

Pubblicato il 12/04/2019

N. 00813/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00470/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 470 del 2019, proposto da Idro Impianti Lerosse S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gaetano Liperoti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Cutro, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Sandro Cretella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Sandro Greco S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

-delle determinazioni nn. 3 e 26/2019 del Settore area tecnica del comune di Cutro inerenti il servizio di conduzione e manutenzione

della rete idrica, fognatura, sollevamenti fognari, conduzione e manutenzione degli impianti di depurazione e di potabilizzazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Cutro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2019 il dott. Pierangelo Sorrentino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Idro Impianti Leroise s.r.l. ha chiesto l'annullamento della determinazione del comune di Cutro del 18.01.2019 R.G. n. 18, avente ad oggetto «Sondaggio di Mercato – Richiesta di preventivo per l'affidamento per la durata di 40 giorni, del servizio di Conduzione e manutenzione della rete idrica, fognatura, sollevamenti fognari, conduzione e manutenzione» di tre impianti di depurazione e potabilizzazione ex art. 36, comma 2 lett. a del D.lgs. n. 50/2016 nonché della conseguente determinazione n. 26 del 05.02.2019 R.G. n. 60, avente ad oggetto l'affidamento del predetto servizio all'impresa controinteressata.

2. La ricorrente – premessa la sua qualità di operatore economico attivo ed operante nel settore dei servizi della conduzione e della gestione di impianti di potabilizzazione e di depurazione nonché della manutenzione di reti idriche e fognarie, qualificata ai sensi delle vigenti normative ed in possesso di contestuale doppia qualificazione nelle categorie S.O.A. OG 6 e OS 22, attinenti alla gestione del

“servizio idrico integrato” ai sensi del vigente D.Lgs. 152/2006 (c.d. codice ambientale) – ha lamentato la reiterata violazione del principio di rotazione da parte dell’ente comunale sul rilievo che nel triennio 2016-2019 “su n. 39 procedure messe in campo dalla P.A. per la gestione, ordinaria e/o straordinaria, del servizio in oggetto, vi sono stati n. 36 affidamenti diretti privi di confronto concorrenziale, dei quali n. 30 hanno avuto come destinatario il medesimo operatore economico [...] e n. 2 procedure negoziate sotto-soglia, entrambe aggiudicate sempre al medesimo operatore economico”.

2.1. Il suddetto operatore economico, odierno controinteressato, su un valore complessivo degli affidamenti triennali per la gestione e manutenzione del servizio idrico e fognario di Euro 742.852,22, è stato destinatario - pone in risalto la ricorrente - di affidamenti “per Euro 571.182,80 senza alcuna procedura selettiva o comparativa, ma soltanto mediante affidamenti diretti reiterati e artificiosamente frazionati in importi sotto la soglia di Euro 40.000,00 cadauno, al fine di poter applicare – sul piano formale – l’art. 36 comma 1 lett. a) del D.Lgs. 50/2016”. Di qui, prosegue, la evidente e sostanziale elusione delle regole dell’evidenza pubblica.

2.2. Con altro motivo di ricorso ha poi censurato la carenza di istruttoria per la mancata verifica dei requisiti tecnico-professionali in capo alla controinteressata da parte della resistente.

3. Si è costituita l’intimata amministrazione comunale, la quale ha preliminarmente eccepito l’improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse in ragione dell’avvenuta estinzione del rapporto sotteso all’affidamento e la disposizione di una nuova modalità di affidamento del servizio - cioè l’assunzione in proprio di esso - la quale renderebbe, a suo avviso, carente l’interesse della

società ricorrente alla coltivazione dell'impugnativa, non potendo da essa ritrarre utilità concreta alcuna.

3.1. Nel caso in parola, tenuto conto che l'impresa ricorrente non ha formalizzato alcuna domanda risarcitoria, l'esame della legittimità del provvedimento sarebbe peraltro impedita ai sensi dell'art. 34, comma 3 c.p.a.

3.2. Nel merito ha chiesto la reiezione del ricorso assumendone l'infondatezza non ricorrendo, a suo dire, alcuna condotta idonea a concretizzare la violazione del principio di rotazione e di trasparenza. Il modus operandi seguito in ordine alle modalità di gestione del servizio di manutenzione della rete idrica nel periodo triennale considerato da parte ricorrente, infatti, andrebbe posto in relazione a una "conclamata condizione contingente rappresentata dal prolungamento di una procedura di gara non direttamente gestita dalla stazione appaltante", che avrebbe "comportato un adeguamento della originaria lex specialis dovendo le opere di manutenzione riguardare anche un nuovo impianto sopravvenuto" e, inoltre, andrebbe valutato sulla scorta del rilievo della sostanziale esiguità degli operatori disponibili.

4. Con memoria di replica la ricorrente ha controdedotto in ordine all'eccezione improcedibilità del ricorso insistendo, quanto al resto, per l'accoglimento della domanda di annullamento già formulata.

5. Il Collegio rileva preliminarmente che il contraddittorio è integro, l'istruttoria è completa e le parti sono state sentite in ordine alla definizione del giudizio mediante sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

6. Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

7. Conviene prendere le mosse dall'eccezione di improcedibilità sollevata dalla difesa comunale, la quale si rivela destituita di fondamento ove si consideri la persistenza, invece, dell'interesse strumentale della Idro Impianti Lerosè s.r.l. consistente nella possibilità di ottenere la rinnovazione dell'attività amministrativa quale effetto conformativo conseguente alla sentenza di annullamento pronunciata dal giudice, segnatamente nel senso di indurre l'amministrazione a rideterminarsi, *pro futuro*, nel pieno rispetto delle regole e dei principi di concorrenzialità propri delle procedure di evidenza pubblica.

7.1. Appare quindi concretamente configurabile in capo alla società ricorrente, operatore del settore - diversamente da quanto opinato dall'amministrazione - un'utilità, indiretta o strumentale, ritraibile dall'accoglimento del ricorso in esame.

8. Nel merito va posto in rilievo che il Collegio ritiene decisivo, ai fini del riconoscimento della illegittimità della determina annullata in autotutela, l'avvenuta violazione del principio di rotazione, non trovando obiettiva giustificazione a mente degli artt. 30 e 36 del d.lgs. 50/2016 l'attribuzione, nel corso degli ultimi tre anni, dei numerosissimi affidamenti diretti (30 su 36) alla società controinteressata della gestione, ordinaria e straordinaria, del sopra specificato servizio di manutenzione idrica comunale.

8.1. La latitudine applicativa del principio – che ha come scopo precipuo di evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo e si estrinseca mediante l'affidamento, preferibilmente e ove possibile, a soggetti diversi da quelli che in passato hanno svolto il servizio – è ampia e

ricomprende già la fase della individuazione degli operatori cui indirizzare gli inviti.

8.2. Il Consiglio di Stato ha ritenuto, al riguardo, che l'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, è da ritenersi *lex specialis* di disciplina delle gare c.d. sotto soglia, laddove impone il rispetto del principio di rotazione, idoneo a prevalere sulla normativa sulle gare in generale (ex multis Cons. St., Sez. VI, 3 aprile 2019, n. 2209).

8.3. Specularmente, nelle linee guida ANAC n. 4 (delibera 26 ottobre 2016, n. 1097), si legge tra l'altro che «il rispetto del principio di rotazione espressamente sancito dall'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 fa sì che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente» e soprattutto - per quanto qui di interesse - che «in ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento [...]».

8.4. Aggiramento che, come invero condivisibilmente rilevato dalla difesa della ricorrente, può ritenersi, ad avviso del Collegio, ragionevolmente riscontrabile nel caso di specie con riferimento al servizio di manutenzione della rete idrica comunale (nell'arco temporale di considerato), e ciò avuto riguardo alla evidente plausibilità dell'ipotizzato frazionamento - sotto il versante sia del

valore economico che della durata del servizio - della “complessiva” commessa *de quo*.

8.5. Né appaiono persuasive e pertinenti, per concludere, le argomentazioni spese in opposta direzione dall’ente comunale, tenuto conto che le esigenze poste a base dei ripetuti affidamenti diretti effettuati nel triennio e correlate alla ricordata “conclamata situazione contingente” da essa prospettata, non possono, per quanto di ragione, in alcun modo valere a giustificare la vistosa violazione del principio di rotazione, non costituendo dette peculiari esigenze neanche presupposto normativamente previsto, tra l’altro, per l’adozione di atti di affidamento diretto.

9. Alla luce delle assorbenti considerazioni di cui sopra il ricorso è fondato e merita accoglimento.

10. Le spese, come per legge, seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna il comune di Cutro alla refusione delle spese di giudizio in favore della società ricorrente, liquidate in complessivi euro 3.000,00 oltre accessori, come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2019 con l’intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Francesco Tallaro, Primo Referendario

Pierangelo Sorrentino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Pierangelo Sorrentino

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO