

I provvedimenti amministrativi di secondo grado

Casi pratici

Il potere di riesame degli atti amministrativi

- **potere di riesame degli atti amministrativi**

- è il potere della p.a. di annullare e revocare i provvedimenti adottati
- si tratta di provvedimenti a contenuto negativo
- atti di ritiro: atti di secondo grado, in funzione di riesame della legittimità e dell'opportunità di precedenti atti

Il potere di riesame degli atti amministrativi

- Leggi n. 15/2005 e n. 80/2005 di riforma della legge sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241)
- una delle novità più importanti della legge: **codificazione**
annullamento d'ufficio
e revoca
dei provvedimenti amministrativi

Il potere di riesame degli atti amministrativi

- **annullamento**
- **revoca**
- **abrogazione**
- **decadenza**
- **mero ritiro**
- **fini alla legge n. 15/2005: disciplina legale del potere di riesame di autotutela (capo IV bis sull'efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo)**
- **potere generale della pubblica amministrazione di riesaminare le proprie determinazioni**

Il potere di riesame degli atti amministrativi

- **annullamento**
(art. 21-*nonies* legge n. 241/1990)
- atto di ritiro con **effetto retroattivo**, che incide sul provvedimento affetto da un **vizio di legittimità**
- presuppone **interesse pubblico concreto ed attuale** alla caducazione del provvedimento

Il potere di riesame degli atti amministrativi

● **revoca**

(art. 21-*quinques* legge n. 241/1990)

- atto di ritiro con **effetto non retroattivo**, che presuppone non un vizio di legittimità, bensì una **nuova valutazione dell'opportunità** del provvedimento ritirato

Il potere di riesame degli atti amministrativi

● **revoca**

(art. 21-*quinques* legge n. 241/1990)

- due ipotesi di revoca:
 - a) nuova ponderazione finalità di interesse pubblico che furono alla base dell'atto da revocare (revoca);
 - b) circostanze sopravvenute che rendono inopportuno un provvedimento (abrogazione o c.d. revoca per sopravvenienze)

Il potere di riesame degli atti amministrativi

● decadenza

(fa cessare gli effetti dell'atto precedente con effetto *ex nunc*)

- per diverse evenienze:
 - venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporto
 - inadempimento di obblighi imposti dal provvedimento
 - mancato esercizio per un determinato periodo di tempo delle facoltà che derivano dal provvedimento

Il potere di riesame degli atti amministrativi

- **il mero ritiro**
- riguarda provvedimenti inefficaci

Il potere di riesame degli atti amministrativi

- **inquadramento dogmatico del potere amministrativo di riesaminare i precedenti provvedimenti**
- potere di controllo
- commistione tra potere di controllo e potere di amministrazione attiva
- tesi della c.d. autoimpugnativa
- autotutela decisoria e amministrazione attiva

Il potere di riesame degli atti amministrativi

- **la qualificazione del potere di ritiro in termini di autotutela o di amministrazione attiva condiziona:**
 - a) problema dell'interesse pubblico perseguito
 - b) rilevanza dell'affidamento del privato
 - c) regime degli effetti dell'annullamento
 - d) aspetti procedurali

Il potere di riesame degli atti amministrativi

● a) il problema dell'interesse pubblico perseguito:

- oltre al vizio di legittimità va verificata sussistenza interesse pubblico all'eliminazione del provvedimento amministrativo (comparando l'interesse pubblico ad essa con gli affidamenti privati e con gli altri interessi pubblici alla conservazione)
- autotutela: l'amministrazione non è legata agli interessi perseguiti con il provvedimento originario
- amministrazione attiva: va valutato il medesimo interesse pubblico contemplato dalla norma attributiva del potere precedentemente esercitato

Il potere di riesame degli atti amministrativi

- b) la rilevanza dell'affidamento del privato:

- autotutela: bilanciamento dell'interesse pubblico all'eliminazione dell'atto con l'interesse privato alla sua conservazione
- amministrazione attiva: affidamento non è condizione ostativa al potere di riesame, così come non lo è stato per il provvedimento originario (irrilevanza della situazione di fatto creata dal provvedimento riesaminato)

Il potere di riesame degli atti amministrativi

- c) regime degli effetti dell'annullamento
 - autotutela: essendo mezzo di soluzione dei conflitti alternativo alla tutela, valgono alcune regole di essa, quale le retroattività degli effetti, salvi i diritti quesiti ed i fatti materiali irreversibili
 - amministrazione attiva: lasciare alla p.a. la scelta della soluzione migliore, facendo comunque salvi gli effetti già prodotti

Il potere di riesame degli atti amministrativi

- d) aspetti procedurali:

- autotutela: essendo potere diverso da quello originario, non va ripetuto lo stesso procedimento, ma solo quei passaggi rilevanti per valutare il vizio
- amministrazione attiva: trattandosi di esercizio successivo del potere originario di provvedere, procedimento identico al primo

Il potere di riesame degli atti amministrativi

- problema di maggior rilievo:

rapporto tra riesame e affidamento ingenerato nel privato dal provvedimento originario, per effetto del decorso del tempo

Il potere di riesame degli atti amministrativi

- anche per la giurisprudenza comunitaria
- la possibilità di revocare (espressione che comprende tutti gli atti di ritiro) i provvedimenti amministrativi deve essere contenuta entro un lasso di tempo ragionevole

Il potere di riesame degli atti amministrativi

- progressiva spinta della Corte di Giustizia
- a limitare l'efficacia retroattiva della revoca di provvedimenti illegittimi, circoscrivendone l'operatività, per esigenze di protezione dell'affidamento, unitamente alla necessità di bilanciare i principi di tutela della legalità e di certezza del diritto

Il potere di riesame degli atti amministrativi

- la giurisprudenza comunitaria

- conferisce alla p.a. un'ampia discrezionalità in ordine all'emanazione di provvedimenti di revoca ex nunc od ex tunc
- per la revoca ex tunc (che incidendo significativamente sull'affidamento del privato), richiede una valutazione comparativa nella quale il **tempo** funge da **fattore preclusivo** (arco di tempo ragionevole)

Il potere di riesame degli atti amministrativi

- il decorso di un significativo lasso temporale

- ordinamento interno: implica soltanto che p.a. effettui una più stringente comparazione tra interesse pubblico e affidamento del privato
- ordinamento comunitario: esclude in modo assoluto il potere di ritiro ex tunc (tutela dell'affidamento più rigorosa)

Il potere di riesame degli atti amministrativi

- **annullamento d'ufficio**

ex art. 21-*novies*
legge n. 241/1990

- vizio di legittimità
- ragioni di interesse pubblico
- entro un termine ragionevole
- tenendo conto interessi destinatari e controinteressati

Il potere di riesame degli atti amministrativi

● revoca

ex art. 21-
quinquies legge
n. 241/1990

- sopravvenuti motivi di pubblico interesse
- mutamento della situazione di fatto
- nuova valutazione dell'interesse pubblico originario
- indennizzo per i pregiudizi dei soggetti direttamente interessati

Il potere di riesame degli atti amministrativi

- l'art. 1, comma 136, della legge n. 311/2004 (legge finanziaria 2005)
- interesse pubblico in re ipsa all'annullamento d'ufficio a fronte di provvedimenti che determinano un illegittimo esborso di denaro pubblico (conseguenze sui rapporti contrattuali o convenzionali instaurati dalla p.a. con i privati)
- fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari
- annullamento in ogni tempo di provvedimenti illegittimi (entro tre anni se contratti)

ANNULLAMENTO D'UFFICIO AD ISTANZA DI MINORANZA CONSILIARE (della deliberazione di nomina di organismo tecnico-consultivo)

- **Potere di iniziativa e garanzia delle minoranze consiliari negli enti locali**
- **funzioni di indirizzo e di controllo politico-amministrativo**
- **responsabilità dei componenti degli organi collegiali**

ANNULLAMENTO D'UFFICIO AD ISTANZA DI MINORANZA CONSILIARE (della deliberazione di nomina di organismo tecnico-consultivo)

- **Presupposti dell'autotutela:**
 - **vizio di legittimità**
 - **ragioni di interesse pubblico**
 - **all'annullamento**
 - **considerazione del tempo trascorso (affidamento)**

- **vizio**: composizione organo non secondo legge
- **pubblici interessi**: a) idoneità dell'attività consultiva al fine perseguito; b) riverberi sulla validità dei pareri resi e sui conseguenti atti amministrativi
- **tempo trascorso**: prevalenza delle esigenze di legittimità dell'azione amministrativa rispetto all'affidamento dei componenti illegittimamente nominati

ANNULLAMENTO D'UFFICIO AD ISTANZA DI MINORANZA CONSILIARE (della deliberazione di nomina di organismo tecnico-consultivo)

- **Effetti dell'annullamento della nomina dell'organismo tecnico-consultivo sull'attività svolta**

- inoppugnabilità autonoma del parere e sua non annullabilità d'ufficio (se del caso, ripetizione del procedimento)
- prova di resistenza
- annullabilità nel caso di necessaria rappresentanza di interesse di categoria o di specifica competenza professionale

ANNULLAMENTO D'UFFICIO AD ISTANZA DI MINORANZA CONSILIARE (della deliberazione di nomina di organismo tecnico-consultivo)

- **potere dei componenti dell'organo consiliare di impugnazione delle deliberazioni adottate**
- **il consigliere dell'ente locale può impugnare le deliberazioni adottate dall'organo collegiale cui appartiene?**

DECADENZA DELLA CONCESSIONE IN USO DI BENE DEMANIALE

- **La concessione in uso di un bene demaniale della p.a.**

- **provvedimento di concessione** (aspetti pubblicistici) cui inerisce una convenzione (aspetti privatistici): la c.d. concessione contratto
- **scelta del contraente**
- **natura personale concessione** (cessione previa approvazione p.a.)
- **estinzione del rapporto**
concessorio: scadenza termine, morte concessionario, accordo parti, decadenza, revoca e riscatto

DECADENZA DELLA CONCESSIONE IN USO DI BENE DEMANIALE

- **Concessione diretta dell'uso ricorrendo particolari ragioni**

- **titolarità di rapporto scaduto**, regolarmente condotto
- **deduzione di gravi ragioni personali e familiari**
(svolgimento di attività economica a sua volta in regime di concessione, non trasferibile)
- **riconoscimento di vantaggi economici per la p.a.** (rinuncia avviamento commerciale, indennità semestrale senza occupazione, determinazione canone concessione a valore di mercato)

DECADENZA DELLA CONCESSIONE IN USO DI BENE DEMANIALE

- **Effetti della
cessione
d'azienda
sulla
concessione
in uso**

- **inefficacia nei confronti della p.a.**
- **differente rilevanza se locazione**
- **decadenza: accertativa** (venir meno dei presupposti della concessione) o **sanzionatoria** (inadempimento di obblighi gravanti sul concessionario)?
- **rilevanza della distinzione** ai fini contestazione addebito (necessaria e seguita dalla valutazione discrezionale della gravità dell'inadempimento, nel caso di decadenza sanzionatoria)

DECADENZA DELLA CONCESSIONE IN USO DI BENE DEMANIALE

- **Effetti della decadenza che intervenga durante il procedimento di concessione o dopo la concessione**

- venir meno dei presupposti o dei requisiti d'idoneità interrompe procedimento di concessione e determina decadenza della concessione
- conseguenze decadenza: risarcimento del danno e incameramento cauzioni

DECADENZA DELLA CONCESSIONE IN USO DI BENE DEMANIALE

- **Effetti della decadenza che intervenga durante il procedimento di concessione o dopo la concessione**
 - **conseguenze interruzione del procedimento concessione (responsabilità precontrattuale):**
risarcimento del danno (contenzioso del terzo, mancata valorizzazione bene, ecc.), ritenzione indennità semestrale, pagamento avviamento commerciale?

“REVOCA” GRATUITA’ DELLA CONCESSIONE DI OCCUPAZIONE DI AREE PUBBLICHE

- **Revoca della gratuità (esenzione da cosap) di concessione di occupazione di aree pubbliche con cantiere edile**
- **Preceduta da comunicazione avvio del procedimento di revoca e di determinazione del cosap, ravvisato indebito riconoscimento di esenzione non spettante e opportunità rimozione**

“REVOCA” GRATUITA’ DELLA CONCESSIONE DI OCCUPAZIONE DI AREE PUBBLICHE

- **Ingiunzione di pagamento del canone dall’inizio della occupazione**
- **Effetto retroattivo della “revoca” e non *ex nunc*, in violazione principio affidamento**

“REVOCA” GRATUITA’ DELLA CONCESSIONE DI OCCUPAZIONE DI AREE PUBBLICHE

- **Motivazione riferita a “cura dell’interesse pubblico”, consistente nel garantire la riscossione di una entrata patrimoniale**

- Omessa comparazione tra interesse pubblico alla “revoca” e affidamento in buona fede quanto a:
- tempo trascorso
 - sostanziale intangibilità del beneficio originario
 - entità somma richiesta in relazione al valore appalto
 - preclusione altre modalità di occupazione per ridurre il canone
 - compromissione della regolare esecuzione dell’appalto

“REVOCA” GRATUITA’ DELLA CONCESSIONE DI OCCUPAZIONE DI AREE PUBBLICHE

- **Qualificazione del provvedimento di ritiro**
- Irrilevanza del *nomen juris*, dovendosi valutare il fine perseguito (nella specie, rimozione di un presunto vizio originario)

“REVOCA” GRATUITA’ DELLA CONCESSIONE DI OCCUPAZIONE DI AREE PUBBLICHE

- **Effetti della comunicazione di avvio del procedimento sul consolidamento degli interessi per decorso del tempo**
- **Da valutarsi caso per caso. Nella specie, irrilevante trattandosi di beneficio definitivamente acquisito, considerato ai fini della formulazione del prezzo d'appalto**

“REVOCA” GRATUITA’ DELLA CONCESSIONE DI OCCUPAZIONE DI AREE PUBBLICHE

- **Sospensione ingiunzione di pagamento** (da parte T.A.R. Veneto nel luglio 2004, confermata dal Consiglio di Stato nel novembre 2004)
- Accoglimento istanza di sospensione sotto duplice profilo:
 - **violazione principio di affidamento**
 - **efficacia retroattiva dell’ingiunzione di pagamento**

“REVOCA” GRATUITA’ DELLA CONCESSIONE DI OCCUPAZIONE DI AREE PUBBLICHE

- **La comparazione tra interesse pubblico all’annullamento d’ufficio e affidamento in buona fede dopo l’art. 1, comma 136, legge 311/2004**
- **Tendenziale prevalenza pubblico interesse all’annullamento d’ufficio (peraltro, non obbligatorio), con indennizzo se incide su rapporti contrattuali o convenzionali**

ANNULLAMENTO AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA SERVIZIO SOSTITUTIVO DI MENSA

- **Adeguate motivazione dell'autotutela, evidenziando interesse pubblico diverso dal mero ripristino della legalità**
- **Nell'espletamento della gara e fino a stipulazione contratto, la p.a. è tenuta alla corretta esecuzione della *lex specialis*, non potendosi discostare da essa**

ANNULLAMENTO AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA SERVIZIO SOSTITUTIVO DI MENSA

- Omessa verifica effettiva lesione della parità di trattamento tra le concorrenti (sostanziale rispetto del numero minimo dei locali)
- Lesione *in re ipsa*, trattandosi della omessa dimostrazione dei requisiti di partecipazione alla gara

ANNULLAMENTO AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA SERVIZIO SOSTITUTIVO DI MENSA

- **Omesso esercizio del potere-dovere di chiedere integrazioni e chiarimenti in ordine al contenuto delle dichiarazioni**
- *Lex specialis e par condicio* consentono solo chiarimenti ed integrazioni di documenti e dichiarazioni rese, non se mancanti (art. 16 d.lgs. 157/1995)

ANNULLAMENTO AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA SERVIZIO SOSTITUTIVO DI MENSA

- **Affidamento derivante da attestazione circa regolarità requisiti di ammissione da aggiudicazione definitiva**
- diritto-dovere della p.a., anche dopo l'aggiudicazione definitiva, di verificare la veridicità di quanto dichiarato e la fondatezza o meno di esposto su presunte illegittimità della procedura
- breve lasso di tempo tra aggiudicazione e annullamento della stessa non comporta sorgere di ragionevole affidamento

ANNULLAMENTO AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA SERVIZIO SOSTITUTIVO DI MENSA

- **Affidamento derivante da attestazione circa regolarità requisiti di ammissione da aggiudicazione definitiva**
- prima del contratto, posizione aggiudicataria non differenziata
- previsione in capitolato speciale che l'accertamento della mancanza dei requisiti essenziali comporta decadenza della aggiudicazione, quindi sottoposta a condizione risolutiva espressa

ANNULLAMENTO AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA SERVIZIO SOSTITUTIVO DI MENSA

- **Omessa considerazione dell'interesse pubblico alla offerta più economica per la p.a.**
- **Nella comparazione tra gli interessi pubblici al rispetto della disciplina di gara e della parità tra concorrenti e l'offerta più economica, prevalgono i primi**

ANNULLAMENTO AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA SERVIZIO SOSTITUTIVO DI MENSA

- **Il pregiudizio economico del privato conseguente all'annullamento della aggiudicazione definitiva**
- eventuale responsabilità precontrattuale (imperfezioni nei controlli e affidamento)
- determinazione del danno risarcibile (in relazione al tempo trascorso) ed implicazioni del giudizio sull'anomalia dell'offerta economica
- applicabilità art. 1, comma 136, legge n. 311/2004