



**AVV. DIEGO DE CAROLIS**  
*patrocinante in cassazione*

*Docente di Diritto Urbanistico*  
*Facoltà di Giurisprudenza - Università di Teramo*

Via Napoli, 60. - 65121- PESCARA -  
tel. 085-4219391 - fax- 085/4211103 - cell. 331/7690819-  
E-mail: diegodecarolis@alice.it  
P.IVA 00825490675

Preg.mo Sig. SINDACO

E p.c.

AVV. DIEGO DE CAROLIS Al Sig. Assessore  
patrocinante in cassazione Al Dirigente dott. De Marinis

COMUNE DI ORTONA (CH)

Pescara, 29 giugno 2015.

Ogg.: Comune di ORTONA (CH) / FREE TRADE s.p.a ( ex Gruppo GEA). Risoluzione contratto e possibilità di esercizio del potere di autotutela sulla disposta risoluzione e relative conseguenze. Parere legale preliminare.

Preg.mo Sindaco,

con riferimento alla questione in oggetto, scusandomi per il ritardo, il Comune, all'esito dei colloqui intercorsi e dell'integrazione documentale richiesta e dell'esame dei documenti inviati via mail, si significa quanto segue.

1.- Viene, in via preliminare, chiesto di esprimere parere legale in ordine alla possibilità per il Comune di esercitare, a) i poteri di autotutela in ordine alla delibera di Giunta e relativa determina dirigenziale con la quale sono stati rispettivamente forniti indirizzi ed adottato la risoluzione unilaterale del contratto, ai sensi dell'art. 29 del Contratto n. 1674 di rep. del 21.6.2005 in oggetto, (nella specie non risultano seguite le procedure

la risoluzione del contratto (in relazione alla giurisdizione del G.O.), nonché in relazione alle sopravvenienze normative di natura finanziaria;  
b) il rischio paventato è quello di non riuscire a garantire un importante servizio pubblico essenziale in guisa economicamente efficiente e sostenibile, oltre all'alea ed ai costi del contenzioso (previste e vedasi Ad. Plen. N. 14/2014); b) sui rispettivi poteri successivi e c), in generale sulle conseguenze giuridiche di tale eventuale scelta.

E ciò in quanto sarebbero emerse criticità che militerebbero in favore dell'interesse pubblico ad esercitare, sotto diversi profili e con diverse modalità, tale potere di autotutela riconosciuto alla stazione appaltante, all'esito di un riesame della intera vicenda, a seguito di contenzioso pendente, in cui viene chiesto anche l'accertamento della illegittimità della risoluzione del contratto (in disparte il possibile difetto di giurisdizione del G.O.), nonché in relazione alle sopravvenienze normative statali di natura finanziaria.

Il rischio paventato è quello di non riuscire a garantire un importante servizio pubblico essenziale in guisa economicamente efficiente e sostenibile, oltre all'alea ed ai costi del contenzioso.

2.- Al quesito generale, giova subito precisare, può essere data risposta positiva, nei limiti di seguito precisati.

2.1. - Con riferimento al primo profilo di domanda, il quadro di riferimento speciale per materia che oggi governa la fattispecie è dato in generale, dal Codice dei contratti pubblici (DLVO N. 163/2006) e relativo regolamento di attuazione (DPR n. 207 del 2010).

In particolare, il riferimento è agli artt. 11 e 12 del CDC, che disciplinano l'esercizio del potere di autotutela che si sostanzia nell'annullamento e/o nella revoca degli atti generali e puntuali della procedura di gara.

Completano il sistema della disciplina del potere di autotutela le disposizioni generali della L. n. 241 del 1990 ed in particolare rileva l'art. 21 quinquies<sup>1</sup> e l'art. 21 nonies<sup>2</sup> della legge stessa.

<sup>1</sup> Art. 21-quinquies  
(Revoca del provvedimento)

1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.

1-bis. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse Pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico.

La giurisprudenza ha precisato e chiarito i limiti del potere di autotutela, a seconda che si tratti di annullamento o revoca, nonché i casi in cui possano esercitarsi entrambi in maniera logica e coerente (cfr. per il principio da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012 n. 5681, tenendo quindi conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse.

Tale potere di autotutela trova fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'articolo 97 della Costituzione, cui deve ispirarsi l'azione amministrativa e costituisce il pendant dell'obbligo di rispettare le prescrizioni stabilite dalla *lex specialis* della gara, che vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa Amministrazione

Inoltre, giova precisare che il potere della P.A. appaltante di annullare il bando e le operazioni di gara non trova ostacolo nel provvedimento di aggiudicazione definitiva e tanto meno in quello di aggiudicazione provvisoria (che del resto si iscrivono nella fase procedimentale di scelta del contraente, concludendola) ovvero nella stipula del contratto; tale potere, tuttavia, incontra un limite insuperabile nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza, alla cui puntuale osservanza è tenuta anche la P.A., e nella tutela dell'affidamento ingenerato.

Tuttavia, al concreto esercizio del potere della P.A. appaltante corrisponde l'obbligo dell'Amministrazione stessa di fornire una adeguata motivazione in ordine alla natura e alla gravità delle anomalie contenute nel bando o verificatesi nel corso delle operazioni di gara o comunque negli atti della fase procedimentale che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano il provvedimento di autotutela, motivazione che costituisce, del resto, lo strumento per consentire il sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo e che deve esternare la precisa indicazione delle

<sup>2</sup> Art. 21-nonies

(( Annullamento d'ufficio.))

((1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.

2. E' fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole)).

ragioni di interesse pubblico, che giustificano la lesione dell'impresa aggiudicataria.

Sui tali questioni proprio in relazione al rapporto tra norma speciale e norma generale è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 14/2014) che ha chiarito i rispettivi ambito e le concreta modalità di esercizio di tale potere, a seconda che si tratti di lavori pubblici ovvero di altri tipi di contratti.

In estrema sintesi, le norme indicate consentono che il potere di disporre l'annullamento degli atti di gara si possa esercitare anche dopo l'aggiudicazione definitiva o dell'aggiudicazione provvisoria nonché della stipula del contratto, ovviamente dando contezza e motivazione della scelta.

Corollario di tali principi è che oggetto del potere di autotutela può anche essere un precedente provvedimento che ha esercitato il potere di recesso e risoluzione unilaterale del contratto.

Ovviamente, devono sussistere tutti i presupposti voluti dalla legge e dalla giurisprudenza.

Nella specie, se tali presupposti ci fossero, l'effetto sarebbe quello di far riprendere efficacia al contratto risolto, con tutte le conseguenze che ne derivano in ordine alla prosecuzione del rapporto.

In ipotesi, solo con una legittima attività di annullamento ( o revoca) della disposta risoluzione, si potrebbe allora verificare tale effetto giuridico, con la conseguenza che sarebbe legittimamente possibile applicare la norma dell'art. 239 codice dei contratti sull'eventuale transazione stragiudiziale e sull'abbandono della lite.

2.2.-Diversamente accade nel momento in cui non si intenda esercitare il potere di autotutela e si voglia attendere l'esito del contenzioso.

In questo caso, oggetto della transazione non potrebbe essere mai la prosecuzione del rapporto che è stato risolto, perché appunto la volontà dell'amministrazione di esercitare la risoluzione del contratto rimane ferma fintanto che la stessa p.a., ricorrendone i citati presupposti, ovvero il Giudice non ne accertino la illegittimità, originaria o sopravvenuta

Sul punto oltre ai principi generali, all'obbligo di affidamento di servizi mediante gara pubblica, vi sono molte risoluzioni dell'ANAC che inibiscono e vietano tale possibilità.

Ovviamente in questo caso la transazione è sempre possibile, ove ritenuta conveniente, ma ripetersi non potrà mai portare o prevedere tout court la prosecuzione del rapporto contrattuale, ormai rescisso.

3.- Conclusivamente, allo stato, e salvo ulteriori approfondimenti, le soluzioni "operative" immediate possono essere le seguenti:

ad un esame preliminare della vicenda, in applicazione delle suesposte coordinate legislative e giurisprudenziali, nel caso di specie, si può ritenere che:

a) sia legittimamente possibile e consentito esercitare il potere di autotutela, attraverso l'annullamento della risoluzione per eventuali vizi del procedimento e per la eventuale accertata insussistenza dei presupposti per la risoluzione, con tutte le conseguenze che ne possono derivare, ancorché non in modo automatico; a1) ne seguirebbe la reviviscenza del contratto prima in essere, agli stessi patti e condizioni, durata e prestazioni, salvo la possibilità di rimodularlo anche in relazione a quanto dispone la normativa sulla *spending review* (a quanto consta D.L. n. 66/2014 inserita nella disciplina sui bilanci degli enti locali), e sulla necessità di adeguamento e conguaglio del prezzo, anche in riduzione e/o senza aumento per tutta la durata del contratto (ad es. prezzario CONSIP), nonché per l'implementazione e l'adeguamento tecnologico sia per il risparmio energetico che per i costi della fornitura; a2) all'esito (e/o contestualmente), solo dopo la sottoscrizione di un apposito contratto aggiuntivo accessivo agli atti di autotutela decisoria divenuti efficaci, occorrerà poi sottoscrivere una transazione per porre fine al contenzioso in corso, anche solo mediante l'estinzione del giudizio per inattività delle parti ex art. 309 CPC, nonché compensazione integrale delle spese di lite;

b). sotto altro profilo, se gli uffici competenti, con il supporto dei legali incaricati, riescono a confermare la "flagrante violazione" da parte dell'affidataria degli obblighi contrattualmente assunti, l'oggetto di

erario, in violazione delle normative nazionali e comunitarie che

per quanto riguarda il piano di gestione del servizio, il

contratto di appalto di lavori e servizi, n. 10/2007

eventuale transazione potrà essere esclusivamente il rapporto controverso e le reciproche pretese giuridico-patrimoniali; ma non potrà mai essere oggetto di trattativa l'eventuale prosecuzione del rapporto e del contratto all'epoca sottoscritto, dal momento che essi sono stati recisi dagli atti che hanno disposto la risoluzione e la dichiarazione di inefficacia di contratto stesso; diversamente opinando si realizzerebbe, di fatto, un illegittimo (e forse illecito come sottolineato dall'ANAC) affidamento diretto di un servizio, in violazione delle normative nazionali e comunitarie che impongono l'espletamento di gare ad evidenza pubblica la scelta del contraente negli appalti pubblici di lavori e servizi; **b1)** ovviamente, qualora non si addivenisse ad un accordo è giocoforza assumersi il rischio e l'alea, con rilevante peso economico, di un eventuale soccombenza in giudizio che, stante il contenuto della domanda giudiziale, a quanto consta, potrebbe portare anche all'accertamento dell'eventuali illegittimità della risoluzione e quindi confermare l'efficacia del contratto in essere; **b2)** anche in questo caso permane sempre in capo al Comune il potere di esercitare, legittimamente e secondo le procedure previste ad esempio, dagli artt. 134 e seguenti d.lvo n. 163/2006, per quanto applicabili ai contratti di servizi, e in contraddittorio con la parte;

c). In questi ultimi casi, comunque, il Comune si dovrà attivare per indire con urgenza una nuova gara ad evidenza pubblica, applicando nelle more, gli istituti previsti e nei limiti della spesa, per la gestione del periodo transitorio fino all'affidamento al nuovo gestore, fermo restando che, in attesa di eventuali passaggi di fornitore, l'attuale gestore dovrà evitare interruzioni del servizio pubblici e interruzioni nell'erogazione della corrente.

Infine, in disparte le argomentazioni appena illustrate, la concreta scelta della soluzione prospettata è e resta di competenza degli organi ed uffici Comunali.

Resto a disposizione per ogni eventuale necessario ulteriore approfondimento e chiarimento.

Cordiali saluti.

Avv. Diego De Carolis