

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. II - PARERE 27 marzo 2007, n.440 - Pres. Rosa
- Est. Garofoli

**Società autostrade – procedure evidenza pubblica – subconcessioni
– affidamento servizi di distribuzione e ristorazione aree di servizio
autostradali – criterio economico – art.1 comma 939 legge
296/2006 – criteri ulteriori di scelta – ius superveniens – autotutela**

La sopravvenienza normativa nel corso dell'espletamento di una procedura di gara non incide sulla fase del procedimento che sia già conclusa.

In particolare con l'aggiudicazione la pubblica amministrazione effettua la scelta del contraente privato, rispetto alla quale non può applicarsi la normativa sopravvenuta.

Peraltro, la p.a. è comunque depositaria del potere di autotutela, ai sensi degli artt. 21-quinquies e nonies della 241/90.

Nel caso di specie (affidamento della concessione dei servizi di distribuzione e ristorazione in aree autostradali, sulla quale, in seguito all'aggiudicazione è intervenuta la modifica normativa di cui all'art. 1 comma 939 della 296/2006) risulta riconosciuta alla p.a. la possibilità di revocare i provvedimenti adottati in virtù del modificato quadro normativo, dal quale può sortire una diversa valutazione degli interessi coinvolti.

PREMESSO: Con nota del 2 febbraio 2007, il Ministro delle infrastrutture ha chiesto il parere del Consiglio di Stato in merito all'incidenza dell'art. 1, comma 939, L. 27 dicembre 2006, n. 296, sulle procedure pubblicistiche già indette dalla Autostrada del Brennero S.p.a. per l'affidamento delle subconcessioni autostradali relative ai settori oil e non oil, conclusesi con l'adozione dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva, ancorché non ancora seguiti dalla stipula dei relativi contratti.

Giova sinteticamente ricostruire il quadro fattuale e normativo di riferimento.

Nel corso del 2006, la società Autostrada del Brennero ha indetto procedure di evidenza pubblica per la selezione dei soggetti cui affidare n. 22 subconcessioni autostradali relative ai settori oil e non oil di altrettante aree di servizio.

La lex specialis di siffatte procedure è stata contestata in sede giurisdizionale anche nella parte in cui prevede quale unico criterio di selezione degli aggiudicatari quello, di tipo squisitamente economico, relativo alla consistenza della royalty che il concorrente si impegna in gara a corrispondere al concessionario affidante. In disparte gli esiti delle suddette vicende processuali (nel corso delle quali, peraltro, i Giudici di primo e secondo grado intervenuti a delibare le istanze cautelari hanno disatteso le censure con cui è stata dedotta l'illegittimità del criterio di aggiudicazione suddetto), le Amministrazioni delle Infrastrutture e dello Sviluppo Economico hanno dovuto affrontare il problema relativo all'incidenza sulle gare in corso della sopravvenienza normativa rappresentata dall'entrata in vigore dell'art. 1, comma 939, L. 27 dicembre 2006, n. 296, nella parte in cui ha aggiunto all'articolo 2, comma 85, del decreto-legge 3 ottobre 2006,

n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, il seguente capoverso: "5-ter. L'affidamento dei servizi di distribuzione carbolubrificanti e delle attività commerciali e ristorative nelle aree di servizio delle reti autostradali, in deroga rispetto a quanto previsto nelle lettere c) ed f) del comma 5, avviene secondo i seguenti principi: a) verifica preventiva della sussistenza delle capacità tecnico-organizzative ed economiche dei concorrenti allo scopo di garantire un adeguato livello e la regolarità del servizio, secondo quanto disciplinato dalla normativa di settore; b) valutazione delle offerte dei concorrenti che valorizzino l'efficienza, la qualità e la varietà dei servizi, gli investimenti in coerenza con la durata degli affidamenti e la pluralità dei marchi. I processi di selezione devono assicurare una prevalente importanza al progetto tecnico-commerciale rispetto alle condizioni economiche proposte; c) modelli contrattuali idonei ad assicurare la competitività dell'offerta in termini di qualità e disponibilità dei servizi nonché dei prezzi dei prodotti oil e non oil". Non vi è dubbio che la nuova e citata previsione abbia innovato il quadro normativo, introducendo espressamente l'obbligo di utilizzare -nella selezione del contraente cui affidare i servizi di distribuzione di carbolubrificanti e delle attività commerciali e ristorative nelle aree di servizio delle reti autostradali- criteri diversi ed ulteriori rispetto a quello strettamente economico.

Con la citata richiesta di parere, il Ministro delle infrastrutture formula pertanto i seguenti quattro quesiti: "se, considerando che le aggiudicazioni definitive sono anteriori al 31.12.2006 e che i contratti non sono stati ancora stipulati, possa reputarsi applicabile alla fattispecie l'art. 1, comma 939, della legge n. 296/2006; se l'eventuale applicabilità del citato art. 1, comma 939, della legge n. 296/2006, avuto anche riguardo alla rilevanza degli interessi in gioco, imponga alla Concessionaria (Autostrada del Brennero s.p.a.) di revocare o annullare gli atti di gara; se l'eventuale applicabilità del citato articolo 1, comma 939, della legge n. 296/2006, impedisca la stipulazione dei contratti tra Autostrade del Brennero s.p.a. e i nuovi gestori aggiudicatari a seguito delle procedure di gara; se la Concedente (ANAS s.p.a.) o il Ministero vigilante possono costringere la Concessionaria a ritirare gli atti di gara in virtù della disciplina contenuta nell'art. 1, comma 939, della legge n. 296/2006".
CONSIDERATO: E' opportuno muovere richiamando l'indirizzo interpretativo ripetutamente seguito dal Consiglio di Stato in forza del quale l'applicabilità dello jus superveniens presuppone che il procedimento sia ancora in itinere. Anche in questa ipotesi, peraltro, l'applicazione della normativa sopravvenuta non è ancora scontata, in specie quando la procedura si divida in varie fasi coordinate, ma dotate di una certa autonomia; in tali ipotesi, invero, la nuova norma può trovare applicazione per le fasi che all'atto della sua entrata in vigore non siano state ancora realizzate, non anche per fasi già espletate e compiute (C. Stato, sez. VI, n. 4163/2004; 26 maggio 1999, n. 694).

Ciò posto, il Collegio ritiene che l'aggiudicazione segni la conclusione della fase pubblicistica di selezione del contraente, con la conseguenza per cui, salvo quanto si osserverà di seguito in merito alla azionabilità dei poteri di autotutela, va esclusa un'applicabilità immediata della normativa entrata in vigore tra il momento dell'aggiudicazione e quello della stipula del contratto.

A tale ricostruzione è dato pervenire senza che sia necessario scandagliare la delicata, e da sempre dibattuta, questione relativa alla natura dell'atto di aggiudicazione: questione sulla quale, come è noto, da sempre si contrappongono tesi divergenti, dirette a sostenere rispettivamente la natura provvedimento (come ritenuto da Cons. Giust. Amm., 20 luglio 1999, n. 365; Cons. St., sez. V, 25 maggio 1998, n. 677; T.A.R. Sicilia, Catania, 10 settembre 1996, n. 1603) ovvero anche negoziale dell'aggiudicazione (come ritenuto da Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2000, n. 4722; VI, 14 gennaio 2000, n. 244; sez. V, 19 maggio 1998, n. 633; Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3355; Cons. Giust. Amm, 8 marzo 2005, n. 104). Secondo la prima impostazione, l'aggiudicazione è il provvedimento conclusivo della procedura ad evidenza pubblica, con il quale l'amministrazione aggiudicatrice si limita a selezionare l'impresa con la quale stipulerà, in seguito, il contratto d'appalto, senza manifestare ancora alcuna volontà negoziale.

Per diversa ricostruzione, alla stregua della quale la procedura ad evidenza pubblica serve a regolare la formazione del consenso della pubblica amministrazione con riguardo al contenuto dell'accordo, oltre che all'identità del contraente, l'aggiudicazione presenta invece una duplice natura, amministrativa e negoziale, al contempo atteggiandosi a provvedimento conclusivo della procedura di selezione del contraente privato e ad atto giuridico con il quale l'amministrazione formalizza la propria volontà di contrarre con l'impresa scelta ed alle condizioni dalla stessa offerte. Ed invero, anche aderendo alla prima delle due indicate impostazioni (cui per vero pare dare supporto l'art. 11, comma 7, D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, laddove prevede che "l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta"), l'aggiudicazione resta pur sempre l'atto con cui si definisce la procedura pubblicistica di selezione del contraente, ancorché non ancora idoneo ad instaurare il rapporto contrattuale. Le esposte considerazioni inducono pertanto il Collegio ad esprimere parere negativo con riferimento al primo dei quattro quesiti formulati con cui si chiede "se, considerando che le aggiudicazioni definitive sono anteriori al 31.12.2006 e che i contratti non sono stati ancora stipulati, possa reputarsi applicabile alla fattispecie l'art. 1, comma 939, della legge n. 296/2006". Ad ulteriore conforto, giova richiamare il principio, a più riprese ribadito con specifico riferimento al settore delle gare per l'affidamento di prestazioni, in forza del quale il bando costituisce la *lex specialis* della gara che non può essere disapplicata nel corso del procedimento neppure nel caso in cui alcune regole risultino non più conformi alla normativa sopravvenuta, salvo l'esercizio del potere di autotutela. Il bando di gara, pertanto, nel richiamare una determinata disposizione opera un rinvio materiale (e non dinamico) ad essa, facendola propria a prescindere dai mutamenti successivi (C. Stato, sez. V, n. 1369 del 17.12.1991 e n. 244 dell'11.5.1998, nonché sez. IV, n. 1605 del 29.12.1998 e Cons. Giust. Amm. n. 128 del 22.3.2000). Quanto sin ora esposto non esclude certo, peraltro, che, competa all'amministrazione preposta alla gestione delle gare il potere di intervenire sui relativi atti agendo in autotutela, potere da sempre riconosciuto in giurisprudenza, ed oggi espressamente disciplinato dagli artt. 21-quinquies e 21-nonies, I. n. 241/1990. Si tratta, come è noto, di potestà non vincolata nell'an, tipicamente discrezionale quanto all'esercizio: non vi è

dubbio, invero, che il tratto che, più di altri, connota il potere di riesame sia quello della valutazione di interessi spesso configgenti che l'autorità è tenuta a svolgere.

E' questo elemento destinato, peraltro, a caratterizzare entrambe le ipotesi oggi tipizzate di autotutela, quella che si conclude con l'adozione del provvedimento di annullamento di ufficio ex art. 21-nonies, I. n. 241/1990, ma anche, ancor più, quella che si materializza nella revoca di provvedimenti originariamente legittimi, ma ritenuti ab origine o per circostanze sopravvenute inopportuni, ora regolamentata dall'art. 21-quinquies, I. n. 241/1990. La prima delle due richiamate disposizioni prevede che "Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge".

Si tratta, ad avviso del Collegio, di previsione non applicabile nel caso di specie, non ricorrendo nelle vicende cui si riferiscono i quesiti formulati il primo ed indispensabile presupposto richiesto dalla disposizione (e già in passato da una pietrificata giurisprudenza) per la legittima adozione dell'atto di annullamento, ossia la illegittimità ab origine degli atti di gara da annullare.

Quanto già osservato in merito ai rapporti tra aggiudicazione e ius superveniens, nonché in ordine alla necessità di cristallizzare al momento della pubblicazione del bando di gara l'individuazione della disciplina legislativa di riferimento, induce infatti ad escludere che nel caso di specie possa essere ravvisata, per il solo fatto dell'entrata in vigore del citato art. 1, comma 939, della legge n. 296/2006, un'illegittimità originaria degli atti intervenuti nelle procedure di evidenza pubblica in questione. Residua, pertanto, la potestà di valutare le condizioni per una revoca degli atti delle procedure di selezione, ai sensi dell'art. 21-quinquies, I. n. 241/1990.

La potestà, in assenza di espressa e specifica disposizione volta a riconoscere la titolarità in capo ad altre amministrazioni, non può non spettare in via esclusiva all'amministrazione che ha indetto le gare: è quanto oggi desumibile dallo stesso art. 21-quinquies, I. n. 241/1990, a tenore del quale "Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge". Come già rilevato, si è al cospetto di potestà non vincolata nell'an, tipicamente discrezionale quanto all'esercizio, pertanto non "coercibile". Constatazione, quest'ultima, che induce il Collegio ad esprimere parere negativo con riferimento al secondo ed all'ultimo dei quattro quesiti formulati con cui si chiede rispettivamente "se l'eventuale applicabilità del citato art. 1, comma 939, della legge n. 296/2006, avuto anche riguardo alla rilevanza degli interessi in gioco, imponga alla concessionaria (Autostrada) di revocare o annullare gli atti di gara", nonché "se la Concedente (ANAS s.p.a.) o il Ministero vigilante possono costringere la Concessionaria a ritirare gli atti di gara in virtù della disciplina contenuta nell'art. 1, comma 939, della legge n. 296/2006".

In conclusione, il Collegio ritiene che è rimessa all'Amministrazione preposta alla gara la valutazione relativa all'esercizio del potere di revoca, in astratto ammissibile in considerazione della incidenza che il rilevante mutamento del quadro normativo di riferimento può sortire nella valutazione degli interessi pubblici involti nelle vicende amministrative in questione. I possibili esiti della richiamata valutazione finiscono inevitabilmente per condizionare la soluzione da dare alla questione, posta dal Ministro delle infrastrutture con il terzo dei quattro quesiti formulati, relativa alla persistenza o meno dell'obbligo di attendere alla stipula dei contratti.

P.Q.M. nei termini suesposti esprime il richiesto parere.