

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: Partecipazione al procedimento – Comunicazione di avvio del procedimento – Annullamento d’ufficio - Necessità.

Cons. Stato, Sez. V, 6 settembre 2022, n. 7766

- in *Il Foro amm.*, 9, 2022, pag. 1101

“[...] la natura ampiamente discrezionale dell’annullamento d’ufficio – che, nei sensi già illustrati, trae, ad tempo, conferma ed alimento dall’obbligo di prendere specificamente in considerazione, in un necessario bilanciamento comparativo, gli interessi ed i controinteressi dei privati destinatari dell’azione amministrativa – può testimoniare della imprescindibile necessità di coinvolgimento di questi ultimi, mercé la comunicazione di avvio del procedimento, che devono essere messi in condizione di contribuire alla elaborazione del materiale istruttorio, di rappresentare le circostanze di fatto rilevanti e di allegare e difendere i propri interessi nella dialettica procedimentale: sì che, in via di principio, la dequotazione del momento partecipativo, operata dall’art. 21 octies, comma 2, può trovare valorizzazione essenzialmente nelle ipotesi in cui l’esito demolitorio si appalesi, in concreto, sostanzialmente, se non formalmente vincolato [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2022 il Cons. Giovanni Grasso e udito, per la parte appellante, l’avvocato Pirozzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con determinazione dirigenziale n. 690 del 24 aprile 2014, Roma Capitale procedeva alla indizione, ai sensi dell’art. 125, comma 11, del decreto legislativo 163 del 2006 e dell’art. 330 del D.P.R. n. 207 n. 207/2010, di una pluralità di procedure per l’affidamento di vari servizi di manutenzione delle aree verdi site nel territorio comunale.

A tal fine, con lettera di invito in data 20 giugno 2014, sollecitava, tra gli altri, l’odierna appellante a concorrere alla gara, da esperire con procedura negoziata per l’affidamento dell’appalto relativo al servizio per gli interventi finalizzati al ripristino e alla manutenzione degli arredi urbani (CUP J86J14000200004 – CIG 58197322C6). L’importo del servizio a misura veniva quantificato in € 39.813,33, soggetto a ribasso d’asta, ed € 1.231,34 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso d’asta.

Con offerta del 7 luglio 2014, Coculo Terenzio & Figli S.r.l. presentava la propria offerta, corredando la stessa di tutti i documenti attestanti i requisiti richiesti e offrendo un ribasso del 9,20% sull'importo del servizio (€ 36.150,50, in luogo di € 39.813,33 così come quantificati da Roma Capitale).

Seguiva, in data 8 settembre 2014, l'inoltro della lettera di commessa (prot. QL. 58731), che comunicava l'adozione della determinazione dirigenziale n. 1296 del 18 agosto 2014, di affidamento della esecuzione degli interventi finalizzati al ripristino e alla manutenzione degli arredi urbani, tramite l'impiego della relativa spesa di € 45.605,85, IVA compresa.

Effettuato il versamento, come da sollecito, della cauzione definitiva, in data 16 settembre 2014 le parti sottoscrivevano il verbale di avvio dell'esecuzione del contratto.

Al completamento degli interventi contrattualmente assunti, attestato dall'inoltro dello stato di avanzamento dei lavori n. 2 - Prot. QL 14526, in data 21 maggio 2015, l'Amministrazione procedeva alla liquidazione del saldo dovuto.

Ciononostante, in data 18 febbraio 2016, a dispetto del fatto che fosse trascorso un anno dal completamento degli interventi e dal pagamento degli stessi da parte dell'Amministrazione, il Dipartimento Tutela Ambientale – Direzione Gestione Territoriale Ambientale e del Verde notificava determinazione dirigenziale n. 150 del 17 febbraio 2016 (prot. n. QL 8222), con la quale era stato disposto l'annullamento, in autotutela, delle precedenti determinazioni n. 690 del 24 aprile 2014 e n. 1296 del 18 agosto 2014.

2.- Con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Lazio, Coculo Terenzio & Figli s.r.l. – sulla ribadita premessa che l'appalto fosse stato, all'esito del suo affidamento, integralmente eseguito e regolarmente compensato – impugnava la ridetta determinazione rimotiva, lamentando, con triplice ed articolato motivo di doglianza:

a) il superamento dei termini per l'esercizio del potere di autotutela o, comunque, l'eccessiva dilazione temporale del relativo procedimento, in relazione ai limiti di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/1990;

b) l'omessa attivazione del doveroso e preventivo contraddittorio procedimentale, ai sensi degli artt. 7 ss. della l. n. 241/1990, con pedissequo difetto di istruttoria;

c) eccesso di potere, per abusiva attivazione del rimedio autoritativo, quale alternativa agli ordinari, ed esclusivi, strumenti di diritto privato.

3.- Con sentenza n. 424 del 14 gennaio 2020, resa nel contraddittorio delle parti, il TAR adito respingeva il ricorso, sul complessivo e gradato assunto:

a) che, sotto il primo profilo, “*il termine complessivamente decorso dalla determinazione dirigenziale n. 690 del 2014 [fosse] di poco inferiore a ventidue mesi e [...] comunque ragionevole*”, alla luce di un canone di ragionevolezza da acquisirsi, giusta la direttiva esegetica di Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, in termini non *parametrici*, ma *relazionali*, avuto cioè riguardo “*a tutte le circostanze rilevanti*” e nella logica di una concreta “*esigibilità in capo all’amministrazione*”;

b) che, sotto il secondo profilo, la prefigurata partecipazione non avrebbe, comechessia, sortito – giusta il canone antiformalistico di cui all’art. 21 *octies* l. n. 241/1990 – utile apporto alternativo, sicché “*anche ove la società fosse stata messa in condizione di partecipare al procedimento, l’esito non avrebbe potuto essere differente*”;

c) che, infine, anche dopo la stipulazione del contratto, fosse, in principio, “*impregiudicata, nell’inerenza all’azione della pubblica amministrazione dei poteri di autotutela previsti dalla legge, la possibilità [...] dell’annullamento d’ufficio dell’aggiudicazione definitiva*”.

4.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Coculo Terenzio & Figli s.r.l. impugnava la ridetta statuizione, di cui argomentava la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l’integrale riforma.

Nella resistenza di Roma Capitale, alla pubblica udienza del 9 giugno 2022 la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L’appello è fondato e va accolto.

2.- Con il primo motivo di doglianza, l’appellante si duole – prospettando violazione degli artt. 21 *octies* e 21 *nonies* della l. n. 241/1990, una ad eccesso di potere per difetto di motivazione – che la sentenza appellata, in modo asseritamente acritico e decontestualizzato, abbia ritenuto complessivamente non incongruo né irragionevole il termine decorso dalla adozione del provvedimento oggetto di annullamento in autotutela, avuto riguardo alla circostanza, idonea ad incidere sul maturato affidamento, che la vicenda evidenziale aveva interamente esaurito, anche nella fase esecutiva, i programmati effetti.

2.1.- Il motivo è fondato.

Importa premettere che non è in discussione – in quanto ritenuto, senza contestazione sul punto, *ratione temporis* inapplicabile alla vicenda in esame – il limite temporale rigido, sesquiannuale od annuale, *ne ultra quem* attualmente previsto, relativamente ai provvedimenti “*di attribuzione di vantaggi economici*”, dal comma 1 dell’art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 così come modificato prima dall’art. 25 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv. in l. 11 novembre 2014, n.

164, quindi dall'art. 6 l. 7 agosto 2015, n. 124 e da ultimo dall'art. 63 d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108).

Ciò precisato, l'art. 21 *nonies* cit., codificando i presupposti ed i limiti del potere di riesame, autorizza le pubbliche amministrazioni, nell'esercizio della generale facoltà di autotutela, a disporre, in via officiosa, l'annullamento dei propri atti riconosciuti illegittimi, ai sensi dell'art. 21 *octies*. A tal fine, è necessario:

a) che, sotto il *profilo assiologico*, sussistano – concrete, effettive ed attuali – “*ragioni di interesse pubblico*”, correlate alla natura ampiamente *discrezionale* dei procedimenti di secondo grado, ad esito ordinariamente non vincolato, ed alla necessità di salvaguardare, trattandosi di iniziativa essenzialmente autoremediale, gli affidamenti maturati dai “*destinatari*” e dai “*controinteressati*”, il cui interesse deve essere comparativamente ed obbligatoriamente apprezzato e valutato;

b) che, sotto il *profilo temporale*, l'opzione rimotiva debba essere esercitata – anche in tal caso, nella prospettiva della salvaguardia dei maturati affidamenti, la cui consistenza e resistenza è direttamente proporzionale alla durata degli effetti – in un termine (comunque) “*ragionevole*”.

In particolare, il canone (e il limite) della *ragionevolezza* connota, in generale, l'azione amministrativa nel suo complesso, ed obbedisce ad una logica di adeguatezza, coerenza e proporzionalità nell'esercizio unilaterale di facoltà a connotazione potestativa, nella prospettiva del necessario bilanciamento tra l'obiettivo del “*buon andamento*” dell'azione amministrativa (declinata in termini di *efficacia* ed *efficienza*: cfr. art. 1 l. n. 241/1990) e il dovere di “*imparzialità*” (cui fa capo, nella prospettiva dialettica e relazionale del rapporto amministrativo, la direttiva di leale “*cooperazione*” e di rispetto del canone di “*buona fede*” oggettiva, orientata alla salvaguardia dei *legittimi affidamenti* dei destinatari, è oggi positivamente codificata all'art. 1, comma 2 *bis* della l. n. 241/1990).

Declinata in relazione ai procedimenti contrattuali – a struttura bi-fasica, in quanto caratterizzati da un procedimento “*di affidamento*” di matrice pubblicistica, che esita nel provvedimento di aggiudicazione, e da una fase “*di esecuzione*” esecutiva privatistica, mediata dalla stipula del contratto: cfr. art. 30, comma 8 d.lgs. n. 50/2016 – la tempistica delle misure di autotutela assume connotazioni peculiari, in quanto la rimozione autoritativa “*incid[e] su rapporti negoziali*” (*arg. ex art. 21 quinquies*, comma 1 *bis* l. n. 241/1990).

In tal caso:

a) non sussistono limiti, se non di ordine generale, alla rimozione nella fase che precede l'aggiudicazione definitiva (in tal caso – trattandosi propriamente di mero “*ritiro*”: cfr. art. 27,

comma 1 *bis* d. lgs. n. 50/2016 – non trovano applicazione né l’art. 21 *quinquies*, per la revoca, né l’art. 21 *nonies* per l’annullamento d’ufficio);

b) nella fase che intercorre – con necessaria dilazione: cfr. art. 32, comma 9 d. lgs. n. 50 cit. – tra l’aggiudicazione e la stipula del contratto, è fatto salvo l’esercizio degli ordinari poteri di autotutela, in quanto “*consentiti dalle norme vigenti*” (cfr. art. 32, comma 8 d. lgs. n. 50 cit.);

c) successivamente alla stipula del contratto (che è ipotesi di interesse nella vicenda in esame), mentre è, per comune e consolidato intendimento, senz’altro preclusa l’iniziativa meramente revisionale in funzione di revoca (*arg. ex* art. 109 d. lgs. cit., che all’uopo appresta, in via esclusiva, lo strumento privatistico del recesso contrattuale: cfr. Cons. Stato, ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14), è oggetto di non sopita discussione la praticabilità dell’annullamento d’ufficio in funzione di riesame (che diffusa giurisprudenza della Cassazione tende ad escludere in via pregiudiziale, sull’assunto – valorizzato dall’odierno appellante con il terzo motivo di censura – della maturata ed automatica preclusione all’esperimento di poteri di ordine autoritativo *post contractum*, essendo per contro ammessi dal prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa).

Peraltro, di là da quest’ultimo profilo, su cui non pare necessario prendere posizione espressa, l’art. 108 del d. lgs. n. 50/2016 offre una precisa e rilevante indicazione positiva (che, tra l’altro, emerge con ogni evidenza dal comma 1 *bis*, che – escludendo l’operatività dei “*termini*” di cui all’art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990, sottintende la residuale applicabilità del relativo regime, segnatamente riferito ai presupposti: cfr. anche, in termini più lati, l’art. 176, comma 2, relativamente ai contratti di concessione) nel senso della (formale e) necessaria refluenza effettuale (non importa qui indagare se tassativa o meno) dei “*casi*” di annullamento in vicenda “*risolutoria*” del contratto in essere.

Se ne deve desumere una importante – e dirimente – conclusione “di sistema” (cfr. art. 12, comma 2 prel.): in quanto l’annullamento dell’aggiudicazione *post ratum contractum* si atteggia a fattispecie di automatica *risoluzione unilaterale* (che prescinde, in tal caso, dall’inadempimento delle prestazioni *in executivis*), essa postula (sul piano logico, prima ancora che positivo) la perdurante *efficacia* del contratto, non essendo allora, per definizione e *in re ipsa*, “*ragionevole*” – ai fini del limite cronologico – un riesame della fase di affidamento allorché gli effetti negoziali siano interamente esauriti, sì che non si possa neppure prefigurare, in concreto, una fattispecie risolutoria.

Sulle esposte coordinate ermeneutiche, l’appello – già sotto il primo motivo di censura – deve ritenersi senz’altro fondato, in quanto l’amministrazione appaltante non ha solo (e semplicemente) ritenuto di intervenire in autotutela quando erano ormai decorsi ben ventidue mesi dall’affidamento

della commessa: ma – soprattutto – ha inteso disporre l’annullamento dell’aggiudicazione *quando ormai le prestazioni negoziali erano state interamente – e senza contestazione di sorta – portate a termine* ed era stato, perfino, *interamente versato il corrispettivo pattuito* (evidentemente insuscettibile di restituzione, se non altro alla luce dei principi in materia di *rapporti contrattuali di fatto*, eseguiti in buona fede). Sicché, sotto ogni profilo – sia relativamente al *formale* dato temporale, sia con riguardo alla *sostanziale* prevalenza dell’affidamento maturato – si è trattato di una iniziativa del tutto intempestiva.

3.- L’accoglimento del motivo che precede è assorbente.

Non è inutile soggiungere, peraltro, per completezza che parimenti fondato è il secondo motivo di doglianza, con il quale l’appellante si duole che il primo giudice abbia sostanzialmente ritenuto irrilevante, nella prospettiva dell’art. 21 *octies*, comma 2 della l. n. 241/1990, la partecipazione al procedimento di autotutela, sull’assunto che *“anche ove la società fosse stata messa in condizione di partecipare al procedimento, l’esito non avrebbe potuto essere differente”*.

Invero, già su un piano generale, la natura ampiamente discrezionale dell’annullamento d’ufficio – che, nei sensi già illustrati, trae, ad tempo, conferma ed alimento dall’obbligo di prendere specificamente in considerazione, in un necessario bilanciamento comparativo, gli interessi ed i controinteressi dei privati destinatari dell’azione amministrativa – può testimoniare della imprescindibile necessità di coinvolgimento di questi ultimi, mercé la comunicazione di avvio del procedimento, che devono essere messi in condizione di contribuire alla elaborazione del materiale istruttorio, di rappresentare le circostanze di fatto rilevanti e di allegare e difendere i propri interessi nella dialettica procedimentale: sì che, in via di principio, la dequotazione del momento partecipativo, operata dall’art. 21 *octies*, comma 2, può trovare valorizzazione essenzialmente nelle ipotesi in cui l’esito demolitorio si appalesi, in concreto, sostanzialmente, se non formalmente vincolato.

Del resto, sul piano concreto, la circostanza che l’Amministrazione capitolina abbia inteso valorizzare *“la manifesta sproporzione tra il ribasso della gara oggetto di controversia e quelli registrati nelle gare svolte l’anno successivo dal medesimo Dipartimento tutela ambientale”* legittimava, quanto meno, uno specifico, puntuale e circostanziato confronto tra le parti, alla luce dei relativi rapporti negoziali concretamente instaurati.

4.- Sulle esposte considerazioni, l’appello merita di essere accolto e, per l’effetto, in riforma della sentenza gravata, deve essere parimenti accolto il ricorso di primo grado, con annullamento dei provvedimenti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano, per il doppio grado, come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, accoglie il ricorso di primo grado ed annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna Roma Capitale alla refusione delle spese del doppio grado in favore dell'appellante, che liquida in € 8.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE

Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO
