

Sulla possibilità di annullare, in autotutela, il bando, le singole operazioni di gara ed il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Deve premettersi che con l'art. 21 *nonies*¹ della L. n. 241/90 e ss.mm. ed ii., il legislatore è intervenuto per colmare un'importante lacuna legislativa: prima dell'entrata in vigore dell'articolo in commento, infatti, la disciplina dell'annullamento era affidata esclusivamente all'elaborazione giurisprudenziale, oltre che all'approfondimento dottrinario. La norma costituisce la fonte normativa dell'autotutela amministrativa, che assolve al fondamentale compito di risolvere in via anticipata i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti nei riguardi dei soggetti privati coinvolti dall'azione amministrativa.

La *ratio* di tale potere va rinvenuta essenzialmente nei principi di continuità e necessità dell'azione amministrativa: l'istituto dell'annullamento, invero, è previsto per assicurare l'“*adeguamento permanente*”² delle decisioni amministrative al mutamento continuo degli interessi affidati alla cura istituzionale della P.A.

L'autotutela può, inoltre, conseguire ad una nuova e diversa valutazione d'ufficio della situazione (cd. *melius re perpensa*) da parte della P.A., che comporta il ritiro dell'atto in via di autotutela, una volta rimeditato il contesto fattuale e giuridico: il tutto, in vista del preminente interesse pubblico perseguito.

Anche con riferimento al settore degli appalti pubblici, la P.A. è notoriamente dotata di un ampio potere discrezionale per riesaminare, in autotutela, il procedimento di gara già avviato: più precisamente, rientra nei poteri dell'Amministrazione quello di annullare in autotutela il bando, le singole operazioni di gara e lo stesso provvedimento di aggiudicazione definitiva, tenuto conto

¹ Dispone il comma 1 dell'art. 21 *nonies* L. n. 241/90: “*Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo*”.

² L'espressione è di CARINGELLA - GIANNINI, *Codice del procedimento amministrativo*, Roma, 2010, 388.

delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse.

Sul punto, anche il nuovo codice dei contratti pubblici prevede espressamente che tutti gli atti di gara, a partire dal bando per finire all'aggiudicazione definitiva, ben possono formare oggetto di ritiro in via di autotutela.

Tale principio è stato consacrato dall'art. 32, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016 (già art. 11, comma 9, D.Lgs. n. 163/2006) che, nel disciplinare il termine finale per la stipulazione del contratto, fa comunque “*salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti ..*” anche una volta “*divenuta efficace l'aggiudicazione*”.

Autorevole dottrina³ ha fatto riferimento al concetto di “*immanenza*” del controllo di legalità dell'Ente che ha indetto la gara anche nelle fasi terminali del procedimento, attraverso le procedure che regolano l'esercizio del potere di autotutela, come codificate dalla L. n. 241 del 1990 e ss.mm. ed ii.; “*immanenza*” che trova il proprio fondamento:

- nel principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità della funzione pubblica, senza che, a tal fine, occorra una diffusa motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico;
- nel principio di diritto comune enucleato dall'art. 1328 c.c., in base al quale la proposta di concludere il contratto (quale è l'atto di indizione della gara, ancorché espresso in forma pubblicistica e subordinato all'osservanza delle regole procedimentali per la scelta del contraente), è sempre revocabile fino a che il contratto non sia concluso.

Inoltre, con precipuo riferimento all'obbligo motivazionale in caso di autotutela amministrativa esercitata con riguardo ad una procedura di gara, la giurisprudenza e la dottrina hanno enucleato, negli anni, diverse ipotesi di non necessità della motivazione, o comunque ritenuto sufficiente una motivazione più “*attenuata*” in ordine all'interesse pubblico da tutelare, allorché quest'ultimo risulti in *re ipsa*: è il caso, ad esempio, della configurabilità di eventuali danni per l'amministrazione.

Nello specifico, l'ipotesi principale si configura qualora dall'atto illegittimo, oggetto del

³ DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Torino, 2017, 509 e ss.

“ripensamento” amministrativo, possa derivare un esborso di danaro attuale o futuro, con conseguente danno permanente per l’Amministrazione.

In tali situazioni, è stato osservato che il risarcimento del danno derivante dall’illegittimità del provvedimento (quale può essere, per l’appunto, un bando di gara ed i successivi atti consequenziali) giustifica l’interesse pubblico *in re ipsa*: pertanto, l’Amministrazione ben può, a fronte della (anche solo) eventualità di una richiesta di risarcimento del danno, ricorrere all’istituto dell’annullamento d’ufficio, per evitare il risarcimento del danno ed usufruire, altresì, dell’attenuazione del dovere di motivazione⁴.

Come autorevolmente affermato dall’ANAC nella delibera n. 400 del 5 aprile 2017, “.. .. *non può ritenersi preclusa alla stazione appaltante la possibilità di procedere alla revoca o annullamento di una gara allorché questa non risponda più alle esigenze dell’Ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale all’eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dei partecipanti nei confronti dell’Amministrazione; tale potere trova il proprio fondamento nel principio generale dell’autotutela della Pubblica amministrazione, che rappresenta una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica (così, ex multis, Tar Toscana – Firenze, Sent. n. 1372/2011)*”.

Sul tema, la giurisprudenza amministrativa è ripetutamente intervenuta, affermando che: “.. *deve riconoscersi un ampio potere discrezionale all’Amministrazione per riesaminare, in autotutela, il procedimento di gara già avviato, tenendo conto delle preminenti ragioni poste dalla esigenza di salvaguardia del pubblico interesse*”; invero, “*ogni questione attinente alle modalità di espletamento della gara in questione non può che assumere rilievo secondario e recessivo, rispetto all’esigenza, postulata dall’Amministrazione, di una rivalutazione complessiva della*

⁴ In dottrina, vd. ROMANO, *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, 884 ss.

vicenda, sulla base di esigenze di pubblico interesse ..”⁵.

Il principio di cui innanzi è stato, di recente, ribadito dalla giurisprudenza: “*nel settore degli appalti pubblici, anche dopo l’aggiudicazione definitiva e, addirittura, dopo il conseguimento dell’efficacia di quest’ultima, la stazione appaltante conserva i suoi poteri di autotutela rispetto alla procedura*”; più precisamente, “*alla Pubblica Amministrazione, in forza dei principi di immanenza del pubblico potere e di continuità dell’azione amministrativa, non può essere sottratto il potere di riesaminare la fattispecie e rieditare il potere, congruamente motivando sul punto, ove vi siano sopravvenienze fattuali o normative o, melius re perpensa, addivenga ad una diversa valutazione della fattispecie è noto, peraltro che proprio nel settore degli appalti pubblici, anche dopo l’aggiudicazione definitiva e, addirittura, dopo il conseguimento dell’efficacia di quest’ultima, la stazione appaltante conserva i suoi poteri di autotutela rispetto alla procedura”⁶.*

Più nello specifico, l’Ecc.mo Consiglio di Stato ha ripetutamente sottolineato che: “*.. .. in materia di procedimenti per l’affidamento di contratti pubblici, l’esercizio del potere di autotutela è sempre ammissibile in quanto, dovendo tener conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse, in presenza di gravi vizi dell’intera procedura, l’amministrazione conserva il potere di annullare il bando, le singole operazioni di gara e lo stesso provvedimento di aggiudicazione definitiva.*

Non è dato pertanto dubitare della legittimità dell’operato dell’amministrazione appaltante che, ancorché fosse intervenuto il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell’affidamento in questione, ha nondimeno ritenuto di dover procedere in autotutela”⁷.

Trattasi, invero, di un indirizzo giurisprudenziale già da tempo affermato in giurisprudenza: “*.. la pubblica amministrazione conserva, anche in relazione ai procedimenti di gara per la scelta del*

⁵ In tal senso, Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5374.

⁶ In tal senso, Tar Campania - Napoli, Sez. I, 23 novembre 2017, n. 5537; cfr. Tar Sicilia - Palermo, Sez. I, 18 luglio 2017, n. 1866.

⁷ In tal senso, Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2017, n. 2891.

contraente, il potere di annullare in via di autotutela il bando, le singole operazioni di gara e lo stesso provvedimento di aggiudicazione, ancorché definitivo in presenza di gravi vizi dell'intera procedura, dovendo tener conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse"⁸.

Di recente, in un'ipotesi in cui è stata riscontrata *"l'esistenza di contraddizioni nel bando di gara"*, l'Ill.mo Consesso amministrativo⁹ ha rimarcato che: *".. .. logicamente vanno prima riscontrati i gravi vizi della procedura che .. fondano l'illegittimità degli atti annullati in autotutela. In primo luogo rileva l'illegittimità del bando di gara", che *".. si collega alla questione centrale ai fini dell'illegittimità della procedura".* Orbene, in tale evenienza, i Giudici amministrativi hanno dato atto che: *".. il provvedimento di autotutela è fondato, come nel caso di specie, sulla necessità di prevenire ingiustificati esborsi di danaro pubblico, circostanza questa che esclude in radice la configurabilità della tutela dell'affidamento del privato".* Il tutto, altresì, aggiungendo che: *".. .. nessuna norma impone una motivazione specifica atto per atto, tanto più nel caso di procedure ad evidenza pubblica dove vengono in rilievo atti in sequenza, strettamente collegati tra loro; ciò che conta, e nella fattispecie è stato sicuramente rispettato, è che le ragioni fondamentali emergano in modo che il privato possa difendersi compiutamente ..".**

La giurisprudenza ha, inoltre, precisato che: *"la sussistenza di un interesse pubblico in re ipsa tale da giustificare ex se l'annullamento in via di autotutela, in presenza di atti amministrativi che provocano illegittimo esborso di danaro pubblico costituisce sempre un interesse pubblico attuale e concreto idoneo a giustificare l'autotutela, e ciò in quanto la natura pubblica del denaro indebitamente erogato sottrae il riesame degli atti illegittimamente adottati, da parte dell'Amministrazione che si avvede – sia pure tardivamente – dell'errore in cui è incorsa, ad ogni discrezionalità e la motivazione del provvedimento di annullamento è data in re ipsa, sul*

⁸ Così, a titolo esemplificativo, Cons. Stato, Sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7273.

⁹ Con la decisione della Sez. IV, 17 agosto 2017, n. 4027.

piano dell'interesse pubblico, dalla necessità di evitare le conseguenze negative derivanti dalla determinazione originaria, senza che assuma rilievo, in senso contrario la determinazione del tempo"¹⁰.

In definitiva, “.. .. la stazione appaltante, **accertata la difformità della lex specialis di gara ai requisiti fissati dalla recente normativa .. è tenuta a rimuovere in autotutela gli atti contrastanti con il dettato normativo**”¹¹, così assurgendo, l'annullamento in autotutela, la connotazione di vera e propria attività vincolata per la P.A., da porre in essere ogni qual volta siano riscontrati vizi e/o difformità e/o incongruenze e/o inesattezze che possano inficiare la procedura di gara e, conseguentemente, esporre la stazione appaltante a possibili azioni risarcitorie.

Del resto, non è un caso che l'art. 21 *nonies* L. n. 241/90¹² che, come innanzi detto, costituisce la fonte dell'autotutela amministrativa, al primo comma, ult. inciso, sottolinea che: “**rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo**”, così, evidentemente, rimarcando l'importanza - o meglio la doverosità - di intervenire su un provvedimento illegittimo, mediante lo strumento dell'autotutela, ogni qual volta vi siano esigenze che impongano l'attivazione di detto potere.

Settembre 2018

¹⁰ In tal senso, Tar Campania - Napoli, Sez. V, 4 marzo 2008, n. 1089; cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 novembre 1992, n. 910.

¹¹ Così, Tar Lazio Roma, Sez. II bis, 26 settembre 2017, n. 9921; cfr., in senso analogo, Cons. Giust. amm. Reg. Sic., 24 maggio 2017, n. 247: “**in materia di autotutela amministrativa nell'ambito dei pubblici appalti, è pacifico che l'esercizio del relativo potere possa sfociare in un annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipula del contratto a valle, purché per ragioni afferenti la legittimità della relativa procedura di gara**”.

¹² Come modificato dalla L. n. 164/2014.