



ALLEGATO B Dgr n.

del

pag. 1/7



Avvocatura Distrettuale dello Stato

Risposta a nota del 01.10.2014  
Rif. Prot. n. 409404

Tel. 041/2401011  
Fax 041/5224105  
Avv. Stefano Maria Cerillo  
Proc. Giacomo Galli  
PEC [venezia@mailcert.avvocaturastato.it](mailto:venezia@mailcert.avvocaturastato.it)

PEC: [avvocatura@pec.regione.veneto.it](mailto:avvocatura@pec.regione.veneto.it)

**Alla Regione Veneto  
Avvocatura Regionale  
Fondamenta S. Lucia, Cannaregio 23  
30121 - Venezia**

e, p.c.

PEC: [ezio.zanon@pec.avvocati.venezia.it](mailto:ezio.zanon@pec.avvocati.venezia.it).

Oggetto: Cs 2144/2014/ CR - GLL - Approfondimenti in ordine allo scioglimento del contratto di progettazione del S.M.F.R.

In riferimento alla richiesta di parere in ordine al comportamento da tenersi da parte di codesta Amministrazione Regionale al fine di ottenere lo scioglimento del contratto di appalto di servizi tuttora in essere con Net Engineering S.p.a. ed avente ad oggetto varie attività, comprendenti la progettazione, la progettazione esecutiva, la

direzione dei lavori, nonché l'esecuzione di interventi infrastrutturali legati al programma del S.F.M.R., si rileva quanto segue.

Si osserva preliminarmente che ad avviso di questo Legale Ufficio l'originario affidamento delle attività di progettazione del S.F.M.R., nonché il successivo allargamento dell'affidamento ad attività di progettazione esecutiva e di direzione lavori, senza indizione di apposita procedura di gara, né selezione comparativa dei possibili assegnatari, si pone in evidente contrasto con i principi di concorrenza, trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento di cui agli artt. 49, 56 e 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (corrispondenti agli artt. 43, 49 e 81 del T.C.E., vigenti al momento della stipulazione della convenzione), nonché con la relativa normativa di attuazione, tanto di origine europea quanto di origine nazionale (avuto riguardo, in particolare, quanto all'affidamento di servizi, alla DIR. CE 1992/50, nonché, in sede nazionale, con riferimento all'attività di progettazione in generale, l'art. 7 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, e con riferimento alla progettazione di opere pubbliche l'art. 17 della legge 11 febbraio 1994, n. 109; disposizioni tutte già in vigore al momento della stipulazione della convenzione tra Regione Veneto e Net Engineering).

Ciò premesso, al fine di ottenere la liberazione di codesta Amministrazione regionale dal rapporto contrattuale, pare astrattamente prospettabile il rimedio consistente nell'adozione di un atto di ritiro dei provvedimenti di approvazione della convenzione originaria, nonché dei successivi atti di approvazione delle convenzioni modificative e transattive, con conseguente caducazione del rapporto negoziale - previa comunicazione di avvio del relativo procedimento.

Per quanto concerne l'esercizio da parte dell'Amministrazione dei propri poteri di autotutela, ad avviso della Scrivente, potrebbe ricorrersi tanto ad un provvedimento di revoca, fondantesi sulla sussistenza di sopravvenuti motivi di pubblico interesse, quanto all'annullamento d'ufficio, motivato sulla sussistenza di plurimi motivi di illegittimità della convenzione.

Non ignora la Scrivente che nel recente passato è stata posta in dubbio la possibilità per l'Amministrazione di porre nel nulla il rapporto negoziale attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela, ma è altresì vero che la più recente giurisprudenza amministrativa pare aver fugato tali dubbi nel senso di ritenere pienamente legittimo - perlomeno con riferimento agli appalti e concessioni diversi dagli appalti di lavori per i quali sussiste una specifica diversa disciplina - l'esercizio dei poteri di autotutela sugli atti amministrativi di approvazione della convenzione - con efficacia caducante del contratto - allorché tale

potere non si sostanzia nell'esercizio di una sorta di recesso di pentimento, ammesso - ai sensi dell'art. 21sexies l. n. 241/1990 - solo nei casi previsti dalla legge.

Rispetto alla persistente ammissibilità dell'esercizio dei poteri di autotutela anche a seguito dell'intervenuta stipulazione di contratti - come nel caso di specie, di appalto di servizi - ci si riferisce in particolare a quanto recentemente sostenuto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. Plen., 20.06.2014, n. 14), ad avviso della quale *“resta impregiudicata, nell'inerenza all'azione della pubblica amministrazione dei poteri di autotutela previsti dalla legge, la possibilità (...) b) dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto, ai sensi dell'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, nonché concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso (Cass. sezioni unite, 8 agosto 2012, n. 14260; Cons. Stato: sez. III, 23 maggio 2013, n. 2802; sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032; 4 gennaio 2011, n. 11, 9 aprile 2010, n. 1998)”, nonché la possibilità di “revoca di atti amministrativi incidenti sui rapporti negoziali originati dagli ulteriori e diversi contratti stipulati dall'amministrazione, di appalto di servizi e forniture, relativi alle concessioni contratto (sia per le convenzioni accessive alle concessioni amministrative che per le concessioni di servizi e di lavori pubblici), nonché in riferimento ai contratti attivi”.*

Premesso pertanto che codesta Amministrazione, secondo la più recente giurisprudenza amministrativa - peraltro nella sua composizione più autorevole - potrebbe legittimamente ritirare gli atti di approvazione dell'originaria convenzione, nonché dei successivi atti modificativi e transattivi, la motivazione dell'atto di autotutela, in ragione della sussistenza ragioni di pubblico interesse potrebbe fondarsi, da un lato, sull'esigenza di liberare la Regione da un contratto assai oneroso e che ha dato luogo a diversi contenziosi - anche con riferimento alla corretta esecuzione dell'attività di progettazione - dall'altro, fra i motivi di pubblico interesse, potrebbe indirettamente rientrare anche la necessità di tutelare la concorrenza, nell'ottica di consentire ad eventuali controinteressati la partecipazione ai procedimenti di evidenza pubblica relativi a futuri affidamenti.

Un ulteriore motivo che potrebbe essere addotto a sostegno dell'atto di ritiro degli atti di approvazione della convenzione potrebbe inoltre ragionevolmente fondarsi sull'intervenuto mutamento della situazione di fatto, che potrebbe giustificare una rideterminazione di codesta Amministrazione rispetto alle modalità di realizzazione del S.F.M.R. come originariamente ipotizzate.

Non parrebbe del resto nemmeno da escludersi la possibilità per l'Amministrazione regionale di adottare un provvedimento di annullamento d'ufficio - la cui ammissibilità non parrebbe in discussione, non potendosi ritenere che il contraente pubblico debba restare irrimediabilmente vincolato ad un contratto che si pone in contrasto con norme imperative di legge - motivata sulla sussistenza di plurimi motivi di illegittimità della convenzione.

L'originaria convenzione del 1998 si pone infatti in evidente contrasto con una serie di norme imperative, tanto di origine nazionale, quanto di origine comunitaria, in relazione all'intervenuto affidamento senza gara di attività di progettazione: in primo luogo, è ravvisabile un contrasto con le previsioni del T.F.U.E. - in particolare con gli artt. 45, 56 e 101 (corrispondenti agli artt. 43, 49 e 81 del T.C.E., vigenti al momento della stipulazione della convenzione) - che stabiliscono i principi di concorrenza, trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, i quali rispetto all'affidamento di servizi trovano attuazione, nella normativa europea di carattere secondario, nella DIR. CE 1992/50, già in vigore al momento della stipulazione della convenzione tra Regione Veneto e Net Engineering; del resto, era già in vigore nel 1998 anche la relativa normativa nazionale di attuazione, ponendo il principio della necessità dell'affidamento con gara e della eccezionalità dell'affidamento diretto, con riferimento all'attività di progettazione in generale, l'art. 7 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, e con riferimento alla progettazione di opere pubbliche l'art. 17 della legge 11 febbraio 1994, n. 109).

In secondo luogo, parrebbe configurare una violazione di legge anche il carattere indeterminato ed aperto dell'originaria convenzione, sotto il profilo dell'indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto contrattuale.

Un ulteriore profilo d'illegittimità potrebbe rinvenirsi nel presenza di affidamenti multipli di carattere generico, ciò che si pone in stridente contrasto con la giurisprudenza europea e nazionale in materia di evidenza pubblica (si pensi, a titolo di esempio, alla giurisprudenza europea in materia di necessaria specificità degli affidamenti nell'ambito della gara della scelta del socio privato nel c.d. partenariato pubblico privato).

Inoltre, quale ulteriore profilo di nullità parziale della relativa convenzione - e, correlativamente, del corrispondente atto di approvazione dello schema contrattuale - potrebbe invocarsi il mancato inserimento nella stessa di un termine di durata: nel sistema delineato dal codice civile del 1942, infatti, a tutela del c.d. ordine pubblico economico, è considerato principio di ordine generale quello in base al quale in tutti i rapporti di durata deve essere fissato un termine ovvero deve essere consentito alle parti di recedere con preavviso.

Anche sotto questo profilo, pertanto, la relativa convenzione sarebbe nulla nella misura in cui vincola *sine die* la Regione rispetto al conferimento di affidamenti futuri.

Né pare che il contraente privato possa eccepire l'illegittimità dell'atto di autotutela, invocando la tutela di un proprio legittimo affidamento.

Innanzitutto, potrebbe dubitarsi della legittimità di un tale affidamento, essendo la violazione della normativa europea e nazionale evidente, specie per un operatore professionale esperto del settore.

D'altra parte anche la sussistenza di un affidamento e/o di un consolidamento della situazione giuridica soggettiva vantata da Net rispetto ad un determinato assetto di interessi potrebbe al più rilevare rispetto alla considerazione della situazione pregressa, ma non potrebbe ragionevolmente operare rispetto ad un'aspettativa non tutelata all'ottenimento di ulteriori affidamenti *contra legem*.

Anche la sussistenza di un notevole lasso di tempo dall'adozione degli atti amministrativi da rimuovere, pur imponendo all'Amministrazione una valutazione ancor più rigorosa dell'indispensabilità del sacrificio dell'interesse del privato rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico, non può certo legittimare l'Amministrazione a perseverare nel tenere un comportamento illegittimo, tanto più che nel caso di specie l'esercizio dell'autotutela è reso necessario dalla sussistenza di una patente violazione della normativa comunitaria (sul punto si veda in particolare la giurisprudenza della CGUE - ex multis CGUE, 13.01.2004, C-453/00 - sulla doverosità dell'esercizio dell'autotutela nel caso di ravvisato contrasto di un atto amministrativo nazionale con il diritto comunitario).

Ad ogni buon conto, a seguito delle più recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali, non pare esservi alternativa alla devoluzione della cognizione delle controversie scaturenti dallo scioglimento del rapporto contrattuale - anche in relazione alle eventuali domande restitutorie, conseguenti alla dichiarazione di invalidità del contratto - alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ad avviso della più recente giurisprudenza ordinaria e amministrativa (sul punto si vedano, rispettivamente, Cass., S.U., 08.08.2012, n. 14260 e Cons. Stato, Sez. V, n. 3077/2014), infatti, anche l'eventuale azione di nullità della convenzione sarebbe devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

A tale proposito si fa riferimento in particolare a quanto statuito dalla Suprema Corte nella ordinanza Cassazione civile, S.U., 08.08.2012, n. 14260, ad avviso della quale sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alla domanda di un'Amministrazione volta ad ottenere la declaratoria dell'inefficacia o della nullità del contratto: la Suprema Corte, infatti, dando rilievo alle modifiche al sistema derivate dalla

direttiva 11 dicembre 2007, n. 2007/66/CE - ha infatti superato il principio che negava la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di invalidità o inefficacia del contratto stipulato all'esito di gara annullata perchè illegittima (in tal senso si veda anche Cass. civ., S.U. 10.2.2010, n. 2906; S.U. ord. 5.3.2010, n. 5291; nonché, S.U. 24.6.2011, n. 13910).

Orbene, nella sentenza a Sezioni Unite, del 08.08.2012, n. 14260, la Corte di Cassazione si è espressamente pronunciata sulla questione concernente l'applicazione dei principi predetti anche nell'ipotesi in cui fosse stata chiesta la declaratoria di inefficacia o di nullità di un contratto, quale effetto dell'annullamento in autotutela delle precedenti deliberazioni con le quali un'Amministrazione aveva affidato, senza gara, la posizione di contraente privato: rispetto a tale questione, la Suprema Corte, ha ritenuto che *“se è previsto che la giurisdizione del giudice amministrativo ricorra quando si tratti di dichiarare l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento della aggiudicazione (art. 133, comma 1, lett. e), ad eguale conclusione deve giungersi anche nella situazione - di gran lunga più grave - in cui la inefficacia del contratto consegua all'annullamento di un affidamento diretto, senza alcuna previsione di gara, in violazione delle norme comunitarie e nazionali in materia di contratti pubblici”*.

Si segnala, inoltre, che nella pronuncia in esame, la S.C. ha riconosciuto sussistere la giurisdizione esclusiva del g.a. anche in relazione alle domande di ripetizione di indebito o di arricchimento senza causa, sul presupposto secondo cui *“l'affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla domanda di dichiarazione di inefficacia o nullità del contratto - per le ragioni già evidenziate - postula, inevitabilmente, che le domande conseguenti ad una tale declaratoria debbano essere conosciute dallo stesso giudice al quale è riconosciuta la giurisdizione sul contratto”*.

Anche l'esperimento di un'eventuale azione di nullità in via principale, unitamente alle conseguenti domande restitutorie - eventualmente all'esito del giudizio instaurato dalla controparte privata in ordine al provvedimento di ritiro degli atti di approvazione delle convenzioni - dovrebbe pertanto essere portata avanti alla giurisdizione amministrativa.

Attesa l'indubbia rilevanza e complessità del contenzioso in essere con Net, nonché in vista dell'eventuali controversie che potrebbero sorgere in ordine a questioni attinenti allo scioglimento del rapporto contrattuale ed alle eventuali domande restitutorie, parrebbe opportuna da parte di codesta Amministrazione regionale la costituzione di apposita commissione tecnica, incaricata di valutare approfonditamente le iniziative da intraprendersi nell'ambito della gestione del contenzioso con la controparte privata.

Si resta a disposizione per ogni eventuale ulteriore chiarimento.

Il Procuratore dello Stato  
Giacomo Galli  


L'Avvocato dello Stato  
Stefano Maria Cerillo  


L'Avvocato Distrettuale  
Maria Rosaria Cozzuto Quadri  
