



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

ANNALI 2018

ANNO VI

DEL DIPARTIMENTO JONICO

ESTRATTO

PAOLA ROMITO

L'autotutela decisoria: qualche riflessione sui poteri
della stazione appaltante a seguito dell'aggiudicazione



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Bruno Notarnicola

DIRETTORE DEGLI ANNALI

Nicola Triggiani

COMITATO DIRETTIVO

Nicola Triggiani, Paolo Pardolesi, Giuseppe Tassielli,
Danila Certosino, Laura Costantino, Nicola Fortunato,
Patrizia Montefusco, Angelica Riccardi, Maurizio Sozio

COMITATO SCIENTIFICO

Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Domenico Garofalo,
Francesco Mastroberti, Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano,
Giuseppe Tassielli, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio,
Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Daniela Caterino,
Gabriele Dell'Atti, Michele Indelicato, Ivan Ingravallo,
Antonio Leandro, Giuseppe Losappio, Pamela Martino,
Francesco Moliterni, Concetta Maria Nanna, Fabrizio Panza,
Paolo Pardolesi, Giovanna Reali, Umberto Salinas,
Paolo Stefani, Laura Tafaro, Umberto Violante

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco

Contatti:

Prof. Nicola Triggiani

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici
del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture

Convento San Francesco

Via Duomo, 259 74123 Taranto, Italy

e-mail: annali.dipartimentojonico@uniba.it

telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099 7340595

<http://edizionidjsge.uniba.it/>

SAGGI

PAOLA ROMITO

L'AUTOTUTELA DECISORIA: QUALCHE RIFLESSIONE SUI POTERI DELLA STAZIONE APPALTANTE A SEGUITO DELL'AGGIUDICAZIONE*

ABSTRACT

Il lavoro si propone di indagare in merito all'autotutela decisoria, ricostruendone il fondamento giuridico e ripercorrendo l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che la relativa disciplina ha subito nel tempo, sino alle recenti modifiche legislative che hanno interessato gli istituti della revoca e dell'annullamento d'ufficio. Prendendo le mosse da tali riflessioni, si analizzerà l'operatività dell'autotutela negli appalti pubblici e ci si interrogherà sulla possibilità di riconoscere tale potere anche successivamente all'aggiudicazione.

The work aims to investigate the self-defense decision-making, reconstructing its legal basis and retracing the legal and jurisprudential evolution that this discipline has undergone over time, until the recent legislative changes that have affected the institutions of revocation and cancellation of office. Starting from these reflections, we will analyze the operation of self-defense in public tenders and we will ask ourselves about the possibility of recognizing this power even after the awarding.

PAROLE CHIAVE

Autotutela / appalti / aggiudicazione

Decision making / public procurement / contract

SOMMARIO: 1. Il potere di autotutela nell'ordinamento: cenni. – 2. L'autotutela decisoria e le sue origini. – 3. Autotutela e appalti pubblici. – 4. L'Adunanza Plenaria n. 14/2014. – 5. Annullamento d'ufficio e revoca: conseguenze. – 6. L'autotutela nel nuovo codice degli appalti.

1. Nell'ordinamento italiano il potere di autotutela assume una diversa fisionomia a seconda del contesto di riferimento.

Nella logica paritaria ed egualitaria che caratterizza il diritto dei privati¹ tale strumento mal si concilia con le esigenze di equità e di giustizia ad esso ontologica-

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

1. Carnelutti, 1951, 151.

mente riferibili. Sono, pertanto, isolate ed eccezionali le ipotesi in cui il legislatore ammette che, in tale contesto, possano trovare spazio forme di autotutela: si pensi alla possibilità di inserire nel contratto la previsione di una clausola penale *ex art.* 1382 cod.civ., di una caparra *ex artt.* 1385 a 1386 cod.civ. o di una cauzione. Diversamente, laddove il legislatore non lo preveda, non è possibile far ricorso a strumenti di autotutela, essendo rimessa esclusivamente all'autorità giurisdizionale la tutela delle posizioni soggettive *latu sensu* intese².

La valenza imperativa che connota in linea generale il divieto di autotutela privata trova, del resto, un espresso riferimento normativo negli artt. 392 e 393 cod. pen. volti a sanzionare penalmente l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

Diametralmente opposta è, invece, la genesi e la *ratio* del potere di autotutela previsto in capo ai soggetti pubblici, generalmente inteso come «potere di farsi giustizia da sé, risolvendo conflitti attuali o potenziali di interessi e a prescindere dal ricorso all'autorità giurisdizionale», secondo l'insegnamento del Benvenuti³.

Il riconoscimento di un potere di autotutela, prima solo implicito ed oggi espressamente sancito in via normativa – come si avrà modo di specificare nei prossimi paragrafi – muove da un triplice ordine di considerazioni. Si pongono in risalto, cioè, la rilevanza peculiare che assume l'interesse pubblico cui è proteso l'esercizio del potere della p.a.; l'imparzialità che caratterizza la stessa essenza del soggetto pubblico, posto in posizione di preminenza rispetto a quello privato, e l'esigenza di continuità e doverosità che permea l'intera attività pubblicistica.

Tra le varie manifestazioni che può assumere il potere di autotutela della p.a. si distingue l'autotutela esecutoria, consistente nell'esecuzione coattiva dei provvedimenti quando manchi la collaborazione del destinatario (la c.d. esecutorietà, che la legge può attribuire agli ordini, o provvedimenti ablatòri che dir si voglia)⁴, dall'autotutela decisoria, che si realizza mediante il riesame di un proprio provvedimento – o, secondo la nota distinzione gianniniana, la “revisione” dei suoi effetti – e la conseguente adozione di un nuovo provvedimento, all'esito di un procedi-

2. È questa, ad esempio, la *ratio* sottesa all'inammissibilità nel nostro ordinamento del patto commissorio finalizzato alla costituzione di alienazioni a scopo di garanzia, vietato ai sensi dell'art. 2744 cod.civ. In tali casi, infatti, solo la previsione di un patto marciano che preveda un'attenuazione del rigore di tale divieto, consente di far salve le pattuizioni insorte tra i paciscenti e di garantire una forma di autotutela del creditore, ipotesi precipuamente introdotta dal legislatore con riferimento a talune specifiche fattispecie e, da ultimo, alla nuova disciplina del pegno non possessorio *ex art.* 1 D.L. 59/2016.

3. Benvenuti, 1959, 537.

4. Secondo una prima ricostruzione teorica, l'autotutela veniva intesa solo come possibilità di dare diretta esecuzione alle pretese derivanti dal provvedimento della p.a., in virtù della presunzione di legittimità che si attribuiva all'agire pubblico: cfr. Giannini, 1993, 830.

mento di secondo grado⁵. Una parte della dottrina⁶ individua, altresì, un'ulteriore sottocategoria nell'autotutela giustiziale o contenziosa, consistente nel potere esercitato dalla p.a. sul ricorso sull'atto⁷.

L'ipotesi qui considerata di autotutela, di recente sottoposta a sensibili modifiche, è quella cd. decisoria.

A seconda della sussistenza o meno di una discrezionalità legata all'esercizio del potere di autotutela, una parte della dottrina distingue ulteriormente l'autotutela decisoria in spontanea o doverosa⁸. Si avrebbe, in sostanza, autotutela spontanea ogni qualvolta la pubblica amministrazione autonomamente o previa sollecitazione da parte degli interessati, sia titolare di un potere discrezionale in ordine alla rivalutazione di situazioni di fatto o di diritto poste alla base di un determinato provvedimento. Per converso, l'autotutela doverosa⁹ sarebbe quella compresa nell'esercizio vincolato di particolari funzioni, come ad esempio quella di controllo¹⁰.

2. Come anticipato, originariamente il potere di autotutela si scontrava con l'assenza di una base normativa che ne legittimasse espressamente l'esercizio.

Per giustificare il riconoscimento, dottrina e giurisprudenza facevano, quindi, ricorso alla teoria dei poteri impliciti¹¹ o al principio del cd. *contrarius actus*, espressione alternativa di ogni potere di amministrazione attiva.

5. Più precisamente, il potere di riesame può comportare un effetto demolitorio, attraverso la revoca e l'annullamento d'ufficio, ma anche conservativo ovvero confermativo mediante la convalida, la ratifica, la sanatoria in senso ampio, la rettifica, la conferma.

6. Cerulli Irelli, 2006, 488.

7. Per un'analisi della funzione giustiziale tra autotutela e autodichia si veda Caputi Jambrenghi, 2017, 340.

8. Sul tema Francario, 2015b, 4; Tuccillo, 2016, 4.

9. Ipotesi di autotutela doverosa erano quelle introdotte dall'art. 211 co. 2 del nuovo codice dei contratti pubblici (norma abrogata dal correttivo al codice ex D.Lgs. n. 56/2017), in tema di potere di raccomandazione vincolante dell'Anac, nonché dall'originaria previsione dell'art.176 (modificata dal correttivo) che prevedeva delle ipotesi in cui l'amministrazione doveva necessariamente annullare la concessione.

10. Cfr. Sandulli, 1989, 710; Villata, Ramajoli, 2017, 621, individuano delle ipotesi di annullamento doveroso in presenza di una sentenza passata in giudicato che dichiara l'invalidità di un provvedimento, o di annullamento giurisdizionale o amministrativo di atti presupposti, nonché nelle ipotesi di invalidità rilevata mediante un procedimento di controllo cd. successivo.

11. La locuzione si riferisce a poteri non espressamente previsti dalla legge, ma ricavabili implicitamente dall'attribuzione di altri poteri che senza di essi non potrebbero conseguire il loro fine. Sul tema Ubaldi, 2013, 4. La teoria, pur essendo in evidente frizione col principio di legalità, è diffusamente utilizzata con riguardo, ad esempio, ad alcune attività delle autorità amministrative indipendenti, peraltro temperate da un rafforzamento della legalità procedurale e da adeguate forme di pubblicità.

La Legge 11 febbraio 2005 n. 15¹² ha inteso colmare tale lacuna normativa con l'introduzione del capo IV *bis* della L. 7 agosto 1990, n. 241.

La suddetta previsione, sebbene abbia risolto il problema relativo all'assenza *tout court* di un fondamento legislativo del potere di riesame (o revisione), non ha tuttavia dissipato i contrasti in ordine alla natura giuridica di quest'ultimo¹³.

Secondo una tradizionale impostazione¹⁴, il potere di riesame–revisione e di eventuale conseguente ritiro o modifica del provvedimento consisterebbe in un nuovo esercizio dell'originario potere di amministrazione attiva esercitato all'atto dell'adozione del provvedimento di primo grado, potere che non esaurirebbe la propria forza con esso ma permarrebbe al fine di garantirne la rispondenza all'interesse pubblico¹⁵.

In base a una diversa e meno risalente impostazione, quello di autotutela sarebbe un potere autonomo¹⁶, distinto dal potere di provvedere, che consentirebbe alla pubblica amministrazione di risolvere da sé le controversie di cui è parte, senza ricorrere all'autorità giurisdizionale.

La codificazione da parte del legislatore del potere di annullamento d'ufficio al– l'art. 21 *nonies* della L. 241/90 e della revoca all'art. 21 *quinquies*, nella versione originaria, risultava compatibile con entrambe le accennate ricostruzioni. La L. 7 agosto 2015 n. 124, modificando sensibilmente l'impianto normativo originario, mediante la previsione di un esplicito limite temporale¹⁷ *ex art. 21 nonies*, sembrerebbe, invece, oggi meglio adattarsi alla ricostruzione del potere di riesame come autonoma potestà di autotutela¹⁸.

È opportuno precisare che il potere in questione non produce automaticamente il ritiro del provvedimento mediante l'annullamento d'ufficio o la revoca, ben

12. Recante modifiche e integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241/1990, concernenti norme generali sull'azione amministrativa.

13. Oltre alle impostazioni qui considerate, vi sono delle teorie minoritarie che riconducono il suddetto potere ad una funzione di controllo, ovvero a una sorta di auto–impugnazione.

14. Cfr. *ex multis* Alessi, 1960, 389; Ali, 1966, 152; Merusi, 2001, 142; Bellomo, 2013, 948.

15. Conti, 2016, 8, evidenzia come tale teoria si fondi sulla concezione di identità dei poteri esercitati dalla p.a. nell'adozione del provvedimento originario e in quello di autotutela, poiché gli interessi perseguiti dalla p.a. nei due procedimenti non sono confliggenti e sottendono un unico interesse originario, differenziandosi solo sotto un profilo temporale.

16. Cfr., tra tanti, Codacci–Pisanelli, 1939, 108; Cannada–Bartoli, 1958, 484; Cerulli Irelli, 2006, 488.

17. Manfredi, 2016, 5.

18. Come evidenzia Francario, 2015b, 5, l'introduzione di un termine certo e breve per l'esercizio del potere di autotutela decisoria mette fortemente in discussione la possibilità di poter continuare a considerare l'autotutela decisoria come un potere generale della pubblica amministrazione, non necessitante di una espressa attribuzione normativa e inesauribile, dovendo senz'altro ritenersi oggi come potere spendibile unicamente nei modi e nei termini in cui il legislatore lo consente.

potendo comportarne la mera sospensione dell'efficacia *ex art. 21 quater*, oltre che, ovviamente, condurre ad esiti confermativi o emendativi (v. *supra*, nota 5).

3. L'esercizio dei poteri di autotutela nei termini suddetti gioca un ruolo fondamentale nelle procedure ad evidenza pubblica, attraverso le quali le stazioni appaltanti scelgono le amministrazioni e gli enti aggiudicatari cui affidare i contratti di appalto e concessione aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere.

La procedimentalizzazione dell'evidenza pubblica, disciplinata a seguito del recepimento delle direttive eurounitarie e del codice dei contratti pubblici nel 2006, oggi sostituito col D.Lgs. n. 50/2016, costituisce il primo segmento di una struttura bifasica in cui ad una fase pubblicistica segue una privatistica.

Sulla base di questa premessa si procederà ad affrontare *funditus* il problema relativo alla possibilità di ravvisare un potere di autotutela delle stazioni appaltanti nell'ambito della procedura di gara e, più specificatamente, nel segmento procedimentale dell'aggiudicazione.

In proposito non può dubitarsi che fino a quando perduri la fase pubblicistica non vi siano ostacoli all'esercizio di un potere amministrativo qual è quello di autotutela.

Ciò del resto è confermato dallo stesso legislatore all'art. 32 co. 8 del codice dei contratti¹⁹, che espressamente autorizza l'esercizio dell'autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti. I dubbi investono, invece, l'eventuale permanenza del potere in parola durante la pendenza della fase privatistica che, secondo la tesi più accreditata dalla giurisprudenza, ha inizio con la stipulazione del contratto²⁰.

Ci si chiede, in sostanza, se a seguito della stipulazione si verifichi una consumazione del potere amministrativo con conseguente inammissibilità di qualsivoglia autotutela o se, per converso, tale potere permanga e consenta di rimuovere in autotutela il provvedimento di aggiudicazione anche dopo la stipulazione.

La questione, oggetto di un vivace dibattito giurisprudenziale culminato con la pronuncia 20 giugno 2014 n. 14 resa in Adunanza plenaria dal Consiglio di Stato e, oggi, parzialmente risolta dagli artt. 108 e 109 del nuovo codice, merita preliminarmente un approfondimento.

Per poter adeguatamente comprendere i termini del dibattito è, infatti, oppor-

19. E, nella precedente vigenza del D.Lgs. n. 163/2006, dall'art. 11.

20. Secondo la giurisprudenza prevalente (cfr. C.Cost., 18.02.2011, n. 53, Foro it., 2012, I, 2605) la fase conclusa con l'aggiudicazione ha carattere pubblicistico, in quanto retta da poteri amministrativi attribuiti alla stazione appaltante per la scelta del miglior contraente, secondo le attese della p.a. e nella tutela della concorrenza, mentre quella che ha inizio con la stipulazione del contratto e prosegue con l'attuazione del rapporto negoziale ha carattere privatistico ed è quindi retta dalle norme civilistiche.

tuno precisare che l'ambito di applicazione del potere cui si fa riferimento, è quello del- l'annullamento d'ufficio *ex art. 21 nonies* e, più marcatamente, della revoca *ex art. 21 quinquies* della L. n. 241/1990.

L'annullamento d'ufficio²¹ può essere disposto dalla p.a. qualora il provvedimento presenti vizi originari di legittimità di cui all'art. 21 *octies* co. 1, previa comparazione degli interessi coinvolti e sulla base di un interesse pubblico attuale e concreto, distinto dal mero ripristino della legalità. Il limite all'esercizio di tale potere è inscindibilmente connesso all'affidamento che il destinatario abbia riposto sulla validità del provvedimento: più tempo passa dall'adozione del provvedimento, più si consolida l'affidamento del soggetto cui è rivolto. Per tale motivo il legislatore aveva già confinato in generale l'annullabilità d'ufficio entro un "termine ragionevole"²², dettando una regola *ad hoc* per i provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati: in tali casi il termine non poteva superare i tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, come prevedeva l'art. 1 co. 136 della Legge Finanziaria 2005²³.

All'esito della riforma intervenuta con la L. 7 agosto 2015 n.124 l'art. 21 *nonies* prevede, invece oggi, anche nella disciplina generale un termine più ridotto, individuato in 18 mesi dal momento dell'adozione, per quanto concerne i provvedimenti attributivi di vantaggi economici e di autorizzazione. Tale modifica, accompagnata dal- l'abrogazione della norma prevista dalla Finanziaria 2005 in precedenza richiamata, risponde a un'idea di "civiltà giuridica", introducendo un certo bilanciamento rispetto agli stretti termini di decadenza cui sono sottoposti i privati per le impugnazioni²⁴.

Per tale ragione essa è stata generalmente ben accolta dalle varie interpretazio-

21. Per una considerazione più approfondita dell'istituto e della sua evoluzione si veda, tra i tanti, Manfredi, 2007, 1433; Gualdani, 2018, 9.

22. Per la cui analisi si rimanda a D'Ancona, 2008, 1521.

23. La norma così disponeva: «Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni all'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante».

24. Santise, 2017, 330, evidenzia come la nuova disciplina costituisca una perfetta espressione del nuovo contesto generale improntato ai principi di leale collaborazione e buona fede tra amministrazione e privati. Non può tuttavia sottacersi che ora, mentre il giudice amministrativo annulla il provvedimento illegittimo nell'esclusivo interesse del privato che lo abbia tempestivamente impugnato, senza incontrare alcun limite di tempo e senza poter considerare alcun contrapposto interesse pubblico, la p.a. vede fortemente restringersi il suo potere di rimuovere il proprio provvedimento illegittimo a tutela dell'interesse pubblico di cui è portatrice.

ni dottrinali, sebbene siano state sin dal principio messe in luce delle ambiguità e dei difetti di coordinamento con ulteriori fattispecie, per la cui risoluzione si dovrà attendere il responso della giurisprudenza. Ciò che preme segnalare è la permanenza di un doppio regime, del termine elastico e di quello rigido, per quanto concerne i provvedimenti favorevoli, residuando per gli altri l'applicazione del solo termine elastico. Un ulteriore profilo controverso è quello delle conseguenze derivanti dall'esercizio del potere di annullamento d'ufficio oltre il termine dei 18 mesi che, secondo una parte della dottrina produce una consumazione del potere, con conseguente difetto assoluto di attribuzione e giurisdizione ordinaria; secondo un'altra tesi, invece, si traduce in un'ipotesi di mera illegittimità, sindacabile dinanzi al giudice amministrativo.

Al provvedimento di annullamento d'ufficio si riconosce generalmente efficacia *ex tunc* salvo la possibilità, riconosciuta dalla giurisprudenza più recente, di graduarne gli effetti nel tempo²⁵.

La revoca²⁶ disciplinata dall'art. 21 *quinquies*²⁷ della L. 241/90 è, invece, disposta per vizi di merito – solo sopravvenuti, se trattasi di provvedimento autorizzatorio o attributivo di vantaggi economici – previa valutazione discrezionale e con efficacia *ex nunc*, quindi con salvezza dei rapporti esauriti. La norma prevede, poi, in relazione all'affidamento riposto dai soggetti direttamente interessati, un obbligo di indennizzo che, qualora incida su rapporti negoziali, è espressamente circoscritto al solo danno emergente e tiene conto della eventuale conoscenza o conoscibilità della contrarietà all'interesse pubblico dell'atto revocato o della erronea valutazione, in concorso con altri contraenti o soggetti, circa la compatibilità dell'atto in questione con l'interesse pubblico.

4. Sulla base di tali premesse è possibile indagare se, dopo la stipulazione del contratto d'appalto, sia possibile per la stazione appaltante rimuovere in autotutela l'aggiudicazione.

25. C. Stato, sez. VI, 10.05.2011, n. 2755, Urb. App., 2011, 927, con commento di Travi.

26. Per un'adeguata ricostruzione dell'istituto, Alessi, 1956, 11; Lupo, 2013, 11 ss.; La Rosa, 2013, 59 ss., ecc.

27. La L. 164/2014, di conversione del c.d. D.L. Sblocca-Italia n. 133/2014, ha modificato l'art. 21-*quinquies*, la cui attuale formulazione prevede che la revoca può essere disposta per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. Secondo La Rosa, 2015, 2, le modifiche legislative sono finalizzate alla riduzione della generale possibilità di ripensamento della pubblica amministrazione, introducendo i limiti della imprevedibilità del mutamento della situazione di fatto e della impossibilità di revocare per rivalutazione dell'interesse originario i provvedimenti di autorizzazione e di attribuzione di vantaggi economici.

È opportuno precisare che si suole distinguere nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica l'autotutela c.d. interna al contratto da quella "esterna". Con la prima locuzione ci si riferisce al potere della pubblica amministrazione di incidere unilateralmente, finanche con effetto risolutivo, sul rapporto contrattuale già perfezionato. Al contrario, l'autotutela esterna viene esercitata sul provvedimento amministrativo di aggiudicazione, presupposto del contratto²⁸.

In merito alla c.d. autotutela esterna, ci si chiede se una volta esaurita la fase pubblicistica la stazione appaltante possa annullare²⁹ l'aggiudicazione o altri atti della gara in caso di vizio di legittimità, ai sensi dell'art. 21 *nonies* della legge sul procedi-mento amministrativo, ovvero revocarli *ex art. 21 quinquies*, non per *ius poenitendi*, ma per sopravvenute ragioni di interesse pubblico.

Con riguardo al potere di annullamento d'ufficio, per vero, già la citata pronuncia dell'Adunanza plenaria³⁰ lo ha ritenuto, seppure indirettamente, configurabile, implicitamente condividendo l'impostazione della giurisprudenza prevalente per la quale, stante la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto, l'annullamento d'ufficio della prima produce la caducazione automatica degli effetti negoziali.

Con riferimento al potere di revoca³¹, invece, si erano venuti a creare maggiori contrasti. Si registravano infatti due differenti orientamenti: secondo la prima tesi³², l'intervenuta stipulazione comportava il passaggio alla fase *stricto sensu* privatistica da cui l'impossibilità di invocare l'autotutela e l'esclusiva operatività del rimedio privatistico individuato dal legislatore, ossia il recesso *ex art. 134 D.Lgs. n. 163/2006*. Per converso i sostenitori dell'opposta teoria³³ non ravvisavano ostacoli al potere di autotutela dopo la stipulazione, riconoscendo una sorta di equivalenza tra il rimedio pubblicistico e quello privatistico e rimettendone la scelta alla p.a. precedente.

A dirimere il contrasto è intervenuta la citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria³⁴ che ha accolto la prima impostazione con un apprezzabile supporto motivazionale.

28. Chieppa, Giovagnoli, 2017, 788.

29. Gallone, 2016, 117 ss.

30. Nella stessa prospettiva C. Stato, sez. V, 14.01.2011, n. 11, App. contr., 2011, 10.

31. Mangani, 2014, 19; Musolino, 2016, 517.

32. Cass. S.U., 17.12. 2008 n. 29425, Giur. it, 2008.

33. *Ex multis* C.Stato, sez.IV, 17.03.2010 n. 1554, Foro Amm - Cds, 2010, 863.

34. Ci si riferisce a C.Stato, a.p., 20.06.2014, n. 14, Foro Amm., II, 6, 1671, che dopo aver escluso l'ammissibilità della revoca, ha ribadito che resta, invece, impregiudicata «la possibilità dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto». Cfr. i commenti di Longo, Canzonieri, 2014, 1195; Piperata, 2015, 77.

La pronuncia ha riconosciuto l'esperibilità dell'autotutela anche a seguito della stipulazione purché non vi siano strumenti speciali previsti normativamente, come il recesso – *ex art. 134 del vecchio codice* – che impedisce l'esercizio del potere di revoca, poiché ne condivide finalità e presupposti.

Secondo la Plenaria, infatti:

Se nell'ambito della normativa che regola l'attività dell'amministrazione nella fase del rapporto negoziale di esecuzione del contratto di lavori pubblici, è stata in particolare prevista per gli appalti di lavori pubblici una norma che attribuisce il diritto di recesso, non si può ritenere che sul medesimo rapporto negoziale si possa incidere con la revoca, basata su presupposti comuni a quelli del recesso (la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico per sopravvenienze) e avente effetto analogo sul piano giuridico (la cessazione *ex nunc* del rapporto negoziale); richiamato anche che, quando il legislatore ha ritenuto di consentire la revoca "per motivi di pubblico interesse" a contratto stipulato, lo ha fatto espressamente, in riferimento, come visto, alla concessione in finanza di progetto per la realizzazione di lavori pubblici (o la gestione di servizi pubblici; art. 158 del codice). In caso contrario la norma sul recesso sarebbe sostanzialmente inutile, risultando nell'ordinamento, che per definizione reca un sistema di regole destinate a operare, una normativa priva di portata pratica, dal momento che l'amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno costosa revoca ovvero decidere di esercitare il diritto di recesso secondo il proprio esclusivo giudizio, conservando in tale modo nel rapporto una posizione comunque privilegiata [...].

Si pone in evidenza, quindi, come tanto la revoca quanto il recesso siano strumenti legati ad una diversa valutazione dell'interesse pubblico, dovuta a sopravvenienze, ed entrambi giungano a un risultato analogo, ovvero sia la cessazione del rapporto negoziale *ex nunc*, per cui la previsione di una norma speciale, quale quella disposta dall'art. 134, deporrebbe a favore della *voluntas legis* di consentire solo questo rimedio. Ciò sarebbe del resto supportato dall'evidenza logica per la quale rimettendo alla p.a. la facoltà di scelta del rimedio pubblicistico o privatistico da esperire, si finirebbe per privare l'art. 134 di qualsiasi utilità stante la maggiore onerosità del recesso rispetto alla revoca che, come evidenziato, prevede la corresponsione di un mero indennizzo parametrato al solo danno emergente.

5. L'annullamento e le revoca dell'aggiudicazione da parte della stazione appaltante producono differenze significative anche in punto di tutela risarcitoria. Come si è già visto, infatti, solo la revoca comporta l'obbligo per la p.a. di un indennizzo, sebbene nei limiti del danno emergente. Ciò non esclude, però, che qualora la revoca sia illegittima debba corrispondersi il risarcimento integrale, comprensivo del danno emergente e del lucro cessante, previa verifica della sussistenza di tutti

i requisiti di cui all'art. 2043 cod.civ.³⁵. Analogamente, sarà foriero di integrale risarcimento l'annullamento d'ufficio illegittimo.

Peraltro, in ogni caso, l'impresa aggiudicataria potrà invocare il risarcimento per responsabilità precontrattuale³⁶. Più precisamente è ravvisabile la cd. *culpa in contrahendo* "spuria", ex art. 2043 cod.civ., ogni qualvolta la stazione appaltante violi regole di legittimità, ledendo l'interesse legittimo pretensivo dell'impresa aggiudicatrice alla stipulazione del contratto. Sussiste, invece, la responsabilità precontrattuale "pura", ex artt. 1337 e 1338 cod.civ., qualora la stazione appaltante violi le regole comportamentali di buona fede in senso oggettivo³⁷. In quest'ultimo caso il risarcimento sarà parametrato al cd. interesse negativo, relativo alle spese sostenute e alle occasioni perse, intese quali *chances* di aggiudicazione.

La rimozione in autotutela dell'aggiudicazione comporta la caducazione del contratto. Sulla vicenda è oramai prevalente la tesi che riconosce la giurisdizione esclusiva, di cui all'art. 133 co. 1 lett. c) cod.proc.amm., in virtù dei principi di effettività e di concentrazione della tutela ex artt. 24 e III Cost.

Si afferma, infatti, che la giurisdizione è del giudice ordinario solo rispetto a vizi propri del contratto, mentre spetta al giudice amministrativo quando si tratti di effetti scaturenti dal provvedimento presupposto o dalla rimozione di esso.

A tal proposito si segnala, inoltre, come mentre nei casi di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione spetti al giudice stabilire quale conseguenza far derivare in ordine al contratto – mediante una specie di "giurisdizione di merito", cui consegue la dichiarazione di inefficacia o la previsione di altre sanzioni alternative, sulla base di una valutazione comparativa degli interessi – nella diversa ipotesi di annullamento d'ufficio la valutazione relativa alle sorti del contratto sia già implicita nella scelta di rimuovere l'aggiudicazione, per cui, ove si consentisse al giudice di decidere per la stabilità del contratto, si produrrebbe un'ingiustificata ingerenza del giudice su poteri discrezionali della p.a. e una disapplicazione di fatto del provvedimento di autotutela, divenuto inoppugnabile per decorso dei termini.

6. Sulla base dell'analisi svolta occorre ora comprendere in quali termini si collochi, rispetto ad essa, il mutato quadro normativo derivante dall'introduzione del nuovo codice dei contratti di cui al D.Lgs. n. 50/2016 che ha, come noto, abrogato

35. C. Stato, sez. V, 05.05.2016 n. 1797, in Italiappalti.it.

36. Sul punto si veda la recente pronuncia C. Stato, a. p., 04.05.2018 n. 5, in giustizia-amministrativa.it, che riconosce definitivamente la responsabilità precontrattuale della p.a. anche prima dell'aggiudicazione.

37. Cfr. sul punto Caputi Jambrenghi, 2007, 147; Caputi Jambrenghi, 2012, 159.

l'art. 134 del previgente D.Lgs. n. 163/2006 e introdotto due nuove norme in tema di risoluzione e recesso, agli articoli 108 e 109.

Il problema si pone perché, fatta salva l'espressa previsione del potere di autotutela prima della stipula (autotutela c.d. esterna al contratto), il legislatore non si esprime per la fase successiva ad essa, quando sono esercitabili i poteri privatistici di recesso e di risoluzione (c.d. autotutela interna).

Offrendo solo qualche spunto per più ampi e approfonditi dibattiti, necessari per una più esaustiva definizione del tema, preme segnalare come la nuova disciplina presenti effettivamente delle incertezze riguardo all'ipotesi di risoluzione prevista dal— l'art. 108³⁸. Ci si interroga se si tratti di uno strumento privatistico che precluda ogni spazio per l'autotutela pubblicistica, o se, invece, costituisca un potere apparentemente privatistico ma pubblicistico nella sostanza, con possibilità di agire in autotutela³⁹ quantomeno con riferimento ai vizi più gravi.

Sebbene dalla lettura della norma si potrebbero astrattamente considerare valide entrambe le impostazioni, sembra più persuasiva la qualificazione privatistica, per la quale a seguito della stipulazione del contratto si ripristina un principio di parità tra le parti e si conferisce al rapporto una qualificazione in termini di diritti soggettivi e di obblighi giuridici⁴⁰, poiché maggiormente in linea con il generale contesto di riforma.

La nuova disciplina conferma, poi, la sussistenza di un potere di recesso⁴¹ all'art. 109⁴², escludendo implicitamente l'esercizio dell'autotutela nella forma della revoca e avvalorando le motivazioni espresse dalla Plenaria del 2014.

Nessuna novità significativa si registra, invece, con riferimento alle ipotesi di concessione⁴³ per le quali il nuovo art. 176 espressamente prevede un potere di annullamento d'ufficio svincolato dal termine *ex art. 21 nonies*.

38. Si specifica che la norma in commento prevede due differenti ipotesi di risoluzione: una facoltativa, delineata dal co.1 che espressamente stabilisce che le stazioni appaltanti «possono risolvere un contratto pubblico» e una obbligatoria, prevedendo al 2 co. dei casi in cui le stazioni appaltanti «devono risolvere un contratto pubblico». In entrambi i casi il legislatore non utilizza una norma con carattere generale, ma delinea specifiche ipotesi in cui è esperibile il suddetto potere.

39. Secondo una parte della dottrina questo potere di risoluzione in realtà celerebbe, infatti, almeno nelle ipotesi più gravi, un potere di annullamento d'ufficio.

40. Caringella, 2016, 1720.

41. Da cui consegue che, in caso di sopravvenuti motivi di inopportunità alla realizzazione del programma negoziale, si dovrà ricorrere all'esercizio del potere contrattuale di recesso previsto dalla normativa sugli appalti pubblici e dagli art. 1373 e 1671 cod.civ. (in tal senso Cass. S.U. 17.12.2008 n. 29425, cit.).

42. Norma che, peraltro, estende la sua operatività anche agli appalti di servizi e forniture, in precedenza esclusi dal vecchio art. 134 che si riferiva esclusivamente agli appalti di lavori.

43. In ragione della diversa rilevanza economica delle concessioni e dei relativi interessi che necessitano di un potere di rivisitazione più prettamente pubblicistico.

Volendo azzardare una breve considerazione conclusiva in merito alla configurabilità dei poteri di autotutela della stazione appaltante e all'interpretazione delle nuove norme sui contratti pubblici, è possibile rilevare come, sebbene quei poteri rappresentino il tradizionale strumento pubblicistico alternativo al rimedio giurisdizionale per rimediare a eventuali errori commessi, l'impostazione del legislatore eurounitario è, per converso, orientata al «congelamento della procedura di gara, accelerando la decisione in ordine alla legittimità dell'aggiudicazione»⁴⁴. Da una lettura delle recenti riforme, del resto, emerge che anche il legislatore interno sembrerebbe muoversi nella stessa direzione, introducendo significativi limiti all'esercizio del potere di autotutela della pubblica amministrazione e privilegiando l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, specie ove legati a forti interessi economici⁴⁵.

Del resto, a ben vedere, in termini più generali tale impostazione non è altro che il riflesso del progressivo espandersi del riconoscimento in capo alla pubblica amministrazione della facoltà di avvalersi di strumenti privati ogniqualvolta essa cessi di agire come autorità e assuma le vesti di un semplice contraente.

44. Saitta, 2015, 2748.

45. Francario, 2015a, 1.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Alessi R. (1956). *La revoca degli atti amministrativi*. Milano: Giuffrè.
- Alessi R. (1960). *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè.
- Alì M. (1966). Annullamento d'ufficio, analogo procedimento e principi costituzionali. *Foro amm.*, p. 152 ss.
- Bellomo F. (2013). *Nuovo sistema del diritto Amministrativo*, II. Bari: Diritto e scienza srl.
- Benvenuti F. (1959). Autotutela (dir.amm.). *Enc. Dir.*, IV. Milano: Giuffrè, p. 537 ss.
- Cannada-Bartoli E. (1958). Annullabilità e annullamento (dir. amm.). *Enc. dir.* II. Milano: Giuffrè. p. 484 ss.
- Caputi Jambrenghi M.T.P. (2007). Assorbimento dell'indennizzo da revoca dell'aggiudicazione e responsabilità precontrattuale dell'amministrazione. *Foro amm.*, I, p.147 ss.
- Caputi Jambrenghi M.T.P. (2012). Il principio del legittimo affidamento. In Saitta F., Renna M., a cura di, *Studi sui principi del diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè. p. 159 ss.
- Caputi Jambrenghi M.T.P. (2017). *La funzione amministrativa neutrale*. Bari: Cacucci.
- Caringella F. (2016). *Manuale di Diritto Amministrativo*. Roma: Dike giuridica.
- Carnelutti F. (1951). Teoria generale del diritto. *Soc. Foro it.*, p.151 ss.
- Cerulli Irelli V. (2006). *Lineamenti di diritto amministrativo*. Torino: Giappichelli.
- Chiappa R., Giovagnoli R. (2017). *Manuale di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè.
- Codacci-Pisanelli G. (1939). *L'annullamento degli atti amministrativi*. Milano: Giuffrè.
- Conti L. (2016). L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21 nonies. *Giust. Amm.*, 5, p. 8 ss.
- D'Ancona S. (2008). Termine ragionevole nell'annullamento d'ufficio: riflessioni in tema di effettività della tutela. *Foro amm. - TAR.*, p. 1521 ss.
- Francario F. (2015a). Certezza del diritto ed operatori economici: note a margine di recenti riforme (Intervento al Convegno su: "Le fonti nel diritto amministrativo" - Padova, 9-10 ottobre 2015). *www.diritto-amministrativo.org.*, 1 ss.
- Francario F. (2015b). Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124). *Federalismi.it.*, 20, p.5 ss.
- Gallone G. (2016). *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*. Bari: Cacucci.
- Giannini M.S. (1993). *Diritto amministrativo*, II. Milano: Giuffrè.
- Gualdani A. (2018). La conferma della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio. *Federalismi.it.*, 2, p. 9 ss.
- La Rosa G. (2013). *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*. Milano: Giuffrè.
- La Rosa G. (2015). Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione? *Giust. amm.*, 5, p. 2 ss.
- Longo A., Canzonieri E. (2014). Dopo la stipula del contratto di appalto la p.a. può esercitare solo il recesso. *Urb. App.*, 11, p. 1195 ss.
- Lupo A. (2013). *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*. Milano: Giuffrè.
- Manfredi G. (2007). Annullamento d'ufficio, tutela dell'affidamento, indennità. *Urb. e app.*, p. 1433 ss.

- Manfredi G. (2016). Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia. *Urb. App.*, 1, p.5 ss.
- Mangani R. (2014). Il contratto di appalto tra potere di revoca e diritto di recesso. *Riv. trim. app.*, 1, p.19 ss.
- Merusi F. (2001). *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"Alternanza"*. Milano: Giuffrè.
- Musolino G. (2017). Il recesso nell'appalto. Dalla disciplina generale nel codice civile alla disciplina speciale del riformato codice degli appalti pubblici. *Riv. trim. app.*, 3, p. 517 ss.
- Piperata G. (2015). L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici. *Giorn. Amm.*, 1, p. 77 ss.
- Saitta F. (2015). L'autotutela dopo la riforma Madia – Contratti pubblici e potere di riesame della stazione appaltante. *Giur. It.*, 12, p. 2748 ss.
- Sandulli A.M. (1989). *Manuale di diritto amministrativo*. Napoli: Jovene.
- Santise M. (2017). *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*. Torino: Giappichelli.
- Tuccillo S. (2016). Autotutela: potere doveroso? *Federalismi.it.*, 16, p.4 ss.
- Ubaldi A. (2013). Poteri impliciti della p.a.: tra legalità e forma. *Lexitalia.it.*, 4.
- Villata R., Ramajoli M. (2017). *Il provvedimento amministrativo*. Torino: Giappichelli.