



REPUBBLICA ITALIANA

N. 405/13 Reg.Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1358 Reg.Ric.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia-ANNO 2011

na in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso in appello n. 1358 del 2011 proposto da

ACOSET s.p.a.,

in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo del raggruppamento costituendo con COSTRUZIONI DONDI s.p.a., IBI IDRIIMPIANTI s.p.a., ACQUE CARCACI DEL FASANO s.p.a., ACQUE DI CASALOTTO s.p.a., COESI COSTRUZIONI GENERALI s.r.l., DB GROUP s.p.a., SIELTE s.p.a. e BANCA AGRICOLA POPOLARE DI RAGUSA s.c.a r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Scuderi e Guido Bonaventura ed elettivamente domiciliata in Palermo, via N. Morello n. 40, presso lo studio dell'avvocato Luca Di Carlo;

c o n t r o

la CONFERENZA DEI SINDACI E DEL PRESIDENTE DELLA PROVINCIA REGIONALE DELL'ATO IDRICO RAGUSA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in questo grado del giudizio;

la PROVINCIA REGIONALE DI RAGUSA, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Salvatore Mezzasalma

ed elettivamente domiciliata in Palermo via F. Cordova n. 76, presso la Segreteria di questo Consiglio di Giustizia Amministrativa;

la PROVINCIA REGIONALE DI RAGUSA nella qualità di ente locale responsabile del coordinamento dell'attività dell'Autorità d'Ambito dell'ATO idrico Ragusa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonino Gentile ed elettivamente domiciliata in Palermo, via Cuba n. 63, presso lo studio dell'avvocato Luigi Spinosa;

la SEGRETERIA TECNICO OPERATIVA D'AUTORITÀ D'AMBITO ATO IDRICO RAGUSA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in questo grado del giudizio;

il COMUNE DI RAGUSA, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Frediani ed elettivamente domiciliato in Palermo, via Emerico Amari n. 76, presso lo studio dell'avvocato Elisa Gullo;

il COMUNE DI VITTORIA, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Angela Bruno e Carmelo Giurdanella ed elettivamente domiciliato in Palermo via G. Serpotta n. 66, presso lo studio dell'avvocato Rosaria Zammataro;

il COMUNE DI COMISO, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonino Gentile ed elettivamente domiciliato in Palermo, via Terrasanta n. 7, presso lo studio dell'avvocato Giovanni Ribaudò;

i COMUNI DI ACATE, CHIARAMONTE GULFI, GIARRATANA, ISPICA, MODICA, MONTEROSSO ALMO, POZZALLO, SANTA

CROCE CAMERINA e SCICLI, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in questo grado del giudizio;

la SDS s.p.a. già SACECCAV DEPURAZIONI SACEDE s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento di imprese con SACECCAV COSTRUZIONI s.r.l., SOCIETÀ GESTIONE ACQUE SIRACUSA SO.GE.A.S s.p.a., SICILSALDO s.r.l., IREM s.p.a. e VALTELLINA s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Attilio L.M. Toscano e Piero Amara ed elettivamente domiciliata in Palermo, piazza Castelnuovo n. 50, presso lo studio del secondo;

la Società AQUALIA GESTION INTEGRAL DE AQUAS s.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in questo grado del giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia -sezione staccata di Catania (sez. III) - 13 luglio 2011 n. 1809.

Visto il ricorso di cui in epigrafe, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate come sopra rappresentate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa

Relatore alla pubblica udienza del 21 febbraio 2013 il Consigliere Antonino Anastasi; uditi, altresì, gli avvocati A. Scuderi, A. Frediani, A. Bruno e C. Giurdanella;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Nel 2005 l'Autorità d'Ambito dell'ATO idrico per la provincia di Ragusa ha indetto una gara per la scelta del socio di minoranza in società mista affidataria della gestione del servizio idrico.

All'esito dei lavori della commissione l'unica offerta valida è risultata quella del raggruppamento di cui è mandataria Acoset.

Peraltro l'Amministrazione, invece di procedere all'approvazione degli atti, nell'ottobre del 2007 ha annullato in autotutela l'intera selezione, paventandone l'illegittimità comunitaria e optando comunque per la gestione del sistema idrico in forma consortile.

Acoset ha quindi impugnato avanti al T.A.R. Catania la delibera di annullamento, chiedendo il risarcimento dei danni ingiustamente patiti in forma specifica e per equivalente nonché, in via subordinata, il danno derivante dalla responsabilità precontrattuale della P.A.

Con ordinanza n. 164 del 2008 il Tribunale ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione inerente la compatibilità comunitaria dell'affidamento diretto di un servizio locale a società mista il cui socio sia stato scelto con procedura di evidenza pubblica.

Con sentenza in data 15.10.2009 n. 196 la Corte ha stabilito che gli artt. 43, 49 e 86 Trattato C.E. non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori a una Società a capitale misto, costituita ad hoc e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finan-

ziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che tale procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni.

Da ultimo, con la sentenza in epigrafe indicata il Tribunale – per quanto qui rileva – ha rigettato il ricorso, respingendo altresì le richieste risarcitorie ed indennitarie versate dalla ricorrente.

La sentenza è stata impugnata con l'atto di appello all'esame dalla soccombente la quale ne ha chiesto l'integrale riforma, previa sospensione dell'esecutività, deducendo a tal fine vari motivi di impugnazione non precisamente rubricati.

Si sono costituite in resistenza le Amministrazioni elencate in epigrafe.

Con appello incidentale la Provincia di Ragusa (per come costituita in proprio col ministero dell'avvocatura provinciale) ha dedotto il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, ritenendo la controversia devoluta alla giurisdizione del T.S.A.P.

Con ordinanza n. 190 del 2012 questo Consiglio ha respinto l'istanza inibitoria.

Le parti hanno presentato memorie.

All'udienza del 21 febbraio 2012 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Come riferito nelle premesse, la Provincia regionale di Ragusa

ripropone in forma incidentale l'eccezione di difetto di giurisdizione del G.A., già infruttuosamente versata in primo grado.

Sostiene in tal senso la Provincia che la controversia all'esame è devoluta alla giurisdizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche, in quanto essa concerne le modalità di corretta gestione del servizio idrico integrato.

Come statuito dal T.A.R. l'eccezione va disattesa.

Al riguardo infatti questo Collegio – pur dando doveroso atto della complessità della questione – aderisce all'orientamento della Corte regolatrice, secondo cui la giurisdizione di legittimità in unico grado attribuita al Tribunale superiore delle acque pubbliche dall'art. 143 comma 1 lett. a) T.U. 11 dicembre 1933 n. 1775, con riferimento ai "ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere e per violazione di legge avverso i provvedimenti definitivi presi dall'Amministrazione in materia di acque pubbliche", sussiste solo quando i provvedimenti amministrativi impugnati siano caratterizzati da incidenza diretta sulla materia delle acque pubbliche (nel senso che concorrano, in concreto, a disciplinare la gestione, l'esercizio delle opere idrauliche, i rapporti con i concessionari o a determinare i modi di acquisto dei beni necessari all'esercizio ed alla realizzazione delle opere stesse od a stabilire o modificare la localizzazione di esse od a influire nella loro realizzazione mediante sospensione o revoca dei relativi provvedimenti), mentre restano fuori da tale competenza giurisdizionale tutte le controversie che solo in via di riflesso, o indirettamente, abbiano una siffatta incidenza (cfr. ad es. SS.UU. n. 23300 del 2011).

Nel caso in esame la controversia attiene direttamente all'annullamento della selezione per la scelta del socio di minoranza di società locale mista e ai connessi profili risarcitori, e solo indirettamente essa appare suscettibile di riverberare i suoi effetti sulla gestione del servizio idrico in quell'ATO: la controversia, pertanto, è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Nel merito l'appello di Acoset è infondato e va respinto, mentre la gravata sentenza va confermata con integrazioni motivazionali.

Con il primo motivo l'appellante deduce che ha errato il T.A.R. nel considerare "plurimo" l'atto impugnato, in quanto dal tenore del provvedimento e dagli altri atti del procedimento si evince inequivocamente che l'annullamento della selezione è dipeso unicamente dalla (erronea) convinzione in ordine alla incompatibilità comunitaria di un affidamento diretto della gestione del servizio idrico alla costituenda società mista.

Il mezzo non merita positiva considerazione.

Si premette che, per la verità, nel caso all'esame il richiamo alla nozione di atto plurimo (inteso secondo la tradizione come riunione in un'unica manifestazione esteriore di più atti i quali conservino la propria autonomia funzionale) sembra non del tutto pertinente, in quanto la delibera impugnata deve piuttosto considerarsi ad avviso di questo Collegio come atto plurimotivato.

Come è noto, è atto plurimotivato quello che si basa su una pluralità di motivi, ognuno autonomo rispetto all'altro, di talchè l'eventuale riconoscimento della fondatezza della censura formulata contro uno

solo di essi non esclude l'esistenza e la validità delle restanti cause giustificatrici dell'atto (cfr. VI Sez. n. 6874 del 2000).

Ed infatti nel caso all'esame l'annullamento della procedura di selezione del socio di minoranza è motivato per un verso a causa della temuta illegittimità comunitaria dell'affidamento diretto del servizio idrico alla costituenda società mista; per altro verso ("altresì") dalla convinzione maturata negli enti locali coinvolti nel procedimento che la forma più adatta allo svolgimento del servizio de quo fosse in realtà quella consortile di cui all'art. 31 comma 8 del T.U.E.L. di cui al D. L.vo n. 267 del 2000.

Quest'ultima motivazione, come è evidente, discende da scelta ampiamente discrezionale tra i vari modelli organizzativi e gestionali consentiti dalla legge, scelta la cui legittimità non è sindacabile dal giudice amministrativo se non per profili di illogicità e abnormità che nella specie non ricorrono e che comunque, come subito si vedrà, Acoset – pur con le sue non sintetiche difese – non è riuscita nel concreto a delineare.

A fronte di tale autonoma scelta di merito, e della autosufficiente motivazione che la esterna, ogni indagine sulla legittimità delle ulteriori argomentazioni addotte dalla Conferenza dei sindaci a sostegno dell'annullamento risulta in definitiva irrilevante e può quindi essere assorbita.

Analogamente può prescindersi dall'esame del secondo motivo, mediante il quale l'appellante deduce il contrasto tra le valutazioni formulate dalla Conferenza e quanto statuito dalla Corte di Giustizia in

ordine alla compatibilità comunitaria dell'affidamento diretto del servizio locale alla società mista con socio privato minoritario scelto a seguito di procedura di evidenza pubblica.

Con il terzo motivo (rubricato sub D) e svolto da pag. 23 a pag. 63 dell'atto di appello) l'appellante lamenta l'omesso esame da parte del T.A.R. delle censure contenute nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti, mediante le quali era stata in sintesi dedotta l'illegittimità del ricorso alla gestione in house del servizio idrico.

Le censure in discorso, qui riproposte, sono in generale inammissibili in questa sede in cui a giudizio del collegio oggetto unico ed esclusivo del contenzioso in esame è, a ben vedere, l'annullamento della procedura di selezione del socio della costituenda società mista e non gli atti (necessariamente successivi e distinti) mediante i quali il servizio sarebbe stato poi concretamente affidato al costituendo consorzio.

Nello specifico, poi, le censure relative al ritardo con il quale fu disposto l'annullamento della selezione saranno esaminate nel contesto delle questioni risarcitorie.

Le censure mediante le quali si deduce l'incompetenza della Conferenza dei sindaci sono del tutto infondate sia per il principio del *contrarius actus* (essendo stata la gara bandita in base a delibere della Conferenza) sia in base a quanto previsto all'art. 11 dalla convenzione di cooperazione, le cui previsioni al riguardo – a prescindere dalla tardività della loro impugnazione da parte della Acoset – risultano a giudizio del collegio esenti dai dedotti vizi di legittimità.

Le censure mediante le quali torna ancora a dedursi il contrasto tra le valutazioni formulate dalla Conferenza e quanto statuito dalla Corte di Giustizia in ordine alla compatibilità comunitaria dell'affidamento diretto del servizio locale alla società mista sono, come si è detto, da considerare assorbite.

Con il quarto motivo l'appellante torna a proporre la domanda risarcitoria, chiedendo di essere ristorata in forma specifica o per equivalente dei danni patrimoniali ingiustamente patiti.

Come esattamente divisato dal T.A.R., tale domanda va nel suo complesso disattesa in quanto, una volta acclarata la legittimità dell'annullamento della selezione, difetta ogni presupposto per l'affermazione di una responsabilità di stampo contrattuale in capo all'Amministrazione.

Con ulteriore motivo, dedotto in via ovviamente subordinata, l'appellante chiede il ristoro dei danni (per responsabilità precontrattuale) ad essa causati dal comportamento tenuto dall'amministrazione precedente in violazione dei doveri di correttezza e buona fede nelle trattative.

Anche questo mezzo – in ordine al quale non sono state sollevate questioni di giurisdizione – non può essere favorevolmente scrutinato, dovendosi nella sostanza riconfermare le conclusioni negative cui è pervenuta la sentenza impugnata.

Al riguardo va innanzi tutto ricordato che secondo il Collegio – alla luce di quel che emerge inequivocabilmente dagli atti – in primo luogo Acoset non ha mai conseguito la c.d. aggiudicazione definitiva o

per meglio dire non è mai stata definitivamente scelta come socio di minoranza, atteso che ai sensi del disciplinare alla commissione aggiudicatrice non competeva alcun potere di approvazione degli esiti della gara, spettante invece in via esclusiva alla Conferenza ai sensi dell'art. 15 comma 2 lettera h) del disciplinare stesso.

Quindi del tutto erroneamente la difesa di Acoset predica a più riprese che la società era “a pieno titolo affidataria del servizio”.

Nei fatti, è avvenuto che in data 26 febbraio 2007 la Conferenza ha deliberato l'avvio del procedimento di annullamento della procedura di scelta del socio e ne ha dato comunicazione – tra gli altri – al presidente della commissione aggiudicatrice giusta nota prot. 14453 del 28.2.2007.

Pur dando atto di aver ricevuto tale comunicazione la commissione, nella seduta del 2.3.2007 verbale n. 17, ha ritenuto (per l'asserita assenza di una formale sospensione della procedura e senza chiedere alcun chiarimento) di portare a termine i suoi lavori e, constatata la permanenza della sola offerta Acoset, la ha giudicata “valida ... per l'eventuale aggiudicazione”.

Ne consegue che Acoset, a ben vedere, nemmeno può formalmente qualificarsi quale soggetto che ha conseguito l'aggiudicazione provvisoria in quanto il disciplinare della selezione (a differenza di quanto disposto dagli artt. 118 e segg. del regolamento di cui al DPR n. 207 del 2010 nel diverso settore degli appalti) non prevedeva analoga scansione endoprocedimentale.

Di talchè, stabilito che l'appellante non era in realtà aggiudica-

taria provvisoria o per meglio dire non era mai stata legalmente scelta quale contraente, la pretesa risarcitoria di stampo precontrattuale da questa versata va conseguentemente respinta.

Come chiarito in giurisprudenza, infatti, la responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione prevista dall'art. 1337 Cod. civ. si ricollega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter di formazione del contratto e presuppone che tra le parti siano intercorse trattative per la sua conclusione; pertanto, essa non è configurabile anteriormente alla scelta del contraente, e cioè nella fase in cui gli interessati non hanno ancora la qualità di futuri contraenti, ma soltanto quella di partecipanti alla gara, e vantano esclusivamente una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri dell'Amministrazione, mentre non sussiste una relazione specifica di svolgimento delle trattative (cfr. per tutte VI Sez. n. 662 del 2012 e VI Sez. n. 4628 del 2009).

Ma anche a voler equiparare in via sostanzialistica la posizione di Acoset a quella di un aggiudicatario provvisorio, la domanda di risarcimento va ugualmente disattesa, difettando in radice ogni presupposto per il suo accoglimento.

Come è noto, a far tempo dal 2005 la Suprema Corte ha affermato che la responsabilità precontrattuale della p.a. è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'esso è tenuto, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art.

2043 c.c.; in particolare, se non è configurabile una responsabilità precontrattuale, per violazione del dovere di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. rispetto al procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, essa è configurabile con riguardo alla fase successiva alla scelta, in cui il recesso dalle trattative dell'ente è sindacabile sotto il profilo della violazione del dovere del "neminem laedere", ove sia venuto meno ai doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, in rapporto anche all'affidamento ingenerato nel privato circa il perfezionamento del contratto (Cass. III Sez. n. 1213 del 2005).

Contestualmente anche la giurisprudenza amministrativa nella sua più autorevole espressione è pervenuta alla conclusione che la condotta della Pubblica amministrazione la quale per mancanza delle necessarie risorse economiche nega la stipula di un contratto d'appalto è illegittima, in quanto configura in capo alla Stazione appaltante una responsabilità di tipo precontrattuale, consistente in un atteggiamento colposamente negligente in ragione sia della mancata verifica durante tutta la fase dell'evidenza pubblica della sussistenza dei presupposti per l'osservanza del vincolo contrattuale sia della tutela dell'affidamento ingenerato (cfr. Ap. n. 6 del 2005).

Dovendosi quindi indagare, alla luce di tali autorevoli indicazioni, se nel caso in esame il comportamento della p.a. abbia ingenerato in Acoset, anche per mera colpa, un ragionevole affidamento in ordine alla conclusione del contratto, non può non osservarsi che – come sopra evidenziato – la “aggiudicazione provvisoria” è intervenuta quando l’impresa era stata già notiziata mediante la comunicazione

d'avvio inoltrata dalla segreteria tecnica dell'ATO dell'intenzione della conferenza di annullare la intera selezione.

Il che già esclude in radice che Acoset possa – all'esito dell'ulteriore attività incomprensibilmente espletata dalla commissione – aver maturato qualsivoglia serio e credibile affidamento circa un positivo esito della procedura.

A ciò deve aggiungersi da un lato che l'annullamento è intervenuto a distanza di tempo ragionevolmente breve dalla c.d aggiudicazione provvisoria; dall'altro che con la clausola di cui all'art. 18 del disciplinare l'amministrazione aveva comunque reso edotta la concorrente in ordine alla eventualità che la selezione potesse non sfociare nella stipula del relativo contratto associativo.

La domanda va quindi respinta, restando assorbita ogni ulteriore considerazione in ordine alla questione – assai dibattuta tra le parti – degli effetti derivanti dalla obiettivamente tardiva impugnazione della clausola de qua da parte della Acoset.

Infine, per quanto concerne il capo di sentenza che nega alla ricorrente l'indennizzo previsto dall'art. 21 quinquies della legge n. 241, esso non risulta impugnato con specifico motivo in quanto – come chiarisce l'appellante – nessuna richiesta in tal senso era stata effettivamente formulata nel ricorso introduttivo.

Sulla scorta di quanto sin qui esposto l'appello va integralmente respinto.

Ogni altro motivo od eccezione resta espressamente assorbito in quanto ininfluenza ed irrilevante ai fini della presente decisione.

La complessità della vicenda sostanziale induce il Collegio a compensare spese e onorari di questo grado del giudizio tra tutte le parti costituite.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe.

Compensa tra le parti le spese e gli onorari di questo grado del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo il 21 febbraio 2013 dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, in camera di consiglio, con l'intervento dei signori: Antonino Anastasi, Presidente f.f. ed estensore, Vincenzo Neri, Marco Buricelli, Pietro Ciani, Giuseppe Barone, Componenti.

F.to Antonino Anastasi, Presidente f.f. ed Estensore

Depositata in Segreteria

3 aprile 2013