

# Sulla estensione del principio del risultato all'esercizio del potere di autotutela nelle procedure di gara

di Maddalena De Rosa

Data di pubblicazione: 17-7-2024

*“..anche ove si volesse qualificare l'atto gravato come conferma e non come meramente confermativo, deve evidenziarsi come ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023, applicabile alla fattispecie in esame, l'esercizio del potere discrezionale – che connota l'esercizio di poteri amministrativi di secondo grado – debba prioritariamente tenere conto del principio del risultato (Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924), sicché deve presumersi l'implicita esistenza di una preferenza ordinamentale per le scelte dell'amministrazione che – come nel caso che ci occupa – siano funzionali al raggiungimento degli obiettivi di cui al citato art. 1 del d.lgs. n. 36/2023, dovendosi, invece, predicare un onere motivazionale rafforzato nel caso di opzioni che possano frustare tali esigenze (cfr. T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. I, 6 marzo 2024, n. 900)”*

Pubblicato il 27/05/2024

**N. 01962/2024 REG.PROV.COLL.**

**N. 00521/2024 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**sezione staccata di Catania (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 521 del 2024, proposto da Eco Tourist società cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Bivona e Marianna Capizzi, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

***contro***

l'Autorità di sistema portuale del mar della Sicilia orientale di Catania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso *ope legis* dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catania, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

***nei confronti***

di Operazioni e servizi portuali Palermo S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Bonaventura Lo Duca, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

***per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:***

- della nota n. 3135 del 13.2.2024 con la quale la resistente denegava la richiesta di annullamento in autotutela avanzata dalla ricorrente in data 6.2.2024;
- di qualsiasi ulteriore provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Operazioni e Servizi Portuali Palermo S.r.l. e dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar della Sicilia Orientale Catania;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2024 il dott. Calogero Commandatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto che

- la società ricorrente ha impugnato la nota n. 3135 del 13.2.2024 con la quale la resistente ha denegato la richiesta avanzata dalla ricorrente in data 6 febbraio 2024 di annullamento in autotutela della procedura di gara ex articolo 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. per l'affidamento della concessione dei lavori e della gestione dei servizi di interesse generale nei Porti di Augusta e Catania, "*consistenti gestione dei servizi di illuminazione, di pulizia e raccolta rifiuti, del servizio idrico consistente nella fornitura idrica di tutte le utenze portuali e delle navi in porto, dei servizi di manutenzione e riparazione, dei servizi comuni al settore industriale ed al settore commerciale del porto, dei servizi di manutenzione del verde urbano portuale, dei servizi di instradamento e controllo ai varchi dei passeggeri, dei servizi di gestione dei parcheggi e la realizzazione della nuova stazione marittima del Porto di Catania*";
- l'amministrazione intimata, con il provvedimento gravato, ha riscontato l'istanza nei seguenti termini: "*in via preliminare si rappresenta che le argomentazioni sottese alla richiesta di annullamento della procedura in oggetto, non risultano idonee e/o apprezzabili a configurare la sussistenza dei requisiti utili e necessari per adottare, in merito, atti in autotutela, in ragione di*

*quanto previsto dagli art. 21-octies e 21-nonies della legge n. 241/90 e s.m.i.”;*

- parte ricorrente ha articolato plurime doglianze volte a censurare la legittimità della procedura di gara;

- si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata, che ha eccepito preliminarmente la carenza della legittimazione e dell'interesse della parte ricorrente che non ha partecipato in alcun modo alla procedura di cui ha chiesto l'annullamento e, nel merito, ha eccepito l'infondatezza del gravame, chiedendone il rigetto;

- si è costituita in giudizio la società contro-interessata che ha chiesto il rigetto del ricorso rilevandone l'inammissibilità, sia per la carenza di legittimazione e d'interesse della ricorrente, sia per la natura dell'atto impugnato, in quanto meramente confermativo di atti e provvedimenti ormai divenuti inoppugnabili;

- alla camera di consiglio del 10 aprile 2024 – previo avviso ex artt. 120, comma 5, e 60 c.p.a. – il ricorso è stato posto in decisione;

Considerato che:

- il ricorso è inammissibile;

- deve accogliersi l'eccezione di difetto di legittimazione e d'interesse a ricorrere della parte ricorrente – che non ha partecipato alla procedura in esame né tantomeno ha prospettato un interesse specifico alla riedizione della procedura – la cui istanza rivolta nei confronti dell'amministrazione al fine di ottenerne un intervento in autotutela è da considerarsi una mera denuncia, con funzione sollecitatoria, inidonea a far sorgere un rapporto giuridico qualificato con l'amministrazione in grado di trasformare un generico interesse diffuso alla regolarità delle procedure di evidenza pubblica, in una posizione giuridica differenziata (Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2024, n. 1674);

- il ricorso è altresì inammissibile poiché l'interposto diniego di autotutela da parte della P.A. si configura come atto meramente confermativo, giacché l'amministrazione si è limitata a ribadire l'assenza dei presupposti per procedere ad un riesame della vicenda, che non è suscettibile di autonoma impugnazione (Cons. Stato, sez. VI, 4 aprile 2023, n. 3485);

- in ogni caso, anche ove si volesse qualificare l'atto gravato come conferma e non come meramente confermativo, deve evidenziarsi come ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023, applicabile alla fattispecie in esame, l'esercizio del potere discrezionale – che connota l'esercizio di poteri amministrativi di secondo grado – debba prioritariamente tenere conto del principio del risultato (Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924), sicché deve presumersi l'implicita esistenza di una preferenza ordinamentale per le scelte dell'amministrazione che – come nel caso che ci occupa – siano funzionali al raggiungimento degli obiettivi di cui al citato art. 1 del d.lgs. n. 36/2023, dovendosi invece, predicare un onere motivazionale rafforzato nel caso di opzioni che possano frustare tali esigenze (cfr. T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. I, 6 marzo 2024, n. 900);

- in conclusione, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile;
- le spese di lite, liquidate nella misura indicata in dispositivo, seguono la soccombenza.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite che si liquidano, in favore di ciascuna delle controparti costituite, in euro 1.000,00 (mille/00), oltre al rimborso delle spese forfettarie ex art. 2, comma 2, del d.m. n. 55/2014, della C.P.A. e dell'I.V.A., nella misura di legge, se dovute.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Primo Referendario

Calogero Commandatore, Primo Referendario, Estensore

### **Guida alla lettura**

La sentenza in commento, conclusasi con una dichiarazione di inammissibilità del ricorso, merita particolare attenzione nella parte motivazionale, in cui applica **il principio del risultato anche ai provvedimenti di secondo grado, emessi dall'Amministrazione nell'esercizio del suo potere di autotutela.**

La fattispecie riguarda l'impugnazione di un diniego di annullamento in autotutela della procedura di gara, a seguito di istanza presentata da un operatore economico, che, pur non avendovi partecipato, evidenziava plurimi profili di illegittimità della procedura di selezione.

Il diniego veniva motivato dalla stazione appaltante con l'inidoneità *“delle argomentazioni sottese alla richiesta di annullamento della procedura... a configurare la sussistenza dei requisiti utili e necessari per adottare, in merito, atti in autotutela, in ragione di quanto previsto dagli art.21-octies e 21-nonies della legge n. 241/90 e s.m.i.”*

Con rituale costituzione in giudizio, le parti resistenti, più in particolare l'aggiudicatario, in qualità di controinteressato, oltre a sollevare eccezione di carenza di legittimazione e di

interesse ad agire della parte ricorrente, non avendo partecipato alla gara di cui contestava la legittimità, deduceva nel merito l'infondatezza del ricorso, anche per la **natura dell'atto impugnato, in quanto meramente confermativo di atti e provvedimenti ormai divenuti inoppugnabili.**

È utile accennare brevemente alla nozione di atto meramente confermativo, distinguendolo dalla conferma vera e propria. In proposito, la giurisprudenza maggioritaria ritiene che l'atto meramente confermativo, in quanto atto con cui la P.A. si limita, senza svolgere alcuna attività di valutazione o istruttoria, a confermare quanto già statuito nel precedente provvedimento, rientri tra gli **atti non impugnabili autonomamente**, diversamente dalla conferma vera e propria, che segue ad una rivalutazione da parte della P.A. dell'interesse pubblico e quindi ad una nuova ponderazione degli interessi in gioco, all'esito della quale la P.A., con una nuova motivazione, ribadisce il provvedimento già adottato.

Nella fattispecie esaminata dal Tar Catania, il Giudice, pur avendo risolto la controversia in rito, accogliendo l'eccezione sollevata dai resistenti di carenza di legittimazione e di interesse a ricorrere in capo al ricorrente, si sofferma in motivazione sulla qualificazione del diniego adottato dalla amministrazione, ritenendolo atto meramente confermativo.

Ciò si evincerebbe, in particolare, dalla motivazione del provvedimento impugnato, dalla quale non emerge alcuna nuova ponderazione degli interessi in gioco e senza alcuna valutazione circa la pretesa illegittimità degli atti di gara, limitandosi ad affermare la insufficienza delle argomentazioni svolte dal richiedente a giustificare l'adozione di atti in autotutela ai sensi dell'art. 21-*octies* e 21-*nonies* della L. n. 241 del 1990.

Dalla natura di atto meramente confermativo del diniego espresso discende che esso non può ritenersi atto autonomamente impugnabile.

Pur tuttavia, il G.A. completa la motivazione argomentando - anche - sulle deduzioni della parte ricorrente, che aveva qualificato il diniego un provvedimento di conferma vera e propria, in quanto tale assoggettabile al sindacato del G.A..

Le argomentazioni del Tar adito, in merito alla infondatezza del ricorso, qualora volesse qualificarsi l'atto di diniego un provvedimento di amministrazione attiva cd. di secondo grado, rivestono particolare interesse.

Il TAR, infatti, chiarisce che: *“L'esercizio del potere discrezionale – che connota l'esercizio di poteri amministrativi di secondo grado – debba prioritariamente tenere conto del principio del risultato (Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924), sicché deve presumersi l'implicita esistenza di una preferenza ordinamentale per le scelte l'amministrazione che – come nel caso che ci occupa – siano funzionali al raggiungimento degli obiettivi di cui al citato art. 1 del d.lgs. n. 36/2023, dovendosi, invece, predicare un onere motivazionale rafforzato nel caso di opzioni che possano frustrare tali esigenze”*.

La sentenza, invero, è in linea con l'orientamento del Tribunale adito, il quale aveva già in precedenza affermato come il principio del risultato costituisca *“criterio prioritario per*

*l'esercizio del potere discrezionale ed è legato da un nesso inscindibile con la concorrenza, la quale opera in funzione del primo rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento. Il miglior risultato possibile, che sia anche il più "virtuoso", viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali "sintomi" di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento." (TAR Catania, 12 dicembre 2023 n. 3738).*

Il principio assurge sempre più a **parametro interpretativo nella soluzione di possibili conflitti** che possano emergere **durante la procedura di gara**, dall'affidamento alla esecuzione del contratto di appalto, assumendo valore di **criterio prioritario e prevalente nella scelta discrezionale dell'Amministrazione**, di modo che l'adozione di un provvedimento, che si discosti dall'obiettivo fissato nell'art. 1 comma 4 del Codice degli Appalti, richiederà una motivazione rafforzata, che evidenzii, in maniera pregnante, la maggiore efficienza ed efficacia della scelta discrezionale della P.A. a perseguire l'interesse pubblico.