

PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI DI SECONDO GRADO

REPORT ANNUALE - 2011 – ITALIA

(Febbraio 2011)

Prof. Margherita RAMAJOLI

INDICE

- 1. PREMESSA**
- 2. INFORMATIVA PREVENTIVA DELL'INTENTO DI PROPORRE RICORSO GIURISDIZIONALE ED ESERCIZIO DEI POTERI DI AUTOTUTELA DA PARTE DELLA STAZIONE APPALTANTE**
- 3. RIPARTO DI GIURISDIZIONE IN MATERIA DI PROVVEDIMENTI DI RITIRO DI CONTRIBUTI PUBBLICI**
- 4. INDENNIZZO A SEGUITO DI REVOCA DI UN PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO**
- 5. AGGIUDICAZIONE E POTERE DI AUTOTUTELA**
- 6. INDICAZIONI BIBLIOGRAFICHE**
- 7. SITI WEB**

1. PREMESSA

I provvedimenti amministrativi di secondo grado sono caratterizzati dall'aver a oggetto precedenti provvedimenti amministrativi (cd. **autotutela**).

La cura dell'interesse pubblico richiede che l'amministrazione disponga del potere di rivalutare quanto precedentemente disposto, di riprendere in considerazione precedenti

provvedimenti della cui validità oppure opportunità essa abbia ragione di dubitare, assumendo se del caso misure in ordine a siffatti provvedimenti.

L'amministrazione è tenuta costantemente a tutelare l'interesse pubblico, servendosi, ad esempio, dell'eliminazione del provvedimento quale mezzo per tutelare il fine cui essa è preposta, anche se ciò può creare dei problemi con riferimento ai diritti e agli interessi legittimi sorti con il provvedimento di primo grado e con il conseguente affidamento dei privati in ordine alla stabilità del provvedimento stesso.

Attualmente l'art. 21-*quinquies* e l'art. 21-*nonies* della legge n. 241/90, introdotti dalla legge n. 15/2005, disciplinano la revoca, l'annullamento d'ufficio e la convalida dei provvedimenti, codificando espressamente i più importanti provvedimenti amministrativi di secondo grado, che vengono così tipizzati in via generale e non più lasciati, come prima, all'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale.

Tuttavia **l'apporto della giurisprudenza è ancora essenziale in materia**, contribuendo a delineare i tratti dell'istituto dell'autotutela.

Nel 2010 questo processo di specificazione dei caratteri dell'istituto è avvenuto specie con riferimento ai profili del riparto di giurisdizione (par. 3), dell'indennizzo a seguito di revoca di un provvedimento amministrativo (par. 4) e del potere di autotutela nel caso di aggiudicazione provvisoria (par. 5).

L'anno 2010 si segnala altresì per l'introduzione normativa della cd. informativa preventiva dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale che pone l'amministrazione nelle condizione di decidere se intervenire o meno in autotutela (par. 2).

2. INFORMATIVA PREVENTIVA DELL'INTENTO DI PROPORRE RICORSO GIURISDIZIONALE ED ESERCIZIO DEI POTERI DI AUTOTUTELA DA PARTE DELLA STAZIONE APPALTANTE

In materia di procedure di affidamento di **appalti pubblici** il nuovo art. 243-*bis* del codice dei contratti pubblici, introdotto dall'art. 6 del d. lgs. n. 53/2010, di recezione della direttiva 2007/66/CE, ha previsto **l'informativa preventiva rivolta alla stazione appaltante dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale**.

Questo "preavviso di ricorso" pone l'amministrazione nella condizione di decidere tempestivamente se "intervenire o meno in autotutela" di fronte a sospette illegittimità del suo agire ed è un **meccanismo preventivo di risoluzione delle controversie incentrato sull'esercizio del potere di autotutela**.

In particolare i soggetti che intendono proporre ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti delle presunte violazioni e del proposito di presentare ricorso. L'informativa contiene una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità degli atti dell'amministrazione e dei motivi di ricorso che si intendono sviluppare in giudizio, fatta in ogni caso salva la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi e ulteriori.

Questa comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale e non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto fissato dall'art. 11, co. 10°, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

L'amministrazione, entro 15 giorni dall'informativa, "comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela". E' da ritenersi che entro il suddetto termine non debba necessariamente essere adottato il provvedimento di autotutela, ma solo la determinazione di attivare o meno il procedimento di riesame.

Tuttavia questa determinazione non può consistere nella mera intenzione di esercitare o meno l'autotutela, ma deve contenere indicazioni sulla fondatezza o infondatezza dei motivi prospettati dall'interessato.

Di conseguenza, nonostante la legge taccia sul punto, è opportuno il coinvolgimento di eventuali controinteressati nel procedimento di riesame, quale può essere l'impresa aggiudicataria, mediante la comunicazione di avvio del procedimento *ex art. 7* della legge n. 241/1990.

Il silenzio dell'amministrazione sull'informativa è equiparato a un provvedimento negativo ("equivale ad un diniego di autotutela"). Sia l'omissione dell'informativa da parte dell'impresa sia il silenzio della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'art. 1227 c.c., sul concorso del fatto colposo del danneggiato nella produzione del danno, per cui la misura del risarcimento potrà essere diminuita "secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate".

"Il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito", è impugnabile solo insieme all'atto cui si riferisce, oppure, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti (nuovo comma 6 dell'art. 243-*bis* del codice dei contratti, come introdotto dall'art. 3, allegato 4, d.lgs. n. 104/2010).

Va tuttavia osservato che la **comunicazione preventiva** dell'intenzione di proporre ricorso è destinata ad avere un **ruolo marginale in funzione deflattiva del contenzioso**. La ragione risiede sia nel brevissimo termine di 30 giorni per la proposizione del ricorso giurisdizionale, sia nel fatto che la presentazione dell'informativa non comporta la sospensione del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale, né del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

Pertanto, la concreta disciplina dettata per l'informativa preventiva trasforma l'istituto da meccanismo di prevenzione delle controversie a mero strumento avente la funzione di allertare l'amministrazione dell'esistenza di pericoli d'illegittimità della procedura di aggiudicazione.

3. RIPARTO DI GIURISDIZIONE IN MATERIA DI PROVVEDIMENTI DI RITIRO DI CONTRIBUTI PUBBLICI

Nel 2010 abbondante è la giurisprudenza in tema di **riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario in materia di provvedimenti a contenuto revocatorio** che incidono su **contributi, finanziamenti e sovvenzioni erogati da amministrazioni**. Si è affermato un orientamento costante che utilizza un criterio generale in tema di riparto di giurisdizione fondato sull'individuazione del "segmento procedurale" interessato dal provvedimento revocatorio e sulla "causale" della contestata iniziativa dell'amministrazione.

La giurisprudenza amministrativa si rifà al consolidato indirizzo della Suprema Corte di Cassazione (di recente Cass., sez.un., 17 febbraio 2010, n. 3679) e distingue il **momento "statico" della concessione del contributo** dal momento "dinamico" riguardante l'utilizzazione del contributo stesso.

Il primo segmento spetta alla **giurisdizione del giudice amministrativo**, invece ogni altra ipotesi relativa alle modalità di utilizzazione del contributo e al rispetto degli impegni assunti rientra nella giurisdizione del giudice ordinario (Cons.Stato, sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 3; sez. V, 16 febbraio 2010, n. 884; 23 settembre 2010, n. 7088; 10 novembre 2010, n. 7994).

Si è ulteriormente precisato che in tema di riparto di giurisdizione in materia di contributi pubblici rilevano i normali criteri di riparto della giurisdizione fondati sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive azionate.

Il privato vanta un **interesse legittimo** quando la controversia riguarda non solo la fase procedimentale precedente al provvedimento attributivo del beneficio, ma anche la fase successiva nell'ipotesi in cui il **provvedimento di finanziamento sia stato annullato o revocato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse**.

Sussiste invece un diritto soggettivo se la controversia sorge nella fase di erogazione del contributo oppure di ritiro della sovvenzione sulla base di un addotto

inadempimento del destinatario; ciò anche se si faccia questione di atti denominati come revoca, decadenza, risoluzione, purché essi si fondino sull'asserito inadempimento, da parte del beneficiario, alle obbligazioni assunte a fronte della concessione del contributo.

Infatti quest'attività non è autoritativa, manca alcuna ponderazione tra l'interesse pubblico e l'interesse privato, dovendosi piuttosto valutare, su un piano ormai paritetico, se siano stati o meno rispettati gli obblighi presi o imposti contestualmente all'erogazione del contributo (Cons.St., sez. V, 16 febbraio 2010, n. 884; sez. VI, 3 giugno 2010, n. 3501; Cons.Giust.Amm.Reg.Sic., 21 settembre 2010, n. 1232; Cons.St., sez. V, 10 novembre 2010, n. 7994; Tar Umbria, Perugia, sez. I, 23 giugno 2010, n. 383; Tar Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 24 giugno 2010, n. 164; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 29 novembre 2010, n. 14192).

Così, ad esempio, una revoca causata dal sopraggiungere del fallimento dell'impresa beneficiaria e dalla ritenuta impossibilità dell'impresa di adempiere agli obblighi fissati con la concessione del contributo non è manifestazione di un potere di autotutela mediante una nuova ponderazione degli interessi pubblici relativi all'atto concessorio. Essa rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, in quanto incide sul diritto soggettivo "alla permanenza dei contributi di cui è stata prospettata la violazione a motivo dell'assenza dei presupposti per l'interruzione dell'erogazione del beneficio e, quindi, dell'inadempimento opposto dall'amministrazione" (Cons.St., sez. VI, n. 3/2010; sez. V, n. 7088/2010).

4. INDENNIZZO A SEGUITO DI REVOCA DI UN PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

La giurisprudenza ha avuto più occasioni per precisare le regole che disciplinano l'istituto dell'indennizzo liquidato dall'amministrazione al soggetto direttamente pregiudicato dalla revoca *ex art. 21-quinquies* della legge n. 241/1990.

Presupposto dell'attribuzione dell'**indennizzo** a favore del soggetto che direttamente subisce il pregiudizio è la **legittimità della revoca** (c.d. responsabilità della P.A. per atti legittimi). In caso di revoca illegittima subentra eventualmente un problema di risarcimento del danno (Cons.St., sez. V, 10 febbraio 2010, n. 671; 6 ottobre 2010, n. 7334).

Diversamente dall'ipotesi di risarcimento del danno per responsabilità in cui la colpa del danneggiante è essenziale, nel caso d'indennizzo **non occorre accertare** la presenza di **colpa nell'apparato amministrativo** (Cons.St., sez. V, n. 671/2010; n. 7334/2010).

Una **revoca senza indennizzo non è illegittima**: la mancata previsione dell'indennizzo non ha efficacia viziante o invalidante della revoca, ma semplicemente consente al privato di agire per ottenere l'indennizzo (Cons.St., sez. V, n. 7334/2010). In particolare l'indennizzo spetterà al privato qualora "la revoca legittima ... incida su rapporti di durata (su un provvedimento amministrativo ad efficacia durevole) e sia determinata da sopravvenuti motivi di pubblico interesse, dal mutamento della situazione di fatto o da una nuova valutazione dell'interesse pubblico" (Cons.St., sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554).

Una sollecita adozione della revoca rispetto al provvedimento revocato non esclude di per sé l'indennizzo, essendo quest'ultimo subordinato unicamente al verificarsi di "pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati", ma potrà incidere sulla quantificazione dell'indennizzo dovuto (Cons.St., sez. V, n. 671/2010).

Se il ritiro dell'atto è dipeso unicamente da un palese errore materiale o il danno è stato prodotto da un colpevole comportamento del privato allora nessun indennizzo può ritenersi dovuto (Cons.St., sez. VI, n. 1554/2010); parimenti non si ha alcun indennizzo nel caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico (su questo specifico punto cfr. *infra*).

L'**indennizzo** deve essere **circoscritto al "danno emergente"**, come espressamente stabilito nel comma 1 *bis* dell'art. 21-*quinquies* della legge n. 241/1990. La giurisprudenza ha incluso nel danno emergente le spese di partecipazione alla procedura di

gara per lesione della “pretesa a non essere coinvolto in trattative inutili” (Cons.St., sez. V, n. 671/2010; n. 7334/2010). Non vi sono comunque i presupposti per richiedere il rimborso delle spese di partecipazione nell’ipotesi in cui l’impresa ottenga il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione, non potendo in tal caso conseguire un beneficio maggiore di quello derivante dall’aggiudicazione (Cons.St., sez. V, n. 671/2010).

Anche in caso di revoca legittima si può ipotizzare che al privato derivino danni risarcibili e non meramente indennizzabili, ma ciò discende dal fatto che tali danni conseguono non già direttamente dall’atto di revoca, ma da altre illegittimità (procedimentali o di altro tipo) commesse dall’amministrazione (Cons.St., sez. V, 21 aprile 2010, n. 2244; Cons.St., sez. V, n. 7334/2010).

La giurisprudenza ha poi chiarito che è ammissibile nello stesso processo il cumulo di domande di risarcimento (sul presupposto dell’illegittimità della revoca) e di indennizzo (sul presupposto dell’avvenuta lesione da fatto lecito dannoso) per gli effetti della revoca. Se il privato contesta la legittimità della revoca e chiede il risarcimento, tuttavia può anche formulare, in via subordinata, una domanda per l’indennizzo, in caso di infondatezza della domanda risarcitoria, avendo l’indennizzo natura residuale (Cons.St., sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554).

Invece **nessun indennizzo** è dovuto nel caso di “**revoca-sanzione**” o “**revoca-decadenza**”, mediante le quali l’amministrazione può disporre, nei casi previsti dal legislatore, il ritiro di un provvedimento favorevole come specifica conseguenza della condotta del destinatario, quando essa violi specifiche previsioni normative. In questi casi infatti la revoca non dipende da valutazioni di opportunità, ma è la conseguenza vincolata di una violazione della legge (Cons.St., sez. V, 13 luglio 2010, n. 4534).

5. AGGIUDICAZIONE E POTERE DI AUTOTUTELA

Negli appalti pubblici tutti gli atti definitivi di gara, a partire dal bando per finire all’aggiudicazione definitiva, possono formare oggetto di ritiro in via di autotutela. L’art.

11, co. 9°, del Codice dei contratti pubblici, parla di “esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti” e determina quindi l’automatica applicazione delle disposizioni della legge n. 241/1990 (cfr. anche art. 2, co. 3° del medesimo Codice).

Diversa la disciplina nel caso in cui il ritiro riguardi l’atto di **aggiudicazione provvisoria**. In tale ipotesi la giurisprudenza ritiene che ove l’amministrazione decida di revocare il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, **l’avvio del relativo procedimento di revoca non dovrà essere notificato all’impresa provvisoriamente aggiudicataria** (Cons.St., sez. V, 12 febbraio 2010, n. 743; sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1907; Cons.St., sez. V, 9 aprile 2010, n. 1997; Tar Lazio, Roma, sez. II, 30 aprile 2010, n. 8975; sez. III, 9 settembre 2010, n. 32177).

Mentre in presenza di un’aggiudicazione definitiva l’aggiudicatario è titolare di una posizione giuridica qualificata e per tale ragione meritevole della garanzia di poter interloquire con l’amministrazione, “rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell’interesse pubblico, concreto ed attuale”, l’aggiudicatario **in via provvisoria vanta una mera aspettativa di fatto** alla conclusione del procedimento e non già un affidamento qualificato (Cons.St., sez. V, 9 aprile 2010, n. 1997; Tar Lazio, Roma, sez. II, 30 aprile 2010, n. 8975; sez. III, 9 settembre 2010, n. 32177).

Si è così ritenuto che a recidere tale posizione giuridica e a eliminare l’aggiudicazione provvisoria sia sufficiente la mera adozione di un atto soprassessorio “con il quale la stazione appaltante manifesta motivatamente la sua decisione di non procedere all’aggiudicazione definitiva e preannuncia la revoca degli atti nel frattempo posti in essere” (Cons.St., sez. V, n. 1997/2010; Tar Lazio, sez. II, n. 8975/2010; sez. III, n. 32177/2010).

Tale atto non solo non richiede un autonomo avvio di procedimento, ma neppure una particolare motivazione, risultando sufficiente la comunicazione, ad esempio, di non poter dar corso all’esecuzione dei lavori per cause non dipendenti dalla propria volontà e di essere intenzionato a procedere all’annullamento della gara d’appalto a suo tempo esperita,

con atto sufficiente a concretare un avviso alla aggiudicataria provvisoria (Cons.St., sez. V, n. 1997/2010). Non mancano tuttavia pronunce del giudice di primo grado in cui si afferma che l'amministrazione ha sempre l'obbligo di valutare gli interessi coinvolti, di svolgere un'approfondita istruttoria, seppure in assenza di contraddittorio, e di motivare adeguatamente la sua scelta (Tar Lazio, sez. II, n. 8975/2010).

Inoltre si è precisato che nel caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria **non sussiste l'obbligo d'indennizzo** delle situazioni di pregiudizio arrecate ai soggetti interessati: esso sussiste esclusivamente in caso di revoca di provvedimenti ad efficacia durevole e non anche in caso di revoca di atti ad effetti instabili ed interinali, quale è appunto l'aggiudicazione provvisoria (Cons.St., sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 13 aprile 2010, n. 4945).

6. INDICAZIONI BIBLIOGRAFICHE

BARTOLINI A., FANTINI S. E FIGORILLI F., *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi: il nuovo rito in materia di appalti, lo standstill contrattuale e l'inefficacia del contratto*, in *Urb.app.*, 2010, 638 ss.

CASSELLA A., *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?*, in *Foro amm.-Tar*, 2010, 810 ss.

GOISIS F., *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir.amm.*, 2010, 439 ss.

DE NICTOLIS R., *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in www.giustizia-amministrativa.it, par. 8 ss.

LIPARI M., *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile del contratto"*, in www.giustamm.it, 33 ss.

PAVONI S., *La revoca della stazione appaltante alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Resp.civ.prev.*, 2010, 1123 ss.

PERTICARARI R., *Annullamento in via di autotutela e interesse pubblico*, in *Urb.app.*, 2010, 714 ss.

PONTE D., *L'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso*, in *Urb.app.*, 2010, 762 ss.

USAI S., *Revoca dell'aggiudicazione e comunicazione di avvio del procedimento*, in *Urb.app.*, 2010, 454 ss.

VILLATA R. e RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006

7. SITI WEB

www.giustizia-amministrativa.it

www.giustamm.it

www.lexitalia.it