

Principio dell'autotutela decisoria (Cons.di Stato N. 01054/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Tutti gli atti di gara, a partire dal bando per finire all'aggiudicazione definitiva, possono formare oggetto di ritiro in via di autotutela decisoria in funzione di riesame

Tale principio è stato consacrato dall'art. 11, co. 9, del d.lgs. n. 163 del 2006 - c.d. codice dei contratti pubblici - che nel disciplinare il termine finale per la stipulazione del contratto fa comunque salvo il potere di autotutela dell'amministrazione: la disposizione chiarisce quale sia, per la stazione appaltante, la portata del vincolo derivante dall'intervenuta aggiudicazione.

L'amministrazione non è infatti incondizionatamente tenuta alla stipulazione del contratto, ma l'impegno conseguente alla definitiva individuazione dell'aggiudicatario può essere eliminato solo attraverso le procedure tipiche che regolano l'esercizio del potere di autotutela ora codificate dalla l. n. 241 del 1990 come novellata nel 2005.

La norma sancita dall' art. 11 cit. non è tuttavia esaustiva dell'autotutela in materia di appalti pubblici che non riguarda solo l'aggiudicazione, ma anche gli altri atti di gara, e che soggiace alle regole elaborate dalla giurisprudenza ed ora codificate dalla l. n. 15 del 2005.

Già prima della l. n. 15 del 2005 e del codice dei contratti pubblici, si è riconosciuto che nei procedimenti di gara, al di là degli atti tipici finalizzati allo scopo di verificare la legittimità dell'iter di formazione del contratto (quali l'approvazione e l'eventuale controllo), dovesse ritenersi vigente il generale principio dell'autotutela decisoria; pertanto, in aggiunta agli strumenti tipici di verifica immediata dell'attività

compiuta dall'amministrazione, deve ritenersi consentito l'esercizio del generale potere di riesame in un momento successivo alla conclusione del procedimento; dunque l'estrinsecazione del potere di autotutela della p.a. non incontra alcun limite insuperabile nella convenzione intervenuta con il privato: i diritti e i doveri delle parti derivanti dall'accordo non sottraggono l'atto amministrativo presupposto al potere di autotutela.

In linea generale può affermarsi che anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, il rapporto di incidenza fra autotutela amministrativa e giudicato del g.a. non deve essere risolto aprioristicamente (con l'affermazione assoluta della prevalenza del secondo sul primo), ma affidato in concreto al riscontro dell'esatta portata del medesimo giudicato e del bene della vita riconosciuto; sicché, ove il giudicato non inibisca l'esercizio dei tratti liberi dell'azione amministrativa (secondo la regola generale sancita adesso dall'art. 34, co. 2, primo periodo, c.p.a.), ovvero ne consenta espressamente la riedizione (come nel caso di specie), è inconfigurabile una situazione di inottemperanza (nella triplice enfatica epifania della mancata esecuzione, violazione o elusione).

Passaggio tratto dalla decisione numero 1054 del 23 febbraio 2012 pronunciata dal Consiglio di Stato

L'immanenza del potere di autotutela decisoria trova fondamento:

a) nel principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità della funzione pubblica, senza che, a tal fine, occorra una diffusa motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico;

b) nel principio di diritto comune enucleato dall'art. 1328 c.c., in base al quale la proposta di concludere il contratto (qual è l'atto di indizione della gara, ancorché espressa in forma pubblicistica e subordinata all'osservanza delle regole procedurali per la scelta del contraente), è sempre revocabile fino a che il contratto non sia concluso.

Le caratteristiche fin qui illustrate del potere di autotutela decisoria in materia di procedure di appalto devono essere coordinate con i vincoli cassatori, rinnovatori e conformativi scaturenti dal giudicato di annullamento degli atti di gara.

<https://www.diritto.it/principio-dell-autotutela-decisoria-cons-di-stato-n-010542012/>