

Publicato il 10/04/2020

N. 00776/2020 REG.PROV.COLL.
N. 02852/2011 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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2852 del 2011, proposto da (omissis), rappresentato e difeso dall'avvocato Ignazio Scuderi, con domicilio eletto presso il suo studio, in Catania, via V. Giuffrida, 37;

contro

il Consorzio d'ambito territoriale ottimale "Catania acque", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Sileci, con domicilio eletto presso il suo studio, in Catania, via Milano, 33;

per l'annullamento

della deliberazione del Consiglio di amministrazione del Consorzio d'ambito territoriale ottimale "Catania acque" n. 10 del 29 giugno 2011, con la quale è stata annullata in autotutela la determinazione presidenziale n. 2 del giorno 8 gennaio 2007, avente ad oggetto il

conferimento dell'incarico per il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione relativamente all'intervento di progettazione delle opere per il convogliamento dei reflui del Comune di Acicastello al depuratore di Catania.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio d'ambito territoriale ottimale "Catania acque";

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 aprile 2020 il dott. Diego Spampinato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Parte ricorrente impugna il provvedimento in epigrafe, con cui è stata annullata in autotutela la determinazione, anch'essa indicata in epigrafe, di affidamento di incarico per il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione.

Affida il ricorso ai seguenti motivi.

1. Violazione e/o falsa applicazione degli articoli 3, 7, 8, 10 e 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche ed integrazioni, nonché dei corrispondenti principi dettati dalla legislazione regionale; eccesso di potere. Il Consorzio intimato avrebbe omesso di comunicare l'avvio del procedimento da cui è scaturito il provvedimento finale, impedendo l'esercizio dei diritti previsti dall'articolo 10 della legge numero 241/90.
2. Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 21 *nonies* della legge 241/90; eccesso di potere per travisamento, mancata comparazione dell'interesse pubblico, tutela del legittimo affidamento. Non

sussisterebbero i presupposti previsti dall'art. 21 *nonies* della legge 241/1990 per l'annullamento in autotutela poiché:

2.1 il conferimento dell'incarico sarebbe legittimamente avvenuto; in proposito il provvedimento impugnato affermerebbe che nell'oggetto dell'incarico non sarebbe rientrata la redazione del piano per la sicurezza e che non sarebbe stato consentito l'affidamento fiduciario; sotto il primo profilo la redazione del piano per la sicurezza sarebbe stata espressamente prevista dalla determinazione presidenziale annullata, dal disciplinare d'incarico e sarebbe stata espressamente richiesta dal Genio Civile; sotto il secondo profilo, essendo l'importo inferiore ai 100.000,00 euro, il Consorzio avrebbe potuto procedere all'affidamento diretto;

2.2 la deliberazione impugnata non sarebbe sorretta da alcuna motivazione sull'interesse del professionista, che comunque avrebbe completamente eseguito l'incarico senza osservazioni o contestazioni da parte del Consorzio; inoltre i riferimenti all'interesse pubblico travolto dall'annullamento sarebbero meramente formali, richiamando un presunto interesse pubblico all'annullamento, mentre al contrario il piano per la sicurezza costituirebbe elemento indispensabile per la definizione della procedura di approvazione del progetto, così da risultare contrario a qualsiasi principio di economicità, efficacia ed efficienza, nonché non aggravamento dell'azione amministrativa, annullare e dunque non utilizzare un piano di sicurezza già predisposto dal ricorrente;

2.3 inoltre, nella comparazione degli interessi, sarebbe evidente che non sussisterebbe alcuna possibilità di annullamento di un provvedimento già eseguito;

2.4 sarebbe violata la previsione di adottare il provvedimento di autotutela entro un termine ragionevole, atteso che la determinazione presidenziale illegittimamente annullata risalirebbe al gennaio 2007 ed avrebbe finito di produrre i suoi effetti nel febbraio 2010, quando il ricorrente avrebbe ritrasmesso il piano per la sicurezza e coordinamento, aggiornato alle varianti introdotte da parte della Segreteria tecnica del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare nella seduta del 1 ottobre 2009, così essendosi conclusa l'attività espletata dal ricorrente già da più di un anno e mezzo.

3. Violazione e/o falsa applicazione del D. lgs. 14 agosto 1996, n. 494, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e del DPR 21 dicembre 1999, n. 554, come recepiti in Sicilia; violazione dei principi in materia di annullamento in autotutela degli atti amministrativi; eccesso di potere sotto i profili dello sviamento, travisamento dei fatti, della mancanza dei presupposti, dell'illogicità e della contraddittorietà. Il Consorzio sosterebbe che l'unico incarico di progettazione assunto sarebbe quello relativo alla progettazione definitiva del Collettore di salvaguardia; diversamente, con la determinazione presidenziale datata 8 gennaio 2007, n. 2, il Consorzio avrebbe espressamente affidato al ricorrente l'incarico quale coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione, prevedendo che redigesse il piano di sicurezza; anche il disciplinare d'incarico, sottoscritto il 5 giugno 2007, al punto 3 prevedrebbe univocamente di presentare al Consorzio il piano di sicurezza.

4. Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 17 della legge 11 febbraio 1994, n. 109; violazione dei principi in materia di annullamento in autotutela degli atti amministrativi; eccesso di potere

sotto i profili dello sviamento, travisamento dei fatti, della mancanza dei presupposti, dell'illogicità e della contraddittorietà. Diversamente da quanto affermato nel provvedimento impugnato, la progettazione non sarebbe stata affidata con procedure illegittime che abbiano violato le regole di trasparenza e concorrenza, atteso che l'art. 17, comma 11, della legge numero 109/94, come recepito in Sicilia, prevedrebbe che per gli incarichi relativi alle prestazioni di cui al comma 1, il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 euro, le stazioni appaltanti potrebbero procedere all'affidamento a professionisti singoli o associati di loro fiducia, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza; né potrebbe rilevare il contenuto della circolare dell'Assessorato regionale dei lavori pubblici del 22 dicembre 2006, secondo cui l'art. 17, comma 11, dovesse essere interpretato nel senso di prevedere l'affidamento attraverso la procedura negoziata di cui all'articolo 57 del d. lgs. 163/2006; infatti, la norma richiamata dall'Assessorato sarebbe stata recepita solo con la successiva LR del 12 luglio 2011, n. 12.

Il Consorzio intimato si è costituito spiegando difese nel merito, sinteticamente così riassumibili: l'impugnata delibera avrebbe carattere e contenuto necessitati in considerazione dell'obbligo di ripristinare la legalità inizialmente violata, mediante l'eliminazione di un atto affetto da vizi di illegittimità (essendo mancata la procedura comparativa di cui agli artt. 91 e 57 del D. lgs. 163/2006, la cui applicabilità alla vicenda sarebbe ritenuta dalla delibera impugnata anche mediante rinvio alla Circolare dell'Assessorato regionale LLPP del 22 dicembre 2006), ciò che sarebbe consentito dalla normativa introdotta dalla legge finanziaria per il 2005, anche secondo

L'orientamento giurisprudenziale di cui alla sentenza del Consiglio di Stato n. 5621/2009; la natura vincolata del provvedimento impugnato avrebbe poi reso non necessario effettuare la comunicazione di avvio del procedimento.

All'udienza del giorno 8 aprile 2020, svolta in forma telematica ai sensi dell'art. 84, comma 2, del DL 17 marzo 2020, n. 18, la causa è passata in decisione, avendo le parti costituite, in data 30 marzo 2020, depositato richiesta congiunta in tal senso.

Il ricorso è fondato.

Risulta infatti fondata, ogni diverso motivo o censura assorbiti, la censura, contenuta nel secondo motivo di ricorso, secondo cui sarebbe stata violata la previsione di adottare il provvedimento di autotutela entro un termine ragionevole.

Occorre muovere, sul punto, dalle norme applicabili all'ipotesi di annullamento in autotutela applicabili al caso di specie *ratione temporis*.

La norma generale è contenuta nell'art. 21 *nonies*, comma 1, della legge 241/1990, che, nel testo vigente *ratione temporis*, prevedeva: «*Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*».

Parallelamente, vigeva, al tempo dell'emanazione dell'impugnata delibera di annullamento, l'art. 1, comma 136, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2005)*, che prevedeva: «*Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso*.

L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante».

Ora, è noto che la giurisprudenza ha variamente interpretato la ragionevolezza del termine, anche ritenendo che esso potesse essere anche più lungo di quello triennale di cui al citato art. 1, comma 136 (*ex plurimis*, TAR Lazio – Roma, Sez. II, 2 settembre 2015, n. 11008).

Nell'odierna controversia non occorre tuttavia valutare come le due diverse norme possano essere fra loro coordinate ai fini della loro applicabilità al caso di specie (per un *excursus* sulla questione, e per richiami di giurisprudenza, si rinvia a Cons. Stato, Sez. III, 17 novembre 2015, n. 5259), atteso che:

- a) le stesse difese del Consorzio resistente danno conto che la delibera impugnata (che omette di indicare le relative norme) fonda il proprio potere di annullamento sulla normativa introdotta dalla legge finanziaria per il 2005;
- b) il termine appare comunque irragionevolmente lungo, anche ove si ritenesse applicabile il citato art. 21 *nonies*.

Sotto il primo profilo, va anzitutto ricordato che il provvedimento impugnato è stato emanato oltre quattro anni dopo la determina da esso annullata; ciò importa il pacifico superamento del termine triennale di cui al citato comma 136.

Sotto il secondo profilo, va ricordato anzitutto come la modifica dell'art. 21 *nonies* citato, introdotta dall'art. 6 della legge 124/2015, prevedendo un «...termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi...», ha chiuso il dibattito giurisprudenziale in ordine alla

ragionevolezza di periodi più lunghi, quanto meno in relazione ai provvedimenti di annullamento emanati successivamente alla data di entrata in vigore della legge 124/2015 (per un *excursus* sulla questione, e per richiami di giurisprudenza, si rinvia a TAR Lazio – Roma, Sez. I, 3 giugno 2019, n. 7071); in proposito, il Collegio ritiene di aderire all’orientamento giurisprudenziale secondo cui comunque «...la novella non può non valere come prezioso indice ermeneutico ai fini dello scrutinio dell’osservanza della regola di condotta in questione...» (Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2019, n. 2974).

Tanto premesso, il Collegio ritiene superato anche il termine ragionevole di cui all’art. 21 *nonies*, non solo per il tempo intercorrente fra l’impugnata delibera di annullamento e la determina da esso annullata, ma anche alla luce del tempo trascorso fra la consegna degli elaborati redatti in dipendenza della determina di affidamento dell’incarico e l’impugnata delibera di annullamento.

Dalla delibera impugnata risulta infatti che il ricorrente, in data 17 settembre 2009, ha trasmesso al Consorzio resistente il piano di sicurezza e coordinamento; da tale data il Consorzio resistente ha impiegato più di diciotto mesi per pervenire all’emanazione dell’impugnata delibera di annullamento, e ciò fermo restando che l’incarico era stato conferito oltre quattro anni prima dell’annullamento.

E’ poi da ultimo il caso di osservare che, laddove si ritenesse applicabile l’art. 21 *nonies* della legge 241/1990 nel testo vigente *ratione temporis*, che non quantifica espressamente il termine “ragionevole”, e laddove si ritenesse che tale termine ragionevole possa essere più lungo di quello di cui al citato comma 136, allora comunque non sarebbe stata effettuata la valutazione degli interessi

in gioco prevista dalla norma quale ulteriore presupposto per l'annullamento.

Le spese seguono la soccombenza, venendo liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania (Sezione III), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto: a) lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato; b) condanna il Consorzio resistente al pagamento, nei confronti di parte ricorrente, delle spese processuali del presente grado di giudizio, che liquida, in via equitativa, in euro 3.500,00 (tremilacinquecento/00), oltre accessori di legge, nonché alla rifusione del contributo unificato corrisposto da parte ricorrente. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2020 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente

Giuseppa Leggio, Consigliere

Diego Spampinato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Diego Spampinato

IL PRESIDENTE
Daniele Burzichelli

IL SEGRETARIO