

20 APRILE 2022

Annullamento d'ufficio
dell'aggiudicazione e sorte del
contratto: questioni aperte alla luce
della disciplina sulla “risoluzione” nel
Codice dei Contratti Pubblici

di Marco Di Lullo

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo
Sapienza - Università di Roma

Annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e sorte del contratto: questioni aperte alla luce della disciplina sulla “risoluzione” nel Codice dei Contratti Pubblici*

di Marco Di Lullo

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: Il contributo affronta la tematica dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio sull'aggiudicazione e degli eventuali effetti sul contratto stipulato. Dopo una premessa sull'evoluzione della disciplina generale sull'autotutela di cui alla L. n. 241/1990, l'Autore analizza la normativa di carattere speciale relativa alla risoluzione e alla cessazione dei contratti pubblici contenuta nel D.Lgs. n. 50/2016 - con specifico riferimento alle ipotesi di tipo pubblicistico - procedendo ad una analisi del rapporto sussistente tra le suddette discipline. Infine, viene affrontata la questione degli effetti dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione sui contratti pubblici già stipulati, nel tentativo di ricostruire in modo coerente il regime giuridico del potere di autotutela nel settore dei contratti pubblici.

Title: Automatic annulment of the contract award and the fate of the contract: open questions in the light of the rules on "termination" in the Public Contracts Code

Abstract [En]: The paper deals with the legal framework regarding the revocation of the contract award of a procurement procedure. After analysing the legal discipline of revocation in administrative law (L. No. 241/1990), the article focuses on the specific rules on termination of public contracts (D.Lgs. No. 50/2016), discussing the relationship between the two legal disciplines. Finally, the effects of the revocation of a contract award on the subsequent public contract are examined in order to reconstruct the legal regime of the revocation in this field.

Parole chiave: Contratti pubblici, aggiudicazione, annullamento d'ufficio, risoluzione, legittimo affidamento

Keywords: Public contracts, awarding contracts, revocation, termination of contracts, legitimate expectation

Sommario: Premessa. **1.** L'evoluzione della configurazione del potere di annullamento d'ufficio della P.A. **2.** Le problematiche aperte con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici. **3.** La disciplina “speciale” sulla risoluzione dei contratti pubblici. **3.1.** La normativa recata dal previgente Codice e dalle Direttive europee del 2014. **3.2.** La disciplina del Codice dei contratti pubblici: la risoluzione dei contratti di appalto di cui all'art. 108 del D.Lgs. n. 50/2016. La “imperfetta traslazione” della normativa europea nel nuovo Codice. **3.3.** La disciplina in materia di “cessazione delle concessioni” di cui all'art. 176 D.Lgs. n. 50/2016. **4.** Il rapporto tra la disciplina generale sull'annullamento d'ufficio e le fattispecie di “risoluzione e cessazione in autotutela” contenute nel Codice dei contratti pubblici. **5.** I presupposti dell'annullamento d'ufficio con riferimento ai contratti pubblici e le relative peculiarità. **5.1.** Segue: la posizione del secondo classificato, terzo rispetto al contratto. **6.** Gli effetti sul contratto dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e della risoluzione “in autotutela”: problematiche e tentativo di armonizzazione. **6.1.** La rilevanza della questione. **6.2.** L'elaborazione relativa agli effetti dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto stipulato, quale utile campo d'indagine ai fini del presente contributo. **6.3.** Annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione: gli effetti sul contratto medio tempore stipulato. **6.4.** Annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione: il riparto di giurisdizione. **7.** Considerazioni conclusive.

* Articolo sottoposto a referaggio.

Premessa

Il rischio di impresa assume una connotazione peculiare nel settore dei contratti pubblici anche in ragione della possibile “tensione” tra i principi di certezza del diritto e tutela dell’affidamento da un lato e il potere di autotutela di cui è titolare la pubblica amministrazione contraente.

Il presente contributo ha ad oggetto la tematica dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio sull'aggiudicazione e degli eventuali effetti sul contratto *medio tempore* stipulato.

La materia è caratterizzata dall'assenza di una specifica disciplina normativa e al contempo dalla presenza nel Codice dei contratti pubblici – a seguito del recepimento della disciplina eurounitaria - di alcune fattispecie qualificate come risoluzione o cessazione del contratto, che tuttavia sembrano presentare i tratti del potere pubblicistico dell’annullamento in autotutela, più che costituire ipotesi di vera e propria risoluzione civilistica.

Pertanto, dopo una premessa sull'evoluzione della disciplina generale sull'annullamento d'ufficio, si procederà all’analisi di quella relativa alla risoluzione dei contratti di appalto e alla cessazione dei contratti di concessione, con specifico riferimento alle ipotesi di tipo pubblicistico, qualificabili come “risoluzione o cessazione in autotutela” del contratto.

Conseguentemente, si affronterà la questione del rapporto – escludente o meno – tra le suddette fattispecie e la disciplina generale dell’annullamento d’ufficio contenuta nella L. n. 241/1990.

Ritenuto che il suddetto rapporto non si ponga in termini escludenti, si verificherà come si configurano, nella materia dei contratti pubblici, i presupposti di cui all’art. 21 *nonies* della legge sul procedimento, in particolare per quanto attiene alla valutazione dell’interesse pubblico, della posizione del destinatario degli effetti e del controinteressato secondo in graduatoria, nonché al termine legale per l’esercizio del potere, mettendosi anche in evidenza le diversità (e talvolta le incongruenze) esistenti tra la disciplina delle ipotesi di risoluzione in autotutela e quella generale dell’annullamento d’ufficio.

Infine, verrà affrontata la questione degli effetti dell’esercizio del potere di annullamento sul contratto, soprattutto con riferimento alla decorrenza degli stessi, nel tentativo di ricostruire in maniera quanto più unitaria e coerente possibile il regime giuridico dell’annullamento d’ufficio nel settore dei contratti pubblici.

1. L’evoluzione della configurazione del potere di annullamento d’ufficio della P.A.

Il potere di annullamento d’ufficio, come noto, non ha avuto un fondamento legislativo fino all’intervento della L. n. 15 dell’11 febbraio 2005.

Tuttavia, sin dalla prima metà del secolo scorso, tale potere era ritenuto pacifico nel nostro ordinamento e trovava il proprio presupposto nell'istituto di origine privatistica¹ dell'autotutela che, nel diritto pubblico, ha assunto connotazioni specifiche.

In particolare, la c.d. autotutela decisoria si configura come il potere dell'amministrazione di procedere, anche di propria iniziativa, al riesame dei propri atti successivamente al perfezionamento degli stessi e alla produzione dei relativi effetti, venendo ad incidere unilateralmente (ed anche in modo svantaggioso) sulla posizione giuridica dei soggetti interessati e financo dei terzi, al fine di eliminare, con effetti *ex tunc* i provvedimenti ritenuti illegittimi e inidonei a realizzare il pubblico interesse².

Tale potere era considerato come insito nelle attribuzioni della Pubblica Amministrazione e, come tale, inconsumabile poiché scaturente dalla stessa norma attributiva del potere esercitato con l'adozione del provvedimento di primo grado, configurandosi quale vero e proprio privilegio dell'Amministrazione.

Quanto ai presupposti necessari per poter ricorrere al potere di annullamento in autotutela – oggetto di esame in questa sede - la giurisprudenza, in assenza di una disciplina normativa, non aveva fissato alcun

¹ In relazione alla cd. autotutela privatistica sia consentito rinviare agli scritti di C.M. BIANCA, *Autotutela, (dir. priv.)*, in *Enc. Dir., Agg.*, IV, 2000, pp. 130 ss.; E. BETTI, *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, pp. 529 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Autotutela: II, diritto civile*, in *Enc. Giur.*, IV, 1988. A livello normativo - in via esemplificativa – un'ipotesi di autotutela civilistica è quella recata dall'art. 1460 c.c., nella parte in cui prevede la possibilità, per il contraente, di eccepire l'inadempimento di controparte a sostegno della propria determinazione di non adempiere alle obbligazioni contrattuali nel caso di contratti a prestazioni corrispettive.

² La produzione dottrinale in materia di autotutela cd. pubblicistica è particolarmente vasta oltre che risalente. Pertanto, sia in questa sede consentito richiamare a titolo meramente esemplificativo, quanto ai primi apporti dottrinari in materia: S. ROMANO, *Annullamento (teoria dell') nel diritto amministrativo*, in *Nuovo Dig. It.*, 1937, pp. 473 ss.; F. BENVENUTI, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, pp. 537 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento (dir. Amm.)*, in *Enc. Dir.*, II, 1959, pp. 485 ss.; M. ALI, *Osservazioni sull'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, pp. 527 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, pp. 118 ss.; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 206 ss.; nonché G. CORAGGIO, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. Giur.*, II, 1988, pp. 4 ss.. Quanto ai contributi dottrinari più recenti concernenti i tratti fondamentali del potere pubblicistico di autotutela, senza alcuna pretesa di esaustività, si veda: M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 494 ss.; F. COSTANTINO, *L'annullamento d'ufficio del provvedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 869 ss.; R. DE NICTOLIS, *L'autotutela provvedimento di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole ed eccezioni*, in giustizia-amministrativa.it; R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *Federalismi.it*, n. 23/2017; C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, pp. 1184 ss.; F. FRANCIOSI, *Profili evolutivi dell'autotutela (decisoria) amministrativa*, in A. RALLO - A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 9 ss.; D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Jovene, Napoli, 2006, pp. 393 ss.; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Giappichelli, Torino, 2016; M. IMMORDINO, *I provvedimenti di secondo grado*, in F.G. SCOCA (a cura di) *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 318 ss.; B. MAMELI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Giappichelli, Torino, 2017; C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018; P.L. PORTALURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.a.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *Federalismi.it*, n. 20/2016; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, n. 1/2016, pp. 99 ss.; M.A. SANDULLI, *Autotutela*, in *Libro dell'Anno del diritto 2016*, Treccani, Roma, 2017, pp. 177 ss.

limite temporale entro il quale il provvedimento di annullamento poteva essere adottato, ritenendo - come detto - tale potere una prerogativa immanente della P.A..

Sostanzialmente pacifico, poi, era il carattere discrezionale del potere, da cui scaturiva un generale obbligo per l'Amministrazione di motivare compiutamente la propria scelta, con particolare riferimento alla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'eliminazione dell'atto viziato o ritenuto non confacente al pubblico interesse³.

Il potere di autotutela ha poi trovato esplicita codificazione con la L. n. 15 dell'11 febbraio 2005⁴.

In particolare, attraverso l'art. 21-*nonies*, il Legislatore, recependo gli approdi della dottrina e della giurisprudenza, ha esplicitato i presupposti necessari per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio. Oltre alla illegittimità dell'atto, la norma richiede in primo luogo, l'individuazione di un interesse pubblico attuale alla rimozione del provvedimento viziato - inteso quale interesse "ulteriore" rispetto al mero ripristino della legalità violata - e impone la valutazione degli interessi tanto del destinatario del provvedimento illegittimo quanto degli eventuali controinteressati, operando dunque un bilanciamento tra l'interesse pubblico e le esigenze giuridicamente rilevanti dei soggetti incisi dal procedimento di secondo grado.

Infine, in relazione al profilo "temporale", la norma precisava che l'annullamento doveva necessariamente avvenire entro un "termine ragionevole", all'evidente fine di tutelare - in ossequio agli approdi cui era nel frattempo giunta la giurisprudenza comunitaria⁵ - l'affidamento ingenerato nei privati dal decorso di un

³ Cfr. la risalente pronuncia del Consiglio di Stato che, già nel 1932, riteneva consolidato l'orientamento secondo cui l'esercizio del potere di autotutela amministrativa deve ritenersi "subordinato all'esistenza di esigenze di pubblico interesse" (Cons. Stato, Sez. IV, 30.01.1932, n. 48, in *Foro amm.*, 1932, I, 57 ss). Tale motivazione, secondo un orientamento giurisprudenziale divenuto nel tempo largamente maggioritario, non poteva limitarsi alla mera esigenza di ripristinare la legalità violata dai vizi inficiani il procedimento, essendo ritenuta necessaria la sussistenza di un concreto ulteriore interesse pubblico alla rimozione dell'atto. In proposito, per ragioni di sinteticità sia consentito rinviare alla ricostruzione operata da S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 1251 ss. ed alla bibliografia ivi richiamata. In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 18.03.1993, n. 252; Cons. Stato, Sez. V, 4.07.1997, n. 771.

⁴ Sulla portata della norma cfr. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 216 ss.; E. D'ARPE, *Il potere di autotutela della pubblica amministrazione dopo la L. 11 febbraio 2005, n. 15*, in *TAR*, n. 1/2005, pp. 3 ss.; V. DOMENICHELLI, *La nuova disciplina dei poteri di autotutela: profili di tutela giurisdizionale*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, in *Foro Amm. TAR*, n. 1/2005, pp. 65 ss.; A. TRAVI, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. giur.*, n. 4/2005, pp. 449 ss.

⁵ Il principio dell'affidamento è stato riconosciuto come principio cardine del diritto europeo dalla Corte di Giustizia sin da tempi risalenti (sentenze *Algera* del 1957, *Cnitia* del 1975 e *Töpfer* del 1978), con orientamento che perdura a tutt'oggi (cfr. CGUE, 14 marzo 2013, C-545/11, *Agrargenossenschaft Neuzelle*; CGUE, 20 dicembre 2017, C-322/16, *Global Starnet*; nonché CGUE, 20 gennaio 2022, C-165/20, *Fall. Air Berlin PLC & Co.*, con cui la Corte ha nuovamente ribadito che "il principio della tutela del legittimo affidamento si estende a ogni individuo in capo al quale un'autorità amministrativa abbia fatto sorgere fondate aspettative a causa di assicurazioni precise da essa ricevute"). Sul punto cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, pp. 13 ss., nonché, per un'ampia ricostruzione della giurisprudenza della CGUE, a A. GIURCKOVIC DATO, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2018, pp. 321 ss.

lungo lasso di tempo dall'adozione del provvedimento originario e comunque di garantire la certezza del diritto.

La disposizione di cui all'art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990, pur avendo ancorato il potere di autotutela al principio di legalità, ha lasciato aperte alcune questioni rilevanti⁶.

In particolare, se è pacifica la natura discrezionale della scelta dell'amministrazione di procedere all'annullamento di un atto illegittimo (cd. discrezionalità nel *quid*)⁷ controversa, invece, è la necessità (o meno) per la stessa amministrazione di avviare il procedimento volto alla verifica della ricorrenza dei presupposti per ricorrere al potere di autotutela, ovvero la cosiddetta facoltatività nell'*an*.

Tale problematica – come si vedrà nel prosieguo - assume poi particolare rilievo in relazione alla posizione dei terzi controinteressati, ovvero di quei soggetti negativamente incisi dall'originario provvedimento illegittimo adottato dalla P.A.

Ed infatti – ove si opti per la c.d. facoltatività nell'*an*, come nella ricostruzione della giurisprudenza maggioritaria - le eventuali istanze prodotte dai controinteressati, volte a sollecitare il ricorso da parte della P.A. al suo potere di autotutela, avrebbero l'effetto di mere sollecitazioni alla pubblica autorità, non idonee a far sorgere un obbligo di provvedere in capo alla P.A. né, tantomeno, a dar luogo ad una ipotesi di silenzio-inadempimento tutelabile in via giurisdizionale⁸.

Qualora invece l'autotutela dovesse ritenersi vincolata quantomeno nell'*an*, a fronte di una segnalazione articolata proveniente da un soggetto qualificato - distinto dunque dal *quisque de populo* - non potrebbe che sorgere in capo alla P.A. un obbligo di provvedere sulla richiesta.

Al riguardo la giurisprudenza, pur ribadendo che ordinariamente la P.A. non è tenuta a provvedere sulle istanze di autotutela proposte dal privato, ha riconosciuto che tale obbligo sussiste qualora si evidenzino specifiche ragioni di giustizia ed equità che impongono l'adozione di un provvedimento espresso e, cioè, tutte le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica,

⁶ Cfr. G.B. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. It. dir. pubbl. europeo*, n. 17/2007, pp. 1223 ss.; M. IMMORDINO - M.C. CAVALLARO, *Revoca del provvedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, 2006, pp. 5210 ss.

⁷ Sul punto cfr. M. ALLENA, *op. cit.*, in part., pp. 111 ss.; F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, n. 8/2017, pp. 22 ss.; P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la legge 164/2014 (qualche passo verso la doverosità?)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Gli effetti del decreto-legge Sblocca Italia*, in *Riv. Giur. Ed.*, n. 6/2014, pp. 21 ss.

⁸ Al riguardo, la giurisprudenza ha affermato che “*il giudice non può valutare se il diniego di autotutela è stato bene o male esercitato, perché se ciò facesse la conseguenza sarebbe un ordine, rivolto all'amministrazione, di riesercizio del potere di autotutela secondo parametri fissati dal giudice, ma è evidente che questo sarebbe uno sconfinamento in un potere di merito riservato esclusivamente all'amministrazione e incoercibile; il diniego espresso di autotutela non è dunque impugnabile...*” (Cons. Stato, Sez. V, 03.05.2012, n. 2548; cfr. anche *ex multis* Sez. IV, 12.03.2010, n. 1469; Sez. IV, 16.09.2008, n. 4362). E' stato altresì precisato che “*la Pubblica Amministrazione non ha l'obbligo, bensì il potere discrezionale, di agire in autotutela, con la conseguenza che le istanze volte a sollecitare l'esercizio di siffatto potere hanno una funzione di mera denuncia o sollecitazione, non creando tuttavia in capo alla P.A. alcun obbligo di provvedere*” (Cons. Stato, Sez. IV, 05.06.2012, n. 3300),

sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) dell'Amministrazione⁹.

Del pari problematica era la concreta individuazione del “termine ragionevole” entro il quale il potere di annullamento doveva essere esercitato, in quanto si trattava di un parametro indeterminato ed elastico, che lasciava unicamente all'interprete il compito di individuarlo, sulla base del grado di complessità degli interessi coinvolti e del relativo consolidamento¹⁰, fermo restando che il decorso di un apprezzabile arco di tempo non poteva *ex se* costituire un limite invalicabile all'esercizio del potere di secondo grado di cui all'art. 21-*nonies*¹¹.

Dopo un periodo di quasi un decennio, il Legislatore è nuovamente intervenuto sulla materia, con l'art. 25, comma 1, lett. b) quater, della Legge 11 novembre 2014, n. 164, di conversione del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133 (cd. “Decreto Sblocca-Italia”), ed ha - per quanto qui d'interesse - integrato il disposto dell'art. 21-*nonies*, sotto due profili: da un lato, escludendo che l'annullamento d'ufficio possa riguardare i casi di illegittimità formali non vizianti di cui al secondo comma dell'art. 21-*octies* e, in secondo luogo, introducendo nella parte finale la previsione secondo cui “*rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione ed al mancato annullamento del provvedimento illegittimo*”.

Orbene, se la prima modifica può ritenersi superflua¹², la disposizione relativa alla responsabilità del funzionario da mancata adozione di un provvedimento di annullamento d'ufficio ha suscitato maggior interesse per l'impatto che la stessa potrebbe avere sulla problematica della discrezionalità nell'an dell'esercizio del potere, considerando che la responsabilità da mancato annullamento di un provvedimento illegittimo sembra poter sorgere esclusivamente a fronte di un obbligo giuridico, per la P.A., di rimuovere il proprio atto attivando il potere di autotutela¹³, anche se la giurisprudenza è rimasta

⁹ In proposito, la Giurisprudenza ha affermato che “l'obbligo di provvedere sussiste, dunque, anche in relazione a fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia e di equità richiedono l'adozione di un provvedimento espresso ovvero tutte le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) dell'Amministrazione” (Cons. Stato, Sez. VI, 09.01.2020, n. 183; cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29.05.2015, n. 2688; Cons. Stato, Sez. VI, 6.04.2021, n. 2768; con riferimento alla istanza relativa ad una SCIA in materia edilizia cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2021, n. 5208).

¹⁰ In proposito, il Consiglio di Stato ha ritenuto che “l'art. 21 nonies nel prevedere il limite temporale del termine ragionevole ha fatto riferimento ad un parametro indeterminato ed elastico, lasciando all'interprete il compito di individuarlo in concreto, considerando il grado di complessità degli interessi coinvolti e del relativo consolidamento, secondo il parametro costituzionale di ragionevolezza” (Cons. Stato, Sez. IV, 3/06/2014, n. 5609; cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 16.04.2015, n. 1953).

¹¹ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 17.10.2017, n. 8 che ha affermato che “in relazione alle vicende sorte nella vigenza della l. 15 del 2005, il decorso di un considerevole lasso di tempo dal rilascio del titolo edilizio non incide in radice sul potere di annullare in autotutela il titolo medesimo, ma onera l'amministrazione del compito di valutare motivatamente se l'annullamento risponda ancora a un effettivo e prevalente interesse pubblico di carattere concreto e attuale”.

¹² Cfr. R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, cit., pp. 3 ss.

¹³ Cfr. G. FIDONE, *La progressiva limitazione della discrezionalità del potere di annullamento d'ufficio: bilanciamento d'interessi, perimetro del potere e doverosità nell'ottica del perseguimento del risultato dell'attività amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 4/2017, pp. 2043 ss. e in part., p. 2060; A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 134 ss.; P.L. PORTALURI, *op. cit.*, pp. 34 ss.; nonché M. ALLENA, *op. cit.*, pp. 111 ss.. Altri autori hanno evidenziato che la responsabilità del funzionario di cui all'art. 21-*nonies*

ferma sulla propria posizione “restrittiva”, non chiarendo la portata e gli effetti della predetta disposizione¹⁴.

Un nuovo - e decisivo - stimolo al dibattito sul potere di annullamento d’ufficio è stato determinato dall’entrata in vigore della legge 7 agosto 2015, n. 124, la c.d. “riforma Madia”¹⁵ che ha introdotto nell’ambito dell’art. 21-*nonies* un preciso limite temporale - pari a 18 mesi- entro cui l’Amministrazione può legittimamente annullare i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici e, superato il quale, il potere di autotutela deve ritenersi esaurito, fatte salve le ipotesi - previste dal comma 2-bis della disposizione in esame - di 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 giudicato¹⁶.

La riforma, dunque, ha innanzitutto superato la tradizionale concezione dell’autotutela quale potere inconsumabile insito nelle attribuzioni della Pubblica Amministrazione¹⁷ e allo stato esso si configura come un potere che trova il proprio fondamento nella norma di legge che lo prevede e disciplina.

La *ratio* della disposizione va rinvenuta nell’esigenza di tutelare l’affidamento ingenerato nei privati dalle determinazioni adottate dalla Pubblica Amministrazione - in ossequio al principio di tutela del legittimo affidamento, che ha trovato particolare considerazione anche nella giurisprudenza della CGUE¹⁸ - al fine di garantire un’adeguata stabilità dei rapporti giuridici sorti sulla base di tali determinazioni¹⁹ ed è emblematica di un ripensamento, da parte del Legislatore, dei rapporti pubblico-privato²⁰.

non discenderebbe dall’omesso annullamento d’ufficio del provvedimento illegittimo quanto, piuttosto, dall’adozione del medesimo provvedimento poi non annullato all’esito della valutazione discrezionale operata in occasione del suo riesame (cfr. C. DEODATO, *L’annullamento d’ufficio*, cit.).

¹⁴ Cfr. R. DE NICTOLIS, *L’autotutela provvedimentoale*, cit., in part. pp. 31 ss.

¹⁵ S. D’ANCONA, *L’annullamento d’ufficio dopo la Riforma Madia*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 2748 ss.; V. DI IORIO, *Osservazioni a prima lettura sull’autotutela dopo la l. n. 124/2015: profili di incertezza nell’intreccio tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *Federalismi.it*, n. 21/2015; F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell’art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015; M. LIPARI, *La SCIA e l’autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015; M. MACCHIA, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2015, pp. 634 ss.; 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*, in *Federalismi.it*, n. 17/2015.

¹⁶ Sull’interpretazione ed applicazione di tale disposizione da parte della giurisprudenza, cfr. *infra*, par. 5.

¹⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 22.11.2019, n. 7963 che ha ritenuto che “la normativa di cui all’art. 21 *nonies*, della L. n. 241/1990, a seguito delle modifiche introdotte dalla L. n. 124/2015, segna il definitivo superamento della teoria dell’inconsumabilità del potere di autotutela”.

¹⁸ Cfr. *supra*, nota n. 6 nonché la giurisprudenza ivi richiamata.

¹⁹ Cfr. Cons. Stato. Ad. Plen., 29.11.2021 che ritiene che l’affidamento “è un principio generale dell’azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l’aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività”.

²⁰ Sul punto si rinvia a M. A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche*, cit.; L. CARBONE, *La riforma dell’autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino ed amministrazione pubblica*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2017; C. DEODATO, *op. cit.*; S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in *Federalismi.it*, n. 16/2016; M. MACCHIA, *op. cit.*

Al riguardo, si sono riscontrate alcune difformità interpretative in relazione alla natura del termine fissato dalla norma, risolte dalla giurisprudenza nel senso della perentorietà dello stesso, quale “*limite temporale assoluto, il cui superamento preclude definitivamente l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, precludendo altresì qualsivoglia apprezzamento in merito alla ragionevolezza della relativa tempistica*”²¹.

Quanto al *dies a quo* per la decorrenza del citato termine, appare evidente che il medesimo non possa che iniziare a decorrere dall'adozione del provvedimento oggetto dell'esercizio del potere di autotutela, come d'altronde esplicitato dal testo della disposizione di riferimento²².

Un ulteriore aspetto controverso della riforma - con evidenti ricadute di carattere pratico - concerne l'ambito oggettivo di applicazione del “limite temporale” previsto dalla disposizione, atteso che vi è un'evidente “tensione” tra il tenore letterale dell'art. 21-*nonies* - che si riferisce ai soli “*provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici*” - e la *ratio* sottesa alla sua introduzione.

La giurisprudenza²³, dopo alcune oscillazioni, ha adottato un'interpretazione estensiva conforme alla *ratio* della norma, che ricomprende tutti gli atti ampliativi della sfera giuridica privata, aderendo alle prospettazioni della dottrina più avveduta²⁴.

In particolare, per quanto attiene all'aggiudicazione - nonostante alcuni dubbi sollevati a livello dottrinario²⁵ - la giurisprudenza più recente ritiene (condivisibilmente) che essa vada qualificata quale atto di “attribuzione di vantaggi economici” ex art. 21-*nonies*, in quanto detto provvedimento costituisce “...*il presupposto di legittimità per l'amministrazione per la stipula del contratto...*”²⁶.

Infine, il Legislatore è nuovamente intervenuto, con l'art. 63 del c.d. Decreto Semplificazioni 2021, sulla disciplina dell'annullamento d'ufficio, riducendo da 18 a 12 mesi il termine di cui al comma 1 dell'art. 21 *nonies*, limitando ulteriormente lo *spatium deliberandi* della P.A. a favore di una maggior tutela degli interessi (economici) privati e del principio del legittimo affidamento.

²¹ Cons. Stato, Sez. V, 01.04.2019, n. 2129,

²² Ciò, ovviamente, nell'ipotesi - ormai sempre più frequente - di provvedimenti di primo grado adottati dopo l'entrata in vigore della riforma (7 agosto 2015), atteso che nel caso di atti adottati nel periodo precedente, il medesimo termine inizia a decorrere soltanto dalla data di entrata in vigore della Legge n. 145. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13.07.2017, n. 3462; Cons. Stato, Sez. VI, 15.06.2020, n. 3787.

²³ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11.06.2021, n. 4531 nonché Cons. Stato, Sez. V, 18.03.2020, n. 1922.

²⁴ Cfr. R. CAPONIGRO, *op. cit.*, p. 8, che evidenzia che “*il limite temporale per l'esercizio del potere di autotutela concerne i soli provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari, vale a dire i soli provvedimenti soddisfattivi di interessi legittimi pretensivi, che hanno attribuito al richiedente un “bene della vita” in precedenza non goduto*”, nonché M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Giustamm.it*, n. 6/2016, pp. 99 ss., che evidenzia il collegamento tra la locuzione contenuta nel novellato art. 21-*nonies* ed il disposto dell'art. 12 della L. n. 241/1990, già interpretato in senso estensivo dalla giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26.06.2015, n. 3237). Cfr. anche R. DE NICTOLIS, *L'autotutela provvedimento di annullamento, cit.*, p. 20.

²⁵ Cfr., G. GIANNI, *Profili critici sull'applicabilità all'aggiudicazione definitiva di un appalto pubblico del termine di diciotto mesi per l'annullamento in autotutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15.02.2021, n. 1312; Cons. Stato, Sez. V, 11.06.2021, n. 4531; Cons. Stato, Sez. III, 22.03.2017, n. 1310.

2. Le problematiche aperte con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici

La progressiva formazione di una sistematica disciplina dell'annullamento d'ufficio non ha risolto tutte le problematiche connesse al suo esercizio, considerando d'altronde che l'autotutela si pone in un delicato crocevia tra tutela del legittimo affidamento dei privati ed esigenze di garanzia della legalità e del buon andamento dell'operato della P.A..

Rimangono, dunque, numerose questioni ancora aperte che spaziano dalla tematica dell'estensione della discrezionalità amministrativa nell'esercizio del predetto potere²⁷ in relazione alla posizione del destinatario degli effetti, a quella relativa alla corretta individuazione dell'interesse pubblico²⁸, sino a quella concernente la valutazione della posizione dei terzi interessati alla "rimozione" dell'atto illegittimo.

Si tratta di problematiche che assumono un sicuro rilievo in relazione alla tematica - oggetto del presente contributo - dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio sull'aggiudicazione.

Al riguardo, la possibilità per la stazione appaltante di ricorrere al potere di autotutela anche nel settore dei contratti pubblici viene espressamente prevista dall'art. 32, comma 8, del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016), che - nel disciplinare le "fasi delle procedure di affidamento" - specifica che, a seguito dell'aggiudicazione e dello svolgimento dei controlli sul possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario, la P.A. è tenuta a sottoscrivere il relativo contratto nei successivi sessanta giorni, "*fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti*".

Non risulta, quindi, dubbia la possibilità per la P. A., nel periodo antecedente alla stipula del contratto - cui fa esplicito riferimento il citato art. 32 del Codice - di ricorrere al potere di autotutela "nei casi consentiti dalla legge" e cioè, in assenza di una disciplina speciale, quelli previsti dalla disposizione generale di cui all'art. 21-*nonies* L. n. 241/1990 per l'annullamento d'ufficio e quelli di cui all'art. 21 *quinquies* per la revoca.

La questione diventa assai più delicata dopo la sottoscrizione del contratto, in quanto, da tale momento, la posizione dell'operatore economico, in precedenza configurabile alla stregua di un interesse legittimo, trasmoda in diritto soggettivo a fronte della natura sostanzialmente paritetica dei rapporti contrattuali tra privati e Amministrazione²⁹. Inoltre, per quanto attiene alla disciplina positiva, si rileva l'assenza di una

²⁷ Ovvero se detta discrezionalità sussista, ed in che termini, sia per quanto concerne l'*an* - e, cioè, se vi siano ipotesi in cui il ricorso al predetto potere debba ritenersi in un certo senso "doveroso" per la P.A. - sia per ciò che riguarda il *quomodo* ovvero la possibilità di "modulare" gli effetti del provvedimento di secondo grado, calibrandoli rispetto alla fattispecie concreta. Si veda, in particolare, per quanto concerne il primo dei richiami profili, le riflessioni di M. ALLENA, *op. cit.*, pp. 171 ss., compie una approfondita disamina delle possibili ipotesi di insussistenza di discrezionalità nel ricorso al citato potere di autotutela.

²⁸ Trattasi della delicata questione - a cui si è fatto accenno in precedenza - relativa all'interpretazione dell'inciso, recato dal medesimo art. 21-*nonies* L. n. 241/1990, secondo cui il ricorso all'autotutela richiede la sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale.

²⁹ Per una più puntuale disamina della natura bifasica degli appalti pubblici sia consentito rinviare ai numerosi contributi sul punto, tra i quali - in via meramente esemplificativa - cfr. S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e*

disposizione “speciale” che – al pari di quanto previsto dall’art. 32 nella fase antecedente – consenta l’esercizio del potere di autotutela dopo la sottoscrizione del contratto, mentre è dettata un’autonoma disciplina relativa alle ipotesi di “caducazione” del contratto in corso di esecuzione, e segnatamente quella del recesso e quella della risoluzione, tanto per i contratti di appalto che per quelli di concessione³⁰.

E, come si vedrà di seguito, tali aspetti assumono peculiare rilievo al fine di delineare l’ambito di applicabilità del potere di annullamento d’ufficio a seguito della stipula del contratto.

A tale proposito, occorre anticipare che, in prima approssimazione, la giurisprudenza e parte della dottrina ritengono esercitabile l’annullamento d’ufficio dell’aggiudicazione anche dopo la sottoscrizione del contratto, e sostengono che, essendo l’aggiudicazione un presupposto essenziale del contratto, il venir meno della stessa produca effetti diretti sulla sorte del contratto medesimo. Altra parte della dottrina ritiene invece che il potere di annullamento d’ufficio non sia esercitabile dopo la sottoscrizione del contratto ovvero non sia comunque in grado di produrre (automaticamente) effetti sul contratto³¹.

Quanto ai rapporti tra la disciplina pubblicistica generale e le disposizioni relative alla fase di esecuzione del contratto, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha escluso la possibilità di esercitare il potere di revoca in corso di esecuzione del contratto, affermando che in tale fase “*deve ritenersi insussistente 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 (Cass. n. 391 del 2011 cit.; Cons. Stato, Sez. V, 18 settembre 2008, n. 4455); la specialità della previsione del recesso*

processuali, Giuffré, Milano, 2008; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2015, pp. 1127 ss.; M.P. CHITI, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici - Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2016, pp. 436 ss.; C. CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2016, pp. 515 ss.

³⁰ In particolare, per quanto concerne i contratti pubblici, la risoluzione - sulla quale cfr. *infra* par. 3.2 - è disciplinata dall’art. 108 del D.Lgs. n. 50/2016 mentre il recesso è disciplinato dal successivo art. 109. Quanto alle concessioni, la disciplina in materia di cessazione, revoca d’ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro è recata dall’art. 176 del Codice.

³¹ In relazione all’orientamento che ritiene che l’annullamento dell’aggiudicazione produce effetti sul contratto stipulato cfr. - senza pretesa di esaustività - S. FANTINI, *La revoca di provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2009, pp. 6 ss.; G. GAROFALO, *Annullamento dell’aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2008, pp. 138 ss.; *contra*, facendo anche riferimento alla disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 53/2010, cfr. G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell’appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, nn. 3-4/2010, pp. 737 ss., il quale ritiene che “*l’annullamento d’ufficio ex art. 21 nonies non può mai provocare l’inefficacia del contratto*”; E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell’aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2011, pp. 204 ss.; G. LA ROSA, *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2012, pp. 1484 ss. Esclude la possibilità di esercitare legittimamente il potere di annullamento d’ufficio ai sensi dell’art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990, sull’aggiudicazione dopo la stipula del contratto A. SCOGNAMIGLIO, *Autotutela pubblicistica e contratti in corso*, in *Dir. amm.*, n. 1/2013, pp. 205 ss., Ritiene invece che il potere di autotutela della P.A. potrebbe legittimamente esplicarsi sul provvedimento di aggiudicazione, ma facendo salvi i diritti dei terzi acquisiti in buona fede A. BARTOLINI, *Annullamento d’ufficio e sorte del contratto: il caso degli interest rate swaps*, in *Urb. app.*, n. 2/2012, pp. 201 ss.. Per una critica sull’automaticità della caducazione del contratto a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione si rinvia a F.G. SCOCA, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto*, in *giustamm.it*, 2007; nonché A. BARTOLINI, *op. cit.*, pp. 201 ss.

di cui al citato art. 134 del codice preclude, di conseguenza, l'esercizio della revoca. Se infatti, 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)³².

In altri termini, l'impossibilità di esercitare la revoca viene ad essere ricollegata alla presenza di una disciplina speciale – quella sul recesso attualmente disciplinata dall'art. 109, D.Lgs. n. 50/2016 – che presenta i medesimi presupposti e gli stessi effetti sul contratto del potere pubblicistico di revoca disciplinato dall'art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990.

La stessa Adunanza Plenaria, nella medesima decisione, ha svolto alcune considerazioni in ordine al potere di annullamento d'ufficio, affermando che "resta impregiudicata, nell'inerenza all'azione della pubblica amministrazione dei poteri di autotutela previsti dalla legge, la possibilità dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto, ai sensi dell'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, nonché concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso"³³.

Occorre tuttavia considerare che detta affermazione si ancorava a due presupposti.

Il primo, espressamente richiamato nella decisione, era costituito dall'art. 1, comma 136, L. n. 311/2004 (Legge finanziaria 2005)³⁴, norma successivamente abrogata dalla cd. riforma Madia³⁵, che stabiliva la possibilità per la P.A. di annullare i provvedimenti amministrativi incidenti su rapporti contrattuali con i privati, con due ordini di limiti: uno di carattere temporale - disponendo che tale annullamento d'ufficio potesse avvenire entro il limite massimo di tre anni dall'adozione del provvedimento - ed uno di carattere economico, atteso che il ricorso al potere d'autotutela "deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale". Dunque, l'abrogata disposizione – oltre a fissare dei presupposti specifici per dare luogo

³² Cons. Stato, Ad. Plen., 20.06.2014, n. 14. Tra le numerose successive pronunce conformi cfr. Cons. Stato, Sez. III, 22.02.2017, n. 838; Cons. Stato, Sez. III, 17.02.2021, n. 1455.

³³ Il riferimento è nuovamente alla nota sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 14/2014. che, al riguardo, richiama i seguenti precedenti conformi: Cass. civ., Sez. Un., 08.08.2012, n. 14260; Cons. Stato, Sez. III, 23.05.2013, n. 2802; Cons. Stato, Sez. V, 7.09.2011, n. 5032; Cons. Stato, Sez. V, 4.01.2011, n. 11; Cons. Stato, Sez. V, 9.04.2010, n. 1998.

³⁴ In base al quale "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 dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante"

³⁵ E, in particolare, dall'art. 6, comma 2, L. 7 agosto 2015, n. 124

all'annullamento - stabiliva che lo stesso annullamento del provvedimento amministrativo determinasse conseguenze sul "rapporto contrattuale", nei termini di una "cessazione degli effetti" dello stesso.

Il secondo – che pur non essendo espressamente richiamato deve ritenersi, sulla base dell'iter argomentativo della decisione, certamente considerato dal Supremo Consesso - era, al contrario di quanto rilevato per il "binomio" revoca / recesso, l'insussistenza di una disciplina speciale concernente la fase di esecuzione del contratto che avesse i medesimi presupposti e i medesimi effetti dell'annullamento d'ufficio di cui all'art.21 *nonies*, L. n. 241/1990, anche in considerazione delle fattispecie di risoluzione del contratto all'epoca disciplinate dagli artt. 135 e 136, D.Lgs. n. 163/2006 (su cui si tornerà subito di seguito).

A tale riguardo, si osserva che entrambi tali presupposti sono venuti meno, perché da un lato la disposizione di cui alla L. n. 311/2004 è stata, come detto, abrogata; d'altra parte, la disciplina relativa alla risoluzione dei contratti pubblici ha subito – nel corso degli ultimi anni – notevoli modificazioni, venendo ad includere anche fattispecie che sembrano attenere ad ipotesi di vera e propria autotutela pubblicistica. Pertanto, se l'abrogazione della disposizione pubblicistica di cui alla Legge finanziaria del 2005 da parte della riforma Madia fa venir meno una norma speciale, ma non esclude espressamente che la "caducazione" del contratto possa derivare dall'esercizio del potere di annullamento d'ufficio sull'aggiudicazione (come confermato dalla giurisprudenza successiva), il rapporto tra annullamento d'ufficio e disciplina speciale relativa alla sorte del contratto in corso di esecuzione sembra presentare profili problematici e meritare uno specifico approfondimento.

3. La disciplina "speciale" sulla risoluzione dei contratti pubblici

3.1. La normativa recata dal previgente Codice e dalle Direttive europee del 2014

Nonostante il Codice dei contratti pubblici non contenga una disciplina speciale dell'esercizio del potere di autotutela una compiuta disamina del rapporto tra potere di autotutela e sorte del contratto non può prescindere dalle disposizioni in materia di risoluzione dei contratti d'appalto dettate dal medesimo Codice.

Ciò in quanto esse recano una "disciplina speciale" relativa ad ipotesi di risoluzione contrattuale che in realtà, come si vedrà di seguito, presentano i tratti dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

Al riguardo, al fine di evidenziare i tratti salienti dell'evoluzione della disciplina, appare preliminarmente opportuno compiere un breve *excursus* concernente le disposizioni del previgente codice De Lise (D.Lgs. n. 163/2006) e delle direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014, recepite in ambito nazionale tramite il vigente Codice dei contratti pubblici.

In particolare, il Codice De Lise disciplinava - oltre all'ipotesi di recesso unilaterale dal contratto d'appalto da parte della P.A.³⁶ - le seguenti fattispecie di risoluzione del contratto d'appalto:

- risoluzione discrezionale del contratto, qualora nei confronti dell'appaltatore fosse intervenuta l'emanazione di un provvedimento definitivo di applicazione di una misura di prevenzione ai sensi della normativa antimafia all'epoca vigente³⁷ o l'adozione di una sentenza passata in giudicato per frodi nei confronti della stazione appaltante, dei subappaltatori, dei fornitori, dei lavoratori o dei soggetti comunque interessati ai lavori nonché per violazione degli obblighi concernenti la sicurezza sul lavoro (art. 135, comma 1);
- risoluzione obbligatoria del contratto a seguito della decadenza dell'attestazione SOA necessaria per la realizzazione dei lavori - risultante dal casellario informatico dell'Avcp (ora Anac) - in ragione della produzione, da parte dell'appaltatore, di falsa documentazione o di dichiarazioni mendaci (art. 135, comma 1-bis);
- risoluzione discrezionale in caso di grave inadempimento da parte dell'appaltatore rispetto agli obblighi contrattualmente assunti (art. 136, commi 1-3);
- risoluzione discrezionale in ipotesi di ritardo nei lavori a causa di negligenza da parte dell'appaltatore rispetto al programma dei lavori (art. 136, commi 4-6).

Quanto alle conseguenze economiche dell'intervenuta risoluzione, la previgente disciplina specificava che, in caso di risoluzione per reati accertati e per revoca dell'attestazione SOA, l'appaltatore aveva diritto al solo pagamento dei lavori regolarmente eseguiti, decurtato di eventuali "oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto"³⁸.

In relazione alle ipotesi di risoluzione per grave inadempimento e ritardo nei lavori, invece, il medesimo Codice del 2006 disponeva che l'importo da liquidare dovesse essere individuato dall'organo di collaudo o dal RUP tenendo conto dei lavori già eseguiti dall'appaltatore inadempiente e ferma restando la necessità di imputare in capo a quest'ultimo le maggiori spese sostenute dalla P.A. per l'individuazione di

³⁶ Si veda il previgente art. 134, D.Lgs. 163/2006, in base al quale "1. La stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite. 2. Il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta, e l'ammontare netto dei lavori eseguiti. 3. L'esercizio del diritto di recesso è preceduto da formale comunicazione all'appaltatore da darsi con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori ed effettua il collaudo definitivo. 4. I materiali il cui valore è riconosciuto dalla stazione appaltante a norma del comma 1 sono soltanto quelli già accettati dal direttore dei lavori prima della comunicazione del preavviso di cui al comma 3. 5. La stazione appaltante può trattenere le opere provvisorie e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili. In tal caso essa corrisponde all'appaltatore, per il valore delle opere e degli impianti non ammortizzati nel corso dei lavori eseguiti, un compenso da determinare nella minor somma fra il costo di costruzione e il valore delle opere e degli impianti al momento dello scioglimento del contratto. 6. L'appaltatore deve rimuovere dai magazzini e dai cantieri i materiali non accettati dal direttore dei lavori e deve mettere i predetti magazzini e cantieri a disposizione della stazione appaltante nel termine stabilito; in caso contrario lo sgombero è effettuato d'ufficio e a sue spese".

³⁷ Ovvero gli artt. 3 e ss. della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, e gli artt. 2 e ss. della legge 31 maggio 1965, n. 575.

³⁸ Secondo quanto disposto dal previgente art. 135, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006.

una nuova impresa cui affidare i lavori, qualora la stazione appaltante non si fosse avvalsa della facoltà di scorrere la graduatoria definitiva stilata in sede di gara ex art. 140 del medesimo Codice³⁹.

La disciplina è stata, poi, “integrata” da quella introdotta a livello europeo tramite gli artt. 44 della direttiva UE n. 23/2014, 73 della direttiva UE n. 24/2014 e 90 della direttiva UE n. 25/2014. In particolare, l’art. 73 della direttiva n. 24 (direttiva generale appalti, omologo a quelli delle altre due direttive), stabilisce che “*gli Stati membri assicurano che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la possibilità, almeno nelle seguenti circostanze e alle condizioni stabilite dal diritto nazionale applicabile, di risolvere un contratto pubblico durante il periodo di validità dello stesso, qualora:*

- a) il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell’articolo 72;*
- b) l’aggiudicatario si è trovato, al momento dell’aggiudicazione dell’appalto, in una delle situazioni di cui all’articolo 57, paragrafo 1, e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura d’appalto;*
- c) l’appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato all’aggiudicatario in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati e dalla presente direttiva come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell’Unione europea in un procedimento ai sensi dell’articolo 258 TFUE”.*

Dunque, le disposizioni eurounitarie prevedono che “*almeno nelle ... circostanze*” ivi indicate – e dunque sembrerebbe consentito agli Stati membri di individuare anche ulteriori ipotesi - la legislazione nazionale deve prevedere per le stazioni appaltanti la facoltà di “*porre fine ai contratti*”⁴⁰ in corso di esecuzione.

La finalità di tale previsione, come si desume dal considerando n. 112 della medesima Direttiva 24, è quella di assicurare il rispetto degli obblighi derivanti dal diritto dell’Unione⁴¹.

3.2. La disciplina del Codice dei contratti pubblici: la risoluzione dei contratti di appalto di cui all’art. 108 del D.Lgs. n. 50/2016. La “imperfetta traslazione” della normativa europea nel nuovo Codice

Le disposizioni di carattere eurounitario in precedenza richiamate sono state recepite nel nostro ordinamento dal Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50/2016 attraverso gli artt. 108 (“risoluzione” del contratto di appalto) e 176 (“Cessazione, revoca d’ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro” nella concessione).

In particolare, il comma 1 dell’art. 108 - che recepisce le fattispecie di risoluzione previste dall’art. 73 della direttiva UE n. 24/2014 - individua le ipotesi di risoluzione cd. facoltativa, ovvero quelle in cui la stazione

³⁹ Cfr. art. 138, comma 3, D.Lgs. n. 163/2006.

⁴⁰ Il testo della disposizione nella versione inglese parla di possibilità “*to terminate a public contract during its term*”.

⁴¹ Cfr. M.A. SANDULLI, M. SINISI; *Risoluzione e autotutela pubblicistica*, in M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, IV, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 389 ss. in part. pp. 406 ss.

appaltante ha la facoltà di procedere alla risoluzione del contratto, che si concretizzano in caso di sussistenza:

- i) di una modifica sostanziale del medesimo contratto, che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 106 del Codice (art. 108, comma 1, lettere a e b);
- ii) al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, di una delle fattispecie espulsive tassativamente previste dall'art. 80, comma 1 del Codice in capo al soggetto poi risultato aggiudicatario (art. 108, comma 1, lettera c);
- iii) di una "grave violazione" degli obblighi previsti dai Trattati europei, accertata dalla Corte di giustizia nell'ambito di un procedimento ai sensi dell'art. 258 del Trattato sul funzionamento dell'UE, che - qualora conosciuto all'epoca dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione - avrebbe precluso la possibilità di aggiudicare il medesimo appalto (art. 108, comma 1, lettera d).

Il secondo comma del citato art. 108 individua invece le fattispecie di risoluzione c.d. obbligatoria del contratto, ovvero le ipotesi - che hanno sostanzialmente natura decadenziale - in cui la stazione appaltante è tenuta, senza alcun margine di discrezionalità, a sciogliersi dal vincolo contrattuale.

Si tratta, in particolare, di due ipotesi specifiche, ovvero: la decadenza dell'attestazione a seguito della produzione da parte dell'operatore economico di dichiarazioni mendaci o documentazione non veritiera (art. 108, comma 2, lettera a); nonché l'intervento, durante il periodo di esecuzione dell'appalto, di una misura di prevenzione prevista dal Codice antimafia⁴² o di una sentenza di condanna passata in giudicato per uno dei reati elencati nell'art. 80 del Codice (art. 108, comma 2, lettera b).

Tale categoria di ipotesi risolutorie c.d. obbligatorie si pone in linea di continuità con l'art. 135 del previgente Codice, pur con alcune differenze.

In particolare, con riferimento alla risoluzione fondata sull'accertamento giudiziale del compimento di alcuni reati, le novità del D.Lgs. n. 50/2016 risultano di sicuro rilievo, in quanto da un lato la disposizione ha introdotto un richiamo ai reati previsti dall'art. 80 del Codice, superando la previgente impostazione che era fondata sulla previsione di cui all'art. 135, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006 di un "catalogo" autonomo (e più limitato) di reati rilevanti ai fini della risoluzione⁴³; dall'altro, mentre la previgente normativa configurava come facoltativa la risoluzione a seguito delle sentenze di condanna passate in giudicato "*in relazione allo stato dei lavori e alle eventuali conseguenze nei riguardi delle finalità dell'intervento...*" - l'art.

⁴² Ovvero il D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

⁴³ Ovvero i seguenti reati: "...delitti previsti dall'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 320 del codice penale, nonché per reati di usura, riciclaggio nonché per frodi nei riguardi della stazione appaltante, di subappaltatori, di fornitori, di lavoratori o di altri soggetti comunque interessati ai lavori, nonché per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro..." (cfr. art. 135, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006, ora abrogato).

108, D.Lgs. n. 50/2016, a fronte di una intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato, configura la risoluzione del contratto come una conseguenza di carattere obbligato.

La medesima disposizione prevede poi, al comma 3, un'ulteriore fattispecie di risoluzione, che ricorre qualora la stazione appaltante accerti l'esistenza di gravi irregolarità nell'esecuzione del contratto, tali da compromettere la buona riuscita della commessa, o di ritardi nell'esecuzione riconducibili ad una condotta negligente da parte dell'appaltatore: in tali ipotesi, a seguito di un confronto procedimentale tra la P.A. e l'esecutore, la stazione appaltante ha la possibilità di risolvere il contratto, seguendo l'iter procedimentale previsto dal medesimo art. 108 del Codice.

Al di là dell'equivoco tenore letterale della disposizione - in base alla quale, in presenza di gravi violazioni degli obblighi contrattualmente assunti dall'appaltatore, l'Amministrazione «*dichiara risolto il contratto*» quasi a configurarsi come una fattispecie di risoluzione obbligatoria - si ritiene che la risoluzione per grave inadempimento vada inquadrata quale strumento di natura privatistica e rappresenti «*una forma di autotutela contrattuale riconosciuta alla pubblica amministrazione che incide sul diritto soggettivo del contraente privato*»⁴⁴.

Infine, quanto alle conseguenze economiche della risoluzione il comma 5 dell'art. 108 specifica che, qualora la stazione appaltante ricorra a tale istituto, l'esecutore della commessa ha diritto al pagamento delle prestazioni regolarmente eseguite, decurtato dagli «*oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto*», ovvero i danni subiti dall'Amministrazione in ragione delle maggiori spese eventualmente sostenute per affidare la commessa a una nuova impresa.

La disposizione si presta a numerosi rilievi.

Innanzitutto, si osserva che la norma - come evidenziato dal Consiglio di Stato⁴⁵ - è frutto della giustapposizione in un unico articolo di disposizioni che, nel previgente Codice, erano racchiuse in distinti articoli. A tali previsioni, poi, sono state aggiunte ulteriori ipotesi di risoluzione aventi una chiara derivazione eurounitaria. Ne è derivata una norma che - nonostante appaia particolarmente diffusa - non può comunque ritenersi «*esaustiva*» della disciplina in materia di risoluzione dei contratti d'appalto, atteso che esistono altri casi di risoluzione non contemplati dalla disposizione, tra i quali possiamo ricordare, in

⁴⁴ Cons. Stato, Sez. V, 19.04.2019, n. 2543, con cui il Supremo Consesso ha ribadito che le controversie inerenti il provvedimento di risoluzione contrattuale per grave inadempimento rientrano nell'alveo della giurisdizione ordinaria. Sul cfr. anche Cons. Stato, Ad. Plen., 2.04.2020, n. 10 che, in un *obiter dictum*, ribadisce la natura privatistica dell'istituto. Cfr. anche TAR Lazio-Roma, Sez. II ter, 2.02.2021, n. 1361. Dalla rilevata natura privatistica di tale tipologia di risoluzione - volta, come detto, a consentire alla P.A. di risolvere un determinato contratto a fronte di un inadempimento della controparte - dovrebbe discendere anche la natura non obbligatoria del ricorso al suddetto strumento da parte della P.A., trattandosi di strumento negoziale. In dottrina cfr. S. BUFARDECI, *L'esecuzione dei contratti pubblici*, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 470 ss.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici dopo il correttivo approvato con D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56*, Nel Diritto Editore, Roma, 2017, pp. 876 ss.; A.M. GIAMPAOLINO, F. GOGGIAMANI, *Risoluzione e recesso*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, *op. cit.* pp. 367 ss.

⁴⁵ Cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., n. 00855/2016 *cit.*

via esemplificativa, quello di cui all'art. 3, comma 9-bis della legge n. 136/2010, in base alla quale la stazione appaltante è legittimata a risolvere il contratto d'appalto qualora l'esecutore violi le disposizioni in materia di tracciabilità dei flussi finanziari.

Sotto altro profilo, si rileva la sussistenza di un'incongruenza tra quanto stabilito dal comma 1, lettera c) - nella parte in cui prevede una facoltà della stazione appaltante di risolvere il contratto qualora l'aggiudicatario si trovasse, al momento dell'aggiudicazione, in una delle situazioni di cui all'art. 80, comma 1 del Codice - e quanto disposto dal successivo comma 2, lett b), che prevede un'ipotesi di risoluzione obbligatoria a fronte dell'intervento di una condanna passata in giudicato per uno qualsiasi dei reati elencati nell'art. 80 del Codice, nel corso dell'esecuzione del contratto.

Ed infatti, da un lato non appare del tutto comprensibile la ragione di tale differente formulazione - atteso che gli unici reati individuati dall'art. 80 sono quelli del comma 1 - mentre, dall'altro, a fronte della necessaria sussistenza di una condanna passata in giudicato che accerti l'effettiva commissione di uno dei suddetti reati, non risulta chiaro quale sia la reale portata applicativa della fattispecie di risoluzione facoltativa di cui al primo comma dell'art. 108⁴⁶.

In particolare, sembra che la norma, in maniera irragionevole, preveda che, se la condanna di cui al comma 1 dell'art. 80 sussiste al momento dell'aggiudicazione, l'Amministrazione può risolvere il contratto; se invece la condanna sopravviene in corso di esecuzione, la stessa stazione appaltante deve procedere in tal senso.

Tuttavia, il profilo di maggior interesse ai fini del presente contributo risiede nell'inquadramento sistematico delle fattispecie risolutorie c.d. facoltative individuate dal citato comma 1 dell'art. 108, che ha recepito le previsioni di cui alle Direttive eurounitarie del 2014; e ciò in considerazione delle differenze tra le fattispecie relative a modifiche contrattuali previste dalle lettere a) e b) e le ipotesi di risoluzione di cui alle successive lettere c) e d).

Come detto, le fattispecie di cui alle lettere a) e b) concernono l'esistenza di modifiche sostanziali al contenuto del contratto intervenute in corso di esecuzione, tali da alterarne l'equilibrio sinallagmatico oppure idonee a variarne l'oggetto. Si tratta, quindi, di fattispecie connesse a fatti sopravvenuti rispetto alla stipula del contratto che si avvicinano, anche sul piano teleologico, alla risoluzione privatistica conseguente ad una modifica dello stato di fatto imprevedibile a priori o ad una sopravvenuta eccessiva

⁴⁶ In altri termini, a seguito di una condanna definitiva per uno dei reati indicati nell'art. 80, comma 1 del Codice si ritiene che la stazione appaltante dovrebbe comunque ritenersi obbligata a recedere dal contratto già stipulato con l'aggiudicatario ai sensi di quanto previsto dal secondo comma dell'art. 108. Non è, quindi, agevole comprendere in che ipotesi troverebbe applicazione la risoluzione facoltativa di cui al primo comma del medesimo art. 108, salvo a voler ritenere - ma appare francamente poco convincente - che la risoluzione facoltativa possa trovare applicazione anche in ipotesi di accertamento della commissione di uno dei reati di cui all'art. 80, comma 1, con sentenza non ancora definitiva.

onerosità del contratto ex art. 1467 c.c.⁴⁷. Al contempo, in tali ipotesi, il ricorso alla risoluzione del contratto è configurato dalla norma come facoltativo e, dunque, rimesso ad una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante. La natura delle predette ipotesi di risoluzione risulta, dunque, di tipo “ibrido”, essendovi una commistione tra elementi tipici della risoluzione privatistica (modifica del sinallagma contrattuale) e quelli della risoluzione pubblicistica, considerando che trattasi di facoltà demandata alla pubblica Amministrazione a fronte di modifiche al contratto d'appalto che travalicano i limiti normativamente previsti dall'art. 106 del Codice.

Quanto alle fattispecie di risoluzione facoltativa contemplate dal comma 1, lettere c) e d) dell'art. 108, si osserva che esse concernono ipotesi in cui la gara è stata inficiata da illegittimità che, in astratto, ne avrebbero comportato l'annullamento qualora fossero state tempestivamente riscontrate dalla stazione appaltante.

Si tratta, dunque, di fattispecie di derivazione europea, introdotte nell'articolo in esame in quanto configurate dal legislatore eurounitario come ipotesi di «*termination of contracts*»⁴⁸, ma che, nel vigore del Codice del 2006, sarebbero ricadute nell'ambito della disciplina dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, trattandosi di casi in cui la stazione appaltante, avvedutasi di un vizio di legittimità del provvedimento conclusivo della procedura di gara, lo rimuove in autotutela.

Dette fattispecie, dunque, sembrano costituire due ipotesi di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990, atteso che, a fronte della sussistenza di illegittimità del procedimento amministrativo e del suo provvedimento finale, la P.A. procede ad annullare - benché in via implicita - l'aggiudicazione viziata, caducando il contratto d'appalto *medio tempore* stipulato⁴⁹.

Ciò sembra, d'altronde, trovare testuale conferma nel comma 1-bis del medesimo art. 108, nella parte in cui – riferendosi, seppur in maniera quantomeno imprecisa, a tutte le ipotesi di risoluzione facoltativa si cui al comma 1, senza distinzione tra quelle che sopravvengono in corso di esecuzione e quelle che attengono invece a vizi della fase di gara – prevede l'inapplicabilità del termine di dodici mesi fissato dall'art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990, per esercitare il potere di annullamento d'ufficio, a riprova che, almeno nelle fattispecie di cui alle lett. c) e d), il potere discrezionale esercitato dalla P.A. può correttamente

⁴⁷ La norma risponda nel caso di specie anche ad esigenze di tipo pubblicistico, ovvero di evitare l'elusione della regola della gara.

⁴⁸ Il legislatore eurounitario utilizza un approccio di tipo sostanziale e non dogmatico, individuando l'effetto finale che deve realizzarsi sul contratto in presenza di determinati presupposti, lasciando ai legislatori nazionali in sede di recepimento, l'onere di coordinare le norme UE con le peculiarità di ciascun ordinamento nazionale.

⁴⁹ Sulla natura pubblicistica e sulla riconducibilità all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, cfr. R. DE NICTOLIS, *L'autotutela provvedimento di annullamento*, cit., pp. 25 ss., che ritiene che «*sebbene gli artt. 108 e 176 del codice n. 50/2016 usino l'espressione “risoluzione” di diretta derivazione europea, sembra trattarsi di una vera e propria autotutela provvedimento*» (p. 25). In tal senso cfr. anche M.A. SANDULLI, M. SINISI, *op. cit.*, pp. 406 ss.; *contra* G. GALLONE, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico*, Dike, Roma, 2018

qualificarsi quale un potere di autotutela pubblicistica che concerne la legittimità del provvedimento di aggiudicazione.

Tale disposizione, d'altronde, pur rendendo “precaria” la posizione del contraente privato - soggetto alla possibile risoluzione del contratto anche dopo il decorso del termine ordinariamente previsto per annullare in autotutela l'aggiudicazione - appare controbilanciata dalla previsione, recata dallo stesso art. 108 del Codice, secondo cui in tali ipotesi il contratto perde la propria efficacia con effetti *ex nunc*, con conseguente diritto per l'aggiudicatario a vedersi riconosciuto il pagamento delle prestazioni rese sino al momento dell'intervenuta risoluzione.

Si ritiene, in definitiva, che le fattispecie da ultimo richiamate debbano essere qualificate alla stregua di peculiari ipotesi di «*risoluzione in autotutela*»⁵⁰ dei contratti pubblici in corso di esecuzione, ovvero delle risoluzioni contrattuali che traggono origine dall'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione, su cui si fonda la stipula del contratto medesimo.

3.3. La disciplina in materia di “cessazione delle concessioni” di cui all'art. 176, D.Lgs. n. 50/2016

Come noto, una delle principali novità introdotte dal Codice dei contratti pubblici è costituita dalla previsione di una “*disciplina sistematica delle concessioni di beni e servizi*”⁵¹.

Con riferimento alla tematica del presente lavoro, deve rilevarsi che la disciplina soprarichiamata di origine comunitaria di cui all'art 44 della Direttiva n. 2014/23/UE relativa alla “*termination of concessions*”, è stata recepita (ed integrata) dal legislatore nazionale attraverso l'art. 176, D.Lgs. n. 50/2016.

In particolare, il primo comma di tale disposizione esplicita le circostanze al ricorrere delle quali la Pubblica Amministrazione ha la facoltà - per utilizzare il linguaggio del legislatore eurounitario - di “terminare” una concessione durante il periodo della sua vigenza, ovvero:

- a) qualora il concessionario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara in ragione della carenza di uno dei requisiti di carattere generale individuati dall'art. 80 del Codice;
- b) nel caso in cui la stazione appaltante abbia violato - con riferimento al procedimento di aggiudicazione della concessione in essere- il diritto UE, come accertato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 258 TFUE, in quanto il concessionario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara;

⁵⁰ Locuzione già da tempo in uso da parte del Giudice amministrativo (cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, 29.02.2012, n. 227) che, tuttavia sembra poter assumere una nuova e più attuale connotazione (si veda, al riguardo, la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 6 maggio 2020, n. 2864).

⁵¹ Cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., n. 855/2016 *cit.*

c) qualora la concessione abbia subito, dopo la sua stipula, una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione ai sensi di quanto disposto dall'art. 175, comma 8 del Codice.

Il comma 2 - in maniera speculare a quanto previsto, per i contratti d'appalto, dal secondo comma dell'art. 108 del Codice - esclude l'applicabilità del limite temporale di dodici mesi, entro cui la P.A. può ricorrere al proprio potere di autotutela ai sensi dell'art. 21 *nonies* della L.n. 241/1990.

Il terzo comma, poi, introduce un espresso *discrimen* nella disciplina applicabile alle ipotesi di cessazione delle concessioni, specificando che i commi 4 e seguenti dell'art. 176 - relativi al regime degli indennizzi dovuti al concessionario - trovano applicazione nei soli casi di cessazione derivante da inadempimento non imputabile all'aggiudicatario, con la precisazione, recata dal successivo comma 7, che nel caso la concessione venga meno in ragione di un inadempimento del concessionario, trova applicazione il regime ordinario⁵², ovvero quello previsto dall'art. 1453 del codice civile.

Evidenti appaiono le incongruenze della disposizione in esame in particolare per ciò che concerne l'inquadramento sistematico delle ipotesi di "cessazione" della concessione ivi individuate⁵³.

In primo luogo, si rileva l'eterogeneità delle fattispecie individuate dal comma 1 della norma.

Da un lato, infatti, vi sono due ipotesi di cessazione della concessione per illegittimità "originaria" del provvedimento di aggiudicazione, discendenti dunque da circostanze temporalmente precedenti alla stipula del contratto di concessione, ovvero la carenza dei requisiti di cui all'art. 80 in capo al concessionario (lett. a) o, comunque, l'illegittima mancata esclusione di quest'ultimo dalla procedura, accertata dalla CGUE (lett. b).

Dall'altro lato, invece, l'ipotesi di cui alla lettera c) attiene ad eventi successivi alla stipula del contratto, essendo *ex lege* ricollegata ad una modifica intervenuta nel corso della sua esecuzione e - benché di carattere facoltativo come tutte le fattispecie di cui al comma 1 - si avvicina ad una fattispecie di decadenza, trattandosi di una cessazione della concessione i cui presupposti sono individuati dalla norma; sicché il relativo provvedimento, benché adottato all'esito di una valutazione di carattere discrezionale quanto all'*an*, risulta privo di margini di discrezionalità quanto ai presupposti.

⁵² Ciò attesta anche con riferimento alle concessioni pubbliche il principio più volte espresso dalla Corte Costituzionale, secondo cui la posizione delle parti - pubblica e privata - dopo la stipula del contratto è di parità soltanto «*in senso tendenziale*» (cfr. Corte Cost., sentenze nn. 43 e 53 del 2011), atteso che la P.A. assume in ogni caso una posizione differenziata rispetto al privato, essendo comunque dotata di poteri e facoltà non riconducibili alla disciplina civilistica.

⁵³ Ovvero, in estrema sintesi: a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario; b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse; c) un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione.

Delicato risulta l'inquadramento delle fattispecie di cessazione della concessione di cui alle suddette lettere a) e b) in ragione della non precisa formulazione della medesima disposizione.

Come detto, le richiamate fattispecie riguardano casi in cui l'aggiudicazione - quale provvedimento conclusivo del segmento pubblicistico della procedura di gara - risulta illegittima in ragione della carenza in capo all'aggiudicatario dei requisiti di partecipazione: alla luce delle considerazioni svolte in merito alle ipotesi di "risoluzione in autotutela" previste dall'art. 108 del Codice, quindi, sembrerebbe possibile inquadrare tali fattispecie come casi di "cessazione in autotutela" delle concessioni, ovvero di caducazione del contratto di concessione discendente dall'illegittimità dell'aggiudicazione.

Tale ricostruzione, tuttavia, ad un primo esame, sembrerebbe esclusa dallo stesso comma 1 dell'art. 176 che - nell'individuare i presupposti che consentono alla P.A. di caducare un contratto di concessione - specifica che il ricorso alle fattispecie di cessazione ivi previste opera "*fermo restando l'esercizio dei poteri di autotutela*" e, ciò sembrerebbe comportare che le ipotesi contemplate dal comma 1 esulino dal potere di autotutela.

Si ritiene, tuttavia, che detto inciso - di cui, come ovvio, non v'è traccia alcuna nella direttiva di riferimento - sia il frutto di un mero errore di *drafting* normativo, considerando che il contenuto dei successivi commi 2 e 3 conferma che la stazione appaltante, nei casi di cui alle succitate lett. a) e b) dell'art. 176, esercita il potere di autotutela amministrativa.

Ed infatti, non soltanto il comma 2 della disposizione esclude l'applicabilità del termine decadenziale di cui all'art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990 alle predette ipotesi di cessazione della concessione - con ciò confermando, sebbene implicitamente, che in dette fattispecie la P.A. fa effettivamente ricorso ad un implicito potere di autotutela di tipo pubblicistico - ma, soprattutto, il successivo comma 3 dello stesso art. 176 qualifica espressamente come "*annullamento d'ufficio*" le fattispecie di cui alle predette lett. a) e b) del comma 1. Tale espressa qualificazione delle suddette ipotesi - peraltro del tutto simili a quelle di cui al richiamato art. 108, comma 1, lett c) e d), in materia di appalti - conferma che ci troviamo in presenza di casi di autotutela amministrativa oggetto di una disciplina speciale sia in termini di presupposti che di effetti.

In ogni caso, l'inciso di cui al comma 1 conferma quanto meno che il Legislatore ritiene che l'Amministrazione possa esercitare il generale potere di autotutela anche dopo la stipulazione del contratto di concessione, circostanza questa che sembra andare a confutare le tesi dottrinarie che ritengono invece che tale potere non possa più essere esercitato dopo la sottoscrizione del contratto medesimo⁵⁴.

⁵⁴ Cfr. A. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, che afferma che "*con la stipula del contratto l'ambito spaziale di applicabilità del potere di autotutela si esaurisce*" (p. 241).

In definitiva - al di là dell'equivoco tenore letterale della disposizione in commento, che richiederebbe un intervento correttivo da parte del Legislatore - si può affermare, specularmente a quanto già rilevato in relazione al contenuto dell'art. 108 del Codice, che le fattispecie da ultimo richiamate debbano essere inquadrate alla stregua di ipotesi di "cessazione in autotutela" delle concessioni pubbliche in corso di esecuzione e, cioè, dei casi di caducazione della concessione in essere che discendono da un implicito annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione viziata o che comunque traggono origine dall'illegittimità di quest'ultima⁵⁵.

Il profilo da ultimo esaminato, tuttavia, non appare l'unico che necessita di un intervento correttivo - o quantomeno chiarificatorio - da parte del Legislatore.

Si deve infatti segnalare l'evidente disarmonia sussistente tra l'ipotesi di "risoluzione in autotutela" di cui all'art. 108, comma 1, lett. c) e la fattispecie di "cessazione in autotutela" della concessione ai sensi di quanto disposto dall'art. 176, comma 1, lett. a).

Infatti, mentre la disposizione relativa ai contratti d'appalto opera un esclusivo riferimento alla carenza dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80, comma 1 del Codice - che legittima la stazione appaltante a risolvere il contratto d'appalto solo a fronte di una sentenza definitiva di condanna dell'operatore economico per uno dei reati ivi indicati - la disposizione relativa alle concessioni richiama, alla predetta lettera a), l'art. 80 del Codice nel suo insieme.

Di talché, nel caso delle concessioni pubbliche, la "cessazione in autotutela" è possibile non soltanto qualora l'aggiudicatario sia stato destinatario di una condanna per determinati e specifici reati, ma a fronte di qualsivoglia carenza dei requisiti di carattere generale di cui al medesimo art. 80, come - in via esemplificativa - nell'ipotesi di violazioni gravi rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali (art. 80, comma 4).

Si tratta, peraltro, di un'incongruenza che non sembra trovare una reale motivazione, atteso che - a fronte della medesima *ratio* sottesa alle disposizioni di cui ai citati articoli del Codice - non è dato comprendere se esistano, e quali siano, le ragioni di tale regime differenziato, considerata l'unicità dei requisiti di carattere generale individuati - tanto per gli appalti quanto per le concessioni - dall'art. 80 del Codice.

Si segnala, inoltre, che nel caso di annullamento d'ufficio della concessione dipendente "*da vizio non imputabile al concessionario*", questi ha diritto anche ad un indennizzo pari al 10% "*del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione*"⁵⁶. La disposizione sembrerebbe tutelare

⁵⁵ *Contra* si veda, per tutti, M. CERUTI, *L'autotutela amministrativa nelle concessioni pubbliche*, in *Riv. Trim. Appalti*, n. 2/2020, pp. 661 ss. nonché, del medesimo Autore, *La natura contrattuale delle concessioni e la fine della giurisdizione esclusiva sulle concessioni*, in *Giur. It.*, n. 3/2019, pp. 651 ss.

⁵⁶ Art. 176, commi 4 e 7, lett c), del Codice.

l'affidamento incolpevole del contraente; tuttavia essa finisce per uniformare la disciplina dell'annullamento con quella della revoca/recesso e per creare un'ulteriore incongruenza rispetto alla previsione di cui all'art. 108, che si limita a prevedere che, in caso di risoluzione dell'appalto, l'appaltatore ha diritto al solo pagamento delle opere o delle attività già eseguite.

4. Il rapporto tra la disciplina generale sull'annullamento d'ufficio e le fattispecie di “risoluzione e cessazione in autotutela” contenute nel Codice dei contratti pubblici

La circostanza che le disposizioni del Codice dei contratti pubblici prevedano, nei termini che si sono delineati, peculiari ipotesi di “risoluzione in autotutela” o di “cessazione in autotutela” - ovvero delle fattispecie di autotutela pubblicistica con effetti immediati e diretti sui relativi contratti - pone una serie di problemi interpretativi, con riferimento al rapporto tra le suddette ipotesi disciplinate dal Codice ed il generale potere di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, di cui all'art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990.

In primo luogo, dobbiamo prendere atto che, come rilevato da autorevole dottrina⁵⁷, a seguito della trasposizione a livello nazionale delle Direttive sui contratti pubblici del 2014, sono state introdotte nel nostro ordinamento delle ipotesi espresse di autotutela pubblicistica che producono “direttamente” effetti caducatori sul contratto: in altri termini, la caducazione del contratto di appalto o di concessione trae origine da una valutazione dell'Amministrazione in termini di illegittimità dell'atto di aggiudicazione e, a fronte di tale presupposto, l'Amministrazione stessa ha la facoltà e non l'obbligo di far cessare gli effetti del contratto.

Ciò è stato confermato dallo stesso Consiglio di Stato che ha ritenuto che “*si tratta ... di fattispecie che nell'ordinamento nazionale giustificano l'autotutela pubblicistica nella forma dell'annullamento d'ufficio*», espressamente definita tale, del resto, anche dall'art. 176, comma 3, del codice, ... Anche queste nuove ipotesi di “risoluzione” pubblicistica di derivazione comunitaria per vizi originari dell'aggiudicazione, espressione dell'autotutela esercitata dalle stazioni appaltanti ... devono essere ricondotte al generale paradigma dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, con le deroghe strettamente necessarie per il corretto recepimento delle direttive”⁵⁸.

È quindi necessario affrontare la problematica connessa alla perdurante possibilità - o meno - per l'Amministrazione di ricorrere al potere di annullamento d'ufficio dopo la stipulazione del contratto qualora ricorrano fattispecie differenti rispetto a quelle che abbiamo definito di “risoluzione e cessazione in autotutela”.

In altri termini, occorre chiedersi se, nel caso di illegittimità dell'atto di aggiudicazione per vizi differenti rispetto a quelli esplicitamente individuati dalla normativa speciale di riferimento, la P.A. possa comunque

⁵⁷ Cfr. M.A. SANDULLI, M. SINISI, *op. cit.*, che affermano che la fattispecie di cui all'art. 108, comma 1, lett c) “è incontestabilmente inquadrabile nella categoria dell'annullamento dell'aggiudicazione” (p. 409).

⁵⁸ Cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., parere 28 dicembre 2016, n. 2777.

ricorrere all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, con conseguente caducazione del contratto *medio tempore* stipulato.

Ed infatti, a stretto rigore - in considerazione del noto criterio ermeneutico dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* - dovrebbe ritenersi che le ipotesi di cui agli artt. 108 e 176 del Codice, essendo le sole espressamente previste e disciplinate dal Legislatore, siano le uniche fattispecie in cui la Pubblica Amministrazione può ricorrere al proprio potere di autotutela pubblicistica con effetti caducatori sul contratto⁵⁹.

In tal senso, parte della dottrina ha ritenuto che il generale potere di autotutela venga meno a seguito della stipula del contratto, o quanto meno, non produca effetti (diretti) sul contratto medesimo⁶⁰, ponendo particolare enfasi sulla separazione tra la fase pubblicistica e quella civilistica di esecuzione del contratto, confermata dal disposto dell'art. 32, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016 a mente del quale "*l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta*", nonché dalla disciplina introdotta dal D.lgs n. 53/2010 (poi trasfusa nel c.p.a.) che presuppone una scissione tra sorte dell'aggiudicazione e sorte del contratto⁶¹. Tale impostazione potrebbe trovare conforto nei principi enucleati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, nella già citata sentenza n. 14/2014, ha affermato che, una volta stipulato il contratto di appalto, le Pubbliche Amministrazioni, qualora rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma devono esercitare il diritto di recesso disciplinato dal Codice dei contratti⁶², sulla base dell'assunto che l'ambito di applicazione ed i presupposti della norma pubblicistica e di quella speciale sul recesso sostanzialmente coincidono⁶³.

Pertanto, potrebbe sostenersi che, a seguito della positivizzazione delle ipotesi di "risoluzione e di cessazione in autotutela", dopo la stipula del contratto di appalto, la P.A. dovrebbe ritenersi vincolata a ricorrere alle predette disposizioni di carattere speciale senza poter, quindi, esercitare il generale potere di annullamento di cui all'art. 21-*nonies* L. n. 241/1990 con riferimento ad ipotesi diverse da quelle considerate dalla normazione speciale.

Vi sono, tuttavia, molteplici circostanze che inducono a dubitare della condivisibilità di tale soluzione.

In primis, l'art. 108, D.Lgs. n. 50/2016 – come detto - non ha portata esaustiva, nel senso che non individua puntualmente tutte le fattispecie di risoluzione del contratto di appalto previste dal vigente ordinamento⁶⁴

⁵⁹ È questa la conclusione a cui perviene, per il potere di annullamento d'ufficio, G. GALLONE, *op. cit.*, pp. 92 ss.

⁶⁰ Per ragioni di sinteticità sia consentito rinviare, sul punto, a quanto già evidenziato alla precedente nota n. 31.

⁶¹ Cfr. G. GRECO, *op. cit.*

⁶² Sul punto, cfr. L. TARANTINO, *L'inefficacia del contratto pubblico*, in *Urb. app.*, n. 4/2017, pp. 584 ss.

⁶³ Afferma infatti l'Adunanza Plenaria nella richiamata decisione che "*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)*".

⁶⁴ Cfr. *supra* par. 3.1.

e comunque le ipotesi ivi contemplate non “coprono” lo spazio di applicazione del potere di annullamento d’ufficio dell’aggiudicazione che concerne tutti i vizi di legittimità afferenti al procedimento di gara.

Dunque, sembra doversi escludere la possibilità che il potere di autotutela, in materia di contratti pubblici, possa ritenersi limitato alle sole ipotesi di “risoluzione e cessazione in autotutela” espressamente previste dal Codice dei contratti.

Ciò, peraltro, sembra confermato anche dalla “genesì” degli art. 108 e 176 che - come evidenziato dal Consiglio di Stato⁶⁵ - costituiscono una sorta di “collage” di ipotesi aventi natura giudica eterogenea, circostanza quest’ultima che attesta come tali disposizioni non rechino una disciplina esaustiva ed organica del potere di “caducazione” dei contratti pubblici per vizi afferenti alla fase di gara.

Inoltre, lo stesso tenore letterale della previsione dell’art. 176, commi 1 e 3, D.Lgs. n. 50/2016 conferma che il Legislatore ritiene comunque esercitabile il potere di annullamento d’ufficio sui contratti in essere anche al di là dalle ipotesi ivi contemplate.

Infine, si osserva, sul piano sistematico, che un’interpretazione restrittiva – che ritenesse che le fattispecie di “risoluzione e cessazione in autotutela” esauriscano i casi in cui la P.A. possa esercitare il potere di annullamento d’ufficio dell’aggiudicazione dopo la stipula del contratto - porterebbe a conseguenze irragionevoli, in quanto consentirebbe all’aggiudicatario di proseguire nell’esecuzione del contratto anche in ipotesi di carenza *ab origine* dei requisiti di partecipazione alla gara, attesa la portata limitata dalla previsione di cui all’art. 108, comma 2, lett c) che, come detto, fa riferimento esclusivo alle ipotesi di cui all’art. 80, comma 1, del Codice.

Ed infatti, nel caso in cui la stazione appaltante - nel corso dell’esecuzione del contratto d’appalto già stipulato - venisse a conoscenza del fatto che l’aggiudicatario era privo dei requisiti di partecipazione alla procedura sin dall’inizio, non potrebbe ricorrere né al disposto del secondo comma dell’art. 108, che prevede la decadenza del contratto in caso di perdita dei requisiti dopo la stipula del contratto stesso, né a quanto previsto dal primo comma della medesima disposizione, che non contempla l’ipotesi di originaria carenza dei requisiti di partecipazione, anche di carattere tecnico o economico, tra le fattispecie che legittimano la P.A. ad annullare in autotutela l’aggiudicazione (richiamando, come detto, il solo art. 80, comma 1, del Codice).

A fronte di una tale situazione, quindi, la stazione appaltante, a tutela del pubblico interesse alla realizzazione a regola d’arte della commessa pubblica - anche in relazione al corretto utilizzo del danaro pubblico - non potrebbe che far ricorso al generale potere d’annullamento d’ufficio di cui all’art. 21-*nomies*, L. n. 241/1990.

⁶⁵ Cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., n. 855/2016 *cit.*

Ciò, d'altronde, a maggior ragione ove si consideri che - come già evidenziato - in caso di contratti di concessione, l'originaria carenza in capo all'aggiudicatario dei requisiti di cui all'art. 80, D.Lgs. n. 50/2016 legittima senza dubbio la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 176 del Codice, a far cessare (in autotutela) il contratto di concessione, di talché una differente disciplina dei contratti pubblici di appalto e concessione finirebbe per creare una non auspicabile, oltre che difficilmente comprensibile, disparità di trattamento tra situazioni tra loro del tutto simili.

Inoltre, l'assenza originaria dei requisiti di partecipazione di carattere economico e tecnico in capo all'aggiudicatario non costituisce fattispecie di risoluzione o cessazione in autotutela dei contratti di appalto e concessione, nonostante la giurisprudenza amministrativa affermi il principio che i requisiti di partecipazione debbano essere posseduti senza soluzione di continuità sin dalla fase procedimentale e per tutta la durata dell'esecuzione del contratto⁶⁶.

Un'ulteriore conferma dell'applicabilità dell'art. 21 *nonies* è data dalla circostanza che la disposizione "speciale" di cui all'art. 1, comma 136, L. n. 311/2004 è stata abrogata dalla stessa Legge Madia⁶⁷, allorché è stato introdotto il termine perentorio generalizzato per l'esercizio del potere di annullamento. Ora, appare ragionevole ritenere che, con tale abrogazione, il Legislatore non abbia voluto eliminare la possibilità di "caducare" i contratti in corso, bensì uniformare la disciplina speciale a quella generale, considerato anche che la stessa disposizione speciale risaliva ad un momento in cui ancora non esisteva una disciplina generale dell'autotutela, introdotta - come noto - nel 2005.

Né si ritiene che possa rilevare in modo determinante - al fine di qualificare le fattispecie di "risoluzione e cessazione in autotutela" come esaustive dell'esercizio del potere di annullamento dell'aggiudicazione dopo la stipula del contratto - la circostanza che, tramite il correttivo del 2017, il Legislatore abbia espunto dal testo dell'art. 108 il richiamo alla possibilità di caducare il contratto a fronte "*di una sentenza passata in giudicato per violazione del presente codice*"⁶⁸.

Si tratta, invero, di disposizione abrogata non per ragioni di carattere sistematico, ma a fronte di uno specifico rilievo formulato al riguardo dal Consiglio di Stato⁶⁹, che aveva osservato che l'inciso - oltre ad essere previsto dal solo art. 108 e non anche dall'art. 176 del Codice - doveva ritenersi pleonastico "*poiché in tale ipotesi il giudicato amministrativo, se ha statuito anche l'inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 121 e 122 c.p.a., deve essere comunque eseguito dalla stazione appaltante, ..., mentre dall'altro lato, se il giudicato amministrativo non ha*

⁶⁶ Cfr., *ex multis*, [Cons. Stato, Sez. V, 14.04.2020, n. 2397](#); Cons. Stato, V, 17.03.2020, n. 1918; Cons. Stato, Sez. V, 16.12.2019, n. 8514

⁶⁷ Art. 6, comma 2, L. n. 124/2015.

⁶⁸ *Contra* G. GALLONE, *op. cit.*, il quale ritiene che "*l'espunzione, per merito del correttivo, dell'ultimo inciso dal testo della lett. d) del comma 1 dell'art. 108 pare... aver definitivamente chiarito l'intenzione da parte del legislatore di costruire la norma in termini di autentica tassatività*" (pag. 96).

⁶⁹ Cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., 16 novembre 2016, n. 2777, espresso in relazione allo "*schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*".

determinato l'inefficacia del contratto, ritenendo che il vizio non sia di tale gravità da incidere sul rapporto contrattuale, la stazione appaltante dovrà, per l'effetto conformativo del giudicato, proseguire nel rapporto”.

In definitiva, per ragioni di tipo sistematico e di coerenza dell'ordinamento e tenuto conto della “genesì” degli artt. 108 e 176, sembra ragionevole ritenere, anche al fine di evitare le incongruenze sopra richiamate, che l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione con conseguente cessazione degli effetti del contratto debba in ogni caso ritenersi possibile anche in ipotesi differenti rispetto a quelle individuate dalle suddette disposizione speciali, trovando la sua base legale nel disposto dell'art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990.

Se, dunque, l'esercizio del generale potere di annullamento d'ufficio può ritenersi ammesso sull'aggiudicazione anche dopo la stipulazione del contratto, è opportuno verificare se esso assuma delle connotazioni peculiari rispetto all'interpretazione che della disciplina generale hanno dato dottrina e giurisprudenza.

5. I presupposti dell'annullamento d'ufficio con riferimento ai contratti pubblici e le relative peculiarità

Come in precedenza evidenziato, le ipotesi di risoluzione di cui agli art. 108, comma 1, lett. c) e d) e di cessazione di cui all' art. 176, comma 1, lettere a) e b) del Codice dei contratti costituiscono fattispecie di esercizio del potere di annullamento, atteso che la risoluzione del contratto presuppone una valutazione dell'Amministrazione in ordine all'illegittimità dell'aggiudicazione e conseguentemente si ritiene che la stazione appaltante dovrebbe ritenersi vincolata al rispetto del dettato dell'art. 21-*nonies*, con conseguente obbligo di indicare idonee ragioni di pubblico interesse sottese alla propria determinazione nonché di tener conto degli interessi dei soggetti coinvolti.

Tale ricostruzione appare idonea a garantire la tutela della posizione del contraente, poiché consente un sindacato giurisdizionale sulla sussistenza in concreto dei presupposti per l'autotutela anche nelle ipotesi previste dai predetti artt. 108 e 176 del Codice dei contratti⁷⁰.

Qualora invece si ritenesse che le ipotesi di “risoluzione e cessazione in autotutela” costituissero risoluzioni contrattuali di stampo civilistico - come nel caso della risoluzione per grave inadempimento del contraente ai sensi dell'art. 108, comma 3 e dell'art. 176, comma 7 del Codice - la scelta discrezionale dell'Amministrazione sarebbe sostanzialmente insindacabile, con la conseguenza che le controversie relative alle risoluzioni “in autotutela” rientrerebbero nella giurisdizione del G.O. che dovrebbe limitarsi

⁷⁰ Lo stesso Consiglio di Stato, nel richiamato parere n. 2777 del 2016, rileva che “secondo le direttive tale forma di “risoluzione” è facoltativa, non doverosa, e questo è coerente con l'assetto nazionale dell'autotutela provvedimento, sempre discrezionale, essendo comunque necessario, oltre al presupposto della violazione di legge, quello ulteriore della sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento (art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990)”.

a verificare la rispondenza dell'intervenuta risoluzione al parametro legale, senza poter valutare la sussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 21 *nonies*.

A fronte di quanto precede, si ritiene - nonostante si tratti di tematica ancora poco affrontata sia a livello giurisprudenziale sia in dottrina - che il potere di autotutela esercitato dalla P.A. nelle suddette ipotesi richieda, in ogni caso ed alla luce dei generali principi dell'ordinamento, la sussistenza dei presupposti individuati dalla normativa generale in *subiecta materia*.

Ciò premesso, occorre esaminare come i presupposti previsti, in termini generali, dal citato art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990 si atteggino nell'ambito della materia dei contratti pubblici.

Al riguardo, la giurisprudenza maggioritaria⁷¹ ha più volte ritenuto pienamente applicabili all'ipotesi di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione dopo la stipula del contratto i principi contemplati dal predetto art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990; conseguentemente, l'esercizio del potere di annullamento deve ritenersi subordinato alla sussistenza di concrete e attuali ragioni di interesse pubblico, che si collocano oltre il mero riscontro del vizio di legittimità che inficia il provvedimento di primo grado, nonché ad una valutazione di prevalenza di dette ragioni sugli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

In proposito, è stato tuttavia osservato che, nel sistema dei contratti pubblici - retto da un complesso di norme di derivazione eurounitaria e come tali vincolanti tanto per il Legislatore quanto per i relativi interpreti - a fronte dell'acclarata illegittimità dell'aggiudicazione per fatti riconnessi al comportamento dell'aggiudicatario⁷², dovrebbe presumersi la sussistenza di un interesse pubblico all'annullamento ed alla rimozione del contratto, dovendosi viceversa procedere alla sola verifica dell'insussistenza di pubblici interessi (prevalenti) che depongano per il mantenimento in essere dell'atto negoziale⁷³.

Infatti, in tali casi l'annullamento d'ufficio trova il proprio fondamento anche nell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza ed alla garanzia della *par condicio competitorum*, ovvero in principi che hanno uno specifico rilievo anche a livello eurounitario.

Tale ricostruzione, peraltro, sembra trovare conforto, da un lato, sotto il profilo di un generale interesse pubblico all'annullamento, nella giurisprudenza che - sebbene con orientamento ancora minoritario - riconosce, in presenza di evidenti carenze soggettive dell'aggiudicatario, l'esistenza di un interesse pubblico in *re ipsa* alla rimozione dell'aggiudicazione viziata⁷⁴ e, dall'altro lato, in relazione alla possibilità

⁷¹ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 22.02.2021, n. 1516; Cons. Stato, Sez. V, 27.04.2015, n. 2104

⁷² Si pensi, ad esempio, alla falsa attestazione in merito al possesso dei requisiti di partecipazione ma anche all'omessa dichiarazione di precedenti penali idonei a mettere in dubbio l'integrità e l'affidabilità del contraente privato.

⁷³ Cfr. M. ALLENA, *op. cit.*, pp.161 ss.. Sull'argomento si rinvia, inoltre, a F. GOISIS, *La breve esperienza delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC ex art. 211, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016: doverosità e funzione di giustizia nella autotutela decisoria*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, pp. 434 ss.; N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa*, in *Federalismi.it*, n. 20/2017, pp. 5 ss.; M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'Anac*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; nonché A. NARCISI, *Autotutela doverosa e art. 21 nonies della l. n. 241/1990*, in *De Iustitia*, n. 4/2018, pp. 5 ss.

⁷⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30.12.2019, n. 8907.

di mantenere in essere il contratto stipulato con l'illegittimo aggiudicatario, nel disposto dell'art. 121 c.p.a. nella parte in cui prevede - a fronte dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione - la possibilità di non dichiarare inefficace il contratto in ragione di “*esigenze imperative connesse ad un interesse generale*”.

In ogni caso, in entrambe le ipotesi, sembra rimanere comunque sullo sfondo la posizione del contraente privato, di cui risulterebbe pur necessaria un'attenta ponderazione ai sensi dell'art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990.

Al riguardo, tuttavia, non appare agevole individuare, a livello tanto teorico quanto pratico, una fattispecie in cui possa ritenersi prevalente l'interesse privato al mantenimento in essere del contratto, e dall'esame della giurisprudenza non sembrano emergere ipotesi in cui l'interesse del privato a svolgere la commessa pubblica sia ritenuto prevalente rispetto all'interesse pubblico a rimuovere dall'ordinamento tanto l'aggiudicazione quanto il contratto medio tempore stipulato.

Occorrerà quindi verificare (di seguito) se la posizione del “destinatario degli effetti” possa assumere rilievo quanto meno con riferimento agli effetti sul contratto stipulato dell'esercizio del potere di annullamento.

Vi è, infine, un'ulteriore questione che merita di essere richiamata, ovvero quella relativa al termine entro cui la P.A. può legittimamente esercitare il potere di annullamento nel settore dei contratti pubblici.

In via preliminare, si osserva che - come già evidenziato nei precedenti paragrafi - sia l'art. 108 che l'art. 176 del Codice specificano espressamente che nelle ipotesi di risoluzione ivi previste non trova applicazione il termine di cui all'art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990, con conseguente compressione della posizione del contraente⁷⁵.

La possibilità di estendere in via analogica l'ipotesi derogatoria di cui agli artt. 108 e 176 del Codice a tutte le fattispecie di autotutela con incidenza sul contratto è stata, tuttavia, recisamente rigettata dalla giurisprudenza, ormai sostanzialmente univoca nel ritenere che il potere di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione soggiaccia, in linea generale, al termine decadenziale fissato dalla legge⁷⁶.

Resta, però, fermo che il medesimo termine, in conformità a quanto previsto dal comma 2 bis della suddetta disposizione, non trovi applicazione, anche nel settore dei contratti pubblici, qualora il provvedimento attributivo dei vantaggi economici, nella specie l'aggiudicazione divenuta efficace ex art. 32, comma 8 del Codice⁷⁷, sia stato ottenuto “*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*”.

⁷⁵ Pur controbilanciata dalla previsione dell'integrale pagamento, ai prezzi pattuiti, delle attività svolte sino al momento in cui la P.A. è ricorsa al potere di “risoluzione in autotutela”, in base a quanto disposto dall'art. 108, comma 5 del Codice dei contratti pubblici.

⁷⁶ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 15.02.2021, nn. 1312 e 1320.

⁷⁷ Si veda Cons. Stato, Sez. V, n. 1312/2021 *cit.*

passata in giudicato”, atteso che la ricorrenza di tali circostanze “*esclude ogni eventuale colpevole inerzia in capo all’Amministrazione procedente nell’esercizio del potere di autotutela*”⁷⁸.

In proposito, la giurisprudenza ha dato un’interpretazione estensiva della portata del comma 2 bis dell’art. 21 *nonies*, affermando sostanzialmente che, sulla base di un’interpretazione costituzionalmente orientata, la rappresentazione erronea e non veritiera della realtà da parte dell’interessato - benché non accertata con sentenza, ma dimostrabile sulla base di riscontri oggettivi da parte della P.A. - comporta l’inapplicabilità del termine decadenziale⁷⁹. Tuttavia, la stessa giurisprudenza ha specificato che il superamento del termine non sarebbe consentito allorché l’(acclarata) erroneità dei presupposti che determinano l’illegittimità del provvedimento risulti imputabile anche a titolo di colpa concorrente all’Amministrazione⁸⁰.

Detta interpretazione, quindi, consente quantomeno di “attenuare” le differenze tra il regime giuridico dell’annullamento d’ufficio sull’aggiudicazione e quello delle ipotesi di risoluzione e cessazione in autotutela di cui all’art. 108, comma 1, lett. b) e c) e comma 1 bis e dell’art. 176, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 50/2016.

Pertanto, dall’analisi svolta emerge che i presupposti delineati dall’art. 21-*nonies* - una volta “calati” nel complesso sistema dei contratti pubblici - assumono connotati peculiari che li distinguono da quelli ordinariamente richiesti per ricorrere al potere di autotutela decisoria di cui è titolare l’Amministrazione.

5.1. Segue: la posizione del secondo classificato, terzo rispetto al contratto

La questione si complica ulteriormente prendendo in considerazione l’ulteriore requisito di cui all’art. 21-*nonies*, ovvero quello concernente la necessità per l’Amministrazione di tenere in debito conto la posizione del controinteressato che, nell’ambito di cui trattasi, è rappresentato dal soggetto classificatosi in seconda posizione nella graduatoria stilata dalla stazione appaltante all’esito della gara. In tale ipotesi – in concreto assai frequente - si pone innanzitutto il problema della possibilità, o meno, per il controinteressato, pur sempre terzo rispetto al contratto *medio tempore* stipulato, di sollecitare l’Amministrazione a ricorrere al

⁷⁸ Così, di recente, T.A.R. Lombardia, Sez. IV, 30.04.2021, n. 1080.

⁷⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15.03.2021, n. 2207 che ha ritenuto che “*il limite temporale dei 18 mesi, introdotto nel 2015, in ossequio al principio del legittimo affidamento con riguardo alla posizione di colui che ha ottenuto un provvedimento autorizzatorio o di attribuzione di vantaggi economici, è dedicato dal legislatore e, quindi, trova applicazione, solo se il comportamento della parte interessata, nel corso del procedimento o successivamente all’adozione dell’atto, non abbia indotto in errore l’amministrazione distortendo la realtà fattuale oppure determinando una non veritiera percezione della realtà o della sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge e se grazie a tale comportamento l’amministrazione si sia erroneamente determinata (a suo tempo) a rilasciare il provvedimento favorevole. Nel caso contrario, non potendo l’ordinamento tollerare lo sviamento del pubblico interesse imputabile alla prospettazione della parte interessata, non può trovare applicazione il limite temporale di 18 mesi oltre il quale è impedita la rimozione dell’atto ampliativo della sfera giuridica del destinatario*”; cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17.05.2019 n. 3192; Sez. IV, 24.04.2019 n. 2645. In dottrina cfr. C.P. SANTACROCE, *Tempo e potere di riesame: l’insofferenza del giudice amministrativo alle briglie del legislatore*, in *Federalismi.it*, n. 21/2018.

⁸⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27.06.2018, n. 3940; Cons. Stato, Sez. V, 8.09.2020, n. 5410; Cons. Stato, Sez. V, 12.04.2021, n. 2971.

proprio potere di annullamento⁸¹, evidenziando le ragioni che, a proprio avviso, determinano l'illegittimità dell'atto di aggiudicazione, con conseguente richiesta di annullare d'ufficio detto provvedimento.

Sul punto – come già anticipato⁸² - la posizione della giurisprudenza appare sostanzialmente univoca nel ritenere che, a fronte della natura discrezionale del potere di autotutela - anche quanto all'*an* - le istanze provenienti dai terzi valgano quale mero sollecito per l'Amministrazione, in alcun modo tenuta a riscontrarle né, tantomeno, ad esercitare il relativo potere⁸³.

Tale posizione deve tuttavia confrontarsi con il complesso di norme che regolano il sistema dei contratti pubblici e, in particolare, le novelle introdotte dal Codice del 2016 che difficilmente consentono di qualificare l'interesse all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione da parte del soggetto terzo, secondo nella graduatoria di gara, come un mero interesse di fatto.

Al riguardo, occorre considerare che, in forza dell'art. 110, D.Lgs. n. 50/2016, in caso di risoluzione del contratto, le stazioni appaltanti *“interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla procedura di gara, risultanti dalla graduatoria”*.

La disposizione, secondo parte della dottrina⁸⁴ e della giurisprudenza⁸⁵, onera - a differenza di quanto previsto dalla normativa previgente⁸⁶ - la stazione appaltante di procedere, in caso di risoluzione, allo scorrimento della relativa graduatoria; altra parte della giurisprudenza, pur ritenendo che la disposizione preveda una mera facoltà per l'Amministrazione, ritiene che sia ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, e una conseguente legittimazione, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara⁸⁷.

⁸¹ In generale, sulla posizione del terzo in relazione all'attività amministrativo-provvedimentale, cfr. L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*, Giappichelli, Torino, 2006.

⁸² Cfr. *supra* par 1.

⁸³ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. III, 3.07.2019, n. 4561.

⁸⁴ Sul punto cfr. A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2018, I, pp. 789 ss.; M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 809 ss.; V. SINISI, *Art. 110 D.Lgs. 50/2016*, in F. CARINGELLA e M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Dike, Roma, 2016, pp. 427 ss.; L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Ipsoa, Milano, 2017, pp. 109 ss.; A. DINI, *La procedura di interpello di cui all'art. 110 del D.lgs. n. 50/2016*, in *Urb. app.*, n. 5/2021, pp. 595 ss.

⁸⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 15.03.2021, n. 2231, che ha ritenuto che la disposizione dell'art. 110 *“impone espressamente di interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, secondo l'ordine risultante dalla relativa graduatoria...per ragioni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa è obbligatorio per la stazione appaltante avvalersi degli esiti della competizione espletata e attenersi alla graduatoria formulata, senza che sia possibile esercizio alcuno di discrezionalità...”*. Sul punto cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 14.06.2021, n. 4619.

⁸⁶ Cfr. art. 140, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006.

⁸⁷ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 02.04.2020, n. 10 che specifica che *“L'esecuzione del pubblico contratto ..., se riguardata infatti anche dal necessario versante del diritto amministrativo e delle norme del codice dei contratti pubblici, che pure la regolano in ossequio ai dettami del diritto dell'Unione, non è una “terra di nessuno”, un rapporto rigorosamente privatistico tra la pubblica amministrazione e il contraente escludente qualsivoglia altro rapporto o interesse, ma è invece soggetta, oltre al controllo dei soggetti pubblici, anche alla verifica e alla connessa conoscibilità da parte di eventuali soggetti controinteressati al subentro o, se del caso, alla riedizione della gara...L'interesse*

In ogni caso, la posizione del secondo classificato ne esce certamente rafforzata, tanto che potrebbe configurarsi come un vero e proprio interesse legittimo all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, alla "caducazione" del contratto con l'illegittimo aggiudicatario ed al correlativo scorrimento della graduatoria, difficilmente qualificabile come interesse di "mero fatto" alla caducazione del contratto in essere (o alla riedizione della gara).

Conseguentemente, l'estensione alla materia dei contratti pubblici dell'orientamento assunto in linea generale dalla giurisprudenza relativamente alla posizione del controinteressato, presenta alcune criticità, in quanto rischia di tralasciare le peculiarità del sistema dei contratti pubblici - incentrato su un particolare rigore normativo - e comporta un'illegittima, e francamente ingiusta, compressione della posizione giuridica che il soggetto qualificatosi al secondo posto nella graduatoria ricopre.

Si deve, tuttavia, considerare la circostanza - spesso evidenziata in sede giurisdizionale a fronte di istanze di autotutela provenienti dal secondo in graduatoria - che tale *modus operandi* potrebbe consentire al controinteressato di eludere il termine per proporre ricorso⁸⁸.

Ciò in quanto - almeno in astratto e fatte salve le peculiarità di casi specifici - il secondo in graduatoria avrebbe gli strumenti per procedere alla tutela della propria posizione giuridica, esercitando il diritto di accesso agli atti e impugnando l'atto di aggiudicazione nel termine decadenziale individuato dall'art. 120, comma 2, c.p.a..

È tuttavia da considerare che il privato - e nella specie il secondo in graduatoria - non ha usualmente le stesse possibilità ed i medesimi strumenti a disposizione dell'Amministrazione⁸⁹, di talché eventuali carenze soggettive dell'aggiudicatario possono emergere anche a distanza di tempo dalla gara, pur se preesistenti rispetto al provvedimento di aggiudicazione.

Occorre dunque interrogarsi sull'effetto prodotto da eventuali richieste di autotutela proposte dal suddetto soggetto sul decorso del termine di legge per proporre ricorso.

Ciò in quanto, se da un lato è del tutto consolidato l'orientamento secondo cui la presentazione di un'istanza di autotutela non è idonea a "paralizzare" il termine entro cui adire il giudice Amministrativo per richiedere l'annullamento dell'aggiudicazione, non si può non rilevare che vi è anche un secondo filone giurisprudenziale, indubbiamente minoritario, che - pur prendendo atto della necessità di garantire il rispetto della natura decadenziale del termine d'impugnativa previsto dall'art. 120 c.p.a. - ha evidenziato

legittimo degli operatori economici nel settore dei rapporti contrattuali e concessori pubblici ha assunto ormai una configurazione di ordine anche solo strumentale, certo inedita nella sua estensione, ma di sicuro impatto sistematico"; cfr. anche Cons. Stato, Sez. III, 25.01.2022, n. 495

⁸⁸ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 22.01.2016 n. 213.

⁸⁹ Atteso che il privato non è titolare di poteri ispettivi e non ha accesso alle banche dati riservate alle Pubbliche Amministrazioni.

l'autonoma impugnabilità del diniego di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione qualora detto provvedimento sia fondato su motivazioni mai in precedenza esternate dalla stazione appaltante⁹⁰.

Una lettura ragionevole e armonica dei predetti orientamenti porta, dunque, a ritenere sussistente la possibilità, per il soggetto classificatosi in seconda posizione nella graduatoria, di “riaprire” i termini per impugnare il provvedimento conclusivo della procedura di gara a fronte dell'emersione di circostanze rilevanti in un momento successivo all'aggiudicazione ovvero a fronte di sopravvenienze di carattere oggettivo e, quindi, di circostanze o del tutto nuove rispetto a quelle esistenti al momento dell'aggiudicazione, o, quantomeno, emerse in un momento successivo rispetto all'adozione di detto provvedimento, che attestino la carenza in capo all'aggiudicatario dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

Trattasi, d'altronde, di impostazione che - benché non abbia ancora trovato accoglimento in giurisprudenza, se non in limitati casi - appare comunque conforme al principio, più volte ribadito dalla medesima giurisprudenza, secondo cui vi è un obbligo giuridico per le Amministrazioni di riscontrare le istanze di autotutela qualora ricorrano circostanze eccezionali, e, cioè, quando vi siano specifiche ragioni di giustizia ed equità che impongono alla P.A di riscontrare tale tipologia di istanze⁹¹. In tal senso, sembra deporre anche l'affermata responsabilità del funzionario connessa al mancato annullamento del provvedimento illegittimo, di cui al medesimo art. 21 *nonies*, primo comma, L. n. 241/1990⁹².

Dunque, alla luce della posizione sostanziale del secondo classificato - così come attualmente configurata in ragione del disposto di cui all'art. 110, D.Lgs. n. 50/2016 - dovrebbe ritenersi sussistente un obbligo per la stazione appaltante di riscontrare le istanze di autotutela provenienti da detto soggetto, quantomeno a fronte di richieste di attivazione del potere di annullamento d'ufficio che trovino la loro base in circostanze nuove e sopravvenute o, comunque, conoscibili dal controinteressato solo successivamente rispetto all'adozione dell'atto di aggiudicazione e alla stipula del contratto.

Le considerazioni che precedono, ad avviso di chi scrive, attestano ulteriormente come l'autotutela amministrativa si atteggi in maniera peculiare nell'ambito dei contratti pubblici, con ciò confermandosi con chiarezza l'assoluta necessità - ed urgenza - di un intervento normativo che introduca una disciplina

⁹⁰ Cfr. TAR Veneto, 10 aprile 2019, n. 452 ove si afferma che, qualora il diniego di autotutela sia fondato su motivazione del tutto nuove rispetto all'iter procedimentale che ha condotto all'aggiudicazione, ci si trova di fronte “*ad un atto dotato di carattere rinnovatorio, che modifica la realtà giuridica e che, in quanto tale, è idoneo a riaprire i termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale da parte dei soggetti che intendano contestarne la legittimità*”.

⁹¹ Fra tali circostanze di carattere eccezionale - secondo il Consiglio di Stato - rientrano anche quelle riconnesse “*a sopravvenienze che fanno escludere che il riesame di situazioni già definite con provvedimenti ormai inoppugnabili possa pregiudicare il principio di certezza dell'azione amministrativa o costituire un uso distorto dell'autotutela amministrativa, rendendolo anzi necessario al fine di accertare se l'assetto di interessi già definito, alla luce delle stesse sopravvenienze, sia ancora compatibile con l'interesse pubblico*” (Cons. Stato, Sez. V, 22.02.2021, n. 1513; cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 9.01.2020, n. 183; Sez. V, 29.05.2019, n. 3576; Sez. IV, 14.05.2010, n. 3024).

⁹² In proposito, cfr. *supra*, par. 1

specifica, organica ed esaustiva in merito ai limiti, all'estensione ed ai vincoli all'esercizio di detto potere nel suddetto settore.

6. Gli effetti sul contratto dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e della “risoluzione in autotutela”: problematiche e tentativo di armonizzazione

6.1. La rilevanza della questione

Esaurita l'analisi della disciplina del potere di annullamento d'ufficio sull'aggiudicazione e pervenuti alla conclusione che esso possa essere esercitato anche oltre le ipotesi di “risoluzione e cessazione in autotutela” disciplinate dagli artt. 108 e 176, D.Lgs. n. 50/2016, occorre ora soffermarsi sugli effetti che l'esercizio di tale potere produce sul contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione.

Nelle richiamate ipotesi specificamente disciplinate, pur trattandosi sostanzialmente dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio sull'aggiudicazione, il contratto cessa, per espressa disposizione di legge, di produrre effetti *ex nunc*.

Infatti, il quinto comma dell'art. 108 specifica che, nel caso di risoluzione del contratto, l'appaltatore ha diritto al pagamento delle prestazioni regolarmente eseguite, in tal modo dovendosi escludere l'esistenza di una efficacia retroattiva dell'annullamento (implicito) dell'aggiudicazione operato dall'Amministrazione e analoga disposizione è prevista in relazione alle concessioni dal quarto comma dell'art. 176.

Invece, nel caso di annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-*nonies*, si ritiene che il provvedimento di secondo grado elimini dall'ordinamento l'atto annullato con efficacia *ex tunc*⁹³. Dunque, l'aggiudicazione perde efficacia retroattivamente e occorre verificare se tale effetto retroattivo si estenda anche al contratto *medio tempore* stipulato.

La giurisprudenza – a quanto consta e come sopra rilevato – sino ad oggi si è preoccupata soprattutto di affermare l'esistenza di un effetto caducatorio del contratto in conseguenza dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, ma non sembra essersi preoccupata di verificare se tale effetto si produca *ex nunc*, cioè dal momento in cui è adottato e comunicato il provvedimento di annullamento, ovvero abbia una portata retroattiva, ponendo il contratto in una situazione che – quanto agli effetti – è simile a quella della nullità.

La questione non è meramente teorica, in quanto ha ricadute di particolare rilievo per i soggetti privati che operano nel campo dei contratti pubblici. Ed infatti, nelle ipotesi in cui trovano applicazione gli artt. 108 e 176 del Codice, il privato, a seguito della “risoluzione e cessazione in autotutela” del contratto in corso di esecuzione, ha diritto di vedersi riconosciuto il corrispettivo dovuto in relazione alle attività già svolte ed in base ai prezzi previsti dal contratto.

⁹³ Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 28.07.2017, n. 3780, ma trattasi di orientamento consolidato.

Viceversa, secondo i principi generali in materia, nei casi di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione *ex art. 21-nonies*⁹⁴, ove la caducazione del contratto avesse una portata retroattiva, l'appaltatore non avrebbe diritto a compenso alcuno, fatto salvo il solo rimborso delle spese sostenute e documentate di cui venga accertata l'utilità per la pubblica Amministrazione ai sensi della previsione civilistica relativa all'indebito arricchimento *ex art. 2041 c.c.*⁹⁵.

6.2. L'elaborazione relativa agli effetti dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto stipulato, quale utile campo d'indagine ai fini del presente contributo

Occorre a questo punto verificare se, nella ricostruzione degli effetti sul contratto dell'esercizio del potere di annullamento, possano rinvenirsi, nell'ambito dell'elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale, elementi utili per tentare di "armonizzare" le rilevate discrasie.

A tale riguardo, sembra possa costituire un utile campo di indagine quello relativo agli effetti dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto d'appalto stipulato dall'Amministrazione prima del predetto annullamento.

Ovviamente, è necessario preliminarmente evidenziare le differenze tra le due fattispecie.

Infatti, l'annullamento in via giurisdizionale dell'aggiudicazione richiede, quale esclusivo presupposto, l'illegittimità del provvedimento e non anche – come nel caso dell'annullamento d'ufficio - la ricorrenza di un pubblico interesse all'annullamento, prevalente rispetto alle posizioni dei soggetti interessati.

Inoltre, è evidente che, in sede giurisdizionale, la valutazione sulla legittimità dell'aggiudicazione e le eventuali determinazioni sulla sorte del contratto sono operate da un organo terzo, il giudice, mentre, nel caso dell'autotutela, esse sono operate dall'Amministrazione che decide (anche) della sorte di un contratto di cui è parte.

In questo contesto, appare fuor di dubbio che la disciplina in materia di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione non possa trovare applicazione analogica anche nei confronti della differente ipotesi di annullamento d'ufficio del medesimo atto.

Tuttavia, in assenza di una specifica normativa che disciplini il rapporto tra annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e sorte del contratto - considerando, d'altronde, che l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, lungi dall'averne una portata chiarificatoria, ha ulteriormente aggravato le conseguenze negative di tale lacuna normativa - si ritiene che alcuni principi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza relativamente agli effetti sul contratto derivanti dall'annullamento giurisdizionale

⁹⁴ Cfr. in proposito *supra* par. 4

⁹⁵ Articolo in base al quale, come noto, "*chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale*".

dell'aggiudicazione possono costituire un'utile "bussola" per delineare quali siano gli effetti sui contratti dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

La questione degli effetti che l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione produce sul contratto *medio tempore* stipulato è stata oggetto di ampio dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza soprattutto nel periodo antecedente all'entrata in vigore del Dlgs n. 53/2010, poi recepito dal c.p.a., atteso che con tale norma il Legislatore ha risolto una vicenda che sino a quel momento non trovava alcuna risposta a livello positivo⁹⁶.

La tesi più risalente - fatta propria dal Giudice Ordinario⁹⁷ - riteneva che, a seguito dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione, il contratto *medio tempore* stipulato dovesse considerarsi annullabile ai sensi dell'art. 1441 c.c., con la conseguenza che i vizi del contratto erano deducibili dal solo soggetto nel cui interesse erano poste le norme violate, ovvero la stessa Amministrazione⁹⁸. In base a tale impostazione, la disciplina sull'evidenza pubblica era posta a tutela della parte pubblica e segnatamente della corretta formazione della volontà della stessa nell'individuazione del miglior contraente tra i partecipanti alla gara.

Tale ricostruzione fu oggetto di critica, in quanto, in linea di principio, si riteneva che le disposizioni sull'evidenza pubblica non fossero poste soltanto a tutela dell'Amministrazione, quanto piuttosto dei principi di concorrenza e libertà del mercato, oltre che degli operatori economici che partecipano alle procedure di gara. Conseguentemente, sul piano dell'effettività della tutela, appariva non accettabile che il terzo non aggiudicatario illegittimamente pretermesso non fosse ritenuto legittimato ad agire per l'annullamento del contratto, bensì potesse aspirare esclusivamente ad una tutela per equivalente, senza poter conseguire il bene della vita costituito dall'aggiudicazione della commessa pubblica⁹⁹.

Fu quindi avanzata una ricostruzione in termini di nullità che, pur assicurando una maggiore protezione ai diritti del terzo non aggiudicatario, comportava conseguenze di non poco conto sia sul piano processuale - in ragione dei noti principi dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità e della legittimazione

⁹⁶ Per una ricostruzione puntuale della vicenda e delle diverse prospettazioni cfr. M. SANINO, *Aggiudicazione e contratto nei contratti pubblici*, Torino, 2021, in part. pp. 125 ss. e ivi ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁹⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 26.07.2012, n. 13296 nonché Cass. civ., Sez. III, 10.10.2007, n. 21265, secondo cui "In tema di appalti pubblici, l'eccesso di potere dell'organo competente a concludere il contratto, la rappresentanza senza potere ovvero la mancanza di deliberazione da parte dell'organo munito del potere a contrarre si traducono in difetti del consenso dell'ente medesimo, che, incidendo sulla validità ed efficacia del contratto privatistico, ne comportano l'annullabilità; questa, peraltro, può essere fatta valere esclusivamente dall'ente, nel cui interesse sono poste le norme procedurali violate, mentre il contratto può essere convalidato, ai sensi dell'art. 1444 cod. civ., tutte le volte in cui l'amministrazione, che conosceva o doveva conoscere la causa d'invalidità ed alla quale spettava l'azione di annullamento, vi abbia dato volontariamente esecuzione".

⁹⁸ Da ciò discendeva da un lato, l'inconfigurabilità di un automatico effetto caducatorio a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione e, dall'altro, la possibilità per il soggetto non aggiudicatario di ottenere esclusivamente una tutela risarcitoria dei propri interessi.

⁹⁹ Per una ricostruzione delle critiche alla tesi dell'annullabilità, cfr. C. BENETAZZO, *Contratti della p.a. e annullamento dell'aggiudicazione*, Cedam, Padova, 2012; F. CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in *giustizia-amministrativa.it*.

generalizzata a far valere tale tipologia d'invalidità del contratto - sia sul piano della certezza e stabilità dei rapporti tra Amministrazione e privati.

Emerse, quindi, un'ulteriore impostazione giurisprudenziale secondo cui, dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, il contratto doveva ritenersi "inefficace", con la conseguenza che quest'ultimo - pur perfettamente valido sotto il profilo strutturale - diveniva improduttivo di effetti.

In particolare, una parte preponderante della giurisprudenza amministrativa propendeva per la tesi dell'efficacia caducante dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto conseguente (c.d. caducazione automatica del contratto), riconducendo l'effetto al principio generale, proprio anche dei negozi giuridici privati collegati in via necessaria, secondo cui *simul stabunt simul cadent*. La mancanza dell'intera fase di evidenza pubblica o di una sua parte essenziale - alla quale veniva equiparato l'annullamento dell'aggiudicazione - avrebbe comportato la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto che sarebbe rimasto privo dei suoi effetti giuridici¹⁰⁰.

Altra parte della giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che l'annullamento dell'aggiudicazione desse luogo alla conseguenza di privare con efficacia *ex tunc* l'Amministrazione della legittimazione a negoziare, con inefficacia del contratto stipulato. Tuttavia l'inefficacia sopravvenuta derivante dall'annullamento degli atti di gara avrebbe avuto carattere relativo, rilevabile solo dal soggetto che avesse ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione; l'Amministrazione di contro avrebbe potuto determinare l'inefficacia del contratto soltanto in via di autotutela, attraverso il procedimento di annullamento di ufficio degli atti di gara¹⁰¹.

Ai fini del presente lavoro appare utile sottolineare che entrambe le prospettazioni da ultimo richiamate - che propendono per l'inefficacia del contratto - erano ritenute "valide" anche con riferimento alle ipotesi di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione¹⁰² ed entrambe temperavano "l'esito" dell'inefficacia del contratto, richiamando la normativa civilistica a proposito di fondazioni e associazioni, dettata dagli artt. artt. 23, comma 2 e 25, comma 2, c.c. che, in quanto esprime principi generali, sarebbe stata applicabile alla pubblica amministrazione quale persona giuridica¹⁰³ ex art. 11 c.c.¹⁰⁴. Tali disposizioni - in forza delle quali l'annullamento di una deliberazione "*non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima*" - se rapportate all'annullamento dell'aggiudicazione e al

¹⁰⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5.05.2003 n. 2332; Cons. Stato, Sez. VI 30.05.2003 n. 2992; Cons. Stato, Sez. V, 28.05.2004, n. 3465.

¹⁰¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27.10.2003, n. 6666.

¹⁰² Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 2332/2003 *cit.*; nonché Cons. Stato, Sez. VI, n. 3333/2003 *cit.*

¹⁰³ Cfr. G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 130 ss.

¹⁰⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 2992/2003 *cit.*, Cons. Stato, Sez. VI, n. 3333/2003 *cit.*

contratto quale atto compiuto in esecuzione della medesima, avrebbero consentito quindi di tutelare la posizione del contraente in buona fede.

Altra parte della giurisprudenza – nell’equiparare espressamente le ipotesi di annullamento giurisdizionale a quella di annullamento in autotutela - riteneva “*ferma restando l’adesione alla tesi della caducazione automatica, che i termini della questione debbano essere ricostruiti alla luce della categoria dell’inefficacia successiva... L’inefficacia successiva, al pari della nullità successiva, agisce retroattivamente ma diversamente dalla seconda incontra il duplice limite delle situazioni soggettive che si siano già consolidate in capo ai terzi fino alla domanda volta a far dichiarare l’inefficacia (arg. Ex. art. 1452 c.c., art. 1458 c.c., comma 2, art. 1467 c.c. e art. 2901 c.c.) e delle prestazioni già eseguite nei negozi di durata*”¹⁰⁵. In altri termini, a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione, la caducazione del contratto avrebbe sì effetti retroattivi, ma tale retroattività incontrerebbe due ordini di limitazioni in base alla disciplina civilistica, ovvero, da un lato, quello dell’intangibilità delle situazioni soggettive consolidate in capo ai terzi in buona fede fino alla proposizione della domanda giudiziale¹⁰⁶ e, dall’altro, la non ripetibilità delle prestazioni eseguite in esecuzione del contratto poi caducato¹⁰⁷.

Accedendo a questa ricostruzione, a seguito dell’annullamento da parte del Giudice Amministrativo del provvedimento di aggiudicazione, spetterebbe all’organo giurisdizionale investito della questione il potere di “modulare” gli effetti sul contratto derivanti dal medesimo annullamento, al fine di rispettare i limiti alla retroattività della pronuncia in precedenza richiamati.

La tematica della sorte del contratto presentava una propria rilevanza anche con riferimento alla questione della giurisdizione, come dimostrato dal contrasto, verificatosi tra il Consiglio di Stato e Corte di Cassazione in ordine all’individuazione del giudice competente a pronunciarsi sulla sorte del contratto, che si risolse soltanto allorchè la Corte di Cassazione sottopose a rivisitazione il proprio precedente orientamento, individuando il Giudice Amministrativo quale organo deputato a garantire la piena tutela in materia di aggiudicazione illegittima, estesa anche alla relativa declaratoria d’inefficacia del contratto d’appalto¹⁰⁸. Tale cambio di orientamento da parte della Suprema Corte costituiva, d’altronde, una sostanziale anticipazione della disciplina recata, al riguardo, dal codice del processo amministrativo.

¹⁰⁵ Si veda Cons. Stato, Sez. V, n. 3465/ 2004, *cit.*; Cons. Stato, Sez. V, 29.11.2005, n. 6759; nonché Cons. Stato, Sez. V, 29.03.2006, n. 1591.

¹⁰⁶ Ex artt. 1452, 1458, comma 2, 1467 e 2901 c.c.

¹⁰⁷ Sul punto, per una più diffusa disamina cfr. M. SANINO, *op. cit.*, pp. 125 ss.; R. GAROFOLI, *L’annullamento del provvedimento di aggiudicazione e la sorte del contratto*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 3922 ss.; F.G. COCA, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto*, *cit.*; F. CARINGELLA, *Rapporti tra annullamento della gara e sorte del contratto*, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e fornitura*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 726 ss.

¹⁰⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., Ord. 10 febbraio 2010, n. 2906 con cui la S.C. ha affermato che “*l’esigenza della cognizione del giudice amministrativo sulla domanda di annullamento dell’affidamento dell’appalto, per le illegittime modalità con cui si è svolto il relativo procedimento e della valutazione dei vizi di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta che lo stesso giudice adito per l’annullamento degli atti di gara, che abbia deciso su tale prima domanda, può conoscere pure della domanda del contraente*”.

Le predette problematiche sono state infatti superate dall'intervento del Legislatore che - recependo quanto previsto dalla Direttiva Ricorsi¹⁰⁹ - ha introdotto nell'ordinamento gli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo.

Occorre rilevare che parte della dottrina ha ritenuto che la disciplina introdotta dalla Direttiva Ricorsi, recepita attraverso il D.Lgs. n. 53/2010 e poi trasfusa nel c.p.a., costituisca la prova che non vi è un nesso di "inscindibilità" tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto e che l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione non può provocare l'inefficacia del contratto¹¹⁰.

A tale riguardo, si osserva che tale orientamento, non poteva tener conto *ratione temporis* del disposto delle successive Direttive del 2014 in materia di contratti pubblici, che hanno introdotto le fattispecie di risoluzione o di cessazione "in autotutela" degli effetti del contratto; in connessione a tale aspetto, le ragioni di carattere sistematico e logico sopra espresse ci inducono a non condividere tale posizione, anche in considerazione delle differenze (sopra segnalate) tra annullamento giurisdizionale e annullamento d'ufficio¹¹¹.

Di contro, si ritiene che l'attuale disciplina contenuta nel codice del processo amministrativo possa fornire alcuni parametri utili all'argomento oggetto di esame.

In primo luogo, l'art. 121 sancisce esplicitamente che il G.A., quando annulla l'aggiudicazione, ha il potere di dichiarare l'inefficacia del relativo contratto e stabilisce che l'inefficacia del contratto consegue obbligatoriamente (ma non automaticamente¹¹²) all'annullamento dell'aggiudicazione qualora sussistano le "gravi violazioni" ivi previste¹¹³.

pretermesso dal contratto illecitamente, di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato dall'aggiudicante con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo".

¹⁰⁹ Ovvero la direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, modificativa delle direttive 89/665/CE e 92/13/CE del Consiglio, "per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici", recepita nell'ordinamento italiano con il D.Lgs. n. 53/2010 e successivamente trasfusa nel codice del processo amministrativo.

¹¹⁰ Cfr. G. GRECO, *op. cit.*, il quale afferma che "il potere generale d'annullamento d'ufficio ex art. 21 nonies riguarda, ovviamente, solo il provvedimento amministrativo. E poiché, come si è visto, l'intera struttura del d.lgs. 53/2010 presuppone una scissione tra sorte dell'aggiudicazione e sorte del contratto... si deve concludere che l'annullamento d'ufficio ex art. 21-nonies non può mai provocare l'inefficacia del contratto". Si veda anche E. STICCHI DAMIANI, *op.cit.*, il quale afferma che "una terza vittima del nuovo assetto degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto già stipulato potrebbe in qualche modo essere considerato il potere di autotutela dell'amministrazione, inteso come potere di annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione".

¹¹¹ Cfr. A. BARTOLINI, *op. cit.*, il quale osserva con riferimento all'inefficacia derivante dall'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, che "Detta inefficacia, peraltro, non è per nulla riconducibile a quella prevista rispettivamente negli artt. 121 e 122 del codice dei contratti: queste ultime disposizioni, difatti, prevedono l'inefficacia del contratto da disporsi a seguito dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione definitiva; inefficacia che non deriva direttamente dall'annullamento, ma è frutto di una pronuncia costitutiva del giudice amministrativo in cui sono valutati gli interessi contrapposti del ricorrente, dell'amministrazione e dell'aggiudicatario. L'inefficacia derivante, invece, dall'annullamento d'ufficio, ha una disciplina di carattere sostanziale" (pag. 210).

¹¹² Essendo comunque necessaria un'apposita pronuncia del Giudice sul punto, subordinata all'espressa domanda di chi vi abbia interesse (cfr., tra le varie, Cons. Stato, Sez. V, 29.10.2018, n. 6131).

¹¹³ Trattasi, in particolare, delle seguenti "gravi violazioni": a) l'aggiudicazione non è stata preceduta dalla pubblicazione del bando, quando tale pubblicazione è prescritta dal Codice dei contratti pubblici; b) l'aggiudicazione è conseguita ad una procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti, con conseguente mancata

La regola generale dell'obbligatoria declaratoria d'inefficacia del contratto di cui al primo comma dell'art. 121 è, tuttavia, temperata da quanto previsto dal comma 2 della medesima disposizione, in base al quale il Giudice, anche in presenza delle predette “*violazioni gravi*”, può far salva l'efficacia del contratto qualora accerti la sussistenza di “*esigenze imperative connesse ad un interesse generale*” che impongano di mantenere in vita il contratto, di cui la stessa disposizione fornisce un'elencazione esemplificativa ed esclude talune fattispecie¹¹⁴.

Accanto alla previsione di una serie di ipotesi in cui l'inefficacia del contratto deve conseguire obbligatoriamente - ma, lo si ribadisce, non automaticamente - alla commissione di una violazione “grave” da parte dell'Amministrazione, l'art. 122 attribuisce al Giudice, a seguito dell'accertamento di violazioni “non gravi” e, cioè, non ricomprese nelle fattispecie di cui al primo comma dell'art. 121, il potere discrezionale di dichiarare l'inefficacia del contratto, fissandone la decorrenza, individuando alcuni parametri cui l'organo giudicante deve in ogni caso attenersi nella propria valutazione¹¹⁵.

Al riguardo, l'esplicitazione a livello normativo del potere del Giudice di “modulare” gli effetti della declaratoria d'inefficacia del contratto, fissandone la decorrenza¹¹⁶, appare rilevante anche per l'argomento del presente lavoro, considerando che consente al G.A. di rispettare l'ordinario canone civilistico dell'intangibilità dei vantaggi acquisiti dai terzi in buona fede sino all'introduzione della domanda giudiziale, in tal modo recependo gli arresti giurisprudenziali in materia di “inefficacia” in precedenza richiamati.

pubblicazione del bando, viceversa prescritta dalla normativa di settore; c) il contratto sia stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio di trenta giorni (c.d. termine di standstill sostanziale) qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento; d) il contratto sia stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva (c.d. termine di standstill processuale), qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

¹¹⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 17.10.2017, n. 4797; Cons. Stato, Sez. VI, 8.02.2019, n. 965.

¹¹⁵ Ai sensi dell'art. 122, il Giudice deve tener conto: *i*) degli interessi delle parti; *ii*) dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati; *iii*) dello stato di esecuzione delle obbligazioni contrattuali; *iv*) della possibilità per il ricorrente di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentro nel contratto sia stata ritualmente proposta. Cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. VI, 8.08.2014, n. 4225

¹¹⁶ E, cioè, stabilendo esplicitamente se la declaratoria d'inefficacia del contratto stipulato prima dell'illegittima aggiudicazione abbia effetti *ex tunc* o *ex nunc*; circostanza che, come avremo modo di meglio esplicitare, assume indubbio rilievo anche in relazione alla tematica della sorte del contratto a seguito dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione.

6.3. Annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione: gli effetti sul contratto *medio tempore* stipulato

In relazione a quanto precede occorre considerare gli effetti dell'annullamento d'ufficio sul contratto d'appalto stipulato con l'operatore economico indicato nel provvedimento (poi annullato) di aggiudicazione.

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa in *subiecta materia* ricalca, nella sostanza, quella assunta in relazione alle conseguenze dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione (in precedenza richiamata) - sintetizzabile nel noto brocardo *simul stabunt simul cadent* - tanto che il Consiglio di Stato ha specificato in diverse pronunce che, dato lo stretto collegamento tra aggiudicazione e contratto, il secondo segue la sorte del primo “*qualunque sia la sede dell'annullamento (illegittimità dichiarata dal giudice a seguito di ricorso, ovvero illegittimità o inopportunità conseguente dell'esercizio del potere di autotutela da parte dell'amministrazione)*”¹¹⁷.

Anche di recente, dunque, il G.A. ha ribadito che la caducazione del contratto, a seguito dell'esercizio del potere di autotutela nei confronti di atti ad esso prodromici - quale l'aggiudicazione - costituisce una conseguenza automatica che “*risponde ad uno schema validato dalla giurisprudenza e motivato dalla stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e il successo atto di stipulazione negoziale*”¹¹⁸.

Come accennato in precedenza, non risulta, invece, espressamente affrontata a livello pretorio la tematica della decorrenza degli effetti della caducazione del contratto - e, cioè, se l'effetto caducatorio operi *ex tunc* o *ex nunc* - benché tale aspetto risulti di particolare rilievo per i privati, parti di contratti spesso almeno parzialmente eseguiti al momento in cui la P.A. ricorre al potere d'annullamento d'ufficio.

A tale proposito, occorre rilevare che la questione della retroattività degli atti amministrativi e segnatamente dei provvedimenti di secondo grado di autotutela, costituisce una tematica di particolare delicatezza e per la quale non ci sono approdi definitivi.

Per quanto attiene alla decorrenza degli effetti del provvedimento di annullamento d'ufficio, tradizionalmente se ne è sempre affermata la retroattività, ossia che esso rimuova le conseguenze giuridiche prodotte dal provvedimento annullato sin dal momento della sua emanazione, in considerazione del fatto che l'illegittimità colpisce quest'ultimo dalla sua origine. Ciò in quanto l'atto annullabile, anche se invalido, ha prodotto effetti giuridici, la cui rimozione impone che gli effetti dell'annullamento retroagiscano al momento dell'adozione dell'atto viziato.

¹¹⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7.09.2011, n. 5032; Cons. Stato, Sez. III, 23.05.2013, n. 2802; Cons. Stato, Sez. V, 14.10.2013, n. 4999; Cons. Stato, Sez. V, 26.06.2015, n. 3237; Cons. Stato, Sez. III, 22.03.2017, n. 1310.

¹¹⁸ Cons. Stato, Sez. III, 8.11.2018, n. 6764.

È stato tuttavia condivisibilmente rilevato che la disciplina relativa all'annullamento d'ufficio di cui all'art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990, pur recependo gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziale relativi all'istituto, non reca alcun chiarimento relativamente a tale aspetto¹¹⁹.

La possibilità di limitare la portata retroattiva del provvedimento di annullamento d'ufficio è stata quindi ipotizzata da una parte della dottrina, che ritiene ammissibile graduare gli effetti demolitori dell'annullamento “*in considerazione della necessità di tutelare posizioni giuridiche medio tempore costitutesi e consolidate o situazioni di fatto divenute imm modificabili, eventualmente anche sulla base dell'esercizio di un'ulteriore attività amministrativa*”¹²⁰.

Occorre in altri termini domandarsi se la portata retroattiva del provvedimento sia un elemento indefettibile dello stesso ovvero possano ragionevolmente rinvenirsi delle eccezioni. In proposito, una limitazione alla retroattività viene generalmente riconosciuta nel principio *factum infectum fieri nequit*, sicché non possono essere posti nel nulla quegli effetti irreversibili che si sono completamente concretizzati prima della caducazione dell'atto. Tale limite si sostanzia, quindi, nella mancata possibilità per l'Amministrazione di ripristinare la situazione preesistente all'adozione del provvedimento oggetto di annullamento¹²¹, in quanto “*anche l'atto viziato oggetto di rimozione dalla realtà giuridica è in grado di produrre effetti giuridici destinati a perdurare successivamente alla predetta rimozione*”¹²². Tale principio è comune anche al diritto privato¹²³ e la *ratio* è da rinvenirsi nella necessità di salvaguardare interessi meritevoli di tutela quali quelli dei terzi che abbiano acquisito in buona fede dei diritti.

Pertanto, anche con riferimento all'annullamento d'ufficio - in presenza di una norma quale quella di cui all'art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990 che non esclude la possibilità per l'Amministrazione di modulare gli effetti dell'esercizio del potere di autotutela e anzi impone all'Amministrazione di bilanciare l'interesse

¹¹⁹ Cfr. R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2008, pp. 910 ss., il quale con riferimento alla riforma della l. n. 241/1990 osserva che “*nulla è stato previsto per l'annullamento d'ufficio sotto il profilo dell'efficacia temporale, anche se l'orientamento prevalente è sempre quello dell'efficacia retroattiva*” (p. 934); cfr. M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 249 ss.; W. TROISE MENGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Giappichelli, Torino, 2016, osserva come “*il tema non sia stato espressamente fatto oggetto della ricognizione normativa operata da parte dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, con il quale il legislatore ha sintetizzato gli approdi dottrinali e giurisprudenziali che hanno interessato l'istituto nei decenni passati*” (p. 14)

¹²⁰ W. TROISE MENGONI, *op. cit.*, p. 14; cfr. *ex multis*, V. M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 339; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni “favorevoli” e interessi sopravvenuti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, pagg. 219 – 220; G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 19- 21 settembre 2002, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 199 ss.; G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, *cit.*, pp. 207 ss.; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Cedam, Padova, 2004, pp. 101 ss.; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 105 ss.

¹²¹ Cfr. M. IMMORDINO, *I provvedimenti di secondo grado*, *cit.*, pp. 325 ss. nonché G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, *cit.*, p. 412.

¹²² W. TROISE MENGONI, *op. cit.*, p. 16.

¹²³ Ci si riferisce ad esempio alle fattispecie di cui ai già citati artt. 23, comma 2, e 25, comma 2, c.c.; analoghe ipotesi sono previste dall'art. 1443 c.c. e dall'art. 2377 c.c.

pubblico all'annullamento con l'interesse del destinatario dell'atto al mantenimento della propria situazione di vantaggio - appare ragionevole ipotizzare che gli effetti retroattivi dell'annullamento possano essere limitati o addirittura esclusi¹²⁴. In tal senso depone anche il principio di proporzionalità che vieta all'Amministrazione di sacrificare la sfera giuridica dei destinatari del provvedimento in misura maggiore di quanto strettamente necessario per il soddisfacimento dell'interesse pubblico.

La ragionevolezza di tale ipotesi di lavoro trova conforto anche in un raffronto con quanto accade in altri ordinamenti europei.

In particolare, l'ordinamento inglese attribuisce all'Amministrazione una potestà demolitoria piuttosto ampia; tuttavia, quando l'effetto ripristinatorio dell'annullamento collide con posizioni di vantaggio maturate *medio tempore* dai privati, è previsto che la sua decorrenza temporale possa essere discrezionalmente limitata¹²⁵. Nel diritto francese il termine per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio è così ridotto (quattro mesi) da far ritenere che *“nel ristretto intervallo temporale, in cui si perviene all'annullamento, nessuna posizione giuridica soggettiva [può] essersi seriamente consolidata in maniera tale da indurre l'amministrazione ad annullare il provvedimento con meri effetti ex nunc”*¹²⁶. Nel diritto tedesco, il § 48, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVG) consente all'Amministrazione di eliminare gli atti amministrativi illegittimi con efficacia *ex tunc* o *ex nunc* anche dopo essere divenuti inoppugnabili, dovendosi considerare se il beneficiario riponga in essi un affidamento degno di tutela, ponderato rispetto all'interesse pubblico. La necessità di calibrare gli effetti dell'annullamento d'ufficio è riconosciuta anche dalla giurisprudenza eurounitaria che, in relazione all'annullamento da parte delle proprie istituzioni di atti illegittimi, ha affermato che deve sussistere un rapporto di equa proporzione fra l'interesse pubblico tutelato e l'interesse privato che viene sacrificato, considerato il principio generale della certezza del diritto e quello connesso della tutela del legittimo affidamento¹²⁷.

I suesposti orientamenti sembrano essere stati condivisi anche dalla giurisprudenza nazionale a partire dalla nota sentenza del Consiglio di Stato n. 2755/2011, la quale - pur riferendosi all'annullamento giurisdizionale - nel riconoscere al Giudice la possibilità di graduare gli effetti dell'annullamento, ha affermato che *“la normativa sostanziale e quella processuale non dispongono l'inevitabilità della retroattività degli effetti*

¹²⁴ Cfr. M. D'ALBERTI, *op. cit.*, il quale osserva che *“gli effetti dell'annullamento d'ufficio in genere retroagiscono. La legge n. 241, tuttavia non contiene una norma espressa in tal senso. Si può ritenere, quindi, che l'amministrazione, proprio a seguito della valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati, possa modulare la decorrenza degli effetti, fino ad escludere la retroattività”* (p. 250);

¹²⁵ Cfr. S. SCHONBERG, *Legitimate expectations in administrative law*, Oxford, 2000, pagg. 89 e ss.

¹²⁶ M. RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa. Principi operativi e ambiti applicativi*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 211

¹²⁷ Cfr. Corte giust., 24.01.2002, causa C-500/99; Corte giust., 17.04.1997, causa C-90/95. Sulla tematica dell'annullamento degli atti in autotutela in sede comunitaria cfr. M. GIAVAZZI, *Legalità, certezza del diritto e autotutela: riflessioni sulla funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio all'effetto utile*, in *Riv. Interd.dir. delle Amm. Pubbl.*, n. 4/2020, pp. 155 ss.

dell'annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale (cfr. l'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 e l'art. 34, comma 1, lettera a), del Codice del processo amministrativo)¹²⁸.

Pertanto, sembra potersi ritenere che, in sede di esercizio del potere di annullamento d'ufficio, debba essere riconosciuto all'Amministrazione il potere discrezionale di modularne gli effetti temporali, qualora l'eliminazione degli effetti dell'atto invalido soltanto *pro futuro* risulti più confacente al soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito, alla tutela dell'affidamento del destinatario dell'atto al mantenimento della propria situazione di vantaggio, al rispetto del principio di proporzionalità e del principio *factum infectum fieri nequit*, che postula l'intangibilità di quelle trasformazioni della realtà divenute ormai irreversibili.

Tale impostazione sembra viepiù attagliarsi alla fattispecie relativa all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione con riferimento alla sorte del contratto.

Infatti, se – sulla base delle riflessioni di cui sopra – può riconoscersi (seppure con le segnalate difficoltà e incongruenze interpretative) che l'annullamento dell'aggiudicazione produca conseguenze sul contratto, sembra ragionevole ritenere che ciò possa avvenire con effetti *ex nunc*, quantomeno rispetto alle prestazioni già eseguite.

Deve infatti considerarsi in primo luogo che il contratto è atto diverso da quello colpito da invalidità, privo di vizi propri e relativo alla fase di regolazione del rapporto, ove l'Amministrazione, in prima approssimazione, agisce *iure privatorum*; sicché il “diritto potestativo” di sciogliersi dal vincolo contrattuale che ha alla base l'esercizio di un potere pubblicistico deve avvenire anche tenendo conto della posizione della controparte contrattuale. Di talché, appare ragionevole ritenere che la privazione degli effetti del contratto possa essere limitata a quanto strettamente necessario a tutelare l'interesse pubblico, ove l'Amministrazione pervenga a tale conclusione all'esito della valutazione discrezionale.

D'altra parte, tale soluzione ha l'effetto di uniformare – quanto agli effetti sul contratto – la disciplina dell'annullamento d'ufficio di cui alla L. n. 241/1990 con quella della “risoluzione e cessazione in autotutela” e trova un supporto anche nel richiamato orientamento giurisprudenziale che, qualificando come “inefficacia successiva” l'effetto derivante dall'annullamento (giurisdizionale o in autotutela) dell'aggiudicazione, fa salve le prestazioni già eseguite.

¹²⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 10.05.2011, n. 2755; tale affermazione è stata ribadita, seppure in contesto parzialmente diverso, da Cons. Stato, Ad. Plen. 22.12.2017, n. 13, il quale, richiamando i principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria ha affermato che “*la regola dell'annullamento con effetti ex tunc dell'atto impugnato può, sia pure in circostanze assolutamente eccezionali, trovare una deroga, con la limitazione parziale della retroattività degli effetti (si veda, in questo senso, Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488), o con la loro decorrenza ex nunc. L'ordinamento riconosce la possibilità di graduare l'efficacia delle decisioni di annullamento di un atto amministrativo (cfr. l'art. 21-nonies della L. n. 241 del 1990 e l'art. 34, comma 1, lettera a), del Codice del processo amministrativo). È altresì ammessa la possibilità per il giudice amministrativo di modellare nel caso concreto l'efficacia delle sentenze in materia di contratti pubblici (cfr. artt. 121 e 122 del Codice del processo amministrativo)*”. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. III, 16.02.2021, n. 1409.

La medesima soluzione appare anche conforme al principio di proporzionalità, consentendo all'Amministrazione di pervenire al risultato perseguito con il minor sacrificio possibile per il "destinatario degli effetti" del provvedimento e dell'affidamento che il contraente ripone nell'esecuzione del contratto. A tale riguardo, si osserva che tale affidamento risulta particolarmente rafforzato nella fattispecie in esame, atteso che il Codice dei contratti prevede, all'art. 32, che la stazione appaltante, all'esito del procedimento, proceda alla verifica del possesso dei requisiti (generali, tecnici ed economici) dichiarati dall'aggiudicatario in sede di partecipazione.

Tale conclusione trova anche conferma negli orientamenti giurisprudenziali soprarichiamati, incentrati sul concetto di affidamento incolpevole del terzo contraente, maturati nel corso della prima decade degli anni 2000 in relazione alla (differente ma pur sempre affine) fattispecie dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione.

In particolare, sin dal 2003, il Consiglio di Stato ha evidenziato che l'automatica caducazione del contratto con effetti retroattivi a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione costituirebbe un meccanismo eccessivamente rigido in quanto non consentirebbe di valutare in maniera adeguata il comportamento tenuto dal contraente privato nella fase di gara e nel corso dell'esecuzione del contratto, in spregio al generale principio di cui all'art. 1445 c.c., in base al quale *"l'annullamento che non dipende da incapacità legale non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede"*.

Un'impostazione di tal fatta, quindi, finirebbe per determinare, secondo il G.A., *"un ostacolo alla sicurezza del traffico giuridico, atteso che le vicende circolatorie dei beni non rispondono solo al principio consensualistico ma anche ai diversi principi della tutela dei terzi, dell'apparenza del diritto, della rilevanza della buona fede, del formalismo giuridico, della certezza del diritto, pure essenziali per il corretto funzionamento del mercato"*¹²⁹.

In altri termini, la giurisprudenza, riconoscendo l'importanza che nel nostro ordinamento assume la tutela della buona fede, ha da tempo affermato la possibilità per il G.A. di modulare di effetti derivanti dall'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto.

Tale orientamento è stato confermato anche dal disposto di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a. allorché si stabilisce che il giudice, nella valutazione relativa alla caducazione del contratto e ai relativi effetti, debba attribuire rilievo alla posizione delle parti.

Pertanto, anche ove non si volesse aderire alla sopra richiamata tesi sulla "necessità" di far salvi gli effetti delle prestazioni già eseguite, potrebbe certamente attribuirsi rilievo all'affidamento del contraente-destinatario degli effetti del provvedimento di annullamento d'ufficio.

In tale ottica, infatti, spetterebbe all'Amministrazione il compito di "modulare" gli effetti della caducazione del contratto in sede di adozione del provvedimento di annullamento in autotutela

¹²⁹ Sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 30.05. 2003, n. 2992.

dell'aggiudicazione, disponendo - in ossequio all'obbligo previsto dall'art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990 di valutare i contrapposti interessi delle parti interessate - la caducazione con efficacia *ex nunc* del contratto nell'ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione derivante da regioni di pubblico interesse "esterne" rispetto al comportamento tenuto dal contraente privato, in modo da tutelare l'affidamento di quest'ultimo e far salvi i diritti (anche di natura patrimoniale) acquisiti in buona fede dallo stesso.

Per quanto attiene all'affidamento del privato, occorre considerare che la distinzione tra contraente in buona fede e contraente in mala fede non risulta affatto semplice nella fattispecie in esame e si ritiene che la relativa valutazione debba essere condotta con grande prudenza da parte dell'Amministrazione, in considerazione del fatto che - come detto - l'aggiudicazione "efficace" è preceduta dalla verifica da parte dell'Amministrazione stessa del possesso dei requisiti dichiarati dal concorrente aggiudicatario in sede di partecipazione. Tale aspetto comporta che l'aggiudicatario medesimo possa confidare ragionevolmente nella correttezza della propria posizione in ordine alla partecipazione alla procedura e che la stazione appaltante che si accorga di difetti nella posizione del concorrente dopo la verifica prodromica all'aggiudicazione è corresponsabile del verificarsi della situazione di illegittimità riscontrata. A ciò deve aggiungersi che, nel settore dei contratti pubblici, è assai frequente che un'ulteriore "verifica esterna" sia compiuta - per quanto con strumenti meno affidabili rispetto a quelli di cui dispone l'Amministrazione - anche dal concorrente secondo graduato all'esito dell'esercizio del diritto di accesso. Sicché l'affidamento del concorrente appare davvero "qualificato" dopo la stipula del contratto. Utili parametri di valutazione del profilo soggettivo del concorrente potrebbero trarsi dall'esperienza tedesca¹³⁰, allorché nella legge sul procedimento amministrativo, si afferma che "*il beneficiario [di un provvedimento favorevole] non può invocare l'affidamento qualora: 1) abbia ottenuto l'atto amministrativo mediante dolo, minaccia o corruzione; 2) abbia ottenuto l'atto amministrativo mediante dichiarazioni sostanzialmente erronee o incomplete negli aspetti essenziali; 3) era a conoscenza dell'illegittimità dell'atto amministrativo o ne era ignaro per colpa grave*"¹³¹.

Pertanto, la corretta modulazione da parte dell'Amministrazione degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto viene a costituire parte integrante dell'esercizio del potere e della relativa valutazione che, in quanto discrezionale, lascia alla stessa Amministrazione un margine di ponderazione che deve tener conto della posizione del destinatario degli effetti.

La tutela della posizione del contraente sarebbe quindi garantita dal Giudice amministrativo in sede di sindacato sul corretto esercizio del potere di annullamento d'ufficio, in considerazione del fatto che la valutazione della posizione del destinatario del provvedimento annullato costituisce - come in precedenza evidenziato - uno degli elementi individuati dall'art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990; di talché il sindacato del

¹³⁰ In tal senso cfr. A. BARTOLINI, *op. cit.*, p. 208.

¹³¹ Così il § 48 *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVG).

Giudice sul corretto apprezzamento, da parte della P.A, di tale elemento finirebbe per riverberarsi anche sulla decisione dell'organo giudicante in merito agli effetti dell'annullamento d'ufficio sul contratto.

In tale prospettiva, verrebbe a riacquistare rilevanza la posizione del destinatario degli effetti del provvedimento oggetto di annullamento che – come in precedenza rilevato – è usualmente ritenuto dalla giurisprudenza recessivo.

6.4. Annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione: il riparto di giurisdizione

La tematica oggetto di esame assume risvolti delicati anche con riferimento alla giurisdizione.

Da un lato, infatti, non può dubitarsi che i provvedimenti di autotutela incidenti su atti del procedimento di gara costituiscono dei provvedimenti amministrativi, di talché potrebbe apparire ovvio che la competenza in merito alle relative controversie spetti al G.A..

Inoltre, qualora gli effetti del provvedimento di autotutela si riverberassero sul contratto d'appalto, producendone l'inefficacia, potrebbe ritenersi che si ricada nell'ambito della giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 del codice di rito, che prevede una giurisdizione amministrativa estesa anche “*alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione*”, senza operare alcuna distinzione tra annullamento giurisdizionale ed annullamento d'ufficio¹³².

Dall'altro lato, è stato sostenuto che la giurisdizione sulla sorte del contratto dovrebbe spettare al Giudice Ordinario, tenuto conto della natura delle posizioni giuridiche dei contraenti - pacificamente qualificabili alla stregua di diritti soggettivi – in forza del criterio costituzionale di riparto tra le giurisdizioni.

Esemplificativo, al riguardo, è il caso dei cosiddetti contratti di finanza derivata che, in un recente passato, numerosi enti locali hanno stipulato con l'intento di poter incrementare la propria capacità di spesa.

Tuttavia, i medesimi enti locali - una volta avvedutisi degli effetti non di rado negativi sulle finanze pubbliche del ricorso a tali strumenti finanziari¹³³ - si sono determinati a recedere dal vincolo contrattuale, ricorrendo allo strumento dell'annullamento d'ufficio della determina con cui veniva autorizzata la stipula del contratto.

¹³² Tale posizione, tuttavia, non è esente da critiche a livello dottrinario. Alcuni autori hanno evidenziato che la possibilità per la stazione appaltante di incidere unilateralmente sul contratto attraverso l'autotutela sull'aggiudicazione attribuirebbe un privilegio ingiustificato alla parte pubblica, ritenendo quindi necessaria una pronuncia giurisdizionale, da parte del Giudice Ordinario, affinché all'autotutela consegua effettivamente la caducazione del contratto. Si veda, al riguardo, F. SAITTA, *Flessibilità e rigidità dei contratti pubblici: l'autotutela della stazione appaltante tra norme (poche) e prassi*, in *Dir. Econ.*, n. 2/2014, pp. 275 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria: la disciplina del c.p.a. e i nuovi interrogativi*, in *Urb. App.*, n. 11/2012, pp. 1153 ss.; nonché H. SIMONETTI, *Riparare agli errori commessi... questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, in *Urb. App.*, n. 12/2015, pp. 1257 ss.

¹³³ Effetti perfino definiti come “*esiziali*” per i bilanci pubblici dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 52 del 2010.

Ne è derivata l'insorgenza di un amplissimo contenzioso sia in sede amministrativa sia in sede civile, nel corso del quale si sono fronteggiati orientamenti contrastanti, sino all'intervento della Corte di Cassazione che, ribadendo l'applicabilità alla predetta fattispecie del tradizionale criterio di riparto delle giurisdizioni, ha ritenuto - con orientamento che perdura a tutt'oggi¹³⁴ - che l'annullamento d'ufficio di atti qualificati come prodromici alla stipula di un contratto postula l'affermazione della giurisdizione amministrativa soltanto se si tratti di atti “*realmente prodromici rispetto alla successiva contrattazione con il privato*” e non anche quando il provvedimento di autotutela non abbia l'effettiva funzione di superare una presunta illegittimità di un atto facente parte della sequenza procedimentale, bensì quella di sottrarsi *ex post* ad un impegno contrattualmente assunto¹³⁵.

Al riguardo, si osserva che tale orientamento - pur individuando un discrimine chiaro, almeno a livello prettamente teorico, tra le giurisdizioni - demanda al giudice adito una valutazione preliminare ben più approfondita di quella usualmente richiesta per poter individuare l'organo competente a dirimere una determinata controversia, con un'indagine sulla finalità dell'azione amministrativa che tuttavia rischia di sconfinare nel merito della controversia, atteso che richiede all'organo giudicante un'effettiva analisi dello scopo di pubblico interesse perseguito dalla P.A. tramite il ricorso al potere d'annullamento d'ufficio.

Ciò dimostra, quindi, la complessità della tematica del riparto di giurisdizione quando si tratta di sindacare il ricorso al potere di autotutela amministrativa.

Orbene, si ritiene che gli orientamenti assunti in merito alla questione dei contratti derivati possano trovare applicazione - con i dovuti accorgimenti - anche alla diversa ipotesi di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

In termini generali, al fine di stabilire l'organo giurisdizionale competente a dirimere le controversie in materia di autotutela esercitata nei confronti dell'aggiudicazione, ivi compresi i relativi risvolti sulla sorte del contratto, occorre preliminarmente stabilire quale sia l'effettiva finalità perseguita dall'Amministrazione.

¹³⁴ Si veda, proprio con riferimento alla specifica questione dei contratti derivati: Cass. civ., Sez. Un., Ord., 9.10.2017, n. 23600, relativa ad una fattispecie nella quale la giurisdizione del giudice ordinario è stata affermata con riguardo all'impugnativa della delibera comunale di annullamento, in sede di autotutela, di due pregresse delibere con cui era stato dato corso alla stipulazione di contratti derivati, sul rilievo che questi ultimi erano stati conclusi all'esito di una trattativa privata e che, pertanto, la delibera di annullamento non appariva diretta a sindacare la legittimità di atti del procedimento amministrativo prodromico alla conclusione dei contratti ma piuttosto a realizzare una sorta di recesso unilaterale dagli stessi. Si veda anche, più di recente, Cass. civ., Sez. Un., Ord. 20.04.2018, n. 9917 nonché Cass. civ., Sez. Un., Ord., 25.11.2021, n. 36595.

¹³⁵ La Cassazione ha, peraltro, puntualizzato che l'individuazione del discrimine tra le giurisdizioni postula una valutazione in merito alla circostanza se l'annullamento in autotutela si configuri o meno come mezzo necessario per porre rimedio, *ex post* ed *ex tunc*, a vizi di legittimità di atti procedurali prodromici, attraverso una indagine sulla “*causa concreta*” dell'atto amministrativo, non dissimile da quella usualmente svolta dal giudice civile con riguardo alla causa del negozio per predicarne la eventuale esistenza o nullità.

Pertanto, se l'azione autoritativa e discrezionale della P.A. è volta ad emendare una rilevata illegittimità della sequenza procedimentale che ha condotto all'aggiudicazione, la competenza a conoscere della legittimità del provvedimento di autotutela non potrà che spettare al Giudice Amministrativo, quale organo costituzionalmente preposto a conoscere le controversie in materia di interessi legittimi e la giurisdizione, poi, dovrebbe estendersi - in ossequio ai principi di effettività della tutela giurisdizionale e di concentrazione dei giudizi¹³⁶ - anche alla correlativa declaratoria d'inefficacia del contratto.

Viceversa, qualora l'annullamento dell'aggiudicazione costituisca un mezzo tramite cui la P.A. intende recedere surrettiziamente dal vincolo contrattuale, le posizioni delle parti dovranno qualificarsi alla stregua di diritti soggettivi, con conseguente giurisdizione del Giudice Ordinario.

Nel complicato contesto descritto si sono poi "inserite" anche le disposizioni dettate dal Codice dei contratti pubblici relativamente alle ipotesi di risoluzione e cessazione in autotutela, rispetto alle quali non si riscontra un orientamento univoco¹³⁷ e tuttavia appare ragionevole la tesi che ritiene che *"la ricostruzione in chiave di autotutela pubblicistica ha ovvie implicazioni quanto al riparto di giurisdizione sull'atto di risoluzione, giurisdizione da intendersi devoluta al giudice amministrativo e non a quello ordinario"*¹³⁸.

7. Considerazioni conclusive

Come evidenziato dal complesso delle considerazioni che precedono, la tematica dell'autotutela amministrativa è divenuta, nel corso degli ultimi anni, il centro di un diffuso dibattito giurisprudenziale e dottrinario che ha trovato particolare stimolo a fronte delle novelle introdotte dalla cd. riforma Madia.

Il predetto intervento normativo, invero, si è incentrato sull'introduzione di un limite temporale rigido all'esercizio di detto potere ma, sin da subito, è stato sottolineato come la riforma - essendo finalizzata a garantire una maggior tutela dell'affidamento ingenerato nei privati dalle determinazioni adottate dalla Pubblica Amministrazione - debba ritenersi emblematica di un ripensamento, da parte del Legislatore, dei rapporti pubblico-privato¹³⁹.

Tale "nuovo paradigma" nella relazione tra autorità (esercitata dall'amministrazione per il perseguimento dei fini pubblici affidati alle sue cure) e libertà (a tutela dei destinatari dell'azione amministrativa, persone fisiche o persone giuridiche) ha, dunque, sospinto il dibattito sui limiti e le modalità entro cui può

¹³⁶ Principio che, in base all'art. 103 Cost., costituisce un corollario del principio di effettività della tutela giurisdizionale. Sul punto si veda, a livello dottrinario, R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in R. CHIEPPA (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010 nonché A. PAJNO, *Per una lettura "unificante delle norme costituzionali sulla Giustizia Amministrativa*, in *Astrid*, n. 26/2006. A livello giurisprudenziale cfr. Cass. civ., Sez. Un., 13.03.2020, n. 7219 e Cons. Stato, Sez. VI, 21.05.2014, n. 2624.

¹³⁷ Per una ricostruzione delle diverse posizioni cfr. G. GALLONE, *op. cit.*, pp. 99 ss., il quale conclude che la giurisdizione in ordine alle ipotesi di risoluzione di cui all'art. 108, D.Lgs. n. 50/2016 sarebbe in ogni caso del Giudice ordinario.

¹³⁸ R. DE NICTOLIS, *L'autotutela provvedimentale degli atti illegittimi*, cit., pag. 26.

¹³⁹ Cfr. *supra* par. n. 1.

legittimamente esplicarsi il potere di autotutela della P.A., incentrato nella sostanza su due direttrici principali: l'estensione della discrezionalità di cui gode l'Amministrazione nell'esercizio di detto potere, da un lato, e la posizione del soggetto terzo, interessato alla rimozione dall'ordinamento dell'atto (in ipotesi) illegittimo, dall'altro lato.

Trattasi, come si è avuto modo di evidenziare, di problematiche che - nonostante l'ampia produzione giurisprudenziale al riguardo - risultano ancora aperte e ciò, d'altronde, proprio in quanto l'istituto dell'annullamento d'ufficio ex art. 21-*nonies* L. n. 241/1990 si pone al centro di un delicato crocevia in cui gli interessi pubblici alla cui cura è preposta la Pubblica Amministrazione si sovrappongono, e spesso si contrappongono, alle posizioni soggettive dei privati (diretti interessati, ma anche terzi), oggetto di un'attenzione sempre crescente anche, ma non soltanto, nell'ottica del corretto funzionamento del mercato concorrenziale.

In questo contesto non appare certo casuale che le problematiche concernenti la natura e l'estensione del potere di autotutela amministrativa si acuiscano nella materia dei contratti pubblici, in cui la posizione del destinatario degli effetti dell'esercizio del potere dopo la stipula del contratto è quella del titolare di diritti soggettivi in posizione di tendenziale parità con l'Amministrazione.

Viene quindi da chiedersi se e in che misura l'Amministrazione possa, in tale fase, esercitare il potere autoritativo di annullamento d'ufficio sull'aggiudicazione.

A tale proposito, la disciplina speciale prevista dal Codice dei contratti con riferimento alla fase di esecuzione del contratto è alquanto perplessa e frutto di una stratificazione di disposizioni nient'affatto coordinate e omogenee. In ogni caso, nell'ambito della medesima disciplina speciale - dettata dagli artt. 108 e 176 del Codice - sembrano rinvenirsi delle vere e proprie ipotesi di autotutela amministrativa, che tuttavia sfuggono alla disciplina generale dell'art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990 sia relativamente ai presupposti - che non contemplano espressamente la valutazione discrezionale dell'interesse pubblico e della posizione del destinatario degli effetti e dei controinteressati e prescindono dal termine fissato dall'art. 21 *nonies* L. n. 241/1990 - sia negli effetti, che sono indicati nella caducazione *ex nunc* del contratto.

Tali ipotesi, per le ragioni sopra evidenziate di carattere logico-sistematico, non sembrano esaustive, cioè non vengono ad escludere l'esercizio del potere di autotutela di cui all'art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990 con i presupposti e gli effetti dallo stesso previsti, considerato anche che l'aggiudicazione è da qualificarsi come un provvedimento attributivo di vantaggi economici.

In particolare, allo stato sembrano evidenziarsi - almeno in astratto - due diversi regimi giuridici dell'autotutela amministrativa sull'atto di aggiudicazione successiva alla stipulazione del contratto. Un primo regime, peraltro parzialmente perplessa e contraddittorio, è quello speciale previsto dagli artt. 108, primo comma, lett c e d) e dall'art. 176 commi 1 e 2, D.Lgs. n. 50/2016; un secondo regime è quello



previsto dall'art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990, che a sua volta è incompleto in quanto, ad esempio, non individua in alcun modo quali siano gli effetti sul contratto derivanti dall'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

A fronte di tali circostanze, nel presente contributo si è cercato di procedere ad una ricostruzione che conduca ad un'armonizzazione almeno tendenziale dei suddetti regimi, sulla base del lavoro della dottrina e della giurisprudenza relativo al regime dell'annullamento d'ufficio.

Le relative problematiche, peraltro, sono aggravate dalla scarsa qualità della normazione e, in particolare, dalle imprecisioni ed incongruenze che contraddistinguono le disposizioni di cui agli artt. 108 e 176 del Codice dei contratti pubblici; i diversi interventi legislativi che si sono succeduti avrebbero potuto rappresentare la giusta occasione per fare chiarezza sulle predette questioni, introducendo una specifica e compiuta disciplina concernente il potere di autotutela in detto ambito.

A fronte di tali circostanze, quindi, appare del tutto necessario - ed urgente - un intervento del Legislatore che fornisca, quantomeno, delle coordinate univoche agli operatori del settore: l'occasione potrebbe essere il nuovo Codice dei contratti in corso di elaborazione che si auspica possa "dirimere" le problematiche di cui si è cercato di dare conto nel presente lavoro.