

La ragione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

L'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento (7, comma 1, l. 7 agosto 1990 n. 241 s.m.i.), strettamente connesso con i canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa si fonda sulla duplice esigenza, da un lato, di porre i destinatari dell'azione amministrativa in grado di far valere i propri diritti partecipativi, dall'altro, di consentire all'amministrazione di meglio comparare gli interessi coinvolti e di meglio perseguire l'interesse pubblico principale, a fronte degli altri interessi pubblici e privati eventualmente coinvolti

Chiarisci i concetti essenziali su questo e altri istituti con il "Compendio di diritto amministrativo" a cura di Marco Zinani e scritto da Biancamaria Conales e Lilla Laperuta.

La decisione numero 2254 del 21 aprile 2006 del Consiglio di Stato merita di essere segnalata per l'importante principio in tema di democraticità delle decisioni e della accessibilità dei documenti amministrativi in essa contenuto:

"L'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento sussiste ogni volta in cui la partecipazione di chi è assoggettato alla potestà della pubblica amministrazione sia in condizione di dare un utile contributo all'attività di quest'ultima. Ed invero, la previsione racchiusa nell'art. 7, comma 1, l. 7 agosto 1990 n. 241, elevando la comunicazione di avvio del procedimento a dignità di principio generale dell'ordinamento, strettamente connesso con i canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, ha recepito nell'ordinamento un nuovo criterio di regolamentazione dell'azione dei pubblici poteri, incentrato sulla valorizzazione del metodo dialettico e sulla partecipazione dei soggetti diretti interessati al procedimento (anche in chiave deflativa del contenzioso).

L'art. 7 L. n.241/1990, d'altronde, impone l'obbligo della comunicazione dell'avvio del procedimento ai soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti e a quelli che per legge debbono intervenire nonché agli altri soggetti, individuati o facilmente individuabili, che possano subirne pregiudizio, superando in tale maniera il modulo "di definizione unilaterale del pubblico interesse, oggetto, nei confronti dei destinatari di provvedimenti restrittivi, di un riserbo ad excludendum, già

ostilmente preordinato a rendere impossibile o sommamente difficile la tutela giurisdizionale” degli interessati, introducendo il sistema della democraticità delle decisioni e della accessibilità dei documenti amministrativi”.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione , ANNO 2005, ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello nr. 4616/2005 R.G. proposto da **** S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti. ***** e ***** e presso lo studio del primo elettivamente domiciliata in Roma, Corso del Rinascimento 11,

CONTRO

Il Commissario delegato per l'emergenza ambientale in Puglia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

e nei confronti di

Regione Puglia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

Autorità di gestione RSU del Bacino LE/2 “Salento Centrale”, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

*****à ****., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. ti ***** e ***** e presso lo studio del Sig. ***** elettivamente domiciliata in Roma, Via Cosseria 2,

per la riforma

della sentenza del TAR della Puglia, Bari, Sezione III, 17 marzo 2005 n. 1165;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio del Commissario delegato per l'emergenza ambientale in Puglia, della Regione Puglia e della società ****.;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Alla pubblica udienza del 31 gennaio 2006, relatore il Consigliere ***** ed uditi, altresì, gli avvocati ***** , ***** e *****;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con la gravata sentenza il TAR della Puglia, Bari, ha dichiarato inammissibile il ricorso (iscritto al n. 832/2004 R.G.) proposto dall'odierna appellante (prima dinanzi al TAR di Lecce e poi incardinato presso il TAR di Bari a seguito di competenza concordata) avverso il decreto del Commissario delegato per l'emergenza ambientale in Puglia n. 311 del 13.12.2003, pubblicato sul B.U.R.P. n.154 del 31.12.2003, avente ad oggetto l'indizione di gara pubblica (e approvazione del bando ed allegati) per l'affidamento del servizio di gestione del centro raccolta, prima lavorazione e stoccaggio dei materiali già realizzato nel Comune di Melpignano, nonché dell'impianto complesso a servizio del bacino LE/2 costituito da centro di

selezione e linea di stabilizzazione nel Comune di Poggiardo e da scarica di servizio/soccorso nel Comune di Corigliano d'Otranto; il decreto del Commissario delegato n. 24 del 17.2.2004 di correzione materiale del provvedimento precedente e proroga termini di presentazione delle offerte; di tutti gli atti connessi, ed in particolare degli atti di gara e del decreto del Commissario delegato n. 275/CD del 26.11.04 con il quale è stato aggiudicato il servizio di gestione dell'impianto complesso a servizio del bacino di utenza LE2 all'*****. (impresa mandataria). Lo stesso tribunale ha dichiarato l'inammissibilità della domanda, proposta dalla ****, per il risarcimento dei danni causati dall'illegittimo comportamento del Commissario delegato.

La sentenza è stata appellata dalla **** S.r.l. che contrasta le argomentazioni del TAR della Puglia.

Si sono costituiti in giudizio il Commissario delegato per l'emergenza ambientale in Puglia, la Regione Puglia e la società ****.

L'Autorità di gestione RSU del Bacino LE/2 "Salento Centrale" non si è costituita per resistere all'appello.

Alla pubblica udienza del 31 gennaio 2006 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

L'appello è fondato nei termini che seguono.

Il Giudice di prime cure ha ritenuto il ricorso della **** S.r.l. inammissibile per difetto di legittimazione e di interesse ad agire (e la domanda risarcitoria inammissibile per conseguenza, muovendo comunque dall'illegittimità del potere esercitato dal Commissario in pregiudizio di un'aspettativa insussistente dinanzi a tale organo, mentre l'eventuale danno risentito si sarebbe dovuto, in ipotesi, ascrivere al Comune di Ugento). Ha osservato il primo Giudicante che la ricorrente (concessionaria del servizio di smaltimento di ***** per il bacino LE/3 in cui rientra il Comune di Ugento) inferiva la propria legittimazione ed interesse ad agire dalla posizione di impresa concessionaria del servizio oggetto della gara, sul presupposto dell'esistenza in suo favore di un'aspettativa alla prosecuzione del medesimo, rispetto a cui la gara bandita sarebbe ostativa. Ha sottolineato il Giudicante, tuttavia, che la ricorrente non risultava neppure aver presentato domanda di partecipazione alla gara. Secondo il primo Giudice la tesi della ricorrente era priva di pregio per svariate ragioni, concentrate sul rilievo che l'azione amministrativa contestata muove dal passaggio dal vecchio al nuovo sistema di smaltimento dei rifiuti, opportunamente denominato "ciclo completo di gestione dei rifiuti", compiutamente delineato già

nell'ordinanza ministeriale n. 3184 del 22.03.02, di cui i decreti commissariali (ivi compreso quello impugnato) costituiscono attuazione. In questa prospettiva - osservava il Giudicante - nessuna aspettativa di diritto (o interesse legittimo pretensivo) può riconoscersi in capo alla società concessionaria rispetto al mantenimento sic et simpliciter della titolarità del servizio, tanto più considerando che la medesima agiva in base ad autorizzazioni regionali che non si proiettano nel futuro, poichè destinate ad operare nella fase transitoria. Nè hanno rilievo - ha osservato il Decidente - ai fini di fondare la detta aspettativa, gli atti ed i comportamenti tenuti dal Comune di Ugento che, oltre ad essere stati sconfessati esplicitamente dal Commissario delegato, risultano inidonei a fondare un legittimo affidamento perchè provenienti da soggetto privo dello specifico potere in materia. Inoltre, andando ai presupposti della decisione amministrativa principalmente gravata, la mancata impugnazione degli atti, con cui si è adottato il nuovo sistema di gestione dei rifiuti, priva di interesse la ricorrente all'annullamento dei provvedimenti qui impugnati.

La decisione assunta in primo grado in punto di eccezioni preliminari non merita di essere condivisa. Ed invero, l'odierna appellante - come correttamente evidenzia la difesa della stessa - fa valere un duplice interesse: il primo, quello a conservare ed esaurire gli effetti dei titoli concessori nel nuovo sistema di gestione dei rifiuti; il secondo, quello di ottenere la riparazione dei danni derivanti dall'anticipata cessazione del medesimi titoli. Orbene, alla luce di tale ricostruzione, l'affermazione svolta nella sentenza di primo grado circa il passaggio dal vecchio al nuovo sistema ("ciclo completo di gestione dei rifiuti") e circa la mancata impugnazione degli atti con cui si è adottato il nuovo sistema di gestione, non può essere condivisa non potendosi con certezza ravvisare nel passaggio al nuovo sistema né un superamento automatico delle vecchie concessioni (da tale rilievo si spiega la mancata impugnazione degli atti con cui si è adottato il nuovo sistema di gestione dei rifiuti, proprio in relazione alla carenza di "conflitto" fra i due sistemi), né potendosi ritenere transitori ed emergenziali i titoli dell'appellante. Esistono senz'altro quindi la legittimazione e l'interesse ad agire non foss'altro che per suscitare la riedizione del procedimento amministrativo necessario per l'esame dell'istanza risarcitoria.

Passando al merito della controversia, il Collegio ritiene di dover prendere in esame il motivo d'appello con il quale si censura l'omessa comunicazione di avvio del procedimento ex legge n. 241/1990.

Il motivo è fondato.

L'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento sussiste ogni volta in cui la partecipazione di chi è assoggettato alla potestà della pubblica amministrazione sia in condizione di dare un utile contributo all'attività di quest'ultima. Ed invero, la previsione racchiusa nell'art. 7, comma 1, l. 7 agosto 1990 n. 241, elevando la comunicazione di avvio del procedimento a dignità di principio generale dell'ordinamento, strettamente connesso con i canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, ha recepito nell'ordinamento un nuovo criterio di regolamentazione dell'azione dei pubblici poteri, incentrato sulla valorizzazione del metodo dialettico e sulla partecipazione dei soggetti diretti interessati al procedimento (anche in chiave deflativa del contenzioso).

L'art. 7 L. n.241/1990, d'altronde, impone l'obbligo della comunicazione dell'avvio del procedimento ai soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti e a quelli che per legge debbono intervenire nonché agli altri soggetti, individuati o facilmente individuabili, che possano subire pregiudizio, superando in tale maniera il modulo "di definizione unilaterale del pubblico interesse, oggetto, nei confronti dei destinatari di provvedimenti restrittivi, di un riserbo ad *excludendum*, già ostilmente preordinato a rendere impossibile o sommamente difficile la tutela giurisdizionale" degli interessati, introducendo il sistema della democraticità delle decisioni e della accessibilità dei documenti amministrativi.

Ed invero, l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento si fonda sulla duplice esigenza, da un lato, di porre i destinatari dell'azione amministrativa in grado di far valere i propri diritti partecipativi, dall'altro, di consentire all'amministrazione di meglio comparare gli interessi coinvolti e di meglio perseguire l'interesse pubblico principale, a fronte degli altri interessi pubblici e privati eventualmente coinvolti (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 1998, n. 569).

Nel caso in esame, dalla qualificazione del potere esercitato - atto di esercizio di una potestà amministrativa - discende la sua sottoposizione alle norme ed ai principi propri del procedimento amministrativo, tra i quali assume particolare rilevanza quello della partecipazione, rispetto al quale ha natura strumentale l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento ai soggetti destinatari dell'atto (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 15.09.1999 n. 14, in materia espropriativa ma contenente affermazioni di principio e di rilievo per tutta l'azione amministrativa). Ed inoltre, merita di essere evidenziato che nella fattispecie che ci occupa non può trovare applicazione il disposto ex art. 21-octies della legge 7 agosto 1990 n. 241 (introdotto dall'art. 14 della legge 11 febbraio 2005 n. 15) il quale prevede, così come la giurisprudenza amministrativa aveva già precedentemente sancito in vari casi (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 14 giugno 2005 n. 3124) - che l'omissione dell'avviso di inizio del procedimento non può dar luogo ad annullamento dell'atto finale quando emerga in giudizio che il provvedimento conclusivo non sarebbe stato diverso nei suoi contenuti.

Orbene, in disparte il rilievo che la dimostrazione (della quale è onerata la Pubblica Amministrazione: cfr. il predetto art. 21-octies) <<che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato>> è mancata, non può non essere evidenziato che la posizione differenziata e qualificata (che discende dalla titolarità degli atti concessori) dell'appellante - nonostante il procedimento de qua sia connotato da elevati margini di apprezzamento e valutazione latamente discrezionale - non permette di escludere aprioristicamente che il suo apporto partecipativo avrebbe potuto provocare una diversa determinazione.

Dall'esito della riedizione procedimentale, con connesso accertamento della posizione giuridica vantata dall'odierno appellante e dall'eventuale attitudine della medesima nuova attività procedimentale ad impedire o meno la lesione delle situazioni giuridiche soggettive del ricorrente dipenderà la questione risarcitoria sulla quale al momento non è dato riscontrare la prova dei presupposti per la sua pronuncia.

Assorbiti gli altri motivi di gravame.

Per le ragioni esposte il ricorso in appello merita di essere accolto.

Si ravvisano giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello e in riforma della sentenza impugnata accoglie il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 21 aprile 2006

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/la-ragione-dell-obbligo-di-comunicazione-dell-avvio-del-procedimento/>