

Gara

Annullamento parziale e rinnovazione della procedura di gara

CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 4 dicembre 2006, n. 7102

Pres. Giovannini - Est. Caringella - Mixer s.r.l. c. Fondazione Enasarco, CO.SE.V. Lavori s.r.l. ed altri e Works s.r.l. ed altri

L'annullamento di una gara pubblica, specie se in stato avanzato di espletamento o addirittura culminata in una pur provvisoria aggiudicazione, implica la frustrazione dell'affidamento ingenerato in capo ai partecipanti e, segnatamente, all'aggiudicatario; di qui la necessità, consacrata dal disposto dell'art. 21-*nonies* della L. 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., di una ragione di interesse pubblico tale da giustificare comparativamente l'incisione delle posizioni in rilievo.

È illegittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante, dopo l'aggiudicazione provvisoria, annulla l'intera gara di appalto facendo riferimento al fatto che due imprese concorrenti andavano escluse dalla gara stessa, ove non siano state puntualmente indicate le ragioni di pubblico interesse che giustificano la riedizione dell'intera procedura di gara.

Fatto e diritto

1. Con bando pubblicato nella G.U.R.I. n. 14 del 19 gennaio 2005 la Fondazione Enasarco indicava la procedura per l'affidamento dei lavori di manutenzione edile da eseguirsi negli stabili di proprietà della fondazione siti in Roma, Pomezia e Milano (da eseguirsi in 5 lotti: Roma Sud; Roma Est, Roma Nord, Roma Ovest, Milano - Torino). La società Cosev risultava provvisoriamente aggiudicataria del lotto Roma nord. Successivamente la detta società apprendeva che detta aggiudicazione era stata annullata in relazione alla pregressa esclusione da una gara bandita dalla Provincia de L'Aquila di cui vi è notizia nell'Osservatorio dei lavori pubblici. A carico della ditta provvisoriamente aggiudicataria del lotto Roma Nord, CO.SE.V. Lavori s.r.l., risultava infatti iscritta annotazione sul Casellario informatico dell'Autorità di vigilanza, ai sensi dell'art. 27 del D.P.R. n. 34/2000, per situazione di collegamento sostanziale con l'impresa Cicchetti Ferdinando, anch'essa partecipante alla procedura di gara ed oggetto di analoga segnalazione da parte dell'Autorità di vigilanza. L'amministrazione quindi reputava che tale situazione costituiva causa di esclusione dalla gara, ai sensi dell'art. 75, lett. h), del D.P.R. n. 554/99 e s.m.i., come anche precisato dall'Autorità di vigilanza con determinazione n. 13 del 15 luglio 2003»; e quindi annullava l'intera procedura, anche con riferimento agli altri lotti, facendo proprio il parere espresso dalla Commissione gare nella seduta del 27 aprile 2004 «in merito all'opportunità di

annullamento delle gare, risultando alterati, per effetto dell'esclusione delle due predette imprese concorrenti, i criteri per l'individuazione delle offerte più convenienti».

Il Tribunale accoglieva quindi il ricorso proposto da CO.SE.V. avverso detta statuizione, in una con gli atti successivi con i quali l'amministrazione, annullata la gara intera, aveva proceduto a successivi affidamenti dei lotti in parola. Dichiara quindi improcedibile il ricorso proposto dalla seconda classificata del lotto in questione Mixer s.r.l.

2. Con separata decisione resa sul ricorso n. 3527/2006 alla quale si rinvia la sezione ha ritenuto infondato il motivo di appello proposto da Enasarco avverso la sentenza in esame quanto al profilo della giurisdizione; ha invece accolto il motivo relativo alla legittimità dell'atto di esclusione di CO.SE.V.

3. Riemerge a questo punto l'interesse della seconda classificata Mixer s.r.l. a vedere valutato il motivo di ricorso teso a stigmatizzare l'illegittima decisione dell'amministrazione di procedere all'annullamento dell'intera gara, piuttosto che addivenire alla sola adozione degli atti conseguenti nell'ambito della gara in corso.

3.1. Il deposito dell'appello risulta tempestivo tenendo conto dell'ultima notifica. In ogni caso ricorre l'errore scusabile alla luce delle oscillazioni giurisprudenziali concernenti il computo del termine per il deposito in caso di effettuazione della notifica con l'uso del servizio postale (vedi da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 21 giugno 2006, n. 3705).

3.2. Nella decisione resa sul ricorso n. 3527/2006 si è osservato che, in base a consolidata giurisprudenza, l'annullamento di una gara pubblica, specie se in stato avanzato di espletamento o addirittura culminata in una pur provvisoria aggiudicazione, implica la frustrazione dell'affidamento ingenerato in capo ai partecipanti e, segnatamente, all'aggiudicatario. Di qui la necessità, consacrata dal disposto dell'art. 21-nonies della L. n. 241/1990, di una ragione di interesse pubblico tale da giustificare comparativamente l'incisione delle posizioni in rilievo. Ora, nella specie, la mera menzione, contenuta nel parere espresso dalla Commissione gare nella seduta del 27 aprile 2004 «in merito all'opportunità di annullamento risultando alterati, per effetto dell'esclusione delle due predette imprese concorrenti, i criteri per l'individuazione delle offerte più convenienti «non mette in luce esigenze di pubblico interesse di rilievo tale da giustificare ragionevolmente la lesione degli inte-

ressi delle imprese risultate aggiudicatarie». In definitiva, la semplice esigenza del ricalcolo della soglia di anomalia, in una con le operazioni connesse, innesca operazioni meramente contabili, nell'ambito di una gara aggiudicata sulla base di semplici criteri economici, comportando un dispendio di energie amministrative certamente inferiore a quello derivante dalla ripetizione *in parte qua* della procedura. Con la conseguenza che la soluzione imposta appare contrastante con l'interesse pubblico all'efficienza amministrativa e gestionale oltre che irragionevolmente penalizzante per le imprese vulnerate dall'atto di autotutela.

4. Il ricorso di primo grado va quindi accolto pur se sulla scorta di motivi diversi da quelli reputati fondati dal primo giudice. Restano quindi annullati gli atti consequenziali all'illegittimo annullamento dell'intera gara. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura in dispositivo specificata.

IL COMMENTO

di Massimo Ragazzo

La sentenza del Consiglio di Stato che qui si annota, tenendo conto dei principi codificati con la L. n. 241 del 1990, come successivamente modificata dalle leggi nn. 15 e 80 del 2005, torna ad affrontare il tema dell'annullamento parziale di una procedura di gara per l'assegnazione di un appalto, offrendo lo spunto per alcune riflessioni sui presupposti per l'esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione appaltante e sulle circostanze che consentono a quest'ultima di evitare l'integrale rinnovazione della gara stessa, tenendo fermo il sub-procedimento di presentazione delle offerte e disponendo la rinnovazione della sola fase propriamente valutativa delle offerte.

Nella fattispecie, l'amministrazione appaltante, ravviando che a carico di due ditte concorrenti era stato emesso un provvedimento di esclusione, successivamente annotato e pubblicato nel Casellario informatico dell'Autorità di vigilanza, ai sensi della lett. r) dell'art. 27 del D.P.R. n. 34/2000, per situazione di collegamento sostanziale, piuttosto che ricalcolare la media delle offerte anomale, pur dopo l'aggiudicazione provvisoria, aveva preferito disporre la riedizione dell'intera gara, «risultando alterati, per effetto dell'esclusione delle due predette imprese concorrenti, i criteri per l'individuazione delle offerte più convenienti».

Tale motivazione, tuttavia, come osservato dalla sezione sesta, non metteva in luce esigenze di pubblico interesse di rilievo tale da giustificare ragionevolmente la lesione degli interessi delle imprese risultate aggiudicatarie.

Peraltro, nella specie, la determinazione adottata, oltre che irragionevolmente penalizzante per le imprese vulnerate dall'atto di autotutela, appariva contrastante con lo stesso interesse pubblico all'efficienza amministrativa e gestionale.

Osservazioni generali

Ora, è noto che l'intervenuta aggiudicazione, o financo l'inizio dell'esecuzione del contratto, non pongono definitivamente in ombra il pubblico interesse, né impediscono alla radice l'esercizio di poteri pubblicistici. È errata l'idea che una volta stipulato il contratto ed iniziata la fase negoziale non vi sia più spazio per l'autotutela.

Lo confermano, anzitutto, alcuni dati normativi, che si riassumono qui brevemente, per quanto sia la dottrina che la giurisprudenza prevalenti abbiano escluso la possibilità di ricondurre i relativi istituti nell'alveo dell'autotutela amministrativa.

Vi era, *in primis et ante omnia*, l'art. 340 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F che prevedeva il potere dell'amministrazione di rescindere il contratto, allorché l'appaltatore si fosse reso colpevole di frode o di grande negligenza e avesse contravvenuto agli obblighi e alle condizioni stipulate.

La disposizione dianzi richiamata regolava un potere di rango pubblicistico, attuato mediante un procedimento amministrativo che culminava in una determinazione provvedimento (diversamente da quanto si è ritenuto a proposito del potere di recesso di cui all'art. 345 della stessa legge).

Il regolamento attuativo della legge quadro in mate-

ria di lavori pubblici, n. 109 del 1994, di cui al D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, confermava tendenzialmente, agli artt. 118 e 119, la disciplina sul potere di risoluzione d'ufficio, configurando espressamente, nella prima delle due norme, la possibilità della risoluzione del contratto proprio in conseguenza dell'applicazione di una misura di prevenzione (1).

La disciplina antimafia contempla, inoltre, il potere autoritativo dell'amministrazione di porre fine al rapporto contrattuale quando vi siano ragioni di pubblico interesse collegate a determinati presupposti. Così, l'art. 4, comma 6, del D.Lgs. n. 490 del 1994, che si riferisce alla revoca di autorizzazioni e concessioni ed al recesso dai contratti; nonché l'art. 14 del D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della L. 12 luglio 1991, n. 203, che parimenti contempla, per gravi motivi accertati da apposito collegio di ispettori, la «revoca della gara di appalto» o la rescissione del contratto.

L'art. 11, comma 4, della L. n. 241 del 1990, infine, riconosce all'amministrazione, durante l'esecuzione del rapporto, un generale potere di recesso per sopravvenuti motivi di pubblico interesse.

È vero che quest'ultimo articolo regola l'ipotesi dell'attrazione nella struttura contrattuale della funzione amministrativa e che, pertanto, assume ad oggetto (sia nei contratti integrativi che in quelli sostitutivi del provvedimento) l'esercizio in forma negoziale di poteri pubblicistici, mentre l'evidenza pubblica è materia che attiene alla stipula di contratti di diritto privato della pubblica amministrazione.

Ferma questa distinzione e fatti salvi i complessi rilievi interpretativi che ad essa si accompagnano, l'art. 11 della legge n. 241 testimonia comunque che esistono chiari margini di compatibilità tra l'esecuzione di un rapporto contrattuale con l'amministrazione e la perdurante rilevanza del profilo finalistico, collegato al pubblico interesse, sì da giustificare speciali poteri unilaterali di risoluzione.

La contrapposizione tra il modello, ancora largamente sottoutilizzato, della funzione amministrativa negoziata e quello dei contratti ad evidenza pubblica non esclude comuni aspetti di specialità della disciplina.

Questi ultimi contratti si compongono, nella visione tradizionale, di due procedimenti sovrapposti, l'uno di matrice privatistica, che guida l'incontro delle volontà contrattuali, e l'altro di matrice pubblicistica, che culmina nell'approvazione, con la costante affermazione dell'attitudine della serie procedimentale a condizionare l'efficacia degli atti della serie negoziale, agendo gli atti amministrativi come fatti permissivi o impeditivi della stipula contrattuale.

Il riconoscimento dell'autonomia negoziale deve, infatti, fare i conti con i limiti che in capo all'amministrazione derivano dalla sua soggettività pubblica.

L'attività di diritto privato della p.a. è un'attività comunque amministrativa, in quanto viene posta in essere

da un soggetto pubblico; essa non può mai essere libera, ma - per definizione - si presenta funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico; è, in altri termini, un'attività di cura concreta dell'interesse pubblico, non già manifestazione di libertà come per i privati.

Ciò significa, anzitutto, che l'attività contrattuale della p.a. incontra, oltre al limite del comma 2 dell'art. 1322 c.c., un altro e più particolare limite, che è quello dato dal vincolo funzionale.

È stato autorevolmente osservato (2) che il presupposto della discrezionalità è in primo luogo il carattere funzionale del potere esercitato, da cui deriva l'obbligo che tale esercizio si effettui in modo da soddisfare la funzione.

È questo il motivo per cui, tradizionalmente, il contratto della p.a. (in antitesi all'indifferenza del legislatore per il procedimento di formazione della volontà nei rapporti tra privati) è preceduto da una procedura di evidenza pubblica, la quale si condensa in una serie di atti amministrativi, di diritto pubblico, volta a controllare la rispondenza all'interesse pubblico del singolo contratto, sia dal punto di vista dell'*an*, sia dal punto di vista del contenuto del contratto, sia, infine, dal punto di vista (maggiormente toccato dai principi comunitari in tema di concorrenza, scolpiti dal trattato e sviluppati dalle direttive) del soggetto che viene prescelto per la stipulazione del contratto.

Ulteriore limite è dato dal rapporto con l'alternativa provvedimentale. Quante volte l'amministrazione, con il contratto, voglia raggiungere un obiettivo perseguibile anche con il provvedimento, l'amministrazione (sempre nell'ambito dell'evidenza pubblica) deve dimostrare le ragioni per cui preferisce il contratto al provvedimento, ossia gli elementi alla stregua dei quali ritiene che il contratto sia uno strumento nel concreto più funzionale (dal punto di vista economico, dei tempi e dei risultati), rispetto allo strumento provvedimentale.

La stessa tensione dell'ordinamento verso la cd. preferenza per il contratto (che sembra aver trovato un avallo nella nuova formulazione dell'art. 1 della L. n. 241 del 1990) deve farsi carico dell'esternazione delle ragioni per cui si ritiene di preferire in concreto lo strumento contrattuale rispetto al provvedimento.

È un quadro nel quale non può dirsi che l'interesse pubblico rivesta una posizione del tutto recessiva in fase esecutiva.

La disciplina più recente, poi, specie per l'influsso del diritto comunitario, ha in alcuni punti arricchito il profilo procedimentale, addirittura assorbendo nella figura dell'appalto quella (di indubbia origine provvedimentale) della concessione di opere pubbliche: l'esigenza di tutela della libera concorrenza e del libero mercato si è co-

Notes:

(1) Si vedano ora gli artt. 135 e 136 del D.Lgs. n. 163 del 2006, recante il Codice dei contratti pubblici.

(2) C. Mortati, *Note sul potere discrezionale*, Roma, 1936.

niugata con quella di garanzia del corretto utilizzo delle risorse pubbliche e dell'azione imparziale delle amministrazioni, ponendo talvolta in rilievo primario proprio le prerogative e gli istituti della fase procedimentale.

Dunque, alla luce dei dati esposti, l'esecuzione del contratto di appalto lascia spazio per l'esercizio di poteri (sia pure eccezionali) finalizzati alla cura di interessi pubblici.

Taluni, in verità, hanno escluso in radice il potere dell'amministrazione appaltante di revocare l'aggiudicazione (*recte*: di revocare l'atto di approvazione dei lavori della commissione e l'aggiudicazione definitiva al vincitore della gara).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha però affermato, in più occasioni, che l'aggiudicazione di un pubblico appalto, anche dopo che si sia perfezionato il relativo contratto, è suscettibile di riesame nell'esercizio della potestà di autotutela, trattandosi di un atto avente natura provvedimentale, fermo restando che alla revoca può pervenirsi solo in costanza di concrete ed adeguate ragioni di interesse pubblico (3).

La circostanza che il contratto sia pervenuto alla fase di esecuzione non è priva di rilievo ed impone che l'autotutela decisoria sia improntata alla massima cautela.

La parziale attuazione del rapporto, invero, interpone situazioni di fatto ed effetti giuridici che sconsigliano la revoca dell'aggiudicazione, ma non possono del tutto escluderla.

A questo scopo, del resto, è sufficiente applicare il principio generale che, in materia di autotutela, impone una valutazione ancor più attenta del pubblico interesse attuale e concreto al ritiro quando sia ormai decorso un congruo periodo di tempo dall'iniziale esecuzione del provvedimento.

Presupposti e condizioni per l'esercizio dei poteri di autotutela

Per costante ed univoca giurisprudenza, e conformemente alle regole generali in materia di esercizio dei poteri di autotutela, l'amministrazione può procedere al riesame, all'annullamento d'ufficio e alla revoca degli atti illegittimamente adottati anche nell'ambito dell'attività diretta alla conclusione degli appalti pubblici.

La stessa giurisprudenza ammette l'esercizio di detto potere di riesame solo a fronte di adeguate cautele procedimentali, idonee ad assicurare garanzie uguali o sostanzialmente equipollenti a quelle prescritte per gli atti e le operazioni oggetto di rivalutazione: la comunicazione dell'avvio del procedimento; un'adeguata istruttoria in contraddittorio tra le parti, e la motivazione sull'interesse pubblico.

In mancanza di tali garanzie si ritiene per lo più illegittimo l'autoannullamento dell'aggiudicazione eventualmente intervenuta.

L'annullamento d'ufficio è una forma di autotutela volta all'eliminazione di un atto illegittimo; si tratta, perciò, di un'attività amministrativa volta a tutela dello

stesso interesse oggetto dell'atto che potrebbe essere annullato (4).

Il suo esercizio è perciò condizionato, anzitutto, all'illegittimità dell'atto di cui trattasi e all'esistenza di ragioni di pubblico interesse: «è soltanto la tutela dell'interesse pubblico e, quindi, la valutazione di tali ragioni che può in concreto determinare l'autorità amministrativa ad eliminare i propri atti» (5).

Con la conseguenza che, mancando l'interesse pubblico all'adozione del provvedimento eliminativo, che dev'essere valutato e deciso secondo criteri di convenienza e ponderazione degli interessi, l'autorità non può procedere all'annullamento in autotutela.

Tuttavia, la giustificazione dell'interesse pubblico non è richiesta quando l'annullamento è molto prossimo all'adozione dell'atto stesso, perché nel medesimo periodo non possono essersi consolidati interessi contrapposti.

In particolare, si è sostenuto che l'attualità dell'interesse pubblico non va motivata se l'atto di annullamento d'ufficio ha per oggetto l'aggiudicazione provvisoria intervenuta nelle more dell'approvazione dell'atto, potendo operare, in tale circostanza, la regola generale che vuole che, in materia di pubbliche gare, lo svolgimento della procedura di scelta del contraente non comporti l'obbligo di concludere, in ogni caso, il contratto se questo non è più considerato rispondente all'interesse pubblico.

Viceversa, il richiamo ad un ben preciso, concreto ed attuale interesse pubblico s'impone allorché l'amministrazione intenda procedere all'annullamento o alla revoca d'ufficio successivamente all'aggiudicazione definitiva (6).

Note:

(3) Cfr., *ex pluribus*, Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661, in *Cons. Stato*, 2000, I, 236; Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244, in *Cons. Stato*, 2000, I, 65; Cons. Stato, sez. IV, 29 maggio 1998, n. 900, in *Cons. Stato*, 1998, I, 801; Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2000, n. 1263, in *Cons. Stato*, 2000, I, 542; Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 1994, n. 1597, in *Cons. Stato*, 1994, I, 1616.

(4) Cfr. G. Abbamonte, *Annullamento d'ufficio e partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Scritti Guarino*, I, Padova, 1998.

(5) E. Cannada Bartoli, *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. Dir.*, vol. 2, Milano 1958, 484. In giurisprudenza, si veda, limitando il nostro *excursus* ai più recenti pronunciamenti, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 16 dicembre 2004, n. 16254, in *TAR*, 2005, I, 103; cfr., altresì, Cons. Stato, sez. VI, 15 gennaio 1990, n. 28, in *Cons. Stato*, 1990, I, 51, nonché T.A.R. Friuli-Venezia Giulia 14 novembre 1994, n. 407 e T.A.R. Lazio, sez. I-bis, 7 luglio 2003, n. 5991, rispettivamente, in *TAR*, 1994, I, 179, e *TAR*, 2003, I, 1761.

(6) Inoltre, ed anche in questo caso conformemente ai principi generali, si è ritenuto che in materia di autotutela non sia necessaria una diffusa motivazione sulla sussistenza del cd. interesse pubblico concreto ed attuale a disporre l'annullamento, né rilevi il lungo tempo eventualmente trascorso dall'emanazione dell'atto da ritirare, quando l'atto illegittimo abbia conseguenze permanenti o perduranti ed implichi l'esborso di denaro pubblico. Cfr., C.G.A. Sicilia, sez. giurisd., 29 agosto 2005, n. 573, in *www.lexitalia.it* e Cons. Stato, sez. IV, 22 novembre 2004, n. 6931, in *Cons. Stato*, 2004, I, 2223.

Nel primo caso, infatti, nessun interesse privato si può essere consolidato, non essendosi ancora concluso l'iter procedimentale finalizzato alla scelta del contraente della p.a., che, quale atto conclusivo di tale procedimento, segna di norma il momento dell'incontro della volontà della pubblica amministrazione di concludere il contratto e della volontà del privato manifestata con l'offerta risultata migliore.

Ciò si ripercuote inevitabilmente anche sulla necessità delle garanzie procedurali relative alla partecipazione, dovendosi valutare se l'esercizio del potere di autotutela intervenga nell'immediatezza dell'esercizio del potere di individuazione del contraente privato, ovvero a distanza di tempo dall'aggiudicazione.

Le regole da osservare nel caso di annullamento d'ufficio assumono infatti particolare risalto nell'ambito del settore dei contratti pubblici di lavori, considerando la complessità dei diversi interessi contrapposti ed il loro elevato peso economico.

Del resto, tutto il sistema del procedimento contrattuale di evidenza pubblica mira ad attuare un'ampia ed efficace rete di controlli, per garantire la legittimità dell'azione amministrativa (7).

Una recente sentenza del supremo Organo di giustizia amministrativa offre un esemplare approfondimento delle anzidette garanzie procedurali (8).

Il caso riguardava una procedura d'appalto di lavori pubblici, ove l'amministrazione procedente, avvedutasi di un errore derivante dall'aver escluso un'impresa in base a criteri che avrebbero dovuto condurre all'esclusione anche di altra impresa, successivamente all'istruttoria di gara e nel corso della medesima giornata, esclude anche tale impresa, e, sulla base della rideterminazione dei calcoli, aggiudica provvisoriamente ad altro concorrente, confermando poi il risultato in sede di approvazione.

Il Consiglio di Stato riconduce la fattispecie all'esercizio del potere di autotutela decisoria ammissibile non solo perché potere generale connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica, (9) ma anche perché afferente al generale interesse alla corretta ed efficace gestione delle risorse pubbliche in conformità ai principi dettati dall'art. 1 della L. n. 109/1994 (10).

Un'efficace sintesi delle regole afferenti all'esercizio dei poteri di autotutela in materia di appalti pubblici, si come più volte ribadite alla giurisprudenza amministrativa dianzi richiamata, si rinviene, inoltre, in una recente determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, la quale era stata chiamata a pronunciarsi sulla possibilità per la stazione appaltante di riconsiderare la graduatoria di gara, laddove emergano elementi che inducano a ritenere viziato l'atto sul quale si è fondata l'elaborazione della graduatoria stessa (11).

L'annullamento parziale e la rinnovazione della procedura di gara

Sempre più frequentemente si verificano situazioni

Note:

(7) Per l'affermazione del principio prima dell'introduzione dell'art. 21-*octies* nella L. n. 241 del 1990, si veda, in particolare, Cons. Stato, sez. IV, 30 settembre 2002, n. 5003, in *Cons. Stato*, 2002, I, 2010. Cfr., in termini, T.A.R. Lazio, sez. I-bis, 7 luglio 2003, n. 5991, in *www.lexitalia.it*; si veda, inoltre, T.R.G.A., sez. Bolzano, 12 agosto 2002, n. 379, in *www.lexitalia.it*. *Idem*, T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 26 ottobre 2002, n. 4676, in *TAR*, 2002, I, 4450; Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1186. Successivamente all'entrata in vigore della L. n. 15 del 2005, e con specifico riferimento all'omissione della comunicazione di avvio di un procedimento per l'annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione di un appalto, intervenuto a breve distanza di tempo dall'adozione del provvedimento ritirato, si veda T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 3 giugno 2005, n. 941, in *www.lexitalia.it*.

(8) Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2002, n. 1224, in *Cons. Stato*, 2002, I, 426: «Anche nell'attività diretta alla conclusione degli appalti pubblici trova ingresso il principio dell'autotutela decisoria, secondo il quale l'Amministrazione può riesaminare, annullare e rettificare gli atti invalidi, atteso che il complesso delle regole sull'autotutela ha portata generale, rappresentando una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica».

(9) Un significativo richiamo ai principi in parola è rinvenibile anche in Cons. Stato, sez. IV, 22 novembre 2004, n. 6931, cit.

(10) «La questione centrale sottoposta all'attenzione del Collegio consiste nello stabilire in presenza di quali presupposti, secondo quali modalità e con quali effetti giuridici, l'amministrazione può legittimamente procedere all'autoannullamento ed alla rinnovazione (totale o parziale) degli atti di gara preordinati all'aggiudicazione di un contratto pubblico. La sezione non ritiene di doversi discostare dal proprio orientamento (Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661). Al riguardo, occorre considerare che anche nell'ambito dell'attività diretta alla conclusione degli appalti pubblici trova ingresso il principio dell'autotutela decisoria, secondo il quale l'amministrazione può riesaminare, annullare e rettificare gli atti invalidi. Infatti, il complesso delle regole sull'autotutela ha portata generale, rappresentando una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica (...). L'autotutela relativa alle procedure di aggiudicazione deve svolgersi, tuttavia, secondo modalità coerenti con le regole sostanziali che governano le singole fasi di aggiudicazione. Il sistema delineato offre ampie garanzie di regolarità, in quanto l'intero procedimento di gara è assoggettato al controllo incrociato dei diversi concorrenti, portatori di interessi contrapposti. Evidentemente, però, il sistema della massima pubblicità delle operazioni di verifica delle offerte attenua in misura elevata, ma non elimina del tutto, il rischio di errori e di illegittimità e la conseguente necessità di porre rimedio ai vizi riscontrati solo dopo la conclusione del procedimento e l'approvazione degli atti di gara. In tali eventualità, l'accertamento di eventuali vizi della procedura può essere compiuto dalla stessa amministrazione, in applicazione del principio generale dell'autotutela, ma soltanto attraverso adeguate modalità procedurali. In questo senso, il procedimento di riesame deve svolgersi, in tutte le sue diverse fasi, con cautele idonee ad assicurare garanzie uguali o sostanzialmente equipollenti a quelle prescritte per gli atti e le operazioni oggetto di rivalutazione. Nel caso di illegittimità che non intracciano gli accertamenti dei fatti materiali compiuti dal seggio di gara, ma sono riferite, esclusivamente, o a meri errori di calcolo, oppure ad errate interpretazioni di norme giuridiche o di atti amministrativi, il riesame dei risultati della gara può essere legittimamente compiuto attraverso le procedure garantistiche ordinarie, delineate dalla giurisprudenza in materia di esercizio del potere di autotutela, quali la previa comunicazione dell'avvio del procedimento, l'adeguata istruttoria, comprensiva dell'esame delle osservazioni degli interessati, la motivazione dell'interesse pubblico».

(11) Determinazione del 10 luglio 2002, n. 17, pubblicata in *G.U.* n. 206 del 3 settembre 2002: «Ritenuto in diritto. Nelle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici vige il principio dell'autotutela decisoria che consente all'amministrazione di riesaminare, annullare e rettificare gli atti invalidi. Il complesso delle regole sull'autotutela ha portata generale ed è espressione tipica del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica. L'autotutela decisoria, successiva alla conclusione del procedimento, è

(segue)

nelle quali emerge, dall'esame dei verbali di gara o a seguito di eccezioni mosse dagli offerenti, l'esistenza di vizi o irregolarità degli atti e della procedura di gara.

È proprio in relazione al verificarsi di una tale eventualità che s'impone una preventiva valutazione circa la sussistenza delle condizioni per l'esercizio del potere di autotutela attraverso il quale l'amministrazione può determinarsi a rimediare autonomamente ai propri atti illegittimi.

Si è già detto che il potere discrezionale dell'amministrazione di procedere, in via di autotutela, alla rimozione dei propri atti illegittimi può essere legittimamente esercitato solo in presenza di specifiche ragioni di interesse pubblico - non essendo, a tal fine, sufficiente il mero ripristino della legalità violata - che devono prevalere sull'interesse del privato alla conservazione degli effetti favorevoli derivanti dall'aggiudicazione in proprio favore dell'appalto ed essere espressamente indicate nel provvedimento di autotutela.

Non sempre, peraltro, il potere di annullamento in autotutela deve necessariamente condurre all'eliminazione dal mondo giuridico di tutti gli atti del procedimento, potendovi essere dei casi in cui il detto potere va esercitato parzialmente, ovvero solo rispetto ad alcuni atti del procedimento medesimo, mantenendosi validi ed efficaci gli atti anteriori non viziati.

Conseguentemente, nell'ipotesi di invalidità di una gara d'appalto per illegittima esclusione di alcune imprese concorrenti, anche se è intervenuto il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, non è necessario disporre l'integrale rinnovazione della gara stessa, ma si può legittimamente tener fermo il sub-procedimento di presentazione delle offerte rinnovando solo la fase dell'esame comparativo delle offerte già pervenute.

E tanto è stato affermato, ad esempio, dal Consiglio di Stato, con sentenza della sezione quinta, 26 luglio 1999, n. 508 (12).

Note:

(segue nota 11)

subordinata: a) all'obbligo di motivazione; b) alla presenza di concrete ragioni di pubblico interesse, non riducibili alla mera esigenza del ripristino della legalità; c) alla valutazione dell'affidamento delle parti private destinatarie del provvedimento oggetto di riesame, tenendo conto del tempo trascorso dalla sua adozione; d) al rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale; e) all'adeguata istruttoria. Sulla base di giurisprudenza costante, pertanto, l'amministrazione appaltante può revocare d'ufficio o non approvare l'aggiudicazione con atto successivo adeguatamente motivato mediante il richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico; essa, infatti, una volta indetta una procedura di gara, non è vincolata a concluderla con l'aggiudicazione del contratto, se a ciò si oppongono gravi motivi di ordine pubblico. Peraltro, dopo l'approvazione dell'aggiudicazione, l'eventuale valutazione successiva della legittimità del procedimento spetta unicamente al competente organo di amministrazione attiva, responsabile del pertinente settore di attività contrattuale, e non alla commissione di gara che ha esaurito la propria funzione. In caso di aggiudicazione provvisoria di un contratto, dunque, l'amministrazione, in base al principio costituzionale di buon andamento e con l'obbligo di dare esplicita e puntuale contezza del potere esercitato, può riaprire la gara al fine

di riammettere imprese illegittimamente escluse e, in generale, riesaminare gli atti adottati, se ciò risulta opportuno a seguito di circostanze sopravvenute o sulla base di un diverso apprezzamento della situazione preesistente. La giurisprudenza ha peraltro ritenuto che la illegittimità della procedura di gara giustifica l'esercizio del potere di autotutela nel caso in cui l'aggiudicazione sia stata determinata sulla base di vizi inerenti la procedura di gara che doveva essere espletata assicurando il puntuale rispetto della concorrenza tra imprese e la *par condicio* delle stesse, occorrendo peraltro che vengano individuati da parte della stazione appaltante tutti gli interessi pubblici attuali, distinti dal mero interesse al ripristino della situazione di legittimità che giustifica la rimozione dell'atto viziato. Fra gli elementi che devono formare oggetto della valutazione da parte della stazione appaltante vi è quello che attiene all'economicità dell'azione amministrativa che potrebbe venir meno nel caso si disponesse una revoca quando i lavori sono in una fase di esecuzione avanzata tale da far ritenere non conveniente sotto detto profilo lo scioglimento del contratto. Appare inoltre necessario sottolineare, in materia di adozione di atti in autotutela, che è sempre consentito anche alla commissione giudicatrice di rivedere il proprio operato correggendo gli errori in cui sia eventualmente incorsa, fin quando essa non perde la disponibilità degli atti di gara, a seguito della loro trasmissione all'organo competente ad approvarli. Detta facoltà, infatti, che sotto lo speculare profilo del buon andamento dell'azione amministrativa è configurabile altresì come dovere, è espressione del potere di autotutela spettante alla pubblica amministrazione ed a ciascuno dei suoi organi, compresi quelli straordinari, quali, appunto, le commissioni preposte alle procedure di evidenza pubblica. Peraltro è da ritenersi che, stante l'esistenza in capo all'appaltatore di un diritto soggettivo derivante dalla stipula del contratto, la revoca e lo scioglimento dello stesso contratto in sede di autotutela da parte dell'amministrazione, dipendono dalla esatta individuazione e valutazione da parte della stazione appaltante di interessi pubblici attuali, distinti dal mero interesse al ripristino della situazione di mera legittimità. Da ciò deriva che gli organi competenti devono porre particolare attenzione nel valutare la rilevanza del pubblico interesse ed evitare, in particolare, che l'attività di riesame in sede di autotutela sia funzionale a finalità diverse, come quella di incidere sul procedimento per determinare un diverso aggiudicatario. Sulla base delle considerazioni svolte, pertanto, si ritiene che, resta in capo alla stazione appaltante il potere/dovere dell'adozione di provvedimenti in autotutela ove, in qualunque momento nel corso di una procedura ad evidenza pubblica, vengano in evidenza vizi determinanti per l'individuazione del contraente, fermo restando tuttavia quegli elementi in principio indicati, cui l'adozione di provvedimenti in autotutela per la rettifica di atti invalidi è subordinata».

(12) In *Cons. Stato*, 1999, I, 1148; conforme, *Cons. Stato*, sez. V, 20 settembre 2001, n. 4973, in *Cons. Stato*, 2001, I, 2112, secondo cui: «Vero è che nei confronti della p.a. l'aggiudicazione, in quanto atto conclusivo del procedimento di individuazione del contraente, rappresentando, di norma, il momento dell'incontro della volontà della p.a. di concludere il contratto e della volontà del privato manifestata con l'offerta accertata come la più vantaggiosa, è fonte di diritti soggettivi dell'aggiudicatario nei confronti della stessa Amministrazione; tale principio, però, non esclude la possibilità per quest'ultima di procedere, con atto successivo, adottato sulla base di un preciso interesse pubblico da soddisfare, alla correzione di quegli errori che inficerebbero irrimediabilmente la legittimità della gara (cfr. sez. IV, n. 900/98). Ciò che, naturalmente, è possibile allorché non sia stata ancora approvata l'aggiudicazione definitiva della gara; e a maggior ragione allorché, come nella specie, deve, per le considerazioni anzidette, persino escludersi che si fosse pervenuti anche a quella provvisoria. E, del resto, costituisce principio generale quello secondo il quale il potere di annullamento può essere sempre esercitato parzialmente, nel senso che possono essere annullati solo alcuni atti del procedimento, mantenendosi validi ed efficaci gli atti anteriori, ove rispetto a questi non sussistano ragioni di annullamento; pertanto, nell'ipotesi di invalidità di una gara di appalto per illegittima esclusione di alcune ditte offerenti, non è necessario disporre la rinnovazione integrale della gara stessa (con la riapertura, cioè, della stessa fase di presentazione delle offerte), ma si può legittimamente mantenere fermo il sub-procedimento di presentazione delle offerte e disporre la rinnovazione solo della fase dell'esame comparativo delle offerte già pervenute (sez. IV, 13 ottobre 1986, n. 664). Naturalmente, l'esercizio, in casi quale quello in esame, del potere di autotutela, correlato

(segue)

Secondo il Supremo Consesso di giustizia amministrativa, infatti, ferma restando la verifica della sussistenza dei presupposti che consentono l'esercizio del potere di annullamento in sede di autotutela, vanno sempre sottoposte ad indagine le concrete modalità secondo le quali il potere medesimo si è estrinsecato.

In primo luogo, va considerato il momento in cui l'amministrazione è intervenuta nel procedimento (nella fattispecie, successivamente all'apertura delle offerte economiche dei concorrenti ed all'individuazione dell'impresa provvisoriamente aggiudicataria).

Invero, la circostanza che si sia determinata una soluzione di continuità tra la fase di originaria ammissione delle offerte e quella successiva di riammissione dei concorrenti in un primo tempo esclusi non determina la necessità di procedere all'integrale rinnovazione della procedura (13).

A tale congrua soluzione si perviene alla stregua di un duplice ordine di considerazioni.

La prima deriva dal fatto che, nei confronti di vizi che non sono destinati ad inficiare radicalmente il procedimento di appalto, l'autotutela deve essere esercitata nel rispetto dei principi generali di conservazione (*utile per inutile non vitiatur*) e di economicità dell'azione amministrativa (14), nel senso che possono essere annullati solo alcuni atti del procedimento, mantenendosi validi ed efficaci gli atti anteriori rispetto ai quali non sussistono ragioni di annullamento.

La seconda, espressamente menzionata anche nella succitata sentenza del Consiglio di Stato, è rinvenibile nell'assunto che individua il fondamento della possibilità per l'Amministrazione di rivedere un precedente provvedimento di aggiudicazione, anche riaprendo la gara al fine di ammettervi un'impresa illegittimamente esclusa, nel principio costituzionale di buon andamento, che impegna l'amministrazione ad adottare gli atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire ed autorizza, conseguentemente, anche il riesame degli atti adottati, quando reso opportuno da circostanze sopravvenute o da un diverso apprezzamento della situazione preesistente, con la necessità di esternare le ragioni della puntuale motivazione che deve corredare la determinazione assunta.

Ad ulteriore conferma delle argomentazioni sopra svolte, va aggiunta una notazione che concerne il rispetto della segretezza delle offerte, che si impone come garanzia della *par condicio* dei concorrenti nella fase di presentazione delle offerte, ma non anche nelle fasi successive. Con riferimento pure a tale diverso aspetto, risulta pienamente legittima la rinnovazione della valutazione delle offerte, in seguito all'annullamento parziale del procedimento di gara, anche quando le offerte sono ormai note, ma nessun concorrente ha la possibilità di modificare la propria offerta (15).

Deve, inoltre, puntualizzarsi che l'obbligo di motivare congruamente l'esercizio del potere di annullamento risponde all'esigenza di assicurare la massima trasparenza dell'azione amministrativa; infatti, l'analisi dei motivi

addotti dalla p.a. a supporto delle proprie decisioni consente di apprezzare le diverse scelte operate, rispetto alle quali devono essere escluse ipotesi configurabili con margini di mera discrezionalità, essendo consentito procedere ad un riesame della situazione determinatasi solo per garantire il rispetto di precise disposizioni o di principi di carattere giuridico-normativo. La discrezionalità amministrativa è infatti ponderazione di interessi, valutazione dell'interesse pubblico, ma presuppone pur sempre l'accertamento del fatto e del rilievo del fatto rispetto all'interesse da tutelare.

Ovviamente, non si può configurare a carico dell'Amministrazione una radicale e non giustificata restrizione dei suoi poteri di autotutela, tale da impedire alla stessa di decidere anche per il rinnovo di tutta la procedura, ove sorretto adeguatamente da motivi di pubblico interesse, quali sono quelli di aprire nuovamente la gara, su basi pienamente conformi alla legge, al maggior numero possibile di partecipanti.

Soprattutto quando si tratti di procedure di gara ad evidenza comunitaria, secondo la stessa sezione quinta, l'esercizio in via di autotutela del potere di disporre l'in-

Note:

(segue nota 12)

anche ad ovvie esigenze di economicità e funzionalità dell'azione amministrativa, deve essere tale da assicurare al massimo la trasparenza dell'azione amministrativa, solo così potendosi derogare eccezionalmente al principio della continuità delle operazioni di gara; da qui l'esigenza, dianzi precisata, di una puntuale motivazione - nella specie esplicitata - circa le ragioni che possano avere indotto a riconsiderare le scelte in un primo tempo operate dal seggio di gara in merito all'ammissione o esclusione delle concorrenti; scelte rispetto alle quali non possono configurarsi margini di mera discrezionalità nell'operato della p.a., ma solo il rispetto di puntuali disposizioni o principi di carattere giuridico-normativo».

(13) In tal senso, anche T.A.R. Sicilia, 15 maggio 1995, n. 1028; Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 1998, n. 895; Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 1994, n. 115; T.A.R. Marche, 22 dicembre 1997, n. 1399; secondo quest'ultima, in particolare, «(...) la rinnovazione di un procedimento di gara per illegittimità dichiarata in sede giurisdizionale va effettuata a partire dall'ultimo atto valido»; *contra*, T.A.R. Campania, sez. I, 23 marzo 1995, n. 44, in base al quale «è illegittima la riapertura di una gara di appalto dopo che sia intervenuta l'aggiudicazione provvisoria, potendo la p.a., ove riscontri vizi del procedimento, procedere solo all'annullamento d'ufficio della gara stessa». Cfr., altresì, T.A.R. Marche, 29 agosto 2003, n. 979; T.A.R. Emilia Romagna, sez. II, 24 febbraio 2003, n. 132; T.A.R. Sardegna, 11 febbraio 2003, n. 181; nonché, da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-quater, 19 maggio 2004, n. 4716, tutte in www.lexitalia.it.

(14) Così, anche Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 1996, n. 1293, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1719, secondo cui «in forza dei principi codificati con la L. 7 agosto 1990, n. 241 - che richiedono l'economia dei mezzi procedurali per soddisfare l'interesse pubblico e pongono all'amministrazione l'obbligo di non aggravare il procedimento - ove in sede di controllo sia stato annullato solo il provvedimento terminale di aggiudicazione di un contratto, illegittimamente l'Amministrazione, per un preteso contrasto interpretativo di norme con l'organo di controllo, abbandona tutta la procedura già espletata ed ancora utilizzabile e dà avvio ad una procedura integralmente nuova».

(15) In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 1998, n. 900, in *Cons. Stato*, 1998, I, 801; nonché Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 2001, n. 6251, in *Cons. Stato*, 2001, I, 2670 e Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2006, n. 2612, in questa *Rivista*, 2006, 1314.

tegrale rinnovazione della procedura concorsuale, per adeguarla alle prescrizioni del giudice amministrativo, è una linea che l'Amministrazione deve tendenzialmente privilegiare, proprio per creare le condizioni della massima apertura e partecipazione alla gara, secondo un principio di fondo che conferma tutte le direttive comunitarie e le disposizioni interne di recepimento.

Ciò, tuttavia, non esclude l'opzione, da valutare caso per caso, della conservazione degli atti non viziati.

Invero, il principio cui si riferisce il Consiglio di Stato, nella decisione in esame (16), coinvolge la valutazione dei limiti che incontra l'esercizio del potere di an-

nullamento, e conseguente rinnovazione parziale del procedimento, ammissibile solo quando negli atti già compiuti sia stata accertata una illegittimità in relazione a regole di comportamento chiare e precostituite, in modo che la rideterminazione dei risultati sia effetto di una mera operazione tecnica, mentre va escluso quando debbano essere compiute nuovamente delle valutazioni discrezionali.

Nota:

(16) Cfr. anche Cons. Stato, n. 4973/2001, cit.