

CAPITOLO III

L'AUTOTUTELA AMMINISTRATIVA

NEI CONTRATTI PUBBLICI

1. Premessa

Anche il settore dei contratti pubblici non appare “insensibile” ad atti di ripensamento da parte della pubblica amministrazione, atteso che la stazione appaltante “*può sospendere, annullare o revocare in sede di autotutela la procedura di gara e l’aggiudicazione se sussiste l’interesse pubblico all’eliminazione degli atti illegittimi o non più rispondenti all’interesse pubblico medesimo, salvo naturalmente il rispetto dei principi di correttezza*”¹.

Al contempo, all’amministrazione pubblica è riconosciuta la **possibilità di interrompere unilateralmente un rapporto negoziale instaurato con soggetti esterni**.

A seconda dei casi, tali dinamiche vengono identificate con il ricorso alle categorie più varie: **recesso, risoluzione, disdetta, revoca, annullamento**.

Tale quadro appare particolarmente problematico, in quanto:

- a) la **natura del potere** su cui, volta per volta, l’intervento si fonda è differente, in quanto può trattarsi di un potere pubblicistico, riconducibile alla posizione di supremazia spettante all’amministrazione o all’esigenza di tutelare l’interesse pubblico, ovvero di un diritto potestativo privatistico, legato alla qualità di parte della pubblica amministrazione in un rapporto negoziale, sinallagmatico e paritario con altri soggetti;
- b) non sempre risultano definite le **condizioni legittimanti l’esercizio di tali poteri**, preferendo il legislatore omettere qualsiasi riferimento specifico ai presupposti di fatto o, in alternativa, ricorrere a generiche formule, quali “sopravvenuti motivi di pubblico interesse”, “illegittimità dell’atto amministrativo”, “casi previsti dalla legge o dal contratto”;
- c) cambiano anche le **modalità attraverso le quali raggiungere il risultato risolutorio**, che, però, in tutte le ipotesi previste dal legislatore è sempre uguale: sciogliere la pubblica amministrazione dal vincolo negoziale che aveva assunto².

¹ Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1203.

² Così G. PIPERATA, *L’autotutela interna e l’autotutela esterna nei contratti pubblici*, Giorn. Dir. Amm., n. 1/2015, p. 77 ss.

Nel presente capitolo, si tenterà – seppur succintamente – di ricostruire i poteri di riesame della stazione appaltante, con particolare riferimento ai presupposti e alle garanzie che ne legittimano l'esercizio.

2. I contratti pubblici e il potere di riesame della stazione appaltante

L'applicabilità dei poteri di autotutela all'amministrazione appaltante appare ormai un principio consolidato nell'ambito del nostro ordinamento giuridico, peraltro consacrato nel Codice dei contratti pubblici del 2006.

Ed infatti, **“tutti gli atti di gara, a partire dal bando per finire all'aggiudicazione definitiva, possono formare oggetto di ritiro in via di autotutela decisoria in funzione di riesame.**

Tale principio è stato consacrato dall'art. 11, co. 9, del d.lgs. n. 163 del 2006 – c.d. codice dei contratti pubblici – che nel disciplinare il termine finale per la stipulazione del contratto fa comunque salvo il potere di autotutela dell'amministrazione: la disposizione chiarisce quale sia, per la stazione appaltante, la portata del vincolo derivante dall'intervenuta aggiudicazione. L'amministrazione non è infatti incondizionatamente tenuta alla stipulazione del contratto, ma l'impegno conseguente alla definitiva individuazione dell'aggiudicatario può essere eliminato solo attraverso le procedure tipiche che regolano l'esercizio del potere di autotutela ora codificate dalla l. n. 241 del 1990 come novellata nel 2005. La norma sancita dall'art. 11 cit. non è tuttavia esaustiva dell'autotutela in materia di appalti pubblici che non riguarda solo l'aggiudicazione, ma anche gli altri atti di gara, e che soggiace alle regole elaborate dalla giurisprudenza ed ora codificate dalla l. n. 15 del 2005”³.

È opportuno precisare, in via preliminare, che il potere di autotutela della stazione appaltante deve riferirsi a **provvedimenti definitivi** dell'amministrazione, capaci di ingenerare un affidamento qualificato. Resta, in ogni caso, la facoltà per la stazione appaltante di adottare atti di ritiro, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara⁴.

Pertanto, alla luce di tale orientamento,

“la natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili tipica dell'aggiudicazione provvisoria non consente, quindi, di applicare nei suoi riguardi la disciplina dettata dagli artt. 21 quinquies e 21 nonies della legge n. 241/1990 in tema di revoca e annullamento d'ufficio (C.d.S., V, 20 agosto 2013, n. 4183): la revoca dell'aggiudicazione provvisoria (ovvero, la sua

³ Cons. Stato, sez. V., 23 febbraio 2012, n. 1054.

⁴ Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2013, n. 2418.

mancata conferma) non è, difatti, qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario, dal momento che l'aggiudicazione provvisoria non è l'atto conclusivo del procedimento"⁵.

a) Annullamento d'ufficio.

Venendo poi al tema specifico dell'**annullamento d'ufficio**, la giurisprudenza ha costantemente ritenuto che la stazione appaltante dovesse rispettare i presupposti e le garanzie procedurali previsti in generale per l'esercizio di tali poteri.

Ed infatti, anche nel caso di gare pubbliche, *“deve rimanere fermo l'obbligo, nell'esercizio di tale delicato potere, proprio in considerazione del **legittimo affidamento eventualmente ingeneratosi nel privato**, di rendere effettive le **garanzie procedurali**, di fornire un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni che giustificano la differente determinazione e di una ponderata valutazione degli interessi, pubblici e privati, in gioco*"⁶.

Naturalmente, la tutela del legittimo affidamento ingenerato nel privato impone che l'annullamento d'ufficio debba avvenire entro un **termine ragionevole**, atteso che

*“l'affidamento diventa sempre più consistente ed intenso a mano a mano che trascorre il tempo dal momento della sua attribuzione iniziale; in questo senso, più che essere elemento costitutivo in senso stretto **il tempo è fattore di potenziamento dell'expectation**, distinguendosi così l'affidamento dal principio di certezza del diritto, che si raggiunge nel momento in cui il trascorrere del tempo ha raggiunto il suo massimo fattore di potenziamento dell'affidamento*"⁷.

In proposito, considerato l'orientamento particolarmente garantista della giurisprudenza, è stato correttamente rilevato che il **termine decadenziale di diciotto mesi** introdotto dalla Riforma Madia non dovrebbe *“incidere più di tanto, essendo già prima assai improbabile che si potesse annullare d'ufficio un'aggiudicazione a distanza di più di un anno e mezzo*"⁸.

Più in particolare, i giudici amministrativi hanno ritenuto illegittimo l'annullamento degli atti di una procedura concorsuale a **circa due anni di distanza** dalla conclusione della stessa e *“soltanto a seguito di una pronuncia giurisdizionale di ordine di provvedere”*, poiché risultava *“in contrasto con i principi generali in tema di annullamento d'ufficio quali recepiti dall'art. 21-nonies della Legge n. 241/1990, che ha individuato, quali condizioni di*

⁵ Cons. Stato, sez. VI, 23 ottobre 2014, n. 5266.

⁶ Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2012 n. 4440.

⁷ Ivi.

⁸ F. SAITTA, *L'autotutela dopo la riforma Madia – Contratti pubblici e poteri di riesame della stazione appaltante*, in Giur. It., n. 12/2015, p. 2748 ss.

legalità dell'esercizio del relativo potere, la necessità che l'atto di autotutela sia sorretto dal rilievo della sussistenza di ragioni di interesse pubblico alla rimozione del provvedimento viziato, l'adozione entro un termine ragionevole e la valutazione degli interessi dei soggetti privati coinvolti in quanto destinatari o contro interessati"⁹.

In un altro caso, i giudici amministrativi hanno ritenuto illegittimo l'esercizio del potere di autotutela dopo *"la consolidazione per ben **tre anni** dei diritti e degli obblighi, riconducibili al rapporto contrattuale instaurato, senza che fossero emerse ragioni di non rispondenza delle pattuizioni, a suo tempo intervenute, rispetto alle effettive esigenze dell'ente pubblico"*¹⁰.

Peraltro, la stessa giurisprudenza ha ritenuto legittimo l'esercizio del potere di autotutela *"in **un torno di tempo anteriore alla stipulazione del contratto** ed al conseguente consolidamento del relativo affidamento in capo al soggetto l'aggiudicatario"*¹¹.

Naturalmente, in linea con il comma 2-bis dell'art. 21-nonies, potranno essere sempre oggetto di autotutela, senza alcun limite temporale, i provvedimenti amministrativi *"conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato"*, fatta salva *"l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445"*.

b) Revoca.

Il riconoscimento di **un generale potere di revoca** in capo alla stazione appaltante appare ormai pacifico.

Ed infatti, *"l'Amministrazione è titolare del potere, riconosciuto dall'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990, di revocare per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, un proprio precedente provvedimento amministrativo e che, con riguardo ad una procedura di evidenza pubblica, deve ritenersi legittimo il provvedimento di revoca di una gara di appalto, disposta prima del consolidarsi delle posizioni delle parti e quando il contratto non è stato ancora concluso, motivato anche con riferimento al risparmio economico che deriverebbe dalla revoca stessa, ciò in quanto la ricordata disposizione ammette un ripensamento da parte della Amministrazione"*¹².

⁹ TAR Campania, Napoli, Sez. V., n. 5439/2008.

¹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2014, n. 845.

¹¹ Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2011, n. 1628.

¹² Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748.

In ogni caso, **resta esclusa qualsiasi forma di risarcimento o di indennizzo per un'aggiudicazione provvisoria, successivamente annullata con provvedimento ritenuto legittimo**, poiché “*in tema di contratti pubblici la possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva del contratto di appalto è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli artt. 11, comma 11, 12 e 48, comma 2, del d. lgs. n. 163 del 2006, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile con conseguente obbligo risarcitorio, qualora non sussista, come nella specie, nessuna illegittimità nell'operato della p.a.*”¹³.

Più in dettaglio, la **revoca** è stata ritenuta **legittima** in una serie molto ampia di casi, tra i quali:

- a) la **carezza di copertura finanziaria**;
- b) le **ragioni di convenienza economica lato sensu intese**, come ad es. la sopravvenuta disponibilità degli uffici interni della stazione appaltante a svolgere l'attività oggetto dell'appalto ed il conseguente risparmio di spesa, la scelta di diverse soluzioni tecniche idonee a comportare un minor dispendio di risorse, il sopravvenuto calo dei consumi nel settore oggetto della gara e la conseguente necessità di rimodulare i servizi, l'esigenza di evitare che i risultati della procedura ad evidenza pubblica siano in contrasto con le sopravvenute norme sulla *spending review*, la necessità di rispettare il patto di stabilità, la sopravvenuta incongruenza dell'oggetto dell'appalto a fronte del mutato scenario organizzativo;
- c) i **fatti e/o i comportamenti concernenti l'aggiudicatario**, come ad es. il rifiuto di quest'ultimo di stipulare il contratto d'appalto, l'omesso pagamento delle spese contrattuali (che l'art. 139, D.P.R. n. 207/2010 pone a carico dell'affidatario), la produzione di una polizza assicurativa falsa, il notevole ritardo nel depositare la documentazione necessaria per pervenire all'aggiudicazione definitiva, la sostanziale difformità tra le prescrizioni di capitolato e la documentazione tecnica presentata in sede di gara relativa alle caratteristiche tecniche dei prodotti offerti, la condanna o (anche solo) il rinvio a giudizio del legale rappresentante dell'impresa aggiudicataria e la circostanza che la ditta aggiudicataria ha praticato nei confronti dei lavoratori dipendenti dell'impresa uscente condizioni economiche più svantaggiose rispetto a quelle in godimento, facendo in tal modo venir meno il rapporto fiduciario con la stazione appaltante¹⁴.

Tuttavia, l'esercizio del potere di revoca, oltre a rendere il provvedimento inidoneo a produrre ulteriori effetti, può produrre degli **oneri economici** a carico dell'amministrazione.

¹³ Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2012, n. 195. In senso conforme, Cons. St., sez. VI, 27 luglio 2010, n. 4902; Cons. St., VI, 17 marzo 2010, n. 1554.

¹⁴ F. SAITTA, *L'autotutela dopo la riforma Madia – Contratti pubblici e poteri di riesame della stazione appaltante*, cit., p. 2748 ss.

Infatti, l'art. 21 – *quinquies* l. n. 241/1990, prevede che:

“1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.

1-bis. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico”.

Ne deriva che **l'obbligo di indennizzo non presuppone elementi di responsabilità della pubblica amministrazione**, *“ma si fonda su valori puramente equitativi considerati dal legislatore, onde consentire il giusto bilanciamento tra il perseguimento dell'interesse pubblico attuale da parte dell'amministrazione e la sfera patrimoniale del destinatario (incolpevole) dell'atto di revoca, cui non possono essere addossati integralmente i conseguenti sacrifici”*¹⁵.

In particolare, secondo i giudici amministrativi, l'obbligazione indennitaria:

- a) *“presuppone che non vi sia stata conoscenza, secondo criteri di media diligenza, dell'illegittimità dell'atto da parte del suo destinatario (che invece ha confidato nella sua legittimità), e che non vi sia stato il concorso nella produzione del vizio di legittimità inficiante l'atto”*¹⁶;
- b) è limitata al **danno emergente**, *“sia perché ciò è espressamente stabilito dalla norma, sia perché esso risponde ai principi generali in tema di obbligo di indennizzo da parte della P.A. per pregiudizio derivante da sua attività legittima o lecita, sia perché esso costituisce applicazione particolare di una previsione in via generale introdotta per le conseguenze dell'esercizio del potere di autotutela”*¹⁷.

Con specifico riferimento al **quantum dell'indennizzo**, la giurisprudenza ha chiarito che esso *“deve essere limitato alle spese inutilmente sopportate per partecipare alla gara, con esclusione di qualsiasi altro pregiudizio lamentato dalla parte interessata, e ciò perché l'indennizzo ex art. 21 quinquies l.*

¹⁵ Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662.

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem.*

241 del 1990, costituisce un rimedio posto a protezione di interessi lesi da atti legittimi, sicché con esso, non possono essere reintegrate tutte le conseguenze patrimoniali negative risentite dai destinatari, come invece avviene nel risarcimento del danno per fatti che l'ordinamento giuridico riprova¹⁸.

In ogni caso, è bene ricordare che dalla **revoca dell'aggiudicazione di un appalto** può derivare una responsabilità più ampia a carico della PA, oltre all'indennizzo summenzionato.

Più in dettaglio,

- a) in caso di **revoca legittima** di un'aggiudicazione prima che si giunga alla stipula del contratto, può integrarsi l'obbligo di corresponsione dell'**indennizzo**, qualora l'esercizio del potere di autotutela, oltre a essere legittimo, si accompagni a un complessivo comportamento improntato al **rispetto dei principi di correttezza e buona fede**. Invece, qualora vi sia il riscontro della **violazione di tali principi**, può configurarsi la **responsabilità precontrattuale** dell'amministrazione (e, pertanto, portare alla condanna di questa al versamento di una somma a titolo pienamente risarcitorio). Ed infatti, *“può sussistere la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione che abbia tenuto un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza soprattutto perché, accortasi delle ragioni che consigliavano di procedere in via di autotutela mediante la revoca della già disposta aggiudicazione non abbia immediatamente ritirato i propri provvedimenti, prolungando inutilmente lo svolgimento della gara, così inducendo le imprese concorrenti a confidare nelle chances di conseguire l'appalto”*¹⁹;
- b) in caso di **revoca illegittima** di un'aggiudicazione prima che si giunga alla stipula del contratto, possono esservi gli estremi per l'affermazione della **comune responsabilità civile (extracontrattuale) dell'amministrazione** per danno da provvedimento illegittimo²⁰.

Infine, occorre evidenziare come la giurisprudenza amministrativa più recente abbia affermato la **possibilità della configurazione di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione anche in presenza di un provvedimento amministrativo illegittimo**. In particolare, la responsabilità precontrattuale *“si configura ove il comportamento della P.A., oltre ad essere illegittimo, sia anche contrario ai principi di correttezza e buona fede e il danneggiato non chieda il risarcimento per lesione del bene della vita”*²¹.

Ed infatti, *“con particolare riferimento alle procedure di evidenza pubblica, la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione è stata indiffe-*

¹⁸ Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1797.

¹⁹ *Ibidem*. In senso analogo, Cons. Stato, sez. V, 1 febbraio 2013, n. 633.

²⁰ J. BERCELLI, *La revoca degli appalti pubblici tra danno precontrattuale e indennizzo*, in *Gior. Dir. Amm.*, n. 2/2013, p. 169 ss.

²¹ Cons. Stato, sez. IV, 15 novembre 2014, n. 4674.

rentemente configurata dalla giurisprudenza sia in presenza del preventivo annullamento per illegittimità di atti della sequenza procedimentale, sia nell'assodato presupposto della loro validità ed efficacia: a) nel caso di revoca dell'indizione della gara e dell'aggiudicazione per esigenze di una ampia revisione del progetto, disposta vari anni dopo l'espletamento della gara; b) per impossibilità di realizzare l'opera prevista per essere mutate le condizioni dell'intervento; c) nel caso di annullamento d'ufficio degli atti di gara per un vizio rilevato dall'amministrazione solo successivamente all'aggiudicazione definitiva o che avrebbe potuto rilevare già all'inizio della procedura; d) nel caso di revoca dell'aggiudicazione, o rifiuto a stipulare il contratto dopo l'aggiudicazione, per mancanza dei fondi²².

In altri termini, secondo tale indirizzo giurisprudenziale, la **domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale è ammissibile anche in presenza della illegittimità della revoca**, qualora il danneggiato non chieda il risarcimento per lesione del bene della vita.

c) Revoca in autotutela e recesso dal contratto.

Particolarmente problematici appaiono poi i rapporti tra la revoca in autotutela e il recesso nell'ambito della contrattualistica pubblica.

Sul punto, si sono registrati due diversi orientamenti: il primo invalso nella giurisprudenza del giudice amministrativo afferma la legittimità del potere di revoca degli atti amministrativi del procedimento ad evidenza pubblica anche se sia stato stipulato il contratto, con il conseguente diritto del privato all'indennizzo²³. Il secondo sposato dalle Sezioni Unite della Cassazione²⁴ sostiene che a valle della stipulazione negoziale l'amministrazione può solo recedere dal contratto e l'eventuale controversia deve essere conosciuta dal giudice ordinario²⁵.

In proposito, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 14 del 2014, ha ritenuto che nel procedimento di affidamento di lavori pubblici, una volta stipulato il contratto di appalto, le pubbliche amministrazioni, qualora rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possano utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del D.Lgs. n. 163 del 2006 (recesso).

In particolare, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto che *“La posizione dell'amministrazione nella fase del procedimento di affidamento di lavori pubblici aperta con la stipulazione del contratto è definita dall'insieme delle norme comuni, civilistiche, e di quelle speciali, individuate dal codice dei contrat-*

²² *Ibidem*. In senso conforme, Cons. di Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012 n. 662.

²³ Cons. Stato, Sezione VI n. 1554 del 2010 e n. 5993 del 2012 e della Sez. IV, n. 156 del 2013.

²⁴ Cass. Sez. unite, n. 10160 del 2003 e n. 29425 del 2008.

²⁵ Così G. FERRARI, L. TARANTINO, *Osservatorio amministrativo – Revoca, recesso e riparto di giurisdizione in materia di contratti pubblici*, in Urb. App., n. 8-9/2014, p. 981 ss.

ti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di quest'ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato, fermo restando che le sue posizioni di specialità, essendo l'amministrazione comunque parte di un rapporto che rimane privatistico, restano limitate alle singole norme che le prevedono.

*Ciò rilevato ne consegue che deve ritenersi **insussistente, in tale fase, il potere di revoca**, poiché: presupposto di questo potere è la diversa valutazione dell'interesse pubblico a causa di sopravvenienze; il medesimo presupposto è alla base del recesso in quanto potere contrattuale basato su sopravvenuti motivi di opportunità (...); la specialità della **previsione del recesso di cui al citato art. 134 del codice preclude, di conseguenza, l'esercizio della revoca**.(...)*

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; fermo restando (...) che per l'amministrazione la maggiore onerosità del recesso è bilanciata dalla mancanza dell'obbligo di motivazione e del contraddittorio procedimentale”.

Pertanto, l'Adunanza plenaria, fermo restando che il potere di revoca in senso stretto non può intervenire nella fase di esecuzione dei contratti di lavori pubblici, afferma anche che:

- fino alla stipula del contratto, la pubblica amministrazione può sempre ricorrere alla revoca dell'aggiudicazione;
- **successivamente alla stipula del contratto**, la pubblica amministrazione può sempre esercitare i **poteri di autotutela autoritativa** ammessi da altre disposizioni speciali che ne definiscono anche i presupposti;
- è sempre ammesso, sia prima che dopo l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, l'**annullamento d'ufficio dei provvedimenti della gara**. Nel caso dell'annullamento, quindi, la stipula del contratto non è un fatto idoneo a neutralizzare il potere di autotutela dell'amministrazione pubblica; anzi, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria, l'intervento autoritativo potrebbe risultare doveroso se il contratto stipulato sia stato originato da una gara condotta senza rispettare i parametri del diritto comunitario²⁶.

d) Vizi della procedura d'aggiudicazione, poteri di autotutela e sorte del contratto.

Strettamente connesso al tema del recesso/revoca è quello relativo all'im-

²⁶ G. PIPERATA, *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*, cit., p. 77 ss.

patto che l'esercizio dei poteri di autotutela per vizi della procedura di gara può avere sul contratto già concluso.

Infatti, come già accennato, l'amministrazione – una volta stipulato il contratto – conserva il **potere di annullamento in autotutela**, *“purché esso sia effettivamente finalizzato al ripristino della legalità amministrativa violata in occasione della manifestazione di volontà prodromica alla conclusione di un contratto di diritto privato, e non già, deviando da questo ineludibile paradigma di legittimità, preordinato ad eludere gli obblighi nascenti da quest'ultimo”*²⁷.

In proposito, la giurisprudenza ha precisato che *“ogniquale volta l'amministrazione abbia riscontrato, sia pure a posteriori, «vizi genetici attinenti ad un momento antecedente la stipulazione dell'accordo negoziale con la controparte privata», il potere esercitato esibisce i connotati dell'autoritatività e della discrezionalità propri dell'autotutela amministrativa, cosicché le contrapposte posizioni hanno «per regola generale» la consistenza di interesse legittimo e le controversie ad esse relative sono devolute alla giurisdizione amministrativa”*²⁸.

Tuttavia, l'esercizio del potere di autotutela non potrà essere funzionale solo al ripristino della legalità violata, ma dovrà tener conto di tutti gli interessi in gioco.

Ed infatti, la giurisprudenza ha chiarito che *“l'enunciazione di un preminente interesse pubblico all'annullamento non può risolversi (...) nella sola enunciazione di un interesse pubblico alla restaurazione dell'ordine giuridico violato dalle illegittimità relative alla procedura di evidenza pubblica.*

*È invece imprescindibile una compiuta comparazione degli interessi pubblici sottesi (alla più sollecita e corretta realizzazione dell'opera, nella doverosa considerazione della adeguatezza del progetto esecutivo occorrente, della affidabilità del contraente ed anche dei costi complessivi di realizzazione dell'opera anche tenuto conto della condanna risarcitoria)”*²⁹.

Qualora l'amministrazione, dopo tale comparazione, decida di agire in autotutela, si verificherà l'**automatica caducazione del contratto stipulato**.

Ed infatti, in caso di annullamento d'ufficio, si applica *“la regola generale dell'automatica caducazione (o inefficacia sopravvenuta) del contratto a seguito del venir meno del titolo provvedimentale legittimativo”*³⁰. Tale effetto si basa *“su una logica sequenza di preordinazione funzionale, che vede la privazione degli effetti del contratto strettamente connessa all'annullamento dell'aggiudicazione e da questa dipendente”*³¹.

²⁷ Cons. Stato, sez. V., 18 dicembre 2015, n. 5745.

²⁸ Cass., Sezioni unite del 14 maggio 2015, n. 9861.

²⁹ Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1798.

³⁰ TAR Campania, Napoli, sez. I, 4 maggio 2016, n. 2212.

³¹ *Ibidem*.

3. L'autotutela amministrativa e il nuovo Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50)

Le nuove direttive europee in materia contratti pubblici³², recepite in Italia con il **nuovo Codice dei contratti pubblici** (d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50), incidono anche sull'esecuzione del contratto e, quindi, sull'esercizio dei poteri di autotutela da parte della pubblica amministrazione.

In questa sede, ci si limita ad accennare ai principali obiettivi perseguiti da tali direttive, anche al fine di valutarne l'impatto concreto sull'esercizio dei poteri di autotutela da parte delle pubbliche amministrazioni.

In particolare, le direttive tendono a:

- colmare la distanza tra il sistema della negoziazione pubblica ed il mondo delle imprese, al fine di garantire un mercato più efficiente e la realizzazione di opere di qualità nel minor tempo, con la massima trasparenza possibile. Si comprende, allora, come **le linee guida della nuova disciplina europea siano in via generale, quelle della semplificazione, della riduzione dei formalismi e dell'incremento della flessibilità nella scelta del contraente, del rilancio della discrezionalità e responsabilità delle stazioni appaltanti;**
- offrire alle stazioni appaltanti gli **strumenti ritenuti più adeguati** per il perseguimento di tali finalità. Sono previste due procedure di base (aperta e ristretta) a cui si aggiungono, per la direttiva 2014/25/UE, la procedura negoziata, con o senza gara, ed il nuovo partenariato per l'innovazione, e per la direttiva n. 2014/24 UE, la procedura competitiva con negoziazione, la procedura negoziata senza pubblicazione preventiva, il dialogo competitivo ed il partenariato per l'innovazione. In questa ottica, rilevanti sono le disposizioni che non prevedono più, per le discipline nazionali, la possibilità di veto per il dialogo competitivo;
- **garantire la possibilità alle amministrazioni, nelle procedure aperte, di esaminare l'offerta prima di verificare l'esistenza dei motivi di esclusione ed il rispetto dei criteri di scelta**, ferma restando la possibilità per il legislatore nazionale di escludere o limitare il ricorso a tale procedura per determinati tipi di appalti. È poi volto a privilegiare gli obiettivi sopra indicati **il ruolo centrale e decisivo riconosciuto al metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa**. L'utilizzazione di criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione riguardanti lavori, servizi o forniture concernenti ogni aspetto dell'appalto e concernente ogni fase del *ciclo di vita* del contratto costituisce una opportunità significativa per la amministrazione aggiudicatrice. Il **criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è così chiamato ad includere il miglior rapporto qualità-prezzo**, deter-

³² Direttive UE 2014 n. 24, n. 25 e n. 23.