

## CONSIGLIO DI STATO

688 – Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 22 gennaio 2024; Pres. (f.f.) Sestini, Est. Manzione; *Omissis* s.r.l. c. Regione Calabria.

*Riforma Tar Calabria, Sez. I, 7 febbraio 2018, n. 360.*

**Appalti pubblici – Rapporto tra privato e pubblica amministrazione – Correttezza e buona fede – Irregolarità rilevate al privato senza limiti di tempo – Valutazione – Limiti.**

Cost., artt. 2, 3, 97; c.c., artt. 1175, 1337, 1375; l. 7 agosto 1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, artt. 1, c. 2-*bis*, 3, c. 1, 20, c. 3, 21-*quinquies*, 21-*octies*, c. 2, 21-*nonies*.

**Amministrazione dello Stato e pubblica in genere – Contributi e finanziamenti pubblici – Erogazione – Legittimo affidamento del privato – Controlli amministrativi efficaci – Necessità.**

Cost., artt. 2, 3, 97; c.c., artt. 1175, 1337, 1375; l. 7 agosto 1990, n. 241, artt. 1, c. 2-*bis*, 3, c. 1, 20, c. 3, 21-*quinquies*, 21-*octies*, c. 2, 21-*nonies*.

*Nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione, la reciprocità dei doveri di buona fede e correttezza impone al primo di adempiere ai propri obblighi informativi con esaustività e chiarezza, al fine di non aggravare inutilmente i procedimenti, e, viceversa, non permette alla seconda di far valere le irregolarità presenti nella documentazione prodotta dal privato senza limiti di tempo, quando il preliminare controllo sulla veridicità e completezza di tali dichiarazioni si è svolto tardivamente e in maniera negligente.*

*La pubblica amministrazione, in qualità di ente gestore delle risorse pubbliche, prima di emanare provvedimenti attribuitivi di vantaggi economici ha il dovere di svolgere adeguati controlli ma, nel contempo, deve tenere conto delle aspettative ingenerate nel privato che ha fatto affidamento sulla correttezza dell'azione amministrativa; pertanto, il punto di equilibrio tra la tutela delle risorse pubbliche e il legittimo affidamento del privato, che confidando nel provvedimento favorevole ha investito denaro e risorse, è rappresentato da un efficace sistema di controlli amministrativi. (1)*

*Diritto – (Omissis) 9.* Innanzi tutto, il collegio ritiene necessario inquadrare il provvedimento adottato, denominato di “revoca” di un beneficio economico in precedenza concesso, ancorché non ancora erogato.

10. In relazione a tale ambito, di regola con il relativo *nomen iuris* il legislatore indica l'atto caducato-

(1) Segue la nota di V.R. Ibba, *Il sistema dei controlli amministrativi quale punto di equilibrio tra tutela delle risorse pubbliche e legittimo affidamento del privato in caso di adozione di provvedimenti attribuitivi di vantaggi economici, alla luce del dovere bilaterale di collaborazione e correttezza, secondo la sentenza n. 688/2024 del Consiglio di Stato.*

rio, distinto dall'esercizio della vera e propria autotutela, col quale si dà attuazione al potere di vigilanza conferito strumentalmente all'amministrazione preposta all'elargizione di risorse pubbliche per finalità via via individuate come meritevoli dalla normativa di settore. I tratti distintivi della decadenza dagli incentivi per le energie rinnovabili disposta dalla Società gestrice dei relativi servizi (G.s.e.), in qualche modo contenutisticamente assimilabile, sono stati individuati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, distinguendoli per un verso dall'irrogazione della sanzione e per l'altro, appunto, dall'annullamento d'ufficio *ex art. 21-novies* della l. n. 241/1990 (Cons. Stato, Ad. plen., 11 settembre 2020, n. 18). La revoca, infatti, consegue alla riscontrata necessità da parte della pubblica amministrazione concedente di procedere al recupero o alla mancata liquidazione in concreto di erogazioni in generale, in particolare se si tratta di agevolazioni di diritto Ue, erroneamente accordate in assenza del presupposto che le legittimava *ab origine*. Trattasi cioè dell'esercizio di un potere vincolato, che elide *ex tunc* il beneficio assentito *sine titulo*, sulla base del dato oggettivo della riscontrata violazione della normativa di regolazione del settore senza che ne rilevi lo stato soggettivo del beneficiario, emergendo quindi preminente l'esigenza per la pubblica amministrazione che neppure deve motivare specificamente le ulteriori ragioni d'interesse pubblico concreto e attuale o di comparazione con quello del debitore, anche quando questi sia in buona fede, circostanza destinata caso mai ad assumere rilievo in relazione al *quomodo* del recupero, non certo nell'*an* (cfr., in argomento, Cons. Stato, Sez. VI, 23 novembre 2018, n. 6659 e 30 maggio 2017, n. 2614).

10.1. L'esercizio di tale potere, cioè, in quanto privo di spazi di discrezionalità perché non rivolto al riesame della legittimità di una precedente determinazione amministrativa di carattere provvedimentale, ma finalizzato al controllo circa la veridicità e la completezza delle dichiarazioni formulate da un privato nell'ambito di un procedimento volto ad attribuire sovvenzioni pubbliche, esula in radice dalle caratteristiche proprie degli atti di autotutela e dall'applicabilità dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990. A maggior ragione, non è configurabile alcun affidamento in capo al privato che abbia formulato dichiarazioni incomplete o non rispondenti all'effettivo stato dell'impianto e delle sue componenti, pur in assenza di ogni valenza penalistica di tale condotta.

10.2. Nelle procedure ad evidenza pubblica, infatti, quale che ne sia l'oggetto specifico, la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione del privato, in particolare se operatore economico, per il quale il fattore tempo assume rilievo anche in termini concorrenziali, alla selezione.

11. Il procedimento configura cioè in capo ai singoli obblighi di correttezza, specificati con il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'autoresponsabilità, che rinvergono il loro fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost. e che impongono che egli assolva oneri di cooperazione, quale appunto è il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare la prescritta documentazione, ecc., di regola secondo il paradigma della dichiarazione sostitutiva di cui al d.p.r. n. 445/2000. Conseguentemente, ove l'adempimento informativo, per come esplicitato a monte, sia stato evaso in maniera non corretta o non veritiera, tale mancanza non può formare oggetto di domanda d'integrazione o di richiesta di acquisizione a carico della pubblica amministrazione in base al c.d. "obbligo di soccorso" ex art. 6 della l. n. 241/1990, prima ancora che in base alla legislazione speciale sulla contrattualistica pubblica.

12. Rileva tuttavia il collegio come tali principi non possano non incontrare un limite nelle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche, e, soprattutto, nell'affidamento che il privato in buona fede ripone sulla correttezza dell'operato della pubblica amministrazione. Lo stillicidio di richieste istruttorie che caratterizza troppo spesso la prassi operativa delle amministrazioni pubbliche, finanche laddove un mero *screening* preventivo della domanda ne consentirebbe da subito l'inquadramento in termini di adeguatezza e completezza, è d'altro canto alla base del lamentato fallimento di tutti i tentativi di semplificazione posti in atto dal legislatore, stante che è proprio su tale rilievo, vero o presunto, che si fonda la mancata decorrenza, ad esempio, dei tempi di controllo della regolarità di una s.c.i.a. ovvero di maturazione di un silenzio assenso.

13. Vero è che laddove le verifiche attengano all'erogazione di risorse pubbliche il particolare rigore richiesto non può che risolversi in una maggior tolleranza in ordine alle tempistiche di verifica. Ma è evidente che le stesse, finanche nel caso in cui ammesse *sine die* dalla legislazione di settore (si pensi, ad esempio, a quanto prescritto, sempre in materia di incentivi in ambito energetico, dall'art. 42 del d.lgs. n. 28/2011, per come interpretato dalla già richiamata pronuncia dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato), non possono consentire *ad libitum* adempimenti meramente formali riducibili a semplici riscontri empirici, quali quelli consistenti nella "spunta" delle produzioni, ovvero nella verifica di rispondenza delle stesse ad ulteriori prescrizioni esteriori. Ne consegue che, ad esempio, la carenza di allegazioni documentali non espressamente richieste e rivelatesi rilevanti *ex post* per supportare le dichiarazioni dell'istante, non può essere utilizzata a distanza di tempo per confutarne le deduzioni in quanto non documentate nella maniera pretesa. Ciò laddove manchi una esplicitazione comprensibile ed inequivoca nel senso della loro necessità, ovvero laddove il comportamento dell'amministrazione successivo al loro di-

chiarato scrutinio abbia confortato l'utente nel senso della efficacia/regolarità delle indicazioni fornite, rafforzandone l'affidamento. In tale ultima ipotesi, infatti, se non sono stati avanzati dubbi o richieste di chiarimenti ulteriori, per non tenere conto di quelli che le sono stati forniti l'amministrazione dovrà evidentemente motivarne la obiettiva inadeguatezza.

14. In altri termini, la ricerca del doveroso punto di equilibrio tra tutela dell'erario e affidamento del privato che sulla base della preventivata acquisizione di risorse ha concretamente investito in un'attività imprenditoriale, confidando nel recupero ancorché parziale delle spese affrontate, risiede nella declinazione di un efficace sistema di controlli e verifiche da parte dell'amministrazione. Esso cioè deve essere volto a scongiurare o quantomeno attenuare gli effetti gravemente afflittivi dei provvedimenti di decadenza/revoca sin da subito, ovvero in un tempo ragionevole necessario per l'effettuazione di verifiche di esclusiva natura documentale, adottabili, in quanto non presupponenti complesse verifiche ispettive, ad esempio circa la rispondenza dello stato dei luoghi a quanto dichiarato dall'istante. Salvo evidentemente, come già precisato, l'ipotesi in cui emerga la non veridicità delle affermazioni del privato richiedente, che non può fondarvi alcun affidamento rispetto al conseguimento di un beneficio pubblico formalmente già concesso (Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21), per superare la tutela dello stesso è sempre necessaria una qualche motivazione dell'interesse pubblico.

14.1. In sostanza, nel caso di esercizio del potere di disporre la decadenza o la revoca per assenza dei necessari presupposti degli incentivi, il legittimo affidamento presuppone che la causa di illegittimità o irregolarità – che ha portato all'esercizio del suddetto potere – non sia nota o comunque conoscibile sulla base dell'ordinaria diligenza dal privato che confida nella stabilità degli atti posti in essere dall'amministrazione. Nel caso di specie, la cronologia delle fasi procedurali, una volta esclusa la declaratoria di circostanze false, depone nel senso della necessità di dare rilievo a tale affidamento, ingenerato proprio dalle modalità dei controlli posti in essere dalla Regione Calabria. Lo sviluppo del procedimento in senso formalmente rassicurante, infatti, conseguito proprio ad approfondimenti specifici sul *punctum pruriens* della controversia (la dimostrata disponibilità della titolarità del bene in conformità alle clausole contrattuali) non consente di ritenere il privato assoggettato *ad libitum* a ripensamenti circa la completezza e adeguatezza dell'istruttoria effettuata.

15. A conferma di tale conclusione si pone da ultimo la modifica normativa apportata all'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241, mediante l'inserimento del c. 2-bis ad opera della l. 11 settembre 2020, n. 120, di conversione del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, ai sensi del quale "i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede". La disposizione ha legiferato espressamente, rafforzandone la preesistente positi-

vizzazione, anche alla luce dei principi di derivazione europea, il dovere di comportamento di buona fede da parte dell'amministrazione quale fondamento giustificante il formarsi di legittime aspettative in capo al privato. Quanto detto non senza ribadire che il dovere di collaborazione e buona fede è bilaterale, ponendosi un obbligo di diligenza anche in capo al privato, il cui affidamento deve quindi necessariamente risultare incolpevole, come più volte precisato.

16. A conclusioni favorevoli all'appellante può tuttavia giungersi a maggior ragione ove si acceda alla tesi che nel caso di specie la Regione Calabria abbia esercitato il proprio potere di autotutela sub specie di annullamento d'ufficio, cui consegua da un punto di vista fattuale, prima che giuridico, la "revoca" del contributo concesso.

17. In generale, va da sé, infatti, che nell'esplicare l'attività di controllo sulla correttezza dei presupposti di erogazione dei benefici economici, l'amministrazione si avveda di un proprio precedente errore valutativo, al quale intenda porre rimedio. Il confine tra i due istituti (revoca quale conseguenza dei poteri di controllo postumo del possesso dei requisiti e annullamento d'ufficio della concessione degli stessi) nella prassi non è affatto netto, stante che le amministrazioni tendono ad utilizzare le ragioni del secondo per supportare il primo, superando i limiti, di tempo e di contenuto, sottesi all'esercizio dell'autotutela.

18. È chiaro infatti che ove si attinga alla categoria concettuale dell'annullamento d'ufficio, occorre anche garantire il rispetto di tutti i presupposti cui il legislatore ne condiziona l'utilizzabilità, quali in primo luogo il rispetto di un termine "*ragionevole*", da ultimo quantificato in dodici mesi dall'adozione dell'atto, indi la esplicitata comparazione tra l'interesse pubblico all'annullamento e quello al mantenimento del provvedimento ampliativo della sfera giuridica del destinatario dello stesso.

19. La sentenza impugnata, pur omettendo totalmente l'essenziale passaggio sistematico sotteso all'inquadramento del provvedimento avverso, pare ricondurlo a ridetta categoria concettuale, giusta l'insistito richiamo ai principi di cui all'art. 21-*octies*, c. 2 e art. 21-*novies*.

A ben guardare, anzi, la affermata natura necessitata dell'atto, tale da rendere inutile qualsiasi apporto contributivo da parte del destinatario, evoca ancor più specificamente quella *species* dell'autotutela comunemente denominata come "doverosa" ancorché parziale, che trova fondamento proprio nella riscontrata falsità delle dichiarazioni del richiedente l'atto annullato (sul punto, v. Cons. Stato, Sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415, ai cui principi si intende fare integrale richiamo). Ma anche in tale specifica ipotesi, l'attenuazione dell'onere motivazionale consegue proprio alla richiamata falsità, di per sé sufficiente ad esplicitare il pubblico interesse alla rimozione dell'atto. Come pure precisato dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, infatti, l'erronea prospet-

tazione, da parte del privato, delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare una sua posizione di affidamento, con la conseguenza che l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte (Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8). "*L'interesse pubblico all'eliminazione, ai sensi dell'art. 21-nonies l. n. 241/1990, di un titolo abilitativo illegittimo è in re ipsa, a fronte di falsa, infedele, erronea o inesatta rappresentazione, dolosa o colposa, della realtà da parte dell'interessato, risultata rilevante o decisiva ai fini del provvedimento ampliativo, non potendo l'interessato vantare il proprio legittimo affidamento nella persistenza di un titolo ottenuto attraverso l'induzione in errore dell'amministrazione procedente*" (così Tar, Salerno, Sez. II, 5 gennaio 2021, n. 18, richiamata da Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2023, n. 6615).

20. Nel caso di specie, tuttavia, il provvedimento impugnato non reca alcun richiamo a tale presunta falsità, introdotta nel procedimento di primo grado dalla difesa della regione ed avallata dal Tar per la Calabria, con ciò dando luogo ad un'inammissibile integrazione postuma della motivazione dell'atto impugnato, basata esclusivamente sulla asserita violazione formale dell'art. 4 dell'avviso pubblico. Sicché neppure potrebbe dirsi soddisfatto quel minimo di obbligo motivazionale che consente, in ragione della gravità dei presupposti dell'esercizio dell'autotutela, di limitarsi a tale emblematico richiamo.

21. A ben guardare, anzi, la società ha da subito documentato la propria (ritenuta) disponibilità del fabbricato giusta la scrittura privata allegata alla domanda, nonché ribadito tale impostazione reiterando la produzione documentale in riscontro alla specifica richiesta di integrazione istruttoria avente ad oggetto proprio la produzione del "*titolo di proprietà*" (richiesta della regione del 27 luglio 2015, riscontrata il 24 agosto 2015). In alcun modo, dunque, ha artefatto la descrizione della propria situazione in concreto riferita al bene, o, peggio ancora, falsificato la documentazione *de qua*.

Il collegio non rileva infatti l'adombrata divergenza tra il negozio prodotto nel corso di procedimento e quello acquisito successivamente dall'Agenzia delle entrate competente per territorio, debitamente interpellata in merito – che peraltro, ove sussistente, avrebbe dovuto risolversi in un'informativa alla competente Procura della Repubblica, di cui non è traccia in atti. L'unica differenza "grafica", infatti, riguarda l'assenza del timbro a secco recante la data di protocollazione in entrata da parte di ridetta Agenzia nella produzione procedimentale (4 ottobre 2014), che tuttavia sembra piuttosto da ascrivere ad un'omissione dell'ufficio, dato che coincidono sia il numero di protocollo che il nominativo della funzionaria.

Individuare in tale carenza "grafica" un intento truffaldino su un elemento che avrebbe potuto essere

riscontrato immediatamente coinvolgendo l’Agenzia delle entrate, senza attendere di esservi indotti dall’esposto successivo, non solo non appare plausibile, ma neppure risulta da un qualche passaggio narrativo nell’atto impugnato.

22. Degna di rilievo appare piuttosto la rettifica informativa da parte dell’Agenzia, che nel trasmettere la certificazione dell’iscrizione al comune, ne corregge l’indicato codice identificativo per tipologia di operazione compiuta, riportandolo alla registrazione di un preliminare di vendita e non di un acquisto definitivo, come rappresentato dall’amministrazione.

Ciò conferma ulteriormente o un’istruttoria negligente, e come tale non recuperabile in maniera postuma a discapito del beneficiario di buona fede senza evidenziarne i passaggi motivazionali, ovvero, più plausibilmente, la ritenuta coerenza originaria dell’atto prodotto con le finalità della clausola, salvo valorizzarne, *ex post*, la diversa stesura letterale, per come “attenzionata” dall’associazione denunciante.

22.1. Vero è che la scrittura privata del luglio 2014 presenta molteplici profili di ambiguità contenutistica, stante che in alcuni passaggi parla di vera e propria vendita, utilizzando il relativo verbo all’indicativo presente (“*vendono*”, appunto), in altri si pronuncia al futuro laddove parla di “*fabbricato promesso in vendita*” ovvero del prezzo per la “*futura vendita*”. E tuttavia nessun chiarimento né sulla sua esatta portata, né sulla sua avvenuta registrazione è stato richiesto dalla regione fino all’attivazione del procedimento di revoca.

23. Il collegio ritiene superflua un’esegesi puntuale della portata letterale dell’art. 4 del bando, in particolare ove incentrata, come pure pretenderebbe l’appellante, sull’esatta estensione dell’ambito oggettivo della sua operatività, tratto dalla terminologia (sicuramente non rispondente alla lettera al quadro definitorio riveniente dal d.p.r. n. 380/2001, testo unico dell’edilizia) con la quale vengono individuati gli interventi oggetto delle progettualità presentate (rispettivamente, nuova costruzione e ricostruzione previa demolizione alla lett. a) e recupero alla lett. b).

Ciò che viceversa appare dirimente nel caso di specie è che

24. Ciò in quanto, come ampiamente chiarito, la Regione Calabria non solo non ha eccepito alcunché in sede di scrutinio originario della domanda; ma neppure lo ha fatto all’esito dell’istruttoria mirata sul punto. I successivi controlli, egualmente con esito positivo, sono successivi a tale integrazione documentale: in particolare l’approvazione del Qte risale al 2 novembre 2015, quando cioè qualsivoglia dubbio residuo avrebbe dovuto essere necessariamente chiarito. In tale atto, peraltro, nel richiamare nuovamente l’art. 14 dell’avviso, laddove si ricorda che l’erogazione delle somme concesse è subordinata alla verifica del possesso dei requisiti di ammissibilità, la regione fa opportuno riferimento alle sole anomalie riscontrate in sede di esecuzione dei lavori per controllare la rispon-

denza tra quanto dichiarato negli elaborati progettuali e quanto effettivamente realizzato. Ciò non poteva non far presumere esaurito il controllo di tipo documentale, con il supporto peraltro di apposita commissione nominata all’uopo a supporto del Rup, e quindi doverosa la motivazione delle ragioni sottese alla sua riedizione, alla luce dell’affidamento nel frattempo ingenerato nella controparte e del contenuto delle osservazioni presentate in risposta alla comunicazione di avvio del procedimento.

25. A conclusioni non dissimili deve pervenirsi laddove si acceda alla diversa tesi dell’avvenuto esercizio del potere di annullamento d’ufficio. Una volta escluso, in quanto né esplicitato in motivazione, né dimostrato in atti, che vi sia stata una falsificazione documentale per la quale va ribadito l’obbligo di informativa all’Autorità giudiziaria ordinaria, non possono trovare applicazione le agevolazioni procedurali sottese all’esercizio dell’autotutela doverosa, che peraltro non implicano, come chiarito, la totale assenza dell’onere motivazionale.

La discrezionalità intrinseca dell’annullamento in autotutela, dunque, non consente di derubricare a mero vizio di forma la mancata valutazione delle osservazioni di parte conseguite a inoltro del preavviso, stante che le stesse attengono proprio alla adeguatezza della produzione documentale, sia in termini formali, sia per la loro ravvisata non ostatività, alla luce della *ratio* della clausola e della sua lettura necessariamente orientata a principi di massima partecipazione, intrinseci alla tipologia di selezione in atto. Le (presunte) sopravvenienze fattuali, ovvero l’esposto dell’associazione e i riscontri avuti circa l’obiettività dello stesso dall’Agenzia delle entrate, nulla aggiungono alla qualificazione delle dichiarazioni dell’impresa come false.

26. Anche senza approfondire lo scrutinio di lamentata illegittimità della clausola contrattuale stessa, infatti, se letta nell’accezione propugnata dalla regione, certo è che il documentato e comunicato avvio dei lavori riferito ad un’opera, riconosciuta come di interesse pubblico, dimostra *per tabulas* l’avvenuto soddisfacimento di quella acquisizione di disponibilità che la norma voleva garantire, ove non fosse sufficiente allo scopo l’avvenuta registrazione dell’atto nell’ottobre del 2014, cioè a distanza di poco più di due mesi dalla scadenza del termine di presentazione della domanda.

Le esigenze di *par condicio* sottese invece al formale rispetto della clausola restrittivamente intesa non essendo state fatte valere a tempo debito avrebbero dovuto essere espresse nella motivazione dell’atto in comparazione con l’interesse dell’operatore economico alla conservazione degli effetti del beneficio ottenuto.

27. Vuoi, dunque, che la Regione Calabria abbia fatto uso del proprio potere di controllo delle dichiarazioni di parte (non motivando la diversa valutazione della adeguatezza dimostrata *per acta et facta conlu-*

*dentia* fino a quel momento); vuoi che abbia provveduto ad annullare la concessione in autotutela ex art. 21-novies (come sembrerebbe ipotizzare il primo giudice, seppure omettendo un preliminare inquadramento dell'atto impugnato), l'atto impugnato non dà alcun conto dell'interesse pubblico sotteso alla scelta oggetto di gravame, in comparazione con la posizione del privato che nel frattempo, contando sulla correttezza dell'operato dell'amministrazione, ha dato avvio, con l'avallo della stessa e delle altre amministrazioni coinvolte nel procedimento, ad un investimento economico di consistenza tutt'affatto esigua.

L'atto, cioè, per la parte in cui non dimostra di essere supportato da imperative esigenze egualmente rivolte al raggiungimento di predetti obiettivi, appare suscettibile di concretare non solo una lesione dell'affidamento del privato investitore, ma anche un non consentito sviamento dalle finalità d'interesse pubblico generale affidate alla regione resistente quale soggetto gestore della misura in esame. Di tali finalità, infatti, l'amministrazione deve tenere conto anche nell'esercizio del potere di controllo, che seppure intrinsecamente orientato a garantire la corretta elargizione di risorse economiche, non può intervenire con tempistiche e modalità che rischiano di vanificarla, esponendo il privato investitore non all'alea che connota qualsiasi iniziativa imprenditoriale, ma a quella, aggiuntiva, che conseguirebbe alla legittimazione postuma del rilievo di qualsivoglia carenza formale o procedurale in qualsiasi momento, quand'anche fosse possibile per l'amministrazione rilevarla da subito, ovvero in un "tempo ragionevole". (*Omissis*)

**Il sistema dei controlli amministrativi quale punto di equilibrio tra tutela delle risorse pubbliche e legittimo affidamento del privato in caso di adozione di provvedimenti attributivi di vantaggi economici, alla luce del dovere bilaterale di collaborazione e correttezza, secondo la sentenza n. 688/2024 del Consiglio di Stato**

Sommario: 1. *La fattispecie oggetto del giudizio.* – 2. *La controversa lettura del provvedimento di ritiro di un beneficio economico.* – 3. *La rilevanza della buona fede nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione: la bilateralità del dovere di collaborazione e del comportamento secondo correttezza.* – 4. *L'affidamento legittimo: presupposti e conseguenze applicative.* – 5. *Gli esiti interpretativi della sentenza alla luce della controversia portata applicativa dell'art. 21-novies della l. n. 241/1990 e dei limiti all'autotutela doverosa parziale.* – 6. *Considerazioni conclusive.*

**1. La fattispecie oggetto del giudizio**

La sentenza in epigrafe prende le mosse dalla pronuncia del Tar Calabria, n. 360, emessa il 7 febbraio 2018, che ha respinto il ricorso promosso dal privato per ottenere l'annullamento dell'atto di ritiro del fi-

nanziamento concesso dalla Regione Calabria e del relativo provvedimento di rettifica della graduatoria dei beneficiari del contributo, con il quale l'amministrazione dichiarava la non ammissione della ricorrente.

Al fine di inquadrare le principali questioni affrontate nella decisione assunta dalla Sezione V del Consiglio di Stato, occorre ricostruire i tratti distintivi della vicenda giudiziaria controversa.

Nel giugno del 2014, l'impresa ricorrente, dopo aver partecipato alla procedura selettiva, bandita dalla Regione Calabria, per il finanziamento di un programma finalizzato a sostenere modelli abitativi solidali nell'ambito delle politiche per la casa, viene inserita nella graduatoria definitiva dei beneficiari (con provvedimento del novembre 2014), ottenendo un finanziamento di circa 2,9 milioni di euro, la cui erogazione è subordinata alla verifica dell'effettivo possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara.

Nello specifico, l'art. 4 della *lex specialis* subordina l'ammissibilità della domanda di finanziamento alla "disponibilità dell'area edificabile oppure del fabbricato da demolire e ricostruire intesa come proprietà oppure opzione o preliminare di compravendita dell'area edificabile, sottoscritto e registrato in data anteriore a quella di presentazione della domanda".

Nel giugno del 2015, la Regione Calabria, tramite una apposita commissione di controllo, esamina la pratica di finanziamento a beneficio della ricorrente, verificando il possesso dei requisiti richiesti, quale condizione necessaria per la successiva approvazione dei progetti esecutivi e dei quadri tecnici ed economici proposti dall'impresa.

Nel corso delle verifiche, la commissione chiede all'impresa di trasmettere il titolo di proprietà sull'immobile e l'impresa nel produrre la documentazione richiesta, precisa che ha ottenuto la disponibilità del bene a seguito del trasferimento di proprietà effettuato con scrittura privata del 25 luglio 2014.

In esito ai chiarimenti dell'impresa, l'amministrazione non eccepisce alcunché e dichiara la conformità dei lavori con conseguente approvazione, ad opera della Regione Calabria, del quadro tecnico esecutivo (qte).

Nel febbraio 2016, la regione comunica alla beneficiaria l'avvio del procedimento di revoca del finanziamento in quanto il titolo di proprietà presentato dall'impresa non risulta registrato in linea con il requisito richiesto dal bando, alla luce delle segnalazioni svolte da una associazione di categoria che la informa della mancata registrazione dell'atto di acquisto dell'immobile alla data di scadenza del bando, prevista per il 28 luglio 2014 (1).

(1) La registrazione del titolo di proprietà era avvenuta presso l'Agenzia delle entrate solo il 2 ottobre 2014, circostanza poi confermata all'amministrazione a seguito di specifica richiesta in merito.

Da qui la ritenuta insussistenza dei requisiti di ammissione al beneficio, motivata sull'assunto che l'impresa mancava, al momento dell'istanza di partecipazione, della disponibilità dell'area edificabile.

Contro il provvedimento di ritiro l'impresa ricorre dinanzi al Tar Calabria, sostenendo che l'atto è affetto da vizi formali e sostanziali tali da determinarne l'annullamento.

Secondo il giudice di prime cure, il rigetto del ricorso proposto trova il proprio fondamento negli artt. 21-*octies*, c. 2, e 21-*nonies*, c. 2-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241.

La mancata comunicazione di avvio del procedimento, fatta valere dal ricorrente, costituisce un vizio formale irrilevante ai fini dell'annullamento poiché l'indisponibilità dell'immobile, in violazione dei requisiti di partecipazione richiesti dal bando, giustifica l'adozione da parte dell'amministrazione di un provvedimento vincolato e di fronte alla carenza di un requisito essenziale ai fini della partecipazione, la stessa non avrebbe avuto altra alternativa se non quella di revocare il finanziamento concesso (2).

A conferma della ragionevolezza dell'azione amministrativa, il giudice esegue quella che definisce una "prova di resistenza" rispetto alle censure sostanziali proposte dalla ricorrente.

La previsione di cui all'art. 4 del bando di gara è legittima e ragionevole in quanto fondata sulla necessità di garantire la conformità del contratto di compravendita alla normativa vigente, considerato che "la certezza della disponibilità dell'immobile e della regolarità dell'atto appaiono requisiti funzionali al corretto svolgimento della procedura di selezione e alla realizzabilità del progetto".

Pertanto, secondo il giudice di primo grado, l'apprezzamento svolto dall'amministrazione è legittimo, sussistendo i presupposti richiesti dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 per l'esercizio dell'autotutela, declinati nell'illegittimità non sanabile dell'atto da annullare, nell'interesse pubblico, prevalente e attuale, alla sua rimozione nonché nella ragionevolezza dei tempi di ritiro.

## 2. La controversa lettura del provvedimento di ritiro di un beneficio economico

Il Consiglio di Stato, adito in appello dall'impresa soccombente, capovolge la sentenza pronunciata dal Tar Calabria, non condividendone la linea interpretativa.

(2) Ai sensi dell'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/1990, "non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Prima di pronunciarsi sulle singole doglianze proposte dall'appellante, il collegio si sofferma preliminarmente sul provvedimento impugnato, denominato, in primo grado, "revoca" di un beneficio economico concesso ma ancora non erogato.

Secondo la Sezione V, tale accezione si applica per individuare l'atto caducatorio espressione del potere amministrativo di controllo sulla legittimità dell'elargizione di risorse pubbliche, gestite dall'amministrazione quale ente erogatore.

Anticipando le conclusioni a cui giunge la pronuncia in commento, la Sezione V del Consiglio di Stato supera il problema dell'inquadramento del provvedimento impugnato, applicando il canone generale della buona fede reciproca quale criterio interpretativo dei rapporti tra privato e pubblica amministrazione.

In altri termini, secondo la sentenza in epigrafe, a prescindere dal *nomen iuris* che si intende assegnare al provvedimento impugnato, la violazione della suddetta regola generale, non confortata da oggettive e superiori esigenze imperative, inficia la legittimità dell'azione amministrativa sia che questa assuma le forme dell'autotutela discrezionale (declinabile in provvedimenti di revoca ovvero di annullamento d'ufficio) che quelle dell'autotutela doverosa ovvero, ancora, qualora l'amministrazione faccia uso dei propri poteri di controllo a cui segue l'effetto caducatorio dei benefici attribuiti al destinatario dell'atto.

Sul punto, la sentenza in commento condivide l'orientamento espresso dall'Adunanza plenaria dello stesso Consiglio di Stato n. 18 dell'11 settembre 2020 che, in tema di incentivi alle fonti rinnovabili, affronta il problema interpretativo concernente la natura del potere esercitato dal Gse quando questo dispone la decadenza di un operatore dai benefici in precedenza accordati.

Secondo la plenaria, nel campo delle erogazioni pubbliche, l'interesse pubblico sotteso è la tutela alla corretta ripartizione delle risorse, in favore di iniziative imprenditoriali meritevoli di incentivazione e conformi alla legge.

Pertanto, se l'interesse pubblico da preservare consiste nell'assegnare risorse solo a soggetti meritevoli, capaci di realizzare programmi strumentali a migliorare l'efficienza della pubblica amministrazione, allorché questo interesse sia lesa, è preferibile attuare misure ripristinatorie idonee a garantire il rientro delle risorse e la ridestinazione a soggetti capaci di realizzare i servizi richiesti.

In questi casi, se l'atto favorevole al privato è il prodotto di dichiarazioni false rese in violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per la costituzione e la continuazione del rapporto, la caducazione dal beneficio costituisce l'effetto di un atto che priva l'amministrazione di qualsivoglia valutazione

ne discrezione ed è, dunque, espressione di un potere vincolato (3).

Pertanto, l'impossibilità per l'amministrazione di esercitare il potere di controllo, la legittima all'annullamento d'ufficio solo ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 (4), che, secondo la giurisprudenza maggioritaria, non configura un obbligo di provvedere in capo all'amministrazione, trattandosi di un potere officioso e discrezionale, ma impone, anzitutto, un riesame della determinazione già adottata in comparazione con gli interessi, pubblici e privati, coinvolti (5).

### 3. La rilevanza della buona fede nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione: la bilateralità del dovere di collaborazione e del comportamento secondo correttezza

Così inquadrato il provvedimento impugnato, la sentenza si concentra su un secondo nodo interpretativo.

Secondo la sentenza, nelle procedure di evidenza pubblica, la completezza delle dichiarazioni da fornire "è di per sé un valore da conseguire" a sostegno di una celere decisione in ordine all'ammissione o meno del privato alla procedura, in conformità ai principi di proporzionalità e buon andamento della pubblica amministrazione.

Pertanto, l'obbligo di fornire informazioni complete configura un dovere di cooperazione riconducibile ai doveri di correttezza, solidarietà e autoresponsabilità espressione del più generale principio di buona fede.

L'adempimento a tali principi, prosegue il collegio, incontra, però, un limite nelle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche e nell'affidamento che il privato in buona fede ripone sulla correttezza dell'operato della pubblica amministrazione, la cui condotta abbia rassicurato il privato sulla completezza ed esaustività delle dichiarazioni fornite.

Il passaggio motivazionale appena citato, concentrando sulla reciprocità dei doveri di buona fede e correttezza nei rapporti tra privato e amministrazione, è di particolare rilievo per gli esiti applicativi che ne discendono e suggerisce, alcune riflessioni.

La buona fede rilevante nelle dinamiche tra privati e pubblica amministrazione, è da ricondursi al dovere di buona fede oggettiva, a sua volta, espressione del canone di solidarietà sociale, cristallizzato nella Costituzione all'art. 2 e ribadito, all'art. 97, che impone alle parti doveri di cooperazione, tra i quali rientra, altresì,

(3) L. Anibaldi, *Il controllo del gestore dei servizi energetici sugli incentivi alle fonti rinnovabili*, in *Giornale dir. amm.*, 2021, 2, 221.

(4) *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415. Precedenti conformi: Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8; 11 settembre 2020, n. 18.

(5) L. Anibaldi, *op. cit.*

il dovere di fornire informazioni non reticenti e incomplete.

Già la relazione al codice civile tracciava l'ambito applicativo del canone di buona fede inteso come richiamo "nella sfera del creditore alla considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore al giusto riguardo all'interesse del creditore" (6).

Successivamente, il codice civile ha fissato espressamente il dovere di buona fede all'art. 1175, che impone ai soggetti del rapporto obbligatorio "un comportamento secondo correttezza", così da esprimere non solo un principio generale ma anche canone ermeneutico di valutazione della condotta delle parti e di integrazione del rapporto obbligatorio.

Medesimo significato sostanziale assumono l'art. 1375 c.c. secondo cui "il contratto deve essere eseguito secondo buona fede" e l'art. 1337 che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto.

La buona fede e la correttezza costituiscono dunque un canone unitario, applicabile sia in fase di formazione che in fase di attuazione del rapporto obbligatorio, con il limite dell'apprezzabile sacrificio dei propri interessi.

Nelle dinamiche tra pubblica amministrazione e privato, l'obbligo di buona fede e correttezza si esplica in un dovere di lealtà delle parti durante le procedure, al fine di garantire l'imparzialità e la correttezza dell'azione amministrativa, confermato dal legislatore con l'art. 1, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990 che statuisce: "i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede".

La generalità applicativa del canone della buona fede è ribadita dalla recente giurisprudenza amministrativa secondo la quale tale dovere "grava reciprocamente su tutti i membri della collettività, intensificandosi a seguito della instaurazione di momenti relazionali giuridicamente qualificati, dovendosi riconoscere l'esistenza di una proporzionalità diretta tra l'ambito e i contenuti dei doveri di correttezza, lealtà e buona fede ed il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo generato" (7).

Secondo la giurisprudenza, con il citato art. 1, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, il legislatore ha chiarito che l'obbligo di buona fede, nel quale rientra il dovere di non aggravare inutilmente i procedimenti e l'attività amministrativa, è "biunivoco".(8)

In altri termini, la norma si riferisce ad una collaborazione reciproca, che impone, da un lato, all'amministrazione di rispettare tutti gli adempimenti formali richiesti dalla legge volti ad assicurare trasparenza e parità di trattamento e, dall'altro, al privato di

(6) A. Licci Marini, *La rilevanza della buona fede nella interpretazione della Scia*, in *Urb. e appalti*, 2023, 5, 641.

(7) *Ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

(8) Così Tar Liguria, Sez. I, 23 maggio 2022, n. 408.

comportarsi secondo correttezza, collaborando al buon esito della procedura, in un'ottica di cura e massima tutela degli interessi collettivi coinvolti. (9)

A questo importante approdo la giurisprudenza amministrativa è giunta prima della novella legislativa, affermando che nello svolgimento della propria attività, anche autoritativa, la pubblica amministrazione è chiamata ad applicare sia le norme di diritto pubblico, che le norme generali dell'ordinamento civile di agire con lealtà e correttezza (10).

In sostanza, il cittadino si aspetta da chi esercita una funzione amministrativa ed è deputato al perseguimento del pubblico interesse, un maggiore impegno in termini di lealtà, correttezza, protezione e tutela dell'affidamento, in conformità ai principi di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost) (11).

Questa, come premesso nel paragrafo precedente, è anche la linea interpretativa seguita dalla sentenza in commento, che applicando il criterio di reciprocità degli obblighi di correttezza dimostra l'illegittimità del provvedimento impugnato, a prescindere dalla sua qualificazione in termini di esercizio del potere di controllo ovvero di autotutela.

Pertanto, se da un lato, è vero che la pubblica amministrazione, quale gestore di risorse pubbliche, ha il dovere di attuare verifiche dettagliate in ordine all'effettivo possesso dei requisiti richiesti per ottenere i finanziamenti, dall'altro, questo potere istruttorio non può esercitarsi senza uno sbarramento temporale: solo un efficace sistema di controlli e verifiche da parte dell'amministrazione rappresenta "il punto di equilibrio tra tutela dell'erario e affidamento del privato che, sulla base della preventiva acquisizione delle risorse, ha concretamente investito in un'attività imprenditoriale".

#### 4. L'affidamento legittimo: presupposti e conseguenze applicative

Sull'istituto dell'affidamento e sulle sue ripercussioni applicative, è opportuno soffermarsi brevemente.

L'affidamento trova il proprio fondamento nel diritto civile, quale strumento di tutela della fiducia ragionevolmente riposta da una parte del rapporto sull'esistenza di una situazione, ingenerata dalla controparte, in apparenza corrispondente a quella reale.

Storicamente, nel diritto amministrativo, la tutela, anche risarcitoria, dell'affidamento del privato nella correttezza dell'azione amministrativa, non trovava fondamento nel nostro ordinamento (12).

(9) A. Licci Marini, *op. cit.*

(10) Sul punto v. Cons. Stato, Ad. plen., n. 5/2018 cit. e, conf., 29 novembre 2021, n. 19.

(11) Così M. Cavallaro, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, in *PA persona e amministrazione*, 2022, 2, 139, citato in A. Licci Marini, *op. cit.*

(12) R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2023.

Venuta meno questa impostazione, si è fatta avanti nella giurisprudenza l'idea di un "diritto amministrativo paritario" coerente con i costituzionalizzati principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione e con un modello di pubblica amministrazione improntato ai canoni di correttezza e buona fede.

Questa evoluzione è stata confermata dall'introduzione nella l. n. 241/1990, del capo IV-bis, rubricato "Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso" (l. 11 febbraio 2005, n. 15) che ha contribuito a positivizzare l'affidamento quale principio regolatore di ogni rapporto giuridico, anche amministrativo (13).

Il valore dell'affidamento è stato riconosciuto anche dalla Corte costituzionale che gli attribuisce copertura nell'art. 3 Cost. (14).

Secondo il giudice delle leggi, il valore dell'affidamento si riflette anche sul rapporto tra il legislatore e i cittadini, in quanto, il primo può sempre adottare disposizioni modificative della disciplina dei rapporti giuridici, che incidono in senso sfavorevole sulla situazione soggettiva dei privati, ma tali disposizioni non devono sfociare "in un regolamento irrazionale, frustrando [...] l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto" (15).

La tutela dell'affidamento rientra, infine, tra i principi generali dell'ordinamento unionale, ai quali l'attività amministrativa deve uniformarsi ai sensi dell'art. 1 della l. n. 241/1990.

Secondo la Corte di giustizia "il principio della tutela del legittimo affidamento [...] fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario e la sua inosservanza costituirebbe una violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione" (16).

Pertanto, anche nell'ordinamento giuridico unionale, se il privato è stato indotto a fare affidamento sulla legittimità dell'atto, produttivo di effetti favorevoli, quest'ultimo non può essere revocato, ma, qualora l'affidamento del privato non possa ritenersi ragionevole giacché la Commissione europea ha diligentemente e tempestivamente comunicato l'avvenuta rimozione del provvedimento, il suo ritiro può dirsi legittimo (17).

(13) M. Perrelli, *Autotutela e affidamento*, in *Rassegna monogrammatica di giurisprudenza-Ufficio del massimario della giustizia amministrativa*, 31 dicembre 2022.

(14) Corte cost., 20 marzo 2019, n. 54.

(15) *Idem*.

(16) Corte giust., 3 maggio 1978, C-112/77, *Topfer c. Commissione*, citata in M. Perrelli, *op. cit.*; Corte giust., Sez. III, 22 settembre 1983, C-159/82, *Angelique Verli-Wallace c. Commissione*.

(17) M. Silvestri, *Potere pubblico e autotutela amministrativa. I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2021.

Nel quadro sinora delineato, l'affidamento opera come limite alle scelte discrezionali del legislatore, sovranazionale e nazionale, nei rapporti tra privati e in quelli tra privato e pubblica amministrazione, anche quando questa intende rimuovere un provvedimento precedentemente adottato e favorevole al destinatario.

Sussistono, tuttavia, limiti alla tutela dell'affidamento: se da un lato, si tratta di un "principio generale dell'azione amministrativa che, in presenza di una attività della pubblica amministrazione, fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico così sorto", dall'altro, non tutte le forme di affidamento sono giuridicamente rilevanti (18).

Il nostro ordinamento tutela soltanto l'affidamento ragionevole in termini di vantaggio prospettato al privato e fondato sulla convinzione soggettiva (e quindi in buona fede) che il suddetto vantaggio spetti di diritto.

In altri termini, l'affidamento deve essere legittimo e incolpevole in quanto il privato non deve aver contribuito al suo consolidarsi con una condotta negligente ovvero dettata dalla malafede (19).

La pronuncia in commento si colloca nel solco della prevalente giurisprudenza amministrativa espressasi sul tema, attuando le conseguenze applicative che discendono dalla violazione del legittimo affidamento al caso di specie.

Nella vicenda controversa, la fase istruttoria dedicata all'esame della documentazione presentata dall'impresa, si era conclusa positivamente, considerato che l'amministrazione nulla aveva eccepito in merito alla sua presunta falsità o incompletezza, limitandosi ad approvare i quadri tecnici ed economici predisposti dalla società.

Pertanto, tenuto conto che il privato non ha mai omesso o falsificato le informazioni in suo possesso, dichiarando, invece, sin da subito, le ambiguità contenutistiche presenti nella scrittura privata di acquisto allegata alla domanda di partecipazione, l'amministrazione è responsabile dell'affidamento consolidatosi nel privato in ordine alla correttezza della documentazione fornita e alla presunta sostenibilità

(18) Cons. Stato, Sez. VI, 18 giugno 2020, n. 5011.

(19) "Se infatti è vero in via generale che il potere della pubblica amministrazione di annullare in via di autotutela un atto amministrativo illegittimo incontra un limite generale nel rispetto dei principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento comunque ingenerato dall'iniziale adozione dell'atto (i quali plasmano il conseguente obbligo motivazionale), è parimenti vero che le medesime esigenze di tutela non possono dirsi sussistenti qualora il contegno del privato abbia consapevolmente determinato una situazione di affidamento non legittimo. In tali casi l'amministrazione potrà legittimamente fondare l'annullamento in autotutela sulla rilevata non veridicità delle circostanze a suo tempo prospettate dal soggetto interessato, in capo al quale non sarà configurabile una posizione di affidamento legittimo da valutare in relazione al concomitante interesse pubblico", così Cons. Stato, Ad. plen., n. 8/2017, cit.

dell'investimento, non avendo la pubblica amministrazione chiesto nessun ulteriore chiarimento in merito, prima di comunicare il ritiro dell'atto.

Esclusa la malafede del privato, per il collegio, l'amministrazione non può motivare il riesame del provvedimento che concede il contributo sulla base di informazioni successive all'esito dei controlli e all'approvazione della graduatoria (l'esposto dell'associazione di categoria e i riscontri avuti dall'Agenzia delle entrate), che, di fatto, non aggiungono nulla di nuovo rispetto a quanto la stessa avrebbe potuto acquisire nel corso della prima istruttoria.

Per questi motivi, la mancata registrazione dell'atto di acquisto alla data di scadenza del bando non può essere utilizzata dalla pubblica amministrazione, a distanza di tempo, per confutare quanto dichiarato in precedenza dall'appellante.

L'affidamento del beneficiario non è altro che il risultato di una condotta superficiale e scarsamente diligente adottata dall'amministrazione "al cospetto della quale si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico" (20).

##### 5. *Gli esiti interpretativi della sentenza alla luce della controversa portata applicativa dell'art. 21-nonies della l. n. 241/1990 e dei limiti all'autotutela doverosa parziale*

Nella sentenza in commento, un ulteriore passaggio motivazionale di rilievo è rappresentato dalla prova, fornita dai giudici, di poter addivenire a conclusioni favorevoli per l'appellante non soltanto evocando il principio di buona fede e le regole che governano l'esercizio dei poteri di controllo, ma, altresì, applicando l'impostazione dogmatica seguita dai giudici del Tar, che si avvalgono dei principi sottesi agli artt. 21-*octies* e 21-*nonies*, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, per ricondurre il potere esercitato dall'amministrazione all'autotutela.

In linea generale, l'annullamento in autotutela è espressione di un potere discrezionale che legittima l'amministrazione a rimuovere, in via autonoma e unilaterale, i provvedimenti che ostacolano il raggiungimento del pubblico interesse.

Si parla, in questo caso, della c.d. "autotutela decisoria spontanea" che si sostanzia nell'esercizio di un potere di ritiro, che, a sua volta, si manifesta attraverso gli atti dell'annullamento d'ufficio e della revoca. (21)

Il riesame dell'atto può, infatti, condurre l'amministrazione a svolgere un secondo giudizio di tipo negativo sul provvedimento emanato in precedenza, qualora la stessa ritenga di dover rimuovere l'atto perché invalido ovvero non rispondente al pubblico interesse.

(20) Così Cons. Stato, Ad. plen., n. 5/2018 cit.

(21) M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Roma, Accademia del diritto, 2020-2021.

I provvedimenti di secondo grado sono stati per lo più tipizzati e il legislatore, con la riforma della l. n. 241/1990 ha espressamente qualificato come “autotutela” i provvedimenti di revoca, di annullamento d’ufficio e di convalida; ne è conferma la lettera dell’art. 20, c. 3, della legge sul procedimento amministrativo, che fa salvo, nei casi in cui il silenzio dell’amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l’assunzione di determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*.

Tanto premesso, va detto che l’approccio interpretativo adottato dalla Sezione V del Consiglio di Stato è connesso al presente contesto socioeconomico, oltreché giuridico, caratterizzato dalla tendenza a delimitare i casi di riesame degli atti amministrativi, nell’ottica di una maggiore responsabilizzazione della pubblica amministrazione allo svolgimento di istruttorie complete e tempestive.

Secondo il collegio, anche qualora il provvedimento impugnato confluisca nella categoria concettuale del potere di annullamento d’ufficio, l’amministrazione, per giustificare l’esercizio, avrebbe dovuto garantire il rispetto dei presupposti previsti dal legislatore *ex art. 21-nonies* della l. n. 241/1990.

Nel dettaglio, secondo la norma sopraccitata, il provvedimento può essere annullato se viziato da legittimità, se sussiste un interesse pubblico concreto e attuale alla sua rimozione, alla luce di un equo bilanciamento degli interessi coinvolti e nel rispetto di un termine ragionevole dal momento dell’adozione dell’atto che si intende rimuovere (non superiore a dodici mesi).

A ben guardare, secondo il collegio, la pronuncia di primo grado, affermando la natura necessitata e vincolata dell’atto “tale da rendere inutile qualsiasi apporto contributivo del destinatario”, evoca la controversa categoria dell’autotutela c.d. doverosa (ancorché parziale), che legittima l’amministrazione ad annullare il provvedimento, favorevole al privato, motivandone la rimozione sulla falsità delle dichiarazioni prodotte da questo (22).

L’istituto dell’autotutela c.d. doverosa si pone in antitesi all’esercizio di un potere discrezionale e consente all’amministrazione di annullare l’atto preceden-

(22) L’art. 21-*nonies*, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, tipizza l’annullamento d’ufficio dei provvedimenti amministrativi sulla base di false rappresentazioni o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell’atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato accertate con sentenza passata in giudicato. La norma declina un’ipotesi di autotutela doverosa parziale che, nello scandire la mera dequotazione del termine ragionevole, consente all’amministrazione di procedere al riesame anche oltre i termini legalmente contemplati, nonché di riscontrare l’eventuale istanza del terzo, finalizzata ad ottenere l’attivazione, senza perciò solo vincolare il contenuto della decisione. Così si esprime il Consiglio di Stato, Sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415, in materia di autotutela doverosa parziale in caso di falso o mendacio. Precedente conforme, *ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen., 11 settembre 2017, n. 18.

temente emanato, senza svolgere *ex ante* valutazioni comparative in ordine agli interessi sottesi al provvedimento da rimuovere, al tempo trascorso dall’adozione dell’atto e all’eventuale affidamento del destinatario sulla sua stabilità.

Secondo la giurisprudenza, l’autotutela doverosa protegge il preminente interesse alla reintegrazione dell’ordine giuridico violato, tanto da legittimare l’amministrazione ad annullare il provvedimento oltre il termine ragionevole e senza adeguata motivazione sull’interesse pubblico all’intervento, essendo individuabile, *in re ipsa*, nel ripristino della legalità violata.

Per quanto qui d’interesse, la giurisprudenza ha applicato la figura dell’autotutela doverosa anche alle ipotesi di illegittima concessione di finanziamenti pubblici, sostenendo che, se l’erogazione di pubbliche risorse manca di un titolo giustificativo, l’interesse pubblico alla rimozione del provvedimento prevale sull’interesse del privato, a prescindere dal tempo trascorso e senza necessità per l’amministrazione di motivare l’annullamento.

La portata applicativa dell’istituto in esame è stata messa in discussione dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nel caso in cui l’amministrazione, dopo aver rilasciato il titolo di sanatoria di un edificio abusivo, ha riconsiderato la sua legittimità disponendone l’annullamento, benché trascorso un notevole lasso di tempo (23).

Secondo quanto statuito dalla plenaria, postulare un generico interesse pubblico alla rimozione di atti già emanati, non può costituire una prassi generalizzata per la pubblica amministrazione procedente quanto, piuttosto, una eccezione alla regola generale *ex art. 3* della l. n. 241/1990 che impone la motivazione di tutti i provvedimenti amministrativi.

Secondo la giurisprudenza, è necessario limitare l’applicazione dell’autotutela doverosa in quanto, se abusata, è in grado di produrre effetti distorsivi, consentendo all’amministrazione, in ipotesi limite, di adottare atti di ritiro privi di motivazione, dopo essere rimasta inerte per lungo tempo e senza tener conto dell’interesse del destinatario del provvedimento al mantenimento dei suoi effetti, in violazione dei principi di correttezza e buon andamento della pubblica amministrazione (24).

Si può, dunque, affermare che anche l’agire in autotutela soggiace al rispetto del principio di legalità, di affidamento e di buona fede “ove il tempo e le ragioni della scelta assumono rilievo dirimente, rendendo il destinatario della funzione, ovvero gli interessi di cui è portatore, parte costitutiva del processo di riesame (25).

(23) Cons. Stato, Ad. plen., n. 8/2017, cit.

(24) M. Fratini, *op. cit.*

(25) E. Giardino, *L’autotutela amministrativa e l’interpretazione della norma*, in *Giornale dir. amm.*, 2018, 4, 439.

La pronuncia in commento condivide la giurisprudenza a cui si è fatto cenno in tema di autotutela decisoria e di limiti alla sua generalizzata applicazione.

Secondo il collegio, se la figura dell'autotutela doverosa è applicabile, in via eccezionale, alle sole fattispecie in cui il provvedimento favorevole è il prodotto delle reticenti e false dichiarazioni prodotte dal privato, l'atto oggetto di impugnazione manca di questo presupposto.

L'appellante, infatti, non ha ommesso ovvero alterato le informazioni in suo possesso, né in fase di presentazione della domanda di partecipazione né nel corso della successiva fase istruttoria, pertanto, nel caso di specie, non ricorrono i presupposti che consentirebbero all'amministrazione di motivare l'annullamento dell'atto sulla non veritiera prospettazione dei fatti da parte del privato.

Le conclusioni a cui approda il collegio, confermano, dunque, che l'autotutela doverosa parziale, pur legittimando l'amministrazione ad una attenuazione del vincolo motivazionale, non la esenta completamente, considerato che l'azione amministrativa deve ispirarsi al vincolo di buona fede oggettiva.

Questa impostazione è stata condivisa anche dalla Corte costituzionale secondo la quale “in via di principio, il momento discrezionale del potere della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di copertura costituzionale. Lo strumento dell'autotutela deve sempre essere valutato nel quadro dei principi di imparzialità, di efficienza e, soprattutto, di legalità dell'azione amministrativa, espressi dall'art. 97 Cost.” (26).

Il richiamo ai principi di carattere generale consente di addivenire alla conclusione che, nella fattispecie in esame, l'affidamento del privato trova la propria fonte nella negligenza istruttoria dell'amministrazione, il cui prezzo non deve ricadere sul beneficiario incolpevole, a conferma della bilateralità della clausola generale di buona fede.

Infine, la pronuncia in commento, dimostra come alle medesime soluzioni interpretative, sia possibile giungere accedendo all'istituto generale dell'annullamento d'ufficio.

L'annullamento d'ufficio, differendo dal mero ripristino della legalità violata, impone all'amministrazione di motivarne l'attivazione dimostrando l'illegittimità dell'atto e dando prova, a seguito di adeguata comparazione, della sussistenza di un interesse pubblico all'eliminazione del provvedimento superiore a quello del privato.

A questi primi due presupposti, se ne affianca un terzo: il legislatore impone all'amministrazione di esercitare l'annullamento d'ufficio entro un termine ragionevole e comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici.

(26) Corte cost., 22 marzo 2000, n. 75.

Il tempo assume per il legislatore un nuovo valore nei rapporti tra amministrazione e privato, da un lato, quale garanzia per la pubblica amministrazione, delimitando l'inoppugnabilità dei provvedimenti nell'interesse dell'amministrazione, e, dall'altro, interviene circoscrivendo l'esercizio discrezionale del potere di annullamento nell'interesse del cittadino, quando ormai l'apprezzabile lasso temporale trascorso ha contribuito a consolidare la situazione giuridica di cui lo stesso è titolare (27).

Questa è la linea seguita dalla sentenza in esame.

Il potere esercitato dall'amministrazione non trova fondamento nella figura dell'annullamento d'ufficio poiché l'amministrazione non ha motivato l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, concedente il beneficio economico ed è intervenuta oltre il termine ritenuto ragionevole *ex lege*, tenuto conto che la stessa non può agire discrezionalmente in ogni tempo, vanificando gli investimenti sostenuti dal privato beneficiario del contributo.

Quanto detto, vale, secondo il collegio, “vuoi che l'amministrazione abbia fatto uso del proprio potere di controllo (non motivando la diversa valutazione dell'adeguatezza dimostrata *per acta e facta conclusiva* fino a quel momento) vuoi che abbia provveduto *ex art. 21-nonies*.”

Pertanto, se il provvedimento non è supportato da delle esigenze imperative connesse al perseguimento del pubblico interesse, non soltanto lede l'affidamento del privato ma rappresenta uno sviamento di potere dalle finalità che l'amministrazione è deputata a tutelare, tra le quali, in qualità di ente gestore di risorse pubbliche, rientra anche il sostegno alle iniziative private coerenti con queste finalità.

## 6. Considerazioni conclusive

La soluzione proposta dalla pronuncia costituisce un punto di equilibrio tra esigenze apparentemente contrapposte, da un lato, garantire all'amministrazione l'esercizio dei poteri di controllo e di riesame dei provvedimenti già emanati e, dall'altro, assicurare al cittadino la stabilità delle situazioni giuridiche che lo riguardano, tutelando il suo legittimo e incolpevole affidamento.

La sentenza in commento mette in luce problematiche, teoriche e pratiche, frequenti nella prassi dei rapporti tra amministrazione e privato, soprattutto in sede di finanziamenti pubblici, se si considera che il tecnicismo delle informazioni richieste al privato genera spesso dubbi interpretativi che si riflettono in produzioni documentali imprecise e non esaustive.

(27) Si tratta di “una nuova ‘regola generale’ che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende immodificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo” e che inesorabilmente “fa prevalere l'affidamento. Così in E. Giardino, *op. cit.*”

Le soluzioni ermeneutiche adottate dalla pronuncia confermano la centralità della regola generale della buona fede e correttezza anche nei rapporti tra pubblica amministrazione e privato, valorizzandone il carattere bilaterale che responsabilizza entrambe le parti del rapporto.

In questo modo, il privato non potrà avvantaggiarsi delle informazioni reticenti o inesatte fornite all'amministrazione, così come quest'ultima non potrà giustificare un'attività istruttoria negligente e incompleta evocando la tutela del prevalente pubblico interesse, con conseguente elusione dell'onere motivazionale e del termine ragionevole.

La sensibilità del legislatore alle tematiche esaminate è confermata nell'art. 1, c. 2-bis, l. n. 241/1990 che dà avvio alla creazione di un nuovo modello di pubblica amministrazione "paritaria".

In questo contesto, occorre accennare alle novità apportate dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, recante il nuovo codice dei contratti pubblici che valorizza la reciprocità del canone della buona fede, elevandolo tra i principi generali che governano la materia dei contratti pubblici.

Nel dettaglio, la relazione al codice del 2023 afferma che lo scopo perseguito attraverso la codificazione dei principi generali è la valorizzazione dell'autonomia e della discrezionalità amministrativa in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze e inefficienze, mediante il richiamo a principi "precettivi", dotati di immediata valenza operativa.

Per queste ragioni, il legislatore del 2023, in linea con la giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e con quella delle Sezioni unite, ha introdotto l'art. 5 che codifica, al c. 1, l'obbligo di buona fede e correttezza nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, che si contraddistinguono per una chiara valenza precontrattuale; mentre, il c. 2, tutela l'affidamento legittimo e incolpevole dell'operatore economico, quale limite al potere amministrativo "che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi ed inerire, pertanto, anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere".

Tanto considerato, ad oggi, l'obbligo di buona fede, ben rientra tra gli interessi che la pubblica amministrazione ha l'obbligo di perseguire e contemperare prima di compiere le proprie scelte, siano esse vincolate o discrezionali.

VERONICA RITA IBBA

1677 – Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 20 febbraio 2024; Pres. De Nictolis, Est. Fantini; *Omissis* s.r.l. c. Consorzio di bonifica Velia e altro. *Conferma Tar Campania, Salerno, Sez. I, 27 giugno 2023, n. 1563.*

**Contratti pubblici – Criteri di aggiudicazione – Offerta economica – Oneri di sicurezza aziendali – Soccorso istruttorio – Inapplicabilità.**

D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, codice dei contratti pubblici, art. 95; d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della l. 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici, art. 108.

*In sede di offerta economica, presentata dall'operatore alla stazione appaltante, la mancata o non integrale indicazione del corretto importo dei costi della sicurezza aziendale, comporta l'esclusione dell'offerente, senza possibilità di ricorrere alla procedura del soccorso istruttorio, a prescindere dall'incidenza di tale voce sull'equilibrio complessivo dell'offerta e tale disciplina non appare certo in contrasto con i principi di parità di trattamento e di trasparenza che connotano la materia degli appalti a livello euro-unitario. (1)*

*Diritto* – 1. Il primo motivo, nel censurare il difetto motivazionale, anche sotto il profilo dell'omessa pronuncia, della sentenza impugnata, reitera le censure di primo grado; in particolare, richiama il punto 12.2, lett. h), del disciplinare che prevede l'esclusione dell'offerta economica priva dell'indicazione degli oneri della sicurezza interna, ma non sanziona la erronea trascrizione del relativo importo; conseguentemente, il provvedimento impugnato in primo grado sarebbe illegittimo, oltre che per difetto di istruttoria e motivazione apparente, anche per violazione o elusione del principio di tassatività delle cause di esclusione, nonché per la mancata attivazione del soccorso istruttorio e comunque per non avere ammesso la rettifica dell'offerta; nel complesso, l'esclusione risulta, per l'appellante, inficiata anche da illogicità manifesta, in quanto la differenza tra il valore indicato in offerta (euro 2.500) e quello riportato nei giustificativi (euro 33.000) è ampiamente coperta dall'utile di impresa e già ricompresa nell'importo delle spese generali riportate nell'offerta, parametrata ad un appalto del valore di euro 6.775.057.

Dopo l'esposizione dei motivi di primo grado, l'appellante critica, più specificamente, la statuizione che, a suo dire impropriamente invocando precedenti giurisprudenziali, esclude la possibilità di modificazione dell'offerta traducendosi in una revisione degli oneri di sicurezza aziendale, quand'anche l'offerta sia stata inficiata da un manifesto errore di trascrizione del relativo importo. Ne deriva, per l'appellante, che

(1) Segue la nota di P. Cosa, *Gli oneri di sicurezza aziendali ed il soccorso istruttorio.*

la sentenza risulterebbe affetta da un approccio meramente formalistico, i cui difetti risulterebbero confermati anche dalla constatazione che il Consorzio non è riuscito ancora ad affidare l'appalto. Nella fattispecie in esame, l'appellante, in sede di giustificazione dell'anomalia, non avrebbe inteso stravolgere l'offerta; è, al contrario, ormai acquisita anche in giurisprudenza la possibilità di rettifica dell'offerta economica, che può riguardare anche gli oneri aziendali (al pari dei costi della manodopera), a condizione che sia garantita l'invarianza finale.

Il motivo, nella sua articolazione, seppure presenti profili di complessità, non appare al collegio meritevole di positiva valutazione.

Giova premettere che gli oneri di sicurezza aziendali sono quelli che l'impresa deve sostenere per garantire la sicurezza dei lavoratori nell'esecuzione dell'appalto (per meglio dire, concernono l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, secondo la disposizione dell'art. 95, c. 10, d.lgs. n. 50/2016); essi vanno distinti dagli oneri per la sicurezza "da interferenza" che sono relativi ai contatti rischiosi che possono aversi tra personale della stazione appaltante e dell'appaltatore, ovvero tra le varie imprese che partecipano all'esecuzione dell'appalto. Questi ultimi sono indicati nell'offerta ma non sono soggetti a ribasso in quanto predeterminati dalla stazione appaltante; pertanto, non afferiscono alla componente variabile dell'offerta (Cons. Stato, Sez. III, 3 agosto 2020, n. 4907).

Gli oneri aziendali sono invece rimessi alla esclusiva sfera di valutazione del singolo partecipante e, di conseguenza, non possono essere determinati rigidamente ed unitariamente dalla stazione appaltante, poiché variano da un'impresa all'altra e sono influenzati nel loro ammontare dall'organizzazione produttiva e dal tipo di offerta (Cons. Stato, Sez. V, 15 gennaio 2018, n. 177). Gli oneri di sicurezza aziendali rientrano, dunque, nell'offerta economica che l'operatore presenta alla stazione appaltante come costo variabile da sostenere per l'esecuzione dell'appalto. L'art. 95, c. 10, prima ricordato, ne richiede la necessaria indicazione affinché la stazione appaltante possa verificare in che modo l'operatore economico sia giunto a formulare il prezzo offerto e se non abbia, per rendere maggiormente conveniente la sua offerta, eccessivamente sacrificato proprio tale voce di costo. La necessaria indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale risponde, pertanto, all'esigenza di tutela del lavoro sotto il profilo della salute e della sicurezza dei lavoratori (art. 32 Cost.), così come l'altrettanto necessaria indicazione dei costi della manodopera tutela il lavoro per il profilo relativo alla giusta retribuzione di cui all'art. 36 Cost. (in termini, Cons. Stato, Sez. V, 19 ottobre 2020, n. 6306).

In questo contesto di riferimento è corretto esaminare il tema della modifica delle offerte in sede di giustificazioni delle singole voci di costo, che è generalmente ammessa in giurisprudenza non solo in correla-

zione a sopravvenienze di fatto o di diritto, ma anche allo scopo di porre rimedio ad originari e comprovati errori di calcolo, a condizione che resti ferma l'entità originaria dell'offerta economica, nel rispetto del principio dell'immodificabilità, che presiede la logica della *par condicio* tra i competitori (così, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2020, n. 1873). Tale soluzione incontra dunque il limite della radicale modificazione della composizione dell'offerta che ne alteri l'equilibrio economico, allocando diversamente voci di costo nella sola fase delle giustificazioni, ma anche, per quanto rileva in questa sede, il limite della revisione della voce degli oneri di sicurezza aziendale, che, quale elemento costitutivo dell'offerta, esige una separata identificabilità ed una rigida inalterabilità, a presidio degli interessi pubblici sottesi alla relativa disciplina legislativa (Cons. Stato, Sez. III, 31 maggio 2022, n. 4406; Sez. V, 11 dicembre 2020, n. 7943; Sez. V, 24 aprile 2017, n. 1896). Detta disciplina, che rende gli oneri aziendali per la sicurezza insuscettibili di essere immutati nell'importo, è, in particolare, inderogabile anche dall'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, che, in tema di offerte anormalmente basse, prevede, al c. 5, *sub* lett. c), che la stazione appaltante esclude l'offerta, tra l'altro, allorché abbia accertato, all'esito del contraddittorio (sub)procedimentale, che *"sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'art. 95, c. 10, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture"*.

Ne discende anche che non appare dirimente la circostanza per cui il punto 12.2, lett. h), del disciplinare di gara ritenga tra i vizi non emendabili e non suscettibili di soccorso istruttorio quello dei concorrenti *"che presentino un'offerta economica in aumento, priva di sottoscrizione, ovvero priva degli elementi essenziali quali l'indicazione del ribasso percentuale offerto e/o degli oneri della sicurezza interni e/o degli oneri di manodopera"*. Invero, non è certa, sul piano ermeneutico, la lettura della norma in esame nel senso che rilevi solo la mancata indicazione degli oneri della sicurezza, e non anche l'errata indicazione degli stessi; in ogni caso dirimente risulta il fatto che la causa di esclusione per la incongruità degli oneri aziendali della sicurezza sia di fonte legale e rinvenibile nel già ricordato art. 97, c. 5, d.lgs. n. 50/2016.

Neppure può ipotizzarsi la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in quanto l'art. 83, c. 8, d.lgs. n. 50/2016 dispone che le prescrizioni a pena di esclusione sono nulle, allorché siano ulteriori rispetto a quelle previste dal codice e da altre disposizioni vigenti (così, tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 31 gennaio 2023, n. 1055).

2. Le considerazioni che precedono inducono a disattendere anche il secondo motivo (rubricato I.3) con il quale l'appellante incentra l'attenzione sul dato quantitativo della modifica dell'offerta (pari solamente allo 0,57 per cento dell'importo netto offerto), voce minima peraltro già considerata nella formulazione dell'offerta mediante inclusione tra le spese generali.

Ed infatti non può postularsi la prevalenza di un interesse pubblico all'individuazione di un'offerta sostenibile e valutata in concreto, a fronte di un dato normativo che gradua, esso stesso, l'interesse pubblico, comminando, all'art. 97, c. 5, d.lgs. n. 50/2016, come più volte ripetuto, l'esclusione per incongruità degli oneri della sicurezza di cui all'art. 95, c. 10, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture.

Non appare neppure condivisibile l'assunto critico dell'appellante secondo cui la stazione appaltante, dopo avere avviato il procedimento di verifica dell'anomalia, non ne ha valutato la sostenibilità, nel presupposto dell'intangibilità dell'offerta. Dalla lettura della impugnata deliberazione presidenziale n. 17 del 9 febbraio 2023 (cfr. in particolare le pagine 3 e 4) si evince infatti che la valutazione dell'anomalia dell'offerta si è interrotta in quanto *“in sede di giustificazioni il proposto aggiudicatario ha espressamente dichiarato [...] di aver dichiarato nell'ambito dell'offerta economica resa in sede di gara un valore a titolo di oneri della sicurezza aziendale - euro 2.500 - non avente alcuna attinenza né con la concreta realtà progettuale né tantomeno con la propria organizzazione aziendale, e quindi insuscettibile di giustificazione”*; l'Omissis non ha dunque giustificato l'importo dichiarato in gara, ritenendolo espressione di un plausibile errore di trascrizione, e ne ha proposto un altro, con valore completamente differente (pari ad euro 33.000).

3. Mentre può prescindersi dalla disamina del motivo riproposto in via subordinata al punto *sub II*, in quanto irrilevante rispetto al *thema decidendum*, occorre, invece, prendere in esame l'istanza, proposta in via ulteriormente gradata, di rinvio pregiudiziale alla Corte giust. Ue sul seguente quesito: *“se sia compatibile con il diritto euro-unitario e, in particolare con i principi di parità, non discriminazione e proporzionalità di cui all'art. 18 par. 1 della direttiva 2014/24/Ue e con gli artt. 56 par. 3, 67 e 69 par. 3 della stessa direttiva, la normativa nazionale, anche come interpretata dalla giurisprudenza, che consente l'esclusione dalla procedura di gara, senza una previa compiuta valutazione sulla sostenibilità economica complessiva dell'offerta, dell'offerente che, chiamato dalla stazione appaltante a giustificare gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, ne abbia precisato l'ammontare, nonostante tale rettifica non abbia riguardato il prezzo offerto, né intaccato l'equilibrio economico finanziario dell'offerta economica presentata e non ne abbia alterato la sostanza”*.

In altri termini, chiede l'appellante se sia compatibile con il diritto europeo la normativa nazionale sugli oneri aziendali della sicurezza che, ove dichiaratamente ammessi come incongrui dallo stesso offerente, comporti l'esclusione dall'offerta, seppure la stessa, per compensazioni interne, risulti non sottoposta a radicale modificazione nella composizione, per giunta senza alterazione dell'equilibrio economico.

Ritiene il collegio che non vi sia spazio per il rinvio ai sensi dell'art. 267 Tfu, in quanto, come già rilevato dal primo giudice, detto rimedio non può essere utilizzato per sollecitare il mutamento di un consolidato orientamento giurisprudenziale. Costituisce, invero, indirizzo giurisprudenziale consolidato quello secondo cui il rinvio pregiudiziale non è un rimedio giuridico esperibile automaticamente su richiesta delle parti, dovendo il giudice (anche di ultima istanza) stabilirne la necessità e dunque deliberare la questione al fine di impegnare la Corte di giustizia soltanto con questioni che siano effettivamente rilevanti e necessarie ai fini della decisione, non siano state sollevate in riferimento a fattispecie analoghe, non siano manifestamente infondate e non siano volte impropriamente a sollecitare un mutamento di un consolidato orientamento giurisprudenziale da parte della Corte di giustizia in senso favorevole al richiedente (in termini Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2016, n. 404; Cass., S.U., ord. 10 settembre 2013, n. 20701; Cons. Stato, Sez. IV, 22 novembre 2013, n. 5542).

Rileva il collegio, a questo riguardo, che l'appellante non ha svolte critiche alla statuizione di primo grado, limitandosi a riproporre la questione di interpretazione.

E peraltro non può omettersi di rilevare che su analoga questione sussistono già decisioni della Corte di giustizia, investita dal giudice nazionale (ed in particolare anche da questo Consiglio di Stato) del tema della mancata indicazione nell'offerta degli oneri di sicurezza aziendale. In particolare, in tempi recenti, l'Ad. plen. con ord. 24 gennaio 2019, n. 1 ha rimesso alla Corte di giustizia la questione della compatibilità con il diritto europeo di una disciplina nazionale comportante l'esclusione dalla gara del concorrente che non abbia indicato i costi della manodopera e gli oneri per la sicurezza dei lavoratori senza il beneficio del soccorso istruttorio. La Corte giust. Ue, seppure su un diverso procedimento, con ord. 2 maggio 2019, in causa C-309/18, ha ritenuto compatibile con le direttive europee in tema di appalti, nonché con i principi di parità di trattamento e trasparenza in esse contemplati, un assetto nel quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera (e, identicamente, degli oneri aziendali interni) comporta l'esclusione dell'impresa, senza possibilità di soccorso istruttorio. Ciò nell'assunto che i principi di parità di trattamento e di trasparenza *“non possono ostare all'esclusione di un operatore economico dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a causa del mancato rispetto, da parte del medesimo, di un obbligo imposto espressamente, a pena di esclusione, dai documenti relativi alla stessa procedura o dalle disposizioni del diritto nazionale in vigore”* (punto 22). Con riguardo, poi, al principio di proporzionalità, la sentenza in esame ha affermato che *“una normativa nazionale riguardante le procedure d'appalto pubblico finalizzata a garantire la parità di trattamento degli offerenti non deve eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito [...]”. Nel caso di specie [...]*

*emerge che l'obbligo, a pena di esclusione, di indicare separatamente i costi della manodopera discende chiaramente dal combinato disposto dell'art. 95, c. 10, del codice dei contratti pubblici e dell'art. 83, c. 9, del medesimo” (punti 24 e 25).*

Giova sottolineare che nel caso di specie vi è stata un'indicazione degli oneri in questione dichiaratamente errata e la incidenza della medesima è stata sottoposta al giudizio di anomalia, interrottosi per scelta dello stesso operatore economico.

Ritiene il collegio che possa evincersi da tale precedente, analogo seppure non identico, una *eadem ratio*, tale per cui i principi di parità di trattamento e di trasparenza non ostano ad una normativa nazionale, come quella rilevante nella presente controversia, secondo cui la mancata indicazione del corretto importo dei costi della sicurezza aziendale, al pari dell'omessa integrale indicazione, comporta l'esclusione dell'offerente interessato, senza possibilità di ricorrere alla procedura del soccorso istruttorio, a prescindere dunque anche dall'incidenza di tale voce di costo sull'equilibrio complessivo dell'offerta. In tale contesto può ritenersi applicabile la teoria dell'atto chiaro come ragionevole eccezione all'obbligo di rinvio pregiudiziale, nella prospettiva di una seria, reale e non formalistica cooperazione tra giudici nazionali e Corte di giustizia ai fini della corretta e uniforme applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati europei.

4. In conclusione, alla stregua di quanto esposto, il ricorso in appello va respinto.

Sussistono tuttavia, in ragione della complessità della questione giuridica trattata, le ragioni prescritte dalla legge per la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

*P.q.m.*, il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sez. V, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

### **Gli oneri di sicurezza aziendali ed il soccorso istruttorio**

Sommario: 1. *Definizione di oneri di sicurezza aziendali.* – 2. *Il soccorso istruttorio.* – 3. *La decisione del Consiglio di Stato nell'alveo della giurisprudenza in materia.*

#### **1. Definizione di oneri di sicurezza aziendali**

Si definiscono oneri di sicurezza aziendali i costi aziendali che il datore di lavoro deve sostenere nel rispetto delle misure obbligatorie per legge, al fine di ridurre i rischi specifici connessi all'attività svolta e come misure necessarie alla riduzione dei rischi nelle fasi di lavoro.

Gli oneri di sicurezza aziendali sono, fra l'altro, quelli che l'impresa deve sostenere per garantire la sicurezza dei lavoratori nell'esecuzione dell'appalto e per meglio dire, concernono l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di

lavoro e rivestono pertanto un ruolo molto importante, quantomai alla luce dell'odierna cronaca degli incidenti sul lavoro.

Essi vanno tenuti distinti dagli oneri per la sicurezza “da interferenza” che riguardano i contatti rischiosi che possono aversi tra personale della stazione appaltante e dell'appaltatore, ovvero tra le varie imprese che partecipano all'esecuzione dell'appalto. Questi ultimi sono indicati nell'offerta ma non sono soggetti a ribasso, in quanto predeterminati dalla stazione appaltante; pertanto, non afferiscono alla componente variabile dell'offerta (sul punto v. Cons. Stato, Sez. III, 3 agosto 2020, n. 4907).

Il c. 5 dell'art. 95 (criteri di aggiudicazione dell'appalto) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevedeva che le stazioni appaltanti nel disporre i criteri di aggiudicazione, ai sensi del c. 4, ne dessero adeguata motivazione e indicassero nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta. Ai sensi del successivo c. 10 lo stesso articolo disponeva che nell'offerta economica l'operatore dovesse indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'art. 36, c. 2, lett. a) dello stesso codice dei contratti.

Ai sensi del codice precedentemente vigente le stazioni appaltanti, in relazione ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione, erano tenuti a procedere alla verifica del rispetto di quanto previsto all'art. 97, c. 5, lett. d), in ordine al costo minimo salariale del personale, voce per la quale non sono ammesse giustificazioni, analogamente agli oneri di sicurezza sui luoghi di lavoro, di cui al piano della sicurezza *ex art.* 100 d.lgs. n. 81/2008.

L'obbligo di indicazione nell'offerta economica dei costi aziendali relativi all'adempimento delle disposizioni sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, pur non essendo previsto, a pena di nullità, dalle disposizioni codicistiche, tuttavia, si ricava in modo univoco da un'interpretazione logico-sistematica delle norme regolatrici della materia che impongono alle S.A. di tenere conto di tutti i costi nella determinazione del valore economico in tutti gli appalti, alla luce di una lettura costituzionalmente orientata delle norme e anche in considerazione del fatto che la tutela della sicurezza dei lavoratori è un bene di primaria importanza e non può, in alcun caso, essere considerato recessivo.

Alla luce dello strumentario normativo, la mancata indicazione da parte del concorrente degli oneri di sicurezza nell'ambito dell'offerta economica non consente l'esclusione automatica, senza il previo soccorso istruttorio, nelle ipotesi in cui non sussista incertezza sulla congruità dell'offerta, anche con riferimento all'incidenza della percentuale degli oneri e il bando non preveda espressamente l'esclusione in caso di omessa precisazione.

La necessaria indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale consente alla stazione appaltante di verificare in che modo l'operatore economico sia giunto a formulare il prezzo offerto. Soprattutto se, allo scopo di rendere maggiormente conveniente l'offerta, abbia eccessivamente sacrificato proprio tale voce di costo. Essa risponde, dunque, all'esigenza di tutela del lavoro, sotto il profilo della salute e della sicurezza dei lavoratori (art. 32 Cost.), così come l'altrettanto necessaria indicazione dei costi della manodopera in vista della tutela del lavoro sotto il profilo della giusta retribuzione, di cui all'art. 36 Cost. (in termini v. Cons. Stato, Sez. V, 19 ottobre 2020, n. 6306).

## 2. Il soccorso istruttorio

Le carenze di elementi formali della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo, di cui all'art. 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica. A termini dell'art. 83 dello stesso d.lgs. n. 50/2016 nella procedura di soccorso istruttorio la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni (15), perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara.

In sede di giustificazioni delle singole voci di costo, la modifica delle offerte risulta essere di regola ammessa, non solo qualora collegata a sopravvenienze di fatto o di diritto, ma anche nell'ipotesi di ricalcolo delle stesse, ingenerato da originari e comprovati errori di calcolo, a condizione che resti ferma l'entità originaria dell'offerta economica, nel rispetto del principio dell'immodificabilità, che presiede la logica della *par condicio* tra i concorrenti (così, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2020, n. 1873). Tale soluzione incontra, tuttavia, un limite importante nella circostanza che la modifica della composizione dell'offerta non deve essere tale da alterare l'equilibrio economico dell'appalto, allocando diversamente voci di costo nella sola fase delle giustificazioni. Per quanto attiene ai limiti della revisione della specifica voce degli oneri di sicurezza aziendale, quale elemento costitutivo dell'offerta, appare necessaria un'identificabilità autonoma ed una rigida inalterabilità, a presidio degli interessi pubblici sottesi alla relativa disciplina legislativa (Cons. Stato, Sez. III, 31 maggio 2022, n. 4406; Sez. V, 11 dicembre 2020, n. 7943; Sez. V, 24 aprile 2017, n. 1896), di cui all'art. 97, c. 5, d.lgs. n. 50/2016. In ogni caso, dirimente risulta il fatto che la causa di esclusione per incongruità dell'offerta nell'ipotesi di incongruità degli oneri aziendali della sicurezza abbia fondamento in una previsione normativa specifica.

Peraltro, tale previsione risulta confermata anche dall'art. 110 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 che in

merito esclude la possibilità di giustificazioni per anomalie concernenti il trattamento salariale dei lavoratori e gli oneri di sicurezza di cui alla vigente normativa.

Sul punto, già dal 2018 l'Anac con deliberazione 14 novembre 2018, n. 1069, aveva chiarito che la stazione appaltante, anche nel caso in cui il bando non avesse espressamente previsto l'obbligo di indicazione dei costi della manodopera, fosse tenuta a verificare i costi della manodopera, rivolgendo all'operatore economico domande volte a identificare la natura formale o veramente sostanziale della mancata indicazione.

In ordine alle modalità di calcolo, il vecchio ordinamento richiedeva un calcolo non facile dei costi aziendali interni riferiti al singolo appalto. Attualmente la questione è risolta nel senso che si tratta esclusivamente di costi annui dell'azienda, che altro non possono essere che quelli storici, sostenuti negli anni antecedenti alla gara, con i dovuti eventuali aggiustamenti. Poiché la stazione appaltante ha la possibilità di richiedere i giustificativi dei costi aziendali di sicurezza, è importante che l'operatore economico dichiari quei costi in maniera da renderli facilmente ostensibili con documenti di immediata disponibilità.

## 3. La decisione del Consiglio di Stato nell'alveo della giurisprudenza in materia

La pronuncia in commento torna a sottolineare una tematica assai importante già affrontata in precedenza anche dall'Adunanza plenaria del 20 marzo 2015, n. 3, che aveva interpretato l'art. 87, c. 4 del vecchio codice, imponendo anche ai concorrenti alle gare di appalto di lavori pubblici l'obbligo di indicare nell'offerta, sebbene non richiesto dal bando di gara, gli oneri di sicurezza aziendali. Alla luce del citato pronunciamento, l'omessa specificazione di tali oneri rappresenta un motivo di incertezza dell'offerta tale da comportare l'esclusione dell'impresa, peraltro, non sanabile con il ricorso al soccorso istruttorio della stazione appaltante.

A sostegno dell'affermazione di tale principio di diritto, l'Adunanza plenaria portava alcuni argomenti riferiti, innanzitutto, alla circostanza che da nessuna delle norme del codice e del regolamento di esecuzione, emergevano prescrizioni o elementi preclusivi circa l'indicazione dei costi interni nelle offerte per l'affidamento di lavori; mentre assumeva rilievo decisivo l'obbligo di procedere alla previa indicazione di tali costi.

La questione degli oneri di sicurezza aziendale è tornata all'attenzione dell'Adunanza plenaria nel luglio del 2016, allorquando, l'Alto Consesso ha mitigato le ricadute delle precedenti pronunce, affermando che "l'automatismo dell'effetto escludente per mancata indicazione degli oneri di sicurezza, anche in presenza di indicazioni in tal senso da parte del bando e della modellistica, si pone in contrasto con i principi di certezza del diritto, tutela dell'affidamento, nonché con quelli che assumono particolare rilievo nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, di

trasparenza, proporzionalità e pari trattamento tra i concorrenti”.

A seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (come modificato dal decreto correttivo d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56), l’Alto Consesso con la pronuncia n. 19/2016 ha preso atto delle modifiche introdotte dall’art. 97, c. 5, ove viene fissato il precetto secondo il quale nell’offerta economica gli operatori economici devono indicare i costi della manodopera e gli oneri di sicurezza.

In prosieguo di tempo, la Sez. V del Consiglio di Stato, con pronuncia n. 177 del 15 gennaio 2018, aveva specificato che gli oneri aziendali rientravano nella sfera di valutazione del singolo operatore economico e non potevano essere determinati in modo generico, in quanto necessariamente collegati con l’organizzazione produttiva della singola azienda e con il tipo di offerta ed aventi il carattere di voce di costo non soggetta a ribasso e non afferente alla componente variabile dell’offerta per l’esecuzione dell’appalto.

La norma stabilisce, espressamente il precetto secondo cui nell’offerta economica gli operatori devono indicare i costi della manodopera e gli oneri di sicurezza. Ciò nonostante, sono sorti in giurisprudenza due contrapposti orientamenti: un orientamento sostanziale, che consente a determinate condizioni la salvezza dell’offerta economica mancante della prescritta indicazione, e uno formalista, che, invece, propende per l’esclusione dell’operatore economico dalla gara.

A fronte di tale contrasto giurisprudenziale, l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Sez. V, 3 febbraio 2016, n. 404) ha rimesso la questione alla Corte di giustizia dell’Unione europea, argomentando in senso favorevole alla tesi espulsiva e, nello stesso tempo, ritenendo necessario, per la verifica della compatibilità di tale soluzione con il diritto comunitario, sottoporre al vaglio del giudice europeo la questione pregiudiziale circa la compatibilità di tale tesi con la disciplina euro-unitaria.

Anche la pronuncia in commento ha affrontato la questione del rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 Tfeue (Lisbona 13 dicembre 2007), in ordine alla compatibilità con il diritto euro-unitario ed in particolare con i principi di proporzionalità, non discriminazione e parità di trattamento della normativa nazionale. Nello specifico sarebbe stata consentita l’esclusione dalla procedura di gara del concorrente che, chiamato a giustificare gli oneri aziendali per la sicurezza e la salute nei luoghi di lavoro, ne abbia precisato l’ammontare, rettificando quello precedente, senza, in alcun modo, intaccare l’equilibrio dell’offerta economica. Alla stregua di quanto già costituente indirizzo giurisprudenziale consolidato, la Sezione del Consiglio di Stato ha ribadito che *quello del rinvio pregiudiziale non è un rimedio esperibile automaticamente su richiesta delle parti, dovendo il giudice stabilirne la necessità*; ciò anche nell’ottica di sottoporre all’attenzione della Corte di giustizia solo questioni realmente rilevanti e non già risolte alla stregua di consolidato indirizzo

giurisprudenziale. Nel caso specifico la Corte di giustizia Ue con ord. n. C-309/18 del 2 maggio 2019 aveva ritenuto compatibile con i principi del diritto euro-unitario la disciplina nazionale che consentiva l’esclusione di un’impresa, senza possibilità di soccorso istruttorio, nel caso di mancato rispetto dell’obbligo di indicare separatamente e correttamente i costi della manodopera e della sicurezza aziendale, a prescindere anche dall’incidenza di tali voci sull’equilibrio complessivo dell’offerta.

PAOLA COSA

\* \* \*