

FRANCESCO GOISIS

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Diritto pubblico
italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano

Francesco.Goisis@unimi.it

**LA BREVE ESPERIENZA DELLE RACCOMANDAZIONI VINCOLANTI
DELL'ANAC EX ART. 211, CO. 2, D.LGS. N. 50 DEL 2016:
DOVEROSITÀ E FUNZIONE DI GIUSTIZIA NELLA AUTOTUTELA
DECISORIA**

**THE SHORT EXPERIENCE OF ANAC'S BINDING RECOMMENDATIONS
PURSUANT TO ART. 211, PAR. 2, OF LEGISLATIVE DECREE NO. 50 OF 2016:
SELF-ANNULMENT AS A NON-DISCRETIONARY AND SEMI-JUDICIAL ACT**

SINTESI

L'articolo mira a riflettere sul potere di raccomandazione vincolante di cui all'abrogato art. 211, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016, al fine di mostrarne i rapporti e la complessiva coerenza con alcuni caratteri del modello generale dell'autotutela decisoria quale esistente nel diritto scritto e vivente. In particolare, attraverso un confronto con i pertinenti pareri resi dal Consiglio di Stato in sede consultiva, sviluppa l'idea per cui non siano condivisibili i principali dubbi espressi dal Consiglio di Stato e, tra l'altro, che l'annullamento d'ufficio post raccomandazione debba ritenersi strettamente doveroso e che tale doverosità non possa ritenersi (come invece dal Consiglio di Stato e da più parti sostenuto) in contrasto con alcuni profili tradizionali dell'istituto. In particolare, si segnala tra l'altro, il valore sostanziale della legalità, nonché la specifica doverosità dell'annullamento: per realizzare risparmi di spesa, per dare esecuzione ad accertamenti compiuti da altre autorità chiamate ex lege ad una funzione di controllo di legittimità o comunque di accertamento di legittimità, per porre fine ad illegittimità comunitarie, tutte vicende in genere presenti in questo caso. Si ipotizza poi che anche l'annullamento d'ufficio a seguito di parere preliminare all'esercizio dell'azione giurisdizionale quale previsto dalla nuova formulazione dell'art. 211 abbia, parimenti e per analoghe ragioni, carattere vincolato, salva la possibilità per la Stazione appaltante di dissentire sul presupposto dell'illegittimità. (il quale però non attiene a valutazioni di interesse pubblico), lasciando quindi l'ultima parola (su tale unico profilo) alla Autorità giurisdizionale amministrativa. Si conclude quindi per una possibile valorizzazione di una funzione di giustizia alternativa alla giurisdizione dell'annullamento d'ufficio, nell'ottica di un'Amministrazione chiamata al perse-

guimento di un interesse pubblico che non può mai essere determinato in contrasto con il valore della legittimità, così assicurando una piena realizzazione dello Stato di diritto.

ABSTRACT

The essay aims at analysing the power of recommendation pursuant to (the by now repealed) art. 211, par. 2, of Legislative Decree no. 50 of 2016, with the purpose of showing its relationship and comprehensive coherence with certain features of the general model of self-annulment as existing in our written and living legal system. In particular, through a dialogue with the relative opinions issued by the Council of State, it proposes the idea that the main doubts expressed by the Council of State are unfounded and, in particular, that the self-annulment further to the recommendations should be deemed as strictly non-discretionary and that this character cannot be considered (contrary to the opinion of the Council of State and various others) in contrast with certain traditional features of this administrative power. More in details, reference is made to: *a*) the substantive value of the principle of legality, *b*) the specific (and traditional) absence of administrative discretion in the self-annulment *i*) to realize savings of public money, *ii*) to enforce decisions of other public authorities, by law competent to monitoring the legality of administrative action, and, finally, *iii*) to remediate to violations of EU law, reasons which may all well be at stake in this case. Furthermore, it is hypothesized that similarly the power of self-annulment further to an opinion issued under the new version of art. 211 prior to the legal action before Administrative Courts is, for analogous reasons, non-discretionary, save the possibility for the contracting authority to disagree on the mere profile of the unlawfulness (which does not relate to any assessment of public interest), giving the last word on this sole aspect to the Administrative Court. Finally, the essay takes position in favour of a semi-judicial function of the self-annulment as a form of ADR, in the perspective of a Public Administration in charge of pursuing a public interest which cannot be ever determined in contrast with the value of lawfulness, so to fully realize the rule of law.

PAROLE CHIAVE: ANAC - raccomandazioni vincolanti - annullamento d'ufficio consequenziale - discrezionalità amministrativa

KEYWORDS: ANAC- binding recommendations - consequential self-annulment - administrative discretion.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il problema della presunzione di legittimità. - 3. Il problema dell'annullamento mascherato. - 4. Il problema del principio di responsabilità personale nella sanzione amministrativa. - 5. Il problema della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio. - 6. Conclusioni e cenni alla nuova disciplina introdotta dal correttivo.

1. Introduzione.

Scopo di questo contributo è un'analisi dello (ormai abrogato) art. 211, co. 2, cod. contr. pubbl. in tema di poteri di raccomandazione vincolante dell'ANAC per la eliminazione di atti di procedure di gara illegittimi. In particolare, ci si soffermerà sul conseguente dovere (a pena di sanzione amministrativa pecuniaria inflitta al dirigente responsabile), in capo alla Stazione appaltante, di rimozione in autotutela delle illegittimità riscontrate dall'Autorità indipendente¹. Un potere di autotutela eliminativa era infatti (a differenza di quanto da altri ipotizzato²) certamente suggerito dal legislatore, che parlava, all'art. 211, co. 2, di «rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi». Dunque l'autotutela (come in particolare reso esplicito dalla parola altresì) era immaginata come compiutamente eliminativa, fino ad estendersi alla rimozione non solo dell'atto in sé, ma anche dei relativi effetti.

Per esigenze di sintesi, affronterò il tema nelle sue linee essenziali, facendo soprattutto riferimento alle obiezioni ripetutamente opposte dal Consiglio di Stato in sede di pareri resi sul nuovo Codice dei contratti pubblici, sulla bozza di

¹ «Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente decreto. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo».

Su tale potere, specifiche riflessioni sono offerte da S. TUCCILLO, *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. (Riflessioni a margine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici)*, in *www.federalismi.it*, 6/2017 e N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso (anche alla luce del parere del Consiglio di Stato, comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777, sullo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213 del Codice dei contratti)*, in *www.federalismi.it*, 5/2017.

Vedi inoltre sul tema R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 5-2016, pp. 503 ss., spec. 539; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, in *www.federalismi.it*, 10-2016; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 15-2016; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 5-2016, pp. 605 ss., spec. 608; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4-2016, pp. 499 ss., spec. 503; C. CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Giorn. dir. amm.*, 4-2016; pp. 515 ss., spec. 519-520; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 6-2016; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb e app.*, 8-9/2016, pp. 874 ss., spec. 899 ss.

² S. TUCCILLO, *op. cit.*, spec. pp. 6 ss.

regolamento ANAC e, infine, sulla bozza di correttivo, che, originariamente, non intendeva intervenire sull'istituto. Obiezioni, in sostanza, poi invece recepite dal legislatore delegato che, con l'ultima versione del correttivo, ha, a sorpresa, significativamente modificato la previsione, stabilendo, al posto della raccomandazione vincolante, una mera legittimazione *ex lege* dell'ANAC ad impugnare gli atti di gara illegittimi, previa comunicazione di un parere alla Stazione appaltante in cui sono evidenziati i vizi di legittimità riscontrati³.

Coglierò poi l'occasione per qualche accenno ad alcune questioni di fondo dell'autotutela e della sua possibile funzione di giustizia. Mostrerò, in particolare, come i caratteri di specifica doverosità dell'annullamento d'ufficio qui in questione non siano affatto così disarmonici rispetto alla storia e al regime attuale dell'autotutela, potendosi quindi ipotizzare un più esteso utilizzo dell'annullamento d'ufficio come strumento deflattivo del contenzioso.

Invero, le obiezioni del Consiglio di Stato sono ben rappresentative di una più generale diffidenza rispetto all'assegnazione alla autotutela decisoria del ruolo di strumento di tutela del cittadino (ossia non solo di privilegio dato alla Pubblica Amministrazione per la tutela dei suoi propri interessi, e quindi come potere altamente discrezionale e ad esercizio facoltativo, se non, come espressivamente ricordato dai giudici amministrativi, addirittura «potere di merito, che si esercita previa valutazione delle ragioni di pubblico interesse, insindacabile da parte del giudice»⁴). Ruolo che viene radicalmente contestato, soprattutto in quanto, si

³ L'art. 52-ter, co 1, d. lgs. n. 50 del 2017, ha infatti abrogato il co. 2 dell'art. 211, inserendo al suo posto i co. 1-bis., 1-ter e 1-quater: «L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. 1-ter. L'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter».

⁴ Così, Cons Stato, sez. V, 25 luglio 2014, n. 3964 «L'esercizio del potere di autotutela amministrativa mediante annullamento d'ufficio costituisce espressione di un potere di merito, incoercibile da parte del giudice amministrativo; sebbene l'art. 21 *nonies*, l.7 agosto 1990 n. 241 ne abbia disciplinato i presupposti e le forme, di detto potere non ne è stata modificata la natura, che non è stata trasformata da discrezionale in obbligatorio, nel senso che rispetto all'esercizio di tale potere non è configurabile un obbligo di provvedere, essendo l'Amministrazione titolare di un potere di merito, che si esercita previa valutazione delle ragioni di pubblico interesse, in-

dice, altrimenti elusivo degli strumenti di tutela giurisdizionale e dei relativi termini decadenziali⁵.

In effetti, nel parere 28 dicembre 2016 n. 2777, il Consiglio di Stato non può che prendere atto della funzione anche di giustizia del potere di raccomandazione (ove emesso su istanza di parte), tra l'altro notando come esso ben potrebbe intersecarsi con quello di emissione di pareri vincolanti, *ex art. 211, co. 1* (nel parere 1920/2016 ricondotte alle «ADR, sia pure con indiscutibili tratti di specialità»).

Tuttavia, (e forse proprio per questo) il Consiglio di Stato continua nella sua serrata polemica (già in gran parte anticipata nel parere n. 855 del 2016 sulla bozza di nuovo Codice) avverso tale strumento, come configurato nella precedente versione dell'art. 211 e poi nel progetto di regolamento preparato da ANAC.

In particolare il Consiglio di Stato solleva quattro principali questioni, su cui vorrei concentrarmi:

1. il problema della presunzione di legittimità
2. il problema dell'annullamento mascherato, che esorbiterebbe dai meccanismi collaborativi ammessi dalla Corte costituzionale con la sentenza 14 febbraio 2013, n. 20 pronunciatasi sull'art. 21 bis della legge n. 287 del 1990;
3. il problema della violazione del principio di responsabilità personale nella sanzione amministrativa;
4. il problema della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio.

Si osserva difatti, tra l'altro, che «Questo Consiglio di Stato, nel parere n. 855 del 2016, ha già espresso motivate riserve sull'introduzione del nuovo istituto, segnalandone la natura di *«annullamento mascherato»*, non facilmente compatibile con il riparto delle competenze riconosciute alle singole amministrazioni e con il sistema delle autonomie, e ne ha evidenziato in particolare l'anomalia della portata effettuale, sul piano della ragionevolezza e della presunzione di legittimità

sindacabile da parte del giudice, con la conseguenza che la richiesta del privato, rivolta all'amministrazione, di esercizio dell'autotutela è una mera denuncia, con funzione sollecitatoria che non fa sorgere un obbligo di provvedere...».

⁵Così, sempre Cons Stato, sez. V, 25 luglio 2014, n. 3964 «né può logicamente e sistematicamente ammettersi che l'interessato possa impugnare l'eventuale risposta negativa alla richiesta di annullamento di ufficio che l'amministrazione fornisca all'istanza sollecitatoria senza esprimere alcuna nuova considerazione e senza rivalutare gli interessi pubblici coinvolti, giacché ciò determinerebbe l'inammissibile elusione dei termini decadenziali per l'impugnazione degli atti e provvedimenti amministrativi».

degli atti amministrativi sino a loro annullamento, in quanto la sanzione amministrativa, prevista dall'art. 211, comma 2, del codice colpisce il rifiuto di autotutela e, cioè, un provvedimento di cui deve presumersi la legittimità, sino a prova contraria, quasi a prefigurare una inedita «*responsabilità da atto legittimo*». La potestà di annullamento dovrebbe quindi rimanere in capo al GA (scelta, come visto, poi accolta nel correttivo): «Nel medesimo parere la Commissione speciale ha raccomandato al legislatore una formulazione della disposizione in chiave di vigilanza collaborativa – pure prevista, in via generale, dall'art. 213 del codice – non dissimile da quella prevista dall'art. 21-*bis* della l. n. 287 del 1990 per l'Antitrust, compatibile con i principi fissati dalla Costituzione e con i limiti della legge delega, che nella lettera t) parla di «*controllo*» al fine di giustificare il potere dell'ANAC, usando una nozione coincidente con la qualificazione adoperata dal giudice delle leggi con riguardo alla legittimazione conferita dall'art. 21-*bis* all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20)».

D'altra parte, la legge delega non offrirebbe una piena copertura ai poteri di "annullamento mascherato" così attribuiti ad ANAC: «la raccomandazione vincolante si inserisce in una fattispecie complessa, a formazione progressiva, che culmina nell'esercizio di un'autotutela doverosa, che deve tuttavia essere ricondotta al paradigma generale dell'art. 21-*nonies* della l. 241 del 1990 se si vuole preservarne, al di là delle criticità di fondo sopra evidenziate, la coerenza con l'ordinamento nel suo complesso. Il legislatore delegato, nell'assenza di una disposizione di delega inequivocabilmente attributiva all'ANAC, sul piano sostanziale, del potere di annullamento d'ufficio, ha attuato solo in parte il suo disegno innovatore, facendo della “raccomandazione vincolante” – quasi un ossimoro – il motore della revisione, ma mantenendone in capo alle singole stazioni appaltanti il veicolo formale, attraverso l'emanazione dell'atto conclusivo di tale inedita sequenza procedimentale».

Per meglio coordinare questo annullamento d'ufficio doveroso⁶ (per la stazione appaltante) con i caratteri generalmente discrezionali dell'annullamento d'ufficio come delineati dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990, occorrerebbe poi, almeno, che tale momento discrezionale trovasse «la sua collocazione ‘a monte’, nel corso del procedimento di interlocuzione preventiva che conduce alla emanazione della raccomandazione vincolante, e dovrà estendersi non solo alla stazione appaltante, ma anche a tutti i soggetti comunque coinvolti.».

⁶ Nel medesimo senso, TAR Toscana, sez. III, 19 luglio 2017, n. 936, che parla di una «forma di "autotutela doverosa"».

Sempre sotto il profilo della presunzione di legittimità, il Consiglio di Stato critica altresì la «creazione di una responsabilità oggettiva avulsa dalla gravità (e dalla stessa esistenza) della violazione che inficia l'atto di gara censurato dall'Autorità, che potrebbe essere successivamente smentita dal giudice amministrativo (come si è detto, si è parlato di «responsabilità da atto legittimo»)».

Risulterebbe poi posto in crisi « il principio di responsabilità personale dell'illecito amministrativo, sancito dall'art. 3, comma 1, della l. n. 689 del 1981, secondo cui «nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa»: una regola generale, comune in materia di sanzioni amministrative (art. 12 della stessa l. n. 689 del 1981), «da applicare in ogni ipotesi in cui si configuri tale tipo di sanzioni» (v., sul punto, Corte cost., 4 marzo 1999, n. 49, in tema di sanzioni irrogate a dirigenti responsabili di infrazioni nel settore creditizio)», nonché il legame di immedesimazione organica tra dirigente e stazione appaltante.

2. Il problema della presunzione di legittimità.

Partiamo dal profilo della presunzione di legittimità. Il ragionamento del Consiglio di Stato è, essenzialmente, il seguente: la sanzione per mancata ottemperanza alla raccomandazione vincolante colpisce il rifiuto di autotutela rispetto ad un provvedimento ancora efficace, in quanto non annullato, ossia un provvedimento amministrativo di cui, si dice, è da presumere la legittimità. Si creerebbe in questo modo una sorta di responsabilità da atto (ancora da presumersi) legittimo, in relazione alla sanzione amministrativa pecuniaria infliggibile al funzionario. Del resto, i profili di illegittimità rilevati da ANAC potrebbero poi essere smentiti in sede giurisdizionale amministrativa.

Non sfugge, di contro, che se la legge attribuisce ad una determinata Amministrazione il potere di dichiarare (peraltro con provvedimento a sua volta impugnabile) la illegittimità di un atto, se non altro per ragioni cronologiche è questo secondo atto a prevalere sul piano della dichiarazione della volontà della legge nel caso concreto. La presunzione di legittimità è cioè trasferita dal primo al secondo atto.

Detto altrimenti, se si condivide la nota definizione del Mayer secondo cui l'atto amministrativo, per realizzare la giustizia nell'amministrazione, deve, analogamente alla sentenza, vedersi come l'«*acte qui détermine, vi-à-vis du sujet, ce qui, pour lui, doit être de droit dans le cas individuels*»⁷, parimenti deve accettarsi che questa

⁷ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, Paris, Giard & Brière, 1903, p. 103.

dichiarazione possa essere poi sostituita da un'altra successiva, ed altrettanto legalmente legittimata. Questo è, del resto, da sempre, la principale funzione dei controlli amministrativi di legittimità.

Quanto al profilo del futuro, possibile, annullamento della raccomandazione da parte del giudice amministrativo, sembra quasi che, tra le righe, il Consiglio di Stato suggerisca che solo la sentenza di annullamento possa vincere la presunzione di illegittimità di un provvedimento amministrativo: il che è senz'altro da respingere, atteso che tale presunzione costituisce, come si è detto, manifestazione della potestà amministrativa, sicché è coerente che (anche) un ulteriore (e contrario) esercizio della medesima la possa vincere. Né, a dire il vero, (se è questo che si vuole sostenere) un tale annullamento giudiziale eliminerebbe l'illecito omissivo proprio della mancata conformazione alla raccomandazione, ma, semmai, varrebbe a consentire alla Stazione appaltante (che si è doverosamente conformata alla raccomandazione) di ritornare sui suoi passi, ripristinando l'atto precedentemente annullato d'ufficio.

È vero, certo, che sarebbe stato più coerente conferire direttamente ad ANAC un potere di (immediato) annullamento. Però, fin dalle origini si è osservato (come ricorda lo stesso Consiglio di Stato, quando parla di annullamento mascherato) come alcuni atti di controllo realizzino un effetto sostanzialmente (ma non formalmente) di annullamento. Sul punto già il Codacci Pisanelli, ad esempio, ragionava sul rifiuto di visto da parte della Corte dei conti, come atto nella sostanza di annullamento, perché capace di imporre l'annullamento d'ufficio alla autorità controllata⁸.

Basterebbe poi pensare alla teoria dell'azione costitutiva: come in particolare spiegato dal Calamandrei, nella sentenza che tiene luogo del contratto oggetto del preliminare «all'elemento giurisdizionale (condanna dell'obbligato a emettere una dichiarazione di volontà) si accompagna un elemento esecutivo, che ha anch'esso, come il primo, carattere giurisdizionale, in quanto contiene una sostituzione del giudice all'obbligato nell'eseguire in sua vece un precetto di cui questi, e non il giudice, era il diretto destinatario»⁹. Insomma, direttamente in essa all'accertamento segue l'esecuzione, quale immediatamente modificativa della realtà giuridica. Ebbene, nel rapporto tra raccomandazione e successivo annullamento d'ufficio da parte della stazione appaltante è come se avessimo (volendo usare uno schema giurisdizionale) una sentenza (i.e., dichiarazione della

⁸ G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 155.

⁹ P. CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931, pp. 219-241, ora in *Opere giuridiche*, Napoli, Morano Editore, 1985, vol. I, p. 353.

volontà della legge nel caso concreto) non auto-esecutiva, con il momento dell'esecuzione (ossia eliminatorio) deputato alla autotutela da parte della Stazione appaltante. Ed è proprio il momento dell'accertamento quello cui si collega logicamente il tema della presunzione di legittimità.

3. Il problema dell'annullamento mascherato.

A tale ultima osservazione si connette il profilo del rapporto tra questo "annullamento mascherato", ed i meccanismi collaborativi ammessi dalla Corte costituzionale con la sentenza 14 febbraio 2013, n. 20, pronunciata sull'art. 21 bis della legge n. 287 del 1990.

Il Consiglio di Stato ritiene che per raggiungere una sicura compatibilità con i principi di cui alla sentenza 20/2013, occorrerebbe che l'annullamento fosse (come nell'ipotesi di cui all'art. 21 bis cit.) pronunciato giudizialmente. L'ANAC dovrebbe quindi ricevere (secondo il suggerimento poi accolto nel correttivo del 2017) solo una legittimazione *ex lege* al ricorso avanti al giudice amministrativo.

Non va però scordato che se è vero che trattasi di un controllo con effetti, infine, eliminatori, la sentenza 20/2013 sembra aver altresì ammesso la astratta legittimità di controlli non generalizzati e chiaramente rientranti nell'ambito di competenza legislativa esclusiva dello Stato: «...si deve osservare che è inesatto parlare di «nuovo e generalizzato controllo di legittimità», là dove la norma - integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della legge n. 287 del 1990 - prevede un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (art. 21, comma 1, della legge citata) e, comunque, certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi «che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» (norma censurata, comma 1)...La detta disposizione, dunque, ha un perimetro ben individuato (quello, per l'appunto, della concorrenza), compreso in una materia appartenente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.), concernente anche la potestà regolamentare, ai sensi dell'art. 117, sesto comma, primo periodo, Cost.».

Ebbene, il controllo in questione non è affatto generalizzato, ma è limitato alla materia degli appalti (importante, ma pur sempre più ristretta di quella tutela concorrenza, di cui semmai costituisce un sottoinsieme); inoltre, se è vero che ANAC non è organo giurisdizionale, essa è pur sempre un'Autorità amministrativa indipendente, con caratteri, dunque, di neutralità certamente più accentuati

rispetto ad una PA tradizionale.

D'altra parte, laddove la Consulta ha direttamente affrontato il tema dell'annullamento d'ufficio imposto quale doveroso da legge statale alle autonomie regionali e locali, lo ha legittimato, in quanto espressione del principio di legalità.

In particolare, ha notato la Corte¹⁰, che «in via di principio, il momento discrezionale del potere della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di copertura costituzionale». Anzi, «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», sicché «la previsione d'un potere-dovere di annullamento dei provvedimenti che avevano disposto gli inquadramenti illegittimi (...) si configura (...) quale elemento fondante dell'azione amministrativa (in quanto corollario del principio di legalità), tra i cui fini deve intendersi compreso quello di evitare il consolidarsi di situazioni costituite contra legem».

Invero, in relazione alla prospettata violazione dell'autonomia degli enti locali, la sentenza sembra ragionare in modo piuttosto netto: poiché lo strumento dell'autotutela deve essere valutato alla luce ed in funzione del principio di legalità, «tanto basta per escludere la prospettata violazione degli artt. 5 e 128 Cost.». Insomma, la finalità di ripristino della legalità violata sembra quasi escludere di per sé la lesione della autonomia locale. Questa sembra la posizione più generale (e soprattutto attuale) della Consulta, che ancora con sentenza 28 aprile 2011, n. 155 ha dichiarato costituzionalmente illegittima una legge pugliese che mirava ad eludere delle previsioni di legge finanziaria ai sensi delle quali, tra l'altro, si imponeva «l'annullamento d'ufficio degli «atti adottati dalla Giunta regionale o dal Consiglio regionale durante i dieci mesi antecedenti alla data di svolgimento delle elezioni regionali, con i quali è stata assunta la decisione di violare il patto di stabilità interno»¹¹.

Infine, anche ammesso e non concesso che qui si fuoriesca dai limiti ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale in punto di annullamento d'ufficio imposto dallo Stato su atti regionali e degli enti locali, ciò inficerebbe la costituzionalità della previsione solo in relazione a queste sole Amministrazioni. Con il che l'impatto dell'argomento non appare in ogni caso di portata generale.

¹⁰ Corte Cost., 22 marzo 2000 n. 75.

¹¹ Art. 14, co. 20, D.L. n. 78 del 2010: «Gli atti adottati dalla Giunta regionale o dal Consiglio regionale durante i dieci mesi antecedenti alla data di svolgimento delle elezioni regionali, con i quali è stata assunta la decisione di violare il patto di stabilità interno, sono annullati senza indugio dallo stesso organo».

4. Il problema del principio di responsabilità personale nella sanzione amministrativa.

Venendo ora al problema del possibile contrasto del meccanismo con il principio di responsabilità personale dell'illecito amministrativo, sancito dall'art. 3, comma 1, della l. n. 689 del 1981¹², e in generale con il principio della rappresentanza organica, gli argomenti del Consiglio di Stato non paiono, parimenti, persuasivi.

Invero, la l. 689 del 1981 prevede come regola generale che la sanzione sia inflitta a persona fisica, non giuridica. Le diverse ipotesi (per es. sanzioni AGCM) sono eccezionali. Sicché se si vuole dire che il funzionario è reso responsabile per la condotta omissiva (in realtà) della persona giuridica-PA, si fraintende la disciplina della legge di depenalizzazione, quale più volte ribadita dalla Cassazione¹³.

Tale immediata sanzionabilità del dirigente, peraltro, era, a ben vedere, scelta non solo molto felice sul piano dell'effettività della disciplina, ma altresì ben coerente con il carattere strettamente doveroso ed esecutivo dell'annullamento d'ufficio qui in questione: quest'ultimo si impone come dovere giuridico immediatamente consequenziale e precettivo in capo al funzionario nella sua veste individuale, invece che sulla PA nel suo complesso (potenzialmente chiamata, pertanto, ad una valutazione discrezionale di interessi deputati alla sua cura).

In altri termini, poiché il potere di autotutela è vincolato, è ben coerente che il relativo dovere ricada direttamente sul dirigente, chiamato ad un'azione meramente esecutiva (similmente al commissario *ad acta* nel giudizio di ottemperanza), senza coinvolgere la Amministrazione nel suo complesso.

5. Il problema della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio.

Ma il tema più rilevante sul piano sistematico (e del credibile uso in funzione di giustizia dell'annullamento d'ufficio) è senz'altro quello dei caratteri di fondo dell'annullamento d'ufficio delineato dall'art. 211, co. 2.

Invero, il problema del coordinamento con l'art. 21 *nonies* l. 241 del 1990

¹² «Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa».

¹³ Ad es. Cass, sez. lav., 25 ottobre 1997, n. 10518: «A norma dell'art. 3 della legge 24 novembre 1981 n. 689 è responsabile di una violazione amministrativa solo la persona fisica a cui è riferibile l'azione materiale o l'omissione che integra la violazione».

e con la pretesa generale ed inderogabile codificazione, in esso, della regola della necessaria discrezionalità dell'annullamento d'ufficio, è di portata evidentemente molto ampia. Il Consiglio di Stato lamenta sul punto un difetto di coerenza con l'art. 21 *nonies*, l. 241 ed ipotizza la opportunità di un recupero della discrezionalità a monte (essendo invece inevitabilmente doveroso l'autoannullamento da parte della Stazione appaltante).

Seppur molto velocemente, vorrei mostrare come questa preoccupazione sistematica (pur diffusa), non tenga conto dell'estrema complessità e ricchezza dell'esperienza (dottrinale, legislativa e giurisprudenziale) dell'annullamento d'ufficio.

Anzitutto, se è vero che diffusa è l'idea che per integrare i presupposti del legittimo annullamento d'ufficio occorra la compresenza in concreto sia del presupposto dell'illegittimità che, rispettivamente, della sussistenza dell'interesse pubblico concreto ed attuale, in quanto, come recentemente notato «l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto viziato» non potrebbe «coincidere con la mera esigenza della restituzione all'azione amministrativa della legalità violata», né «risolversi nella semplice e astratta ripetizione delle stesse esigenze regolative sottese all'ordine giuridico infranto»¹⁴, tuttavia l'annullamento doveroso ha sempre avuto un suo qualche, incisivo, ruolo nel nostro ordinamento. Forse anche perché - come autorevolmente (anche se in genere minoritariamente) osservato - si tratta dell'unico meccanismo capace di realizzare pienamente il principio di legalità.

Basti qui richiamare le parole del Guicciardi: «Vano è l'accampare, come in molti casi ha fatto la giurisprudenza con l'approvazione della maggioranza della dottrina, le superiori esigenze dell'interesse pubblico, per le quali la opportunità dell'atto prevarrebbe sulla sua illegittimità, impedendone l'annullamento, perché non vi è interesse più alto di quello, a che l'Amministrazione rispetti la legge»¹⁵. Oppure ricordare la notazione del Romanelli per cui «L'interesse alla legalità è il presupposto logico e necessario in cui in uno Stato di diritto si basa l'interesse dell'azione amministrativa»¹⁶. Riflessione, quest'ultima, che sembra a dire il vero direttamente ripresa da Corte Cost., 22 marzo 2000 n. 75, laddove, come sappiamo, nota che l'annullamento d'ufficio si configurerebbe «quale elemento fondante dell'azione amministrativa (in quanto corollario del principio di legalità), tra i cui fini deve intendersi compreso quello di evitare il consolidarsi di

¹⁴ Con. Stato, sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341.

¹⁵ E. GUICCIARDI, *L'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali*, in *Scritti di diritto pubblico in onore di Santi Romano*, II, Padova, Cedam, 1940, pp. 393-433; spec. 406

¹⁶ V. M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 231

situazioni costituite *contra legem*». Nonché - ed appare dato potenzialmente assai interessante in vista di futuri sviluppi - similmente espressa dal Parlamento Europeo, nella sua proposta di Regolamento sul procedimento amministrativo del 2016: «Il principio di legalità, in quanto corollario dello Stato di diritto, impone all'amministrazione dell'Unione l'obbligo di rettificare o revocare gli atti amministrativi illegittimi. »¹⁷.

Venendo adesso agli orientamenti giurisprudenziali, il Consiglio di Stato non pare soffermarsi sul fatto che l'annullamento d'ufficio, secondo un peraltro consolidato insegnamento giurisprudenziale, è visto come pressoché sempre doveroso a fronte di atti produttivi di un illegittimo (e continuo) esborso di denaro da parte della P.A. Le sentenze citabili (che in genere motivano sulla base della ambigua nozione di interesse pubblico *in re ipsa*, che in realtà significa rinuncia al relativo accertamento in concreto, perlomeno sotto il profilo degli obblighi motivazionali e di contraddittorio procedimentale) sono numerosissime. Ma, si noti, vertono in gran parte proprio in tema di rapporti tra fase pubblicistica e privatistica di costituzione, illegittima, di un rapporto contrattuale (in genere rapporti di lavoro¹⁸, ma anche contratti di altro genere, anche ove aggiudicati in sede di evidenza pubblica¹⁹).

¹⁷ Risoluzione 2016/2610(RSP) del 9 giugno 2016, *Un regolamento per un'amministrazione dell'Unione europea aperta, efficace e indipendente*, considerando 37. L'art. 23, par. 1, della proposta di Regolamento prevede difatti che «L'autorità competente rettifica o revoca, di sua iniziativa o su richiesta della parte interessata, un atto amministrativo illegittimo che rechi pregiudizio ad una parte. La rettifica o la revoca ha effetto retroattivo», mentre l'art. 24, par. 1, similmente, stabilisce che «L'autorità competente rettifica o revoca, di sua iniziativa o su richiesta di un'altra parte, l'atto amministrativo illegittimo vantaggioso per una parte.». La presa in considerazione dell'eventuale affidamento del private appare quindi profilo subordinato rispetto a quello della tendenziale doverosità della revoca per illegittimità.

Sul tema, C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, pp. 1531 ss.

¹⁸ Da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2016, n. 1962: «L'annullamento d'ufficio degli atti da cui discendono continuativi e non dovuti esborse di denaro pubblico, quali quelli di illegittima costituzione di rapporti di lavoro alle dipendenze di Pubbliche amministrazioni, è doveroso, dovendo ritenersi l'interesse pubblico al ritiro *in re ipsa*; inoltre, dovendo nei detti casi considerarsi l'interesse pubblico al ritiro degli atti illegittimi, *in re ipsa*, non occorre la motivazione in ordine alla sua sussistenza né la valutazione della posizione dei destinatari, i quali non possono vantare affidamenti tutelabili al mantenimento dell'atto di primo grado, nemmeno in considerazione del lungo termine trascorso».

¹⁹ Da ultimo, TAR Abruzzo, sez. I, 19 marzo 2015, n. 206, che nota che: «L'esborso di denaro pubblico, tuttavia, non era determinato soltanto dalla violazione del diritto comunitario, ma anche dalla conservazione di un rapporto concessorio che avrebbe comportato continui ed indebiti pagamenti, a carico delle finanze pubbliche, in favore della concessionaria.» e Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5415, ove, in relazione all'annullamento dell'affidamento di un servizio strumentale per carenza dei presupposti tecnici in capo all'ATI affidataria, si osserva che: «In proposito l'appellante Provincia rileva che la rimozione in via di autotutela di atti illegittimi che hanno comportato indebito e continuativo esborso di denaro pubblico non richiede

Ma anche sul piano legislativo, pur una volta abrogato l'art. 1, co. 136, della l. n. 311 del 2004 (norma peraltro dimostratasi sostanzialmente irrilevante rispetto ai preesistenti orientamenti giurisprudenziali), va considerato l'art. 52, co. 6, cod. giust. cont. (d.lgs. 174 del 2016): «Resta fermo l'obbligo per la pubblica amministrazione denunciante di porre in essere tutte le iniziative necessarie a evitare l'aggravamento del danno, intervenendo ove possibile in via di autotutela o comunque adottando gli atti amministrativi necessari a evitare la continuazione dell'illecito e a determinarne la cessazione»; sicché, laddove almeno si ragioni (come di regola fa la Corte dei conti) in termini di danno *in re ipsa* a fronte di spese illegittime, persiste un fondamento legislativo per questa (comunque giurisprudenzialmente stabile) figura di autoannullamento doveroso.

Del resto, intuitivo appare sul punto il rilievo dell'art. 97, co. L. Cost., che nell'imporre il superprincipio costituzionale di economicità («Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.»), suggerisce di perseguire questo primario ed inderogabile obiettivo dei pubblici poteri anche in via di autotutela, ove dall'eliminazione dell'atto illegittimo consegua un risparmio.

Viene però in questione anche un secondo titolo di annullamento d'ufficio da sempre ritenuto doveroso: quello a seguito di atto di controllo con esito negativo (epperò non direttamente eliminatorio²⁰), come nel caso del già ricordato controllo della Corte dei conti. Come noto, d'altra parte, si è sempre ritenuto doveroso l'annullamento in sede di controllo, qualora, ricorda ad es. Codacci Pisanelli²¹, attribuito come «competenza normale e continua» ad una data Autorità amministrativa. In effetti, in queste vicende, l'annullamento è «assolutamente

un'espressa motivazione in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico specifico in merito al loro annullamento né la valutazione delle posizioni dei destinatari dell'indebita erogazione...». Ed ancora, in tema di bando per finanziamenti legati alla realizzazione di attività di *bousing* sociale, Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 2015, n. 5862: «l'annullamento in autotutela dell'illegittima ammissione al finanziamento - peraltro - ha natura sostanzialmente doverosa sotto il profilo delle responsabilità e della legittima gestione delle risorse pubbliche: non rileva nella specie, infatti, solo la validazione della spesa da parte dell'Amministrazione, ma anche la necessità stessa di ripristinare la legalità violata che ha originato una indebita (anche potenziale) erogazione di benefici economici comunque a danno delle finanze pubbliche».

²⁰ Cfr. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, vol. I, pp. 494 ss.

²¹ G. CODACCI PISANELLI, *op. cit.*, p. 154.

obbligatorio»²² e l'interesse pubblico all'annullamento è «oggetto di una valutazione legale tipica» (cioè è intrinseco nell'accertata illegittimità²³). Diversamente da quanto opinato dal Consiglio di Stato ed anche in dottrina²⁴, in tali vicende non vi è quindi bisogno (né a monte né a valle) di una valutazione in concreto di interesse pubblico, perché è il legislatore ad avere (tramite l'attribuzione della funzione di controllo di legittimità) pre-valutato come prevalente (su tutti gli altri) l'interesse alla legalità in un dato settore. Cosa, come noto, perfettamente in linea con il dato costituzionale e con il rilievo che in esso ha il valore della legalità amministrativa. Del resto, lo stesso Consiglio di Stato ha riconosciuto legittima ragione giustificatrice dell'annullamento d'ufficio di un'aggiudicazione la circostanza che la sua illegittimità fosse «accertata dalle pronunce del Consiglio di Stato n. 3344/2014 e 1798/2016, e dall'ANAC in sede ispettiva con la delibera n 909 del 31.08.2016.». Cioè ha riconosciuto all'atto di ispezione dell'ANAC (in sé non vincolante per la Stazione appaltante) la capacità di escludere la necessità di un autonomo accertamento della sussistenza dell'interesse all'annullamento.

Questa pronuncia del Consiglio di Stato (in cui, assieme all'ispezione ANAC, si citano anche sentenze del giudice amministrativo), consente di ricordare un'altra ipotesi qui rilevante di annullamento d'ufficio doveroso per effetto del potere esercitato da altra autorità: quello a seguito di accertamento giudiziale definitivo. L'art. 4, co. 2, l. ab. cont. amm.²⁵ rappresenta, anzi, probabilmente, la prima codificazione legislativa del potere di autotutela decisoria²⁶. E si tratta - come ricordato anche dalla Consulta²⁷ - di figura di annullamento doveroso, in

²² G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 359.

Riprende questa linea interpretativa, in relazione alle raccomandazioni vincolanti, anche N. POSTERARO, *op. cit.*, p. 12 secondo cui «l'annullamento è doveroso perché imposto da altra amministrazione, non perché in concreto sorgano delle circostanze atte a far venir meno, *in toto*, la discrezionalità della p.A.»

²³ G. CORAGGIO, (*voce*) *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1988, vol II, p. 6.

²⁴ N. POSTERARO, *op. cit.*, p. 12, secondo cui «il momento valutativo, qui, infatti, sebbene non più riservato alla stazione appaltante, che concretamente dovrà annullare, non va perduto, perché viene recuperato nel momento in cui si sposta in capo ad altra p.A. (l'ANAC): essa, infatti, prima di raccomandare (e quindi, indirettamente, di disporre) l'annullamento, deve previamente valutare, ai sensi dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies*, l'opportunità di (far) annullar».

²⁵ «L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso».

²⁶ Cfr. U. BALDI PAPINI, *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi invalidi*, Firenze, Cya, 1939, p. 50, che osserva come proprio dall'art. 4 l. ab. cont. amm. si ricavi *a contrario* la potestà di annullamento d'ufficio.

²⁷ Corte cost., 23 marzo 1992, n. 120, che, in relazione al potere di riesame dell'atto di accertamento tributario a seguito di giudicato penale, ha osservato che « il potere di verificare l'eventuale rilevanza fiscale del fatto penalmente accertato, ai fini dei conseguenti provvedimenti,

quanto la norma non solo è formulata come comando all'Autorità amministrativa, ma al mancato esercizio del potere è presto seguita, con la ricostituzione della giurisdizione amministrativa, altresì l'attribuzione al cittadino di un diritto di azione tramite il giudizio di ottemperanza²⁸. Ebbene, se l'ANAC (come l'AGO) ha solo potestà di accertamento, ma non di eliminazione, il problema del rapporto tra fase di accertamento e quella, successiva, di autotutela, pare porsi similmente.

Ed ancora, ad indirizzare verso una specifica doverosità dell'autotutela qui in questione vi è anche il profilo - quasi sempre presente ove si parli di evidenza pubblica - della violazione di discipline comunitarie.

Riprendendo qui quanto in altra sede notato²⁹, al di là delle confuse indicazioni elaborate in sede comunitaria, l'ordinamento nazionale ha, sul punto, compiuto proprie scelte di rango legislativo. Esse possono più o meno condividersi e spesso la giurisprudenza ha mostrato una certa diffidenza. Tuttavia, è un fatto che l'art. 43, co. 1, l. 24 dicembre 2012, n. 234, stabilisca che «Al fine di prevenire l'instaurazione delle procedure d'infrazione di cui agli articoli 258 e seguenti del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea o per porre termine alle stesse, le regioni, le province autonome, gli enti territoriali, gli altri enti pubblici e i soggetti equiparati adottano ogni misura necessaria a porre tempestivamente rimedio alle violazioni, loro imputabili, degli obblighi degli Stati nazionali derivanti dalla normativa dell'Unione europea. Essi sono in ogni caso tenuti a dare pronta esecuzione agli obblighi derivanti dalle sentenze rese dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'articolo 260, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea». Si noti che tale obbligo (stringente ed incondizionato, visto che si parla di «ogni misura necessaria») non si ha solo a fronte di sentenze che abbiano già accertato l'infrazione, ma mira anche a prevenire tale infrazione (tanto che è distinto da quello di ottemperare alla sentenza)³⁰. Ebbene, a fronte di una gara comunitariamente illegittima, prevenire una procedura di infrazione non può che significare, il più delle volte, proprio procedere in via di autotutela eliminativa.

Quasi superfluo del resto notare che, ove mai la proposta del Parlamento

va naturalmente inquadrata per il resto nel sistema normativo vigente, il quale contiene il principio generale, desumibile dall'art. 4 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato dei tribunali». Conf. Corte cost., 23 luglio 1997, n. 264.

²⁸ G. CODACCI PISANELLI, *op. cit.*, p. 157.

²⁹ F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 442 ss.

³⁰ T.A.R. Sardegna, sez. I, 13 gennaio 2012, n. 27, in relazione all'annullamento d'ufficio di una concessione di contributo a favore di un'opera in contrasto con la direttiva habitat.

Europeo di regolamento sul procedimento amministrativo venisse approvata e quindi l'annullamento d'ufficio acquisisse, in sede europea, la configurazione di atto tendenzialmente doveroso (nonché anche a istanza di parte), perché chiamato primariamente all'attuazione del principio di legalità (e quindi alla tutela degli interessi pubblici lesi dai vizi di legittimità), ciò che non potrebbe che coinvolgere anche l'Amministrazione nazionale, almeno nella sua veste di amministrazione europea indiretta.

Come coordinare, però, queste osservazioni con il modello generale di annullamento d'ufficio che emerge dalla legge sul procedimento?

Non è questa certo la sede per compiutamente trattarne. Occorrerebbe però anzitutto chiedersi se davvero in tale legge emerga un modello coerente di annullamento d'ufficio, in tesi sempre ampiamente discrezionale.

È facile viceversa notare come l'art. 21 *nonies* l. 241/1990 sia ormai norma confusa e aperta all'annullamento doveroso. Nel prevedere che «Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo», essa dimostra difatti il carattere di figura tutt'altro che eccezionale delle ipotesi di annullamento doveroso, e perciò, fonte di responsabilità a carico di chi non lo pone in essere. Viene così smentito che l'annullamento d'ufficio sia sempre facoltativo e altamente discrezionale, perlomeno se con ciò si intenda un potere (come talvolta dice la giurisprudenza) di c.d. merito. Merito e responsabilità sono infatti concetti antitetici. Una responsabilità civile, contabile o financo penale da omissione dell'annullamento d'ufficio è invece giuridicamente coerente con un'autotutela decisoria l'instaurazione del cui procedimento sia doverosa, e nel quale, se spazi di discrezionalità nel contenuto del provvedimento vi sono, il relativo potere di scelta sia almeno ben circoscritto nei suoi presupposti e parametri e non certo sostanzialmente arbitrario perché insindacabile.

6. Conclusioni e cenni alla nuova disciplina introdotta dal correttivo.

In conclusione, l'utilizzo del potere di autotutela ai sensi dell'originaria versione dell'art. 211 cit., era sicuramente innovativo perché - grazie al carattere doveroso dell'intervento dell'ANAC e del successivo annullamento post raccomandazione - capace di una funzione (anche) di giustizia, ossia di dare una efficace risposta (alternativa, almeno in prima battuta, alla giurisdizione) al cittadino leso nei suoi interessi legittimi in materia di gare pubbliche. Ma, se la cosa poteva apparire originale sul piano fattuale, giuridicamente non vi era nulla di così anomalo. Non sembrano condivisibili, pertanto, le preoccupazioni del Consiglio di

Stato di assicurare una migliore riconduzione «al paradigma generale dell'art. 21-nonies della l. 241 del 1990» dell'istituto, così da «preservarne, al di là delle criticità di fondo sopra evidenziate, la coerenza con l'ordinamento nel suo complesso».

Più che ostacoli giuridici, sembrano quindi essere qui esser emerse resistenze di fatto, direi sociologiche, all'affermazione delle ADR rispetto alla fase pubblicistica di aggiudicazione dei contratti pubblici. Ma visto che la legge delega (l. n. 11 del 2016) prevedeva, tra i criteri di delega, quello della «razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, [si noti] anche [e quindi non solo] in materia di esecuzione del contratto», tali resistenze non erano condivisibili, almeno sul piano giuridico.

Del resto, negare piena espressione ad una funzione di giustizia dell'Amministrazione da realizzarsi attraverso l'autotutela decisoria, significa dimenticare che, come ci spiega il Mayer, il passaggio dal *Polizeistaat* al *Rechtsstaat* è essenzialmente consistito, grazie all'elaborazione della figura del provvedimento amministrativo come atto autoritativo dichiarativo della volontà delle legge (e quindi ad essa subordinato), proprio nel «*donner à l'autorité administrative le rôle du juge et non pas celui de la partie*»³¹. Ed allora che non si sia accettata un'Amministrazione (l'ANAC) che, per legge, era chiamata ad affrontare e risolvere controversie imponendo l'attuazione delle sue scelte di giustizia attraverso un successivo annullamento che è esecuzione della volontà della legge come da ANAC determinata si direbbe strano; quasi in contrasto con quella grande idea di stato di diritto (invece che di privilegio particolare) cui l'esercizio della potestà amministrativa (anche d'autotutela decisoria) dovrebbe essere servente.

Un'ultima osservazione sulla nuova disciplina dettata dall'art. 211, co. 1-bis., 1-ter e 1-quater, in punto di legittimazione straordinaria al ricorso, se la Stazione appaltante non si conforma al parere di ANAC.

La scelta - in questi casi - se annullare d'ufficio per conformarsi o meno al parere si può ritenere discrezionale? Specie nel contesto, che si è cercato di ricostruire, di una tendenziale doverosità dell'autotutela in materia di gare, la risposta pare dover essere negativa. In effetti, che senso avrebbe introdurre questo particolare potere di controllo in capo a ANAC, se non per imporre la prevalenza assoluta, nelle vicende di specie, del rilievo del pieno rispetto degli interessi pubblici curati dal legislatore (ossia della legalità) rispetto ad altri eventuali interessi pubblici o privati confliggenti con il ripristino della legalità tramite autotutela? La Stazione appaltante potrà naturalmente dissentire in relazione al presupposto

³¹ O. MAYER, *op. cit.*, 81, nota 20.

dell'illegittimità (e su questa base rifiutare l'annullamento d'ufficio). Ma non potrà opporre altre e diverse ragioni avverso il ripristino della legalità

In caso di dissenso, poi, l'ultima parola sarà in capo al GA, che dovrà dire se l'illegittimità sussiste o meno. E, si noti, lo stesso fatto che questo potere di chiudere il contrasto tra ANAC e Stazione appaltante sia dato al GA è significativo: il giudice esercita un sindacato di legittimità (ossia sul presupposto primo dell'annullamento, la sussistenza di vizi di legittimità). Non entra (né potrebbe entrare) sulle valutazioni di merito. In altri termini, il meccanismo servirebbe a poco (o a nulla), se si potesse semplicemente inceppare, tramite il rifiuto della Stazione appaltante di annullare, per pretesa insussistenza di ragioni di interesse pubblico, diverse dal primario obiettivo legislativo della cura per la legalità nel settore degli appalti.