



**Oggetto: Questione pregiudiziale, ai sensi dell'art. 60 del Regolamento del Consiglio comunale, relativa alla proposta di delibera avente titolo "Revoca delle funzioni conferite all'Unione Terra di Pianura relative al servizio personale a decorrere dal 1° Gennaio 2021-Variazioni al bilancio finanziario 2020-2022"**

Visto l'avviso di convocazione della odierna seduta del Consiglio comunale;

Vista la proposta di delibera indicata al punto 7 avente titolo "Revoca delle funzioni conferite all'Unione Terra di Pianura relative al servizio personale a decorrere dal 1° Gennaio 2021-Variazioni al bilancio finanziario 2020-2022";

Visto l'articolo 60 del regolamento del Consiglio comunale

il gruppo Budrio Più presenta questione pregiudiziale relativa alla proposta di delibera in oggetto, chiedendone il ritiro dall'odierno ordine del giorno per i seguenti motivi:

1) Ogni provvedimento di revoca deve necessariamente avere ad oggetto un provvedimento che, quando l'amministrazione decide di intervenire in autotutela, non abbia ancora esaurito i suoi effetti. A stabilirlo è una sentenza del Consiglio di Stato (Adunanza plenaria del 20/6/14 sentenza n.14) : "deve ritenersi che la revoca possa essere attuata dall'amministrazione solamente nella fase procedimentale e sino alla stipulazione del contratto, dovendosi al contrario esercitare obbligatoriamente il diritto di recesso ex art. 134 D.Lgs. 163/2006 dopo la stipulazione". A conferma di questo è anche una sentenza del TAR Emilia Romagna di Parma (n.ro 205 dell'8 luglio 2015) dove si afferma che una volta conferiti ad una Unione dei servizi, il rapporto tra il Comune cedente e la stessa Unione non può che essere disciplinato dal recesso, poiché dal momento della delibera di conferimento di un servizio si determina la soggezione del Comune alla disciplina statutaria dell'Unione, espressamente approvata all'atto dell'adesione all'Unione stessa. L'impossibilità di incidere mediante interventi in autotutela avvalendosi dell'istituto della revoca in luogo di quello del recesso trova conforto in altri ripetuti riscontri nella giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, nella già citata sentenza n. 14 e T.A.R. del Lazio, Roma, Sentenza n. 2432 del 6 marzo 2013). Ne deriva che è da considerarsi illegittimo il ricorso all'esercizio del potere di revoca, poiché un Comune può recedere dai servizi di un'Unione unicamente nei tempi, nei modi e nelle forme previsti dallo Statuto dal medesimo approvato, ovvero mediante attivazione della procedura di recesso. In caso contrario la norma sul recesso sarebbe sostanzialmente inutile, risultando una normativa priva di portata pratica dal momento che l'amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno gravosa revoca ovvero decidere di esercitare il diritto di recesso secondo il proprio esclusivo giudizio, assurgendo in tale modo nei rapporti con l'Unione ad una posizione non più paritetica ma bensì privilegiata. Applicando questi principi alla proposta di delibera oggi in esame si ritiene quindi illegittimo il ricorso al potere di revoca, perché nello stesso momento in cui, nel 2010, furono conferite all'Unione Terre di Pianura le funzioni relative alla gestione del servizio personale, gli effetti di quel conferimento si esaurirono, non rendendo quindi più possibile il ricorso alla revoca e mettendo il nostro Comune nella condizione di poter recedere dal servizio unicamente attraverso una procedura di recesso, come previsto dall'art. 7 comma 4 dello Statuto dell'Unione.

2) Si ritiene vi sia poi il concreto pericolo che la proposta di delibera e l'allegata tabella esplicativa con valutazione contabile e organizzativa, così come sono state redatte, potrebbero indurre i consiglieri comunali in rilevanti errori di valutazione, e ne spieghiamo il perché. Il 15 Giugno facemmo richiesta della documentazione utilizzata dalla Giunta per valutare il rientro dell'ufficio personale. Quella documentazione ci è stata spedita dalla segreteria del sindaco il giorno 23 Giugno, e nel momento in cui abbiamo consultato l'informativa alla Giunta dell'8 Giugno abbiamo potuto constatare che, rispetto all'analisi consegnata ai consiglieri, quella esaminata dalla Giunta conteneva molti più elementi. Ne citeremo alcuni, per rendere noto al Consiglio che non si tratta di dettagli di poco conto ma bensì di elementi che, se conosciuti ai consiglieri, potrebbero incidere sulle loro intenzioni di voto:

- Nell'analisi consegnata ai consiglieri si afferma che i 42.000 euro che quantificano il 30% di tempo che i responsabili del settore finanziario e controllo di gestione dedicheranno all'ufficio personale non vengono considerati in quanto possono elidersi col 30% di tempo che i due stessi capisettore sottrarranno all'esercizio delle loro attuali attività. Nell'analisi consegnata alla Giunta veniva invece fatto presente un ulteriore elemento, e cioè che sarà grazie all'assunzione di un nuovo dipendente di categoria D nei servizi finanziari che sarà poi possibile riorganizzare gli uffici e liberare tempo per i responsabili dei servizi finanziari e del controllo di gestione. È perciò evidente che vengono meno i presupposti per l'elisione di quel 30%, perché se i due responsabili avranno più tempo sarà grazie ad una nuova assunzione il cui costo è previsto nel bilancio ma non è stato incluso nell'analisi;

- Nell'analisi consegnata alla Giunta, diversamente da quella consegnata ai consiglieri, viene fatto presente che il rientro del personale potrebbe comportare il non avere più in condivisione con l'Unione l'Organismo Interno di Valutazione e che questo potrebbe comportare un maggior costo stimabile in 6.000/7.000 euro in più ogni anno;

- Nell'analisi consegnata alla Giunta, ma non in quella consegnata ai consiglieri, vengono fatte ulteriori considerazioni e valutazioni dell'impatto economico del rientro del personale con riferimento alla spese generali dell'Unione, a potenziali future locazioni di uffici e ad una possibile uscita dall'Unione;

- Nell'analisi consegnata alla Giunta, ma non in quella consegnata ai consiglieri, troviamo scritto: "Si lascia per ultimo l'aspetto considerato più delicato e importante da valutare che è la ripercussione che il rientro del servizio personale può avere sulla permanenza all'interno dell'Unione". Non staremo a leggere tutto quello che c'è scritto, ma riassumendone il contenuto venne segnalato alla Giunta che il rientro del servizio personale farebbe venir meno l'adesione di Terre di Pianura ad almeno 4 delle funzioni fondamentali imposte alle Unioni dalla Legge Regionale 21/2012. Il venir meno delle quattro funzioni farebbe perdere all'Unione, e quindi anche a Budrio, il diritto ad incassare i contributi regionali. Infatti, nell'analisi consegnata alla Giunta, ma non in quella consegnata ai consiglieri, è scritto che "Se fossimo nella condizione di dover uscire dall'Unione e di riprendere in carico tutte le funzioni, allora dovremmo considerare anche la perdita dell'entrata da contributi Stato-Regione che, nel bilancio 2020, è di 28.009,14 euro".

- Nell'analisi consegnata alla Giunta, ma non in quella consegnata ai consiglieri, si avvisa che a seguito del rientro dell'ufficio del personale ed in assenza di nuovi conferimenti di funzioni fondamentali all'Unione: "c'è il rischio, dal 1° gennaio 2021, di dover far rientrare tutti gli uffici attualmente conferiti in Unione. Questo sarebbe un grosso problema da gestire, con rischio di mettere in discussione il regolare funzionamento degli uffici e di tutta la macchina comunale. Ad oggi non si è in grado, considerato il tempo a disposizione, di analizzare e prevedere l'impatto organizzativo, finanziario-economico, contabile e di fattibilità tecnica di un eventuale rientro di tutte le funzioni conferite".

La questione pregiudiziale presentata dal nostro gruppo poggia quindi su due ordini di ragioni. La prima di carattere giuridico ma anche politico, perché riteniamo che l'aver scelto di imboccare il percorso di una revoca, dal nostro punto di vista illegittima, e non quella del recesso previsto dalle Leggi e dallo Statuto dell'Unione sia dovuto al fatto che il sindaco sa di non avere i voti per approvare un provvedimento che richieda la maggioranza qualificata dei due terzi dei componenti il Consiglio.

La seconda ragione ha invece a che vedere con la trasparenza e col modo che ha il sindaco di relazionarsi con questo Consiglio, perché egli, così come chiunque altro abbia deciso di fare arrivare in aula questa proposta di delibera, l'ha corredata di un'analisi che rispetto a quella esaminata dalla Giunta contiene omissioni rilevanti, se non decisive, che indubbiamente potrebbero alterare il giudizio che i consiglieri sono chiamati ad esprimere. Crediamo quindi vi sia il pericolo concreto e reale che la non conoscenza di tutti gli elementi necessari alla valutazione di questo provvedimento, noti agli assessori ma non ai consiglieri, porterebbe il Consiglio ad esprimere una scelta basata su informazioni incomplete. Non affermeremo che in questo modo di procedere vi sia stato un intento manipolatorio : ci limiteremo a dire che riteniamo grave il dover rilevare accadimenti di questa natura, tali da minare profondamente il rapporto di fiducia istituzionale che dovrebbe esserci tra gli organi deliberanti del nostro Comune.

Tutto questo considerato, poniamo su questa proposta di delibera questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 60 del Regolamento del Consiglio comunale, chiedendo che l'ordine del giorno non venga posto in discussione e votazione. Chiediamo altresì che copia di questo intervento, coi relativi allegati, venga trasmessa al Collegio dei Revisori ed al Presidente dell'Unione Terre di Pianura. Chiediamo infine, laddove la questione pregiudiziale non venga approvata e quindi nel caso in cui discussione e votazione di questo ordine del giorno abbiano luogo, che copia del documento sia allegata alla delibera di Consiglio.

**Gruppo Budrio Più**

Allegati :

- 1) Sentenza Consiglio di Stato , Adunanza plenaria, n. 14 del 20/6/2014
- 2) Sentenza del Tar E-R di Parma, n.ro 205 dell' 8/07/2015
- 3) Sentenza del Tar Lazio di Roma, n.ro 2432 del 06/03/2013

## **ALLEGATO 1**

### **Consiglio di Stato**

#### **Adunanza plenaria**

#### **Sentenza 20 giugno 2014, n. 14**

FATTO

1. Il Consiglio di Amministrazione dell'Azienda per la Mobilità del Comune di Roma (ATAC s.p.a.), con deliberazione n. 2 del 27 gennaio 2005, ha autorizzato l'indizione di una gara pubblica con procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori necessari alla realizzazione di un deposito tranviario nell'area ex "Centro Carni" e delle opere connesse.

La gara, con deliberazione del Consiglio di Amministrazione di ATAC n. 81 del 14 novembre 2005, è stata aggiudicata all'ATI composta da Consorzio Cooperative Costruttori (mandataria) e I.G.E.M.A.S. soc. cons. a r.l., Salcef Costruzioni Edili e Ferroviarie s.p.a., Project Automation s.p.a., Erregi s.r.l. (mandanti), e, in data 19 maggio 2006, è stato stipulato il relativo contratto di appalto.

2. L'ATAC, con provvedimento n. 80861 del 4 giugno 2012, ha disposto la revoca definitiva di tutti gli atti della procedura di gara, incluso il provvedimento di aggiudicazione.

La revoca è basata su diversi motivi di interesse pubblico, consistenti: nella "sostanziale non esecuzione" dell'appalto; nell'aggravio dei costi prospettati dall'appaltatrice; nelle proprie sopravvenute mutate esigenze operative; nell'inserimento del deposito tramviario in un piano di dismissioni immobiliari deliberato dall'assemblea di Roma Capitale; nell'incertezza sulla effettiva disponibilità di risorse per finanziare l'opera, venendo altresì preannunciato che, con separato provvedimento, sarebbe stato corrisposto all'appaltatrice l'indennizzo di cui all'art. 21-quinquies, comma 1-bis, della l. n. 241 del 1990.

Successivamente l'ATAC, con nota del 19 ottobre 2012 (prot. n. 147684), ha chiesto la riconsegna delle aree di cantiere sul presupposto, espressamente dichiarato, dell'intervenuta caducazione del contratto per effetto della precedente revoca.

3. L'ATI aggiudicataria, con il ricorso n. 5947 del 2012 proposto al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, ha chiesto l'annullamento dell'atto di revoca (n. 80861 del 2012), e, con motivi aggiunti, della nota relativa alla riconsegna delle aree (n. 147684 del 2012), sostenendo che:

- la stazione appaltante avrebbe esercitato un potere di autotutela al di fuori dei presupposti di legge, sugli atti della procedura di gara, ormai privati di efficacia in conseguenza della sopravvenuta stipulazione del contratto;
- il provvedimento impugnato non aveva ponderato il contrapposto interesse privato, consolidatosi nei sei anni intercorsi dalla stipula del contratto;
- con la revoca l'appaltante avrebbe esercitato in realtà un diritto di recesso o di risoluzione unilaterale, finalizzato a sottrarsi alle conseguenze derivanti dall'esercizio di dette facoltà privatistiche, maggiormente onerose dal punto di vista economico, perché non limitate all'indennizzo commisurato al solo danno emergente;
- l'atto non aveva tenuto in considerazione le controdeduzioni presentate nel corso del procedimento.

4. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione seconda ter, con la sentenza n. 2432 del 2013, ha accolto il primo ordine di censure, assorbendo le restanti, affermando che la revoca era stata adottata "in assenza del suo essenziale presupposto, e cioè di un oggetto costituito da un provvedimento che continua ancora a spiegare effetti", non essendo tale l'aggiudicazione della gara in seguito alla stipulazione del contratto, cosicché, secondo il primo giudice, per sciogliersi dal vincolo discendente da quest'ultimo, l'amministrazione avrebbe dovuto ricorrere all'istituto del recesso ai sensi dell'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici). Nella sentenza è ritenuta la giurisdizione amministrativa sulla controversia, vertendosi in un caso di carenza di potere in concreto.

5. L'ATAC ha proposto avverso la sentenza di primo grado l'appello n. 2775 del 2013, che è stato deciso dalla Sezione V di questo Consiglio con la sentenza non definitiva n. 5786 del 2013, con la quale, respinti i pregiudiziali motivi di appello di insussistenza della giurisdizione amministrativa sulla controversia e di mancata integrazione del contraddittorio in primo grado nei confronti della Regione Lazio, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., si rimette all'esame dell'Adunanza plenaria la questione di merito relativa al principio di diritto formulato dal primo giudice, secondo cui il potere di revoca dell'aggiudicazione non può essere esercitato dall'amministrazione una volta intervenuta la stipula del contratto.

6. All'udienza del 30 aprile 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. La questione da esaminare è esposta dalla V Sezione nei termini che di seguito si sintetizzano riportando il quadro della normativa rilevante e delle posizioni della giurisprudenza al riguardo, con l'indicazione, su questa base, dell'ipotesi interpretativa ritenuta preferibile.

### 1.1. La normativa rilevante.

Nella normativa si riscontra anzitutto, afferma la Sezione, un elemento di contraddittorietà tra i commi 1 e 1-bis dell'art. 21-quinquies della l. n. 241 del 1990, poiché, per il primo, la revoca può incidere soltanto su atti "ad efficacia durevole", mentre, per il secondo, l'atto revocato può anche essere "ad efficacia istantanea" se incidente su "rapporti negoziali", con un possibile effetto retroattivo che avvicina l'istituto a quello dell'annullamento d'ufficio per illegittimità, convergendo, in questo senso, anche l'art. 1, comma 136, della l. 30 dicembre 2004, n. 311, per il quale l'annullamento volto a "conseguire risparmi o minori oneri finanziari" regola il caso in cui incida "su rapporti contrattuali o convenzionali con privati"; potere quest'ultimo che, al di là del nomen dell'atto, appare peraltro vicino allo schema della revoca sul presupposto della rivalutazione della convenienza di contratti già stipulati.

La normativa richiamata deve essere a sua volta esaminata insieme con quella dell'art. 21-sexies della l. n. 241 del 1990, per cui è possibile "il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione... nei casi previsti dalla legge o dal contratto", secondo una regola di tipicità delle ipotesi di recesso analoga a quella di cui agli artt. 1372 e 1373 c.c.

Emerge da ciò la questione se con il potere attribuito dall'art. 21-quinquies e dalla l. n. 311 del 2004 si possa incidere sul contratto stipulato e come ciò si concili con il carattere paritetico delle posizioni fondate su di esso, di cui è espressione la generalizzazione dell'istituto del recesso ex art. 21-sexies, cui si correla la previsione specifica dell'art. 134 del codice dei contratti pubblici che, per gli appalti di lavori pubblici, attribuisce all'amministrazione "il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto", con effetto economico più oneroso, però, di quanto previsto dal comma 136 dell'art. 1 della l. n. 311 del 2004, poiché non limitato alla dimensione indennitaria ma comprendente il ristoro dei lavori eseguiti e dei materiali utili in cantiere oltre al decimo delle opere non eseguite (effetto non dissimile da quello, previsto dall'art. 158 del medesimo codice dei contratti pubblici, in caso di risoluzione per inadempimento o di revoca delle concessioni di lavori pubblici).

Il quadro normativo deve essere completato, infine, con il richiamo dell'art. 11 della l. n. 241 del 1990, che fa salvo il potere di recesso dell'amministrazione "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse" in caso di accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, e degli artt. 121 e 122 c.p.a. quanto ai poteri del giudice amministrativo di incidere sul contratto.

## 1.2. La giurisprudenza.

La Sezione riferisce:

a) che il Consiglio di Stato ha affermato la legittimità del potere di revoca degli atti amministrativi del procedimento ad evidenza pubblica anche se sia stato stipulato il contratto, con il conseguente diritto del privato all'indennizzo; ciò emerge in particolare dalle sentenze della Sezione VI n. 1554 del 2010 e n. 5993 del 2012 e della Sez. IV, n. 156 del 2013 (nella quale si richiama anche, con il comma 136 dell'art. 1 della l. n. 311 del 2004, il comma 9 dell'art. 11 del codice dei contratti pubblici che consente l'intervento in autotutela sugli atti di gara pur divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva), apparendo parzialmente difforme la sola sentenza della Sez. III n. 2291 del 2011, poiché la legittimità della revoca degli atti di una gara vi è affermata anche perché intervenuta prima della stipulazione del contratto;

b) che la Corte di Cassazione ha affermato, al contrario, che tutte le vicende successive alla stipulazione del contratto danno luogo a questioni relative alla sua validità ed efficacia anche se dovute all'esercizio di poteri pubblicistici in autotutela. Con la stipula del contratto si costituisce infatti tra le parti, pubblica e privata, un rapporto giuridico paritetico intercorrente tra situazioni soggettive da qualificare in termini di diritti soggettivi e di obblighi giuridici; il riscontro di sopravvenuti motivi di inopportunità della realizzazione dell'opera si riconduce perciò all'esercizio del potere contrattuale di recesso, previsto dalla normativa sugli appalti pubblici, con scelta che si riverbera sul contratto in quanto potere contrattuale del committente di recedere da esso, cosicché l'atto di revoca dell'aggiudicazione, ciò nonostante adottato, risulta lesivo del diritto soggettivo del privato in quanto incidente sul sinallagma funzionale (Sez. unite, n. 10160 del 2003 e n. 29425 del 2008).

## 1.3. L'interpretazione prospettata.

La Sezione prospetta l'esigenza di riconsiderare l'indirizzo prevalente nella giurisprudenza amministrativa ritenendo che, intervenuta la stipulazione del contratto ad evidenza pubblica, l'amministrazione non possa esercitare il potere di revoca ma debba agire attraverso il recesso.

1.3.1. In primo luogo la Sezione osserva che:

- nonostante la sussistenza della norma generale dell'art. 21-quinquies sono state previste norme specifiche che, attraverso il potere di revoca per pubblico interesse, attribuiscono all'amministrazione la facoltà di incidere unilateralmente sui contratti stipulati con i privati, come è per l'art. 11, comma 4, della l. n. 241 del 1990 (dove il potere, pur nominato di "recesso", è in sostanza di revoca) e per il citato art. 158 del codice dei contratti pubblici;
- ne emerge sul piano normativo la categoria dei contratti di diritto pubblico (o ad oggetto pubblico) che, fermo il ricorso alle regole civilistiche per la disciplina generale del rapporto contrattuale tra amministrazione e privati, si distingue da quella dei contratti di diritto privato per il mantenimento di una posizione di supremazia dell'amministrazione;
- in relazione a ciò la parallela previsione dell'art. 21-sexies della l. n. 241 del 1990, sulla facoltà dell'amministrazione di incidere sul contratto con il recesso, deve ritenersi propria dei contratti in cui essa non è in posizione di supremazia, cioè di quelli di diritto privato, considerate: l'analogia della norma con quelle di cui agli artt. 1372 e 1373 c.c.; la sua coerenza con il principio di cui all'art. 1, comma 1-bis, della l. n. 241 del 1990, per il quale "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente"; l'inutilità della previsione, altrimenti, se l'amministrazione potesse sempre incidere sul contratto con la revoca, peraltro più conveniente per il profilo economico;
- essendo quindi corretta la valutazione del primo giudice per la quale la revoca può essere ammessa solo nelle concessioni, dove il contratto è accessivo al provvedimento concessorio e ne dipende direttamente, fondandosi su ciò anche la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia, considerato che nelle concessioni il modulo consensuale è sempre sostitutivo di poteri autoritativi (Cass. Sez. un. ord. n. 8094 del 2007).

1.3.2. Tanto rilevato le previsioni dell'art. 21-sexies della l. n. 241 del 1990 e dell'art. 134 del codice dei contratti pubblici portano a non riferire i contratti ad evidenza pubblica al contesto dei rapporti negoziali distinti dal potere autoritativo di revoca, essendo avvalorata questa conclusione dalle seguenti considerazioni:

- la riconosciuta scissione tra aggiudicazione e stipulazione del contratto, che emerge sul piano funzionale poiché, con la prima, si conclude la fase pubblicistica del perseguimento dell'interesse pubblico alla selezione della migliore offerta mentre la seconda si colloca nel diverso quadro del rapporto paritetico tra i contraenti con predominanza del diritto privato, riflettendosi questa scissione anche sul piano strutturale, poiché, ai sensi dell'art. 11 del codice dei contratti pubblici, "l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta" (comma 7), essendo poi previsto un termine per stipulare successivamente il contratto soltanto entro il quale l'amministrazione può agire in autotutela (comma 9);
- ciò che porta alla distinzione fra l'atto di aggiudicazione e il consenso contrattuale dell'amministrazione e a far escludere che questo possa essere ritirato in via unilaterale, e tanto meno perciò mediante il riesame dell'aggiudicazione in autotutela, essendo il detto consenso confluito con quello della parte privata nell'accordo di cui all'art. 1325, n. 1), c.c., essendo in seguito possibile soltanto il mutuo dissenso di cui all'art. 1372 c.c., ed operando la altresì prevista facoltà di recesso non sull'atto contrattuale ma sul rapporto.

Sarebbe peraltro ingiustificato, si soggiunge, che l'amministrazione possa, attraverso i propri poteri di autotutela decisoria, ottenere un risultato in ipotesi superiore a quello ottenibile dal contraente privato in sede giurisdizionale ai sensi della normativa sull'inefficacia del contratto per l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a.

### 1.3.3. La Sezione conclude osservando che:

- la normativa posta con il comma 1-bis dell'art. 21-quinquies della l. n. 241 del 1990, così come con l'art. 1, comma 136, della l. n. 311 del 2004, si inserisce nel quadro delineato se si circoscrive il potere di revoca ivi previsto soltanto alle concessioni amministrative, con ciò erigendo a ratio della normativa il suo puntuale scopo originario, dell'intervento sulle concessioni di lavori pubblici a favore della TAV, e risultando in essa presupposto l'effetto di incidenza sul contratto in coerenza con l'assenza di deroga all'art. 21-sexies e all'art. 134;

- il divieto di revoca quando sia stato stipulato il contratto si fonda sulla fondamentale ragione dell'affidamento del privato negli impegni reciproci consacrati nell'accordo, sulla cui base egli ha maturato aspettative di profitto e assunto impegni organizzativi che l'art. 21-quinquies non impone di considerare (a differenza dell'art. 21-nonies per l'annullamento d'ufficio) e il cui ristoro è ivi previsto soltanto con l'indennizzo, mentre, ad esito del recesso consentito per i contratti di diritto privato, l'amministrazione è obbligata, come visto, ad una più adeguata compensazione del pregiudizio sofferto dalla controparte;

- ciò non comporta, peraltro, un'automatica svalutazione dell'interesse pubblico, di cui la pubblica amministrazione è sempre portatrice, al quale è comunque strumentale il diritto di recesso nell'ampia configurazione dell'art. 134 del codice dei contratti pubblici, potendo l'amministrazione valorizzare, ai fini del recesso, circostanze che porterebbero alla revoca, con il corollario di non dover assicurare il contraddittorio procedimentale né esternare compiutamente le motivazioni della scelta, essendo ciò bilanciato dal maggiore onere economico che ne consegue.

2. Si passa ora all'esame del quesito sottoposto all'Adunanza plenaria precisando, in via preliminare, che si prescinde da questioni attinenti alla giurisdizione, che pure possano essere connesse al quesito stesso, considerato che nel caso di specie la questione di giurisdizione è stata espressamente decisa in primo grado con pronuncia confermata in secondo grado, essendosi perciò formato al riguardo il giudicato.

3. L'Adunanza plenaria ritiene, per le ragioni che seguono, che, intervenuta la stipulazione del contratto per l'affidamento dell'appalto di lavori pubblici, l'amministrazione non può esercitare il potere di revoca dovendo operare con l'esercizio del diritto di recesso.

3.1. Ai sensi del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 (in seguito anche "codice"), la fase della scelta del contraente, conclusa con l'aggiudicazione definitiva, risulta distinta da quella, successiva, della stipulazione e conseguente esecuzione del contratto, pur costituendone il necessario presupposto funzionale, considerato che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta (art. 11, comma 7, primo periodo, del codice) e che, pur divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, prima della stipulazione resta comunque salvo "L'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti" (art. 11, comma 9). Il vincolo sinallagmatico nasce perciò soltanto con il separato e distinto atto della stipulazione del contratto quando, essendo stata fino a quel momento irrevocabile soltanto l'offerta dell'aggiudicatario (art. 11, comma 7, secondo periodo), l'amministrazione a sua volta si impegna definitivamente.

3.2. Ciò considerato la giurisprudenza ha affermato che la fase conclusa con l'aggiudicazione ha carattere pubblicistico, in quanto retta da poteri amministrativi attribuiti alla stazione appaltante per la scelta del miglior contraente nella tutela della concorrenza, mentre quella che ha inizio con la stipulazione del contratto e prosegue con l'attuazione del rapporto negoziale ha carattere privatistico ed è quindi retta dalle norme civilistiche (Corte costituzionale, sentenze n. 53 e n. 43 del 2011; Cassazione, Sez. un. civ. n. 391 del 2011; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 450 del 2009).



3.3. Nella fase privatistica l'amministrazione si pone quindi con la controparte in posizione di parità che però, è stato anche precisato, è "tendenziale" (Corte cost. n. 53 e n. 43 del 2011 citate), con ciò sintetizzando l'effetto delle disposizioni per cui, pur nel contesto di un rapporto paritetico, sono apprestate per l'amministrazione norme speciali, derogatorie del diritto comune, definite di autotutela privatistica (Ad. Plen. n. 6 del 2014); ciò, evidentemente, perché l'attività dell'amministrazione, pur se esercitata secondo moduli privatistici, è sempre volta al fine primario dell'interesse pubblico, con la conseguente previsione, su tale presupposto, di regole specifiche e distinte.

3.4. Nel codice dei contratti pubblici sono previste norme con tratti di specialità riguardo specificamente alla fase dell'esecuzione del contratto per la realizzazione di lavori pubblici, cui attiene la questione all'esame.

Ci si riferisce a norme collocate nella Parte II, Titolo III del codice (Disposizioni ulteriori per i contratti relativi ai lavori pubblici) relative alla disciplina del recesso dal contratto e della sua risoluzione, ai sensi, rispettivamente, degli artt. 134-136 del codice (collocate nel Capo II del Titolo III e perciò riferite agli appalti di lavori pubblici ex art. 126 del codice), della risoluzione per inadempimento e, specificamente, della revoca delle concessioni di lavori pubblici in finanza di progetto ai sensi dell'art. 158 del medesimo codice, ovvero della sospensione dei lavori ai sensi dell'art. 158 e seguenti del regolamento di attuazione (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207).

In questo contesto la specialità della disciplina del recesso emerge non soltanto perché, a fronte della generale previsione civilistica (art. 1373 c.c.), il legislatore ne ha ritenuto necessaria una specifica nella legge sul procedimento (art. 21-sexies) ma in particolare perché l'art. 134, nel concretare il caso applicativo di tale previsione, lo regola in modo diverso rispetto all'art. 1671 c.c., prevedendo il preavviso all'appaltatore e, quanto agli oneri, la forfetizzazione del lucro cessante nel dieci per cento delle opere non eseguite e la commisurazione del danno emergente, fermo il pagamento dei lavori eseguiti, al "valore dei materiali utili esistenti in cantiere" mentre, per il citato art. 1671 c.c., il lucro cessante è dovuto per intero ("il mancato guadagno") e per il danno emergente vanno rimborsate tutte le spese sostenute.

3.5. Su questa base si ritiene di poter affermare quanto segue.

3.5.1. La posizione dell'amministrazione nella fase del procedimento di affidamento di lavori pubblici aperta con la stipulazione del contratto è definita dall'insieme delle norme comuni, civilistiche, e di quelle speciali, individuate dal codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di quest'ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato, fermo restando che le sue posizioni di specialità, essendo l'amministrazione comunque parte di un rapporto che rimane privatistico, restano limitate alle singole norme che le prevedono.

Ciò rilevato ne consegue che deve ritenersi insussistente, in tale fase, il potere di revoca, poiché: presupposto di questo potere è la diversa valutazione dell'interesse pubblico a causa di sopravvenienze; il medesimo presupposto è alla base del recesso in quanto potere contrattuale basato su sopravvenuti motivi di opportunità (Cass. n. 391 del 2011 cit.; Cons. Stato, Sez. V, 18 settembre 2008, n. 4455); la specialità della previsione del recesso di cui al citato art. 134 del codice preclude, di conseguenza, l'esercizio della revoca.

Se infatti, come correttamente indicato dal giudice rimettente, nell'ambito della normativa che regola l'attività dell'amministrazione nella fase del rapporto negoziale di esecuzione del contratto di lavori pubblici, è stata in particolare prevista per gli appalti di lavori pubblici una norma che attribuisce il diritto di recesso, non si può ritenere che sul medesimo rapporto negoziale si possa incidere con la revoca, basata su presupposti comuni a quelli del recesso (la rinnovata valutazione

dell'interesse pubblico per sopravvenienze) e avente effetto analogo sul piano giuridico (la cessazione ex nunc del rapporto negoziale); richiamato anche che, quando il legislatore ha ritenuto di consentire la revoca "per motivi di pubblico interesse" a contratto stipulato, lo ha fatto espressamente, in riferimento, come visto, alla concessione in finanza di progetto per la realizzazione di lavori pubblici (o la gestione di servizi pubblici; art. 158 del codice).

In caso contrario la norma sul recesso sarebbe sostanzialmente inutile, risultando nell'ordinamento, che per definizione reca un sistema di regole destinate a operare, una normativa priva di portata pratica, dal momento che l'amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno costosa revoca ovvero decidere di esercitare il diritto di recesso secondo il proprio esclusivo giudizio, conservando in tale modo nel rapporto una posizione comunque privilegiata; fermo restando, come anche richiamato dalla V Sezione, che per l'amministrazione la maggiore onerosità del recesso è bilanciata dalla mancanza dell'obbligo di motivazione e del contraddittorio procedimentale.

3.5.2. Quanto sopra vale in riferimento alla possibilità della revoca nella fase aperta con la stipulazione del contratto nel procedimento per l'affidamento dell'appalto di lavori pubblici, che è l'oggetto specifico del quesito all'esame.

Resta perciò impregiudicata, nell'inerenza all'azione della pubblica amministrazione dei poteri di autotutela previsti dalla legge, la possibilità: a) della revoca nella fase procedimentale della scelta del contraente fino alla stipulazione del contratto; b) dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto, ai sensi dell'art. 1, comma 136, della l. n. 311 del 2004, nonché concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso (Cass. sezioni unite, 8 agosto 2012, n. 14260; Cons. Stato: sez III, 23 maggio 2013, n. 2802; sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032; 4 gennaio 2011, n. 11; 9 aprile 2010, n. 1998).

Così come, pure nel caso di contratto stipulato, sussiste la speciale previsione in ordine al recesso della stazione appaltante quando si verificano i presupposti previsti dalla normativa antimafia che la giurisprudenza (Cass. n. n. 391 del 2011 cit.) ha riferito alla nozione dell'autotutela autoritativa, poiché potere "del tutto alternativo a quello generale di cui alla L. n. 2248 del 1865, art. 345, all. F" (oggi art. 134 del codice dei contratti pubblici); qualificazione questa che può ritenersi tuttora valida poiché le stazioni appaltanti, pur nel quadro della normativa oggi vigente in materia, devono comunque valutare l'esistenza delle eccezionali condizioni non comportanti l'altrimenti vincolato esercizio del diritto di recesso (art. 94, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 159 del 2011).

3.5.3. In questo quadro si coordina e delimita, ad avviso del Collegio, la previsione della revoca di cui al comma 1-bis dell'art. 21-quinquies della l. n. 241 del 1990, poiché dall'ambito di applicazione della norma risulta esclusa la possibilità di revoca incidente sul rapporto negoziale fondato sul contratto di appalto di lavori pubblici, in forza della speciale e assorbente previsione dell'art. 134 del codice (così, come, per la medesima logica, né è esclusa la revoca di cui all'art. 158 del codice), restando per converso e di conseguenza consentita la revoca di atti amministrativi incidenti sui rapporti negoziali originati dagli ulteriori e diversi contratti stipulati dall'amministrazione, di appalto di servizi e forniture, relativi alle concessioni contratto (sia per le convenzioni accessive alle concessioni amministrative che per le concessioni di servizi e di lavori pubblici), nonché in riferimento ai contratti attivi.

4. Sulla base di quanto esposto l'Adunanza plenaria afferma il seguente principio di diritto: «Nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del

rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006».

5. Ciò affermato l'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a., restituisce gli atti alla Sezione quinta di questo Consiglio per le ulteriori pronunce sul merito della controversia e sulle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), affermato il principio di diritto di cui in motivazione, restituisce gli atti alla Sezione quinta per ogni ulteriore statuizione nel merito della controversia e sulle spese del giudizio.

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

## **ALLEGATO 2**

### **Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna**

**Parma**

**Sentenza 8 luglio 2015, n. 205**

**Presidente: Radesi - Estensore: Poppi**

#### **FATTO E DIRITTO**

Con delibera consiliare n. 34 del 5 novembre 2013 il Comune di Terenzio (di seguito Comune) aderiva all'Unione di Comuni Valli Taro e Ceno (di seguito Unione) approvandone contestualmente lo Statuto e l'Atto costitutivo.

In conseguenza dell'intervenuta adesione, il Comune provvedeva in data 28 marzo 2014 all'adozione delle seguenti delibere di conferimento all'Unione di funzioni fondamentali:

n. 5 relativa alla progettazione e gestione del sistema locale dei servizi sociali ed erogazione delle relative prestazioni;

n. 6 relativa ai servizi in materia statistica;

n. 7 relativa alle funzioni di protezione civile;

n. 8 relativa alla gestione dei sistemi informatici e delle tecnologie dell'informazione;

n. 9 relativa alla gestione dello Sportello unico telematico delle attività produttive.

Con nota n. 4489 del 3 novembre 2014 il Comune comunicava ex art. 7 della l. n. 241/1990 all'Unione e alla Regione Emilia Romagna (di seguito Regione) l'avvio del procedimento teso alla verifica del proprio interesse a permanere nell'Unione.

A conclusione dell'istruttoria avviata il Comune, con delibera consiliare n. 66 del 13 dicembre 2014, revocava le citate delibere di adesione all'Unione e di conferimento delle funzioni perseguendo il fine (esplicitato, fra le altre, nella nota datata 27 aprile 2015 e negli atti difensivi del presente giudizio, nonché, ribadito in sede di discussione del ricorso nell'odierna udienza) di far venire meno la propria appartenenza all'Unione.

L'Unione, sul presupposto che lo Statuto dell'Ente, approvato anche dal Comune, non consentisse di recedere prima del decorso del termine di anni 5, impugnava gli atti e provvedimenti in epigrafe specificati deducendo la violazione degli artt. 32 del d.lgs. n. 267/2000 e degli artt. 19 e 24 della l.r. n. 21/2012; l'insussistenza nel caso di specie dei presupposti legittimanti un intervento in autotutela ex art. 21-quinquies, nonché, eccesso di potere per sviamento di potere in ragione del ricorso all'esercizio del potere di revoca al fine di eludere il divieto di recesso di fonte statutaria.

Il Comune si costituiva in giudizio affermando la piena disponibilità della propria appartenenza all'Unione e la ricorrenza dei presupposti per l'esercizio del potere di revoca in alcun modo limitato dalla precedente adesione all'Unione e dalla approvazione del relativo Statuto.

La Regione Emilia Romagna interveniva in giudizio ad adiuvandum sostenendo l'infondatezza delle ragioni addotte dal Comune a sostegno dell'adottata revoca e la vincolatività dell'impegno assunto al momento dell'adesione all'Unione.

Nella camera di consiglio del 25 febbraio 2015, con ordinanza n. 40/2015, veniva respinta l'istanza di sospensione per difetto del periculum in mora sul presupposto che "lo Statuto dell'Unione, all'art. 5 comma 4, non consente alle amministrazioni comunali il recesso dall'Unione anteriormente al decorso del termine di 5 anni dall'adesione ("il recesso deve essere deliberato, fermo restando un periodo minimo di adesione di anni 5...")" e che "il vincolo statutario trova la propria fonte nell'art. 19, comma 4, della L.R. n. 21/2014 a norma del quale "lo statuto regola altresì la durata minima dei conferimenti di funzioni all'Unione, che comunque non può essere inferiore a cinque anni. La revoca anticipata dei conferimenti è priva di ogni effetto, salvo che non sia disposta di comune accordo tra tutti gli enti aderenti".

Il Comune, con nota n. 892 del 7 marzo 2015, rappresentava all'Unione che, in virtù del richiamato esito cautelare, non poteva che considerarsi revocata la propria adesione all'Ente poiché il collegio, nell'occasione, "si sarebbe espresso unicamente con riferimento alla possibilità per il Comune di Terenzio di esercitare il diritto di recesso... ma non anche con riferimento alla sussistenza del potere di revoca".

L'Unione, preso atto della posizione assunta dal Comune, con atto depositato il 17 marzo 2015 avanzava istanza di esecuzione della citata ordinanza n. 40/2015 ai sensi dell'art. 59 c.p.a. "mediante la prescrizione delle modalità dell'ottemperanza" o "mediante chiarimenti" ai sensi dell'art. 112 c.p.a. con richiesta di abbreviazione dei termini ex art. 53 c.p.a.

Il Comune, con memoria depositata il 24 marzo 2015, eccepiva preliminarmente il difetto di notifica dell'istanza effettuata via pec; la violazione dell'art. 53 c.p.a. e dell'art. 24 della Costituzione in ragione dell'eccessiva ristrettezza del termine concesso e, infine, l'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 59 c.p.a. essendo proposta per l'esecuzione di una pronuncia di rigetto.

Nella camera di consiglio del 26 marzo 2015, la ricorrente rinunciava alla domanda di esecuzione e veniva fissata la discussione nel merito del ricorso.

La ricorrente precisava la propria posizione con memoria depositata l'11 maggio 2015 riaffermando l'impossibilità per il Comune di recedere dall'Unione se non decorso il termine quinquennale previsto dallo Statuto.

Il Comune, con memoria depositata il 21 maggio 2015, ribadiva l'inconferenza della contestata violazione dello Statuto poiché il vincolo di appartenenza che lo legava all'Unione non sarebbe venuto meno in ragione di un atto di recesso ex art. 5 dell'atto statutario ma in conseguenza di un atto di revoca adottato ai sensi dell'art. 21-quinquies della l. n. 241/1990.

All'esito della pubblica udienza dell'11 giugno 2015 la causa veniva trattenuta in decisione.

Con il presente ricorso l'Unione (sulla base di argomentazioni condivise dalla difesa regionale) censura la serie provvedimentale con la quale il Comune di Terenzio ha disposto la revoca delle delibere in forza delle quali aveva aderito all'Unione dei Comuni Valli Taro e Ceno e conferito a quest'ultima una pluralità di funzioni fondamentali.

In particolare, con il primo motivo di ricorso deduce la violazione dell'art. 32 del d.lgs. n. 267/2000, degli artt. 19 e 24 della l.r. n. 21/2012 e dell'art. 5 dello Statuto sostenendo che, una volta intervenuta l'adesione all'Ente, il rapporto fra quest'ultimo e il Comune aderente non potrebbe che essere disciplinato dalla fonte statutaria che inibisce il recesso se non dopo 5 anni.

Il Comune avrebbe, inoltre, erroneamente applicato l'art. 21-quinquies della l. n. 241/1990 poiché l'istituto della revoca è previsto dall'ordinamento in relazione a provvedimenti aventi efficacia durevole mentre la delibera revocata avrebbe esaurito i propri effetti al momento dell'adesione all'Unione in vista della quale era stata adottata.

Da tale momento si sarebbe, infatti, determinata la soggezione del Comune aderente alla disciplina statutaria, espressamente approvata all'atto dell'adesione all'Unione.

L'impossibilità di incidere mediante interventi in autotutela su atti negoziali, avvalendosi dell'istituto della revoca in luogo di quello del recesso, troverebbe il conforto della giurisprudenza amministrativa che lo avrebbe ripetutamente affermato (C.d.S., Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 6 marzo 2013, n. 2432).

Con il secondo motivo viene ulteriormente contestata la ricorrenza dei presupposti di legge di cui al più volte citato art. 21-quinquies in ragione dell'insussistenza delle esposte ragioni di interesse pubblico poste alla base della rivalutazione dell'interesse alla permanenza nell'Unione.

Il Comune nega di essere incorso nella contestata violazione avendo agito in autotutela revocando i provvedimenti di adesione e conferimento in questione senza avvalersi della clausola di recesso di cui all'art. 5 dello Statuto.

Sul punto il Comune sostiene, in particolare, che i due istituti (revoca e recesso) risponderebbero a differenti esigenze trovando fondamento in diversi presupposti.

La revoca, in quanto espressione del principio generale di inesauribilità del potere amministrativo non potrebbe essere in alcun modo limitata o condizionata dalle previsioni dello Statuto che disciplinano il diverso istituto del recesso che si fonderebbe, invece, su una disciplina negoziale con "effetti destinati a prodursi esclusivamente sul piano dei rapporti con i contraenti" (pag. 4 del ricorso).

La disposizione statutaria, pertanto, non inibirebbe l'esercizio del potere di revoca ma si limiterebbe a prevedere una diversa possibilità di "svincolarsi" dall'Unione "senza particolari motivazioni e aggravamenti procedimentali" (pag. 6 del ricorso).

Considerando, inoltre, che si verte in tema di norme che contribuiscono a definire il contenuto minimo normativo nei rapporti fra privati e pubblica amministrazione, l'attribuzione di un diverso significato alla disposizione statutaria (nella specie in senso conforme alle posizioni espresse dall'Unione) determinerebbe una violazione dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione che riserva alla potestà normativa statale la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali".

Il principio da ultimo enunciato troverebbe ulteriore conferma nell'art. 29 della l. n. 241/1990 laddove si precisa, al comma 1, che "le disposizioni della presente legge si applicano alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali" e, al comma 2, che "le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla presente legge nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge".

Per tali ragioni sarebbe inconferente la giurisprudenza richiamata dalla ricorrente (afferente alla materia degli appalti) poiché la costituzione dell'Unione dovrebbe essere "ricondotta nell'alveo dei c.d. negozi di diritto pubblico tra pubbliche amministrazioni" che, poiché finalizzato al perseguimento di un interesse pubblico, potrebbe sempre "essere rivisto e il relativo consenso essere legittimamente ritirato" (pag. 42 della memoria di costituzione datata 19 febbraio 2015).

Il ricorso è fondato.

Preliminarmente, ai fini di un corretto inquadramento dell'odierna controversia, si rende necessaria una sintetica ricostruzione del contesto normativo di riferimento.

L'art. 32 del d.lgs. n. 267/2000 afferma che "l'unione di comuni è l'ente locale costituito da due o più comuni, di norma contermini, finalizzato all'esercizio associato di funzioni e servizi" (comma 1) e a tale scopo è dotata di "potestà statutaria e regolamentare" (comma 4) che "sono approvati dai consigli dei comuni partecipanti con le procedure e con la maggioranza richieste per le modifiche statutarie. Lo statuto individua le funzioni svolte dall'unione e le corrispondenti risorse".

L'art. 14, comma 26, del d.l. n. 78/2010, prevede che "l'esercizio delle funzioni fondamentali [specificate nel successivo comma 27] dei Comuni è obbligatorio per l'ente titolare" disponendo al comma 28 che "i comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, ovvero fino a 3.000 abitanti se appartengono o sono appartenuti a comunità montane, esclusi i comuni il cui territorio coincide integralmente con quello di una o di più isole e il comune di Campione d'Italia, esercitano obbligatoriamente in forma associata, mediante unione di comuni o convenzione, le funzioni fondamentali dei comuni di cui al comma 27, ad esclusione della lettera l)".

Il richiamato disposto normativo trova attuazione a livello regionale nella l.r. n. 21/2012 approvata al dichiarato scopo di adottare "d'intesa con le Province, i Comuni e le loro forme associative e, ove necessario, sulla base di accordi con le amministrazioni statali interessate, misure per assicurare l'adeguamento dell'articolazione delle funzioni amministrative sul territorio regionale ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, alla luce delle disposizioni di riordino territoriale e funzionale contenute nel decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78" (art. 1) assumendosi il compito di individuare "la dimensione territoriale ottimale per lo svolgimento in forma associata delle funzioni fondamentali, le forme di esercizio associato di funzioni e servizi comunali, le modalità di incentivazione alle forme associative e alle fusioni dei Comuni" (art. 3, comma 2).

L'art. 19 della medesima fonte normativa dispone che "Lo statuto dell'Unione di Comuni individua la sede e le funzioni svolte dall'Unione, le competenze degli organi, le modalità per la loro costituzione e funzionamento, nonché la durata dell'Unione, comunque non inferiore a dieci anni.

Lo statuto definisce altresì le procedure per lo scioglimento dell'Unione e per il recesso da parte dei Comuni partecipanti ed i relativi adempimenti, inclusa la definizione dei rapporti tra l'Unione e il Comune uscente, nonché gli effetti, anche sanzionatori e risarcitori, del recesso di un Comune prima della scadenza del termine di durata dell'Unione. La disciplina del recesso deve comunque garantire la continuità dello svolgimento delle funzioni e dei rapporti di lavoro del personale che presta servizio a qualsiasi titolo presso l'ente. Deve altresì prevedere l'obbligo per il Comune recedente di farsi carico delle quote residue dei prestiti eventualmente accessi".

Il successivo art. 24, comma 6, prevede che "La durata dei conferimenti di funzioni da parte dei Comuni che sono per legge statale soggetti all'obbligo di gestione associata deve essere a tempo indeterminato, salvo recesso che non potrà intervenire prima di cinque anni, mentre per gli altri Comuni il conferimento deve avere durata di almeno cinque anni".

Lo Statuto dell'Unione approvato, come anticipato, dal Comune resistente prevede all'art. 5 che "ogni Comune partecipante all'Unione può recedere unilateralmente con deliberazione consiliare adottata con le procedure e le maggioranze richieste per le modifiche statutarie" ma "fermo restando un periodo minimo di adesione di anni cinque".

La previsione di una permanenza minima, pertanto, trova fonte in una norma di legge frutto di una scelta del Legislatore regionale (non sindacabile in questa sede) la cui ratio è specificata dallo stesso nell'esigenza di assicurare stabilità all'assetto istituzionale dell'Unione a tutela della continuità dello svolgimento delle funzioni da gestire in forma associata.

Il Comune, pertanto, una volta determinata in piena autonomia la propria appartenenza all'Unione ed approvato il relativo Statuto ne resta vincolato per tutto quanto riguarda la gestione del rapporto con quest'ultima.

Ne deriva che è da considerarsi illegittimo il ricorso all'esercizio del potere di revoca di cui all'art. 21-quinquies l. n. 241 del 1990 (esercitato come evidenziato, e ammesso, al fine di recidere il vincolo di appartenenza all'Unione) poiché il Comune può recedere dall'Unione unicamente nei tempi, modi e forme previsti dallo Statuto dal medesimo approvato, ovvero, mediante attivazione della procedura di recesso e sempre che ne ricorrano i relativi presupposti.

Il potere di revoca, infatti, come correttamente rilevato dalla ricorrente, essendo finalizzato a determinare la cessazione ex nunc degli effetti di un precedente provvedimento, presuppone necessariamente che l'atto oggetto di revoca espliciti i suoi effetti al momento dell'intervento di secondo grado.

Nel caso di specie, invece, il provvedimento revocato ha esaurito i propri effetti all'atto della costituzione dell'Unione con contestuale approvazione dell'Atto costitutivo e dello Statuto.

Relativamente al provvedimento impugnato devono ulteriormente ritenersi fondati i dedotti vizi di eccesso di potere per difetto di istruttoria e sviamento di potere.

La verifica circa l'attualità dell'interesse a permanere all'interno dell'Unione è stata delegata dal Sindaco al Segretario Comunale - Responsabile del procedimento e si è conclusa con atto del medesimo responsabile n. 5056 del 3 dicembre 2014 di proposta al Consiglio comunale di revocare la delibera di adesione.

Nelle premesse dell'atto da ultimo citato è lo stesso Responsabile che dà atto che "con provvedimento n. 3 in data 02/07/2014 il neo-Sindaco del Comune di Terenzo (eletto a seguito delle elezioni amministrative del maggio 2014) ritenendo non rispondente all'interesse pubblico l'ingresso del Comune di Terenzo nell'Unione Comuni Valli Taro e Ceno" disponeva l'avvio del procedimento istruttorio "incaricando i Responsabili dei Servizi del Comune di Terenzo di

predisporre ciascuno per il settore di propria competenza, apposite relazioni sulla base delle quali effettuare, poi, le conseguenti doverose valutazioni".

Il tenore dell'atto è tale da rendere inequivocabile la predeterminazione dell'effetto che il procedimento avviato avrebbe dovuto determinare.

La non rispondenza dell'appartenenza all'Unione all'interesse pubblico che doveva costituire il risultato dell'istruttoria avviata, infatti, è affermata in via preliminare dal Sindaco che instaurava il procedimento richiedendo la predisposizione di atti istruttori (nella specie le relazioni dirigenziali) tali da supportare le "doverose valutazioni" consequenziali.

Può pertanto affermarsi, in conclusione, che la complessiva condotta del Comune in questa sede contestata risulta preordinata alla determinazione di un effetto, il recesso dall'Unione, inibito da una fonte normativa sub primaria (conforme alla legislazione regionale) cui il medesimo, approvandola, si era vincolato.

Pertanto, l'unico valore che può attribuirsi all'impugnato atto di revoca senza che lo stesso incorra nelle rilevate illegittimità, è quello di espressione della volontà del Comune di Terenzo di recedere dall'Unione una volta decorsi i cinque anni dalla costituzione della stessa. Circostanza questa evidenziata nell'ordinanza cautelare di questa Sezione e travisata dal Comune resistente.

Per quanto precede il ricorso deve essere accolto con condanna del Comune di Terenzo al pagamento delle spese di giudizio nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione staccata di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Condanna il Comune di Terenzo al pagamento delle spese di giudizio che liquida in Euro 2.500,00 in favore dell'Unione Comuni Valli Taro e Ceno e Euro 1.500,00 in favore della Regione Emilia Romagna, oltre oneri di legge se dovuti.

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

## **ALLEGATO 3**

### **TAR LAZIO di ROMA - SENTENZA 6 marzo 2013, n.2432**

#### **MASSIMA**

1. Il provvedimento di revoca deve necessariamente avere ad oggetto un provvedimento, ad efficacia durevole o istantanea, che non abbia ancora esaurito i suoi effetti quando l'amministrazione decide di intervenire in autotutela, tanto che l'atto determina, per espressa previsione di legge, l'inefficacia del provvedimento a produrre ulteriori effetti.

2. L'aggiudicazione definitiva di un appalto può ben essere oggetto di revoca ma solo fino alla data di stipulazione del contratto o, più propriamente, sino all'avvio della sua esecuzione, che può



farsi coincidere, in un appalto di lavori, con la consegna degli stessi da parte della stazione appaltante. In tal senso, depongono le norme di cui all'art. 11 del codice dei contratti pubblici, e cioè il comma 7, secondo cui, da un lato, l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta, dall'altro, l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 9 e, soprattutto, detto comma 9, secondo cui, divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, la stipulazione del contratto ha luogo entro un termine definito, fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti.

3. L'aggiudicazione è un provvedimento amministrativo privo di qualunque connotazione privatistica e i poteri di autotutela possono essere senz'altro esercitati fino alla stipulazione del contratto. Ne consegue che l'aggiudicazione definitiva è un provvedimento amministrativo che, al pari di ogni altro, può essere oggetto sia di annullamento sia di revoca, ma la cui efficacia - essendo l'atto con cui, in esito ad una procedura ad evidenza pubblica, la stazione appaltante individua l'operatore economico con cui contrarre - è destinata ad esaurirsi con la stipulazione del contratto e l'avvio dell'esecuzione delle relative prestazioni.

4. Mentre la stazione appaltante in ogni momento può procedere all'annullamento in autotutela, ai sensi dell'art. 21 quinquies della l. n. 241 del 1990, del provvedimento di aggiudicazione definitiva per un vizio originario dell'atto in tal modo incidendo, per la sua efficacia ex tunc, sul momento genetico del rapporto e, quindi, sui rapporti negoziali che a quell'atto sono legati da un nesso di presupposizione, lo stesso non può dirsi per l'esercizio del potere di revoca di cui all'art. 21 quinquies l. n. 241 del 1990 in quanto la revoca, avendo efficacia ex nunc, incide sul momento funzionale del rapporto e non sul suo momento genetico e, quindi, presuppone che l'efficacia dell'atto oggetto di revoca continui a sussistere al momento della sua emanazione.

5. Il comma 1 bis dell'art. 21 quinquies, legge n. 241 del 1990, fa riferimento agli atti amministrativi ad efficacia durevole che incidono su rapporti negoziali e ciò in quanto per tali rapporti si intendono eventuali contratti accessivi al provvedimento revocato, il cui caso classico è costituito dalla revoca di una c.d. concessione-contratto. In altri termini, la norma in discorso trova applicazione nelle ipotesi in cui al provvedimento revocato accedono contratti, ma non anche nelle ipotesi di contratti legati al provvedimento da un nesso di presupposizione, quale è il caso del provvedimento di aggiudicazione e del successivo contratto di appalto, ove il provvedimento presupposto abbia esaurito i propri effetti con la stipulazione del contratto e l'avvio di esecuzione delle prestazioni: in tale caso sarebbe ben possibile l'adozione, nell'esercizio del potere di autotutela, di un atto di annullamento, che, operando ex tunc, incide sul momento genetico del rapporto, ma non di revoca, la quale, operando ex nunc, incide sul momento funzionale.

6. Non è condivisibile la tesi secondo cui il potere di eliminare gli atti amministrativi della serie di evidenza pubblica sussiste anche in caso di esistenza del contratto. Diversamente, il diritto di recesso previsto dall'art. 134, d.lgs. n. 163 del 2006, presuppone l'avvio del contratto e non opera se l'amministrazione non ha mai provveduto alla consegna dei lavori né l'aggiudicatario ha mai chiesto tale consegna.

7. Ove non sia stato ancora stipulato il contratto, la revoca dell'aggiudicazione, effettuata per sopravvenuti motivi di opportunità, non rientra nel generale potere contrattuale di recesso della pubblica amministrazione, con la conseguenza che, una volta stipulato il contratto, il potere autoritativo di revoca non può più essere esercitato.

8. L'art. 21 septies l. n. 241 del 1990, nell'individuare come causa di nullità il "difetto assoluto di attribuzione", evoca la c.d. carenza di potere in astratto, vale a dire l'ipotesi in cui l'amministrazione assume di esercitare un potere che in realtà nessuna norma le attribuisce; nel caso, invece, in cui l'amministrazione è resa dalla legge effettiva titolare del potere, ma questo

viene esercitato in assenza dei suoi concreti presupposti, non si è in presenza di un difetto assoluto di attribuzione, ma è viziato l'esercizio del potere, per cui, non ponendosi in questione l'esistenza del potere, il provvedimento sarà annullabile, e non nullo, con conseguente sussistenza della giurisdizione amministrativa.

## TESTO DELLA SENTENZA

TAR LAZIO di ROMA - SENTENZA 6 marzo 2013, n.2432 - Pres. Filippi – est. Caponigro

## SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5947 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Consorzio Cooperative Costruzioni CCC Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con le mandanti I.G.E.M.A.S. Soc. Cons. a r.l., SALCEF Costruzioni Edili e Ferroviarie Spa, Erregi Srl e Project Automation Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Lotti ed Enrico Zampetti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Massimo Lotti in Roma, via di Ripetta 70;

contro

Azienda per la Mobilità del Comune di Roma – ATAC Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Rodolfo Mazzei con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via XX Settembre, 1; Roma Capitale, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi D'Ottavi, con domicilio eletto presso l'Avvocatura Capitolina in Roma, via Tempio di Giove, 21;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo del giudizio del provvedimento di ATAC Spa n. 80861 in data 4 giugno 2012 recante “revoca di tutti gli atti della procedura di gara, incluso il provvedimento di aggiudicazione, relativa all'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione del deposito tranviario ‘Centro Carni’, indetta con deliberazione del C.d.A.di Atac spa n. 2 del 27 gennaio 2005”, di ogni relativo atto preparatorio, presupposto, connesso e consequenziale, con particolare riferimento alla nota ATAC n. 4720 del 14 marzo 2012 e della delibera del Consiglio di Amministrazione ATAC Spa n. 6 del 24 febbraio 2012 nonché, ove e per quanto occorra, della delibera dell'Assemblea Capitolina (Roma Capitale) del 25 giugno 2011

nonché per l'annullamento, ove e per quanto occorra, quanto ai motivi aggiunti della nota ATAC Spa n. 147684 del 19 ottobre 2012, con la quale si rappresenta che “alla luce dell'intervenuta definitiva revoca degli atti inerenti l'appalto in oggetto, devono intendersi altresì formalmente cessati gli effetti derivanti dai verbali di consegna delle aree di cantiere sottoscritti dalla Società in indirizzo”, di ogni atto preparatorio, presupposto, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Atac Spa e di Roma Capitale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 febbraio 2013 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

Il Consiglio di Amministrazione di ATAC, con deliberazione n. 2 del 27 gennaio 2005, ha autorizzato l'indizione di una gara pubblica con procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori necessari alla realizzazione del deposito tranviario "Centro Carni" e delle opere connesse.

La gara, con deliberazione del Consiglio di Amministrazione di ATAC n. 81 del 14 novembre 2005, è stata aggiudicata all'ATI composta da Consorzio Cooperative Costruttori (mandataria) e I.G.E.M.A.S. soc. cons. a r.l., Salcef Costruzioni Edili e Ferroviarie Spa, Project Automation Spa, Erregi Srl (mandanti), sicché, in data 19 maggio 2006, è stato stipulato il relativo contratto di appalto.

L'ATAC, con provvedimento n. 80861 del 4 giugno 2012, ha disposto la revoca definitiva di tutti gli atti della procedura di gara, incluso il provvedimento di aggiudicazione.

Di talchè, la ricorrente ha proposto il presente ricorso, articolato nei seguenti motivi:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 quinquies l. n. 241 del 1990; violazione e falsa applicazione dei principi che regolano l'esercizio del potere di autotutela; difetto di motivazione; erroneità dei presupposti di fatto e di diritto; eccesso di potere per sviamento.

Il primo presupposto per l'esercizio del potere di revoca è quello che il provvedimento da rimuovere sia ad efficacia durevole; l'altro presupposto richiede la presenza di sopravvenuti motivi di interesse pubblico o di mutamenti della situazione di fatto tali da rivelare l'opportunità di una rimozione del provvedimento in prime cure adottato. La revoca, inoltre, dovrebbe essere adottata tenendo in specifica considerazione l'affidamento medio tempore ingenerato dal provvedimento che si vuole rimuovere, soprattutto nel caso in cui quest'ultimo sia stato adottato molto tempo prima.

La revoca riguarderebbe un provvedimento di aggiudicazione che da tempo ha esaurito i suoi effetti a seguito della stipula del contratto d'appalto, per cui, trattandosi di un provvedimento già compiutamente eseguito, sarebbe insuscettibile di essere revocato ai sensi dell'art. 21 quinquies della l. n. 241 del 1990.

Il provvedimento impugnato sarebbe stato adottato senza individuare alcuna sopravvenuta ragione di pubblico interesse o nuova circostanza di fatto che possa astrattamente giustificare la revoca di un'aggiudicazione disposta sette anni prima e che ha definitivamente esaurito i propri effetti con la stipula del contratto di appalto nel maggio 2006.

Le motivazioni della revoca rivelerebbero un palese fraintendimento della situazione di fatto ed ometterebbero di evidenziare il diverso apprezzamento del concreto interesse pubblico.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 quinquies della l. n. 241/1990; violazione e falsa applicazione dei principi che regolano l'esercizio del potere di autotutela; difetto di motivazione; erroneità dei presupposti di fatto e di diritto; violazione e falsa applicazione del principio di affidamento; eccesso di potere per sviamento.

Il provvedimento impugnato ometterebbe qualsiasi specifica considerazione dell'interesse privato, ledendo l'affidamento ingenerato dall'aggiudicazione adottata sette anni prima e che già da sei anni avrebbe esaurito i propri effetti a seguito della stipula del contratto nel maggio 2006.

La prevalenza dell'interesse pubblico sarebbe solo proclamata senza che siano individuate in alcun modo le ragioni che avrebbero dovuto evidenziarne il carattere recessivo dell'interesse privato a fronte della nuova valutazione dell'interesse pubblico.

La semplice corresponsione del danno emergente perpetuerebbe la lesione dell'affidamento, considerando anche che la regola generale, applicabile nei casi di recesso contrattuale, prevederebbe la corresponsione del danno emergente e del lucro cessante nella misura del decimo dell'importo delle opere non eseguite.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 quinquies della l. n. 241/1990. Violazione e falsa applicazione dei principi che regolano l'esercizio del potere di autotutela. Eccesso di potere per sviamento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 134 d.lgs. n. 163/2006. Difetto di motivazione. Erroneità dei presupposti di fatto e di diritto.

L'autotutela sarebbe stata esercitata per sciogliere unilateralmente la stazione appaltante dall'atto negoziale stipulato a valle del provvedimento di aggiudicazione, ovvero per conseguire un fine diverso ed incompatibile con le finalità tipiche del potere di autotutela.

Se si attribuisse alla revoca dell'aggiudicazione efficacia caducante del contratto, il potere di autotutela finirebbe per diventare lo strumento ordinario attraverso cui l'amministrazione può sciogliersi unilateralmente da un vincolo contrattuale, in contrasto con il fine tipico del potere di autotutela, esclusivamente limitato alla rimozione di un precedente provvedimento, ferma ed impregiudicata l'efficacia dei rapporti negoziali instaurati successivamente all'adozione del provvedimento annullato o revocato.

L'amministrazione, sussistendone i presupposti, potrebbe sciogliersi dal vincolo contrattuale unicamente facendo ricorso agli istituti civilistici del recesso o della risoluzione previsti dagli artt. 134 e ss. d.lgs. n. 163 del 2006.

Il provvedimento pubblicistico di revoca sarebbe finalizzato a rimuovere un provvedimento amministrativo ed implica un indennizzo limitato al solo danno emergente, mentre l'atto negoziale di recesso dal contratto sarebbe finalizzato allo scioglimento da parte di uno dei contraenti del rapporto contrattuale e, per tale ragione, implica un ristoro commisurato non soltanto al danno emergente ma anche al lucro cessante.

Violazione e falsa applicazione dei principi in materia di partecipazione procedimentale. Violazione e falsa applicazione dell'art. 10 l. n. 241/1990. Violazione e falsa applicazione del principio di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa. Difetto d'istruttoria. Eccesso di potere sotto il profilo dell'erroneità dei presupposti in fatto e in diritto.

Il provvedimento sarebbe altresì illegittimo in quanto adottato senza prendere in considerazione le osservazioni procedurali presentate dalla ricorrente, vale a dire senza esaminarne il contenuto ed offrirne la minima valutazione.

Successivamente alla proposizione del ricorso, ATAC ha rappresentato alla ricorrente, con nota del 19 ottobre 2012, che, alla luce dell'intervenuta definitiva revoca degli atti inerenti l'appalto, devono intendersi altresì formalmente cessati gli effetti derivanti dai verbali di consegna delle aree di cantiere sottoscritti in data 9 maggio e 20 dicembre 2007.

Di talché, la ricorrente ha proposto i seguenti motivi aggiunti:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 quinquies della l. n. 241/1990. Violazione e falsa applicazione dei principi che regolano l'esercizio del potere di autotutela. Eccesso di potere per sviamento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 134 d.lgs. n. 163/2006. Difetto di motivazione. Erroneità dei presupposti di fatto e di diritto.

L'atto sarebbe illegittimo laddove pretenderebbe di derivare dalla revoca dell'aggiudicazione la cessazione degli effetti derivanti dai verbali di consegna.

Il superamento della caducazione degli effetti del contratto medio tempore stipulato dovrebbe estendersi anche alle ipotesi in cui l'annullamento dell'aggiudicazione non sia disposto giurisdizionalmente, ma in autotutela dall'amministrazione.

L'atto impugnato con i motivi aggiunti sarebbe comunque illegittimo in via derivata per i vizi già dedotti con il ricorso introduttivo del giudizio avverso la revoca dell'aggiudicazione.

ATAC Spa ha analiticamente contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

Roma Capitale ha dedotto la propria estraneità al giudizio, non essendo in alcun modo riconducibile all'amministrazione comunale la decisione di revoca adottata dalla stazione appaltante; nel merito ha concluso per il rigetto del ricorso.

All'udienza pubblica del 27 febbraio 2013, la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. Il Collegio, in primo luogo, ritiene di disattendere l'eccezione formulata da ATAC Spa alla odierna udienza pubblica, secondo cui il ricorso sarebbe inammissibile per omessa notifica alla Regione Lazio, controinteressata quale cofinanziatrice dell'opera. La Regione Lazio, infatti, è soggetto terzo rispetto al rapporto controverso in generale e rispetto al provvedimento di revoca impugnato in particolare, per cui non può in alcun modo considerarsi né amministrazione resistente né controinteressata in quanto non è portatrice di un interesse, differenziato e qualificato, opposto rispetto a quello di titolarità della ricorrente.

2. Il Collegio, inoltre, rilevando la totale estraneità anche di Roma Capitale rispetto alla res controversa, ne dispone l'estromissione dal giudizio.

3. Nel merito, il ricorso è fondato e va di conseguenza accolto.

3.1 - ATAC Spa, con provvedimento del 4 giugno 2012, ha disposto la revoca definitiva di tutti gli atti della procedura di gara, incluso il provvedimento di aggiudicazione, relativa alla progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di realizzazione del deposito tranviario "Centro Carni" indetta con deliberazione del C.d.A. di ATAC Spa n. 2 del 27 gennaio 2005 ed aggiudicata all'ATI Consorzio Cooperative Costruttori. La determinazione è stata assunta, ai sensi dell'art. 21 quinquies, comma 1 bis, della legge n. 241/1990, tenuto conto:

- della sostanziale non esecuzione dell'appalto;
- del consistente aggravio dei costi per la sua realizzazione così come prospettati dall'appaltatore;
- delle sopravvenute mutate esigenze operative di ATAC Spa, che hanno comportato la necessità di ampliare e potenziare siti già esistenti (Prenestina e Porta Maggiore);
- della deliberazione dell'Assemblea Capitolina del 25 giugno 2011 e del conseguente inserimento dell'area originariamente destinata alla realizzazione del deposito tranviario "Centro Carni" nel "Programma Generale per la riconversione funzionale degli immobili non strumentali al Trasporto Pubblico Locale" di cui al piano Pluriennale di Atac Patrimonio Srl in vista di una futura valorizzazione ed alienazione;
- dell'attuale assenza di certezze in ordine alla effettiva disponibilità dei finanziamenti, originariamente previsti, da parte del Comune di Roma e della Regione Lazio

e considerato:

- il radicale mutamento della situazione esistente al momento dell'indizione della gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori di realizzazione del deposito "Centro Carni" e della successiva aggiudicazione dell'appalto in favore dell'ATI Consorzio Cooperative Costruzioni, al che è conseguito il venir meno dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione del deposito de quo;
- la prevalenza, nel caso di specie, dell'interesse pubblico rispetto ai contrapposti interessi dell'ATI Consorzio Cooperative Costruzioni, peraltro adeguatamente soddisfatti tramite la liquidazione dell'indennizzo di cui all'art. 21 quinquies, comma 1 bis, della l. n. 241 del 1990 da effettuare con separato provvedimento.

3.2 - L'art. 21 quinquies della l. n. 241 del 1990 stabilisce che, 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. Il comma 1 bis specifica che, 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.

Pertanto, con l'entrata in vigore dell'art. 21 quinquies della l. n. 241 del 1990, aggiunto dall'art. 14 l. n. 15 del 2005, il legislatore ha accolto una nozione ampia di revoca, prevedendo tre presupposti alternativi che legittimano l'adozione del provvedimento: a) sopravvenuti motivi di pubblico interesse; b) mutamento della situazione di fatto; c) nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (c.d. jus poenitendi).

Il provvedimento di revoca, peraltro, deve necessariamente avere ad oggetto un provvedimento, ad efficacia durevole o istantanea, che non abbia ancora esaurito i suoi effetti quando l'amministrazione decide di intervenire in autotutela, tanto che l'atto determina, per espressa previsione di legge, l'inidoneità del provvedimento a produrre ulteriori effetti.

La revoca opera per ragioni di merito, vale a dire di opportunità e convenienza, con efficacia ex nunc, a differenza dell'annullamento d'ufficio, previsto dall'art. 21 nonies della l. n. 241 del 1990, che opera per vizi di legittimità e con efficacia ex tunc.

Sotto altro profilo, può anche rilevarsi che se la ragione per la quale l'amministrazione decide di ritirare l'atto in autotutela è riconducibile al momento della sua emanazione, adotta un provvedimento di annullamento; se, invece, la ragione dell'autotutela è sopravvenuta all'emanazione dell'atto in prime cure adottato, l'amministrazione emana un provvedimento di revoca.

L'art. 134, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, codice dei contratti pubblici, prevede che la stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite.

3.3 - Il punto centrale della controversia è costituito dall'esame delle censure con cui la ricorrente ha dedotto che la revoca impugnata riguarderebbe un provvedimento di aggiudicazione che da tempo ha esaurito i suoi effetti a seguito della stipula del contratto d'appalto, per cui, trattandosi

di un provvedimento già compiutamente eseguito, sarebbe insuscettibile di essere revocato ai sensi dell'art. 21 quinquies l. n. 241 del 1990.

In altri termini, la questione fondamentale posta all'esame del Collegio concerne l'applicabilità o meno alla fattispecie del potere di revoca di cui all'art. 21 quinquies l. n. 241 del 1990 in luogo del potere di recesso di cui all'art. 134, comma 1, d. lgs. n. 163 del 2006, che costituisce lo strumento attribuito alla stazione appaltante per sciogliersi volontariamente dal vincolo contrattuale; tale differenza ha una notevole implicazione da un punto di vista economico, ed in questo sembra essenzialmente sostanzarsi l'interesse della ricorrente, atteso che, come detto, mentre l'esercizio del potere di revoca ex art. 21 quinquies l. n. 241 del 1990 determina che l'indennizzo debba essere parametrato al solo danno emergente, l'esercizio del potere di recesso ex art. 134 d.lgs. n. 163 del 2006 determina un obbligo di pagamento a carico della stazione appaltante dei lavori eseguiti, del valore dei materiali utili esistenti in cantiere oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite.

Il Collegio ritiene che le censure in discorso siano meritevoli di accoglimento e che, quindi, sia illegittimo l'esercizio del potere di revoca di cui all'art. 21 quinquies l. n. 241 del 1990, avendo dovuto ove del caso la stazione appaltante esercitare la facoltà di recesso ai sensi dell'art. 134 del codice dei contratti pubblici, in quanto la revoca è stata adottata in assenza del suo essenziale presupposto, e cioè di un oggetto costituito da un provvedimento che continua ancora a spiegare effetti, laddove nel caso di specie il contratto è stato stipulato nel 2006 e l'esecuzione delle relative prestazioni è stata già a suo tempo avviata.

Il provvedimento di aggiudicazione, sebbene abbia efficacia durevole, spiega la propria efficacia sino alla stipulazione del contratto di appalto, sicché l'aggiudicazione definitiva di un appalto può ben essere oggetto di revoca ma solo fino alla data di stipulazione del contratto o, più propriamente, sino all'avvio della sua esecuzione, che può farsi coincidere, in un appalto di lavori, con la consegna degli stessi da parte della stazione appaltante.

In tal senso, depongono le norme di cui all'art. 11 del codice dei contratti pubblici, e cioè il comma 7, secondo cui, da un lato, l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta, dall'altro, l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 9 e, soprattutto, detto comma 9, secondo cui, divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, la stipulazione del contratto ha luogo entro un termine definito, fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti.

Il legislatore, quindi, ha sancito che l'aggiudicazione è un provvedimento amministrativo privo di qualunque connotazione privatistica e che i poteri di autotutela possono essere senz'altro esercitati fino alla stipulazione del contratto.

Ne consegue che l'aggiudicazione definitiva è un provvedimento amministrativo che, al pari di ogni altro, può essere oggetto sia di annullamento sia di revoca, ma la cui efficacia - essendo l'atto con cui, in esito ad una procedura ad evidenza pubblica, la stazione appaltante individua l'operatore economico con cui contrarre - è destinata ad esaurirsi con la stipulazione del contratto e l'avvio dell'esecuzione delle relative prestazioni.

Ne consegue altresì che, mentre la stazione appaltante in ogni momento può procedere all'annullamento in autotutela, ai sensi dell'art. 21 nonies della l. n. 241 del 1990, del provvedimento di aggiudicazione definitiva per un vizio originario dell'atto in tal modo incidendo, per la sua efficacia ex tunc, sul momento genetico del rapporto e, quindi, sui rapporti negoziali che a quell'atto sono legati da un nesso di presupposizione, lo stesso non può dirsi per l'esercizio del potere di revoca di cui all'art. 21 quinquies l. n. 241 del 1990 in quanto la revoca, avendo

efficacia ex nunc, incide sul momento funzionale del rapporto e non sul suo momento genetico e, quindi, presuppone che l'efficacia dell'atto oggetto di revoca continui a sussistere al momento della sua emanazione.

3.4 - Né può rilevare in senso contrario il disposto di cui al comma 1 bis del citato art. 21 quinquies, laddove si fa riferimento agli atti amministrativi ad efficacia durevole che incidono su rapporti negoziali e ciò in quanto per tali rapporti si intendono eventuali contratti accessivi al provvedimento revocato, il cui caso classico è costituito dalla revoca di una c.d. concessione-contratto.

In altri termini, la norma in discorso trova applicazione nelle ipotesi in cui al provvedimento revocato accedono contratti, ma non anche nelle ipotesi di contratti legati al provvedimento da un nesso di presupposizione, quale è il caso del provvedimento di aggiudicazione e del successivo contratto di appalto, ove il provvedimento presupposto abbia esaurito i propri effetti con la stipulazione del contratto e l'avvio di esecuzione delle prestazioni: in tale caso sarebbe ben possibile l'adozione, nell'esercizio del potere di autotutela, di un atto di annullamento, che, operando ex tunc, incide sul momento genetico del rapporto, ma non di revoca, la quale, operando ex nunc, incide sul momento funzionale.

Diversamente, la possibilità per la stazione appaltante di agire in una tale fattispecie attraverso lo strumento del recesso di cui all'art. 134 del codice dei contratti pubblici emerge chiaramente dall'art. 21 sexies della l. n. 241 del 1990 in cui è indicato che il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto.

Di talché, il Collegio ritiene di disattendere la tesi secondo cui il potere di eliminare gli atti amministrativi della serie di evidenza pubblica sussiste anche in caso di esistenza del contratto (cfr. Cons. St., VI, 17 marzo 2010, n. 1554) e di aderire alla diversa tesi secondo cui il diritto di recesso previsto dall'art. 134 d.lgs. n. 163 del 2006 presuppone l'avvio del contratto e non opera se l'amministrazione non ha mai provveduto alla consegna dei lavori né l'aggiudicataria ha mai chiesto tale consegna (cfr. Cons. St., VI, 27 novembre 2012, n. 5993) e, in particolare, all'opzione interpretativa secondo cui, ove non sia stato ancora stipulato il contratto, la revoca dell'aggiudicazione, effettuata per sopravvenuti motivi di opportunità, non rientra nel generale potere contrattuale di recesso della pubblica amministrazione (ex multis: Cass. Civ. SS.UU., 11 gennaio 2011, n. 391), con la conseguenza che, una volta stipulato il contratto, il potere autoritativo di revoca non può più essere esercitato.

Peraltro, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, nella pronuncia richiamata, hanno ritenuto radicata la giurisdizione amministrativa proprio perché la revoca dell'aggiudicazione (di un compendio immobiliare venduto all'asta pubblica), essendo intervenuta prima che fosse stipulato alcun contratto, non rientra nel generale potere di recesso dell'amministrazione pubblica, ma costituisce tipica espressione di potestà autoritativa a carattere di autotutela in presenza di interesse pubblico, sicché la posizione dell'aggiudicatario rimane di interesse legittimo.

Nondimeno, il Collegio ritiene che nella fattispecie in esame, sebbene sia rilevata l'illegittimità della revoca adottata per insussistenza del principale presupposto di cui all'art. 21 quinquies l. n. 241 del 1990, vale a dire un provvedimento ad efficacia durevole che continui a spiegare i suoi effetti, la controversia rientra comunque nella giurisdizione amministrativa.

La ricorrente, infatti, con il motivo di impugnativa in esame, ha contestato il cattivo esercizio del potere o, per meglio dire, la carenza di potere in concreto ai fini del legittimo esercizio del potere di revoca e non la liceità del recesso esercitato ai sensi dell'art. 134 del codice dei contratti pubblici.



In altri termini, con la censura con cui è stata dedotta l'assenza dell'essenziale presupposto per l'esercizio del potere di revoca, la ricorrente non ha contestato la liceità dell'esercizio del recesso, ma l'illegittimità del potere autoritativo esercitato, deducendo in giudizio una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo e non di diritto soggettivo.

Viceversa, la giurisdizione del giudice ordinario sussisterebbe ove, pur qualificato l'atto come revoca dalla stazione appaltante, lo stesso costituisca in realtà esercizio del potere di recesso e sia contestata la liceità dell'esercizio del potere privatistico di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale.

In proposito, occorre altresì considerare che l'art. 21 septies l. n. 241 del 1990 ha codificato le ipotesi di nullità, includendo tra queste il difetto assoluto di attribuzione, per cui può ritenersi che il legislatore abbia voluto distinguere i casi in cui non sussiste la norma attributiva del potere, dai casi, come quello in esame, in cui sussiste un difetto relativo di potere in quanto la norma esiste ma sono violate le regole e le condizioni stabilite per l'esercizio del potere.

Di qui, la considerazione che la carenza in astratto del potere, in cui si concreta il difetto assoluto di attribuzione, dà luogo alla nullità dell'atto, mentre la carenza in concreto del potere, in cui si concreta l'assenza dei presupposti per l'esercizio di un potere in astratto attribuito all'amministrazione, dà luogo all'annullabilità dell'atto per cattivo esercizio del potere stesso.

Sul punto, infatti, la giurisprudenza ha chiarito che l'art. 21 septies l. n. 241 del 1990, nell'individuare come causa di nullità il "difetto assoluto di attribuzione", evoca la c.d. carenza di potere in astratto, vale a dire l'ipotesi in cui l'amministrazione assume di esercitare un potere che in realtà nessuna norma le attribuisce; nel caso, invece, in cui l'amministrazione è resa dalla legge effettiva titolare del potere, ma questo viene esercitato in assenza dei suoi concreti presupposti, non si è in presenza di un difetto assoluto di attribuzione, ma è viziato l'esercizio del potere, per cui, non ponendosi in questione l'esistenza del potere, il provvedimento sarà annullabile, e non nullo, con conseguente sussistenza della giurisdizione amministrativa (cfr. Cons. St., VI, 27 gennaio 2012, n. 372).

La stessa giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, d'altra parte, ha ravvisato la sussistenza della giurisdizione amministrativa se il provvedimento è comunque espressione di un potere di cui l'amministrazione è per legge titolare (cfr. Cass. Civ., SS.UU., 6 febbraio 2008, n. 2765).

4. In ragione di tutto quanto esposto, assorbite le ulteriori censure, il ricorso va accolto e, per l'effetto, vanno annullati il provvedimento di revoca impugnato con il ricorso introduttivo del giudizio nonché l'atto impugnato con i motivi aggiunti che ha nella revoca il suo unico presupposto, ferma restando la facoltà della stazione appaltante di esercitare il potere di recesso di cui all'art. 134 d.lgs. n. 163 del 2006.

5. Le spese seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 2.500,00 (duemilacinquecento/00), sono poste a favore della ricorrente ed a carico dell'amministrazione resistente; sono invece compensate le spese nei confronti di Roma Capitale di cui è stata disposta l'estromissione dal giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda Ter, disposta l'estromissione di Roma Capitale, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento di revoca nonché il conseguente atto impugnato con i motivi aggiunti.

Condanna l'amministrazione resistente al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in € 2.500,00 (duemilacinquecento/00), in favore della ricorrente; compensa le spese del giudizio nei confronti di Roma Capitale.

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