

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29899-il-potere-di-autotutela-esercitato-si-innesta-sulla-scia-della-misura-cautelare-della-gestione-commissariale-irrogata-a-dal-tribunale-del-riesame-ai-sensi-degli-articoli-45-e-15-del-d-lgs-n-231-d>

Autore: Lazzini Sonia

**Il potere di autotutela esercitato si innesta sulla scia della misura cautelare della gestione commissariale irrogata a. dal Tribunale del riesame ai sensi degli articoli 45 e 15 del d.lgs n. 231 del 2001**

**Tar Basilicata, Potenza, 28.06.2010 n. 454\_TER**

***Il potere di autotutela esercitato si innesta sulla scia della misura cautelare della gestione commissariale irrogata a. dal Tribunale del riesame ai sensi degli articoli 45 e 15 del d.lgs n. 231 del 2001***

Si tratta di misure cautelari previste nella disciplina della responsabilità amministrativa degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato di cui al d.lgs n. 231 del 2001, disposte in caso di sussistenza di gravi indizi di responsabilità, con lo scopo di arrestare azioni criminose di amministratori a vantaggio delle loro società; di impedire che i comportamenti illeciti emersi sommariamente in sede cautelare possano produrre ulteriori benefici a vantaggio delle società sottoposte a misure cautelari; di ricondurre nell'alveo della legalità la gestione dell'attività dell'ente, prima ancora dell'accertamento definitivo delle responsabilità.

E proprio tali finalità, una volta riscontrata la sussistenza di vizi di illegittimità nella procedura di gara, sono state individuate come interesse pubblico prevalente rispetto agli interessi dei privati coinvolti e sintetizzate nella determina impugnata nell'evidenziazione della circostanza che “la gara costituisce oggetto delle contestazioni di reati gravissimi a carico degli indagati .... e ai sensi e per gli effetti del d.lgs n. 231/01 a carico delle due società...che il contratto è stato eseguito in minima parte...” e che “costituisce dovere ineludibile del Commissario giudiziale non portare ad ulteriori conseguenza i reati contestati”.

Passando ora all'esame dei vizi di natura procedimentale la parte ricorrente con il quarto motivo di ricorso lamenta la violazione dell'articolo 7 e dell'art. 10 bis della l. n. 241 del 1990, per mancata comunicazione all' Ati Ricorrente e a ciascuna delle imprese mandanti dell'avvio del procedimento di autotutela, il che avrebbe impedito di offrire un apporto partecipativo al procedimento.

Con il quinto motivo di ricorso la parte ricorrente lamenta che il provvedimento di annullamento d'ufficio non sia stato adottato nelle stesse forme procedimentali con le quali è stato adottato l'atto oggetto di annullamento, in quanto non sarebbero state effettuate le stesse comunicazioni, gli stessi pareri e le stesse valutazioni e non sarebbero stati coinvolti gli organi della stazione appaltante che avevano partecipato alla originaria sequenza procedimentale

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Sul punto occorre innanzitutto premettere che, contrariamente a quanto sostenuto dalla resistente, l'art. 7 della legge n. 241 del 1990, trova applicazione anche nei confronti della Total Italia s.p.a., che, nel procedimento in esame, riveste la qualifica di soggetto privato preposto all'esercizio di attività amministrative che, a norma dell' art. 1 comma 1 ter della legge n. 241 del 1990, è assoggettato, nello svolgimento di tale attività, al rispetto delle regole generali proprie del procedimento amministrativo.

10.2.- Ciò premesso, rileva il Collegio, che il mancato rispetto della norme procedimentali a tutela della partecipazione al procedimento amministrativo non deve essere intesa in termini formalistici, ma sostanzialistici, nel senso che non è annullabile il provvedimento amministrativo per violazione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, nel caso in cui l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Ciò è espressamente previsto dall'art. 21-octies, comma 2, seconda parte della legge n. 241/90, che ha introdotto i c.d. vizi non invalidanti del provvedimento amministrativo. Tale secondo comma è suddiviso in due parti.

La prima parte prevede che il provvedimento non sia annullabile quando: si sia in presenza di violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti; si tratti di un provvedimento avente

natura vincolata; sia palese che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

La seconda parte disciplina una fattispecie speciale di esclusione dell'annullabilità, che fa esclusivo riferimento ad un tipico vizio procedimentale, la violazione dell'obbligo di avvio del procedimento (ma stante la medesima ratio giustificatrice la sua portata è estensibile analogicamente anche alla mancata comunicazione di cui all'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990), prevedendo che il provvedimento non sia annullabile «qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Dunque, nell'ipotesi di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento la prescrizione normativa non menziona la natura vincolata del provvedimento, rendendo così possibile la prova di resistenza anche per l'attività discrezionale (C.d.S., VI, 11 aprile 2008, n. 1588; VI, 7 gennaio 2008, n. 19 e n. 32; IV, 10 dicembre 2007, n. 6325; VI, 9 febbraio 2007, n. 528).

Nel procedimento in esame, quindi, è applicabile tale seconda parte, nella quale l'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990 prescinde dalla natura vincolata o discrezionale del provvedimento e ritiene sufficiente, ai fini della non annullabilità del provvedimento amministrativo, che sia l'Amministrazione a dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso e che il soggetto inciso negativamente dal provvedimento ove fosse stato reso edotto dell'avvio del procedimento non sarebbe stato in grado di fornire elementi di conoscenza e di giudizio tali da far determinare in modo diverso le scelte dell'amministrazione procedente.

Ebbene, nella fattispecie, l'amministrazione resistente ha assolto congruamente e rigorosamente l'onere della prova in ordine all'impossibilità di pervenire ad una diversa soluzione a salvaguardia del pubblico interesse ed in ordine alla ininfluenza di ogni possibile deduzione che il privato, ove avvisato, avrebbe introdotto nel procedimento.

In particolare tale onere probatorio risulta chiaramente offerto dalle argomentazioni difensive dell'amministrazione resistente, la quale ha dimostrato in concreto l'ineludibilità della scelta adottata per raggiungere lo scopo di non portare ad ulteriori conseguenze i reati contestati connessi allo svolgimento della gara.

Il Collegio, pur non condividendo la tesi dell'amministrazione resistente in ordine alla natura vincolata dell'atto adottato, venendo in gioco, nel procedimento che ci occupa, un'attività tipicamente discrezionale, osserva che la parte resistente ha comunque correttamente chiarito che il potere di autotutela esercitato si innesta sulla scia della misura cautelare della gestione commissariale irrogata alla Total Italia s.p.a. dal Tribunale del riesame ai sensi degli articoli 45 e 15 del d.lgs n. 231 del 2001. La misura cautelare irrogata dal Tribunale del riesame è stata disposta su ricorso della Total Italia s.p.a. in sostituzione della più gravosa misura della sospensione dell'attività della concessione di idrocarburi, con la quale si consentiva la prosecuzione dell'attività dell'ente concessionario attraverso la nomina un commissario giudiziale deputato alla gestione delle attività della Total Italia s.p.a.; nello stesso provvedimento il giudice penale, indicava tra i compiti ed i poteri del commissario (e quindi tra le modalità di esercizio della sua attività di gestione), proprio quello di esercitare i poteri contrattuali e amministrativi in sede di autotutela, qualora fossero ravvisate violazioni delle procedure pubblicitiche poste a presidio della trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa.

Si tratta di misure cautelari previste nella disciplina della responsabilità amministrativa degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato di cui al d.lgs n. 231 del 2001, disposte in caso di sussistenza di gravi indizi di responsabilità, con lo scopo di arrestare azioni criminose di amministratori a vantaggio delle loro società; di impedire che i comportamenti illeciti emersi sommariamente in sede cautelare possano produrre ulteriori benefici a vantaggio delle società sottoposte a misure cautelari; di ricondurre nell'alveo della legalità la gestione dell'attività dell'ente, prima ancora dell'accertamento definitivo delle responsabilità. E proprio tali finalità, una volta riscontrata la sussistenza di vizi di illegittimità nella procedura di gara, sono state individuate come interesse pubblico prevalente rispetto agli interessi dei

privati coinvolti e sintetizzate nella determina impugnata nell'evidenziazione della circostanza che "la gara costituisce oggetto delle contestazioni di reati gravissimi a carico degli indagati .... e ai sensi e per gli effetti del d.lgs n. 231/01 a carico delle due società...che il contratto è stato eseguito in minima parte..." e che "costituisce dovere ineludibile del Commissario giudiziale non portare ad ulteriori conseguenza i reati contestati".

In tale contesto fattuale e normativo, l'amministrazione, chiarendo di non potersi prescindere da una valutazione degli effetti sulle procedure di gara, sull'aggiudicazione e sul contratto, alla luce della sanzioni applicate in sede cautelare ai sensi del d.lgs n. 231 del 2001 sia alla Total Italia s.p.a. sia alla società Ricorrente s.n.c., ha quindi assolto all'onere probatorio previsto dall'art. 21 octies, comma 2, secondo periodo, della legge n. 241 del 1990, dimostrando l'ineluttabilità della scelta che ha portato all'annullamento dell'aggiudicazione e del contratto, senza che fosse necessario attendere una pronuncia passata in giudicato in relazione ai reati contestati.

Più in particolare, con la sua difesa in giudizio l'amministrazione dimostra di aver operato nel corso del procedimento, secondo canoni di logicità e congruità, una corretta comparazione e sintesi degli interessi coinvolti, alla luce delle misure cautelari irrogate dal giudice penale.

Rileva, dunque, il Collegio, che risulta provato che il provvedimento, anche se non rispettoso della garanzia procedimentale di cui all'art. 7 della legge n. 241 del 1990, è ossequioso dell'assetto degli interessi che la disciplina in materia di autotutela impone, in misura tale da rendere superfluo il riesame, posto che ogni ulteriore elemento conoscitivo che l'interessato avrebbe potuto apportare al procedimento, non avrebbe indotto il Commissario ad una diversa determinazione e quindi non sarebbe stato in grado di evitare la lesione lamentata, proprio per la dimostrata impossibilità di un contenuto diverso. Ne consegue il pieno raggiungimento della prova di resistenza richiesta dall'art. 21 octies, comma 2, secondo periodo, della legge n. 241 del 1990, al fine della non annullabilità del provvedimento per violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990.

Anche la quinta doglianza non merita accoglimento

La doglianza è inammissibile, in quanto del tutto generica.

La parte ricorrente, pur indicando nella rubrica la violazione dell'art. 21 nonies, comma 1, della legge n. 241 del 1990, il difetto di istruttoria e di motivazione, la contraddittorietà e l'illogicità, oltre che la violazione del principio del "contrarius actus", non chiarisce poi le ragioni che vengono poste a base di siffatte conclusioni, in quanto si limita a dedurre il difetto di istruttoria e la violazione del principio del "contrarius actus" dalla mancata acquisizione dei "pareri richiesti dalla normativa vigente" e dal mancato coinvolgimento degli organi della stazione appaltante, senza specificare, però, quali pareri avrebbero dovuto esser richiesti e quali altri organi avrebbero dovuto essere interpellati nel procedimento di autotutela.

In proposito si osserva che la giurisprudenza amministrativa si è più volte pronunciata sulla necessità di una puntuale specificazione delle censure dedotte, sostenendo che "i motivi di ricorso risultano muniti di adeguata consistenza e specificazione (possono, quindi, essere esaminati dal giudice) non già allorché si limitano a descrivere le conclusioni cui essi sono indirizzati, ma se e quando indicano pure le ragioni che vengono poste a base di siffatte conclusioni e danno dimostrazione, secondo l'intendimento del ricorrente, del titolo e della causa delle richieste e delle norme che le giustificano, fermo restando che, in presenza di motivi generici, non può essere invocato il principio iura novit curia, perché la conoscenza che il giudice ha e deve avere delle norme dell'ordinamento (il che esclude che di esse debba fornirsi prova a cura delle parti) non esonera il ricorrente dallo specificare adeguatamente le sue richieste, né il principio può essere interpretato nel senso che il giudice debba prestare la sua opera avviando con la sua attività all'incapacità delle parti di reperire un qualunque fondamento per le loro pretese" (Cons. Stato, Sez. IV, 22 novembre 2004, n. 7621; conforme Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2009, n. 2006 e Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 2006, n. 4419)

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 454 del 28 giugno 2010 pronunciata dal Tar Basilicata, Potenza

**N. 00454/2010 REG.SEN.**  
**N. 00495/2009 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 Basilicata**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 495 del 2009, proposto da: A.T.I. Impresa Ricorrente Snc di Ottavio e Gaetano Ricorrente, in persona del Commissario giudiziale p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Caricato, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Rocco De Bonis, in Potenza, alla via N. Sauro, 102;

***contro***

Total Italia S.p.a. E & P, in persona del Commissario giudiziale p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Eugenio Picozza, Vincenzo Puca, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Mauro Serra in Potenza, alla via N. Sauro, 44;

***nei confronti di***

Controinteressata S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Arturo Cancrini, Claudio De Portu, Vito Aurelio Pappalepore, Gerardo Pedota, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Gerardo Pedota, in Potenza, al corso Garibaldi, 32;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

- 1) nota prot. n. 911/2009 del 23.9.2009, con la quale il commissario giudiziale della Total Italia s.p.a. ha disposto l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione della gara per l'affidamento dei lavori di preparazione del sito petrolifero inerente al progetto Tempa Rossa e l'annullamento e/o l'inefficacia del contratto n. 4800000866 successivamente stipulato tra la total italia s.p.a e l' a.t.i. costituita;
- 2) della determina del Commissario giudiziale del 2.9.2009;
- 3) della nota 15 luglio 2009 con la quale il Commissario giudiziale della Total Italia s.p.a. ha dettagliatamente informato l'Ufficio Gip del Tribunale di Potenza delle problematiche inerenti ai lavori di preparazione del sito del centro oli di Tempa Rossa;
- 4) osservazioni del Commissario giudiziale rese al G.i.p. in ordine alla sussistenza dei presupposti per procedere all'annullamento d'ufficio;
- 5) della sospensione di qualsiasi pagamento in favore dell'ATI Ricorrente;
- 6) nota 15.10.2009 del Commissario giudiziale, laddove alla medesima sia attribuibile una portata provvedimentale, in relazione agli effetti del provvedimento gravato sub 5;
- 7) autorizzazione resa dal G.i.p. in data 15.7.2009 all'adozione dei provvedimenti sub 1,2,5 e 6;
- 8) nota del rappresentante della Committente DIR/GP/109 del 16.02.2009, con la quale era richiesto di procedere alla sospensione dei lavori a seguito del provvedimento del Tribunale di Potenza emesso in data 12.02.2009.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Total Italia S.p.a. Esplorazione & Produzione, in persona del Commissario giudiziale e della Controinteressata S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2010 la dott.ssa Paola Anna Gemma Di Cesare e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1.- La Total Italia s.p.a. indiceva una gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con importo a base d'asta di Euro 35.400.000,00 per l'affidamento dei lavori di preparazione del sito del Centro Oli Tempa Rossa, di costruzione della relativa strada di accesso, nonché di preparazione dell'area di stoccaggio del G.P.L. e in esito alla medesima gara in data 12 maggio 2008 disponeva l'aggiudicazione definitiva in favore dell' A.T.I. costituita tra le imprese Ricorrente s.n.c. di Ottavio e Gaetano Ricorrente, Ricorrente due costruzioni s.r.l., Leone s.r.l., \*\*\*\*\*+++..

In data 26 giugno 2008 era stipulato il contratto tra la Total Italia s.p.a. e l' A.t.i. costituita.

2.- In relazione alla procedura di gara in questione è stata avviata un'indagine penale presso il Tribunale di Potenza con applicazione di misure cautelari a carico di alcuni amministratori dell'ente aggiudicatore e imprenditori partecipanti alla gara e con avvio di un procedimento di responsabilità a carico delle persone giuridiche coinvolte e applicazione di misure cautelari ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001; in particolare: a carico della Total Italia s.p.a., con ordinanza 12 febbraio 2009 del Gip del Tribunale di Potenza è stata disposta la misura cautelare interdittiva ex art.

9 e 45 del d. lgs. n. 231/2001 della sospensione della concessione di coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi per la durata di un anno; tale misura è stata riformata dal Tribunale del riesame con ordinanza 12 maggio 2009, che ha disposto la nomina di un Commissario giudiziale per la gestione della attività della Total Italia s.p.a. relative all'esercizio e alla realizzazione della concessione di coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi. Il Tribunale del riesame ha peraltro individuato, tra i compiti di gestione del Commissario, quello di <<curare la regolarità della fase esecutiva dei contratti relativi alle gare d'appalto già aggiudicate, nelle quali la Total Italia s.p.a. abbia assunto la veste di concessionario pubblico ( o Ente aggiudicatore o stazione appaltante) o comunque già soggette alle procedure di "evidenza pubblica", rivalutando ab initio le procedure che hanno portato a tali aggiudicazioni ed alla stipula dei successivi contratti, ed eventualmente esercitando i poteri contrattuali ed amministrativi, in sede di autotutela, qualora vengano ravvisati aspetti di criticità ed irregolarità in violazione delle procedure pubblicistiche poste a presidio della trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa>>.

3.- Con la determina del 2 settembre 2009 il Commissario giudiziale della Total Italia s.p.a., dott. Piero Sagona, previa autorizzazione del Gip del Tribunale di Potenza del 15 luglio 2009, rilevando aspetti di illegittimità della procedura di gara per l'affidamento dei lavori di preparazione del sito del Centro Oli Tempa Rossa, di costruzione della relativa strada di accesso, nonché di preparazione dell'area di stoccaggio del G.P.L., ha disposto l'annullamento d'ufficio degli atti di gara, dell'aggiudicazione definitiva a suo tempo disposta in favore dell' A.T.I. Ricorrente, con conseguente annullamento e declaratoria di inefficacia del contratto successivamente stipulato tra la Total Italia s.p.a e l' A.T.I. costituita.

Nelle premesse della determina commissariale è riferito che: in data 1 luglio 2009 è stato depositato l'avviso di conclusione delle indagini ex art. 415 bis c.p.p., dal



quale risulta che alcuni dirigenti Total Italia s.p.a., il legale rappresentante dell'impresa Ricorrente s.n.c. e altri imprenditori che hanno partecipato alle gare d'appalto, risultano indagati in concorso tra loro ai sensi dell'art. 110 c.p.p. per vari reati tra cui i reati di corruzione e di turbata libertà degli incanti specificamente riferiti ad appalti e ad affidamenti di lavori gestiti dal concessionario pubblico Total Italia s.p.a. riguardanti il progetto Tempa Rossa; è stato aperto un procedimento per illecito amministrativo degli enti derivante da reato ai sensi del d.lgs n. 231 del 2001 sia nei confronti della Total Italia s.p.a. sia nei confronti dell'impresa Ricorrente s.n.c.

Dopo tali premesse la determina commissariale precisa che <<gli atti posti in essere nella procedura di gara in argomento e nella gestione del conseguente contratto risultano essere inficiati da criticità ed irregolarità in violazione delle procedure pubblicistiche poste a presidio della trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa>>, per poi passare ad individuare e ad analizzare nel dettaglio gli aspetti di illegittimità della procedura di gara. In particolare, i motivi che il Commissario giudiziale pone a supporto del provvedimento di annullamento d'ufficio sono i seguenti:

a) illegittimità della lettera d'invito, adottata in violazione del bando, <<nella parte in cui prevede l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con attribuzione al parametro prezzo di un peso di 40 punti su di un totale di 100. Infatti, la Commissione di gara, nell'attribuzione del punteggio relativo al prezzo, ha assegnato il punteggio massimo di 40 punti a ben 5 offerte sulle otto rimaste in gara, nonostante che tra la migliore e la peggiore offerta delle cinque ci fosse una differenza di circa 2,7 milioni di euro. In altri termini è stato attribuito il punteggio massimo non al concorrente che ha offerto il prezzo più basso ( ribasso percentuale più alto rispetto al prezzo posto a base di gara) bensì a tutti i concorrenti, ben cinque, che hanno offerto un ribasso percentuale pari o

superiore alla media dei ribassi offerti dagli otto concorrenti rimasti in gara; ciò in relazione alla previsione contenuta nella lettera d'invito , che viola la relativa prescrizione di bando. Ne deriva che nella valutazione comparativa delle cinque offerte, al prezzo non è stato riconosciuto alcun valore (punteggio) differenziato, non essendo stata considerata affatto la differenza di prezzo offerto dai cinque concorrenti; conseguentemente l'aggiudicazione è stata determinata in palese violazione del bando di gara, unicamente dalla valutazione ampiamente discrezionale del solo aspetto tecnico...>>.

b) mancata verifica da parte della Commissione dei sigilli delle buste o comunque che le buste stesse non presentassero segni di manomissione o di apertura, accorgimenti tesi a garantire la segretezza delle offerte economiche;

c) affidamento a soggetti esterni dell'incarico di effettuare le valutazioni tecniche sull'offerta, che non sarebbero il frutto di un'autonoma valutazione della Commissione di gara, la quale si sarebbe limitata a dettare i criteri generali ai consulenti per poi trascrivere la valutazione dei punteggi effettuata dai tecnici e consulenti esterni, senza alcun giudizio critico autonomo su detti punteggi;

d) l'ammissione dei concorrenti alla gara sarebbe avvenuta formalmente nello stesso giorno di valutazione delle offerte tecniche, in quanto il verbale del 5 novembre risulta essere stato redatto nella seduta del 13 dicembre, ovvero nel giorno conclusivo della valutazione delle offerte tecniche;

e) violazione dei principi di correttezza e libera concorrenza, in quanto, come riferito testualmente nella determina, <<emerge incontestabilmente anche dalle indagini del giudice penale e dal relativo giudicato cautelare ex d.lgs n. 231 del 2001 l'affidamento del contratto è avvenuto in violazione dei principi di correttezza, di trasparenza, di libera concorrenza ( art. 2 del codice degli appalti)...>>.

4.- Avverso tale determina commissariale, nonché avverso gli altri atti ad essa presupposti e connessi, l' Impresa Ricorrente s.n.c. di Ottavio e Gaetano

Ricorrente, in persona del Commissario giudiziale, in proprio e nella sua qualità di impresa capogruppo e mandataria dell'ATI costituita ha proposto ricorso, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, deducendo i seguenti motivi:

- i) insussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, stante la legittimità degli atti di gara, dell'aggiudicazione e del contratto; inidoneità del procedimento penale in corso e dei fatti in esso contestati, in assenza di una sentenza penale passata in giudicato che ne accerti la loro incontrovertibilità, ad essere posti alla base della determina impugnata; violazione di legge sotto il profilo della mancata applicazione degli artt. 7 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241; violazione del giusto procedimento ed eccesso di potere per difetto di istruttoria;
- ii) violazione di legge sotto il profilo della falsa applicazione dell'art. 21 nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241; eccesso di potere per carenza di motivazione, perplessità, mancata considerazione degli interessi coinvolti, erroneità e illogicità; violazione del principio di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa;
- iii) violazione dell'art. 21 nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241, sotto altro profilo; violazione dei principi in materia di affidamento;
- iv) violazione dell'art 7 e 10 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241; violazione del giusto procedimento ed eccesso di potere per difetto di istruttoria;
- v) violazione dell'art. 21 nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241; eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, illogicità, violazione del principio del "contrarius actus";
- vi) violazione dell'art. 97 Cost.; violazione dell'art. 21 quater, comma 2, e dell'art. 2 legge 241 del 1990; eccesso di potere per perplessità dell'azione amministrativa nell'esercizio del potere di sospensione dei pagamenti.

5.- Con atto depositato in data 28 novembre 2009 si è costituita in giudizio la Total Italia s.p.a., in persona del Commissario giudiziale dott. Piero Sagona, la quale ha successivamente proposto ricorso per regolamento di competenza, deducendo l'incompetenza sia per territorio che per funzione del Tar Basilicata a norma degli articoli 2 e 3 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 e indicando quale giudice competente il T.a.r. Lazio, sede di Roma.

5.1.- Con successiva memoria depositata in data 12 dicembre 2009 la Total ha eccepito, in via preliminare, oltre al difetto di competenza del Tar Basilicata:

- la irricevibilità del ricorso per tardività con riferimento all'impugnazione dei documenti, di cui la società sarebbe stata già a conoscenza, indicati nei numeri 3 ( nota del 15.7.2009 del Commissario giudiziale della Total Italia s.p.a.) n.4( osservazioni del Commissario giudiziale della Total Italia s.p.a.), n. 7( autorizzazione del G.i.p. del Tribunale di Potenza) n. 8 ( sospensione dei lavori a far data dal 16 febbraio 2009 del direttore dei lavori) n. 9 ( nota del rappresentante della committente n. 109 del 16.2.2009) l'infondatezza del ricorso nel merito;
- l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione con riferimento all'impugnazione dei documenti n. 5 (sospensione di qualsiasi pagamento in favore dell'ATI Ricorrente), n. 6 ( nota del 15.10.2009 di asserita sospensione dei pagamenti) e n. 7 ( autorizzazione del GIP del Tribunale di Potenza).

6.- In data 16 dicembre 2009 si è costituita in giudizio la Controinteressata s.p.a., società che aveva partecipato alla gara per l'affidamento dei lavori relativi al progetto Tempa Rossa classificandosi al secondo posto, la quale ha eccepito:

- l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione; in via subordinata, la irricevibilità del ricorso, sull'assunto che il provvedimento di autotutela impugnato troverebbe il suo presupposto negli atti adottati dal giudice penale sin dal provvedimento di sospensione dei lavori adottato nel febbraio 2009;

- l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse atteso che non risulterebbe confutato uno dei motivi autonomi su cui si fonda l'atto impugnato ovvero la violazione dell'art. 24 del contratto di appalto- il quale prevede che: "...l'appaltatore deve garantire di non aver offerto e di non offrire in futuro a nessun pubblico ufficiale, pagamenti, servizi, regalie, promesse ed altri vantaggi che violino i principi di cui alla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali..."- che costituirebbe un motivo da solo sufficiente a giustificare la risoluzione del contratto d'appalto;

- l'infondatezza del ricorso nel merito.

7.- Con ordinanza collegiale di questo Tribunale del 17 dicembre 2009, n. 437, la domanda cautelare è stata respinta.

8.- Con ordinanza collegiale Tar Basilicata 18 dicembre 2009, n. 87, rilevata la non manifesta infondatezza ed inammissibilità del ricorso per regolamento di competenza, è stata disposta la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato, il quale con decisione 26 febbraio 2010, n. 1143, ha respinto il ricorso per regolamento di competenza.

9.- All'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2010 la causa, dopo la discussione, è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1.- Il ricorso è diretto ad ottenere l'annullamento della determina del Commissario giudiziale della Total Italia s.p.a., nella parte in cui ha disposto l'annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione della gara per l'affidamento dei lavori di preparazione del sito del Centro Olii Tempa Rossa e l'annullamento/declaratoria di inefficacia del conseguente contratto.

2.- In via preliminare, il Collegio ritiene meritevole di accoglimento l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività formulata dall'amministrazione resistente con riferimento alla impugnazione della nota 16.2.2009, con la quale il responsabile

della committente comunicava all'ATI Ricorrente la sospensione dei lavori a seguito del provvedimento del Tribunale di Potenza emesso in data 12.02.2009. Si tratta, infatti, di un atto autonomamente ed immediatamente lesivo, non avente alcuna correlazione con la determina recante l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, in quanto afferisce ad un diverso e non connesso procedimento, avviato in seguito all'applicazione da parte del giudice penale della misura cautelare interdittiva della sospensione dell'attività della Total Italia s.p.a. ai sensi dell'art. 45 del d.lgs 8 giugno 2001, n. 231.

3.- E' peraltro meritevole di accoglimento l'eccezione dell'amministrazione resistente, con la quale si eccepisce il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, con riferimento all'impugnazione dell'atto di autorizzazione reso dal G.i.p. in data 15.7.2009 (indicato sub 7).

Con il provvedimento del 15.7.2009 il G.i.p., condividendo le osservazioni formulate dal Commissario giudiziale della Total Italia s.p.a., lo autorizzava a procedere all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e del conseguente contratto stipulato con l'ATI Ricorrente e a sospendere, nelle more, qualsiasi pagamento in favore dell'ATI Ricorrente.

Osserva, al riguardo, il Collegio che si tratta di misure disposte dal giudice penale durante l'applicazione della misura cautelare della gestione commissariale irrogata alla Total Italia s.p.a. dal Tribunale del riesame ed emanate, dunque, nell'ambito dei poteri del G.i.p., che, nel corso delle indagini del procedimento per responsabilità dell'ente, sovrintende all'applicazione delle misure cautelari e provvede alle loro modalità applicative ai sensi dell'art. 47 del d.lgs 8 giugno 2001, n. 231.

Non trattandosi dunque di un atto amministrativo, la sua cognizione esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo. Ne consegue l'inammissibilità della relativa impugnazione.

4.- Quanto all'impugnazione delle note (indicate sub 3 e 4) ovvero della nota 15 luglio 2009, con la quale il Commissario giudiziale della Total Italia s.p.a. ha dettagliatamente informato l'Ufficio G.i.p. del Tribunale di Potenza delle problematiche inerenti ai lavori di preparazione del sito del centro oli di Tempa Rossa e delle osservazioni, non contenute nel provvedimento sub 3, rese dal Commissario giudiziale al G.i.p. in ordine alla sussistenza dei presupposti per procedere all'annullamento d'ufficio, osserva il Collegio che non si tratta di atti amministrativi, ma di mere comunicazioni, costituenti un adempimento riconducibile al dovere del commissario giudiziale di riferire periodicamente al giudice cautelare sull'andamento e sulle modalità della gestione. Ne consegue l'inammissibilità della loro impugnazione.

5.- Occorre ora esaminare l'eccezione con la quale la controinteressata Controinteressata s.p.a. afferma il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e la giurisdizione del giudice penale sulla determina commissariale di annullamento d'ufficio n. 911 del 23 settembre 2009, sull'assunto che il provvedimento troverebbe la sua fonte genetica in atti adottati dal giudice penale.

6.- Al riguardo, rileva il Collegio, che oggetto del ricorso proposto è l'annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione della gara per l'affidamento di lavori; si tratta, dunque, di un provvedimento di secondo grado riconducibile nella procedura ad evidenza pubblica e la circostanza che sia adottato dal Commissario giudiziale, nominato dal giudice penale in applicazione di una misura cautelare ai sensi del d.lgs n. 231 del 2001, non radica la giurisdizione del giudice penale e ciò in quanto il Commissario opera in qualità di organo straordinario della Total Italia s.p.a., alla quale sono riferibili gli atti da lui compiuti. Ne consegue che, poiché la controversia concerne un provvedimento di annullamento d'ufficio di un'aggiudicazione e di inefficacia del conseguente contratto, essendosi nell'ambito di una procedura concorsuale di affidamento di

lavori (rectius: procedimento di secondo grado che incide sulla stessa) svolta da un soggetto tenuto all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, la giurisdizione sul provvedimento di autotutela adottato dal Commissario giudiziale per conto dell'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'art. 244 del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163, non può che spettare al giudice amministrativo.

6.1- Quanto alle ulteriori eccezioni processuali proposte dalla controinteressata, si ritiene di poter prescindere dal loro esame, attesa la infondatezza del ricorso nel merito.

7.- Il Collegio non può invece esimersi dallo scrutinare la questione processuale introdotta con memoria conclusiva dalla parte ricorrente, la quale deduce che si sia verificato nei confronti della originaria resistente, costituitasi in giudizio in persona del Commissario giudiziale dott. Piero Sagona, un difetto di legittimazione processuale passiva. Riferisce al riguardo, la ricorrente che l'incarico e le funzioni di Commissario giudiziale in capo al dott. Sagona siano cessate in data 15 febbraio 2010, come da provvedimento del Tribunale di Potenza ufficio GIP del 19.12.2009. Dalla intervenuta scadenza dell'incarico del Commissario giudiziale, la parte ricorrente fa derivare quindi il difetto di legittimazione processuale del Commissario dott. Sagona, ritenendo che si sia verificata nei suoi confronti una sopravvenuta carenza di interesse a resistere nel ricorso, che, invece, spetterebbe agli organi societari, subentrati nelle posizioni sostanziali della originaria parte resistente.

7.1.- L'eccezione, così come prospettata è infondata.

Innanzitutto occorre chiarire che la legittimazione processuale (legittimatio ad processum) prescinde dalla titolarità del rapporto controverso ( legittimatio ad causam); le due situazioni operano, infatti, su piani diversi, in quanto la prima è collegata esclusivamente al processo e alla capacità delle parti di compiere atti nel



giudizio, invece la seconda costituisce una condizione dell'azione e si riferisce alla titolarità del rapporto sostanziale dedotto in giudizio.

Ciò premesso, nel presente giudizio titolarità della legittimazione passiva spetta alla Total Italia E & P S.p.a., società concessionaria che ha adottato la determina impugnata, ritualmente evocata e costituitasi in giudizio, la quale non perde l'interesse a resistere nel presente giudizio per effetto della sopravvenuta cessazione dalla carica del Commissario giudiziale, che la rappresenta e che, proprio in quanto munito, se pur straordinariamente, dei poteri di rappresentanza della società ha la legittimazione processuale a resistere in giudizio.

Né tale legittimazione processuale viene meno per effetto della cessazione dell'incarico di gestione da parte del Commissario giudiziale, che comporta la riespansione dei poteri di rappresentanza della società in capo agli ordinari organi di gestione. Si tratta, infatti, di un mutamento della persona fisica che rappresenta la persona giuridica in giudizio che non comporta la perdita della legittimazione processuale passiva; sicchè la procura rilasciata dall'originario rappresentante conserva tutti i suoi effetti nel procedimento pendente. Ciò si giustifica sul presupposto che nelle persone giuridiche, l'ente "vuole" ed "agisce" per la sua stessa struttura attraverso i suoi organi e la cessazione (o la morte) della persona fisica che opera quale organo non incide sull'esistenza dell'ente e non ne pregiudica la possibilità di agire, posto che esso ha comunque un'organizzazione idonea a supplire a tale sopravvenienza.

8.- Nel merito, con il primo motivo di ricorso, sotto un primo profilo, la parte ricorrente lamenta l'insussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, stante la legittimità degli atti di gara, dell'aggiudicazione e del contratto.

8.1.- La ricorrente deduce la legittimità dell'aggiudicazione e del conseguente contratto dalla circostanza che sia l'aggiudicazione definitiva sia l'aggiudicazione

provvisoria hanno costituito oggetto di impugnazione dinanzi a questo Tribunale in separati procedimenti (rispettivamente iscritti al n. di R.g. 290/2008 e al n. di R.g. 15/2008) e il Tar nel primo caso non ha emanato alcuna ordinanza in sede cautelare, mentre nel secondo caso ha respinto la tutela cautelare in ragione del prevalente interesse pubblico alla sollecita definizione della gara.

8.1.1.- L'assunto è del tutto in conferente.

In disparte la considerazione che la pronuncia in sede cautelare è adottata sul presupposto della non manifesta infondatezza del ricorso alla luce di una sommaria delibazione della questione controversa, con riferimento all'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva (ricorso iscritto al n. di R.G. 290/2008) non vi è stata alcuna pronuncia del Tar Basilicata, in quanto la trattazione della domanda cautelare è stata assorbita nella trattazione del merito del giudizio. Ed in ogni caso, anche qualora vi fosse stata una pronuncia del giudice amministrativo, come correttamente eccepito dall'amministrazione resistente, il potere di annullamento d'ufficio esercitato dall'amministrazione ai sensi dell'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990, è del tutto indipendente dal potere giurisdizionale amministrativo ed è esercitato, al pari di ogni attività amministrativa discrezionale, in funzione della tutela dell'interesse pubblico; il potere discrezionale di annullamento d'ufficio non è, infatti, esercitato sulla base della mera illegittimità di atti amministrativi, ma è sempre la risultante del giudizio di bilanciamento tra un astratto interesse pubblico e gli interessi dei privati coinvolti, interesse pubblico che, nella fattispecie, è stato ritenuto preminente ed individuato nell'esigenza di impedire ulteriori conseguenze derivante da condotte connesse allo svolgimento della gara, costituenti ipotesi di reato, che sono state ritenute dal giudice penale, in sede cautelare, gravemente offensive degli interessi pubblici.

8.2.- Con una seconda censura la parte ricorrente contesta che il Commissario giudiziale abbia assunto a presupposto del provvedimento di autotutela, oltre che

delle circostanze generalissime ed indifferenti quali presupposti per l'esercizio del potere di autotutela, dei fatti risultanti dall'ipotesi accusatoria formulata in sede penale, non ancora accertati incontrovertibilmente, senza alcun preventivo accertamento e vaglio critico degli stessi e senza evidenziare i vizi della procedura di gara, la descrizione e l'incidenza delle condotte contestate sulla procedura stessa.

8.2.1.- La censura è infondata.

Per comprendere il contesto nel quale si innesta la determina commissariale impugnata, è sufficiente leggere quanto affermato nelle premesse della stessa ( pag. 4), la quale chiarisce che dall'avviso di conclusione delle indagini ex art. 415 bis c.p.p. risulta ( capo A) che <<dirigenti della Total Italia s.p.a....sono indagati per il reato previsto dall'art. 416 cpv, comma 2, c.p. , per essersi associati tra loro per commettere più reati contro la Pubblica amministrazione e, in particolare, un numero indeterminato di delitti di corruzione e di turbata libertà degli incanti specificatamente riferiti agli appalti e ad affidamenti di lavori gestiti dal concessionario pubblico Total Italia riguardanti il cd progetto Tempa Rossa. In specie con il ruolo di promotori e organizzatori dell'associazione a delinquere impegnata ed attiva nel settore degli appalti pubblici tutti sistematicamente "pilotati" e "truccati"... con le modalità e nei termini ...descritti nei capi di imputazione specificatamente riferiti ai reati di scopo di cui agli articoli 110, 112, 81 cpv ( 59 II C), 353 II c, 319 e 321 c.p.; ( capo B) che i sopra indicati indagati e Ricorrente Francesco Rocco, legale rappresentante dell'impresa Ricorrente snc e della SO.GE.SA. srl, nonché altri imprenditori che hanno partecipato alle gare di appalto afferenti la citata concessione sono indagati per i reati previsti e puniti dagli artt. 110, 112, 81 cpv ( 59 II c), 353 II C, 319, 319 bis e 321 c.p...>>.

Con tale descrizione il Commissario si è limitato a rappresentare lo stato di fatto del procedimento penale, chiarendo che era suo dovere ineludibile quello di <<non portare ad ulteriori conseguenze i reati contestati>> ( pag. 9 della

determina commissariale) e quindi di evitare che gli indagati potessero consolidare o trarre ulteriori benefici dai fatti contestati oggetto di indagine e di misure cautelari ed è questo l'interesse pubblico, posto a fondamento del potere di autotutela in questione. Non bisogna, inoltre, trascurare la circostanza che la determina commissariale impugnata costituisce il frutto di uno dei poteri riconosciuti al Commissario giudiziale con provvedimento del Tribunale del riesame di Potenza emesso a carico della Total Italia s.p.a. che, in sostituzione della precedente misura irrogata della sospensione della concessione di coltivazione idrocarburi, dispone appunto la nomina di un commissario giudiziale per la gestione delle attività della società relative all'esercizio ed alla realizzazione della concessione di coltivazione di idrocarburi "Gorgoglione Tempa Rossa", prevedendo, al contempo, nel dettaglio ( a norma degli articoli 45, comma 3 e 14, comma 2, del d.lgs n. 231 del 2001) tutti i poteri e le attività del Commissario, tra i quali: il potere di vigilare su tutte le attività in relazione alle quali la Total Italia s.p.a. abbia esercitato poteri di natura pubblicistica, <<assicurandone l'esercizio nel rispetto delle finalità di interesse collettivo per cui quelle prerogative e quei poteri le sono stati concessi>>; il potere di rivalutare ab initio le procedure ad evidenza pubblica che hanno portato alle aggiudicazioni e alla stipula dei successivi contratti, esercitando i poteri contrattuali ed amministrativi in sede di autotutela, nell'eventualità vengano riscontrati <<aspetti di criticità ed irregolarità in violazione delle procedure pubblicistiche poste a presidio della trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa>>.

Il Commissario giudiziale, contrariamente a quanto sostenuto dalla parte ricorrente, che ritiene che il Commissario non abbia evidenziato i vizi della procedura di gara, si è determinato a provvedere all'annullamento d'ufficio dopo una compiuta disamina di tutti gli atti di gara, della consistenza delle offerte economiche e dei ribassi.

I vizi della procedura di gara sono stati evidenziati in modo dettagliato e circostanziato ai punti n.1, 2, 3, della determina commissariale e pertanto l'asserita nebulosità degli stessi, che non permetterebbe una difesa organica e puntuale è smentita dalle stesse puntuali controdeduzioni della parte ricorrente formulate avverso ciascuno dei vizi riscontrati dal Commissario giudiziale. Inoltre, va precisato che non era compito del Commissario giudiziale, nel delineato contesto procedimentale, acclarare l'effettiva sussistenza di fatti collusivi, illustrare nel dettaglio le condotte ascritte agli indagati ed approfondire le vicende penalmente rilevanti, vicende da acclarare nella sede penale competente, essendo suo compito quello di condurre l'istruttoria, rivalutando la procedura di gara "ab inizio", e ciò in conformità ai poteri conferitigli dal Tribunale del riesame con il provvedimento cautelare.

8.3- Infine, sempre con riferimento alla inadeguatezza dei presupposti per l'esercizio del potere di autotutela, la parte ricorrente contesta le anomalie relative all'esecuzione del contratto, evidenziate dal Commissario giudiziale, affermando la legittimità di tutta l'attività successiva all'aggiudicazione, la necessità delle perizie di variante, la regolarità dell'emissione dei pagamenti e degli ordini di variazioni dei lavori.

L'interesse all'esame di censure attinenti all'esecuzione del contratto, osserva il Collegio, è subordinato all'accertamento dell'illegittimità dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, poiché, in caso di acclarata legittimità del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, la caducazione del contratto è automatica, in quanto l'annullamento dell'aggiudicazione segna il venir meno di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che resta, pertanto, definitivamente privato dei suoi effetti giuridici, vale a dire inficiato da un'inefficacia assoluta.

Ne consegue che, il mancato annullamento giurisdizionale della determina commissariale impugnata, le ragioni di infondatezza del ricorso in esame,

evidenziate nel prosieguo, determina una sopravvenuta carenza di interesse all'esame delle censure con le quali si contesta la sussistenza delle anomalie del contratto, poiché i vizi della procedura di gara sono tali da determinare una rinnovazione dell'intera procedura e pertanto alcun vantaggio trarrebbe il ricorrente dall'eventuale accoglimento delle censure relative alla regolarità del contratto stipulato.

8.4.- A questo punto occorre passare ad esaminare le censure relative all'insussistenza dei vizi della procedura di gara rilevati dal Commissario giudiziale, che, ad avviso della parte ricorrente, non avrebbero potuto costituire presupposti per l'esercizio del potere di autotutela, in quanto: a) il criterio indicato nella lettera di invito di attribuire lo stesso punteggio a tutte le offerte presentate pari o inferiori alla media aritmetica dei prezzi offerti costituirebbe esplicitazione della discrezionalità della stazione appaltante e pertanto non si tradurrebbe in una violazione del bando di gara, il quale avrebbe posto quale unico vincolo quello di non prevedere lo stesso punteggio per tutte le offerte; b) la mancata indicazione, nei verbali, dell'accertamento dell'integrità delle buste contenenti l'offerta economica non costituirebbe un vizio comportante invalidità, in quanto l'apertura delle buste avviene in seduta pubblica e i rappresentanti delle ditte partecipanti alla gara e presenti allo svolgimento di tale operazione non avrebbero fatto rilevare alcuna irregolarità; c) l'attività dei consulenti esterni sarebbe stata meramente istruttoria e preparatoria rispetto alla valutazione dei punteggi effettuata dalla Commissione in via autonoma;

8.4.1.- Con riferimento alla denunciata insussistenza del primo dei vizi procedurali evidenziati dal Commissario giudiziale attinente al contrasto della lettera d'invito con il bando di gara per il criterio di valutazione dell'elemento prezzo, si osserva quanto segue.

Il bando di gara (al punto IV.2.1) prevedeva l'aggiudicazione sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, stabilendo, per la valutazione dell'elemento prezzo un peso di 40 punti su di un totale di 100 punti. Il criterio di aggiudicazione, tuttavia, come rilevato nella determina commissariale impugnata, è stato violato nella lettera d'invito laddove ha previsto (pag. 21) di attribuire lo stesso punteggio nelle ipotesi di prezzo offerto (comprensivo di ribasso) inferiore alla media aritmetica delle offerte (comprensive di ribasso), senza operare alcuna differenziazione di punteggio in caso di scostamento dalla media medesima. Invece per le offerte superiori alla media aritmetica dei ribassi offerti la lettera d'invito prevedeva la seguente formula per l'assegnazione del punteggio:  $PE_i = W_{max} \frac{(P_{max} - P_{oi})}{(P_{max} - P_{medio})}$  se  $P_{oi} \geq P_{medio}$ , dove  $PE_i$  = punteggio economico assegnato al concorrente i-esimo;  $P_{oi}$  = prezzo offerto (comprensivo del ribasso) del concorrente i-esimo;  $P_{max}$  = prezzo massimo offerto (comprensivo del ribasso) in gara;  $P_{medio}$  = media aritmetica delle offerte (comprensive del ribasso);  $W_{max}$  = punteggio massimo attribuito al requisito "ribasso del prezzo posto a base di gara" >>. Il Commissario ha quindi rilevato l'illegittimità della lettera d'invito, poiché l'applicazione dei criteri di valutazione dell'elemento prezzo in essa previsti, hanno determinato che a ben cinque concorrenti sulle otto imprese rimaste in gara è stato assegnato il punteggio massimo di 40 punti, nonostante che tra la migliore e la peggiore offerta delle cinque ci fosse una differenza di circa 2, 7 milioni di Euro, sicché, come testualmente evidenziato nella determina impugnata, "nella valutazione comparativa delle cinque offerte, al prezzo non è stato riconosciuto alcun valore (punteggio) differenziato, non essendo stata considerata affatto la differenza di prezzo offerto dai cinque concorrenti...". Da ciò il Commissario conclude che l'aggiudicazione è stata disposta in palese violazione del bando di gara, in quanto è stata determinata unicamente sulla base della valutazione, ampiamente

discrezionale, del solo aspetto tecnico, senza alcuna incidenza, sulla valutazione, dell'elemento prezzo.

Invero, osserva il Collegio, che il Commissario giudiziale ha correttamente individuato l'illegittimità della lettera di invito nella violazione del bando di gara, che aveva adottato, quale criterio di scelta del contraente, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ove per la valutazione dell'elemento prezzo è stato fissato il punteggio massimo di 40 punti, che logicamente imponeva alla stazione appaltante di attribuire il punteggio in modo differenziato per ciascuna offerta in relazione all'entità del singolo ribasso offerto. E ciò è d'altra parte riconosciuto dalla stessa ricorrente ove afferma che l'unico vincolo gravante sulla stazione appaltante era proprio quello di non prevedere il medesimo punteggio per tutte le offerte. Invece, la lettera d'invito ha ritenuto di attribuire lo stesso punteggio massimo nell'ipotesi di prezzo offerto inferiore alla media aritmetica delle offerte (comprehensive di ribasso), senza operare alcuna differenziazione del punteggio in relazione allo scostamento da tale media.

Né può logicamente affermarsi che il criterio adottato con la lettera d'invito di attribuire lo stesso punteggio a tutte le offerte pari o inferiori alla media aritmetica delle offerte presentate costituisca esplicitazione di attività ampiamente discrezionale. La discrezionalità della stazione appaltante, infatti, si esplica nello stabilire l'incidenza dei diversi elementi da prendere in considerazione per la valutazione delle offerte, decidendo di attribuire un peso maggiore all'elemento tecnico dell'offerta piuttosto che al prezzo offerto. Tuttavia, non è possibile azzerare del tutto la ponderazione dell'elemento prezzo, come avvenuto nel caso di specie, secondo il meccanismo previsto nella lettera d'invito, la quale, non differenziando il punteggio per il gruppo di offerte che presentavano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi offerti, rendeva di fatto irrilevante l'incidenza del prezzo nella scelta del contraente, che era quindi effettuata sulla



base del solo elemento tecnico. Sicché il meccanismo di attribuzione dei punteggi per l'elemento prezzo previsto dalla lettera d'invito non costituisce legittima espressione di attività discrezionale della stazione appaltante, in quanto il vizio riscontrato dal Commissario giudiziale non è ravvisato, come erroneamente ritenuto dalla parte ricorrente, nella circostanza che la lettera d'invito abbia privilegiato l'aspetto tecnico dell'offerta su quello economico, ma nella circostanza che a tale ultimo aspetto non è stato attribuito alcun valore, poiché l'aggiudicazione è stata disposta esclusivamente sulla base della valutazione del solo aspetto tecnico dell'offerta, senza che l'elemento prezzo avesse alcuna incidenza nel meccanismo di valutazione comparativa. Con il criterio adottato nella lettera d'invito, difatti, il prezzo proposto dai concorrenti (comprensivo del ribasso) entrava concretamente nel meccanismo di valutazione comparativa delle offerte solo per i concorrenti che avessero offerto un ribasso percentuale pari o inferiore alla media dei ribassi offerti dai concorrenti. Invece, se il ribasso percentuale offerto fosse stato pari o superiore alla media dei ribassi offerti, l'elemento prezzo riceveva comunque il punteggio massimo, diventando, quindi, sostanzialmente irrilevante nella scelta, che finiva per essere determinata alla luce dei punteggi attribuiti per gli elementi diversi dal prezzo, posto che ad un ribasso più elevato non era riconosciuto un punteggio proporzionalmente maggiore. In altre parole, il meccanismo previsto nella lettera d'invito consentiva di attribuire il punteggio più elevato indipendentemente dall'entità del ribasso e non realizzava la ponderazione del punteggio per l'elemento prezzo prevista nel bando, la quale imponeva logicamente di differenziare e graduare in modo appropriato il valore relativo di ciascuna offerta (e non di un gruppo di offerte), in modo da consentire all'ente di avvantaggiarsi di offerte più convenienti.

D'altra parte, nel caso di aggiudicazione con il sistema della offerta economicamente più vantaggiosa l'art. 83, comma 2, del d.lgs n. 163 del 2006

impone che i diversi fattori della valutazione siano considerati in rapporto di reciproca interdipendenza, con criteri di ponderazione relativa attribuiti a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, “in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all’elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato”. Il sistema adottato dall’ente aggiudicatore con la lettera d’invito è stato quindi ritenuto illegittimo dal Commissario giudiziale dell’ente aggiudicatore, in quanto comprimeva entro un ambito ristretto lo scarto di minimo 0 (zero) punti e di massimo 40 punti, determinando l’attribuzione del medesimo punteggio massimo anche a fronte di elevate differenze di prezzo tra le cinque delle otto offerte economiche rimaste in gara, impedendo, perciò, l’attribuzione per le offerte economiche di tutti i 40 punti previsti nel bando di gara in modo appropriato e differenziato in relazione all’entità dei singoli ribassi offerti.

8.4.2- Con riferimento a tutte le altre censure relative all’insussistenza dei presupposti per l’esercizio del potere di annullamento d’ufficio con le quali la parte ricorrente deduce la inconsistenza degli altri vizi della procedura di gara posti a fondamento del provvedimento di annullamento (id est: la inconsistenza del vizio secondo il quale nel verbale di apertura delle offerte economiche non risulta che la Commissione abbia verificato che i sigilli o altri analoghi accorgimenti tesi a garantire la segretezza delle offerte economiche non presentassero segni di manomissione e di apertura; la inconsistenza del rilievo secondo il quale le valutazioni tecniche delle offerte risultano non risultano essere state effettuate esclusivamente dalla apposita commissione di gara, che si è limitata a recepire le valutazioni effettuate da esperti esterni;) il Collegio si limita ad osservare che la circostanza che la determina commissariale sia fondata su di una pluralità di autonomi motivi di illegittimità della procedura di gara, implica che il rigetto della doglianza volta a contestare una delle sue ragioni giustificatrici (quella esaminata al

paragrafo precedente relativa alla contestazione della sussistenza di un contrasto tra la lettera di invito e il bando di gara), comporta la carenza di interesse della parte ricorrente rispetto all'esame delle ulteriori doglianze volte a contestare gli altri motivi di illegittimità della procedura ad evidenza pubblica rilevati dal Commissario giudiziale e posti ad ulteriore supporto motivazionale della determina. Infatti, anche qualora tali ulteriori censure si rivelassero fondate, il loro accoglimento non sarebbe comunque idoneo a soddisfare l'interesse del ricorrente ad ottenere l'annullamento della determina commissariale, la quale resta legittimamente supportata sull'autonomo motivo del contrasto della lettera d'invito con il bando di gara, che da solo costituisce un vizio di legittimità della procedura di gara idoneo a costituire una delle due condizioni di ammissibilità dell'annullamento d'ufficio, oltre all'esistenza di un interesse pubblico, attuale, concreto e prevalente rispetto agli interessi dei privati coinvolti.

8.4.3- Sotto un diverso profilo, con riferimento alla violazione dei principi di correttezza, trasparenza e libera concorrenza, in presenza di appalti "pilotati", la parte ricorrente afferma che si tratta di meri indizi in base ai quali non risulta ancora raggiunta la prova che lo scenario sia esattamente quello dedotto dal Commissario giudiziale, attesa peraltro la inidoneità del procedimento penale in corso e dei fatti in esso contestati, in assenza di una sentenza penale passata in giudicato che ne accerti la loro incontrovertibilità, ad essere posti alla base del provvedimento di autotutela.

8.4.3.1.- La doglianza è infondata.

Ritiene, infatti, il Collegio che l'annullamento d'ufficio degli atti di gara, dell'aggiudicazione e del contratto stipulato non è censurabile qualora, come nella fattispecie, nella motivazione della determina commissariale, si pone in evidenza che la scelta dell'annullamento d'ufficio trova origine nella misura cautelare disposta a carico della società ai sensi del d. lgs n. 231 del 2001 e nel connesso

dovere ineludibile del Commissario giudiziale di perseguire l'interesse pubblico concretantesi nel non portare ad ulteriori conseguenze i reati contestati. Ciò in quanto nelle ipotesi di procedimenti per responsabilità degli enti non è pertinente il richiamo alla presunzione di non colpevolezza sino alla condanna definitiva, atteso che l'art. 27 Cost., comma 2, opera verso la persona e non è quindi applicabile verso l'ente con il medesimo rigore. Inoltre, le misure cautelari previste nel citato decreto legislativo sono irrogate in presenza di gravi indizi di colpevolezza e la gestione commissariale con i connessi poteri è disposta non solo in funzione general - preventiva al fine di prevenire la commissione di illeciti quali quelli verificatisi ( art. 45, comma 3, d. lgs n. 231 del 2001) e di dissuadere gli enti dal favorire determinate condotte delittuose da parte dei propri organi amministrativi, ma anche in funzione special-preventiva al fine di ricondurre gli enti ad operare entro canoni di legalità e di rimettersi in condizione di riprendere regolarmente la propria attività, rendendole assimilabili alle misure di sicurezza nell'identica funzione di tutela finalistica della collettività. Tutto ciò conferma quindi che la sussistenza di un procedimento penale con provvedimento di applicazione di misure cautelari ai sensi del d. lgs n. 231 del 2001 costituiva nella fattispecie un presupposto sufficiente a giustificare l'interesse pubblico all' esercizio da parte del Commissario giudiziale del potere di annullamento.

9.- Con il secondo ed il terzo motivo di ricorso, che necessitano una trattazione congiunta, attesa la loro stretta connessione logica, la parte ricorrente lamenta la violazione dell'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990, sotto i profili: a) della mancata dimostrazione da parte del Commissario giudiziale della sussistenza di un interesse pubblico attuale, concreto e prevalente all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio (ma anche sotto il profilo della insufficienza della motivazione relativa alla sussistenza di tale interesse pubblico); b) della mancata comparazione dell'interesse pubblico all'annullamento con gli interessi dei privati

coinvolti alla luce dell'affidamento in essi ingenerato in ordine alla legittimità dell'aggiudicazione e al tempo trascorso, non essendo sufficiente, per il legittimo esercizio del potere di annullamento d'ufficio che la procedura di gara sia inficiata da un vizio di legittimità.

9.1- Al riguardo, occorre rilevare che condizione di ammissibilità dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio è: a) l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento amministrativo; b) l'esistenza di un interesse pubblico attuale e prevalente rispetto agli interessi dei privati coinvolti, che abbiano fatto affidamento sul provvedimento originario.

I vizi di legittimità, osserva il Collegio, sono stati ampiamente evidenziati nella determina impugnata ai punti n.1, 2, 3, nella violazione del bando di gara da parte della lettera d'invito, che non aveva consentito la valutazione dell'elemento prezzo, impedendo una effettiva comparazione delle offerte economiche, in altri vizi procedimentali della gara e nella violazione dei principi di correttezza e libera concorrenza di cui all'art. 2 del d.lgs n. 163 del 2006.

La sussistenza di un interesse pubblico attuale all'annullamento d'ufficio e la prevalenza di esso rispetto agli altri interessi coinvolti è stata ben evidenziata e sufficientemente motivata nella esigenza di evitare che i soggetti ai quali sono state ascritte le condotte penalmente rilevanti potessero trarre ulteriori benefici dalle stesse, che sarebbero state commesse nell'ambito della procedura di gara, in ordine alle ipotesi di reato di turbata libertà degli incanti ex art. 353 c.p., di corruzione aggravata ex artt.319 e 321 bis c.p.. La giurisprudenza amministrativa, al riguardo, ha già avuto modo di rilevare, con specifico riferimento alle medesime ipotesi di reato, che la mera sussistenza di un procedimento penale costituisce motivazione sufficiente ed idonea a giustificare l'annullamento in autotutela degli atti di gara (cfr. T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 07 febbraio 2005 , n. 76).

Nella fattispecie, però, vi è qualcosa di più della mera sussistenza di un procedimento penale in corso. Le ragioni di interesse pubblico poste a fondamento del provvedimento di autotutela sono state ravvisate non soltanto nella mera esistenza di un procedimento penale, ma più specificamente nella sussistenza di un provvedimento di applicazione di una misura cautelare a carico dell'ente aggiudicatore disposta ai sensi del d.lgs n. 231 del 2001, che implicava la necessità di prevenire ulteriori conseguenze derivanti dai reati contestati, a prescindere, quindi dall'accertamento, nella competente sede penale, della effettività di comportamenti illeciti posti in essere. Ciò in quanto l'annullamento d'ufficio in questione è stato adottato sullo sfondo della misura cautelare della gestione commissariale disposta a carico della Total Italia s.p.a. con provvedimento del Tribunale del riesame, il quale ha espressamente previsto, tra i poteri del Commissario giudiziale, proprio quello di rivalutare le procedure di gara e provvedere in autotutela, "qualora vengano ravvisati aspetti di criticità ed irregolarità in violazione delle procedure pubblicistiche poste a presidio della trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa". Ne consegue che correttamente la determina impugnata fonda l'annullamento d'ufficio nel dovere ineludibile del Commissario giudiziale di non portare ad ulteriori conseguenze i reati contestati e quindi, in altre parole, il provvedimento risponde all'esigenza di tutelare l'interesse pubblico presidiato dalla normativa disciplinante la responsabilità degli enti. Non occorre, dunque, che il Commissario nell'atto di annullamento in questione evidenziasse la sussistenza di ulteriori ragioni di interesse pubblico, poiché l'esigenza di non portare ad ulteriori conseguenze i reati contestati e quindi di evitare che i soggetti coinvolti nel procedimento penale potessero trarre ulteriori benefici dal contratto, costituiva proprio l'essenza dell'interesse pubblico da tutelare, contribuendo così a realizzare quella funzione "general preventiva" e "special preventiva" che le misure cautelari previste dal d.

lgs n. 231 del 2001 mirano a garantire: evitare che i reati contestati siano portati ad ulteriore compimento e ricondurre la gestione delle procedure di affidamento dei contratti entro l'alveo della legalità, prima ancora del definitivo accertamento dei fatti contestati all'esito del giudizio penale e del giudizio di responsabilità ex art.231 del 2001.

Si rivela dunque priva di fondamento la censura relativa alla insussistenza dell'interesse pubblico all'annullamento e alla insufficienza di motivazione in ordine allo stesso.

9.2- Con riferimento alla censura relativa alla mancata considerazione degli interessi dei privati e alla assenza di una loro ponderazione con l'interesse pubblico, anche in considerazione dell' affidamento ingenerato e del tempo trascorso dall'aggiudicazione, osserva il Collegio che il Commissario ha chiaramente ritenuto prevalente l'interesse pubblico all'annullamento rispetto agli interessi dei privati coinvolti e ciò si evince, laddove afferma che costituisce suo dovere ineludibile quello di non portare ad ulteriori conseguenze i reati contestati e che "...sussiste un indubbio prevalente interesse pubblico alla demolizione dell'atto, posto...che il contratto è stato eseguito in minima parte e che non sussiste ancora l'autorizzazione dell' UNMIG".

La contestazione relativa alla mancata considerazione degli interessi dei privati, che avevano fatto affidamento sulla stabilità del provvedimento di aggiudicazione, si rivela, dunque, priva di consistenza, posto che il Commissario dimostra di aver ben ponderato tali interessi, decidendo per la loro valenza recessiva, e ciò emerge con chiarezza laddove il Commissario (pag. 8 della determina) giustifica la prevalenza dell'interesse pubblico all'annullamento sulla circostanza dell'esecuzione dei lavori in una minima parte, che risultavano essere stati effettuati nella percentuale dell'11% rispetto all'ammontare complessivo dei lavori previsti, (cfr. pag. 2, nota 1, della determina commissariale).

Ne consegue la correttezza della ponderazione effettuata dal Commissario, non sussistendo alcuna posizione di vantaggio definitivamente radicata in capo agli interessati, considerata l'esiguità dei lavori eseguiti, pari all'11% sul totale dei lavori da effettuare ( e ciò risulta dalla stessa determina commissariale). Non vi era dunque alcuna necessità di un maggiore approfondimento delle posizioni delle imprese pregiudicate dall'annullamento dell'aggiudicazione, che viceversa avrebbero meritato una maggiore considerazione qualora i lavori fossero stati totalmente eseguiti.

Né il tempo trascorso di un anno e quattro mesi dall'aggiudicazione definitiva e dalla stipulazione del contratto (rispettivamente avvenute in data 12 maggio 2008 e in data 26 giugno 2008) è da considerarsi irragionevole, in quanto non era un periodo di lunghezza tale da implicare un affidamento delle imprese in ordine alla stabilità del provvedimento di aggiudicazione. Inoltre, ben due eventi, hanno contribuito a non consolidare l'affidamento in ordine alla stabilità dell'aggiudicazione e del contratto: 1) la sospensione dei lavori nel febbraio 2009, dopo appena nove mesi dall'aggiudicazione, disposta sulla base della misura cautelare interdittiva irrogata dal giudice penale ai sensi del d.lgs n. 231 del 2001 a carico della Total Italia s.p.a. proprio in relazione agli illeciti amministrativi dipendenti da reati connessi alla gara in questione; 2) il provvedimento del Tribunale del Riesame nel maggio 2009, che adottava nei confronti della Total Italia s.p.a. la misura cautelare della gestione commissariale, con l'espressa attribuzione al Commissario giudiziale del potere di rivalutare le procedure di gara e di esercitare i poteri di autotutela, in caso di "criticità" e "irregolarità" riscontrate nelle procedure stesse.

Inserendosi nel contesto di una misura cautelare adottata ai sensi del d.lgs n. 231 del 2001 e alla luce delle altre circostanze evidenziate, dunque, l'annullamento



d'ufficio non poteva affatto considerarsi irragionevole in relazione al tempo trascorso e al principio di affidamento.

Né, infine, l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e del successivo contratto è considerabile una misura sproporzionata, in relazione al canone costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa. Ritiene, infatti, il Collegio che per valutare se il provvedimento risponda al canone di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. occorre tener presente il grado di attuazione dell'atto che si intende annullare. Nella fattispecie, l'esiguità dei lavori effettuati ( pari all'11 % di quelli previsti), rendeva quindi la misura adottata più che proporzionata rispetto al sacrificio imposto alle imprese private.

Né avrebbe potuto ipotizzarsi una sospensione dei lavori, in attesa della definizione del procedimento penale, posto che la misura cautelare della gestione commissariale è stata disposta dal giudice penale, in sostituzione della sanzione interdittiva che aveva determinato la sospensione dell'attività, ritenendo evidentemente sussistenti ragioni di interesse pubblico, che imponevano la prosecuzione dell'attività della concessionaria pubblica ( art. 15 del d.lgs n. 231 del 2001).

10.- Passando ora all'esame dei vizi di natura procedimentale la parte ricorrente con il quarto motivo di ricorso lamenta la violazione dell'articolo 7 e dell'art. 10 bis della l. n. 241 del 1990, per mancata comunicazione all' Ati Ricorrente e a ciascuna delle imprese mandanti dell'avvio del procedimento di autotutela, il che avrebbe impedito di offrire un apporto partecipativo al procedimento.

10.1.- Sul punto occorre innanzitutto premettere che, contrariamente a quanto sostenuto dalla resistente, l'art. 7 della legge n. 241 del 1990, trova applicazione anche nei confronti della Total Italia s.p.a., che, nel procedimento in esame, riveste la qualifica di soggetto privato preposto all'esercizio di attività amministrative che, a norma dell' art. 1 comma 1 ter della legge n. 241 del 1990, è assoggettato, nello

svolgimento di tale attività, al rispetto delle regole generali proprie del procedimento amministrativo.

10.2.- Ciò premesso, rileva il Collegio, che il mancato rispetto della norme procedurali a tutela della partecipazione al procedimento amministrativo non deve essere intesa in termini formalistici, ma sostanzialistici, nel senso che non è annullabile il provvedimento amministrativo per violazione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, nel caso in cui l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Ciò è espressamente previsto dall'art. 21-octies, comma 2, seconda parte della legge n. 241/90, che ha introdotto i c.d. vizi non invalidanti del provvedimento amministrativo. Tale secondo comma è suddiviso in due parti.

La prima parte prevede che il provvedimento non sia annullabile quando: si sia in presenza di violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti; si tratti di un provvedimento avente natura vincolata; sia palese che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

La seconda parte disciplina una fattispecie speciale di esclusione dell'annullabilità, che fa esclusivo riferimento ad un tipico vizio procedimentale, la violazione dell'obbligo di avvio del procedimento (ma stante la medesima ratio giustificatrice la sua portata è estensibile analogicamente anche alla mancata comunicazione di cui all'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990), prevedendo che il provvedimento non sia annullabile «qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Dunque, nell'ipotesi di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento la prescrizione normativa non menziona la natura vincolata del provvedimento, rendendo così possibile la prova di resistenza anche per l'attività

discrezionale (C.d.S., VI, 11 aprile 2008, n. 1588; VI, 7 gennaio 2008, n. 19 e n. 32; IV, 10 dicembre 2007, n. 6325; VI, 9 febbraio 2007, n. 528).

Nel procedimento in esame, quindi, è applicabile tale seconda parte, nella quale l'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990 prescinde dalla natura vincolata o discrezionale del provvedimento e ritiene sufficiente, ai fini della non annullabilità del provvedimento amministrativo, che sia l'Amministrazione a dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso e che il soggetto inciso negativamente dal provvedimento ove fosse stato reso edotto dell'avvio del procedimento non sarebbe stato in grado di fornire elementi di conoscenza e di giudizio tali da far determinare in modo diverso le scelte dell'amministrazione procedente.

Ebbene, nella fattispecie, l'amministrazione resistente ha assolto congruamente e rigorosamente l'onere della prova in ordine all'impossibilità di pervenire ad una diversa soluzione a salvaguardia del pubblico interesse ed in ordine alla influenza di ogni possibile deduzione che il privato, ove avvisato, avrebbe introdotto nel procedimento.

In particolare tale onere probatorio risulta chiaramente offerto dalle argomentazioni difensive dell'amministrazione resistente, la quale ha dimostrato in concreto l'ineludibilità della scelta adottata per raggiungere lo scopo di non portare ad ulteriori conseguenze i reati contestati connessi allo svolgimento della gara.

Il Collegio, pur non condividendo la tesi dell'amministrazione resistente in ordine alla natura vincolata dell'atto adottato, venendo in gioco, nel procedimento che ci occupa, un'attività tipicamente discrezionale, osserva che la parte resistente ha comunque correttamente chiarito che il potere di autotutela esercitato si innesta sulla scia della misura cautelare della gestione commissariale irrogata alla Total Italia s.p.a. dal Tribunale del riesame ai sensi degli articoli 45 e 15 del d.lgs n. 231 del 2001. La misura cautelare irrogata dal Tribunale del riesame è stata disposta su

ricorso della Total Italia s.p.a. in sostituzione della più gravosa misura della sospensione dell'attività della concessione di idrocarburi, con la quale si consentiva la prosecuzione dell'attività dell'ente concessionario attraverso la nomina un commissario giudiziale deputato alla gestione delle attività della Total Italia s.p.a.; nello stesso provvedimento il giudice penale, indicava tra i compiti ed i poteri del commissario (e quindi tra le modalità di esercizio della sua attività di gestione), proprio quello di esercitare i poteri contrattuali e amministrativi in sede di autotutela, qualora fossero ravvisate violazioni delle procedure pubblicistiche poste a presidio della trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa.

Si tratta di misure cautelari previste nella disciplina della responsabilità amministrativa degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato di cui al d.lgs n. 231 del 2001, disposte in caso di sussistenza di gravi indizi di responsabilità, con lo scopo di arrestare azioni criminose di amministratori a vantaggio delle loro società; di impedire che i comportamenti illeciti emersi sommariamente in sede cautelare possano produrre ulteriori benefici a vantaggio delle società sottoposte a misure cautelari; di ricondurre nell'alveo della legalità la gestione dell'attività dell'ente, prima ancora dell'accertamento definitivo delle responsabilità. E proprio tali finalità, una volta riscontrata la sussistenza di vizi di illegittimità nella procedura di gara, sono state individuate come interesse pubblico prevalente rispetto agli interessi dei privati coinvolti e sintetizzate nella determina impugnata nell'evidenziazione della circostanza che “la gara costituisce oggetto delle contestazioni di reati gravissimi a carico degli indagati .... e ai sensi e per gli effetti del d.lgs n. 231/01 a carico delle due società...che il contratto è stato eseguito in minima parte...” e che “costituisce dovere ineludibile del Commissario giudiziale non portare ad ulteriori conseguenze i reati contestati”.

In tale contesto fattuale e normativo, l'amministrazione, chiarendo di non potersi prescindere da una valutazione degli effetti sulle procedure di gara,

sull'aggiudicazione e sul contratto, alla luce della sanzioni applicate in sede cautelare ai sensi del d.lgs n. 231 del 2001 sia alla Total Italia s.p.a. sia alla società Ricorrente s.n.c., ha quindi assolto all'onere probatorio previsto dall'art. 21 octies, comma 2, secondo periodo, della legge n. 241 del 1990, dimostrando l'ineluttabilità della scelta che ha portato all'annullamento dell'aggiudicazione e del contratto, senza che fosse necessario attendere una pronuncia passata in giudicato in relazione ai reati contestati.

Più in particolare, con la sua difesa in giudizio l'amministrazione dimostra di aver operato nel corso del procedimento, secondo canoni di logicità e congruità, una corretta comparazione e sintesi degli interessi coinvolti, alla luce delle misure cautelari irrogate dal giudice penale.

Rileva, dunque, il Collegio, che risulta provato che il provvedimento, anche se non rispettoso della garanzia procedimentale di cui all'art. 7 della legge n. 241 del 1990, è ossequioso dell'assetto degli interessi che la disciplina in materia di autotutela impone, in misura tale da rendere superfluo il riesame, posto che ogni ulteriore elemento conoscitivo che l'interessato avrebbe potuto apportare al procedimento, non avrebbe indotto il Commissario ad una diversa determinazione e quindi non sarebbe stato in grado di evitare la lesione lamentata, proprio per la dimostrata impossibilità di un contenuto diverso. Ne consegue il pieno raggiungimento della prova di resistenza richiesta dall'art. 21 octies, comma 2, secondo periodo, della legge n. 241 del 1990, al fine della non annullabilità del provvedimento per violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990.

11.- Con il quinto motivo di ricorso la parte ricorrente lamenta che il provvedimento di annullamento d'ufficio non sia stato adottato nelle stesse forme procedurali con le quali è stato adottato l'atto oggetto di annullamento, in quanto non sarebbero state effettuate le stesse comunicazioni, gli stessi pareri e le

stesse valutazioni e non sarebbero stati coinvolti gli organi della stazione appaltante che avevano partecipato alla originaria sequenza procedimentale.

11.1.-La doglianza è inammissibile, in quanto del tutto generica.

La parte ricorrente, pur indicando nella rubrica la violazione dell'art. 21 nonies, comma 1, della legge n. 241 del 1990, il difetto di istruttoria e di motivazione, la contraddittorietà e l'illogicità, oltre che la violazione del principio del "contrarius actus", non chiarisce poi le ragioni che vengono poste a base di siffatte conclusioni, in quanto si limita a dedurre il difetto di istruttoria e la violazione del principio del "contrarius actus" dalla mancata acquisizione dei "pareri richiesti dalla normativa vigente" e dal mancato coinvolgimento degli organi della stazione appaltante, senza specificare, però, quali pareri avrebbero dovuto esser richiesti e quali altri organi avrebbero dovuto essere interpellati nel procedimento di autotutela.

In proposito si osserva che la giurisprudenza amministrativa si è più volte pronunciata sulla necessità di una puntuale specificazione delle censure dedotte, sostenendo che "i motivi di ricorso risultano muniti di adeguata consistenza e specificazione (possono, quindi, essere esaminati dal giudice) non già allorché si limitano a descrivere le conclusioni cui essi sono indirizzati, ma se e quando indicano pure le ragioni che vengono poste a base di siffatte conclusioni e danno dimostrazione, secondo l'intendimento del ricorrente, del titolo e della causa delle richieste e delle norme che le giustificano, fermo restando che, in presenza di motivi generici, non può essere invocato il principio iura novit curia, perché la conoscenza che il giudice ha e deve avere delle norme dell'ordinamento (il che esclude che di esse debba fornirsi prova a cura delle parti) non esonera il ricorrente dallo specificare adeguatamente le sue richieste, né il principio può essere interpretato nel senso che il giudice debba prestare la sua opera ovviando con la sua attività all'incapacità delle parti di reperire un qualunque fondamento per le

loro pretese" (Cons. Stato, Sez. IV, 22 novembre 2004, n. 7621; conforme Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2009, n. 2006 e Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 2006, n. 4419).

12.- Con il sesto motivo di ricorso la parte ricorrente censura la nota in data 15 ottobre 2009, pure impugnata, laddove con essa il Commissario giudiziale abbia inteso provvedere alla sospensione dei pagamenti in favore dell'ATI Ricorrente. La ricorrente deduce che qualora la nota sia interpretabile come atto meramente soprassessorio, che rinvii sine die la pronuncia sui pagamenti, sarebbe illegittimo per violazione dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990 (oltre che dell'art. 97 Cost.) per violazione dell'obbligo di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso, creando così un arresto procedimentale pregiudizievole alle ragioni della società ricorrente.

12.1- L'impugnazione della nota emanata in data 15 ottobre 2009 dal Commissario giudiziale è inammissibile, in quanto non riveste natura di provvedimento amministrativo idoneo a ledere la posizione giuridica della parte ricorrente, trattandosi di una nota interlocutoria di risposta all'istanza di accesso dell'Ati Ricorrente, con la quale il Commissario giudiziale trasmette il provvedimento del Gip, che, sospendendo temporaneamente qualsiasi pagamento in favore dell'ATI Ricorrente, autorizza il Commissario stesso a procedere all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione. La nota in questione, dunque, non dispone la sospensione dei pagamenti in favore dell'ATI Ricorrente, ma si limita semplicemente a trasmettere al Commissario giudiziale dell'impresa Ricorrente, in risposta ad un'istanza di accesso, l'ordinanza del Gip del Tribunale di Potenza, che autorizza l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e del contratto. La locuzione relativa alla sospensione dei pagamenti in favore dell'ATI, contenuta nella nota 15 ottobre 2009, non manifesta alcuna volontà del Commissario, ma rappresenta la mera descrizione del

contenuto dell'ordinanza del Gip, pure impugnata, ma la cui cognizione, come già evidenziato, esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo.

In conclusione, poiché la nota 15 ottobre 2009 costituisce una mera comunicazione e quindi un atto effettivamente interlocutorio, la sua impugnazione è inammissibile, in quanto non è idoneo ad evidenziare una volontà precisa e concludente dell'autorità emanante.

13.- Alla stregua di tutte le considerazioni che precedono, il ricorso in parte è respinto, in parte è dichiarato inammissibile, potendosi però, in considerazione della particolarità e della complessità della questione, compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, pronunciando sul ricorso in epigrafe, in parte lo dichiara inammissibile ed in parte lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Camozzi, Presidente

Giancarlo Pennetti, Consigliere

Paola Anna Gemma Di Cesare, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA



Il 28/06/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO