

CAPITOLO II

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: LA FINE DI UN PROBLEMA?

SOMMARIO: 1. L'annullamento d'ufficio al crocevia. – 2. Le direttive europee: il *rebus* dell'art. 73. – 3. Le scelte del legislatore italiano dalla legge delega al testo finale. – 4. La trama normativa. Il contratto tra sospensione, risoluzione e recesso. – 5. Le possibili letture: per chi suona la campana? la tesi più restrittiva. – 6. La nuova vita dell'annullamento d'ufficio. – 7. Il caso della revoca. – 8. Un futuro incerto.

1. L'annullamento d'ufficio al crocevia

Pochi istituti di diritto amministrativo hanno conosciuto, in epoca recente, una vita così travagliata come l'annullamento d'ufficio.

Si contano, infatti, nel corso dell'ultimo decennio almeno quattro diversi interventi diretti di riforma¹, cui si aggiungono numerose altre modifiche incidentali. Questi dati appaiono ancor più significativi se solo si pensa che fino al 2005² i poteri di autotutela risultavano sprovvisti di una disciplina

¹ Da ultimo la legge 11 novembre 2014 n. 164 di conversione del decreto legge 11 settembre 2014, n. 133, c.d. "*sblocca Italia*", pubblicata in G.U. n. 262 dell'11 novembre 2014 e alla l. del 7 agosto del 2015, n. 124 recante "*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*" pubblicata in G.U. n. 187 del 13 agosto 2015.

² Il riferimento è alla legge 11 febbraio 2005, n. 15 "*Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*", in G.U. n. 42 del 21 febbraio 2005 che ha introdotto nel testo della legge generale sul procedimento gli artt. 21 *quinquies* e *nonies*; per una analisi della novella si vedano V. ANTONELLI, "*Articolo 21 nonies. Annullamento d'ufficio*", in "*La pubblica amministrazione e la sua azione*" a cura di N. PAOLOANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, A. CONTIERI, "*Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della L. n. 15 del 2005. Prime riflessioni*", in "*La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*", a cura di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino, 2005, 215 e ss., S. TARULLO, "*Il riesercizio del potere amministrativo nella legge n. 15 del 2005: profili problematici*", *ivi*, 237 e ss.; D. U. GALETTA, "*I procedimenti di riesame*", in "*La disciplina generale dell'azione ammini-*

specifica di diritto positivo, vedendo il proprio regime integralmente affidato all'elaborazione pretoria e dottrina.

Si è, così, passati da uno statuto fatto di principi non scritti immanenti nell'ordinamento ad uno sempre più dettagliato e differenziato.

È mancato, peraltro, un disegno riformatore di fondo. Il legislatore, come accaduto in altri campi, non ha dato dimostrazione di coerenza, assumendo un atteggiamento ondivago.

Ad una prima fase di potenziamento è seguito un momento di naturale riflusso.

L'unica costante è stata rappresentata da un sempre più marcato scollamento dal modello tradizionale³.

Uno dopo l'altro sono stati messi in discussione gli attributi caratterizzanti, nell'insegnamento più risalente, il potere di annullamento d'ufficio: la morfologia discrezionale, il suo carattere generale, la capacità di incidere su posizioni di vantaggio, anche di diritto soggettivo perfetto, acquisite dagli amministrati.

Sul primo fronte si sono moltiplicate le fattispecie di annullamento doveroso⁴. E anche fuori da simili ipotesi eccezionali non sono mancate a

strativa", Napoli, 2006, 393 e ss.; R. GIOVAGNOLI, "L'autotutela decisoria della pubblica amministrazione", in "Atti amministrativi e autotutela", Torino 2005, V. DOMENICHELLI, "La nuova disciplina dei poteri di autotutela: profili di tutela giurisdizionale", in "Riforma della l. 241/1990 e processo amministrativo – Quaderni del Il Foro amministrativo – TAR" a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2006 e B. G. MATTARELLA, "Autotutela amministrativa e principio di legalità", in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 8, 2007, 1223 e ss..

³ Amplessima è la produzione letteraria in tema di annullamento d'ufficio: U. BALDI PAPINI, "L'annullamento di ufficio degli atti amministrativi invalidi", Firenze, 1939, G. CODACCI PISANELLI, "L'annullamento degli atti amministrativi", Milano, 1939, V. M. ROMANELLI, "L'annullamento degli atti amministrativi", Milano, 1939; per le voci enciclopediche cfr. E. CANNADA BARTOLI, "Annullabilità e annullamento (dir. amm.)", in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, S. ROMANO, "Annullamento degli atti amministrativi" (voce aggiornata da G. MIELE, in *Nov. Dig. It.*, I, Torino, 1957, 642 e ss., G. GHETTI, "Annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo", in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987, 267-273, F. MODUGNO, "Annullabilità e annullamento (diritto pubblico)", in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1989 e G. CORAGGIO, "Annullamento degli atti amministrativi", in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1989.

⁴ Diverse le fattispecie conosciute dal nostro ordinamento. Tra le ipotesi di annullamento "doveroso" figurava, fino alla recente abrogazione proprio per effetto della l. n. 124 del 7 agosto del 2015, n. 146, l'art 1 comma 136 della l. n. 311 del 2005. Ulteriore esempio è dato, poi, dall'art. 14 comma XX del d.l. n. 78/2010. La norma, che si riferisce specificatamente alla violazione del patto di stabilità, stabilisce che "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".

livello di disciplina generale altre novità indicative dell'esistenza di un obbligo in capo all'amministrazione di attivarsi in autotutela⁵. Il riferimento è, nello specifico, all'ultimo alinea del nuovo comma I dell'art. 21 *nonies* della l. n. 241 del 1990, ove sono fatte salve le responsabilità (non solo amministrative ma anche contabili e penali) “connesse [...] al mancato annullamento del provvedimento illegittimo”⁶. Ipotizzare una simile responsabilità implica, infatti, riconoscere l'esistenza di un obbligo giuridico di disporre l'annullamento. Solo a tale condizione ricorrerebbe, infatti, una omissione giuridicamente rilevante in grado di fondare un rimprovero a titolo quantomeno di colpa nei confronti dell'amministrazione⁷.

Sul secondo versante si è registrata una progressiva erosione del campo di operatività dell'annullamento d'ufficio.

Ciò è avvenuto non solo escludendo la possibilità di disporre l'annullamento in presenza di vizi di forma o del procedimento⁸ ma, soprattutto, introducendo limiti temporali stringenti e predeterminati alla sua adozione. Sacrificando le esigenze di flessibilità che avevano portato ad optare nella versione originale dell'art. 21 *nonies* per il concetto di “*termine ragionevole*”, si è stabilito che, per il caso di “*provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici*”, l'annullamento possa essere disposto entro un massimo di diciotto mesi⁹. Ciò ha portato a rompere l'unità di disciplina che caratterizzava l'autoannullamento disegnando, in analogia a quanto già accaduto con la revoca¹⁰, un regime speciale differenziato¹¹. In

⁵ Un commento delle novità in G. MANFREDI, “*Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*”, in *Urb. App.*, 1, 2016, 5 e ss..

⁶ Per una disamina della disposizione, introdotta dalla l. 7 agosto del 2015, n. 124 si rinvia a A. SANDULLI, “*Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*”, su www.federalismi.it, 17, 2015.

⁷ Così G. GALLONE, “*Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*”, *cit.*, 115 ss..

⁸ Come già rilevato *supra sub* § 4 del Capitolo I.

⁹ Le prime applicazioni avutesi nella giurisprudenza di merito (T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 17 marzo 2016 n. 351) hanno chiarito come il rispetto di detto termine costituisca condizione di legittimità per l'esercizio del potere di autoannullamento e che entro esso debba intervenire l'effettiva adozione del provvedimento di ritiro, non essendo per converso sufficiente la mera comunicazione di avvio del relativo procedimento.

¹⁰ La previsione è quella introdotta al comma I *bis* all'art. 21 *quinquies* della l. n. 241 del 1990 dall'art. 13 del d.l. 31 gennaio 2007 n. 7, convertito in l. 2 aprile 2007 n. 40. Esso prevede un regime ad hoc di liquidazione dell'indennizzo per il caso di revoca “*che incida sui rapporti negoziali*”. Le due formulazioni, pur avvicinandosi, non paiono perfettamente sovrapponibili atteso che, per l'ipotesi di revoca, è necessario che l'affidamento sia riversato nella stipulazione di un negozio giuridico.

¹¹ La giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341, su *Foro Amm.*,

entrambi i casi a venire in rilievo è un affidamento particolarmente qualificato¹² che importa la compressione della sfera di discrezionalità dell'amministrazione. Si può, infatti, affermare che decorso il termine stabilito dalla legge sorga una presunzione *iuris et de iure* di prevalenza dell'interesse del privato destinatario del provvedimento ampliativo alla sua conservazione¹³, così determinando, di riflesso, la cedevolezza dell'opposto e concorrente interesse pubblico alla rimozione¹⁴.

Vi è, quindi, da chiedersi se conservino ancora valore le coordinate solitamente impiegate nel dibattito sull'inquadramento dei poteri di autotutela. L'annullamento d'ufficio è stato, infatti, sempre collocato all'intersezione di piani differenti, a metà strada tra l'amministrazione attiva e la funzione giustiziale¹⁵.

I, 2017, 38 e ss.) ha avuto modo di osservare, con riguardo al testo novellato dell'art. 21 nonies, che *“la disposizione attributiva del potere di autotutela lo ha disciplinato in modo da stabilire, per la sua valida esplicazione, un presupposto rigido (l'illegittimità dell'atto da annullare) e altre condizioni flessibili e duttili riferite a concetti indeterminati e, come tali, affidati all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione”*. Aggiunge il Consiglio di Stato che queste ultime condizioni *“devono intendersi, in particolare, stabilite a garanzia delle esigenze di tutela dell'affidamento dei destinatari di atti ampliativi, in ordine alla stabilità dei titoli e alla certezza degli effetti giuridici da essi prodotti e, appunto per mezzo dell'affidamento, a garanzia della valutazione discrezionale dell'amministrazione nella ricerca del giusto equilibrio tra esigenze di ripristino della legalità (nel chè si risolve la rimozione di un atto illegittimo) e quelle di conservazione dell'assetto regolativo recato da l provvedimento viziato”*. Siffatte esigenze, si aggiunge, *“hanno, peraltro, ricevuto recentemente un ulteriore rafforzamento, per mezzo dell'introduzione, con la legge n. 124 del 2015, della fissazione del termine massimo di diciotto mesi (con una opportuna precisazione quantitativa della nozione elastica della formula lessicale “termine ragionevole”), per l'annullamento d'ufficio di atti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici e, quindi, mediante una riconfigurazione del potere di autotutela secondo canoni più stringenti e maggiormente garantisti per le posizioni private originate da atti ampliativi”*.

¹² Si è osservato che detto affidamento assume connotati squisitamente imprenditoriali, identificandosi con l'interesse ad una serena pianificazione degli investimenti (M. A. SANDULLI, *“Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela”*, su www.federalismi.it, 17, 2015). Un affidamento qualificato, particolarmente meritevole di tutela secondo l'ordinamento, perchè fattore di attrazione dei capitali e, quindi, condizione per la ripresa economica.

¹³ Nulla esclude, peraltro, come già accadeva in forza dell'originaria formulazione, che a fronte di un affidamento di particolare consistenza il *“termine ragionevole”* per l'annullamento possa ritenersi in concreto inferiore ai 18 mesi. Depone in questo senso il dato letterale secondo cui il provvedimento di ritiro dovrà essere adottato *“non oltre”* detto termine.

¹⁴ Sul tema del rapporto tra stabilità del provvedimento e mercati M. TRIMARCHI, *“Stabilità del provvedimento e certezza dei mercati”*, cit., 321 e ss..

¹⁵ La concezione *“giustiziale”* era autorevolmente propugnata, quale espressione del pri-

Se, però, almeno in passato, la dottrina maggioritaria pareva convergere sull'idea che l'autotutela dovesse considerarsi una forma di riesercizio del potere amministrativo originario, questa opinione merita, oggi, quantomeno di essere ridiscussa.

Delle prime avvisaglie si erano già avute in sede di recepimento delle c.d. direttive ricorsi.

Spunti di riflessione potevano essere offerti, *in primis*, dall'inedito istituto del preavviso di ricorso di cui al vecchio art. 245 bis del d.lgs. n. 163 del 2006 (oggi scomparso dal testo del nuovo codice dei contratti)¹⁶. Esso si sostanzialmente, secondo alcuni, in una forma di “*tutela pre-contenziosa*” volta a bloccare *in limine* l'accesso al giudizio¹⁷, realizzando l'ibridazione e compenetrazione di due momenti di tutela (quello amministrativo e giurisdizionale) tradizionalmente pensati come separati e alternativi¹⁸. L'annullamento in autotutela veniva, infatti, compulsato dallo stesso aspirante ricorrente attraverso un atto che si poneva come necessariamente prodromico rispetto alla *vocatio in ius*.

La difficoltà di tracciare una linea netta, nel campo del diritto amministrativo, tra *tutela nell'amministrazione* e *tutela dall'amministrazione*

vilegio dell'Amministrazione di “*farsi giustizia da sé*” da F. BENVENUTI, “*Autotutela (dir. amm.)*”, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 537 e ss.; l'opposta idea trova, invece, la sua prima e compiuta teorizzazione in M. S. GIANNINI, “*Diritto Amministrativo*”, cit., 829 e ss. ove si sottolinea che i procedimenti di riesame non tendono unicamente alla verifica della validità o alla revisione del risultato del provvedimento ma risultano “*precipualemente volti a curare interessi pubblici*”.

¹⁶ La previsione era stata inserita dall'articolo 6 del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, *cit.*. La sua versione definitiva era, invece quella risultante dalle modifiche apportate dall'articolo 3, comma 19, dell'Allegato 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (il c.d. Codice del Processo Amministrativo), intervenuto con riguardo al solo comma VI. Sull'istituto del preavviso di ricorso il richiamo è agli studi di D. PONTE, “*L'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso*”, in *Urb. App.*, 7, 2010, 762 e ss., S. CALVETTI, “*Preavviso di ricorso. L'inerzia della stazione appaltante va impugnata a pena di improcedibilità*”, in *Urb. App.*, 1, 2013, 77 e ss., F. ASTONE, “*Il preavviso di ricorso (ovvero della informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale)*”, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2, 2010, 103 e ss., nonché G. DE VINCI, “*L'esercizio del potere di autotutela della stazione appaltante indotto dall'informativa di cui all'art. 243 bis del Codice dei Contratti pubblici*”, in “*Il contenzioso sui contratti pubblici un anno dopo il recepimento della direttiva ricorsi – Atti del convegno di Catanzaro, 29 – 30 aprile 2011*” a cura di F. SAITTA, Milano, 2012, 125 e ss..

¹⁷ F. ASTONE, “*Il preavviso di ricorso (ovvero della informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale)*”, *cit.*, 103 e ss..

¹⁸ Una soluzione che sembrava inverare il modello dottrinale del processual-procedimento. Si vedano E. M. MARENGHI, “*Procedimenti e processualprocedimento*”, Milano, 2009, nel solco di F. BENVENUTI, “*Funzione amministrativa, procedimento e processo*”, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1952, 118.

era tornata a riproporsi proprio con riguardo alla tematica della sorte del contratto *medio tempore* stipulato in caso di annullamento dell'aggiudicazione.

Come visto, facendo leva sulla vicinanza, in termini di effetti, tra annullamento officioso e annullamento giudiziale si era ritenuta, in giurisprudenza, estensibile al primo la disciplina specifica prevista per il secondo agli artt. 121 e ss. c.p.a.¹⁹. Una soluzione, questa, che, oltre a presentare evidenti criticità, lasciava trasparire in controluce l'idea che le due forme di annullamento partecipassero della medesima natura.

Nonostante simili suggestioni l'annullamento d'ufficio conservava, tuttavia, nella sostanza, la propria consueta fisionomia, ponendosi come "*strumento di amministrazione*". Restava, infatti, centrale, nella sua adozione, il momento valutativo proprio delle attività discrezionali dovendo l'Amministrazione determinarsi in ordine al ritiro dell'aggiudicazione solo ad esito di un articolato giudizio di bilanciamento.

Questa metamorfosi solo abbozzata è proseguita con il nuovo codice dei contratti²⁰ che, come anticipato, ha introdotto alcune disposizioni specifiche in tema di annullamento d'ufficio.

Disposizioni solo apparentemente settoriali ma sintomatiche di un nuovo modo di concepire il potere di annullamento d'ufficio²¹.

Lasciando per un attimo da parte le norme in tema di esecuzione del contratto, che saranno oggetto di più approfondita disamina nel prosieguo²², l'annullamento d'ufficio faceva capolino nell'ambito del titolo relativo al "*Contenzioso*"²³.

In particolare il nuovo Codice aveva licenziato, al capo II, tra i "*Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale*", fino ad una successiva subitanea modifica²⁴, una figura assolutamente inedita.

¹⁹ *Supra sub* § 2 del Capitolo I.

²⁰ Con il d.lgs. n. 50 del 2016, *cit.*. Esso è stato modificato, per ciò che qui interessa, in forza del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50 pubblicato in G.U. n. 144 – Suppl. Ord. n. 31 del 23 giugno 2017 e convertito con legge 21 giugno 2017, n. 96, recante "*Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo*".

²¹ La materia dell'evidenza pubblica costituisce, del resto, per delicatezza ed importanza, la punta più avanzata dell'ordinamento amministrativo, tanto da rappresentare, storicamente, il campo di sperimentazione di nuove tendenze normative.

²² *Infra sub* § 4 Capitolo II.

²³ Parte VI Titolo I del d.lgs. n. 50 del 2016, *cit.*, artt. 204 e ss..

²⁴ Modifiche apportate forza del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50 pubblicato in G.U. n. 144 – Suppl. Ord. n. 31 del 23 giugno 2017 e convertito con legge 21 giugno 2017, n. 96, re-

L'art. 211 attribuiva, nell'ormai abrogato comma II, all'Autorità nazionale per l'anticorruzione²⁵ (in seguito A.N.A.C.) prerogative molto penetranti circa la sorte degli atti dell'evidenza pubblica²⁶.

Ad essa veniva riconosciuta la possibilità, mediante “atto di raccomandazione”, di invitare l'amministrazione procedente, in presenza di vizi di legittimità, “ad agire in autotutela”²⁷.

Secondo lo schema delineato dall'art. 211 questo intervento di A.N.A.C. si realizzava indirettamente, rimanendo l'adozione dell'atto di ritiro formalmente imputabile alla stazione appaltante.

Si registrava, tuttavia, un notevole stacco tra *nomen iuris* e sostanza dell'istituto²⁸.

Anzitutto era lo stesso legislatore a qualificare la raccomandazione come “vincolante”, con ciò tradendone la più intima natura²⁹. L'immediata vincolatività dell'atto era ribadita, peraltro, attraverso la previsione della sua diretta impugnabilità e di una sanzione pecuniaria per l'ipotesi di mancato adeguamento da parte dell'amministrazione.

cante “Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo”.

²⁵ L'Autorità nazionale per l'anticorruzione (in acronimo A.N.A.C.) rappresenta il perno istituzionale del sistema italiano dell'anticorruzione e risulta investita di funzioni altamente composite. Sul punto per più ampi riferimenti si rinvia a G. GALLONE, “La prevenzione amministrativa del rischio corruzione”, in *Dir. Econ.*, 2, 2017.

²⁶ L'art. 211 comma II del d.lgs. n. 50 del 2016, cit., recitava: “Qualora l'A.N.A.C., 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”.

²⁷ La disposizione, pur accennando in generale al concetto di “autotutela”, si riferiva precipuamente, come desumibile dal richiamo espresso all'art. 21 *octies* della l. n. 241 del 1990, al caso dell'annullamento d'ufficio Fuori dal suo campo di applicazione rimaneva, per converso, la revoca che si fonda, ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della l. n. 241 del 1990, cit., su ragioni di opportunità.

²⁸ Sul nuovo istituto si vedano, in dottrina, E. FOLLIERI, “Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici”, in *Urb. App.*, 8-9, 2016, 902, M. LIPARI, “La tutela giurisdizionale «precontenziosa» nel nuovo codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016)”, in *www.federalismi.it*, 5, 2016, O. FORLENZA “Con il parere precontenzioso si evita la «lite»”, su *Guida al diritto*, XXIV, 2016, G. VELTRI, “Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche”, su *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁹ Essa è, per definizione, atto non vincolante espressione di un potere di indirizzo e coordinamento. In ciò si distingue dall'ordine di cui *infra* alla nota che segue.

Ciò spingeva a ritenere che la stessa costituisse, al di là della sua denominazione formale, ancorché in assenza di una rapporto di autentica gerarchia, un ordine indirizzato alla stazione appaltante³⁰.

Sicché sembrava che la paternità sostanziale dell'atto andasse riconosciuta, a monte alla stessa A.N.A.C.³¹, con una serie di riflessi anche sul piano della tutela³². Si realizzava, così, una scissione tra l'Autorità che dispone in concreto l'annullamento (la stazione appaltante) e quella che ne ha deciso l'adozione (l'A.N.A.C.).

Questo rappresentava un primo scostamento dal modello tradizionale, caratterizzato dalla concentrazione in capo al medesimo plesso dei due momenti.

Ma altre e ben più pregnanti divergenze rendevano il nuovo potere di raccomandazione dell'A.N.A.C. un serio banco di prova per la tenuta delle costruzioni tradizionali.

L'aspetto più delicato era costituito certamente dalla perdita di ogni margine di discrezionalità in capo all'amministrazione precedente. Essa avrebbe dovuto disporre l'annullamento in quanto tenuta in forza di un ordine adottato dall'A.N.A.C..

E ciò era solo apparentemente compensato dal recupero del momento della discrezionalità, a monte, in capo all'A.N.A.C.³³.

Anzitutto non appariva scontato che il potere di inoltrare la raccomandazione fosse, come pure sostenuto³⁴, effettivamente discrezionale. Il dato

³⁰ Sulla nozione di ordine amministrativo il rinvio è a M. S. GIANNINI, *“Diritto Amministrativo”*, II, Milano, 1993, 829-698 e ss. che richiama L. GALATERIA, *“Teoria giuridica degli ordini amministrativi”*, Milano, 1950. Tratto caratterizzante l'intera categoria è il contenuto prescrittivo, di comando il quale fa sorgere un obbligo (di *facere*, di *non facere* o di *pati*) in capo al soggetto nei cui confronti ha efficacia. Normalmente è atto autoritativo che costituisce manifestazione di una *“potestà che è già qualificata dall'esistenza di un rapporto organizzativo di sovraordinazione”* tra ordinante e destinatario.

³¹ Come già paventato in sede consultiva in Consiglio di Stato, commissione speciale, parere del 21 marzo 2016, n. 855, 22 e ss., ove nel suggerire delle modifiche poi non recepite si parlava di potere di *“annullamento mascherato”*. Così anche E. FOLLIERI, *“Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici”*, cit., 902.

³² Secondo E. FOLLIERI, *“Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici”*, cit., 903, *“l'imputazione solo formale alla stazione dell'atto di autotutela comporta che debba essere impugnata (anche) la raccomandazione nel termine di decadenza, decorrente da quest'ultima perché è vincolante ed esecutiva”*. Inoltre la paternità solo formale dell'atto di ritiro non impediva l'impugnativa da parte della stessa stazione appaltante della raccomandazione, ove questa non inda procede all'autoannullamento.

³³ Come sostenuto da E. FOLLIERI, *“Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici”*, cit., 874 e ss..

³⁴ Secondo E. FOLLIERI, *“Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei*

positivo deponeva, infatti, in senso opposto avendo scelto il legislatore di esprimersi in forma indicativa (“*invita*”) senza lasciare alcun margine di apprezzamento³⁵.

E anche ove si fosse opinato diversamente ritenendo che la discrezionalità investisse financo l’*an*, essa si sarebbe atteggiata, comunque, in maniera assolutamente atipica.

Del resto la posizione di neutralità dell’A.N.A.C.³⁶ mal si conciliava con idea che la stessa fosse chiamata ad effettuare un bilanciamento di interessi. Essa, infatti, non è (o non dovrebbe essere) portatrice di alcun interesse specifico nella vicenda³⁷. L’A.N.A.C. si sarebbe trovata a dover apprezzare *ab externo* la sussistenza un interesse pubblico che esorbitava dalle sue attribuzioni, venendo investita di funzioni *lato sensu* di amministrazione attiva³⁸.

Vi è da dire, per converso, che la stessa collocazione topografica dell’art. 211 appariva già in sé evocativa di una concezione più marcatamente giustiziale del potere di autoannullamento. E ciò rispecchiava, in parte, lo spirito del formante comunitario del nuovo Codice dei contratti pubblici.

contratti pubblici”, cit., 900 la ritenuta sussistenza del vizio di legittimità “*non obbliga l’ANAC ad adottare la raccomandazione*” in quanto, in presenza di irregolarità e di vizi nelle gare, la stessa poteva limitarsi a “*trasmettere gli atti ed i propri rilievi all’organo di controllo*”.

³⁵ Ciò è ancor più evidente raffrontandola con il testo dell’art. 21 *nonies* della l. n. 241 del 1990, cit., ove a conferma della morfologia discrezionale del potere di annullamento officioso, si è chiarito che l’amministrazione “*può annullare*”.

³⁶ Per un inquadramento di A.N.A.C. G. M. RACCA, “*Dall’Autorità sui contratti pubblici all’Autorità nazionale Anticorruzione*”, in *Dir. Amm.*, II-III, 2015, 345 e ss. e, in una prospettiva internazionale N. PARISI, “*An international perspective on the main functions of the italian national anti-corruption authority in the prevention of corruption in public procurement*”, in *Diritto del Commercio Internazionale*, IV, 2015, 1053 e ss., A.V.V., “*L’Autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*”, Milano, 2016, R. CANTONE – F. MERLONI, “*La nuova Autorità nazionale anticorruzione*”, Torino, 2015.

³⁷ In questo senso si parla in dottrina acutamente di un potere di “*eterotutela*” o “*autotutela imposta*” di A.N.A.C. (così P. PORTALURI, “*Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della P.A.: l’autotutela (profili interni e comunitari)*”).

³⁸ Il catalogo delle funzioni dell’A.N.A.C. nel settore dei contratti pubblici è quello contenuto all’art. 213 del d.lgs. n. 50 del 2016, cit.. Essa si occupa della “*vigilanza*” e del “*controllo*” sui contratti pubblici e della “*attività di regolazione degli stessi*”, senza mai essere investita di funzioni di amministrazione attiva. Molto dipenderà, in ogni caso, dall’uso effettivo che farà l’A.N.A.C. delle proprie prerogative e, più in generale, da come questa intenderà interpretare il proprio ruolo (per una visione di insieme sul ruolo di A.N.A.C. nel sistema italiano anticorruzione si rinvia a A. BARONE, “*Governo del territorio e sicurezza sostenibile*”, Bari, 2013 e G. GALLONE, “*La prevenzione amministrativa del rischio corruzione*”, in corso di pubblicazione su *Dir. Ec.*).

Ai più acuti osservatori³⁹ non era sfuggita, nascosta tra le pieghe della direttiva, una novità di grande impatto sistematico. Il considerando 122⁴⁰ introduce per un nozione positiva di interesse legittimo, stravolgendo i connotati che detta situazione subiettiva ha assunto nella nostra esperienza giuridica. Abiurando l'idea che si tratti di una posizione qualificata e differenziata di matrice sostanziale⁴¹, esso è riconosciuto ai “cittadini [...] in qualità di contribuenti” ed è espressamente legato al “corretto svolgimento delle procedure di appalto”. Si sancisce inoltre che lo stesso non debba trovare necessariamente protezione in via giudiziale attraverso il mezzo del ricorso, ma possa anche essere soddisfatto in via amministrativa attraverso la “possibilità [...] di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente”.

Si è parlato, a commento di questa previsione, in maniera calzante, del riconoscimento, a livello del diritto dell'Unione, di un “ricorso amministrativo popolare a tutela dell'interesse alla legittimità delle procedure di appalto”⁴². Ed il potere di raccomandazione ex art. 211 comma II del d.lgs. n. 50 del 2016 ne rappresentava, in maniera del tutto evidente, una delle possibili attuazioni⁴³.

In questa prospettiva l'annullamento officioso, ove sollecitato da A.N.A.C., poteva essere considerato, a tutti gli effetti, strumento per il ripristino della legalità violata.

La sequenza complessiva si avvicinava, così, in maniera sensibile, al modello del ricorso amministrativo⁴⁴. L'ibridazione con la funzione giusti-

³⁹ E. FOLLIERI, “Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici”, *cit.*, 874.

⁴⁰ Si veda il considerando 122 della direttiva 2014/24/UE, *cit.*.

⁴¹ Nella sua ricostruzione consolidata compendiata in F.G. SCOCA, “Contributo sulla nozione di interesse legittimo”, Milano, 1990 e, da ultimo F. G. SCOCA, “L'interesse legittimo. Storia e teoria”, Torino, 2017.

⁴² Sempre E. FOLLIERI, “Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici”, *cit.*, 875.

⁴³ L'A.N.A.C. è, peraltro, nel nostro sistema legislativo, l'Autorità amministrativa cui compete il controllo sul settore dei contratti pubblici e ad essa va letto il riferimento contenuto in chiusura del considerando 122 della direttiva 2014/24/UE, *cit.*, alle “autorità o strutture di controllo generali” verso cui deve essere garantito il ricorso. Essa è titolare, ai sensi dell'art. 213, del potere di “disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse”.

⁴⁴ La doverosità della pronuncia e il conseguente diritto dell'istante a ottenerla sono i tratti caratterizzanti dei procedimenti in cui l'Amministrazione interviene, in posizione di neutralità, offrendo tutela al cittadino. Sul modello si vedano A. POLICE, “Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali”, in “Il procedimento amministrativo” a

ziale dava vita ad un istituto che si discostava in maniera ancor più marcata dal paradigma tradizionale, sdrammatizzando le differenze tra annullamento giurisdizionale ed officioso.

L'abrogazione del comma II dell'art. 211 ha, tuttavia, segnato una ulteriore, repentina, inversione di rotta⁴⁵.

Con la soppressione del potere di “raccomandazione” vincolante di A.N.A.C. il legislatore ha chiaramente inteso riportare l'istituto dell'annullamento d'ufficio nel solco tradizionale.

Ma tutto, compresa la disciplina specifica relativa all'esecuzione del contratto, lascia intendere che si tratti solo di una temporanea battuta di arresto nel processo di metamorfosi dell'istituto.

2. Le direttive europee: il *rebus* dell'art. 73

Lo stato dell'arte alla vigilia dell'adozione del nuovo Codice ci restituiva, come visto, un quadro complessivo in cui non v'era spazio per dubitare dell'ammissibilità dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione a contratto già stipulato.

Se, infatti, permanevano, nonostante i tentativi della dottrina, incertezze sui problemi applicativi che si ponevano a valle, quali l'individuazione del tipo di patologia che colpisce il contratto ed il riparto di giurisdizione, sembrava definitivamente risolta almeno detta questione preliminare.

Proprio l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, con i suoi numerosi riferimenti, impliciti ed espliciti, all'annullamento officioso, ha fornito nuovi spunti e sollecitazioni.

Tanto che, facendo un passo indietro rispetto al passato, corre l'obbligo di chiedersi, anzitutto, se l'amministrazione conservi, anche in sede di esecuzione del contratto, il potere di disporre l'annullamento dell'aggiudicazione; e, solo ove si dovesse propendere per la soluzione positiva, saggiare la persistente validità delle costruzioni teoriche illustrate in precedenza.

Per rispondere a questi interrogativi si deve risalire alla scaturigine del dettato normativo e quindi al suo formante eurounitario⁴⁶.

cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2007, 135 e M. CALABRÒ, “*La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*”, Torino, 2012.

⁴⁵ In forza dell'art. 52 *ter* del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, *cit.*.

⁴⁶ Sono, rispettivamente, le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, *cit.*. Per una disamina A.A.V.V. a cura di C. E. GALLO, “*Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle nuove direttive 2014*”, Torino, 2014, A.A.V.V., a cura di F. MASTRAGOSTINO, “*Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove Direttive euro-*