



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1084 del 2017, proposto da Antonino Pezzo, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Carratelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Mariagemma Talerico in Catanzaro, via Schipani n. 110;

contro

Comune di Sant'Onofrio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Caruso Frezza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Rosa Maria Laria in Catanzaro, Vico 3° Gelso Bianco n. 12;

nei confronti

Universita' degli Studi della Calabria - Dipartimento Ing. Informatica, Modellistica, Elettronica e Sistemistica, Pasquale Romano Mazza non costituiti in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensiva:

a) della determinazione n.75 del 27.6.2017;

- b) della deliberazione della Giunta Comunale del Comune di Sant'Onofrio n.50 del 29.6.2017;
- c) della determinazione n.200 del 28.12.2016;
- d) della determinazione n.35 del 21.03.2017;
- e) della determinazione n.57 dell'11.5.2017;
- f) nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ed in particolare della deliberazione della Giunta Comunale n.47 del 22.6.2017.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Sant'Onofrio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 marzo 2018 il dott. Pierangelo Sorrentino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La controversia in esame investe la legittimità dell'annullamento in autotutela, da parte del Comune di Sant'Onofrio, di una determinazione firmata dall'allora responsabile dell'area tecnica dell'Ente, con la quale è stato conferito un incarico professionale al ricorrente per un compenso di € 35.000,00 (oneri previdenziali inclusi, oltre IVA), concernente la *“progettazione, direzione lavori, [...] collaudo, rilievi, indagini e prove di laboratorio per verifiche sismiche, ed attività connesse alla funzione di coordinatore per la progettazione in materia di sicurezza dei lavori, relativamente all'intervento di miglioramento sismico della sede del Comune di Sant'Onofrio”* (determinazione n.118 del 20 luglio 2016).

1.1. Hanno formato oggetto di gravame, inoltre, gli atti che, nel prosieguo, hanno riguardato la realizzazione dell'intervento di miglioramento sismico, vale a dire, in particolare, la presa d'atto dell'annullamento d'ufficio da parte della Giunta

comunale, la determina di affidamento all'Università della Calabria di *“indagini strumentali”* nonché l'assegnazione ad altro professionista della progettazione di fattibilità tecnica ed economica, definitiva ed esecutiva, dell'intervento in parola.

2. Gli atti sono stati censurati dal ricorrente per violazione delle norme sul procedimento amministrativo (artt. 1, 3, 21 *septies*, 21 *octies* e 21 *nonies* l. 7 agosto 1990 n.241), sull'ordinamento degli enti locali (art. 51 l. 9 giugno 1990, n. 142 e art. 107 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) e del codice dei contratti pubblici (artt.30, 32, 34 e 36 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) nonché per eccesso di potere (*“per difetto di motivazione, per difetto di presupposti e per difetto di istruttoria, per illogicità, per irragionevolezza, per contraddittorietà e per sviamento dalla causa tipica”*).

3. Ha dedotto il ricorrente, con il primo motivo, che l'atto annullato in via di autotutela non è affetto da nullità *ex art. 21 septies* l. 241/1990 non essendo riscontrabili mancanze *“strutturali”* né difetto assoluto di attribuzione atteso che *“il potere esercitato con la determina n. 118/2016 rientrava perfettamente nelle previsioni di cui all'art. 107 del d.lgs. n. 267/2000”*. In tale direzione ha pure contestato che la cit. delibera possa qualificarsi *“nulla o inesistente”* sulla scorta delle le cause indicate dal Comune di Sant'Onofrio, quali la mancata iscrizione nel bilancio del finanziamento ottenuto per l'effettuazione degli interventi di miglioramento sismico, la mancanza del parere di regolarità contabile relativamente alla determina, l'omessa pubblicazione nell'albo pretorio e l'omessa protocollazione interna nonché, infine, la asserita violazione dell'art. 36 del d.lgs. 50/2016. La determina attributiva dell'incarico, oltre a non essere nulla o inesistente, non sarebbe neanche annullabile a mente del secondo comma dell'art. 21 *octies* della l. 241/1990 posto che *“i rilievi formulati [...] attengono, appunto, a pretese carenze nella fase procedimentale (acquisizione visti, pubblicazione, etc.)”*.

3.1. Né, argomenta ancora il ricorrente, ragioni di illegittimità della determina di incarico possono derivare dalla (presunta) violazione degli artt. 51 della l. 142/1990

e 107 del d.lgs. 267/2000, concernenti le attribuzioni dei dirigenti. Contrariamente a quanto indicato negli atti impugnati – segnatamente il provvedimento di annullamento d'ufficio(*sub a*) e la presa d'atto della Giunta (*sub b*) – la determina annullata non necessitava, infatti, della preventiva “*ispirazione*” da parte dell'organo politico, anche in considerazione dell'avvenuto finanziamento dell'opera da parte della Regione Calabria e della sollecitazione, da parte del Dipartimento Regionale, a compiere gli adempimenti necessari per l'avvio della procedura.

4. Con il secondo e il terzo motivo di ricorso viene denunciato il vizio di eccesso di potere e, relativamente agli atti impugnati *sub a*) e b), anche l'illegittimità per difetto di motivazione quanto alla sussistenza effettiva di interesse pubblico all'annullamento, in via di autotutela, della menzionata determinazione. Ulteriori censure afferiscono alla violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 36 d.lgs. 50/2016 e alla contraddittorietà e all'illogicità manifesta del provvedimento in autotutela, per avere il Comune “revocato” l'incarico al ricorrente e affidato lo stesso, con aggravio di costi, ad altri soggetti in palese contrasto col principio di economicità sancito dal codice dei contratti pubblici.

5. Costitutosi, il Comune di Sant'Onofrio ha puntualmente controdedotto rispetto a tutti i motivi di ricorso e ne ha chiesto la reiezione perché infondato.

6. Con ordinanza del 26 ottobre 2017 questo Tribunale ha rigettato l'istanza cautelare proposta dall'arch. Pezzo ritenendo l'atto attributivo dell'incarico al ricorrente “*gravemente viziato per mancata osservanza delle regole di contabilità, oltre che in contrasto con il principio di rotazione nel conferimento degli incarichi professionali*”.

7. In vista dell'udienza di merito del 31 gennaio 2018 le parti hanno prodotto memorie riaffermando, in buona sostanza, le ragioni già in precedenza esplicitate, sottese alle rispettive domande, e hanno insistito per l'accoglimento delle conclusioni formulate.

8. All'udienza del 28 marzo 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

9. Il ricorso è infondato e non merita accoglimento.

9.1. Va posto subito in rilievo che il Collegio ritiene decisivo, ai fini del riconoscimento della illegittimità della determina annullata in autotutela, l'avvenuta violazione del principio di rotazione nel conferimento degli incarichi professionali, non trovando obiettiva giustificazione a mente degli artt. 30 e 36 del d.lgs. 50/2016 l'attribuzione, per la terza volta nell'arco di soli 3 anni, con affidamento diretto, di un ulteriore incarico professionale al ricorrente.

9.1.1. La latitudine applicativa del principio – che ha come scopo precipuo di evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo e si estrinseca mediante l'affidamento, preferibilmente e ove possibile, a soggetti diversi da quelli che in passato hanno svolto il servizio – è ampia e ricomprende già la fase della individuazione degli operatori cui indirizzare gli inviti. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che esso possa configurarsi in termini di *“obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente, nelle gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd sotto soglia, al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; Consiglio di Stato, sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125). In ogni caso, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, *“il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e debba essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento”* (Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; Consiglio di Stato, sez. VI, 31 agosto 2017, n. 412).

9.1.2. Nel caso, come quello di specie, dell'affidamento diretto ex art. 36, comma 1, lett. a), d.lgs 50/2016, il suddetto principio opera al momento dell'assegnazione del contratto. In tema, in modo chiaro, nelle linee guida ANAC n. 4 (delibera 26 ottobre 2016, n. 1097), si legge che *“il rispetto del principio di rotazione espressamente sancito dall'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 fa sì che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente”*. La stazione appaltante, o il RUP, quindi, nel momento in cui propone al responsabile del servizio l'affidamento, è tenuta a indicare la motivazione di tale scelta *“in considerazione o della riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione”*. In modo altrettanto perentorio, nel parere del Consiglio di Stato n. 1329 del 13 settembre 2016 espresso sullo schema di linee guida relative all'affidamento sotto soglia, è scritto che *“ben diverso è il caso dell'affidamento all'operatore economico uscente dove, ad avviso del Collegio, appare non sufficiente imporre un onere motivazionale più stringente, quando, invece, dovrebbe darsi conto del carattere del tutto eccezionale sia della reiterazione dell'invito alla procedura sia del riaffido dell'appalto allo stesso operatore economico, ad esempio a fronte di riscontrata effettiva assenza di alternative, non potendosi dimenticare il rispetto, tra gli altri, del principio di rotazione sancito specificamente dalla legge (art. 36, comma 1). Assai spesso, del resto, è proprio negli affidamenti all'operatore uscente che il fenomeno corruttivo si annida nella sua dimensione meno facilmente accertabile”*.

In sostanza, la decisione di affidare un ulteriore incarico al ricorrente, secondo le convergenti indicazioni della giurisprudenza, del parere espresso dal Consiglio di Stato e dalla stessa ANAC, doveva essere motivata, a differenza di quanto avvenuto nel caso di specie, in modo particolarmente efficace e persuasivo dando conto delle specifiche ragioni, ove sussistenti, legittimanti la – vistosa – deroga al

principio di rotazione. Del tutto insufficienti, pertanto, sotto tale profilo, i generici riferimenti, contenuti nella determina annullata, alla “*adeguata competenza tecnico-professionale maturata con riferimento alla [...] prestazione richiesta per l’incarico*”.

9.2. L’impugnata determina di annullamento d’ufficio interviene inoltre su un provvedimento assunto in palese violazione delle norme, dettate dal d.lgs 267/2000, che disciplinano l’*iter* procedimentale necessario per l’assunzione di validi impegni di spesa da parte dell’ente comunale, configurandosi quale atto di “*gestione fuori bilancio*”, espressamente vietato *ex art. 162, comma 4, T.U. Enti locali*.

9.2.1. Il conferimento dell’incarico è avvenuto in difetto delle condizioni richieste dall’art. 191, comma 1, T.U. *cit.* per “*effettuare spese*” da parte degli enti locali, vale a dire la sussistenza del previo impegno contabile in bilancio e l’attestazione della relativa copertura finanziaria. L’art. 191 del T.U. subordina l’effettuazione di qualsiasi spesa da parte di province, comuni e comunità montane alla previa adozione di delibere autorizzative degli impegni contabili regolarmente assunti nel rispetto delle previsioni di bilancio informate al canone del pareggio (in assenza delle quali è previsto il ricorso ad un procedimento discrezionale di ricognizione postuma del debito da parte dell’ente locale *ex art. 194*). In assenza dell’impegno contabile registrato sul competente capitolo del bilancio di previsione e dell’attestazione della copertura finanziaria, “*il rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della controprestazione e per la parte non riconoscibile ai sensi dell’art. 194, comma 1, lett. e), tra il privato fornitore e l’amministratore, funzionario o dipendente che hanno consentito la fornitura*” (art. 191, comma 4). L’inosservanza delle prescrizioni contabili e delle forme ritenute fondamentali da parte del legislatore comporta quindi la personale responsabilità di chi ha disposto la spesa non potendo gli amministratori sovrapporre o sostituire le proprie scelte a quelle assunte dagli organi deliberanti attraverso, ad esempio, irrituali conferimenti di incarichi (cfr., *ex multis*, Cassazione

civile, sez. I, 4 gennaio 2017, n. 80; Cassazione civile, sez. III, ordinanza, 19 maggio 2017, n. 12608).

9.2.2. Nel caso di specie è incontestato che la determina del 20 luglio 2016, attributiva dell'incarico al ricorrente, addirittura preceda l'approvazione del bilancio di previsione del Comune di Sant'Onofrio e non è parimenti dubbio che il finanziamento regionale destinato all'intervento di miglioramento sismico è stato iscritto nel bilancio comunale il successivo 18 novembre, con la delibera della Giunta Comunale n. 48 del 18 novembre 2016, poi ratificata dal Consiglio Comunale in data 29 dicembre 2016.

10. Conclusivamente, nel caso in esame, l'affidamento dell'incarico concernente il “*miglioramento sismico*” della sede del Comune di Sant'Onofrio – conferito dal responsabile del competente servizio comunale in macroscopica violazione delle norme contabili racchiuse nel d.lgs 267/2000 – è stato effettuato su basi fiduciarie del tutto disancorate dal segnalato criterio di rotazione della scelta operata, avendo questa premiato, con motivazione assolutamente inconsistente se non di mera forma, il concorrente già affidatario di servizi analoghi negli anni precedenti.

Tanto è sufficiente per configurare l'illegittimità del provvedimento annullato d'ufficio, così superando le censure sollevate con il primo motivo di ricorso.

11. Evidente, poi, che nessuno spazio applicativo può trovare la “*sanatoria*”, invocata dal ricorrente, di cui al secondo comma, primo periodo, dell'art. 21 *octies* l.241/1990, trattandosi, anzitutto, di atto non vincolato e comunque venendo in rilievo, con riferimento al principio di rotazione, vizi incidenti sul processo decisionale e sulla stessa individuazione del destinatario dell'incarico e pertanto violazioni di carattere sostanziale, direttamente incidenti sulla correttezza dell'esercizio del potere discrezionale da parte dell'Amministrazione. Analogamente è a dirsi circa l'impraticabilità della convalida, pure essa invocata dal ricorrente, posto che, considerata la natura di affidamento diretto *ad personam*

dell'atto annullato e la conclamata violazione del principio di rotazione, condurrebbe alla reiterazione del vizio del provvedimento originario.

12. L'atto di autotutela, per altro verso, con ciò venendo al secondo e terzo motivo di ricorso, è immune dal vizio di eccesso di potere, è motivato – anche con riferimento alla necessità di evitare “*infondati affidamenti*” su atti amministrativi illegittimi e conseguenti, possibili indebiti esborsi di pubblico denaro – e in definitiva, quindi, è assunto nel rispetto delle previsioni di cui all'art. 21 *nonies* l.241/1990. Non hanno fondamento neppure le censure relative alla violazione del principio di economicità sull'esclusivo presupposto della maggiore spesa impegnata dal Comune di Sant'Onofrio per effetto dell'annullamento dell'incarico al ricorrente, avendo l'ente del tutto legittimamente deciso – “*onde garantire la migliore efficacia dell'intervento progettuale*” – di coinvolgere strutture universitarie nell'espletamento dello stesso e di strutturare l'attività commissionata “*per competenze specialistiche*”. La ontologica diversità degli incarichi attribuiti al Dipartimento di ingegneria ed elettronica dell'Università della Calabria e all'ing. Mazza consente infine di superare l'obiezione del ricorrente relativa alla violazione dell'art. 36 d.lgs 50/2016 per superamento della “soglia” di € 40.000 ivi contemplata ai fini dell'affidamento diretto.

13. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell'amministrazione che liquida in complessivi euro 2.000,00 oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 28 marzo 2018 con
l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario, Estensore

Roberta Mazzulla, Referendario

L'ESTENSORE
Pierangelo Sorrentino

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO