



## SEGRETERIA TECNICO OPERATIVA

### Determinazione Dirigenziale n° 91 del 20.06.2011

- OGGETTO:** 1) **Revoca in autotutela della Determina n° 78 del 10.05.2011, avente ad Oggetto “Approvazione Procedura negoziata per l’Affidamento dell’incarico consistente:**
- 1) nello svolgimento dell’*“analisi del mercato”* di cui all’art. 23 *bis*, comma 4° D.L. n. 112/2008, conv. in L.n. 133/2008 e s.m.e i. ed al D.P.R. 7.9.2010 n. 168 - funzionale alla *“scelta”* di cui al medesimo comma 4° dell’art. 23 *bis* - analisi diretta ad accertare se sussistano le *“situazioni eccezionali”* di cui al 3° comma del citato articolo 23 *bis*, che consentono di procedere all’affidamento in *“house”* del Servizio Idrico Integrato dell’ATO 3 di Messina;
  - 2) nella redazione della *“relazione contenente gli esiti della predetta verifica.”*
  - 3) nello svolgimento di ogni altra analisi di mercato prescritta da norme di legge e/o di regolamento in materia di servizi pubblici locali.”
- 2) **Revoca atti conseguenziali.**

### **IL DIRIGENTE RESPONSABILE DELLA S.T.O.**

- Visto** l’art.4, comma 3, del vigente Regolamento di Organizzazione e Funzionamento della Segreteria Tecnico Operativa (S.T.O.) che conferisce al Dirigente responsabile piena autonomia amministrativa, tecnica, contabile e finanziaria, nonché i poteri e la discrezionalità necessari per l’esercizio delle funzioni proprie della S.T.O.;
- Vista** la determina n° 78 del 10.05.2011, avente il seguente Oggetto: *“Approvazione Procedura negoziata per l’Affidamento dell’incarico consistente:*
- 1) nello svolgimento dell’*“analisi del mercato”* di cui all’art. 23 *bis*, comma 4° D.L. n. 112/2008, conv. in L.n. 133/2008 e s.m.e i. ed al D.P.R. 7.9.2010 n. 168 - funzionale alla *“scelta”* di cui al medesimo comma 4° dell’art. 23 *bis* - analisi diretta ad accertare se sussistano le *“situazioni eccezionali”* di cui al 3° comma del citato articolo 23 *bis*, che consentono di procedere all’affidamento in *“house”* del Servizio Idrico Integrato dell’ATO 3 di Messina;
  - 2) nella redazione della *“relazione contenente gli esiti della predetta verifica.”*
  - 3) nello svolgimento di ogni altra analisi di mercato prescritta da norme di legge e/o di regolamento in materia di servizi pubblici locali;”
- Vista** la lettera di invito alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando *ex* Art. 57 D.lgs. n. 163/2006 - C.I.G. N.2352650C2F;
- Considerato** che, a seguito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno, sono stati raggiunti il *quorum* e la maggioranza per l’abrogazione della norma indicata nel *“Primo quesito”*

(Modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Abrogazione):

“ Volete Voi che sia abrogato l'art. 23-bis (Servizi pubblici locali di rilevanza economica) del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 “Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e finanza la perequazione tributaria”, convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133, come modificato dall'art. 30, comma 26, della legge 23 luglio 2009, n. 99, recante “Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia”, e dall'art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, recante “Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della corte di giustizia della Comunità europea”, convertito, con modificazioni, in legge 20 novembre 2009, n. 166, nel testo risultante a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale? “

**Ritenuto** che per effetto dell'abrogazione della norma su citata è venuta meno la prescrizione, in essa contenuta, che subordinava l'affidamento in “house” della gestione del S.I.I. integrato dell'ATO 3 al parere preventivo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

che, pertanto, non sussiste più alcuna ragione per eseguire l'analisi di mercato e per redigere la relazione di cui al citato art. 23 bis, commi 3° e 4°, per l'esecuzione delle quali si è dato avvio alla procedura negoziata di che trattasi;

che, alla luce dell'intervenuta abrogazione del citato art. 23 bis, le attività in parola si tradurrebbero in un aggravamento del procedimento vietato dalla legge (art.li 1, comma 2° l. n. 241/1990 e art. 1. comma 2° l. reg. n. 10/1991) ed in un rilevante esborso di denaro, del tutto privo di giustificazione (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 17/01/2011, n. 232, Red. amm. CDS 2011, 01; Consiglio Stato, sez. V, 12/02/2007, n. 581 Foro amm. CDS 2007, 2, 534):

*che “Una fonte di rango regolamentare di esecuzione ed attuazione di una fonte legislativa può essere abrogata tacitamente da una fonte legislativa soltanto in via riflessa, cioè se questa fonte successiva abbia effetti abrogativi taciti od espressi della fonte legislativa, in esecuzione od attuazione della quale quella regolamentare sia stata emanata, e sempre che quest'ultima abbia contenuti tali che la sua permanenza risulti incompatibile con la sopravvenuta vigenza della nuova legge (...)” (Cass. civ., sez. III, 06/06/2006, n. 13252, Giust. civ. Mass. 2006, 6):*

che, pertanto, appare fondato ritenere tacitamente abrogato anche il DPR 7 settembre 2010 n° 168 (“regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'art. 23-bis, comma 10 del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 ...”), atteso che si tratta di complesso di norme regolamentari volte espressamente a dare esecuzione al citato art. 23-bis; ragion per cui, venuta meno la norma primaria, diviene priva di senso la permanenza in vita di quella secondaria attuativa;

che esiste la necessità di procedere con la massima urgenza all'affidamento in “house” del SII dell'ATO 3 Messina, per le ragioni già esplicitate nella su indicata determina n. 78 del 10 maggio 2011;



che di conseguenza è necessario procedere con celerità alla revoca in autotutela della procedura negoziata di che trattasi, attesa l'inutilità della stessa e la primaria esigenza di evitare l'inutile spreco di risorse economiche pubbliche;

**Ritenuto** che non risulta essere stato ancora pubblicato sulla GURS il Decreto del Presidente della Repubblica di cui all'art. 37 della l. 25 maggio 1970 n. 352 e s. m. e i. ("*Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo.*");

che, pertanto, il citato art. 23 *bis* non è stato ancora formalmente abrogato;

**Ritenuto** di contro, che in forza della citata lettera di invito il termine per la presentazione delle offerte scadrà **il 27 giugno 2011**;

che l'Amministrazione è tenuta al rispetto del principio della buona fede e ritiene di dover tutelare anche l'affidamento dei soggetti invitati alla procedura negoziata;

che è pertanto essenziale adottare il presente provvedimento e comunicarlo ai soggetti anzidetti prima della citata data del 27 giugno 2011;

che va del pari tutelato l'affidamento dei terzi, i quali potrebbero avere interesse a partecipare alla procedura in parola;

che è, quindi, indispensabile procedere con la massima tempestività, onde evitare che i soggetti invitati alla procedura in oggetto, o terzi in genere, presentino delle offerte;

**Considerato** che nella lettera di invito (pag. 15) l'Amministrazione si è riservata "*il diritto di non aggiudicare*";

che se l'Amministrazione ha la facoltà di non aggiudicare nel momento successivo alla presentazione delle offerte e del relativo confronto, a maggior ragione, può revocare la procedura prima della presentazione delle offerte medesime;

**Visto** l'art. 7, comma 1°, primo periodo della l.n. 241/1990 in forza del quale si può omettere la comunicazione di avvio del procedimento nei casi in cui esistano "*particolari esigenze di celerità del procedimento*";

**Considerato** che la comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca e l'assegnazione di un termine per la presentazione di memorie scritte e di documenti costringerebbe la S.T.O. ad adottare il provvedimento finale di revoca ben oltre la data di scadenza per la presentazione delle offerte, fissata per il 27 giugno 2011;

che, peraltro, la revoca della procedura negoziata in parola costituisce atto privo di discrezionalità, atteso che, a causa dell'intervenuta abrogazione, l'analisi del mercato e la relazione da trasmettere all'Antitrust non sono più prescritte e costituirebbero, ove comunque eseguite, un aggravamento del procedimento ed un esborso privo di giustificazione;

**Considerato** che

- "*La revoca di una gara d'appalto non richiede la previa comunicazione di avvio del procedimento, posto che la procedura di appalto costituisce un procedimento unico, nel quale i concorrenti sono garantiti sull'iter*

*procedurale dalla pubblicazione del bando, che ne determina le regole e la scansione.*" (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 07/02/2008, n. 300 Foro amm. TAR 2008, 2, 389);

- *"In materia di gare di appalto, è consentito all'amministrazione disporre la revoca del bando all'esito di una rinnovata - e adeguatamente evidenziata - valutazione dell'interesse pubblico, non occorrendo comunicare l'avvio del procedimento alle imprese partecipanti alla selezione laddove il provvedimento di ritiro sia intervenuto prima di (o comunque non abbia riguardato un) provvedimento di aggiudicazione (nella specie, la revoca del bando era stata disposta successivamente all'espletamento della gara, dichiarata erroneamente deserta anche sulla base di un provvedimento di esclusione annullato in sede giurisdizionale).*(T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 28/11/2005, n. 12456 Foro amm. TAR 2005, 11, 3563);
- *"In caso di revoca in una fase antecedente alla celebrazione della gara per l'affidamento di un appalto pubblico, tale atto va qualificato come atto endoprocedimentale, con il quale la p.a. ha "interrotto" la procedura di gara, con conseguente esclusione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del relativo procedimento."* (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 04/02/2011, n. 210 Red. amm. TAR 2011, 02);

**Visto** l'art. 21 – *quinques* della l.n. 241/1990, richiamato dall'art. 37 l. reg. n. 10/1991;

#### DETERMINA

- **di revocare** la determina n. n° 78 del 10.05.2011, indicata in oggetto;
- **di revocare** la *"Lettera di invito alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando Art. 57 D.lgs. n. 163/2006 - C.I.G. N.2352650C2F"*;
- **di dare immediata comunicazione** del presente provvedimento - mediante *"raccomandata 1"* a.r., anticipata, ove possibile, tramite fax - ai soggetti invitati alla procedura negoziata, onde evitare che presentino le offerte;
- **di disporre** che la presente determinazione sia pubblicata, per esteso sui siti web istituzionali di: a) ATO n. 3 SII Messina; b) Provincia Regionale di Messina; c) Comune di Messina;
- **di pubblicare** la presente determinazione all'Albo Pretorio della Provincia Regionale di Messina ed all'Albo Pretorio degli 8 Comuni capofila dei Comprensori dell'ATO Idrico n. 3 Messina ove dovrà rimanere in pubblicazione per 15 giorni consecutivi.

**IL RUP**  
**Ing. Salvatore Torre**



**IL DIRIGENTE RESPONSABILE DELLA S.T.O.**

*Avv. Giuseppe Barbalco*

