

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/01/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37697-autotutela-sulla-propria-autotutela-assistita-e-suffragata-onere-motivazionale-sempre-pi-pregnante>

Autore: Lazzini Sonia

**Autotutela sulla propria autotutela assistita e suffragata
onere motivazionale sempre più pregnante**

Sebbene non possa negarsi che, in teoria, il numero di volte che un'Amministrazione possa intervenire in autotutela sui propri atti pregressi sia indeterminato (a decisione numero 564 del 17 luglio 2015 pronunciata dal Consiglio Di Giustizia Amministrativa Per La Regione Siciliana)

Sonia Lazzini,

tuttavia neppure può dubitarsi che allorché il potere di autotutela esercitato sia, per così dire, “esponenziale” - ossia venga esercitato nei confronti di un atto con cui già si sia intervenuti in autotutela rispetto a un primo provvedimento; oppure, ancor di più, a un terzo livello su un atto di revoca di una precedente autotutela - l'Amministrazione che intenda procedere in tali modi (ossia reiteratamente tornando sui propri passi e, in un certo senso, contraddicendosi più volte) sia gravata di un onere motivazionale del pari esponenzialmente crescente.

Se così non fosse, l'uso del pur legittimo potere di rivalutare in autotutela le proprie scelte diverrebbe un comodo espediente per procedere in modi ondivaghi, perplessi, contraddittori e, in ultima analisi, sintomatici di un esercizio abusivo del proprio potere (ivi incluso quello di ripensamento).

Viceversa, affinché una “autotutela sulla propria autotutela” (o, astrattamente, anche un'autotutela svolta a ulteriori livelli, cioè in sede di terza od ulteriore istanza di rivalutazione della situazione) si sottragga ad agevoli censure di eccesso di potere (per alcuna delle richiamate figure sintomatiche: perplessità, contraddittorietà, sviamento, etc.) occorre che essa sia assistita e suffragata, in concreto, dall'assolvimento di un onere motivazionale sempre più pregnante (ossia, come si è già detto, esponenzialmente crescente, in relazione al numero dei ripensamenti che l'Amministrazione abbia concesso a se stessa).

N. 00564/2015REG.PROV.COLL.

N. 00753/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

1. - Lo svolgimento della **gara** di cui trattasi è stato notevolmente travagliato.

È stato infatti il seguente, come si legge nella stessa narrativa in fatto della sentenza appellata, l'iter della **gara**, più volte fatta oggetto di ripensamenti, revoche e conferme.

*“Con deliberazione n. 2028 del 6 giugno 2011, l’Azienda Sanitaria Provinciale di Messina ha indetto una procedura di **gara** per l’affidamento del servizio triennale di cure domiciliari prestazionali, cure domiciliari integrate di primo, secondo e terzo livello e cure palliative (lotto numero uno) e di assistenza domiciliare, integrata e respiratoria ad alta intensità (lotto numero due).*

*Nella pubblica seduta del 14 settembre 2011 è stata comunicata ai concorrenti la necessità di soprassedere all’avvio della procedura di **gara** in ragione dell’intervenuta pubblicazione - nelle more della procedura di **gara** - del D.A. Salute del 8 agosto 2011 recante rideterminazione dei requisiti per l’effettuazione delle cure palliative.*

Con deliberazione n. 824 del 30 marzo 2012, il commissario straordinario dell’azienda ha, quindi, disposto lo stralcio dal lotto n. 1 della parte riguardante le cure palliative, senza revoca del bando, ma previa acquisizione dell’accettazione della modifica da parte di tutti partecipanti ai quali è stata data facoltà di ritirare il plico e ripresentare l’offerta.

*Dopo l’avvio delle operazioni di **gara**, l’ASP di Messina ha revocato la deliberazione 824/CD del 30 marzo 2012, nonché tutti gli atti presupposti e conseguenti alla procedura di **gara** rinviando ad un successivo atto l’indizione di una nuova **gara** (deliberazione n. 1858/CS del 6 luglio 2012).*

*Con deliberazione n. 1861 del 6 luglio 2012 l’amministrazione ha, quindi indetto una nuova procedura di **gara**, fissando la celebrazione per il 6 agosto 2012.*

*In data 13 luglio 2012 si è insediato un nuovo commissario straordinario, il quale con deliberazione n. 2204 del 31 luglio 2012 ha annullato in autotutela le delibere n. 1858/2012 e n. 1861/2012; tale deliberazione è stata comunicata a tutti i concorrenti con la precisazione che non si sarebbe proceduto alla celebrazione della **gara** già prevista per il 6 agosto 2012.*

*Con provvedimento n. 667 del 3 agosto 2012, è stata rinnovata la composizione della commissione di **gara** che ha concluso i lavori disponendo l'aggiudicazione del servizio in favore del consorzio controinteressata, per il lotto 1 e della V_s.r.l., per il lotto n. 2, mentre al secondo posto della graduatoria (per entrambi i lotti) si è collocata la società ricorrente s.p.a.”.*

In tale articolato contesto, il giudice di prime cure ha accolto il ricorso incidentale escludente proposto dall'impresa controinteressata, per l'effetto dichiarando improcedibile (*rectius*: inammissibile, giacché si tratta di una carenza di interesse che, sebbene veicolata nel processo mercè il gravame incidentale, comunque preesisteva all'instaurazione del giudizio in quanto afferente a un vizio della domanda di partecipazione alla **gara** formulata del ricorrente principale): infatti, con detto ricorso incidentale è stata censurata l'ammissione alla **gara** di ricorrente Italia S.p.A., per non aver specificamente indicato nella propria offerta economica tutti i costi relativi alla sicurezza.

In argomento, il primo giudice ha affermato che *“sebbene l'oggetto dell'appalto rientri tra i servizi elencati all'interno dell'allegato IIB del D.Lgs. 163/2006, il bando di **gara** aveva vincolato l'amministrazione alla valutazione dell'offerta economica nei termini indicati agli artt. 86 e 87 del D.Lgs. 163/2006, espressamente richiamati dalla lex specialis. Le norme predette impongono, per gli appalti di servizi e di forniture, una specifica indicazione nell'offerta economica di tutti i costi relativi alla sicurezza, cosicché la lex specialis deve intendersi eterointegrata dalle predette norme di legge ... nonché dall'art. 26 del D.Lgs. n. 81 del 2008, dal quale si ricava, peraltro, che i costi per la sicurezza hanno valenza di elemento essenziale dell'offerta, ex art. 46, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 163 del 2006 cit.. Per l'effetto la loro mancanza rende l'offerta incompleta e come tale, già solo per questo, meritevole dell'esclusione”.*

È stata, quindi, ritenuta *“del tutto priva di rilievo ... la circostanza che il modello di dichiarazione non avesse espressamente considerato tali voci, poiché le disposizioni sopra citate hanno carattere immediatamente precettivo e sono, come tali, idonee ad operare un'eterointegrazione della disciplina della singola **gara** ...; ciò, in quanto dagli artt. 86 e 87, comma 4, del D.Lgs. n. 163 del 2006, nonché dall'art. 26 del D.Lgs. n. 81 del 2008, si ricava che i costi per la sicurezza da rischio specifico hanno valenza di elemento essenziale dell'offerta, ex art. 46, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 163 del 2006 cit., cosicché la loro mancanza rende l'offerta incompleta e come tale, già solo per questo, soggetta ad esclusione”.*

2. - Il primo motivo di appello censura la sentenza con riguardo all' *“ordine di esame delle censure”, per “violazione del diritto di difesa e di effettività della tutela giurisdizionale”.*

In sostanza, si duole l'appellante del fatto *“che, fatta eccezione per il primo motivo del ricorso principale ..., i vizi dedotti ... riguardano indifferentemente sia il Lotto 1 che il Lotto 2 della procedura”*; conseguentemente, giacché *“ciascun lotto costituisce una autonoma **gara**”,* il ricorso incidentale proposto dal Consorzio controinteressata (che aveva partecipato alla **gara** per il solo Lotto 1), quand'anche ritenuto fondato, non avrebbe potuto produrre alcun effetto impediente con riguardo al Lotto 2, e dunque *“il TAR avrebbe dovuto esaminare esclusivamente le censure articolate con il ricorso principale ed i motivi aggiunti”*, anziché ritenerle improcedibili per l'accoglimento di un gravame incidentale proposto da un soggetto che, rispetto al Lotto 2, era privo di ogni interesse.

Il motivo è fondato, ovviamente con esclusivo riguardo al Lotto 2.

È infatti insito nella natura soggettiva della giurisdizione amministrativa che l'effetto preclusivo di un ricorso incidentale non può riverberarsi al di là dell'effettivo interesse della parte ricorrente in via incidentale, per il basilare principio espresso dall'art. 100 c.p.c. - senz'altro applicabile anche al processo amministrativo - secondo cui *"per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse"*.

Ne deriva, stante l'autonomia dell'aggiudicazione di ciascun lotto della **gara**, che la valenza ostativa insita nell'accoglimento del ricorso incidentale del Consorzio controinteressata è stata erroneamente riferita dal primo giudice anche al Lotto 2, per il quale è pacifico che detto soggetto ricorrente incidentale non abbia partecipato.

Sicché, in accoglimento di detto motivo d'appello, gli effetti dell'accoglimento del gravame incidentale di primo grado vanno ricondotti unicamente alla **gara** per l'aggiudicazione del Lotto 1.

3. - Il secondo motivo di appello censura la sentenza per avere accolto (s'intende: anche con riferimento al Lotto 1; giacché del Lotto 2 si è già detto) il ricorso incidentale, sostenendosi che viceversa l'omessa indicazione specifica dei predetti oneri di sicurezza non avrebbe dovuto ritenersi ostativa alla partecipazione alla **gara**.

La questione - che, come è noto, si inserisce in un dibattito giurisprudenziale fino a pochi mesi addietro assai controverso: e rispetto al quale questo stesso Consiglio si era da ultimo espresso nel senso sostenuto dalla parte appellante (C.G.A. 24 marzo 2015, n. 305) - è stata però recentemente risolta, in senso opposto a quello dedotto nel motivo di appello in trattazione, da C.d.S., Ad. Plen., 20 marzo 2015, n. 3, che ha ormai affermato il principio di diritto per cui *"Nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla **gara** devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di **gara**"*.

Tale principio, alla stregua della complessiva motivazione della sentenza, non può che intendersi riferito - in disparte la sua condivisione - a ogni genere di **gara**, sia di lavori che di servizi, inclusa dunque quella di cui qui trattasi.

Sulla base di tale principio vincolante, il presente motivo di appello va necessariamente disatteso, con conseguente conferma dell'accoglimento (per il solo Lotto 1) del ricorso incidentale proposto in prime cure dall'aggiudicatario di tale Lotto: potendosi solo aggiungere, per completezza, da un lato che nella specie gli oneri per la sicurezza non sono stati autonomamente indicati; e d'altro canto che l'invocato soccorso istruttorio non sarebbe stato ammissibile, per consolidato orientamento, in una **gara** bandita anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 39 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90.

Ne consegue la reiezione dell'appello, per quanto riguarda la **gara** per l'aggiudicazione del Lotto 1.

4. - Per quanto invece concerne l'aggiudicazione del Lotto 2, è palese che - in forza del già intervenuto accoglimento, in parte qua, del primo motivo di appello - la decisione della causa, necessariamente soggetta a riforma rispetto alla sentenza di primo grado, dovrà passare attraverso lo scrutinio dei motivi dedotti con il ricorso originario e i relativi motivi aggiunti, riproposti in questa sede con l'atto di appello.

Premesso che, al pari del primo (di cui si è già detto in sede di accoglimento del primo motivo di appello), anche tutti gli ulteriori motivi del ricorso incidentale proposto dal Consorzio controinteressata non possono avere alcun rilievo (tecnicamente risultando inammissibili, per difetto di interesse del ricorrente incidentale) con riferimento al Lotto 2, cui detto Consorzio non ha partecipato, resta in questa sede assorbito - in questo caso nella già dichiarata reiezione del secondo motivo di appello, che per il Lotto 1 implica la conferma della declaratoria di inammissibilità (impropriamente, come si è già detto, denominata improcedibilità nella sentenza appellata) del ricorso principale - anche il riproposto primo motivo del ricorso principale di primo grado, perché concernente il solo Lotto 1.

Va perciò scrutinato - in riferimento al solo Lotto 2, l'unico ancora controverso - il riproposto secondo motivo di ricorso.

Con tale mezzo l'appellante si duole che l'A.S.P., con deliberazione 31 luglio 2012 n. 2204, abbia *"illegittimamente ripristinato l'originaria procedura di gara che soltanto qualche giorno prima era stata annullata con deliberazione n. 1858 del 6 luglio 2012 in quanto ritenuta «non idonea a conseguire lo scopo prefissato»"*: in sostanza, l'appellante censura che l'Amministrazione sia intervenuta *"in autotutela sulla propria autotutela"*, senza alcuna adeguata motivazione.

Si premette che il motivo in trattazione risulta ricevibile, perché la lesione dell'interesse della ricorrente (e dunque l'interesse a far valere tale vizio) è divenuta attuale solo con l'aggiudicazione della gara ad altre imprese, sicché il termine è iniziato a decorrere solo da tali atti successivi.

Nel merito - e, come già detto, solo con riferimento al Lotto 2 - tale riproposto motivo di ricorso risulta fondato.

Sebbene non possa negarsi che, in teoria, il numero di volte che un'Amministrazione possa intervenire in autotutela sui propri atti pregressi sia indeterminato, tuttavia neppure può dubitarsi che allorché il potere di autotutela esercitato sia, per così dire, *"esponenziale"* - ossia venga esercitato nei confronti di un atto con cui già si sia intervenuti in autotutela rispetto a un primo provvedimento; oppure, ancor di più, a un terzo livello su un atto di revoca di una precedente autotutela - l'Amministrazione che intenda procedere in tali modi (ossia reiteratamente tornando sui propri passi e, in un certo senso, contraddicendosi più volte) sia gravata di un onere motivazionale del pari esponenzialmente crescente.

Se così non fosse, l'uso del pur legittimo potere di rivalutare in autotutela le proprie scelte diverrebbe un comodo espediente per procedere in modi ondivaghi, perplessi, contraddittori e, in ultima analisi, sintomatici di un esercizio abusivo del proprio potere (ivi incluso quello di ripensamento).

Viceversa, affinché una *"autotutela sulla propria autotutela"* (o, astrattamente, anche un'autotutela svolta a ulteriori livelli, cioè in sede di terza od ulteriore istanza di rivalutazione della situazione) si sottragga ad agevoli censure di eccesso di potere (per alcuna delle richiamate figure sintomatiche: perplessità, contraddittorietà, sviamento, etc.) occorre che essa sia assistita e suffragata, in concreto, dall'assolvimento di un onere motivazionale sempre più pregnante (ossia, come si è già detto, esponenzialmente crescente, in relazione al numero dei ripensamenti che l'Amministrazione abbia concesso a se stessa).

Nella specie - a fronte di revoche e riavvii della procedura di gara posti in essere alquanto disinvoltamente sol per essere mutato il titolare dell'organo (poco importa se ordinario o

straordinario) di gestione dell'A.S.P. - non consta che *"l'autotutela sulla propria autotutela"* sia stata supportata da adeguate ponderazioni motivazionali; il che la rende, per ciò solo, illegittima.

Nondimeno, nella specie è stato sostenuto, in contrario, che essa troverebbe adeguato sostegno motivazionale, *per relationem*, nelle argomentazioni svolte dal Consorzio controinteressata nella diffida del 24 luglio 2012, menzionata nel preambolo dell'atto di ripensamento (o rivalutazione) di cui trattasi.

Orbene - senza che occorra scendere a valutare nel merito la congruità di tali argomentazioni, né l'effettiva valenza di richiamo insita in detta menzione - per le medesime ragioni per cui si è ritenuto di dover accogliere il già scrutinato primo motivo di appello (soggettività dell'interesse deducibile nel giudizio, e ancor prima nella diffida inviata da una controparte all'Amministrazione) e alla cui motivazione ci si può qui richiamare, appare del tutto evidente a questo Collegio che una siffatta *relatio*, ove pure implicitamente postulabile, non avrebbe potuto considerarsi produttiva di alcun utile effetto per il Lotto 2, di cui qui unicamente trattasi, giacché il Consorzio controinteressata non partecipò alla **gara** per la relativa aggiudicazione.

Ulteriormente, in ordine al difetto motivazionale che inficia la deliberazione 31 luglio 2012, n. 2204, possono svolgersi (in disparte l'esigenza di adeguamento della **gara** ai decreti assessoriali sopravvenuti nel corso di essa) le seguenti osservazioni.

Da un lato, risulta persuasivo il rilievo di parte appellante, secondo cui *"l'eccessiva ristrettezza dei termini previsti per la presentazione delle offerte nell'ambito della seconda procedura"* (quella riaperta a seguito del primo atto di autotutela, poi revocato col secondo qui censurato) avrebbe ragionevolmente *"imposto un breve differimento della nuova gara ..., ma certamente non la reviviscenza di una procedura già superata in virtù di un atto di autotutela"* (ciò che già confuta la ragione espressamente adottata a sostegno dell'atto di cui qui trattasi); viepiù in quanto un siffatto profilo di irragionevolezza era stato dedotto da imprese che erano e sono rimaste fuori dalla **gara**, appunto per l'asserita brevità del termine in discorso (sicché la reiterazione dell'autotutela non è stata, in concreto, neppure idonea a risolvere realmente la problematica che intendeva affrontare).

Dall'altro lato, per la sua legittimità la *"revoca della revoca"* avrebbe anche dovuto farsi carico, sul piano motivazionale, della circostanza che sarebbe stato (e sarà) comunque possibile assicurare la continuità del servizio, nelle more della già decisa riedizione di essa, mediante proroga dei contratti già in essere. E ciò anche in considerazione del fatto che, proprio con riguardo al Lotto 2, il servizio si trova(va) già ad essere svolto dalla stessa impresa che è risultata infine vincitrice, ossia la V_s.r.l.; rispetto alla quale - che, forse non casualmente, non si è costituita in giudizio - l'allungamento dei tempi per una nuova aggiudicazione della **gara** non è di per se stesso foriero di uno specifico pregiudizio; così come non lo è per l'effettiva fruizione del servizio da parte degli utenti, l'A.S.P. di Messina potendo e dovendo prorogare congruamente il rapporto in essere, nelle more della riedizione della **gara** limitatamente al Lotto 2.

5. - Accolto, *ut supra*, il riproposto secondo motivo del ricorso - e caducata perciò l'aggiudicazione del solo Lotto 2 della **gara** di cui trattasi - restano invece assorbiti il terzo motivo di esso (perché relativo al Lotto 1, essendosi già detto della conferma per esso della sentenza gravata), nonché quello successivo (il quarto), appunto in ragione dell'accoglimento del secondo.

Per quanto concerne, infine, i riproposti motivi aggiunti di prime cure - a mezzo dei quali l'appellante reitera le censure avverso la conferma dell'aggiudicazione definitiva, dopo che un ulteriore procedimento di annullamento in autotutela (per l'eventuale ennesimo annullamento di tutta la gara) era invece abortito - essi sono tutti inammissibili, in relazione al termine fissato dall'art. 120, comma 5, c.p.a., per l'impugnazione degli atti di gara: ai sensi del quale nessun ricorso può essere proposto contro l'esito di una gara, dopo che siano decorsi i termini ivi stabiliti.

Ritiene infatti il Collegio che, in ragione dell'esigenza di considerare definitivamente acquisito l'esito di una gara con lo spirare di tali termini legislativamente previsti proprio a tal fine, l'apertura di un procedimento di autotutela (che, beninteso, non si concluda con la revoca di alcun atto pregresso; perché, altrimenti, va da sé che il termine per l'impugnazione della revoca decorrerà dalla relativa conoscenza) non rimette in termini i concorrenti per impugnare - e neppure, conseguentemente, per proporre motivi aggiunti - né l'aggiudicazione, né la determinazione, sia essa implicita o esplicita, di non revocarla.

In altri termini, è d'uopo ritenere che, appunto in forza della specifica previsione dell'art. 120, comma 5, c.p.a., l'atto confermativo dell'aggiudicazione di una gara - del tutto a prescindere dal fatto che esso si configuri come atto meramente confermativo, o che invece costituisca l'esito di una compiuta riponderazione delle risultanze del procedimento - non è intrinsecamente impugnabile, perché le sue sorti seguono, comunque, quelle del ricorso (comunque già proposto, ex art. 120, comma 5, cit.; o altrimenti non più proponibile) avverso l'aggiudicazione definitiva, con effetti automaticamente caducanti dell'atto confermativo in caso di accoglimento del ricorso avverso l'aggiudicazione stessa. Correlativamente, in caso di reiezione, l'esito negativo del ricorso avverso quest'ultima non può essere "aggirato", evitato o eluso, mediante una successiva e autonoma impugnativa dell'esito negativo di un procedimento rivalutativo che pure sia stato aperto e richiuso dall'Amministrazione precedente senza effetti pratici di sorta: invero, ove si opinasse diversamente, la citata previsione legale risulterebbe *inutiliter data*, perché resa dogmaticamente aggirabile in relazione alla titubanza della condotta della stazione appaltante.

6. - In conclusione, secondo quanto si è detto, l'appello va disatteso con riguardo al Lotto 1; mentre va invece accolto con riguardo al Lotto 2, con correlato annullamento della relativa aggiudicazione.

Tuttavia la reciproca soccombenza tra le parti giustifica, anche in questo grado, la compensazione delle spese dell'intero giudizio tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

lo respinge per quanto concerne il Lotto 1 della gara di cui trattasi, e lo accoglie invece in riferimento al relativo Lotto 2 e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, annulla l'aggiudicazione di tale ultimo lotto.

Spese dell'intero giudizio compensate tra tutte le parti.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Maria De Lipsis, Presidente

Antonino Anastasi, Consigliere

Ermanno de Francisco, Consigliere, Estensore

Alessandro Corbino, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **17/07/2015**

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)