direttamente e senza procedura di evidenza pubblica, delle opere di sostituzione e di ampliamento della rete idrica e fognaria, senza un limite massimo di importo, purché superiori al limite di scavo di m.l. 12 e sostituzione di tubi oltre m.l. 10, con esposizione dell’Amministrazione al rischio della lievitazione di costi ed interventi senza controllo di spesa.

La previsione del capitolato si limiterebbe a contemplare gli interventi di “manutenzione straordinaria”, non compresi nel corrispettivo dell’appalto. L’affidamento all’impresa aggiudicataria sarebbe frutto di una libera scelta dell’Amministrazione committente e non sarebbe imposta. Il capitolato, infatti, non potrebbe giammai consentire affidamenti senza un limite massimo di importo, in quanto ciò sarebbe vietato da norme imperative.

7.4 La ricorrente, con il quinto motivo, deduce l’errata valutazione sulla tipologia contrattuale, in quanto la delibera impugnata, affermata l’erroneità della scelta di porre a base della gara una tipologia di contratto ad oneri fissi, ritenendo preferibile un contratto aperto di manutenzione, afferma nel contempo che non si rinviene in ambito civilistico una specifica regolamentazione di tale tipologia contrattuale.

Sarebbe non veritiera l’affermazione secondo cui la parte manutentiva dell’appalto sarebbe composta da lavorazioni non singolarmente definite nel loro contenuto prestazionale ed esecutivo, con interventi di tipologia indeterminata. Ciò in quanto la delibera di Giunta n. 175/2014 aveva approvato anche un fascicolo di particolari costruttivi contenente le sezioni-tipo e lo schema di misurazione delle singole tipologie di lavoro.

7.5 Con il sesto motivo la ricorrente contesta le affermazioni secondo cui alla gara avrebbero partecipato due sole ditte e l’appalto sarebbe stato aggiudicato sulla base del mero ribasso dell’1%. L’aggiudicazione, infatti, sarebbe avvenuta sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

7.6 Il settimo motivo ha ad oggetto la violazione dell’art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990, difetto di istruttoria e di motivazione e mancata comunicazione di avvio del procedimento.

Vi sarebbe un uso confuso e promiscuo di due istituti giuridici differenti, l'annullamento d'ufficio e la revoca.

Il procedimento di revoca sarebbe autonomo e diverso da quello di annullamento e, in relazione ad esso, non vi sarebbe stata comunicazione di avvio ai sensi dell'art. 7 della legge 241/90.

Mancherebbe la necessaria ponderazione dei contrapposti interessi pubblici e privati e dell'affidamento generato nella controparte.

8. Riassunte brevemente le censure esposte nel ricorso introduttivo, occorre rilevare che la deliberazione n. 9 del 18 febbraio 2016, assunta dal Commissario straordinario con i poteri della Giunta comunale, che è alla base delle sequenze procedurali successive, è caratterizzata da una motivazione in cui, nell'evidente preoccupazione di rafforzare per quanto possibile la decisione assunta, vengono affastellate in modo quasi disordinato argomenti eterogenei.

Una lettura attenta della delibera richiamata consente, però, di affermare che le illegittimità vengono ravvisate, sostanzialmente, nei seguenti profili:

- mancato rispetto delle regole degli appalti comunitari, in quanto l'importo del contratto sarebbe superiore alla soglia di rilevanza comunitaria;

- illegittimità dell'oggetto dell'appalto, essendo prevista, dall'art. 5 del capitolato, la possibilità di *"...affidare, direttamente e senza procedura di evidenza pubblica, all'Impresa aggiudicataria le opere di sostituzione e di ampliamento della rete idrica e fognante, senza un limite massimo di importo, purché superiori al limite di scavo di m.l. 12 e sostituzione di tubi oltre m.l. 10, attraverso una estensibile interpretazione del concetto manutenzione straordinaria non basata sulle "Categorie" d'opere bensì sulle "quantità", esponendo l'Amministrazione appaltante al rischio della lievitazione di costi ed interventi senza controllo di spesa..."*;

- mancata indicazione del costo complessivo di ogni singola lavorazione e della quota parte di tale costo, non soggetto a ribasso, riguardante la sicurezza di cui al piano previsto dagli artt. 24 e ss. del D.P.R. n. 207/2010, non allegato agli atti di gara.

Tutte le altre ampie argomentazioni rinvenibili nella deliberazione commissariale non tendono ad evidenziare profili di illegittimità, quanto ad ancorare la determinazione assunta alla valutazione dell'interesse pubblico in funzione del quale è stato esercitato il potere di autotutela.

Ciò deve dirsi riguardo alla parcellizzazione e all'economicità della gestione del sistema idrico, alla convenienza di un affidamento all'ATO regionale e alla stessa opportunità di fare ricorso a un contratto aperto di manutenzione, anziché a un contratto a oneri fissi.

Molti dei rilievi di parte ricorrente tendono a censurare siffatte valutazioni, che hanno, però, lo scopo di valorizzare la rispondenza all'interesse pubblico di un atto di autotutela adottato in

funzione degli indicati profili di illegittimità.

Si tratta di valutazioni che possono anche essere non condivise, ma che, comunque, non sono a base dell'annullamento in autotutela, tendendo ad evidenziare l'interesse pubblico attuale all'esercizio del potere in questione, riconducibile, in sostanza e nel complesso, all'esigenza di evitare indebiti oneri a carico della collettività.

Quanto ora rilevato vale anche ad escludere la fondatezza dell'osservazione della ricorrente tendente ad affermare una commistione tra profili alla base del potere di revoca e profili attinenti all'annullamento in autotutela. Va, anzi, rilevato che anche nella parte dispositiva del provvedimento si fa riferimento esclusivo all'annullamento e ciò implica che l'autotutela non è stata esercitata sulla base di nuova e diversa valutazione dell'interesse pubblico, ma in funzione di profili di illegittimità rilevati.

Passando ad esaminare agli aspetti di illegittimità presi in considerazione nella deliberazione, è sicuramente errato il riferimento alla violazione delle norme in materia di gare di rilevanza comunitaria, giacché, come nota parte ricorrente, l'appalto rientra nella categoria "acqua" e trova applicazione la soglia di € 422.000,00, maggiore, sia pure di poco, all'importo del contratto, pari a € 411.420,00.

Non vi è stata, quindi, la violazione delle norme dell'Unione tese a garantire una concorrenza ampia ed effettiva, risultando applicabili le norme relative agli affidamenti sotto soglia.

Ciò posto, occorre richiamare un principio pacificamente affermato dalla giurisprudenza, per il quale se il provvedimento oggetto di impugnazione è basato su più ordini di ragioni indipendenti fra di loro, l'accertamento dell'inattaccabilità anche di una sola di esse vale a sorreggere il provvedimento e a determinare senz'altro il rigetto del ricorso (Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 13 novembre 2013 n. 997; Tar Campania, Napoli, sez. III, 10 ottobre 2013 n. 4533; Tar Lazio, Roma, sez. I, 4 marzo 2013 n. 2273).

Tra le ragioni poste a base dell'esercizio del potere di autotutela vi è un aspetto di illegittimità di carattere indubbiamente pregnante, sul quale, non a caso, si sono sostanzialmente concentrate le difese dell'Ente.

Si tratta, in particolare, del profilo attinente alle previsioni dell'art. 5 del capitolato, i cui contenuti sono stati sopra esaminati.

Parte ricorrente sottolinea che l'affidamento all'impresa aggiudicataria di tali interventi non costituisce una necessità, ma solo una possibilità, restando ferma la facoltà dell'Ente di indire procedure di evidenza pubblica per i relativi affidamenti.

Osserva il Collegio che quel che rileva, non è tanto l'esistenza della possibilità di indire una gara, che dovrebbe essere fuori discussione, quanto, come correttamente evidenziato nella deliberazione, la determinazione dell'effettivo oggetto del contratto.

Come risulta dalla lettura del capitolato, tale oggetto non è limitato alla manutenzione ordinaria

ma è esteso al punto di comprendere addirittura interventi straordinari di potenziamento e adeguamento dell'impianto. Tali interventi, si legge nel capitolato, consistono in piccoli ampliamenti della rete idrica fognaria, nell'adeguamento di tratti delle reti, realizzazione di pozzetti di intercettazione. Sono considerati interventi di manutenzione straordinaria anche interventi di sostituzione di tratti di rete di lunghezza superiore a 10 metri ovvero opere varie e ripristini stradali di lunghezza superiore a m. 12 di lunghezza e m. 0,80 di larghezza.

Per tali interventi è ammessa la possibilità dell'affidamento diretto di contratti, in evidente violazione delle norme sull'evidenza pubblica. Il tutto senza alcuna previsione di limiti quantitativi o di spesa.

Il problema non può essere liquidato con l'osservazione secondo cui l'affidamento diretto è facoltativo, non essendo dubbio che, al di là della violazione delle norme sull'evidenza pubblica, la previsione lascia esposto l'Ente alla possibilità di effettuazione di interventi senza alcun limite di spesa e al di fuori di ogni programmazione.

La rilevanza di tale previsione nell'economia del contratto in questione si coglie prendendo in considerazione i dati relativi all'affidamento in favore della Idro Impianti nel triennio precedente, forniti dal Comune resistente. A fronte di interventi di manutenzione ordinaria per € 979.000,00 sono stati eseguiti interventi di manutenzione straordinaria per € 1.368.777,56.

Tale prospettiva è apparsa evidente all'organo straordinario che amministra il Comune, allorché, a pochi mesi dall'affidamento odierno, ha ricevuto una nota della Idro Impianti Lerosé, con la quale si rilevavano numerose e rilevanti criticità relative agli impianti esistenti, che avrebbero richiesto interventi di manutenzione straordinaria.

In questo quadro appare più che giustificata la decisione assunta di procedere a un annullamento in autotutela di una procedura predisposta in violazione delle regole basilari dell'evidenza pubblica e del controllo e contenimento della spesa.

Quanto all'affidamento ingenerato nell'aggiudicataria, le esigenze di tutela dell'interesse pubblico perseguite appaiono già sufficienti a collocare in posizione recessiva l'interesse privato.

A ciò si aggiunga che, come detto, non è stato stipulato il contratto e che non è, pertanto, ravvisabile alcuna posizione consolidata in capo all'impresa odierna ricorrente.

9. Con l'ottavo motivo la ricorrente ha dedotto la violazione degli artt. 57 e 125 del d.lgs. n. 163/2006, nonché eccesso di potere per ingiustizia manifesta, lamentando, in sostanza il fatto che il Comune ha affidato direttamente all'odierna controinteressata Minieri King Elettrica S.r.l. la gestione dell'impianto, anziché procedere ad affidamento provvisorio in favore della stessa ovvero a bandire nuova gara.

Il motivo non è fondato, atteso che si tratta di un mero affidamento provvisorio, in vista dell'indizione della gara e che l'Amministrazione ha inteso affidarsi a un criterio di rotazione, che deve ritenersi legittimo in quanto diretto ad evitare situazioni di vantaggio ingiustificato in

capo alla ditta che, negli anni precedenti, ha curato il servizio.

10. È, invece, fondato il nono motivo di ricorso, con il quale parte ricorrente ha dedotto che l'impresa Minieri King Elettrica non è in possesso dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori ambientali e di attestazione SOA per la categoria OG6, requisiti richiesti a norma del punto III.2.3 (Capacità tecnica) del bando.

Quanto alla SOA, ciò risulta dalla relativa certificazione prodotta dalla ricorrente.

Con riferimento all'iscrizione all'Albo, in assenza di osservazioni in proposito da parte del Comune, che si è costituito in giudizio, deve trovare applicazione il principio di non contestazione di cui all'art. 64, secondo comma, c.p.a.

È bene precisare, in proposito, che la ricorrente ha un interesse, sia pure solo strumentale, ad ottenere l'annullamento dell'atto di affidamento.

Ne consegue l'illegittimità della determinazione n. 42 del 16 marzo 2016, con cui è stato disposto l'affidamento, che deve essere, pertanto, annullata.

11. Come specificato nell'esposizione in fatto, la ricorrente, con i motivi aggiunti, ha impugnato la deliberazione commissariale n. 45 del 12 maggio 2016, adottata con i poteri della Giunta, avente ad oggetto "Atto di indirizzo per predisposizione atti di affidamenti rete idrica e fognaria e impianti (potabilizzazione e depurazione)", nonché la determinazione a contrarre n. 112 del 31 maggio 2016 e i due avvisi pubblici del 31 maggio 2016, pubblicati sul sito web.

Il primo avviso riguarda l'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di conduzione e manutenzione della rete idrica, fognatura e sollevamenti fognari. Il secondo la determinazione dei concorrenti da invitare alla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di conduzione e manutenzione ordinaria dell'impianto di depurazione e dell'impianto di potabilizzazione.

La ricorrente deduce, oltre che l'illegittimità derivata, anche la violazione delle norme relative alle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando, l'insussistenza dei presupposti per ricorrere al meccanismo della riduzione del confronto concorrenziale mediante manifestazione di interesse e sorteggio.

Il nucleo centrale delle censure dedotte riguarda, comunque, l'illegittimità dell'indizione di procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.

Tali censure sono fondate.

È noto che l'art. 57 del d.lgs. n. 163/2006 consentiva il ricorso a tale procedura nei seguenti casi:

"a) qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Nella

procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Alla Commissione, su sua richiesta, va trasmessa una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata; (315)

b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;

c) nella misura strettamente necessaria, nei casi urgenti di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati ai sensi della Parte quarta, Titolo V, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, o, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti".

È evidente che, nel caso di specie, in cui l'indizione delle gara ha fatto seguito all'annullamento in autotutela dei precedenti atti di affidamento, non ricorre alcuna delle ipotesi indicate.

Ne consegue l'annullamento degli atti sopra indicati, impugnati con motivi aggiunti.

12. Resta da esaminare la domanda di risarcimenti dei danni.

Essa è diretta al ristoro dei pregiudizi patrimoniali conseguenti all'annullamento degli atti con cui è stato disposto l'affidamento in favore dell'odierna ricorrente.

La domanda è stata formulata sul presupposto dell'illegittimità dell'esercizio dell'autotutela, che, come risulta da quanto sopra rilevato, non è sussistente.

Ne deriva l'insussistenza del fondamentale requisito dell'ingiustizia del danno.

La domanda di risarcimento, pertanto, è priva di fondamento.

13. In conclusione, il ricorso deve essere accolto in parte, con annullamento della determinazione n. 42 del 16 marzo 2016, e nel resto deve essere rigettato.

Deve essere accolto il ricorso per motivi aggiunti motivi aggiunti, con annullamento degli atti con esso impugnati.

14. La reciproca soccombenza giustifica la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) accoglie in parte il ricorso e, per l'effetto annulla la determinazione n. 42 del 16 marzo 2016, e nel resto lo rigetta. Accoglie il ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla gli atti con esso impugnati.

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del 28 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giovanni Iannini, Consigliere, Estensore

Francesco Tallaro, Referendario