



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 7-8/2017

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, AndryMatilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

L'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990: il preavviso di rigetto quale strumento di collaborazione tra la pubblica amministrazione e il privato

di Adriano Tortora

Sommario

1. La ratio del nuovo art. 10 bis della legge n. 241 del 1990.–2. L'applicabilità al procedimento autorizzatorio del subappalto. – 3. Una garanzia partecipativa?–4. Forma e modalità della comunicazione di cui all'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990.–5. I possibili contenuti del preavviso di rigetto.–6. Competenza ad effettuare la comunicazione.–7. Mancato preavviso: illegittimità del provvedimento finale?–8. Il termine intercorrente tra comunicazione e provvedimento finale.–9. La motivazione del provvedimento finale.

1. La ratio del nuovo art. 10 bis della legge n. 241 del 1990.

L'art. 10 *bis* della nuova legge n. 241 del 1990, rubricato "Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza", è stato introdotto dall'art. 6 della L. n. 15 dell'11 febbraio 2005 e così recita: "Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle

osservazioni o, in mancanza, dalla data del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziale".

In altre parole, il preavviso di rigetto, introdotto con la legge n. 15 del 2005, costituisce l'atto col quale, nell'ambito dei procedimenti ad istanza di parte, il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima di adottare il provvedimento negativo, rende edotto l'interessato dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, concedendo allo stesso un termine per produrre osservazioni scritte o elementi documentali a propria difesa.

Come si evince dal tenore letterale dell'art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990, si tratta di un atto avente natura endoprocedimentale, il quale deve essere adottato in fase predecisoria, previo espletamento dell'istruttoria "sì da rendere possibile l'instaurazione di un vero e proprio contraddittorio endoprocedimentale, a carattere necessario, ed aumentare così le chances del cittadino di ottenere dalla stessa P.A. ciò che gli interessa (...)"¹. La *ratio* del preavviso di rigetto è collegata alla garanzia del contraddittorio, in attuazione del principio del giusto procedimento; all'osservanza dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa e alla deflazione del contenzioso.

Il difetto della comunicazione di cui al suddetto art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990, rende illegittimo il provvedimento finale². Ad un primo approccio non sembra potersi negare come la disposizione di cui all'art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990 costituisca una delle innumerevoli espressioni di quel principio di trasparenza che già ispirava la stesura originario della legge n. 241 del 1990 e che viene ribadito esplicitamente nel comma 1 dell'articolo, come emendato dall'art. 1 della novella. In secondo luogo la suddetta norma sembra avere una finalità deflattiva del contenzioso: il nuovo istituto infatti, nell'incentivare possibili meccanismi di autocorrezione, previene la moltiplicazione dei procedimenti.

Di questo avviso una sentenza del TAR Lombardia³, ove si legge quanto segue: "L'art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990, nel disciplinare l'istituto del c.d. preavviso di rigetto, ha lo scopo di far conoscere alle

Amministrazioni in contraddittorio rispetto alle motivazioni da esse assunte in base agli esiti dell'istruttoria espletata, quelle ragioni, fattuali e giuridiche, dell'interessato che potrebbero contribuire a far assumere agli organi competenti una diversa determinazione finale, derivante, appunto dalla ponderazione di tutti gli interessi in campo e determinando una possibile riduzione del contenzioso fra le parti". La *ratio* dell'istituto conferma per tanto l'impressione che "l'iter procedimentale sia destinato ad assumere in modo sempre più marcato le vesti di strumento istituzionalizzato di comunicazione tra il detentore della funzione e (quantomeno) il destinatario di essa"⁴.

2. L'applicabilità al procedimento autorizzatorio del subappalto.

Nobile negli intenti ma limitato nell'applicazione: queste sono le parole utilizzate da taluna dottrina per tessere le lodi dell'art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990 ma per sottolinearne al contempo un forte limite quanto ad applicabilità⁵. Ci si chiede come sia possibile che l'istituto di cui alla suddetta norma si applichi al procedimento autorizzatorio del subappalto, che inizia su impulso di parte, ma non trovi applicazione nelle procedure concorsuali.

Eppure altra dottrina⁶ ovvia a tale lacuna proponendo un'interpretazione in chiave restrittiva della norma, laddove statuisce che "Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali", fino al punto di sostenere che siffatta limitazione si riferirebbe esclusivamente ai concorsi per

¹ Cons. Stato, Sez. IV, 12 settembre 2007 n. 4828. 56.

² Cons. Stato, Sez. VI, 28 settembre 2005 n. 5196 (ord.za); Cons. Stato, Sez. II, 7 ottobre 2005 n. 5203 (parere).

³ Tar Lombardia, Sez. IV, 12 dicembre 2013 n.2826.

⁴ S. TARULLO, *L'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, 2005, 2, in www.giustamm.it

⁵ Cfr. R. DE NICTOLIS, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, III, Milano, 2007, 217.

⁶ S. TARULLO, *op. cit.*, 3.

l'assunzione nel pubblico impiego, alle procedure selettive per il conseguimento dell'idoneità per l'iscrizione negli albi e collegi professionali o comunque alle procedure di ammissione alla stipula di contratti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Tuttavia sembra non potersi neanche escludere a priori un'interpretazione più ampia che non possa ricomprendere anche le procedure concorsuali *tout court* e non da ultimo il procedimento autorizzatorio del subappalto.

L'applicabilità dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 nell'ambito del procedimento autorizzatorio del subappalto risponderebbe ad una logica parzialmente diversa a quella sottesa alla sua non applicabilità alle procedure concorsuali *strictusensu*. Se è vero che nell'ambito delle procedure concorsuali la celerità è il vero motivo conduttore, nell'ambito del subappalto dovrebbe esserlo la cautela, che ben potrebbe assumere la veste di contraddittorio rinforzato esplicitato dall'art. 10 bis⁷.

In conclusione, sembrerebbe irragionevole non ritenere applicabile il suddetto articolo al procedimento autorizzatorio del subappalto, e ciò al solo fine di evitare la proposizione di nuove istanze di affidamento in subappalto e potenziali contenziosi, a fronte del diniego manifestato dalla stazione appaltante nei riguardi della prima istanza; sembrerebbe per tanto maggiormente costruttivo ammettere il sub committente a un contraddittorio con la stazione appaltante stessa.

3. Una nuova garanzia partecipativa?

L'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990, di fatto richiama le indicazioni già contenute nel testo della Commissione Nigro, introducendo un meccanismo rafforzato di contraddittorio nei

procedimenti avviati su istanza di parte, che si pone in linea col principio del giusto procedimento, in virtù del quale l'Amministrazione è tenuta ad ascoltare i soggetti interessati nell'ipotesi di adozione di provvedimenti di rigetto dell'istanza⁸. La specificità di questo nuovo modello partecipativo introdotto nel 2005 si fonda sul rapporto dialettico tra Amministrazione e cittadino e sul diverso momento procedimentale in cui è concesso all'istante di intervenire e partecipare: rapporto non più connotato da uno squilibrio e ispirato alla separazione tra Amministrazione e amministrati, bensì ancora più tendente a favorire una dimensione collaborativa e relazionale, nella quale il cittadino può confrontarsi direttamente con la discrezionalità della scelta finale. L'intervento, infatti, non si prevede nella fase istruttoria – fase nella quale le alternative di composizione degli interessi emergenti nel provvedimento sono ancora in divenire – bensì in un momento c.d. predecisionale, in quanto l'Amministrazione ha il dovere di esprimere ed esternare i motivi che ostano all'accoglimento del provvedimento, il quale in tale fase risulta ormai essere pressoché compiuto nel proprio contenuto dispositivo⁹. La garanzia partecipativa di cui all'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 si sostanzia essenzialmente in due differenti opportunità difensive: infatti, consente ai soggetti che hanno proposto i-

⁸ Il testo della Commissione Nigro statuiva che “in tutti i casi in cui il procedimento ha inizio su domanda di un soggetto diverso da colui al quale spetta la decisione finale, l'amministrazione è tenuta ad informare l'iniziatore della propria determinazione ad orientarsi negativamente in ordine alla richiesta da lui avanzata”.

⁹ D. VAIANO, Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo, in L. R. PERFETTI, Le riforme della L. 7 agosto 1990 n. 241, tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato, Padova, 2008, 37 ss.; L. FERRARA, I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?, in *Dir. amm.*, 2006, 599 ss.

⁷ R. DE NICTOLIS, op. cit., 218.

stanza all'Amministrazione per l'ottenimento di provvedimenti ampliativi, da un lato, di presentare ulteriori allegazioni documentalimancanti, dall'altro, di opporsi alla scelta negativa dell'amministrazione prospettando soluzioni alternative le quali devono comunque essere valutate dalla P.A., la quale sarà poi tenuta ad esternare le ragioni per cui non le ha eventualmente prese in considerazione nella decisione finale in senso favorevole all'istante.

4. Forma e modalità della comunicazione di cui all'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990.

L'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 non disciplina in alcun modo la forma del preavviso di rigetto. Il termine "ricevimento" in esso contenuto ("Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione ...") sembra evocare implicitamente la necessità di forma scritta. In una prospettiva di progresso, resta auspicabile l'utilizzo dei mezzi telematici, anche alla luce di quanto disposto dall'art. 3 della legge n. 15 dell'11 febbraio 2005 (introduttivo del nuovo art. 3 bis nel corpo normativo della legge n. 241 del 1990): "Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le Amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni tra le diverse Amministrazioni e tra queste e i privati". In linea con la ratio dell'istituto del preavviso di rigetto, si deve peraltro ritenere che la comunicazione possa essere indirizzata all'interessato in qualsiasi modo e contesto, e pertanto, oltre che attraverso l'invio di una comunicazione ad hoc, anche in qualsivoglia altra occasione relazionale tra il privato e l'Amministrazione. Non manca dottrina che ammette ad esempio che del preavviso di rigetto possa essere data comunicazione all'istante tanto in sede di accesso ai documenti amministrativi, quanto in sede di conferenza di servizi, sempre che si propenda per la partecipazione del privato alla stessa, facendo discen-

dere codesta partecipazione direttamente da quanto disposto dall'art. 12 della legge n. 15 dell'11 febbraio 2005 (introduttivo del nuovo art. 14 quinquies nel corpo normativo della legge n. 241 del 1990): "Nelle ipotesi di conferenza di servizi finalizzata all'approvazione del progetto definitivo in relazione alla quale trovino applicazione le procedure di cui agli articoli 37 bis e seguenti della legge 11 febbraio 1994 n. 109, sono convocati alla conferenza, senza diritto di voto, anche i soggetti aggiudicatari di concessione individuati all'esito della procedura di cui all'art. 37 quater della L. n. 109 del 1994, ovvero le società di progetto di cui all'articolo 37 quinquies della medesima legge".

5. I possibili contenuti del preavviso di rigetto.

L'art. 10 bis della L. n. 241 del 1990 si limita a disporre in via generale che la comunicazione ivi disciplinata deve contenere l'indicazione dei "motivi che ostano all'accoglimento della domanda", senza descrivere analiticamente i contenuti della suddetta comunicazione. In una prospettiva di economicità, non sembra doversi ritenere che tale comunicazione debba riproporre tutte le indicazioni di cui all'art. 8 della legge n. 241 del 1990 (integrato dall'art. 5 della legge n. 15 dell'11 febbraio 2005) con riferimento alla comunicazione di avvio del procedimento; con le uniche eccezioni dell'ipotesi di sostituzione, medio tempore, della persona del responsabile del procedimento, di sopravvenuta decretazione di una proroga del procedimento, nonché di trasferimento ad un altro Ufficio del fascicolo nel quale sono contenuti gli atti visio-nabili, ipotesi queste, 59 nelle quali la duplicazione informativa di cui sopra sembra essere suggerita dalle circostanze stesse¹⁰. Certamente il legislatore del 2005 con il termine "motivi",

¹⁰ S. TARULLO, op. cit., 4.

ha voluto implicitamente richiamare gli elementi motivazionale elencati dall'art. 3 comma 1, ultimo inciso, della legge n. 241 del 1990 il quale dispone che "La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione in relazione alle risultanze dell'istruttoria". Per il resto, l'eventuale estensione dei "motivi che ostano all'accoglimento della domanda" resta affidata al prudente apprezzamento della giurisprudenza, la quale ne valuterà l'opportunità caso per caso. Sembra tuttavia doversi escludere la diretta impugnabilità da parte dell'interessato della comunicazione incompleta; basti pensare all'orientamento consolidatosi in ordine alle lacune della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo ex art. 7 della L. n. 241 del 1990, orientamento questo, che sembrerebbe negare all'interessato l'accesso alla tutela giurisdizionale in via immediata, ma che lo differisce in un momento successivo all'adozione del provvedimento finale. In considerazione del suddetto orientamento non sembra doversi applicare al preavviso di rigetto (sebbene abbia natura di "atto notificato al destinatario") l'art. 3 comma 4 della legge n. 241 del 1990, laddove prevede che "n ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere". Nonostante quanto sopra osservato, non si esclude che l'interessato possa diffidare la P.A. a rinnovare la comunicazione ex art. 10 bis con contenuti più chiari attraverso esposti o reclami, oppure che possa promuovere ricorso al difensore civico, quale garante del buon andamento e della trasparenza dell'Amministrazione¹¹.

¹¹ Cfr. il nuovo art. 25, comma 4 della L. n. 241 del 1990, come sostituito dall'art. 17 della legge n. 15 dell'11 febbraio 2005.

6. Competenza ad effettuare la comunicazione.

Il regime di competenza prospettato dall'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 sembra potersi definire "aperto", in quanto tale disposizione fa un generico riferimento al "responsabile del procedimento o l'autorità competente": in altre parole, non viene contrapposta alla competenza del responsabile del procedimento la competenza di altro funzionario ben individuato, sebbene la locuzione "autorità" possa ragionevolmente essere riferita all'organo competente all'adozione del provvedimento finale. Siffatta scelta legislativa, sembra porsi in contraddizione con l'obiettivo principale che indusse la Commissione Nigro ad istituire la figura del responsabile del procedimento: quello di individuare in un'unica e ben identificata persona fisica, l'interlocutore unico, con il quale il privato interessato è chiamato a rapportarsi lungo l'intero arco procedimentale. Deve considerarsi che il responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 6 comma 1 lett. a) e lett. b), è colui che è tenuto a valutare, "ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione del provvedimento" nonché ad accertare "di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari"; ne consegue che sia proprio il responsabile del procedimento il soggetto più qualificato ad elaborare un qualsivoglia progetto di decisione finale, anche e soprattutto ai fini dell'individuazione dei motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza.

7. Mancato preavviso: illegittimità del provvedimento finale?

Uno degli interrogativi che nacque immediatamente dopo l'introduzione dell'innovativo istituto del preavviso di rigetto è se il mancato invio del preavviso comporti di per sé l'illegittimità del provvedimento finale. La risposta a un tale interrogativo la si trova nella

stessa legge: infatti l'art. 21 octies della L. n. 241 del 1990 (introdotto dall'art. 14 della legge n. 15 dell'11 febbraio 2005) statuisce che il provvedimento finale "non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

A tal proposito giova far riferimento a un'interessante pronuncia del TAR Puglia (Bari)¹² che si è pronunciato come segue: "Laddove la partecipazione al procedimento del soggetto interessato non sia in grado di portare ad una diversa conclusione dello stesso, la mancata comunicazione del preavviso di rigetto non comporta ex se l'illegittimità del provvedimento di diniego, dovendo congiuntamente applicarsi l'art. 10 bis e l'art. 21-octies comma 2 L. n. 241 del 1990".

Recentemente, nello stesso senso si è espresso il Tar Salerno nella sentenza n. 607/2017, ove è stabilito a chiare lettere che "nel procedimento amministrativo la mancata comunicazione del **preavviso di rigetto** non comporta ex se l'illegittimità del provvedimento finale, in quanto la norma sancita dall'art. 10-bis, l. 7 agosto 1990 n. 241 va interpretata alla luce del successivo art. 21-octies comma 2 il quale, nell'imporre al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento e di non annullare l'atto nel caso in cui le violazioni formali non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo, rende irrilevante la violazione delle disposizioni sul procedimento o sulla forma dell'atto allorché il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Il suesposto orientamento, ormai consolidato, ha il duplice pregio di prevenire annullamenti

non immediatamente satisfattivi per le ragioni del privato e di salvaguardare l'efficienza delle amministrazioni.

8. Il termine intercorrente tra comunicazione e provvedimento finale.

La disposizione di cui all'art. 10-bis si limita semplicemente a prevedere che il preavviso di rigetto debba essere inviato all'interessato prima della formale adozione del provvedimento sfavorevole e comunque "tempestivamente". Non viene tuttavia fissato alcun termine dilatorio che debba essere osservato tra la comunicazione e l'adozione del provvedimento finale. Una certezza è che il provvedimento finale non potrà essere adottato prima che siano spirati i dieci giorni dal ricevimento della comunicazione: l'interessato dispone di questo lasso di tempo al fine di presentare per iscritto le proprie osservazioni, corredandole, se del caso, di documenti, oppure di presentare esclusivamente elementi documentali ritenuti utili (questo è ciò che si ricava privilegiando un'interpretazione in linea con l'art. 10 comma 1 lett. b) della legge n. 241 del 1990, il quale dispone che "i soggetti di cui all'art. 7 e quelli intervenuti ai sensi dell'art. 9 hanno diritto di presentare memorie scritte e documenti, che l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare, ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento").

A questo punto sorge la questione sulla natura di tale termine, e a tale interrogativo sembra venire in risposta un'interessante sentenza del TAR Sardegna¹³ che si è espresso come segue: "l termine di dieci giorni, stabilito dall'art. 10 bis della L. n. 241 del 1990 per la presentazione di osservazioni e/o documenti in seguito alla ricezione della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza del privato, non ha natura perentoria, posto che 1) la disciplina non

¹² Tar Puglia, Sez. II, 1 marzo 2013 n. 307.

¹³ Tar Sardegna, Sez. II, 7 marzo 2012 n. 248.

lo qualifica espressamente come perentorio, 2) eccezione fatta per i ricorsi amministrativi e per le domande di partecipazione ai procedimenti di evidenza pubblica e ai concorsi per pubblico impiego, nell'ambito di procedimenti amministrativi non vi sono termini decadenziali, come nel diritto processuale, 3) la comunicazione inviata ai sensi di tale disciplina non sospende i termini di conclusione del procedimento, ma li interrompe (con conseguente, relativa decorrenza ex novo), risultando quindi illogico che, dalla comunicazione del preavviso di rigetto, istituita con lo scopo di favorire un esito del procedimento amministrativo positivo per l'istante, possa derivare contestualmente un termine decadenziale di dieci giorni per lo stesso istante e il raddoppio dei termini per la conclusione del procedimento per l'Amministrazione, 4) lo scopo del legislatore di deflazionare le controversie giurisdizionali verrebbe meno, in quanto l'istante, non potendo presentare osservazioni oltre il termine di dieci giorni, farebbe valere tali osservazioni dinanzi alla competente autorità giudiziaria; pertanto, l'amministrazione, fino all'emanazione del provvedimento conclusivo del procedimento, ha il dovere di prendere in considerazione le osservazioni e i documenti presentati dall'istante". Per tutto quanto detto finora, trattandosi di termine a valenza difensiva non si esclude che possa essere lo stesso istante a manifestare la volontà di rinunciare spontaneamente al suo integrale decorso al fine di ottenere un provvedimento più tempestivo. Potrebbe peraltro avvenire che il privato, una volta ricevuto il preavviso di rigetto, disperi di riuscire a persuadere l'amministrazione a determinarsi favorevolmente: in tal caso egli potrebbe decidere, una volta ottenuto il provvedimento in tempi ravvicinati, di impugnarlo immediatamente in sede giurisdizionale o amministrativa.

9. La motivazione del provvedimento finale.

L'art. 10 bis dispone che dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni del privato in risposta al preavviso di rigetto "è data ragione nella motivazione del provvedimento finale". Il legislatore ha con ciò voluto ribadire come il modus operandi della Pubblica autorità debba essere orientato all'"ascolto" del privato, il cui apporto partecipativo, deve comunque essere oggetto di un attento esame da parte della P.A. Gli interrogativi che possono sorgere ad una prima lettura di tale disposizione paiono agevolmente risolvibili in via interpretativa.

Ci si chiede innanzitutto entro quali limiti vada confinato l'obbligo di valutazione dell'Amministrazione. Interessante a tal proposito citare una sentenza del TAR Calabria¹⁴, la quale ha certamente il pregio di fare delle opportune precisazioni, osservando come sia vero che "Ai sensi dell'art.10 bis della legge n. 241 del 1990, le memorie e le osservazioni prodotte dal privato nel corso del procedimento devono essere effettivamente valutate dall'Amministrazione e di tale valutazione deve restare traccia nella motivazione del provvedimento finale"; ma come sia altrettanto vero che "non sussiste alcun obbligo di specifica disamina e confutazione, in capo all'Amministrazione procedente, delle singole osservazioni presentate dagli interessati nell'ambito della partecipazione procedimentale, bastando che sia dimostrata, tramite la stessa motivazione del provvedimento, l'intervenuta acquisizione, cognizione e valutazione di tali apporti partecipativi".

Dal tenore letterale della norma sembrerebbe che l'obbligo di valutazione investa esclusivamente le osservazioni e non anche gli elementi documentali presentati dal privato. Logicamente può rilevarsi come anche dalla semplice pro-

¹⁴ Tar Calabria, Sez. I, 24 gennaio 2013 n. 72.

duzione documentale sia possibile trarre una rappresentazione di interessi contrastante con il contenuto del preavviso di rigetto. Ne consegue che l'obbligo di valutazione di cui sopra, riguarda anche i documenti presentati dall'istante in replica alla comunicazione di cui all'art. 10 bis della L. n. 241 del 1990. Questa tesi sembra infatti essere confermata dalla giurisprudenza del TAR Lombardia¹⁵, la quale attentamente rileva che la regola secondo la quale il privato ha la facoltà di presentare osservazioni scritte e documenti, finalizzata a consentire la fattiva partecipazione dello stesso all'istruttoria procedimentale, "comporta che l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare sia le osservazioni scritte che i documenti eventualmente prodotti dall'interessato ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento, e di dare conto, nella motivazione del provvedimento finale, delle ragioni che l'hanno indotta a non accogliere quanto rappresentato dal privato". Sembra tuttavia doversi riconoscere al preavviso di rigetto la natura di "autovincolo"¹⁶ all'operato della P.A.: in altre parole, l'Autorità amministrativa non potrà esporre, nel provvedimento finale, valutazioni fondate su elementi informativi omessi nel preavviso, che non siano pertanto sviluppo delle osservazioni e dei documenti presentati dall'istante; la stessa P.A. non potrà tenere conto di tutte quelle ragioni di fatto e di diritto che, sebbene conosciute in un tempo antecedente al preavviso di rigetto, siano sfuggite al vaglio dell'istante. Tutti questi dati non potranno più essere "recuperati" in sede di adozione del provvedimento finale, a meno che al privato non sia inviata nuova comunicazione, ai sensi dell'art. 10-bis della L. n. 241 del 1990.

¹⁵ Tar Lombardia, Sez. III, 8 novembre 2010 n. 7200.

¹⁶ S. TARULLO, L'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria, 2005, 8, in www.giustamm.it