UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE"

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO IN DISCIPLINE GIURIDICHE

XXXII CICLO

CURRICULUM PUBBLICISTICO

La risoluzione dei contratti pubblici

Dott.ssa Leila Nadir Sersale

Tutor

Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli

Coordinatore

Prof. Giuseppe Grisi

Sommario

Introduzione 5

Capitolo I 11

I contratti della pubblica Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. 11

1. L'attività contrattuale della pubblica amministrazione. 11

2. L'autonomia negoziale della pubblica Amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica. 22

2.1. *I valori sottesi alla procedura di evidenza pubblica.* 23

3. I rapporti tra evidenza pubblica e contratto. 32

3.1. *Le impostazioni tradizionali.* 35

3.2. *Il superamento delle impostazioni tradizionali. La funzione amministrativa come causa del contratto.* 41

Capitolo II 50

La rilevanza dell'interesse pubblico nell'esecuzione del contratto. Alterazioni funzionali della causa e risoluzione del contratto. 50

1. Premessa 50

2. La risoluzione del contratto nel codice civile. Inquadramento generale. 52

2.1. *Gli effetti della risoluzione tra le parti e nei confronti dei terzi* 56

2.2. *L'accoglimento della nozione di causa in concreto e lo scioglimento del vincolo contrattuale in caso di difetto funzionale*. 61

3. La risoluzione dei contratti pubblici. 66

3.1. *Inadempimento dell'appaltatore e risoluzione del contratto nella disciplina anteriore al codice dei contratti pubblici del 2016*. 68

3.1.1. *La natura giuridica della risoluzione per inadempimento dell'appaltatore*. 70

3.1.2. *Osservazioni conclusive* 73

4. Interesse pubblico e causa del contratto: la questione dello scioglimento del vincolo negoziale mediante l'esercizio di poteri di autotutela pubblicistica 75

4.1. *La revoca e i rapporti con il recesso. Orientamenti contrapposti* 79

4.1.1. *La risposta dell'Adunanza Plenaria n. 14/2014* 85

4.1.2 *Osservazioni conclusive* 86
4.2. *L'annullamento d'ufficio* 93
4.2.1. *L'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e la sua incidenza sul contratto* 105
4.2.2. Orientamenti contrapposti 108
4.2.3. *L'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione come causa di risoluzione del contratto* 115
4.2.4. *Il confronto con l'annullamento giurisdizionale* 120
4.2.5. *Osservazioni conclusive* 128
Capitolo III 131
La risoluzione nel codice dei contratti pubblici del 2016 131
1. Il quadro normativo europeo: gli articoli 72 e 73 della direttiva 2014/24 UE 131
2. La disciplina della fase esecutiva del contratto nel d.lgs. n. 50 del 2016 137
3. La risoluzione del contratto negli artt. 108 e 176 del d. lgs. n. 50/2016 141
3.1. *La natura giuridica delle diverse ipotesi di risoluzione* 144
3.1.1. *La risoluzione per grave inadempimento e negligenza dell'appaltatore (art. 108, co. 3 e 4)* 145
3.1.2. *La risoluzione per decadenza dell'attestazione di qualificazione, condanne e misure di prevenzione (art. 108, co. 2, lett a) e b)* 149
3.1.3. *La risoluzione per illegittime modifiche sostanziali del contratto (art. 108, co. 1 lett. a) e b))* 154
3.1.4. *La risoluzione per illegittimità commesse in fase di aggiudicazione (art. 108, co. 1, lett. c) e d))* 166
4. Osservazioni conclusive. L'annullamento d'ufficio nel settore dei contratti pubblici e le questioni aperte 173
Capitolo IV 187
Autotutela pubblicistica e risoluzione del contratto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa 187
1. Inquadramento generale 187
2. La giurisdizione sul provvedimento di autotutela incidente sul rapporto contrattuale 188

3. La questione della giurisdizione sulla sorte del contratto 193

3.1. *La giurisdizione sul contratto nella disciplina anteriore al codice del processo amministrativo* 196

3.2. *La giurisdizione sul contratto nel codice del processo amministrativo* 203

3.3. *La giurisdizione sulla sorte del contratto in caso di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione. Orientamenti contrapposti* 209

3.3.1. *La tesi della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo* 210

3.3.2. *La tesi della giurisdizione ordinaria* 219

4. Osservazioni conclusive 224

Conclusioni 228

Bibliografia 237

Introduzione

La presente ricerca mira ad esaminare la disciplina della risoluzione unilaterale dei contratti pubblici da parte della stazione appaltante.

Si tratta di un tema che consente, in termini generali, una riflessione sui rapporti tra il principio di cogenza del vincolo contrattuale stipulato tra parti in posizione di parità e il principio della costante funzionalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico individuato dalle norme attributive del potere.

Da un lato, i principi civilistici che muovono dal principio della sostanziale parità delle parti dovrebbero condurre a ritenere che l'Amministrazione, al pari di qualsiasi contraente privato, possa liberarsi unilateralmente dal vincolo contrattuale solo attraverso i rimedi generali previsti dal diritto privato per i contratti a prestazioni corrispettive e gli speciali poteri di autotutela privatistica previsti dal codice dei contratti pubblici.

Dall'altro, la necessità che l'azione amministrativa sia costantemente rispondente ai fini individuati dalla legge sembra escludere che dalla stipula del contratto possano sorgere limiti all'esercizio di poteri di autotutela pubblicistica e sembra condurre alla conclusione che l'Amministrazione possa sciogliersi dal vincolo contrattuale anche attraverso l'esercizio di tali poteri.

La ricerca del corretto bilanciamento tra tali principi impone, anzitutto, una riflessione sulla rilevanza causale che assume l'interesse pubblico.

In particolare, la tesi si compone di quattro capitoli, il primo dedicato alla ricognizione dei principi che caratterizzano l'attività contrattuale della pubblica Amministrazione e ai rapporti tra evidenza pubblica e contratto. Il secondo, dopo un breve richiamo alla disciplina della civilistica della risoluzione, si sofferma, dapprima, sui profili che hanno sempre caratterizzato la risoluzione dei contratti pubblici per inadempimento dell'appaltatore e, successivamente, sulla questione dell'ammissibilità per l'Amministrazione di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale anche attraverso l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio sugli atti di gara. Nel terzo, vengono esaminate le ipotesi di risoluzione attualmente previste dal codice dei contratti pubblici; è posta l'attenzione, in particolare, sulla questione della natura giuridica della risoluzione legata ad illegittimità

commesse in sede di aggiudicazione della gara e in sede di esecuzione del contratto. Nel quarto, infine, viene analizzata la questione dell'individuazione del plesso giurisdizionale chiamato a pronunciarsi sulle controversie relative all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio a seguito della stipula del contratto e sulla sorte che il contratto subisce per effetto dell'esercizio di tale potere.

Con particolare riferimento al primo capitolo, si è ritenuto opportuno approfondire i rapporti tra il procedimento di evidenza pubblica e il contratto, anche alla luce delle innovazioni introdotte dalle direttive del 2014, che, per la prima volta, hanno disciplinato la fase esecutiva del contratto, sul presupposto che anche in sede di esecuzione possono verificarsi eventi in grado di ledere i valori sottesi alla procedura di evidenza pubblica.

L'analisi svolta permetterà così di evidenziare che l'interesse pubblico assume rilievo non solo nella fase del procedimento di evidenza pubblica, ma anche in quella negoziale. In quest'ottica, è possibile affermare che l'interesse pubblico contribuisce a definire un elemento essenziale del contratto, ossia la sua causa concreta.

Tale conclusione presenta rilevanti implicazioni pratiche, in quanto porta ad affermare che, in presenza di eventi che incidono sulla realizzabilità dell'interesse pubblico, quel vincolo contrattuale è destinato a sciogliersi, essendo ormai venuta meno la sua ragione giustificatrice.

La particolare rilevanza che assume l'interesse pubblico permette, dunque, di comprendere la ragione per cui la risoluzione del contratto per volontà della stazione appaltante è disciplinata in termini sensibilmente diversi rispetto a quelli previsti dal diritto comune per il contratto di appalto.

Proprio l'esistenza di un tale regime speciale ha sollevato diversi interrogativi, legati alla reale natura del potere esercitato dalla stazione appaltante in sede di scioglimento del vincolo contrattuale.

Nel secondo capitolo, dopo un breve richiamo alla disciplina civilistica della risoluzione, verranno dapprima analizzate le questioni che, soprattutto in passato, ha sollevato la risoluzione dei contratti pubblici per inadempimento dell'appaltatore.

Una volta chiarita la natura giuridica di tale rimedio e prima di esaminare, nel capitolo successivo, le altre ipotesi di risoluzione attualmente previste dal codice dei contratti pubblici, verrà posta l'attenzione sulla questione relativa al potere dell'Amministrazione di sciogliere il rapporto contrattuale, per ragioni diverse dall'inadempimento dell'appaltatore,

attraverso l'esercizio di poteri di autotutela pubblicistica sugli atti prodromici alla stipula del contratto.

Tale interrogativo, che oggi trova una risposta positiva nel codice dei contratti pubblici, si pone data la costante funzionalizzazione dell'azione amministrativa rispetto ai fini individuati dalla legge e la conseguente rilevanza causale che assume l'interesse pubblico. È possibile infatti che l'inidoneità del contratto a realizzare lo scopo cui era destinato discenda di vizi dell'aggiudicazione, sopravvenuti motivi di pubblico interesse o mutamenti di fatto non prevedibili al momento dell'aggiudicazione o, infine, sia legata ad illegittimità commesse in sede di esecuzione del contratto.

Occorre, quindi, capire in che modo il principio della costante funzionalizzazione dell'azione amministrativa alla cura dell'interesse pubblico possa conciliarsi con la presenza di un vincolo di natura privatistica, sul quale i poteri di autotutela pubblicistica andrebbero inevitabilmente ad incidere.

Da un lato infatti, si pone il principio dell'inesauribilità del potere pubblico e la necessità che l'azione amministrativa, anche quando esercitata tramite moduli privatistici, sia costantemente rispondente al fine di interesse pubblico individuato dalla legge. In questa prospettiva, l'intervenuta stipula del contratto non potrebbe rappresentare un ostacolo all'esercizio del potere di revoca o di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

Dall'altro, si pone invece il principio della intangibilità del contratto, che comporta l'impossibilità per le parti di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale, salve le ipotesi in cui ciò sia consentito da un'apposita previsione del medesimo contratto o dalla legge.

Illustrate le ragioni per le quali si deve ammettere che l'Amministrazione possa sciogliersi dal contratto anche attraverso poteri di autotutela pubblicistica, il capitolo termina con l'esame dei punti di contatto e dei profili che distinguono questa ipotesi di scioglimento del vincolo negoziale da quella derivante dall'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione.

Il terzo capitolo è invece dedicato all'analisi delle diverse ipotesi di risoluzione attualmente contemplate dal codice dei contratti pubblici.

In particolare, verrà posta l'attenzione sulle norme che riconoscono espressamente alla pubblica Amministrazione il potere di risolvere unilateralmente il contratto in presenza di eventi ulteriori rispetto all'inadempimento, legati ad illegittimità commesse in sede di affidamento o in sede di esecuzione, tali da non consentire al contratto di realizzare la funzione cui era concretamente destinato.

Si tratta di norme che presentano profili di particolare interesse, in quanto sollevano diversi interrogativi in ordine alla reale natura giuridica del potere esercitato dalla stazione appaltante.

Quanto alla risoluzione conseguente ad illegittime modifiche sostanziali del contratto, si pone la questione di capire se, in tali ipotesi, lo scioglimento del vincolo negoziale sia riconducibile alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta o all'esercizio di un diritto potestativo di recesso, assimilabile a quello previsto nel contratto di appalto privato in caso di modifiche sostanziali ovvero se consegua all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio dell'atto con cui è stata autorizzata la modifica del contratto.

Tale interrogativo impone un approfondimento sui presupposti e sui principi sottesi ai diversi rimedi privatistici sopra evocati, funzionale a far emergere la *ratio* delle differenze tra i rimedi.

L'analisi così svolta permetterà di comprendere le ragioni per le quali è possibile ritenere che la risoluzione legata ad illegittimità commesse in sede di esecuzione non sia riconducibile ai rimedi privatistici della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e del c.d. recesso impugnazione, ma sia inquadrabile nella categoria dell'annullamento d'ufficio.

Risultano più agevolmente riconducibili alla categoria dell'annullamento d'ufficio le ipotesi di risoluzione conseguenti ad illegittimità commesse in sede di aggiudicazione. Si tratta, in particolare, del caso in cui l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di affidamento ovvero dell'ipotesi in cui l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai Trattati, accertata dalla Corte di Giustizia dell'Unione a conclusione di una procedura di infrazione.

In questi casi, la risoluzione rappresenta chiaramente una reazione al mancato rispetto delle regole che presiedono alla correttezza dell'aggiudicazione.

Una volta chiarita la natura pubblicistica di tali ipotesi di risoluzione, il capitolo termina con una riflessione sulla specialità che caratterizza il potere di annullamento d'ufficio nel settore dei contratti pubblici e sulle questioni ancora aperte.

Sotto il primo profilo, viene richiamata la disciplina prevista dall'art. 211 del codice che, nell'attribuire all'ANAC la legittimazione ad agire in giudizio avverso atti di gara ritenuti illegittimi, sembra introdurre nel settore dei contratti pubblici profili di specialità del potere di annullamento d'ufficio,

che si aggiungono a quelli già ricavabili dalle norme sulla risoluzione del contratto conseguente all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio degli atti di gara, anche oltre i limiti temporali previsti dall'art. 21-*nonies* per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici.

Sotto altro profilo, viene approfondita la questione della possibilità per la pubblica Amministrazione di risolvere il contratto mediante l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalle norme del codice dei contratti pubblici.

Tale questione coinvolge interessi diversi, tutti meritevoli di attenta considerazione.

Da un lato, l'esigenza di tutela dell'affidamento del privato nella stabilità dei vantaggi conseguiti per effetto della stipula del contratto e la salvaguardia dei principi civilistici di parità delle parti e di cogenza del vincolo contrattuale. Tali principi sembrano condurre ad una risposta negativa al quesito.

Dall'altro, la necessità di assicurare la costante rispondenza dell'azione amministrativa (anche svolta mediante strumenti privatistici) ai fini di interesse pubblico indicati dalla legge. Tale esigenza, al contrario, induce ad ammettere che l'Amministrazione possa sottrarsi dal vincolo contrattuale attraverso il potere di annullamento d'ufficio anche in ipotesi ulteriori. Soluzione, questa, che sembra trovare conferma anche nella rilevanza causale che assume l'interesse pubblico e, quindi, della circostanza che il contratto può rimanere in vita solo se (e fino a quando) non si verifichino eventi che lo rendano inidoneo ad assolvere la funzione cui era destinato. Laddove l'inidoneità del contratto a realizzare la sua causa concreta derivi da un'illegittimità commessa in sede di aggiudicazione della gara, dovrebbe quindi essere consentito alla stazione appaltante di sciogliersi dal vincolo contrattuale. Con la precisazione, è bene ribadirlo, che non è sufficiente la mera illegittimità dell'aggiudicazione, essendo necessaria l'esplicitazione delle ragioni di interesse pubblico attuale e concreto alla rimozione dell'aggiudicazione, ulteriori rispetto a quello al mero ripristino della legalità violata e prevalenti sull'interesse alla stabilità del contratto.

Il riconoscimento del potere dell'Amministrazione di risolvere il contratto attraverso l'annullamento d'ufficio anche in ipotesi ulteriori rispetto a quelle previste attualmente dal codice dei contratti pubblici ha condotto ed esaminare, nel quarto capitolo, le questioni di natura processuale sollevate dall'esercizio di tali poteri.

Si tratta, in primo luogo, di individuare il giudice munito di giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto il provvedimento con cui l'Amministrazione annulla un atto di gara così determinando la risoluzione del contratto già stipulato.

Valorizzando la circostanza che tale provvedimento viene adottato durante la fase esecutiva del contratto, in relazione ad un preteso difetto funzionale del sinallagma, si potrebbe ritenere che si sia in presenza di controversie devolute alla giurisdizione del giudice ordinario.

Ponendo, invece, l'attenzione sulla natura pubblicistica del potere esercitato, si dovrebbe coerentemente ritenere che la situazione giuridica soggettiva del contraente privato sia di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

Una volta ammessa la giurisdizione amministrativa sulle controversie relative all'esercizio del potere di autotutela successivamente alla stipula del contratto, si pone la questione di capire se tale giurisdizione si estenda anche alla sorte del contratto e consenta al giudice amministrativo di pronunciarsi sulla domanda di accertamento dell'intervenuta risoluzione e su quelle di natura risarcitoria e restitutoria, che possono essere proposte conseguentemente alla caducazione del contratto.

Tale interrogativo, che si pone dato il silenzio del legislatore sul tema, impone di operare un bilanciamento tra diversi interessi, tutti meritevoli di attenta considerazione.

Da un lato, i principi di concentrazione delle forme di tutela e di ragionevole durata del processo, che sembrano suggerire la proposizione di tutte le domande relative alla medesima vicenda innanzi al medesimo plesso giurisdizionale. Dall'altro, i principi costituzionali in tema di riparto di giurisdizione, che impongono una lettura rigorosa delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Capitolo I

I contratti della pubblica Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato.

Sommario: **1.** L'attività contrattuale della pubblica Amministrazione **2.** L'autonomia negoziale della pubblica Amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica **2.1.** I valori sottesi alla procedura di evidenza pubblica. **3.** I rapporti tra evidenza pubblica e contratto **3.1.** Le impostazioni tradizionali **3.2**. Il superamento delle impostazioni tradizionali. L'interesse pubblico come causa del contratto.

1. L'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

L'esercizio dell'attività amministrativa mediante strumenti privatistici ha da sempre presentato profili di grande interesse, che discendono dalla difficoltà di coniugare la posizione istituzionale della pubblica Amministrazione e il vincolo di scopo che ne caratterizza l'azione, con lo strumento contrattuale, che presuppone un libero incontro delle volontà delle parti, collocate in posizione di sostanziale parità[1].

[1] Sull'importanza del ricorso a strumenti privatistici da parte della pubblica Amministrazione si veda A. Bononi, *Contratto amministrativo*, (voce in) in *Dig. It.*, vol. VIII, p. III, 1898-1900, 422, il quale sottolinea il fatto che lo Stato e gli altri enti pubblici, per esplicare la loro attività "sono costretti ad avere rapporti contrattuali". La pubblica Amministrazione, infatti, ha bisogno "di far lavori, assumere servizi, forniture", come un qualsiasi privato, ma, diversamente da un privato è vincolata dal rispetto e dal perseguimento dei fini pubblici stabiliti dalla legge. In dottrina, si veda inoltre O. Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It*., 1894, 8, il quale afferma che gli enti pubblici nei loro rapporti esterni raggiungono i propri scopi "o esercitando la propria potestà sulle persone sottoposte, agendo come persone pubbliche, cioè *iure imperii*, oppure entrando nel commercio giuridico-privato come subbietti patrimoniali, cioè agendo *iure gestionis*".
La distinzione tra atti di gestione e atti di imperio venne successivamente superata con l'individuazione della cd. attività amministrativa di diritto privato. Con tale espressione, si faceva riferimento all'attività tesa alla realizzazione di fini di interesse pubblico e governata dalle regole del diritto comune (distinguendosi così dalla cd. attività amministrativa di diritto pubblico). Sul punto si veda A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Scritti Giuridici*, I, Milano, 1999. La circostanza che anche tale attività persegua fini pubblici consente di comprendere l'esistenza di talune deroghe rispetto al diritto comune. Tali deroghe, come si avrà modo di precisare in seguito, risultano strumentali alla miglior cura dell'interesse pubblico individuato dalla legge che attribuisce il potere all'Amministrazione. Nello stesso solco, si veda M. Cantucci, *L'attività di diritto privato*

Proprio sulla base della difficoltà di individuare un corretto equilibrio tra tali principi, in passato, pur ammettendosi l'esercizio di attività amministrativa mediante strumenti privatistici, si tendeva a circoscrivere la rilevanza di tali strumenti[2]. Le finalità di carattere pubblicistico dovevano perseguirsi, di regola, attraverso l'utilizzo di strumenti che costituissero estrinsecazione della posizione di supremazia che l'Amministrazione riveste nei confronti della generalità dei consociati. In quest'ottica, si riteneva inoltre che la pubblica Amministrazione, in quanto vincolata dal principio di legalità, potesse operare solo con strumenti nominati e tipici.

Sotto altro profilo, si tendeva ad inquadrare anche gli strumenti privatistici in chiave pubblicistica. Si riteneva, cioè, che in mancanza di disposizioni che consentissero una qualificazione certa di quei mezzi in termini privatistici, anch'essi fossero amministrativi e, in quanto tali, soggetti ai principi e alle regole pubblicistiche[3].

La presunzione del naturale carattere pubblicistico dell'attività della pubblica Amministrazione portava quindi ad affermare che, nell'ambito dell'attività sfociante nell'adozione di atti di diritto privato, ogni disciplina speciale prevista in favore dell'Amministrazione dovesse essere inevitabilmente qualificata in termini pubblicistici.

Tale inquadramento pubblicistico si giustificava partendo dal presupposto di una limitata capacità degli enti pubblici nel campo civilistico e dalla considerazione che gli strumenti civilistici impiegati dalla pubblica Amministrazione fossero inevitabilmente condizionati dal fine pubblico da essa perseguito. La funzionalizzazione dell'attività amministrativa rispetto al

---

della pubblica amministrazione, Padova, 1941, il quale aggiunge che ogni attività posta in essere dalla p.A. (anche l'attività di cd. diritto privato) è sempre determinata dallo scopo di soddisfare bisogni collettivi.

[2] Esigenze di natura garantistica contribuivano ad alimentare la diffidenza verso l'utilizzo di strumenti privatistici. L'utilizzo dell'attività di diritto privato era infatti visto come strumento inidoneo ad essere verificato sotto il profilo della sua conformità al pubblico interesse. Mentre, infatti, l'azione amministrativa è retta da precise regole procedimentali, il negozio giuridico invece, salva l'eventuale esistenza di vizi della volontà, è insensibile rispetto a tali regole procedimentali. Lo svolgimento dell'attività amministrativa doveva essere governato da norme di diritto pubblico e non da quelle di diritto privato, poiché solo le prime risultavano in grado di assicurare la funzionalità dell'*agere* amministrativo al conseguimento degli scopi pubblici. In tema, si vedano M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 855 ss; P. Virga, *Teoria generale del contratto di diritto pubblico,* in *Enc. Dir.*, vol. IX, 1961.

[3] Per un'accurata ricostruzione delle ragioni del tradizionale inquadramento pubblicistico e delle implicazioni derivanti da tale impostazione, si veda G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, 15-23.

perseguimento del pubblico interesse individuato dalla legge veniva intesa, in altri termini, come una limitazione della capacità di diritto privato della pubblica Amministrazione[4].

La tradizionale teoria della limitata capacità giuridica degli enti pubblici nel campo privatistico è stata, tuttavia, da tempo sottoposta a revisione critica. Alla base di tale diversa impostazione si pone la considerazione che, nel nostro ordinamento, la persona giuridica ha tendenzialmente una piena capacità giuridica di diritto privato, salvi i limiti espressamente imposti dalla legge[5].

Partendo da tale premessa, si sottolinea che anche gli enti pubblici, in quanto prima di tutto persone giuridiche al pari di quelle private, sono titolari della medesima capacità giuridica di queste ultime[6]. La connotazione pubblicistica può valere quindi solo a distinguere gli enti pubblici da quelli privati, nei limiti in cui sussista una disciplina di carattere specifico e derogatorio, ma non anche a limitare la capacità di diritto privato dell'Amministrazione.

Tale conclusione, basata sul concetto di unitarietà della persona giuridica, trova, del resto, conferma anche nell'art. 11 c.c., secondo cui province, comuni ed enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche "*godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*". Tale disposizione, come è stato osservato, conferma che la persona giuridica pubblica può essere centro di imputazione di tutte le conseguenze giuridiche

---

[4] Cfr. C. Cammeo, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Firenze, 1937, 153 ss; A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., 532.

[5] Per la tesi della capacità piena e non limitata con riferimento alle persone giuridiche in generale, si veda F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. I, Padova, 1999, 198 ss: F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Milano, 1997; G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, Torino, 2010. Per quanto concerne le persone giuridiche pubbliche in particolare, si vedano A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, XIV ed., Napoli, 1984, 715; M. S. Giannini, *Attività amministrativa,* in *Enc. Dir.*, vol. XII, cit., 994 ss; Sul punto, si veda inoltre Cons. St., parere 19 dicembre 1989, n. 1838, in *Riv. trim. app.*, 1990, 1065 ss, con nota di S. Cogliani, *Alcune riflessioni in tema di appalto e compravendita di cosa futura*, in cui si mette in evidenza che, poiché nel nostro ordinamento non vige il principio del *nec ultra vires*, che caratterizza invece l'attività delle persone giuridiche nel diritto anglosassone, tutte le persone giuridiche sia pubbliche che private, possiedono la medesima capacità giuridica e di agire. Pertanto, conclude il Consiglio di Stato, la p.A. è legittimata a porre in essere contratti di compravendita di cosa futura, anche se questo tipo di negozio si discosta dagli ordinari moduli di contrattazione disciplinati dalla legge di contabilità di Stato. Sul punto, si veda inoltre, *infra*, nota 15.

[6] M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 352, il quale afferma che: "se si accede alla tesi prevalente, secondo cui le persone giuridiche private nel nostro diritto positivo hanno soggettività piena e legittimazione illimitata, per le persone giuridiche pubbliche valgono le stesse regole, non sussistendo norme che ad esse, per dette persone, deroghino".

astrattamente ipotizzabili nell'ambito dell'autonomia privata, con gli unici limiti derivanti dallo statuto del singolo ente o dalla particolare natura dell'attività svolta[7], che discendono dalla circostanza che la stessa sia titolare anche di una capacità di diritto pubblico, che deve essere necessariamente esercitata nei limiti e nei modi imposti dalla legge[8].

L'esistenza di tali limiti si giustifica, in altri termini, in considerazione del fatto che l'esplicazione dell'autonomia privata della p.A. è sempre funzionalmente legata al soddisfacimento del pubblico interesse.

Alla luce di tali considerazioni oggi è dunque comunemente ammesso che la pubblica Amministrazione, nell'esercizio della sua azione finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico individuato dalla legge, può avvalersi non solo degli strumenti pubblicistici, ma anche dei mezzi e delle forme comuni del diritto privato

Nell'ambito dell'attività contrattuale[9], quindi, l'Amministrazione non si pone in maniera sovraordinata rispetto ai privati, ma è considerata alla

---

[7] S. Vinti *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, 32.

[8] Ciò che può eventualmente modificarsi è solo la legittimazione a compiere specifiche attività. Sul punto, si veda Cass. civ. sez. I, 23 febbraio 1978, n. 902, in *Cons. Stato*, 1978, II, 741, che afferma che i divieti posti alle persone giuridiche pubbliche di svolgere determinate attività non toccano la capacità giuridica dell'ente intesa come astratta attitudine ad acquistare diritti e a contrarre obbligazioni, ma si configurano come limitazioni della legittimazione all'esercizio di determinate attività. In dottrina, A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 715, che, partendo dal presupposto che le persone giuridiche pubbliche hanno la stessa capacità generale di diritto comune delle persone fisiche, sottolinea che "le norme giuridiche, le quali – nel limitarne (positivamente o negativamente) le attribuzioni – escludono che un ente pubblico possa porre in essere certi negozi di diritto civile" non sono da intendere, in via di principio, come norme destinate ad escludere la capacità giuridica dell'ente in ordine ai relativi rapporti e la capacità di agire in ordine ai relativi negozi, ma devono piuttosto essere considerate come "mere norme imperative, l'inosservanza delle quali viene a condizionare la validità dei negozi e l'inosservanza delle quali può essere fonte di responsabilità degli agenti verso l'Amministrazione".
In dottrina, si veda anche G. Greco, *I contratti della pubblica Amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, cit. 25, che parla di "palese capovolgimento di impostazione" rispetto alle premesse accolte in passato: le limitazioni alla capacità di diritto privato, con tutte le implicazioni che si è ritenuto di poter ricavare da essa, non possono più discendere dalla tradizionale concezione dell'ente pubblico e dal rilievo che in essa si riteneva di poter attribuire al fine pubblico, ma devono trovare un esplicito fondamento normativo.

[9] In termini, S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto. Profili sostanziali e processuali*, cit., 53, che sottolinea la necessità di distinguere questo tipo di attività da quella cd. consensuale, "che si manifesta attraverso atti di natura pubblicistica, connotati sotto il profilo che l'esercizio del potere amministrativo, autoritativo, non è puramente unilaterale, ma, appunto, partecipato in funzione dell'acquisizione per così dire preventiva del consenso degli interessati e alla cui formazione concorre quindi con l'apporto di questi". Con tale

stregua di qualsiasi soggetto privato dell'ordinamento che esercita la propria autonomia negoziale, salve le diverse regole che di volta in volta il legislatore ha introdotto in considerazione dell'oggetto del contratto[10]. Tali regole speciali si comprendono in quanto, come si avrà modo si specificare in seguito, ciò che muove l'Amministrazione e la determina a rivolgersi al mercato rimane, in ogni caso, il perseguimento del pubblico interesse a cui tutta l'attività amministrativa è preordinata.

In quest'ottica, è stata anche superata la tesi secondo cui il vincolo istituzionale imporrebbe all'Amministrazione di agire in campo privato solo con strumenti nominati e tipici.

In proposito, si è evidenziata la necessità di distinguere il principio di tipicità dei contratti, da quello di tipicità dei provvedimenti amministrativi: se, in forza del principio di legalità, l'Amministrazione può adottare solo provvedimenti che costituiscono espressione di una specifica attribuzione di potere, ciò non implica la possibilità di negarle la generale libertà di contrattare, ai sensi dell'art. 1322 c.c.

Pur dovendo le pubbliche Amministrazioni operare nei limiti consentiti dalla legge, alcuna disposizione vieta alle stesse di operare anche con contratti atipici; al contrario, il sempre maggiore utilizzo di strumenti privatistici al fine della realizzazione di bisogni generali di rilievo pubblicistico costituisce una conferma del fatto che la pubblica Amministrazione non incontra limiti di carattere generale alla possibilità di stipulare contratti atipici[11].

---

espressione ci si riferisce quindi ad un modulo di azione amministrativa attenta alle posizioni dei destinatari, ammessi dalla legge alla partecipazione del procedimento e alla stipula di accordi, anche sostituitivi di provvedimento. Si tratta, conclude l'Autore, "di attività di natura pubblicistica, che si caratterizza per il fatto che l'esercizio del potere autoritativo non avviene in maniera unilaterale, bensì partecipata".

[10] G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo. I mezzi dell'azione*, IV, Milano, 1955, 467 parla di "diritto privato speciale".

[11] Così Cons. St., sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073. Sul punto, si vedano inoltre T.A.R. Toscana, Sez. I, 30 marzo 2015, n. 536; Cons. St., sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3571, in *iusexplorer.it*, in cui si sottolinea che "un contratto atipico, espressione di autonomia negoziale, non è d'altra parte estraneo all'ambito dell'attività contrattuale di diritto privato, che l'Amministrazione è abilitata a svolgere, pur nell'osservanza delle regole procedurali pubblicistiche circa la formazione della volontà negoziale e l'individuazione del contraente, per rispettare i parametri di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione. Il raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico perseguiti - anche attraverso esternalizzazione di alcuni servizi - non richiede quindi, necessariamente, il ricorso a forme contrattuali tipiche disciplinate dalla legge, ma può all'occorrenza essere modulato in termini particolari, eventualmente misti, benché col minore possibile

Come si è detto, le pubbliche Amministrazioni possano avvalersi, per il perseguimento dell'interesse pubblico, sia degli strumenti giuridici pubblicistici, sia delle forme e dei mezzi di azione propri del diritto privato, come il contratto. Di conseguenza, deve essere riconosciuto non solo il potere di stipulare contratti che trovano espresso riconoscimento normativo, ma anche contratti atipici, secondo il principio generale previsto dall'art. 1322, co. 2, c.c.

In generale, si può dunque affermare che i limiti derivanti dal vincolo teleologico che le amministrazioni incontrano nell'attività di diritto privato non comportano, di regola, preclusioni in ordine ai tipi di contratti stipulabili[12]. I limiti riguardano, piuttosto, come si avrà modo di specificare in seguito, le modalità di formazione della volontà contrattuale della p.A., che risulta procedimentalizzata secondo le norme dell'evidenza pubblica, nonché, in generale, la necessità che la predetta attività contrattuale sia sempre funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico specifico per la cui cura essa è preposta[13].

---

discostamento, rispetto ad analoghe fattispecie tipizzate e, comunque, nel rispetto dei concorrenti parametri legislativi".

[12] Cfr. G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, VIII ed., Milano, 1958, 31 per il quale "anche nella scelta tra più mezzi egualmente consentiti, la amministrazione è tenuta a dare preferenza al più adatto, più utile e conveniente in ordine al fine che si tratta di conseguire: l'uso di un mezzo inadatto o inopportuno costituisce vizio di merito dell'attività. È chiaro, quindi, quanto sia diversa la discrezionalità dell'amministrazione dalla comune libertà. Quest'ultima è la facoltà di scelta di cui ciascuno dispone nella direzione della propria vita e nella cura dei propri interessi; quella è la facoltà di scelta propria di colui che agisce al servizio degli altri, cioè per il conseguimento di fini altrui, di fini da altri imposti e voluti".

[13] In questi termini, si veda S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 84. M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti,* Milano, 1996; R. Di Pace, *Partenariato pubblico e privato e contratti atipici,* Milano, 2006, 187; C. Franchini, *La disciplina dell'alta velocità tra esigenze di garanzia e incertezze normative*, in *Dir. amm*., 1997, 411 ss, che, opportunamente, sottolinea l'esistenza di uno stretto legame tra il principio di funzionalizzazione dell'attività amministrativa e quello di atipicità contrattuale, atteso che la legittimazione della p.A. all'esercizio dell'attività negoziale risiede proprio nel regime di funzionalità che la caratterizza. In quest'ottica, se ogni atto deve perseguire fini pubblici ben individuati, è allora ben possibile che la p.A. individui lo strumento più idoneo e lo adatti alle proprie specifiche esigenze. A volte, poi, per perseguire un determinato obiettivo, utilizzare una figura contrattuale non prevista dal codice può risultare addirittura necessario, specialmente quando l'obiettivo in questione richiede il compimento di operazioni particolarmente complesse (come, appunto, il caso dell'alta velocità, esaminato dall'Autore).
Sulla questione relativa alla possibilità per la p.A. di stipulare contratti atipici, si veda infine Cass. sez. un 12 maggio 2008, n. 11656, in *www.iuxeplorer.it,* che ha evidenziato che, a differenza del sistema anglosassone, in cui l'attività delle persone giuridiche di diritto pubblico è retta dal principio del *nec ultra vires*, nel nostro ordinamento sia le persone

L'impostazione favorevole al riconoscimento di una piena capacità contrattuale della p.A. trova, del resto, conferma anche nell'art. 1, comma 1-*bis*, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15[14]. Il comma 1-*bis* prevede invero che "*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente*".

Pur considerando che, nella generalità dei casi, l'Amministrazione esercita poteri autoritativi, tale disposizione consolida la valorizzazione dell'attività di diritto privato della p.A. ed il definitivo abbandono delle tesi dirette a porre in dubbio la generale capacità di diritto privato dell'Amministrazione e la possibilità di utilizzo di strumenti privatistici. Gli atti di natura non autoritativa sono stati attratti nell'ambito del diritto privato, con l'applicazione necessaria e diretta non già dei soli *principi* del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, *in quanto compatibili*, come è previsto dall'art. 11, co. 2, della stessa l. n. 241 del 1990 per gli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti, bensì delle norme di diritto privato in generale[15].

---

giuridiche pubbliche che quelle private hanno la medesima capacità giuridica, per cui la p.A. può porre in essere contratti di diritto privato, in assenza di specifici divieti.

[14] Per una ricostruzione dell'*iter* legislativo e delle diverse modifiche apportate nel testo definitivo rispetto a quello originario, si veda N. Paolantonio, *Principi generali dell'attività amministrativa, art. 1 comma 1-bis*, in (a cura di) N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 77 e ss. Nel testo originario, tale norma era inserita all'interno di un disegno di riforma dell'azione amministrativa. Si veda, sul punto, la *Relazione* della I Commissione Affari Costituzionali della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, Ordinamento generale dello Stato e della p.A. sul d.l. n. 1281, in Atti parlamentari Senato della Repubblica, XIV Legislatura, in *www.senato.it*, dove si legge che l'art. 1 comma 1-*bis* avrebbe dovuto esprimere "un principio tendenziale dell'attuale ordinamento, in favore del superamento del vecchio dogma che attribuiva alla p.A., in generale, il dovere di agire mediante poteri d'imperio ed attraverso atti unilaterali; in sostanza, la modifica si inquadra nelle moderne tendenze di privatizzazione, volte a sottrarre parte delle connotazioni pubblicistiche tipiche dell'amministrare". L'art. 1-*bis* era infatti inserito in un più ampio disegno di riforma dell'azione amministrativa, nel quale era posto anche l'art. 106 del testo di riforma della costituzionale, il quale stabiliva che "le pubbliche Amministrazioni, salvo i casi espressi dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base a norme di diritto privato".
Per una ricostruzione delle diverse interpretazioni dell'art 1, comma 1-*bis* prospettate in dottrina, si veda G. Napolitano, *L'attività amministrativa e il diritto privato,* in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, il quale mette in evidenza le differenze esistenti tra tale tecnica di privatizzazione e quelle impiegate fino ad allora. In particolare, si sottolinea che, mentre in passato si è proceduto ad interventi di carattere settoriale, riferite a singoli aspetti del diritto amministrativo, per la realizzazione di specifici obiettivi, nell'art. 1, comma 1-*bis*, invece, il richiamo al diritto privato diventa oggetto di una previsione di carattere generale, riferita all'intera azione amministrativa.

[15] Sul punto, si veda L. Iannotta, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato,* in *Dir. amm.*, 2006, 2, 353, il quale evidenzia come, in particolare, tra le norme compatibili di

Tale disposizione offre dunque un ulteriore argomento a sostegno della tesi secondo cui la p.A. può operare in campo privato anche attraverso contratti atipici. Il rinvio alle "*norme di diritto privato*" appare infatti senz'altro comprensivo anche dell'art 1322, co. 2, c.c[16].

La generale soggezione della p.A. alle regole di diritto comune trova poi conferma nell'art. 30, comma 8, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo cui *"Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile"* e nell'art. 21-*sexies* della legge n. 241 del 1990, anch'esso introdotto dalla legge n. 15 del 2005, che preclude all'Amministrazione l'esercizio del diritto di recesso in assenza

---

rilievo devono essere segnalate quelle relative all'oggetto, il cui carattere necessariamente "possibile" (1325 c.c. e 1346 c.c.) deve essere inteso sia in senso materiale che giuridico; le norme relative alla nullità del contratto (1418 e 1419 c.c); l'art. 1421 c.c., che conferisce la legittimazione all'azione di nullità a chiunque vi abbia interesse e, quindi, potenzialmente anche al terzo portatore di un interesse di rilievo giuridico. Sotto altro profilo, la rilevata componente obbligatoria degli atti non autoritativi consente di applicare ad essi e ai relativi comportamenti anche le norme sull'adempimento delle obbligazioni e sulle relative azioni (art. 1218 e ss.), nonché, in generale, i principi di buona fede e correttezza. Secondo l'Autore inoltre, "Il quadro normativo delineato lascia intravedere la (almeno astratta) possibilità di assicurare, anche col diritto privato, la tutela di tutte le posizioni coinvolte nell'adozione (o nella mancata adozione intesa quale possibile inadempimento di obblighi) di atti di natura non autoritativa, compresa quella dei terzi che invece si ritiene prevalentemente compromessa dal diritto privato tanto da far ricercare mitigazioni alla integrale operatività della logica privatistica attraverso l'applicazione di principi pubblicistici".
Si veda inoltre F. Trimarchi Banfi, *L'art. 1, comma 1-bis della l. n. 241 del 1990,* in *Foro Amm. CdS,* 2005, che evidenzia come la pubblica amministrazione, "quando usa il diritto dei privati, non accampa poteri né subisce vincoli diversi da quelli dei privati" e che "l'applicazione delle regole procedurali che valgono per l'attività amministrativa sia da escludere per l'attività che si svolge nelle forme del diritto privato dovrebbe essere fuor di dubbio".
Sul punto, si veda altresì A. Police, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato,* in (a cura di) G. Clemente di San Luca, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 157 ss; A Travi, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in (a cura di) M.A. Sandulli, *Riforma della legge n. 241/1990 e processo amministrativo*, in *Quaderni* de *Il Foro amministrativo-TAR,* Milano, 2006, 17 ss; F. Liguori, *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico a proposito del comma 1-bis,* in (a cura di) F. Liguori, *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, Bologna, 2007, 7 ss.

[16] Solo per il contratto di società il legislatore ha espressamente previsto una deroga al principio dell'autonomia negoziale. L'art. 4, co. 1, d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 prevede espressamente che "le pubbliche amministrazioni non possono costituire (…) società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società".

di espressa previsione pattizia o di legge[17]. Viene dunque richiamato, con tutta evidenza, il principio civilistico *pacta sunt servanda* che governa la disciplina codicistica del contratto e che si trova espressamente consacrato negli artt. 1372 e 1373 c.c.

Pur essendo oggi pacificamente ammesso che la pubblica Amministrazione, al pari di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento giuridico, gode di autonomia negoziale, occorre tuttavia evidenziare che l'autonomia negoziale della p.A. presenta comunque alcuni tratti di specialità rispetto a quella riconosciuta in capo ai soggetti privati.

In proposito, va innanzitutto evidenziata la necessità che anche l'attività contrattuale da essa posta in essere non confligga con le finalità istituzionali e sia conforme ai principi costituzionali e sovranazionali di legalità, imparzialità e buona amministrazione. Come si è accennato, infatti, ciò che porta l'Amministrazione a ricorrere all'impiego di strumenti privatistici rimane, in ogni caso, il perseguimento del pubblico interesse a cui tutta l'attività amministrativa è preordinata[18].

La circostanza che il ricorso a strumenti di diritto privato per la cura dell'interesse pubblico è oggi ritenuto anche applicazione di un principio di rango costituzionale[19] porta a ritenere che anche per tale attività di diritto privato valgano i principi generali di legalità, imparzialità, buon andamento e trasparenza che governano l'azione amministrativa[20].

---

[17] Ai sensi dell'art. 21-*sexies* della l. n. 241 del 1990, infatti, "Il recesso unilaterale dai contratti della pubblica Amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto."

[18] C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 73, il quale osserva che "la norma costituzionale impone una concezione unitaria dell'attività di amministrazione, al di là della forma (di diritto pubblico o privato) attraverso cui è esercitata" e che "il testo costituzionale non conosce un'amministrazione di diritto pubblico e una di diritto privato, mentre invece assume l'amministrazione come fenomeno unitario e come tale lo tipicizza". In tal senso, si veda anche M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 61 ss; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, 118.
Per un approfondimento sull'evoluzione della nozione di funzione amministrativa, si veda M. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 8 e ss; Id., *Il principio di buon andamento*, in (a cura di) M.A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa,* Milano, 2017, 47 ss.

[19] G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 396: "la Costituzione (…) indica come doverosi certi compiti e li qualifica quindi come interessi pubblici – sanità, istruzione, previdenza, assistenza, ecc – ma riconosce nello stesso tempo ai privati la libertà o il diritto di perseguirli. In questo modo ammette che interessi pubblici possano essere soddisfatti da privati e, quindi, con strumenti di diritto privato".

[20] A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit. 455 e ss.; F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato*, cit. 668, in cui si afferma che "l'amministrazione è costituita per scopi legalmente individuati o individuabili secondo procedimenti a ciò predisposti e

L'utilizzo del modello privatistico, quindi, non fa venire meno tutti i controlli, né impedisce la possibilità di contestare in sede giurisdizionale tale scelta, facendone valere la non rispondenza al pubblico interesse. Ciò significa, ad esempio, che è possibile contestare la scelta di procedere alla stipula di un contratto a trattativa privata al di fuori delle ipotesi eccezionali in cui tale strumento è consentito o, in sede di controllo, si può imputare alla pubblica Amministrazione di aver utilizzato strumenti di diritto privato rivelatisi antieconomici e, quindi, inefficienti e contrari allo stesso pubblico interesse[21].

La funzionalizzazione dell'azione amministrativa caratterizza inoltre anche la fase di esecuzione del rapporto contrattuale. Come si avrà modo di specificare in seguito, infatti, anche la fase di esecuzione del contratto e di scioglimento del vincolo contrattuale è disciplinata in termini sensibilmente diversi rispetto a quella contenuta nel codice civile[22]. La *ratio* di tali profili di specialità si giustifica proprio nell'ottica di assicurare, in sede di esecuzione del contratto, la miglior tutela dell'interesse pubblico cui è finalizzata l'intera azione amministrativa.

---

ed agisce utilizzando risorse della collettività; per questo, si dice, il suo agire è funzionale a scopi dati, anche quando l'azione si compie con atti di diritto privato". Si veda inoltre G. Greco, *Diritto pubblico e privato nell'azione amministrativa*, in (a cura di) G. Greco*, Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 165 e ss.; F. Liguori, *La funzione amministrativa, cit.* 40 e ss F. Goisis, P*rincipi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva al contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione,* in *Dir. proc. amm.* 2011, 2, 815; C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato,* cit., 143-144: "l'attività di diritto privato presenta un carattere omogeneo all'attività di diritto pubblico e dunque anch'essa entra nella sfera di applicazione del principio di legalità". Il dato riguarda il principio considerato nella sua duplica dimensione (garanzia e indirizzo) perché "unica è la struttura base dell'ordinamento da cui scaturisce: la sovranità popolare". In particolare, sottolinea l'A., "il principio di legalità indirizzo è canone organizzativo fondamentale dell'ordinamento repubblicano e la Repubblica ha come compito essenziale quello di cui al 2° comma dell'art. 3 (l'eguaglianza sostanziale) (…) L'attività di diritto privato, per le dimensioni ormai assunte, costituisce un settore di interventi obiettivamente e decisamente condizionante la realizzazione di quel compito". Sul punto, si veda altresì F. Ledda, *Per una nuova normativa*, cit., 338, secondo cui "la stessa regola dell'evidenza pubblica deve essere ricollegata la principio di legalità, ed anzi può essere considerata come una diretta proiezione del medesimo principio sul terreno dell'attività contrattuale, in quanto appaga la esigenza d'una previsione normativa dei momenti in cui l'autorità si può manifestare nei rapporti con il cittadino. Appunto l'evidenza pubblica intesa in questo senso determina in concreto la portata degli affidamenti, primo fra tutti quello della controparte: la quale deve essere posta in condizione di conoscere i fattori che, condizionando la legittimità del procedimento pubblicistico e del suo atto conclusivo, possono inficiare la validità del negozio concluso".

[21] R. Chieppa – R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 441.

[22] Sul punto, si rinvia a quanto verrà illustrato con maggiore dettaglio, *infra*, in Cap. II

La circostanza che l'azione della pubblica Amministrazione sia sempre funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico non vale, quindi, a stravolgere la natura privatistica del contratto, ma consente solo di spiegare la ragionevolezza di quelle norme speciali, idonee a derogare a favore del soggetto pubblico la disciplina di alcune evenienze che possono verificarsi in sede di esecuzione del contratto[23].

In definitiva, il contratto è e rimane uno strumento di diritto privato, disciplinato, salvo le norme "speciali", dal diritto dei privati.

La natura privatistica comporta che l'Amministrazione si collochi in posizione (tendenzialmente) paritaria rispetto alla controparte privata e che entrambe le parti siano titolari di diritti soggettivi. Ne consegue, dal punto di vista processuale, che eventuali controversie inerenti l'esecuzione del contratto risultano, di regola, devolute alla giurisdizione del giudice ordinario[24].

In questa prospettiva, quindi, si deve ritenere che il vincolo di scopo che caratterizza anche l'attività amministrativa svolta con strumenti privatistici non rappresenti la riemersione di elementi qualificanti del diritto amministrativo, ma sia pienamente compatibile con la collocazione nel diritto privato di quell'attività amministrativa[25]. Si ritiene, in altri termini, che il comportamento dell'Amministrazione vada sottoposto al diritto privato tenendo conto del suo statuto di persona giuridica pubblica operante nell'ordinamento privatistico, definito dalla Costituzione e dalla legge ordinaria, che ne evidenzia la funzione, limitandone l'azione, nel senso di

---

[23] F. Ledda, *Il problema del contratto*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 100, afferma che le norme di diritto privato speciale non incidono né sul criterio della disciplina, che resta quella stabilita dal codice, né pongono il problema di una qualificazione dei contratti diversa da quella che deriva dal diritto privato.

[24] S. S. Scoca. *Evidenza pubblica e contratto*, cit, 65, il quale sottolinea che, "nel caso del contratto ad evidenza pubblica, è la stessa legge che stabilisce che l'amministrazione utilizzi lo strumento contrattuale e si tratta di una fattispecie paradigmatica per delineare i rapporti tra autonomia negoziale e vincolo di scopo, posto che la legge impone una fase pubblicistica che si deve svolgere in via preventiva rispetto alla stipula del contratto. Tale fase pubblicistica è volta a garantire il vincolo di scopo e, quindi, gli interessi pubblici mentre la fase contrattuale è retta dall'autonomia negoziale, da intendersi come potere di autoregolamentazione di interessi e come mezzo idoneo allo scopo". Si veda inoltre Corte Cost. 23 novembre 2007, n. 401, in *Urb. e app.*, 2008, con nota di R. De Nictolis, *La Corte Costituzionale si pronuncia sul codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.*, la quale, dopo aver affermato la struttura bifasica dell'attività contrattuale della pubblica Amministrazione, ha sottolineato che, nella fase di esecuzione del contratto, l'Amministrazione si pone in una posizione di "tendenziale parità" con la controparte contrattuale ed agisce nell'esercizio della propria autonomia negoziale.

[25] In termini L. Iannotta, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, cit.

rendere "*indefettibile ciò che per altri soggetti sarebbe solo doveroso: assicurare alle persone, alle formazioni sociali e alle comunità i beni e servizi dovuti, garantendo effettivamente i diritti (art. 2 Cost.), rimuovendo gli ostacoli (art. 3 Cost.) operando con giustizia (art. 100 Cost.) con efficacia ed economicità,*"[26] valori nei quali si sostanziano, nel nuovo contesto ordinamentale, il principio costituzionale ed eurounitario di buona amministrazione.

2. L'autonomia negoziale della pubblica Amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica.

I contratti ad evidenza pubblica sono una particolare fattispecie che si inserisce nel vasto fenomeno dell'attività contrattuale della pubblica Amministrazione e che si caratterizza per la previsione di "*una particolare procedura di conclusione*[27]": l'espressione "evidenza pubblica" indica il procedimento amministrativo che accompagna la conclusione del contratto e mediante il quale si forma la volontà dell'Amministrazione.

Attraverso tale procedimento, si impone all'Amministrazione contraente di porre, appunto, in evidenza, ossia di esternare, le ragioni di pubblico interesse che giustificano l'intenzione di contrattare, la scelta della controparte e la formazione del consenso[28].

---

[26] Così L. Iannotta, *op. ult*, cit.

[27] M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, cit., 368 ss, che definisce i contratti ad evidenza pubblica come una fattispecie "contraddistinta da una particolare procedura di conclusione; sono, cioè, una categoria procedimentale, che dal punto di vista sostanziale può essere applicata a contratti ordinari, speciali e ad oggetto pubblico".
In dottrina, si vedano, senza pretesa di esaustività: M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit. 368 e ss; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, cit;, 467 ss; A. Cianflone – G. Giovannini – V. Lopilato, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2018; AA. VV., *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2008; C. Franchini, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, in (a cura di) Franchini, *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, VIII, 1, Torino, 2007, 51 ss; F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica,* in *Scritti giuridici*, 1999, 328 ss., che spiega la dimensione autoritativa dell'attività di formazione del contratto pubblico come conseguenza della considerazione del contratto come "bene, rispetto al quale possono manifestarsi diverse aspirazioni: cioè come un bene del quale l'amministrazione può disporre a vantaggio di questo o quel soggetto". Pertanto, "nel momento che, sostanzialmente, dovrebbe corrispondere al perfezionamento dell'accordo, l'autorità si esprime al grado più elevato in un atto di 'aggiudicazione', di assegnazione dall'alto: materia dell'assegnazione non è l'oggetto del contratto ma il contratto stesso inteso, appunto, come bene"

[28] Sul punto, si veda R. Caranta, *I contratti pubblici,* Torino, 2011, 6: "il diritto comune è indifferente al modo in cui i privati formano la propria volontà; di norma non impone procedimenti, forme, l'assunzione di pareri, non organizza sistemi di controllo. Il diritto

Si tratta, quindi, di una fase che distingue gli appalti pubblici dall'appalto privato, in cui il contraente viene scelto sulla scorta delle considerazioni soggettive e qualitative operate dal committente nell'esercizio dell'autonomia privata e che, come si avrà modo di specificare in seguito, riverbera i propri effetti anche in sede di esecuzione del contratto[29].

2.1. *I valori sottesi alla procedura di evidenza pubblica.*

privato dei contratti rimane un diritto di libertà. (…) Quando invece il compratore è un soggetto pubblico, esso, e per lui la collettività, è invece tutelato dal diritto (altra questione è se quella tutela sia efficace). Dal diritto amministrativo".
In dottrina, si veda inoltre D. de Pretis, *L'attività contrattuale della P.A. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità,* in (a cura di) F. Mastragostino, *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007,: "la tecnica di applicazione delle regole pubblicistiche dell'agire amministrativo all'attività contrattuale dell'amministrazione consiste sostanzialmente nel dare specifico rilievo all'attività della p.A. che precede o segue la conclusione del contratto e nel trattarla alla stessa stregua dell'attività che costituisce esercizio di potere. Mentre l'attività contrattuale in senso stretto resta disciplinata dal diritto comune, altre attività che per i privati sono libere (nel senso di non regolamentate) vengono soggette invece ad apposita disciplina speciale, di natura pubblica, diretta a dare evidenza ai profili di rilievo pubblicistico dell'agire della p.A. e, in ultima analisi, a garantire il rispetto delle regole e dei principi che presiedono all'azione amministrativa, primo fra tutti il principio di legalità"; S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto,* cit., 6, il quale sottolinea come il contratto di appalto rappresenti un terreno di studio e di indagine particolarmente fervido per comprendere la complessa evoluzione e trasformazione del diritto amministrativo anche sotto il profilo del diritto dell'Unione europea. Si veda, altresì O. Sepe, *Contratti della Pubblica amministrazione* (voce), in *Enc. dir.,* Milano, 1961, vol. IX, 991: "la realizzazione di qualsivoglia negozio deve essere preceduta da un provvedimento amministrativo (o da analoga manifestazione di volontà promanante dalla pubblica amministrazione), a mezzo del quale essa dichiari quale specifico scopo persegue e come intenda realizzarlo. Tale manifestazione di volontà costituisce il presupposto del futuro negozio. Questo ultimo è perciò in rapporto di strumentalità rispetto al provvedimento, di modo che la pubblica amministrazione, pur ponendo in essere una attività di diritto privato, in realtà attua un proprio deliberato".
L'esistenza di tale procedimento permettere il sindacato sugli atti relativi a tale fase da parte del giudice amministrativo. Sul punto, si veda, M. Ramajoli, *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 2, 523, in cui si ricorda come la struttura bifasica dell'evidenza pubblica assolve lo scopo di incrementare la tutela giurisdizionale del contraente privato, consentendogli l'impugnazione davanti al giudice amministrativo degli atti pubblicistici, rispetto ai quali assumono rilievo quei vizi sostanziali non direttamente riferibili alla figura del contratto".
[29] Sul punto, si rinvia a quanto verrà illustrato con maggiore dettaglio nei capitoli che seguono.

Così definito, in termini generali, il procedimento di evidenza pubblica, è possibile porre l'attenzione sui valori sottesi alla suddetta procedimentalizzazione.

Nel nostro ordinamento, la procedura ad evidenza pubblica è stata ispirata, almeno inizialmente, da scopi di efficienza ed economicità dell'azione contrattuale dell'amministrazione[30].

In particolare, il sistema normativo di contabilità pubblica[31] assolveva alla funzione di tutela degli interessi dell'Amministrazione, in quanto era volta a consentire alla stazione appaltante di stipulare il contratto migliore, alle condizioni economiche più favorevoli[32].

L'interesse dei contrenti alla corretta valutazione delle proprie offerte nell'ambito di una procedura correttamente gestita era considerato un interesse solo indirettamente tutelato, in quanto dipendente dalla sussistenza di una lesione dell'interesse della p.A. alla conclusione del contratto alle migliori condizioni, la quale sola poteva far valere le patologie ed i vizi della procedura incidenti sulla validità del negozio finale, mediante l'azione di annullamento del contratto[33].

---

[30] Dal punto di vista storico, i primi referenti normativi relativi all'attività contrattuale della p.A. si rinvengono nella Legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, in particolare all'art. 331, che fa menzione delle aste e delle altre operazioni di appalto e degli incanti per la realizzazione di lavori pubblici. Successivamente, il riferimento va alle disposizioni contenute nella normativa in materia di Contabilità di Stato, in particolare, al R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 3, comma 1° e 2°, secondo cui "I contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che, per particolari ragioni, delle quali si dovrà fare menzione nel decreto di approvazione del contratto e limitatamente ai casi da determinare con regolamento, l'amministrazione non intenda fare ricorso alla licitazione privata ovvero nei casi di necessità, alla trattativa privata", ed all'art. 36 del relativo regolamento di attuazione, R.D. 23 maggio 1924, n. 827, a mente del quale "si provveda con contratti a tutte le forniture, trasporti, acquisti, alienazioni, affitti o lavori riguardanti le varie amministrazioni e i vari servizi dello Stato" .

[31] Il riferimento è al R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 e al R.D. 23 maggio 1924, n. 827. Sul punto, si veda R. Faucci, *Finanza, amministrazione e pensiero economico. Il caso della contabilità di Stato da Cavour al Fascismo*, Torino, 1975, 19 e ss.

[32] In merito alla funzione della contabilità pubblica nell'ambito delle scienze giuridiche e all'evoluzione della stessa si veda A. Barettoni Arleri, *Lezioni di contabilità di Stato*, Roma, 1986.

[33] Si veda sul punto M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, 297, il quale osserva che la medesima *ratio* ispirava anche la normativa francese: "Le norme degli anni Ottanta del secolo XIX e poi degli anni Quaranta del Novecento prevedono diverse procedure competitive per la formazione dei *marchés publics*, come *l'adjudication* e *l'appel d'offres*. Alla base vi è sempre la tutela dell'interesse pubblico: sia l'interesse 'finanziario' della pubblica amministrazione, a che il contratto si concluda alle condizioni più economiche con l'impresa meno esigente; sia l'interesse 'amministrativo' del

In quest'ottica, inizialmente si era persino escluso che il concorrente potesse reagire in giudizio in caso di violazione delle norme sul procedimento di formazione del contratto[34]. Alla base di tale impostazione si poneva, infatti, la considerazione che la disciplina prevista dalle norme in materia di contabilità pubblica fosse prevista nell'esclusivo interesse della pubblica Amministrazione[35].

La funzione dell'evidenza pubblica muta, invece, sensibilmente con l'intervento della disciplina comunitaria, ora raccolta delle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, volte ad attuare le norme sul Trattato in tema di tutela della concorrenza e creazione di un mercato unico economico, ispirato ai principi di libertà di stabilimento, libera circolazione dei capitali e dei servizi.

Alla base di tali direttive si pone la consapevolezza che le libertà economiche riconosciute dai Trattati sarebbero meramente virtuali se vi fossero delle discriminazioni fondate sulla nazionalità, tali da precludere ad operatori esteri la partecipazione a procedure di appalto indette sul territorio nazionale e, quindi, la possibilità di fruire di importanti opportunità economiche.

Grazie all'influenza del diritto dell'Unione Europea le procedure ad evidenza pubblica basate sul confronto competitivo fra imprese si sono quindi arricchite di finalità ben più ampie rispetto a quelle che ispiravano la disciplina previgente; si sono ampliate quindi le possibilità di partecipazione alle gare e sono stati rafforzati i meccanismi volti ad evitare discriminazioni derivanti dalla richiesta di prescrizioni tecniche escludenti, proprio al fine di assicurare il rispetto della concorrenza.

In quest'ottica, si può quindi affermare che, con l'avvento del diritto dell'Unione europea, l'obbligo di evidenza pubblica per i contratti di appalto di maggior rilievo economico è diretto a tutelare non solo e non tanto l'interesse all'efficienza e all'economicità dell'azione contrattuale della pubblica Amministrazione (spendere bene il denaro e quindi selezionare l'offerta più conveniente), bensì il diverso interesse dell'apertura del mercato dei contratti stipulati da pubbliche Amministrazioni e dai soggetti ad esse

soggetto pubblico, a che il contratto sia affidato all'impresa più adatta e più abile ad eseguirlo".

[34] G. Greco, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit. 15 ss.

[35] G. Greco, *op. ult.* cit.

equiparati[36], al fine di assicurare l'effettività della libera circolazione delle merci e dei servizi all'interno dello spazio giuridico dell'Unione.

Si tratta, come è stato autorevolmente osservato, di "*un'ottica capovolta. Quella nazionale si è sempre posta dal punto di vista dell'amministrazione appaltante. Quella comunitaria, viceversa, si pone prevalentemente dal punto di vista delle imprese*"[37].

Le ragioni della tutela particolarmente intensa di tale interesse risiedono nella consapevolezza che la libertà del mercato a livello europeo assicura da un lato, il contenimento dei prezzi dei contratti e la qualità delle prestazioni offerte; dall'altro, consente idonee tutele agli interessi privati delle imprese che partecipano o aspirano a prender parte alle gare[38].

---

[36] M. Immordino – M.C. Cavallaro, *I contratti della pubblica amministrazione*, in (a cura di) F.G. Scoca, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 405. In giurisprudenza, si vedano, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *www.iusexplorer.it*; Id, sez. IV, 25 marzo 2003, n. 2332, *ivi*, dove si precisa che la pubblica Amministrazione è obbligata all'osservanza delle norme sull'evidenza pubblica poste a tutela di un interesse anche trascendente quello specifico del singolo contraente pubblico, in quanto collegato al valore imperativo della concorrenza e quindi anche all'interesse particolare delle imprese che sono tutelate dalle prescrizioni volte alla stimolazione della dinamica competitiva.

[37] G. Greco, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in materia di appalti di lavori pubblici*, in (a cura di) G. Greco, *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990, 12, il quale osserva che, mentre la normativa interna "è sempre stata ispirata dall'interesse pubblico di garantire il miglior contraente per l'Amministrazione, ovvero dall'interesse pubblico di garantire la trasparenza dell'Amministrazione in un settore che coinvolge ingenti interessi economici e che è dunque sempre esposto a rischi di inquinamento", la normativa di derivazione europea, invece, è preordinata a garantire la libera prestazione dei servizi e la libertà di stabilimento da parte delle imprese degli Stati membri, con conseguente accesso senza discriminazioni (anche di ordine tecnico), né restrizioni sia alle procedure di aggiudicazione che all'aggiudicazione stessa di appalti di lavori pubblici".

[38] M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, cit, il quale, osserva che, oggi, nel nostro ordinamento, grazie all'influenza del diritto dell'Unione Europa, "La logica della concorrenza e del libero mercato europeo, in definitiva, assume in materia di appalti una duplice valenza: viene a contrastare più efficacemente gli eccessi sia dei poteri pubblici nazionali - statali e decentrati - che operano come stazioni appaltanti, sia dei poteri imprenditoriali che a quella logica continuano ad opporsi".

Sul punto si veda inoltre Corte Cost. 23 novembre 2007, n. 401, cit. In particolare, la Corte ha rilevato che è stata proprio "l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente" ad aver determinato "il definitivo superamento della concezione contabilistica che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse della p.A..(…) Muta il profilo funzionale della evidenza pubblica, che da disciplina posta a presidio delle esigenze dell'interesse pubblico, in vista della scelta del miglior contraente e del contenimento della spesa dall'esclusivo punto di vista della p.A., diviene una regolamentazione che protegge anche gli interessi delle imprese".

Per un'analisi generale della tutela della concorrenza alla luce del quadro costituzionale ed europeo G. Ghidini-Arezzo, *La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza*, in *Giur. comm.*, 2012, 4, 459 ss. Più in generale, in tema di concorrenza T. Ascarelli, *Teoria della*

Nel settore dei contratti pubblici, la concorrenza viene tutelata, come si diceva, imponendo all'Amministrazione una procedura caratterizzata da pubblicità e dall'obbligo di valutazione comparativa di tutte le offerte presentate.

Tale obbligo trova la sua giustificazione nel fatto che la p.A, a differenza dei soggetti privati, non agisce per fini di lucro e secondo logiche di mercato e vi è, quindi, il forte rischio che, nelle proprie scelte contrattuali, possa essere influenzata dalla nazionalità e dalla vicinanza clientelare piuttosto che da criteri di efficienza e di competitività[39].

Come è stato osservato, infatti, "*se il committente non è sottoposto ad un controllo naturale dei suoi comportamenti, quale è la sua responsabilità patrimoniale o la concorrenza rivoltagli direttamente, il controllo deve essergli artificialmente imposto. La gara è lo strumento che lo realizza"*[40].

---

concorrenza e dei beni immateriali, Milano, 1960. Occorre infine evidenziare che assicurare la concorrenza "per il mercato" implica anche la protezione (indiretta) dei consumatori: l'esistenza di più imprese nella fase competitiva, garantendo normalmente la scelta dell'offerta migliore, sia in relazione agli aspetti attinenti alla tipologia di prestazione che al corrispettivo dovuto dall'amministrazione aggiudicatrice produce, infatti, effetti benefici per i consumatori non soltanto sul piano della fiscalità ma anche in relazione ai costi dei beni o dell'attività che eventualmente a sua volta l'amministrazione rivolge all'utenza. Sul punto, si veda V. Lopilato, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi,* in *Dir. proc. amm.*, 2010, 4, 1236; V. anche V. Roppo, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?,* in *Riv. dir. priv.*, 2010, 19 ss.; v. anche L. C. Ubertazzi, *Appalti pubblici, concorrenza e consumatori,* in *Dir. ind.*, 2003, 1, 74 ss.

[39] G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 247, il quale sottolinea che "poiché chi contrae per la p.A. utilizza risorse che non sono sue, vi è il rischio che egli - lungi dal contrapporsi all'altra parte nella determinazione dell'assetto degli interessi contrattuali - colluda con quest'altra parte nel perseguimento di un interesse personale", sicché "l'ente pubblico non è libero di scegliere con chi contrattare né è libero di scegliere il contenuto del contratto. Quella che è una delle manifestazioni più importanti della libertà di contratto - la libertà di scegliere la controparte e di concludere il contratto alle condizioni che insieme sono concordate - viene radicalmente modificata laddove a contrarre sia una pubblica amministrazione sottoposta a quel vincolo". Nello stesso senso, si veda R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit. 6, in cui si afferma che "il contraente pubblico, a differenza del contraente privato, (specialmente se imprenditore), non sente la pressione del mercato. L'interesse egoistico alla massimizzazione del profitto non opera rispetto alle stazioni appaltanti, minimizzando il rischio di scelte in contrasto con l'interesse dell'ente"; P. M. Huber, *Gli appalti pubblici tra meccanismo per la provvista di mezzi e strumento di direzione economica e intervento sociale*, in (a cura di) E. Ferrari, *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino 2003, 116, dove si legge che le disposizioni in materia di contratti pubblici "devono servire a compensare le debolezze che caratterizzano lo stato come soggetto di mercato. Debbono procurargli una visione del mercato che lo stesso non ha, ma anche impedire di far valere influenze politiche che potrebbero contrapporsi all'orientamento preferenziale del procedimento di aggiudicazione al principio di economicità".

[40] F. Satta, *L'annullamento dell'aggiudicazione e i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, 654.

L'individuazione della *ratio* sottesa all'obbligo dell'evidenza pubblica consente di definirne anche il campo d'applicazione sia soggettivo che oggettivo.

Sotto il primo profilo, saranno tenuti al rispetto dell'evidenza pubblica tutti quei soggetti che, a prescindere dalla loro veste formale, presentano, per le loro caratteristiche sostanziali, il rischio di operare secondo criteri non concorrenziali.

Questo spiega, ad esempio, la ragione per cui, in base alle norme comunitarie, l'obbligo di gara si imponga, anche ai cd. organismi di diritto pubblico, ossia quei soggetti che, sebbene formalmente privati, presentano caratteristiche sostanziali che rivelano un forte legame (strutturale e funzionale) con la pubblica Amministrazione[41] e fanno, perciò, nascere il rischio che, quando sceglie il contraente, non operi secondo regole di mercato, alterando così il gioco della concorrenza.

Ancora, l'obbligo di evidenza pubblica si estende, nei cd. settori speciali o esclusi, anche all'impresa pubblica[42] (che normalmente invece non è tenuta all'osservanza dell'evidenza pubblica in quanto opera secondo logiche di mercato): tale assoggettamento si spiega come un'eccezione giustificata dal fatto che, in questi settori, la presenza di particolari interessi pubblici altera le condizioni di concorrenza in cui l'impresa normalmente opererebbe. Ampliando l'ambito soggettivo di applicazione dell'obbligo di evidenza pubblica, il legislatore mira a fronteggiare la naturale chiusura dei mercati causata dalla frequente condizione di monopolio degli esercenti ovvero di quelle che l'art. 106, § 2 TFUE, sono *"imprese incaricate della gestione*

---

[41] Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. d), d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è organismo di diritto pubblico "qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico."

[42] Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. t) d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 sono imprese pubbliche "le imprese sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtu' delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: 1) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; 2) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; 3) possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa."

di servizi di interesse economico generale". Viceversa, al di fuori di questi settori speciali, non vi è sostituzione all'attività amministrativa e, pertanto, non sorge la necessità di assicurare normativamente la garanzia della concorrenza dei potenziali concorrenti, mediante l'imposizione di scansioni particolari del processo di formazione contrattuale. Vengono infatti meno quella rilevanza e quella peculiarità dell'attività che giustificano l'eccezionale attrazione e assoggettamento a regole eteronome sulla formazione della volontà contrattuale con terzi: l'impresa pubblica è comunque un'impresa e, come tale, agisce anch'essa con rischio, fine di lucro e moduli privatistici e questi devono essere tesi ad evitare che ci siano restrizioni nell'ordinaria capacità di attività e competizione[43].

Guardando al campo di applicazione oggettivo, se la *ratio* della normativa comunitaria in tema di evidenza pubblica è quella di evitare che i soggetti pubblici possano alterare il gioco della concorrenza, distribuendo opportunità economiche sul mercato senza seguire criteri di competitività ed efficienza, appare evidente che l'obbligo della gara venga in rilievo quante volte la p.A. conferisca ad un soggetto operante sul mercato un'occasione di guadagno e, quindi, la possibilità di un'iniziativa economica che possa determinare un vantaggio competitivo. In quest'ottica, sono quindi sottoposti alla gara non solo i contratti formalmente onerosi, ma anche quelli in cui viene in considerazione per il privato contraente anche solo un vantaggio economico indiretto[44].

---

[43] Come chiarito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 1 agosto 2011, n.16, in *www.giustizia-amministrativa.it*, la ricordata esigenza di tutela della concorrenza che dichiaratamente presiede alla disciplina comunitaria sugli appalti nei settori speciali, per la frequente condizione di monopolio in cui versano quei servizi pubblici, non si ripercuote per le altre attività delle imprese pubbliche. Queste attività, anzi, proprio per lo svolgersi in un mercato competitivo, paiono – salvo singole patologie comportamentali – naturalmente portate verso la compressione dei costi dei contratti e, perciò, spontaneamente orientate all'apertura al mercato dei fornitori di beni e servizi, cioè verso il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa e senza che ciò sia imposto da regole esterne.

[44] Cons. St. sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 30, in *Urb. e app,* 2007, 6, 721, con nota di R. Giovagnoli, *Obbligo di gara anche per i contratti gratuiti*, in cui è stata ritenuta illegittima la scelta di un ente pubblico (nella specie, l'INPDAP), di optare per il modello della «convenzione chiusa» (restringendo la procedura alle sole banche già svolgenti il servizio di tesoreria) per affidare il servizio di erogazione di prestiti personali e mutui ipotecari ai propri iscritti in servizio o in quiescenza. Il Collegio ha infatti sottolineato che i principi desumibili dal Trattato CE in materia di tutela della concorrenza, essendo tesi ad evitare restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla regola generale della libertà di competizione, si applicano in tutti i casi "in cui, pur in assenza di un corrispettivo pecuniario a carico dell'ente pubblico viene in rilievo un'utilità contendibile, *sub specie* di vantaggio pubblicitario e di avvicinamento ad una clientela di notevoli dimensioni, che danno la stura ad un'ipotesi paradigmatica di rilevanza economia indiretta". Sul punto, si veda, da ultimo, Cons. St. sez.

Così descritti i principi e gli interessi tutelati dalla procedura di evidenza pubblica, è possibile notare come gli stessi siano stati recentemente valorizzati da parte del legislatore eurounitario, attraverso una maggiore attenzione anche alla fase esecutiva del contratto.

Le direttive del 2014 hanno, infatti, segnato l'abbandono della prospettiva tradizionale del diritto europeo degli appalti, concentrato unicamente sul momento pubblicistico della procedura di affidamento.

In passato, la scelta di lasciare a ciascuno Stato la disciplina della fase di esecuzione del contratto veniva giustificata in ragione del fatto che fossero le fasi di preparazione ed aggiudicazione degli appalti ad incidere maggiormente sull'esercizio della libera circolazione di beni e servizi e sulla libertà di stabilimento[45].

Tale prospettiva appare oggi superata. In particolare, le ragioni della scelta di porre l'attenzione sul versante negoziale del rapporto[46] risiedono nell'acquisita consapevolezza che proprio nella fase di esecuzione del contratto possono manifestarsi gravi storture e disfunzioni, suscettibili di compromettere la realizzazione degli obiettivi cui mira la disciplina dell'evidenza pubblica.

Alla base dell'attenzione alla fase esecutiva del contratto si pone, in altri termini, la consapevolezza che sia proprio l'esecuzione del contratto a

---

V, 3 ottobre 2017 n. 4614, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che, proprio valorizzando la *ratio* sottesa alle norme sull'evidenza pubblica, ha ritenuto di poter qualificare come appalto soggetto al codice l'affidamento di servizi a titolo gratuito, in quanto conforme al paradigma normativo dell'art. 3, comma 1, lett. ii), d.lgs. n. 50 del 2016. Secondo il Consiglio di Stato, infatti "l'onerosità del contratto essere ricercata anche nelle utilità indirette comunque ricavabili dall'affidamento della commessa. La garanzia di serietà e affidabilità, intrinseca alla ragione economica a contrarre, infatti, non necessariamente trova fondamento in un corrispettivo finanziario della prestazione contrattuale, che resti comunque a carico della Amministrazione appaltante: ma può avere analoga ragione anche in un altro genere di utilità, pur sempre economicamente apprezzabile, che nasca o si immagini vada ad essere generata dal concreto contratto." Secondo il Collegio, infatti, la *ratio* sottesa alle norme sull'evidenza pubblica determina "la preferenza, nell'ordinamento dei contratti pubblici, per un'accezione ampia e particolare (rispetto al diritto comune) dell'espressione "contratti a titolo oneroso", tale da dare spazio all'ammissibilità di un bando che preveda le offerte gratuite (salvo il rimborso delle spese), ogniqualvolta dall'effettuazione della prestazione contrattuale il contraente possa figurare di trarre un'utilità economica lecita e autonoma, quand'anche non corrispostagli come scambio contrattuale dall'Amministrazione appaltante." Sul punto, si veda, inoltre, *infra*, in nota 79.

[45] Conclusioni Avvocato Generale Colomer, 8 novembre 2006, C-412/04, in *www.curia.eu.int*, punto 53.

[46] Alla fase dell'esecuzione è dedicato l'intero capo IV, all'interno del titolo III (dall'art. 70 all'art. 74). Sul punto, si rinvia a quanto verrà illustrato con maggiore dettaglio, *infra*, in Cap. III, § 2.

realizzare la cura dell'interesse pubblico di cui è portatrice l'Amministrazione e che è stato esplicitato in sede di evidenza pubblica e che è dunque necessario dettare delle regole volte ad evitare che, nel corso della fase esecutiva, vengano frustrati quei valori sottesi al procedimento di evidenza pubblica.

In quest'ottica, come si avrà modo di specificare in seguito, si detta una disciplina dettagliata, che ruota attorno a due cardini essenziali.

Il primo è rappresentato dal rafforzamento del principio di tendenziale immodificabilità del contratto e passa attraverso la rigorosa tipizzazione delle ipotesi di variante[47].

La finalità è quella di evitare che si realizzi, in corso di esecuzione, un distacco tra l'oggetto della procedura di affidamento e l'oggetto del contratto effettivamente portato a esecuzione, che finirebbe per tradursi in un sostanziale aggiramento delle garanzie dell'evidenza pubblica. Modificare un contratto già stipulato con un soggetto pubblico significa, infatti, non solo cambiare le regole di un rapporto che già lega l'Amministrazione ad un determinato contraente privato, ma anche eludere le garanzie dell'evidenza pubblica, laddove le modifiche apportate siano così rilevanti da stravolgere i termini dell'aggiudicazione.

Il secondo, invece, si sostanzia nella previsione di una serie di casi di "*risoluzione*" del contratto pubblico, diversi e ulteriori rispetto a quello tradizionale del "*grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali*"[48].

In particolare l'art.73 della direttiva 2014/24/UE attribuisce alle Amministrazioni aggiudicatrici il potere di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale in presenza di illegittimità commesse in sede di affidamento della gara o di esecuzione del contratto, tali da non consentire al contratto di realizzare la funzione cui era concretamente destinato. Si tratta,

---

[47] Sul punto, si rinvia a quanto verrà più diffusamente illustrato, *infra*, in Cap. III, § 2 ss.

[48] Ipotesi di risoluzione già contemplata dal vecchio art. 136, del d. lgs. n. 163 del 2006 e oggi disciplinata dall'art. 108, co. 3, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che prevede che: "Il direttore dei lavori o il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato, quando accerta un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore. Egli formula, altresì, la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento. Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dichiara risolto il contratto".

in particolare, nei casi in cui (a) "*il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto*", (b) l'aggiudicatario avrebbe dovuto "*essere escluso dalla procedura di appalto*" e quello in cui (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*".

Nel primo caso, la risoluzione rappresenta una reazione al mancato rispetto delle regole che impongono una nuova procedura di gara, in presenza di modifiche sostanziali del contratto originariamente pattuito. Nelle altre due ipotesi, invece, lo scioglimento del vincolo negoziale consegue al riscontro della violazione delle regole che presiedono la fase di scelta del contraente[49].

La ragione di tali previsioni risiede, come si diceva, nella volontà di assicurare la corretta esecuzione del contratto, nella consapevolezza che la fase esecutiva del contratto rappresenta uno strumento essenziale per il perseguimento dei valori che ispirano il sistema normativo dei contratti pubblici.

Si tratta di un intervento normativo che presenta diversi profili di interesse. In primo luogo, consente di superare la netta contrapposizione fra la fase dell'evidenza pubblica, connotata da poteri pubblicistici, e quella dell'esecuzione del contratto, impostata sul principio della parità delle parti contraenti, a favore invece di una lettura unitaria, funzionale ad assicurare l'obiettivo della corretta esecuzione del contratto e la miglior tutela dei valori che ispirano la procedura di evidenza pubblica.

Sotto altro profilo, consente di effettuare una nuova riflessione sul tema dei rapporti tra evidenza pubblica e contratto e su quello relativo al riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici.

3. I rapporti tra evidenza pubblica e contratto.

Come si è visto, l'esigenza di tutela della concorrenza viene assicurata, nel settore degli appalti, imponendo alla pubblica Amministrazione, nella fase che precede la stipula del contratto, un procedimento caratterizzato da pubblicità, dall'obbligo di valutazione comparativa di tutte le offerte presentate.

[49] Per l'analisi della natura giuridica di tali ipotesi di risoluzione dei contratti pubblici previste dall'art. 73 della Direttiva 24/2014 UE e dall'art. 108 del d.lgs. n. 50/2016, si veda, *infra*, Cap. III, § 3, 3.1.3, 3.1.4

Nel settore dei contratti pubblici convivono, dunque, due momenti fondamentali dell'attività della pubblica Amministrazione: da un lato, il perseguimento del pubblico interesse per la cui cura essa è preposta, nel rispetto dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento che governano l'attività amministrativa. Dall'altro, il momento della stipula del contratto, e, quindi, il rispetto di tutti quei principi civilistici che muovono dal presupposto della sostanziale parità delle parti contraenti.

L'introduzione di una fase procedimentale amministrativa e i valori ad essa sottesi ha da sempre portato ad interrogarsi sui rapporti tra tale procedimento e il contratto successivamente stipulato.

In particolare, si tratta di capire se sia effettivamente possibile tenere distinte la fase pubblicistica, rappresentata dal procedimento di scelta del contraente sino all'aggiudicazione, dalla fase immediatamente successiva, costituita invece da tutto ciò che segue l'aggiudicazione stessa, dalla stipulazione del contratto sino all'esecuzione del rapporto, ricondotta tradizionalmente al diritto comune e qualificata come eminentemente privatistica[50].

Da un lato, infatti, si potrebbe ritenere che i limiti posti all'attività negoziale in funzione dell'interesse pubblico operino dall'esterno e non interferiscano né con il contratto, né con la sostanza dei poteri della pubblica amministrazione in quanto parte del rapporto. Una volta stipulato il contratto, dunque, l'interesse pubblico rimarrebbe esterno al regolamento negoziale e l'Amministrazione potrebbe operare solo attraverso i poteri di natura privatistica di cui è titolare in qualità di parte del rapporto contrattuale al pari del contraente privato[51].

Dall'altro, tale soluzione si scontra con la considerazione che anche la fase negoziale rappresenta strumento essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico e che, quindi, il doveroso perseguimento del fine

---

[50] Sulla distinzione tra fase precedente il contratto e fase successiva, M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit. 363 e ss; G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato – I contratti ad evidenza pubblica*, cit.; Id, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. Amm*, 2002, 3. Sulla questione dei rapporti tra procedimento e contratto d'appalto si veda, A. M. Sandulli, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1965, 1 ss; G. Coraggio, *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima,* in *Riv. proc. amm,* 2003, 776; A. Scognamiglio, *Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi,* in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1983, 290; M. Sanino, *Procedimento amministrativo e attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Torino, 2003.

[51] Così, F. Trimarchi Banfi, in *I rapporti contrattuali della pubblica Amministrazione,* in *Dir. pubbl.*,, 1998, 1, 35 ss.

pubblico è ugualmente presente, con la medesima intensità, in tutta l'attività negoziale nel suo complesso, e, quindi, non solo nella fase comunemente definita come pubblicistica, ma anche in quella "esecutiva", successiva all'individuazione del contraente[52]. In questa prospettiva, non sarebbe possibile descrivere compiutamente la disciplina dei contratti pubblici evocando unicamente la rigida contrapposizione di due distinte fasi, senza tener conto degli effetti che ciascuna produce sull'altra.

L'inserimento di tale procedimento impone dunque un'indagine sui rapporti esistenti tra gli atti adottati nell'evidenza pubblica ed il contratto stipulato successivamente ad essi[53].

Occorre, in altri termini, capire quale sia il rapporto tra la fase dell'evidenza pubblica e quella contrattuale, se la prima abbia riflessi sul contratto e, in caso di risposta positiva a tale quesito, quali siano le conseguenze di tale interferenza.

Tale indagine consente di chiarire se, una volta stipulato il contratto, sia ancora possibile esercitare i poteri di autotutela pubblicistica sugli atti del

---

[52] Cfr. E. Casetta, *Attività amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.,* vol. I, Torino, 1987, 521 ss, che utilizza l'espressione di "immanenza" dell'interesse pubblico anche rispetto all'attività di diritto privato dell'amministrazione.

[53] G. Greco, *I contratti dell'amministrazione,* cit., 93, il quale ha messo in luce la necessità di "stabilire in che misura l'inserimento di un procedimento pubblicistico nella formazione di volontà contrattuale e negoziale dell'Amministrazione altera, da un lato, il consueto regime di tale volontà rispetto alla disciplina generale del codice e altera, dall'altro lato, la costruzione e il regime degli atti amministrativi, rispetto alla struttura e alla disciplina tipica dei provvedimenti". È chiaro, infatti – conclude l'Autore – che l'innestarsi di un procedimento pubblicistico in un fenomeno di autonomia privata "non può che comportare ovvie necessità di adattamento dei due profili testé indicati". E. Picozza, *I sistemi di esecuzione dei lavori pubblici,* in *Trattato di diritto amministrativo,* diretto da G. Santaniello, X, I lavori pubblici, Padova, 1990, 243, secondo cui la problematica relativa alla formazione dei contratti funzionali all'esecuzione dei lavori pubblici è una delle più complesse nell'ambito del diritto amministrativo vigente, "sia per l'intervento conformativo di norme e principi comunitari di settore, sia per il quasi acritico mantenimento, da parte di dottrina e giurisprudenza, del tradizionale modo di tracciare i confini tra diritto pubblico e diritto privato, che contribuisce a mantenere in vita una situazione estremamente contraddittoria ed ambigua". Sul tema, si veda inoltre F. Bassi, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 138; A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 133 ss; V. Lopilato, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali,* in *Foro amm-TAR,* 2006, 1519 ss. C. Marzuoli, *Principio di legalità*, cit. 54; C. Franchini, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit. 59 ss, il quale rileva che "la commistione di istituti e discipline si ravvisa tanto negli elementi statici quanto in quelli dinamici, producendo moduli complessi nei quali non risulta agevole individuare le linee di demarcazione. Il rilievo è del tutto pertinente con riferimento ai contratti ad evidenza pubblica, laddove si arriva a ritenere che l'eliminazione di un atto esterno alla fattispecie contrattuale travolga il contratto: in questo caso non è chiaro se è la disciplina pubblicistica che travolge quella privata o viceversa".

procedimento e se, quindi, sia possibile sciogliere unilateralmente il vincolo contrattuale non solo attraverso i poteri di autotutela privatistica contemplati dal codice civile e dal codice dei contratti pubblici, ma anche attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistica sugli atti del procedimento prodromico alla stipula del contratto.

3.1. *Le impostazioni tradizionali.*

Secondo un primo orientamento, la fase pubblicistica e quella privatistica risulterebbero tra loro indipendenti e prive di qualsiasi reciproca interdipendenza o condizionamento[54].

L'assoluta incomunicabilità tra le due fasi lascerebbe, a rigore, il contratto insensibile a tutte le vicende eventualmente occorse nella procedura di scelta. Tuttavia, nonostante l'affermata indipendenza degli atti che compongono le due serie, tale orientamento ritiene che comunque vi sia un raccordo tra l'una e l'altra e che questo incida sugli effetti del contratto, pur non mancandosi di precisare che, in caso di avvenuta stipula del contratto, la *"manovra dell'efficacia (per la fase di esecuzione-estinzione) non sarebbe tecnicamente possibile se non in un ambito limitatissimo, perché il rapporto contrattuale è già costituito*"[55].

Secondo un diverso orientamento, tuttavia, una simile impostazione sconterebbe il difetto di non cogliere pienamente la complessità che

---

[54] M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit 363 ss. Secondo l'Autore, "i due procedimenti si volgono parallelamente", con la precisazione che ciò va inteso nel senso che "si svolgono per episodi successivi or dell'uno o dell'altro". In tal senso, "gli atti negoziali sono disciplinati, quanto alla perfezione, alla validità e all'efficacia *inter partes*, dalle norme di diritto privato, mentre "gli atti della serie procedimentale compongono procedimenti amministrativi, con i loro provvedimenti".

[55] In questa prospettiva, gli atti della serie procedimentale sarebbero qualificabili come atti amministrativi idonei a costituire fatti "impeditivi o permissivi alla prosecuzione dell'attività che poi sfocerà nel contratto". In senso critico, si veda S. S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto*, cit, 74, il quale osserva che ammettere che vi siano provvedimenti amministrativi idonei a modificare o estinguere contratti di diritto privato equivale a ritenere o che il contratto non sia interamente retto dal diritto privato o che i provvedimenti di revoca o annullamento siano idonei ad incidere su posizioni giuridiche soggettive diverse da quelle poste in essere dal provvedimento originario. Nel caso in cui l'Amministrazione eliminasse in autotutela l'aggiudicazione, con ciò inciderebbe anche sul contratto, quand'anche oggetto di autotutela sia il provvedimento e non il contratto: ma non sembra possibile che l'autotutela possa eliminare un provvedimento che non forma oggetto di attività unilaterale dell'amministrazione. E dunque, conclude l'Autore, "o si ritiene che il contratto non sia di diritto privato ovvero lo si ritiene un accordo ex art 11, legge 241 del 1990, dunque autonomamente "removibile" da parte della p.A."

caratterizza l'evidenza pubblica. Essa si limiterebbe, in altri termini, a fornire una descrizione del fenomeno, senza indagarne la natura più profonda, che risiede nell'unitarietà dell'affare-economico sociale che vi sottende[56].

In quest'ottica, sarebbero maggiormente condivisibili le ricostruzioni capaci di cogliere l'elemento di continuità sostanziale tra le due diverse fasi.

Tra queste diverse ricostruzioni va richiamata, in particolare, la tesi dei c.d. atti amministrativi negoziali[57].

Secondo tale orientamento, che sviluppa quello in precedenza esposto, gli atti dell'evidenza pubblica avrebbero una duplice e contestuale valenza, negoziale e pubblicistica e il raccordo tra provvedimento finale e contratto risulterebbe rinvenibile a livello di volontà.

In questa prospettiva, tutti gli atti della procedura pubblicistica, a partire dal bando sino all'aggiudicazione, non si porrebbero solo come espressione di una potestà pubblicistica di scelta del contraente, ma rappresenterebbero, al contempo, altrettante fasi della formazione del consenso dell'Amministrazione, preludio all'incontro di volontà con il soggetto privato[58]. Il procedimento ad evidenza pubblica, quindi, non avrebbe una doppia valenza, ma costituirebbe un fenomeno unitario diretto a formare la volontà contrattuale della pubblica Amministrazione.

Tale impostazione valorizza, dunque, maggiormente il profilo privatistico della vicenda: si afferma infatti che "*non è il contratto che si inserisce (in posizione quasi servente) in un contesto necessariamente pubblicistico",* ma "*sono i profili pubblicistici dell'evidenza pubblica che si inseriscono – per disciplina positiva – nel processo di formazione del contratto e, cioè, in un fenomeno che di per sé è sicuramente*

---

[56] In questi termini, si veda P. Carpentieri, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti),* in *Dir. proc. amm,* 2011, 2, 675, secondo cui "l'unitario affare economico sociale (una p.A. che deve acquistare beni, servizi o lavori sul mercato concorrenziale) non tollera cesure interne e valichi di intraducibilità".

[57] G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato*, cit., 95 e ss. Con tale espressione, si indica una categoria di atti amministrativi che si distingue dai provvedimenti *stricto sensu* intesi, per la mancanza di autoritarietà e il loro contenuto, appunto, negoziale. Si tratta, quindi, di atti di autoregolamentazione della sfera di disponibilità di diritto privato della pubblica amministrazione, che valgono ad esprimere il consenso dell'Amministrazione stessa nel contratto e che sono idonei a fondersi con la manifestazione negoziale di volontà dell'altro contraente". In quest'ottica, gli atti del procedimento di evidenza pubblica sono qualificabili come negoziali unicamente per esprimere la loro "omogeneità, quanto a contenuto, con gli atti di volontà contrattuale di qualunque privato", senza che ciò implichi l'abbandono della propria natura autenticamente pubblicistica, risultando, per detta ragione, almeno "astrattamente suscettibili di inquadramento civilistico".

[58] G. Greco, *op. ult.* cit, 85. Secondo l'Autore, "l'intera formazione della volontà contrattuale della p.A. si realizza (…) nell'ambito del procedimento amministrativo".

civilistico[59]". L'inserimento di profili pubblicistici in un contesto privatistico comporta, secondo l'orientamento in esame, che gli atti amministrativi producano "effetti civilistici" e siano "*direttamente costitutivi della volontà contrattuale dell'amministrazione*[60]".

Anche questa seconda impostazione, pur avendo avuto il merito di aver colto l'unitarietà giuridica della fattispecie[61], è stata ritenuta non

---

[59] G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo* cit., 171. In senso critico M.S. Giannini, *Diritto amministrativo* cit., 363, il quale afferma che "dire, d'altra parte, che si hanno atti aventi duplice natura, di dichiarazioni negoziali e di atti del procedimento, è parimenti da respingere, perché siffatte tesi non spiegano nulla".

[60] In giurisprudenza, la tesi secondo cui il procedimento che precede la stipula del contratto è funzionale alla formazione della volontà dell'Amministrazione è stata sostenuta da Cons. St. sez. VI, 2012, n. 4236 e da Cass. civ. sez. I, 3 luglio 2014, n 15260. In particolare, si sarebbe in presenza di "di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico ed in cui l'Amministrazione entra in contatto con una pluralità di partecipanti al procedimento negoziale, con ciascuno dei quali instaura trattative (cd. multiple o parallele), che determinano la costituzione di un rapporto giuridico sin dalla presentazione delle offerte". Secondo tale prospettiva, quindi, la p.A. è tenuta ad osservare le regole di buona fede e correttezza già a partire da questo momento, "con la conseguenza che il mancato rispetto di tale precetto, anche anteriore alla conclusione della gara, determina l'insorgere della sua responsabilità precontrattuale a prescindere dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante". Secondo un diverso orientamento, invece, "nessuna trattativa si realizza durante la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica". La responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione può quindi essere ammessa solo nella fase successiva all'aggiudicazione, intesa come momento che, individuando il contraente, determina l'instaurazione di una relazione assimilabile alla trattativa contrattuale cui si riferisce l'art. 1337 c.c. (Così Cons. St. sez. III, ord. 24 novembre 2017, n. 5492). Sulla questione si è pronunciata l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 4 maggio 2018, n. 5, che ha affermato che il dovere di correttezza e buona fede e la conseguente responsabilità precontrattuale derivante dalla loro violazione sia configurabile in capo all'Amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva. La responsabilità dell'Amministrazione in tale ambito non si fonda infatti sulla possibile equiparazione della fase antecedente all'aggiudicazione alle trattative contrattuali, ma sull'inosservanza di quegli obblighi di buona fede e correttezza cui essa è tenuta in virtù del contatto qualificato che si instaura con il privato mediante il procedimento che conduce alla scelta del contraente. Ciò che il dovere di correttezza mira tutelare, sottolinea l'Adunanza plenaria, non è la conclusione del contratto, "ma la libertà di autodeterminazione negoziale", cioè "quel diritto (espressione, a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali senza subire interferenze illecite derivanti da altrui condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza".

[61] In termini, si veda S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto*, cit., 75, che sottolinea come tale impostazione abbia avuto il merito di individuare una sintesi tra due vicende destinate altrimenti a restare distinte e separate. In particolare, secondo l'Autore, deve essere riconosciuto "il merito di aver spezzato il tradizionale monolitismo della qualificazione pubblicistica dell'evidenza pubblica".

pienamente condivisibile nella misura in cui rinviene il raccordo tra provvedimento finale e contratto a livello di volontà.

In tal senso, è sembrato riduttivo ritenere che la disciplina dell'evidenza pubblica sia volta esclusivamente ad assicurare la corretta formazione della volontà dell'Amministrazione, così da consentire il minor dispendio di risorse. Se così fosse, infatti, si finirebbe per accogliere una concezione "contabilistica", che vede nel procedimento di scelta del contrente unicamente un mezzo per assicurare la miglior allocazione e il risparmio di spesa finanziario[62].

Come si è visto analizzando l'attuale funzione dell'evidenza pubblica, tuttavia, oggi non sembra più possibile ritenere che la stessa sia posta unicamente a presidio della corretta formazione della volontà, in quanto essa assolve ad una funzione più pregnante, legata alla tutela dell'interesse pubblico alla concorrenza nel mercato.

In quest'ottica, appare dunque maggiormente preferibile una concezione sostanziale di evidenza pubblica, che ne valorizzi la tensione alla miglior cura dell'interesse pubblico finale.

Sulla base di tali considerazioni, non è sembrata pienamente condivisibile nemmeno l'impostazione "civilistica", che spiega i rapporti tra aggiudicazione e contratto in termini meramente volontaristici, attraverso il modello del collegamento negoziale[63].

---

[62] Cfr. in termini, G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, Bari, 2016, 148, il quale osserva altresì che sarebbe del tutto forzata, dal punto di vista teorico, l'equiparazione tra la volontà che si forma in sede di procedimento e quella a dimensione marcatamente psicologica che deve sorreggere la stipulazione.

[63] Così M. Tiberi, *La ricerca del fondamento dell'inefficacia dei contratti ad evidenza pubblica, in Foro amm. TAR,* 2010, 11. Sul piano civilistico, il fenomeno del collegamento negoziale ricorre quando le parti mirano al raggiungimento di un risultato economico unitario e, consapevoli dell'impossibilità di ottenerlo mediante un solo contratto, ricorrono ad una serie combinata di atti negoziali, indirizzandoli verso l'obiettivo predeterminato. Ciascuno dei singoli contratti mantiene inalterata la sua funzione economico-individuale, ma l'operazione negoziale, complessivamente intesa, trova la sua ragione concreta nella realizzazione dell'interesse unitariamente perseguito. Per un inquadramento generale del fenomeno si veda F. Messineo, *Collegamento negoziale* (voce) in *Enc. Dir.* vol. X, 48 ss, Miano, 1997; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 215, per il quale i contratti sono collegati ove siano coordinati "per l'adempimento di una funzione fondamentale", cosicché "al di sopra dei vari negozi si possa individuare una funzione della fattispecie nel suo complesso", precisando in proposito che "il nesso fra più negozi fa sì che l'esistenza, la validità, l'efficacia, l'esecuzione di un negozio influiscano sulla validità o efficacia o esecuzione di un altro negozio". Si veda inoltre C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. III, Il contratto, Milano, 2000, 455; A. Barba, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale. Parte seconda,* in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2008; R. Giovagnoli, *Il contratto*, Torino, 2019, 251-252, ove si mette in evidenza che il fenomeno del collegamento negoziale può essere compiutamente

Secondo questa ricostruzione, il rapporto tra aggiudicazione e contratto sarebbe simile a quello esistente tra contratti che, pur essendo formalmente distinti e contrassegnati ognuno da una propria causa, tendono alla realizzazione di uno scopo comune con la conseguenza che le vicende patologiche che interessano gli atti del procedimento verrebbero a ripercuotersi direttamente sul contratto[64].

Anche tale ricostruzione, al pari di quella precedentemente esposta, sembra ridurre l'evidenza pubblica a mero presidio dell'interesse alla corretta formazione della volontà dell'Amministrazione.

Infine, secondo un'ultima ricostruzione, i rapporti tra evidenza pubblica e contratto risulterebbero assimilabili a quelli esistenti tra gli atti che si susseguono nel procedimento amministrativo, inteso come un dinamico succedersi di atti ed operazioni che, anche se fortemente eterogenee, risultano

---

inteso alla luce del concetto di causa in concreto. Accogliendo tale nozione di causa, infatti, "è senza dubbio possibile che un contratto, apparentemente privo di causa o apparentemente dotato di una certa causa se guardato isolatamente, in realtà trovi causa o integrazione in un altro contratto ad esso collegato. (…) Viceversa, può accadere che un contratto, apparentemente fornito di causa se considerato isolatamente, ne risulti privo se valutato, sempre in un'ottica di causa in concreto, alla luce della complessiva operazione negoziale delle parti realizzata tramite contratti collegati". In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Cass. sez. un. 27 marzo 2008, n. 7930, in *Giust. Civ.* 2008, 12, 2774, secondo cui "il collegamento contrattuale, come è stato evidenziato dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, nei suoi aspetti generali non dà luogo ad un autonomo e nuovo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che vie e realizzato non per mezzo di un singolo contratto, bensì attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento di reciproci interessi". Presupposti affinché possa configurarsi il collegamento negoziale sono dunque, da un lato, quello oggettivo "costituito dal nesso teleologico tra negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario" e, dall'altro, quello soggettivo, "costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale".

[64] Sul tema, si veda Cass. sez. un. 27 marzo 2008, n. 7930, cit., in cui si afferma che "le vicende che investono un contratto (invalidità, inefficacia, risoluzione, ecc.) possono ripercuotersi sull'altro, seppure non in funzione di condizionamento reciproco". A tal proposito, occorre infatti distinguere tra ipotesi di collegamento "unilaterale" e ipotesi di collegamenti "bidirezionali". Nel primo caso, caratterizzato dalla dipendenza di un negozio dall'altro, le vicende che colpiscono il contratto principale si estendono a quello accessorio, ma non accade il contrario. Nel caso di collegamento "bidirezionale", invece, si è in presenza di due negozi tra loro interdipendenti, cosicché le vicende di un negozio interessano l'altro e viceversa.

naturalmente coordinati tra loro e volti all'adozione di un provvedimento finale.

L'esistenza di un simile collegamento determina, dal punto di vista pratico, che l'invalidità di un atto del procedimento si trasmette anche agli atti che lo seguono, secondo i due diversi meccanismi dell'efficacia "viziante" e "caducante"[65].

Il modello del collegamento tra atti della sequenza procedimentale e la tesi della caducazione automatica sono stati evocati da una parte degli interpreti per spiegare la questione della sorte del contratto a seguito dell'annullamento giudiziale dell'aggiudicazione[66].

Anche tale ricostruzione non appare pienamente condivisibile. In particolare, non sembra che il rapporto tra aggiudicazione e contratto possa atteggiarsi in maniera identica al rapporto esistente tra atti del medesimo procedimento e che le patologie del provvedimento amministrativo possano trasmettersi direttamente al contratto[67].

In termini più generali, le due impostazioni da ultimo richiamate non appaiono pienamente persuasive, in quanto non sembrano effettivamente in

---

[65] In dottrina, sulla distinzione tra invalidità derivata ad effetto viziante e ad effetto caducante si veda M. D'Orsogna, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in (a cura di) F. G. Scoca, *Diritto amministrativo,* Torino, 2011, 288 ss; R. Villata, *L'atto amministrativo*, in (a cura di) L. Mazzarolli – G. Pericu – A. Romano – F.A. Roversi Monaco – F. G. Scoca, Diritto amministrativo, Vol. I, Parte generale, Bologna, 2005, 767 ss. In giurisprudenza, si veda Cons. St. sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792, in *Foro Amm. – CdS*, 2012, 2, 352, che individua la distinzione tra la figura dell'invalidità ad effetto viziante e caducante nel rapporto tra gli atti della serie procedimentale. In quest'ottica, solo la sussistenza "di un rapporto di presupposizione/consequenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso dell'atto successivo che si ponga, nell'ambito della stessa sequenza procedimentale, quale inevitabile conseguenza di quello anteriore, senza la necessità di nuove ed ulteriori valutazioni di interessi" implica l'automatico venir meno dell'atto successivo, producendosi, negli altri casi, una mera efficacia viziante.

[66] In dottrina, sulla tesi della caducazione automatica si veda L. Garofalo, *Sulla figura legislativa della caducazione del contratto,* in *Urb. e App.*, 2008, 9, 1026 ss; Id., *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici,* in *Dir. proc. amm.*, 2008, 139 ss; M. Rinaldo, *La caducazione del contratto ad evidenza pubblica,* in (a cura di) C. Cicero, *Contratto pubblico e principi di diritto privato,* Padova, 231 ss.; E. Sticchi Damiani, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti, in Foro Amm – TAR,* 2006, 3719 ss. In senso contrario alla tesi della caducazione automatica, F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto, in Foro amm.- TAR*, 2004, 2, 569; F. Romoli, *L'autotutela sull'evidenza pubblica e il contratto. Spunti problematici e prospettive,* in *Dir. amm.*, 2008, 3, 599, che parla di "maldestro tentativo di modulare la relazione tra provvedimento e contratto secondo l'archetipo della caducazione automatica".

[67] Come si vedrà con maggiore dettaglio nel prosieguo, la categoria che maggiormente si attaglia a descrivere l'incidenza del potere di autotutela sul contratto non è l'invalidità, bensì la risoluzione. Sul punto, si rinvia a quanto esposto, *infra*, in Cap. II, § 4. 2.3 e 4.2.4

grado di cogliere a pieno la complessità e l'unitarietà del fenomeno dei rapporti tra evidenza pubblica e contratto.

3.2. *Il superamento delle impostazioni tradizionali. La funzione amministrativa come causa del contratto.*

Così chiarite le ragioni per le quali non sembra possibile accogliere le teorie sopra esposte, si deve ritenere che il legame che avvince il procedimento di evidenza pubblica e il contratto vada ricercato nel tratto di continuità esistente tra le due fasi, rappresentato dall'identica tensione finalistica verso la cura di un interesse pubblico[68]: ciò che caratterizza l'intera attività amministrativa è l'essere volta ad un fine, rappresentato dalla cura in concreto di un interesse pubblico individuato dalla legge.

La funzione amministrativa rappresenta, in altri termini, il vero e proprio momento di sintesi tra la fase pubblicistica di scelta del contraente e quella successiva, di esecuzione del rapporto contrattuale[69].

In questa prospettiva, si può dunque affermare che anche il contratto costituisce strumento di amministrazione e che la cura dell'interesse pubblico contribuisca a definire la ragione giustificatrice, ossia la causa di quel contratto[70].

---

[68] G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, cit. 155.

[69] Sul punto, si veda F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1952.

[70] G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, cit. 158; P. Carpentieri, *Sorte del contratto (nel nuovo rito appalti)*, il quale coglie dal diritto civile lo spunto di "indagare la causa del negozio nell'ambito della complessiva operazione economico sociale prefigurata dalle parti, valorizzando il collegamento negoziale ed evitando di atomizzare la unitaria realtà del negozio complesso e dei plurimi rapporti, tra loro connessi, che ne derivano"; S. Masera, *Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e caducazione del contratto,* in *Urb. app.,* 2007, 11, 1145. In giurisprudenza, il collegamento funzionale tra la procedura di aggiudicazione ed il contratto è stato sottolineato dal Tar Piemonte, sez. II, 24 novembre 2014, n. 1906, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In particolare, valorizzando il collegamento funzionale tra aggiudicazione e contratto, il Collegio ha affermato che "l'annullamento della aggiudicazione, che ha effetto retroattivo, agisce in realtà sulla causa del contratto facendola venir meno. Lo stretto collegamento funzionale tra la procedura di aggiudicazione ed il susseguente contratto risulta evidente sol che si pensi che la prima non è finalizzata soltanto ad individuare il contraente, ma anche a definire le principali obbligazioni contrattuali, che devono essere riprodotte nel contratto; inoltre l'aggiudicazione, fintantoché non sia annullata, vincola la stazione appaltante alla stipula del contratto, che diventa lo strumento tramite il quale viene portato ad esecuzione il progetto posto a base della procedura di aggiudicazione. Questa ultima rappresenta, in definitiva, la causa esterna del contratto e proprio tale constatazione spiega perché l'aggiudicazione ed il contratto *simul stabunt simul cadunt*: perché l'annullamento della aggiudicazione determina, *ipso facto*, la nullità del

È bene evidenziare che ciò non significa che la causa del contratto si identifica e si esaurisce nell'interesse pubblico, in quanto, se così fosse, verrebbe vanificata l'essenza stessa del contratto, quale incontro di volontà e sintesi di diversi interessi. Si deve invece ritenere che l'interesse pubblico concorra, in posizione paritaria con quella del privato, a determinare la causa in concreto del negozio.

Tale impostazione consente di superare l'impostazione tradizionale, secondo cui l'interesse pubblico rimarrebbe relegato all'esterno della vicenda contrattuale[71]. Alla base di tale ricostruzione si poneva, da un lato, la separazione tra fase pubblicistica e fase negoziale e, dall'altro, l'idea che l'interesse pubblico potesse, al più, integrare un mero motivo della stipulazione[72].

Diverse sono le ragioni per le quali, oggi, è possibile abbandonare l'impostazione tradizionale.

Anzitutto, si assiste alla tendenza a superare la rigida contrapposizione fra la fase dell'evidenza pubblica, connotata da poteri pubblicistici, e quella dell'esecuzione del contratto, impostata sul solo principio della parità delle parti contraenti, a favore di una lettura unitaria, funzionale ad assicurare l'obiettivo della corretta esecuzione del contratto. L'esigenza di superare la

---

contratto per mancanza di causa, essendo irrilevante, a tali fini, il fatto che l'annullamento della aggiudicazione intervenga in via giurisdizionale o a seguito di autotutela".

[71] G. Fares, *Annullamento dell'aggiudicazione e ripercussioni sul contratto: qualche riflessione alla luce dei più recenti indirizzi interpretativi,* in *Foro amm.-TAR,* 2004, 2682; F. Trimarchi Banfi, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione,* in *Dir. pubbl.,* 1998, 35; F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo,* cit. Il rilievo dell'interesse pubblico nella definizione del profilo causale del contratto emerge in V. Moscarini, *Profili civilistici del contratto pubblico,* cit., 81, in cui si osserva che la "realizzazione dello scopo istituzionale specificatamente inerente al soggetto pubblico agente" è "componente intrinseca della causa" dei contratti della p.A che, "senza assurgere al rango di contratti ad oggetto pubblico e restando invece qualificati da prestazioni caratterizzanti di tipo giusprivatistico, si contraddistinguono non solo per l'inquadramento nello schema formale dell'evidenza pubblica, (…) ma anche per il peculiare modo di atteggiarsi dell'aspetto funzionale".

[72] Come tale, soggetto al principio della irrilevanza degli interessi soggettivamente perseguiti dalle parti attraverso il contratto. Si veda F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 836, che definisce il motivo come "una rappresentazione soggettiva che induce le parti a concludere il contratto. Come tale, esso rimane fuori dal congegno contrattuale, costituendo uno scopo ulteriore del tutto irrilevante". Di conseguenza, l'eventuale inidoneità del contratto a realizzare tali interessi non ha, di regola, alcuna rilevanza giuridica e non è in grado di incidere sulla stabilità del vincolo contrattuale. In dottrina, si veda inoltre V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano 2011, 377 ss, che sottolinea che i "motivi sono […] gli interessi (bisogni, impulsi, fini) della parte, che restano fuori del contratto perché non fanno parte della sua ragione giustificativa". Sul punto, si veda, inoltre, *infra*, in nota 88.

netta contrapposizione tra le due fasi appare, del resto, evidente ove si consideri che è proprio con l'esecuzione del contratto che si realizza la cura dell'interesse pubblico di cui è portatrice l'Amministrazione e che è stato esplicitato in sede di evidenza pubblica.

Sotto altro profilo, la tesi secondo cui l'interesse pubblico rimarrebbe relegato all'esterno della vicenda contrattuale non sembra coerente con il concetto di causa attualmente accolto[73].

È infatti ormai affermazione largamente condivisa, sia in dottrina che in giurisprudenza, che la causa del contratto deve essere ricercata in concreto e si identifica nella sintesi degli interessi individuali che il contratto è oggettivamente diretto a perseguire[74].

---

[73] In dottrina, senza pretesa di esaustività, si vedano: C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, in (a cura di) V. Roppo, *Trattato del contratto*, II, *Il Regolamento*, Milano, 2006, 86 ss.; F. Galgano, Trattato di diritto civile, vol. II, Milano, 2014, 239 ss; F. Gazzoni, Manuale di diritto privato, cit, 813 ss; R. Giovagnoli, *Il contratto*, cit. 222 ss; V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano 2011, 341 ss.

[74] Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di F. Rolfi, *La causa come "funzione economico-sociale": tramonto di un* idolum tribus*?* Tale decisione ha, per la prima volta, definito causa del contratto, qualificandola "concreta" in contrapposizione alla nozione tradizionale, lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. "causa concreta"), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato.
Anteriormente a tale arresto giurisprudenziale, la giurisprudenza, pur recependo sostanzialmente la nuova nozione di causa, formalmente appariva ancora fedele alla tradizionale impostazione: da un lato, infatti, riconosceva il valore causale di elementi individualizzanti delle fattispecie concrete, offrendo rimedi nel caso di frustrazione di interessi individuali, ma causalmente significativi. Dall'altro lato continuava a definire la causa come la funzione economico-sociale tipica del contratto. Successivamente, la dissociazione tra la formula linguistica utilizzata e la sostanza delle decisioni viene meno e la causa viene definita come "la funzione pratica che le parti hanno effettivamente assegnato al loro accordo". Si trova *in nuce* l'idea della causa concreta anche in Cass. civ. sez. III, 23 aprile 2001, n.5966, in *Contr.* 2001, 1126, con nota di P. Perrotti, *Compravendita e mutuo di scopo: un'ipotesi di collegamento negoziale*. Nella specie, veniva in rilievo un caso di collegamento fra contratti: per la precisione, fra un mutuo di scopo diretto a finanziare l'acquisto di un'automobile, e l'acquisto della stessa auto. In motivazione si legge che nel mutuo di scopo "acquista rilievo, accanto alla causa genericamente creditizia, il motivo specifico per il quale il mutuo viene concesso": l'acquisto dell'auto, con la stipulazione del relativo contratto, si collega al contratto di mutuo integrandone la causa. Accade infatti che "uno dei due negozi trovi la sua causa in un rapporto scaturito dalla funzione che un negozio adempie rispetto all'altro, dall'intento specifico e particolare delle parti di coordinare i negozi, instaurando tra essi una connessione teleologica". E ancora: "La clausola di destinazione della somma mutuata si inserisce nel contratto, ... ragion per cui... il contratto si funzionalizza" a tale destinazione, che "dalla sfera dei motivi si inserisce nel negozio, fino a tradursi nella funzione", e "da motivo estraneo alla struttura entra a far parte del regolamento contrattuale". La conseguenza pratica di tale impostazione è che "nell'ambito della funzione complessiva dei negozi collegati, essendo lo scopo del mutuo

Tale nozione di causa ha segnato il definitivo superamento di quella che era stata, per molti anni, la tradizionale definizione di causa, come funzione socio-economica che il tipo contrattuale è volto a perseguire[75].

Questa funzione socio-economica, secondo l'originaria impostazione, doveva essere ricercata guardando non al singolo contratto che le parti avevano concluso, ma al relativo "tipo", astraendo, dunque, dalle concrete ragioni individuali perseguite dalle parti e selezionando, invece, per ogni contratto, i relativi elementi essenziali.

Diversamente, grazie all'impostazione oggi accolta, che si traduce nella formula della causa come funzione economico-individuale[76], è possibile attribuire rilevanza causale anche a quegli elementi specifici della concreta fattispecie contrattuale, che non risultavano valorizzati dal processo di astrazione su cui si basava la precedente nozione di causa. Oggi infatti la causa va intesa come lo scopo pratico del contratto, ossia la sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare[77].

---

legato alla compravendita", ove quest'ultima venga meno per risoluzione consensuale, anche il mutuo viene meno.
Sempre anteriormente alla pronuncia del 2006, il concetto di "causa concreta", che "esprime l'oggettiva rilevanza dell'assetto di interessi regolato contrattualmente" era già stato evocato, in dottrina, da U. Breccia, *Causa*, in (a cura di) M. Bessone, *Trattato di diritto privato*, XIII, *Il contratto in generale*, III, Torino 1999, 55.

[75] Si tratta della tesi elaborata da E. Betti, *Causa del negozio giuridico,* (voce) in *Novissimo dig. It.*, , III, Torino, 1957, 32. La nozione di causa in astratto, come funzione socio-economica del contratto, era, del resto, anche la nozione di causa corrispondente all'intenzione del legislatore storico. Il codice civile del 1942, infatti, pur senza definire espressamente la causa, aveva recepito la teoria della causa in astratto, fondata, a sua volta, sull'idea secondo cui il contratto dovese perseguire una funzione non solo e non tanto individualmente utile, ma anche socialmente utile. Tali considerazioni erano chiaramente esplicitate nella Relazione al codice civile, in cui si legge che il ruolo affidato dall'ordinamento giuridico alla causa è quello di configurare "la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata". Tale funzione doveva essere non solo conforme a legge, ordine pubblico e buon costume, ma anche "rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole di tutela giuridica". Solo a queste condizioni la volontà delle parti poteva produrre effetti giuridicamente vincolanti e la causa rappresentava lo strumento che consentiva di verificare che ciò accadesse effettivamente. Per un'approfondita analisi dell'evoluzione del concetto di causa e delle implicazioni pratiche che derivano dall'adozione del concetto di causa concreta, si veda R. Giovagnoli, *Il contratto*, cit. 222 ss.

[76] Tale definizione si deve al più deciso fautore del moderno concetto di causa, ossia G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 355 ss. Si tratta, con tutta evidenza, di una definizione opposta rispetto a quella elaborata da Emilio Betti ed accolta nel codice del 1942, che intendeva la causa come la funzione economico-sociale del contratto.

[77] Così Cass. civ. sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Contr.*, 2007, 621 ss, , come si è detto, utilizza per la prima volta l'espressione "causa concreta". Secondo la Corte la causa si

Come si avrà modo di specificare in seguito, proprio la valorizzazione del concetto di causa concreta si pone alla base dell'orientamento interpretativo secondo cui il rimedio risolutorio è destinato ad operare non solo nei casi di impossibilità oggettiva di esecuzione della prestazione, ma anche nel caso in cui la prestazione, sebbene ancora materialmente possibile, diventi oggettivamente inutile, ossia inidonea a soddisfare gli interessi individuali del creditore che, attraverso la causa (intesa come concreta funzione economico-individuale), si sono oggettivizzati nel contratto. Anche in questo caso, invero, la sopravvenienza impedisce al contratto di realizzare la sua funzione causale[78].

La declinazione in concreto del concetto di causa del contratto assume particolare rilievo, in quanto permette di mettere in luce anche la complessità propria dei contratti ad evidenza pubblica[79].

---

identifica nella "sintesi degli interessi che lo stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e, dunque, ragione concreta) della dinamica contrattuale e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto", rilevando unicamente l'uso che di esso "hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale".
Successivamente, la giurisprudenza ha ripetutamente condiviso e ribadito la nozione di causa concreta. Si veda, *ex multis,* Cass., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Foro it*., 2010, I, 2460, con nota di F.S. Costantino, *Adempimento di debito altrui, fallimento del* "solvens" *e revocatoria al vaglio delle sezioni unite (con chiose su "causa concreta" e vantaggi compensativi nelle operazioni di gruppo)*. In motivazione si rileva il superamento della vecchia concezione di "causa del negozio quale tradizionalmente individuata in base alla nota definizione della relazione al codice civile - la funzione economico-sociale che il diritto riconosce ai suoi fini e che solo giustifica la tutela dell'autonomia privata -; ed applicata negli anni immediatamente successivi dalla giurisprudenza secondo una concezione unificante le varie tipologie (c.d. causa tipica) e perciò fondata sull'astrattezza di tale requisito". E si afferma l'esigenza di tenere conto "dell'evoluzione che ha interessato la nozione di causa del negozio in questi ultimi decenni" e "dei risultati al riguardo raggiunti dalla più qualificata dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità".

[78] Si veda, infra, in Cap. II, § 2.2.

[79] Si tratta di un'impostazione accolta anche dalla giurisprudenza amministrativa. Si veda in proposito, T.A.R Piemonte sez. II, 24 novembre 2014, n. 1906, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che, partendo dalla constatazione che la procedura di aggiudicazione "non è finalizzata soltanto ad individuare il contraente, ma anche a definire le principali obbligazioni contrattuali, che devono essere riprodotte nel contratto" è giunta ad affermare che l'interesse sotteso alla medesima procedura "rappresenta, in definitiva, la causa esterna del contratto".
Con riguardo al diverso tema dei rapporti tra interesse pubblico e contratto sociale nelle società pubbliche, si veda Cons. St. sez. VI, 20 marzo 2013, n. 1574, in *Foro amm.-CdS,* 2012, 3, 696 che, discostandosi dall'orientamento tradizionale che riteneva che l'interesse pubblico fosse "motivo proprio soltanto di alcuni dei soci ed in quanto tale irrilevante", ha

In proposito, non sembrano pienamente persuasive le obiezioni di quanti, pur ammettendo l'importanza che l'interesse pubblico ha nella definizione della sorte del contratto, escludono comunque la sua penetrazione a livello causale, in considerazione di un'assunta estraneità della parte privata rispetto ad esso[80].

Secondo questa prospettiva, dunque, l'interesse pubblico perseguito dalla p.A. dovrebbe essere inteso come mero motivo individuale, in quanto tale soggetto al principio della tendenziale irrilevanza degli interessi soggettivamente perseguiti dalle parti attraverso il contratto.

Sul punto, occorre ricordare come la moderna concezione di causa impone di ritenere che, ai fini della distinzione tra causa e motivi, occorre distinguere tra interessi delle parti che entrano nel contratto, divenendo interessi che il contratto è diretto a realizzare e interessi che ne restano fuori,

---

affermato, accogliendo la definizione di causa in concreto, che "tale interesse concorre a definire la funzione economico-individuale del contratto societario".
Il concetto di causa in concreto emerge, infine, anche in Cons. St. sez. V, 3 ottobre 2017 n. 4614, cit. che ha ritenuto di poter qualificare come appalto soggetto al codice dei contratti pubblici anche l'affidamento di servizi "a titolo gratuito". Secondo il Consiglio di Stato, infatti "l'onerosità del contratto essere ricercata anche nelle utilità indirette comunque ricavabili dall'affidamento della commessa. La garanzia di serietà e affidabilità, intrinseca alla ragione economica a contrarre, infatti, non necessariamente trova fondamento in un corrispettivo finanziario della prestazione contrattuale, che resti comunque a carico della Amministrazione appaltante: ma può avere analoga ragione anche in un altro genere di utilità, pur sempre economicamente apprezzabile, che nasca o si immagini vada ad essere generata dal concreto contratto."
Anche tale conclusione trova fondamento nel recepimento del concetto di causa in concreto, da intendersi quale sintesi degli interessi che il contratto è concretamente e oggettivamente diretto a perseguire. Per verificare l'esistenza della causa non è sufficiente guardare al negozio in astratto e vedere se le parti hanno previsto un formale corrispettivo. Occorre invece verificare, in concreto, quale sia l'interesse economico perseguito dalla parte che si obbliga o trasferisce un diritto. Solo questa indagine "concreta" è in grado di rivelare l'esistenza di un vantaggio economico indiretto, e, quindi, l'esistenza di quella sostanziale logica di scambio richiesta dal principio causalistico. È possibile infatti che la parte che sopporta il sacrificio giuridico, pur senza ricevere un formale corrispettivo, consegua comunque un vantaggio indiretto, apprezzabile sul piano economico. Nell'ottica della causa in concreto, quindi, anche la causa (gratuita ma) economicamente interessata è, nella sostanza, una causa onerosa, in cui si trova, sia pure indirettamente, quella reciprocità di vantaggi e sacrifici richiesta dal principio causalistico.

[80] Cosi V. Lopilato, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione delle direttive ricorsi,* cit, secondo cui "la completa estraneità della parte privata rispetto all'assetto di interessi impedisce qualunque costruzione che, prendendo spunto dalle nuove concezioni sulla causa del contratto, intenda, almeno allo stato della legislazione, porre al centro dell'analisi elementi strutturali della fattispecie contrattuale".

quali meri impulsi psichici che rimangono nella sfera volitiva interna della parte[81].

In quest'ottica, quindi, la ragione che muove una delle parti a contrarre (e, dunque, per ciò che qui maggiormente rileva, l'interesse pubblico perseguito dalla stazione appaltante) assurge a causa quando fuoriesce dalla sfera privata del contraente, per assumere rilevanza sul piano obiettivo, condizionando l'operazione.

Ebbene, nell'evidenza pubblica, la ragione che muove l'Amministrazione a contrarre si obiettivizza senz'altro nel contratto, attraverso la procedimentalizzazione della fase che precede la stipula del contratto, nella quale, come si è visto, devono essere esternate le ragioni di pubblico interesse di scelte quali le ragioni che giustificano l'intenzione di contrattare, la scelta di contrattare e la formazione del consenso.

Alla luce di tali considerazioni, non sembra quindi possibile ridimensionare l'influenza dell'interesse pubblico nella determinazione del contenuto del contratto, né sembra possibile ritenere che la parte privata rimanga estranea o non abbia contezza dell'interesse pubblico che persegue il contratto.

La centralità dell'interesse pubblico nel sistema dei contratti dell'amministrazione trova, del resto, conferma anche nel dato normativo.

Da un lato, infatti, gli artt. 121 e 122 c.p.a. stabiliscono che il giudice che annulla l'aggiudicazione può escludere la caducazione del contratto, sulla

---

[81] Così R. Giovagnoli, *Il contratto*, cit., 254. Per un'analisi dei rapporti tra causa e motivi si veda V. Roppo, *Il contratto*, cit., 379, il quale osserva che: "i motivi sono una variabile dipendente dalla causa: l'area di essi si disegna in via residuale, per differenza dall'area della causa. Se la causa si definisce nei termini angusti della causa astratta (funzione tipica), correlativamente molto esteso è il territorio dei motivi irrilevanti: chi sposa quella concezione della causa, ma insieme avverte l'insoddisfazione per un'eccessiva dilatazione dell'area dei motivi, e cioè degli interessi delle parti cui si nega rilievo, è portato a mettere in discussione il principio dell'irrilevanza dei motivi. Ma di questo strappo può farsi opportunamente a meno, se si amplia in modo appropriato il concetto di causa, secondo l'idea della causa concreta: perché quanto più estesa è la causa – luogo degli interessi rilevanti – tanto più ridotta è l'area in cui si confinano gli interessi irrilevanti, che si chiamano motivi". L'A. precisa inoltre che ""causa concreta" non vuol dire soggettiva: la concretezza può (e qui deve) declinarsi in termini di oggettività". In quest'ottica, conclude l'Autore, "il criterio non è se l'interesse della parte sia noto a controparte, e neppure se la parte che ne è portatrice l'abbia appositamente esternato all'altra. Questo dato soggettivo può essere rilevante, ma non è da solo decisivo. Deve esservi qualche altro dato, che dia dimensione oggettiva all'interesse invocato dalla parte e al rilievo che esso ha per la posizione contrattuale della parte medesima".

base di una valutazione che tenga conto dell'incidenza dell'accertata illegittimità sulla perseguibilità in concreto dell'interesse pubblico[82].

Sotto altro profilo, assumono particolare rilievo le direttive del 2014, con le quali, per la prima volta, è stata dettata una puntuale disciplina relativa alla fase esecutiva del contratto.

Come si è detto, alla base di tale innovazione si pone la consapevolezza che è proprio con l'esecuzione che si realizza la cura dell'interesse pubblico di cui è portatrice la p.A. e che si è formato nel procedimento di evidenza pubblica.

In conclusione, si può quindi affermare che l'interesse pubblico non rimane mera ragione personale di una parte, ma assurge al rango causale, andando a definire la concreta ragione giustificatrice del contratto.

Tale conclusione assume particolare rilievo, in quanto foriera di diverse implicazioni pratiche, sia sul piano sostanziale, che sul versante processuale.

Sul piano sostanziale, la circostanza che l'interesse pubblico contribuisce a definire la causa concreta del contratto porta a ritenere che, in presenza di eventi che incidono sulla realizzabilità dell'interesse pubblico, il vincolo contrattuale è destinato a sciogliersi, essendo venuta meno la sua ragione giustificatrice.

Ciò consente di comprendere la ragione dell'esistenza di ipotesi speciali di risoluzione del contratto, diverse ed ulteriori rispetto a quelle disciplinate dal codice civile.

La *ratio* della specialità di tali rimedi risolutori risiede proprio nella rilevanza causale che assume l'interesse pubblico e nell'esigenza di garantire all'Amministrazione un intervento immediato in tutti quei casi in cui, per qualche ragione, il contratto non risulti più in grado di assolvere la funzione cui era destinato.

Sotto altro profilo, la circostanza che la cura dell'interesse pubblico non si esaurisce nella fase del procedimento di evidenza pubblica, ma permea anche quella esecutiva, consente di riflettere sulla questione relativa alla

[82] Così G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, cit. 166 ss, il quale ritiene che un ulteriore argomento a sostegno della tesi della rilevanza causale dell'interesse pubblico sia rappresentato dalla scelta del legislatore di preferire al criterio del prezzo più basso quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale scelta, secondo l'Autore, fa in modo che le stesse offerte vengano formulate e in seguito valutate prendendo in considerazione il fine pubblico perseguito, tanto da potersi affermare che il contenuto del contratto sarebbe stato diverso ove uno dei contrenti avesse stipulato con scopo diverso da quello di cura dell'interesse pubblico.

possibilità di risolvere il vincolo contrattuale non solo attraverso i rimedi privatistici contemplati dal codice civile e dal codice dei contratti pubblici, ma anche attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistica sugli atti del procedimento sulla cui base è stato stipulato il contratto.

In caso di risposta affermativa, si pone anche l'ulteriore questione, di natura processuale, dell'individuazione del giudice munito di giurisdizione sulle controversie relative alla contestazione delle modalità di esercizio del potere e sulla sorte del contratto.

Tali interrogativi mettono in luce la complessità del fenomeno dei contratti pubblici e, più in generale, sollevano la questione dei rapporti tra il principio della cogenza del vincolo contrattuale, che permea la disciplina civilistica del contratto e il principio della costante funzionalizzazione dell'azione amministrativa rispetto alla cura dell'interesse pubblico individuato dalla legge attributiva del potere.

Capitolo II

La rilevanza dell'interesse pubblico nell'esecuzione del contratto. Alterazioni funzionali della causa e risoluzione del contratto.

Sommario: **1.** Premessa **2.** La risoluzione del contratto nel codice civile. Inquadramento generale **2.1.** Gli effetti della risoluzione tra le parti e nei confronti dei terzi **2.2.** L'accoglimento della nozione di causa in concreto e lo scioglimento del vincolo contrattuale in caso di difetto funzionale. **3.** La risoluzione dei contratti pubblici **3.1.** Inadempimento dell'appaltatore e risoluzione del contratto nella disciplina anteriore al codice dei contratti pubblici del 2016. **3.1.1.** La natura giuridica della risoluzione per inadempimento **3.1.2.** Osservazioni conclusive **4.** Interesse pubblico e causa del contratto: la questione dello scioglimento del vincolo negoziale mediante l'esercizio di poteri di autotutela pubblicistica **4.1.** La revoca e i rapporti con il recesso. Orientamenti contrapposti **4.1.1.** La risposta dell'Adunanza Plenaria n. 14/2014 **4.1.2** Osservazioni conclusive **4.2.** L'annullamento d'ufficio **4.2.1.** L'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e la sua incidenza sul contratto **4.2.2.** Orientamenti contrapposti **4.2.3.** L'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione come causa di risoluzione del contratto **4.2.4.** Il confronto con l'annullamento giurisdizionale. **4.2.5.** Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Come si è visto, la costante funzionalizzazione dell'azione amministrativa consente di affermare che l'interesse pubblico assume rilievo non solo nella fase del procedimento di evidenza pubblica, ma anche in quella negoziale. È proprio attraverso l'esecuzione, del resto, che viene curato l'interesse pubblico in vista del quale il contratto è stato stipulato.

In quest'ottica, è possibile affermare che l'interesse pubblico contribuisce a definire un elemento essenziale del contratto, ossia la sua causa, la sua concreta ragione giustificatrice.

Tale conclusione assume particolare rilievo, in quanto presenta diverse implicazioni pratiche. La circostanza che la causa sia elemento essenziale del contratto implica, invero, non solo che il vincolo negoziale non sorge senza la presenza *ab origine* della causa, ma altresì che se per fattori

sopravvenuti quel contratto si rivela inidoneo ad assolvere la funzione cui era destinato, lo stesso è destinato a sciogliersi, essendo ormai venuta meno la sua ragione giustificatrice.

Nell'ambito dei contratti pubblici, ciò significa che eventi che incidono sulla realizzabilità dell'interesse pubblico sono destinati a determinare la risoluzione del contratto.

L'esigenza di assicurare una tutela efficace dell'interesse pubblico anche nella fase esecutiva consente, dunque, di comprendere la ragione per cui la risoluzione del contratto per volontà della stazione appaltante è disciplinata in termini sensibilmente diversi rispetto a quelli previsti dal diritto comune per il contratto di appalto. In termini generali, le diverse ipotesi di scioglimento del contratto si caratterizzano per la previsione, in capo all'Amministrazione, di poteri più penetranti rispetto a quelli riconosciuti dal codice civile al committente privato.

Proprio l'esistenza di tale regime speciale solleva ancora oggi diverse questioni, legate all'individuazione della natura giuridica dei poteri riconosciuti alla pubblica Amministrazione in fase di scioglimento del rapporto contrattuale. La qualificazione di tali poteri in termini privatistici o pubblicistici assume grande rilievo non solo dal punto di vista sostanziale, ma anche dal punto di vista processuale, essendo diverso, nell'uno e nell'altro caso, il plesso giurisdizionale chiamato a pronunciarsi sulle controversie nascenti dall'esercizio di tali poteri.

Prima di esaminare nel dettaglio le norme relative alla risoluzione dei contratti pubblici e di rispondere agli interrogativi che esse sollevano, appare opportuno ripercorrere brevemente i tratti della disciplina generale della risoluzione del contratto delineata dal codice civile.

Tale analisi si giustifica per due ordini di ragioni. In primo luogo, in quanto le ipotesi speciali di risoluzione contemplate nel codice dei contrati pubblici non escludono l'operatività di quelle già previste dal codice civile. Ciò significa che l'Amministrazione può sciogliere il vincolo contrattuale non solo sulla base delle regole speciali contenute nel codice dei contratti pubblici, ma anche al ricorrere dei presupposti indicati dalle norme generali sulla risoluzione dei contratti a prestazioni corrispettive.

Sotto altro profilo, si tratta di un'analisi utile anche per chiarire se le ipotesi di risoluzione contemplate nel codice dei contratti pubblici sono effettivamente riconducibili a ipotesi di risoluzione privatistica o se, invece, nonostante la denominazione formale, le stesse risultano, in realtà, espressione di poteri di autotutela pubblicistica.

2. La risoluzione del contratto nel codice civile. Inquadramento generale.

La risoluzione designa, in generale, l'estinzione del contratto per un evento incompatibile con la sua attuazione[83]. Essa si verifica, in particolare, quando il programma contrattuale non è più in grado di svolgere la propria funzione, che è quella di assicurare il soddisfacimento degli interessi dei contrenti composto nel regolamento.

Tale sopravvenuta inidoneità del regolamento contrattuale a realizzare gli interessi delle parti può essere causata dal comportamento delle stesse parti oppure può dipendere da eventi non imputabili e non prevedibili.

La risoluzione viene evocata, in termini generali, dall'art. 1372 c.c., in base al quale *"il contratto ha forza di legge tra le parti"* e *"non può essere sciolto che per mutuo dissenso o per cause ammesse dalla legge"*.

L'inserimento di tale norma nel Capo V del codice civile, dedicato agli effetti del contratto, evidenzia il nesso tra risoluzione ed effetti del contratto e sottolinea la differenza tra risoluzione ed invalidità. Mentre la risoluzione incide sull'efficacia di un contratto valido, l'invalidità colpisce il contratto per un vizio che esso porta in sé e l'inefficacia ne è la conseguenza. In tal senso, si può quindi affermare che, mentre l'invalidità investe il contratto come atto, la risoluzione investe invece il contratto come rapporto[84].

Tale distinzione assume particolare rilievo per i contratti ad esecuzione continuata o periodica, in quanto, come si avrà modo di chiarire in seguito, in questi ultimi l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite[85].

Come si è detto, la risoluzione designa lo scioglimento del rapporto contrattuale in presenza di un evento incompatibile con la sua attuazione. A fronte di tale comune fondamento corrisponde, però, una pluralità di

---

[83] Sul tema, si vedano, per tutti: C.M. Bianca, *Diritto civile*, *Il contratto*, vol. III, cit. 731 ss; F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. II, cit., 575 ss; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., 1023 ss; R. Giovagnoli, *Il contratto*, cit, 684 ss; V. Roppo, *Il contratto*, cit, 891 ss.

[84] Cass. civ. sez. III, 22 febbraio 2008, n. 4604, in *Foro it*, 2008, 1, 2567, che, nel definire gli effetti della risoluzione sul contratto, precisa che "la sentenza di risoluzione per inadempimento produce riguardo alle prestazioni da eseguire un effetto liberatorio 'ex nunc' e rispetto alle prestazioni già eseguite un effetto recuperatorio 'ex tunc' (tranne che nei contratti ad esecuzione continuata o periodica)".

[85] Ai sensi dell'art. 1458 c.c., infatti, "la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite". Sul punto, si veda, *infra*, § 2.1

fattispecie risolutorie, che difficilmente possono essere ricondotte ad unità sul piano disciplinare. Proprio per questo motivo, il codice civile regolamenta separatamente i diversi casi di risoluzione, che possono essere accomunati solo sotto il profilo funzionale, rappresentato dell'eliminazione degli effetti del contratto, essendo poi diversi i presupposti e le modalità con cui si perviene allo scioglimento del rapporto negoziale[86].

Tra le diverse possibili classificazioni dei meccanismi di risoluzione, assume particolare rilievo quella che fa riferimento alle modalità con cui si determina lo scioglimento del contratto. A tal fine è possibile distinguere tra risoluzione che opera in modo automatico, per sentenza o per negozio.

La prima opera al mero verificarsi dei presupposti di fatto cui la legge collega lo scioglimento del vincolo, senza bisogno né di pronuncia giudiziale, né di manifestazioni di volontà negoziale della parte. Ne sono un esempio l'avveramento della condizione risolutiva o l'impossibilità sopravvenuta della prestazione[87].

La risoluzione opera per sentenza, quando avviene solo in forza di una pronuncia del giudice che, accertati i presupposti previsti dalla legge, produce l'effetto di sciogliere il vincolo contrattuale, che, quindi, persiste fino al momento in cui la domanda di risoluzione risulta accolta. Alla sentenza si riconosce, in questo caso, carattere costitutivo, in quanto è elemento necessario affinché si verifichi l'effetto giuridico della risoluzione. Ciò accade, in particolare, nelle ipotesi di risoluzione per inadempimento e per eccessiva onerosità sopravvenuta[88].

---

[86] Così F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit. 1024.

[87] Ai sensi dell'art. 1353 c.c. "le parti possono subordinare l'efficacia o la risoluzione del contratto o di un singolo patto a un avvenimento futuro e incerto". Nel primo caso, si parla di condizione sospensiva: il contratto è inefficace fino a che il fatto condizionante non si verifichi. Nel secondo caso, di condizione risolutiva: il contratto è inizialmente efficace, ma potrà poi divenire inefficace per la risoluzione dei suoi effetti, che verranno meno al verificarsi del fatto condizionante. Tale condizione tutela contro il rischio che un evento, temuto dalle parti come contrario ai propri interessi, si avveri.
La risoluzione per impossibilità sopravvenuta è contemplata dall'art. 1463 c.c., che afferma che "nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito".

[88] In particolare, nel caso di risoluzione per inadempimento, si richiede, ai sensi dell'art. 1455 c.c., che questo sia "di non scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra".
La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta è invece contemplata dall'art. 1467 c.c., che dispone che: "Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può

Infine, la risoluzione opera per negozio quando il contratto si scioglie per una manifestazione di volontà della parte legittimata allo scioglimento, senza bisogno di pronuncia giudiziale che, avverrà, eventualmente, per accertare e per dichiarare la risoluzione già prodotta. È il caso delle risoluzioni per inadempimento determinate da diffida ad adempiere, dichiarazione di avvalersi della clausola risolutiva espressa e termine essenziale[89].

---

domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto". Sulla possibilità di inquadrare la risoluzione prevista dall'art. 108, co. 1, lett.a) e b), d. lgs. n. 50/2016 alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, si veda, *infra*, Cap. III, §3.1.3.

[89] La diffida ad adempiere è uno strumento messo a disposizione del contraente non inadempiente, che ha in tal modo la possibilità di risolvere il contratto senza ricorrere al giudice. Si configura come l'espressione di un diritto potestativo attribuito *ex lege* al creditore, il quale ha la possibilità di provocare immediatamente ed unilateralmente una modifica del rapporto, introducendo un termine di adempimento in aggiunta a quello eventualmente previsto originariamente. In particolare, ai sensi dell'art. 1454 c.c., il creditore insoddisfatto deve intimare al debitore inadempiente di adempiere entro un congruo termine, decorso inutilmente il quale il contratto si intende risolto.

La clausola risolutiva espressa è invece il patto con cui le parti assumono un determinato inadempimento a condizione risolutiva del contratto. Tale strumento introduce una modifica al meccanismo normale della risoluzione per inadempimento, prevedendo una forma speciale di risoluzione *ipso iure* che i contraenti subordinano al non adempimento, secondo le modalità stabilite, di una o più obbligazioni determinate. Grazie a tale clausola, quindi, il creditore della prestazione può conseguire la risoluzione in modo più sicuro e tempestivo: da un lato, infatti, il creditore che si avvale della clausola (a differenza di quanto accade nella diffida ad adempiere) può affrancarsi dal vincolo contrattuale anche se l'inadempimento non è grave ai sensi dell'art. 1455 c.c. Dall'altro lato, verificatosi l'inadempimento, il creditore può risolvere il contratto con effetto immediato, senza dover assegnare al debitore un congruo termine, come prescrive invece l'art. 1454 c.c. per la diffida ad adempiere.

Un'ulteriore ipotesi di risoluzione di diritto è data dal termine essenziale, di cui all'art. 1457 c.c., a mente del quale: "Se il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale nell'interesse dell'altra, questa, salvo patto o uso contrario, se vuole esigerne l'esecuzione nonostante la scadenza del termine, deve darne notizia all'altra parte entro tre giorni. In mancanza, il contratto si intende risolto di diritto anche se non è stata espressamente pattuita la risoluzione".

A queste ipotesi si deve aggiungere, infine, anche la caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.), che consente alla parte che subisce l'inadempimento di recedere dal contratto e di trattenere con funzione risarcitoria la somma versata o, eventualmente, di esigere il doppio di quella consegnata all'atto della conclusione del contratto. Si tratta, quindi, di una quarta ipotesi di risoluzione stragiudiziale, come confermato dal co. 3 dello stesso art. 1385 c.c., che prevede, come alternativa, la possibilità per il creditore che ha subito l'inadempimento di domandare (l'esecuzione o) la risoluzione del contratto, oltre al risarcimento del danno, che in questo caso verrà regolato secondo le regole generali.

La circostanza che la caparra sia qualificata come istituto sostanzialmente alternativo rispetto alla risoluzione implica che sussiste un'identità di presupposti di operatività tra i

Dal confronto tra le ipotesi di risoluzione giudiziale e quelle di diritto emerge un diverso ruolo del sindacato del giudice.

Nell'ambito delle risoluzioni di diritto, il sindacato del giudice è anzitutto eventuale, in quanto rimesso, in linea di principio, alla scelta del contraente di cui viene contestato l'inadempimento e, in secondo luogo, è successivo, perché non determina la risoluzione del contratto, ma accerta o che il contratto si è sciolto o che è ancora in vita. In questi casi, la conservazione o lo scioglimento del rapporto contrattuale è rimessa alla libera disponibilità delle parti: il sistema ammette l'eventualità che il contratto si sciolga anche in assenza di un inadempimento rilevante, rimettendo alla scelta della parte la contestazione giudiziale dell'iniziativa risolutoria proveniente dall'altra parte.

Nella risoluzione giudiziale, invece, il sindacato del giudice è necessario e preventivo. Si rafforza così la cogenza del vincolo contrattuale, perché la scelta circa la conservazione o lo scioglimento del rapporto contrattuale non è rimessa alla piena disponibilità delle parti, ma è assoggettata ad un controllo pubblico esercitato dal giudice.

---

due istituti. E' quindi necessario che l'inadempimento sia imputabile e di non scarsa importanza, e cioè, che assuma le medesime caratteristiche dell'inadempimento che legittimerebbe la scelta di agire in giudizio per chiedere la risoluzione del contratto ed il risarcimento *ex* art.1455 c.c.

L'identità sostanziale dei presupposti di tali rimedi ha inizialmente indotto la giurisprudenza ad ammettere che la parte che avesse optato per la risoluzione ed il risarcimento del danno secondo le regole ordinarie potesse – anche in appello – mutare la domanda originariamente proposta in giudizio, esercitando il diritto di recesso e proponendo contestualmente domanda di ritenzione della caparra ricevuta, ovvero di corresponsione del doppio di quella versata. Tale mutamento non avrebbe implicato l'introduzione in giudizio di una domanda nuova, in quanto la pretesa di cui all'art.1385 c.c. si sarebbe caratterizzata per un'ampiezza minore rispetto a quella originariamente proposta.

Tale orientamento è stato in seguito superato dalle Sezioni Unite, valorizzando soprattutto la funzione di economia processuale della caparra confirmatoria, che consente di ottenere lo scioglimento del vincolo contrattuale di risarcimento del danno senza l'attivazione di alcun giudizio. Al riguardo, si è osservato che, qualora fosse possibile il mutamento della domanda, si finirebbe per svilire tale funzione di economia processuale. In questo modo, infatti, il giudizio di risoluzione e risarcimento danno, in presenza di una caparra confirmatoria, si tradurrebbe in un giudizio "a rischio zero", in quanto la parte non inadempiente avrebbe comunque la possibilità di attivare il rimedio ex art. 1385 c.c., mutando la domanda originariamente proposta, a seconda dell'esito della causa. In tal senso, Cass. sez. un., 14 gennaio 2009, n. 533, in *Riv. dir. civ.*, 2009, con nota di E. Lucchini Guastalla, *Caparra confirmatoria, recesso e risoluzione del contratto*; in *Corriere giur*., 2009, 333 con nota di A. Palma, *La (in)compatibilità della domanda giudiziale di ritenzione della caparra (o di richiesta del suo doppio) con vari modi di risoluzione del contratto, diversi dal recesso ex art. 1385, comma 2, c.c.*

In questa prospettiva, le ipotesi in cui la risoluzione del contratto si verifica a prescindere da un intervento del giudice rappresenterebbero delle eccezioni, in quanto attenuano la cogenza del vincolo contrattuale.

Guardando alle ragioni dello scioglimento del vincolo, è invece possibile distinguere tra risoluzioni rimediali e risoluzioni non rimediali.

Le prime rispondono all'esigenza di reagire a disturbi del contratto, che rendono il permanere del vincolo ingiustamente penalizzante per una delle parti[90]. In particolare, le tre cause generali di risoluzione rimediale dei contratti a prestazioni corrispettive sono: l'inadempimento, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione e l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione. Questi eventi colpiscono il nesso sinallagmatico e, più in particolare, una delle prestazioni, determinando un malfunzionamento del contratto che si traduce nello squilibrio sopravvenuto a danno di uno dei contraenti del rapporto contrattuale nella sua dimensione di sinallagma.

Le risoluzioni non rimediali, invece, prescindono da fenomeni di malfunzionamento del contratto e possono svolgere differenti funzioni: attuare un punto dello stesso programma contrattuale (es. recesso convenzionale o condizione risolutiva) oppure esprimere un'esigenza di liberazione dal vincolo contrattuale di una delle parti, ad esempio all'esito di un ripensamento (es. recesso di pentimento) oppure, ancora, essere il frutto di una nuova manifestazione di autonomia negoziale di entrambe le parti (es. mutuo dissenso).[91]

2.1. *Gli effetti della risoluzione tra le parti e nei confronti dei terzi*

L'art. 1458 c.c. disciplina gli effetti della risoluzione. La disposizione si riferisce testualmente alla risoluzione per inadempimento, ma si ritiene che si applichi ad ogni ipotesi di risoluzione, anche derivante da altre cause.

---

[90] Campo privilegiato di applicazione della risoluzione-rimedio è rappresentato dai c.d. contratti sinallagmatici (ossia "i contratti a prestazioni corrispettive" cui fanno riferimento gli artt. 1453, co 1, 1463 e la rubrica dell'art. 1467). Si tratta di contratti che si caratterizzano per l'interdipendenza reciproca delle prestazioni delle parti, ciascuna delle quali è prevista in relazione all'altra.

[91] Infine, secondo un'altra classificazione, basata sulla fonte cui risale la possibilità di sciogliere il contratto, è possibile distinguere tra risoluzione volontaria (es. mutuo dissenso o condizione risolutiva) e risoluzione legale (ad esempio i casi di recesso legale e di risoluzione prevista dalla legge contro fenomeni di malfunzionamento del contratto: inadempimento, impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità sopravvenuta).

Similmente a quanto accade per l'invalidità, anche per la risoluzione è possibile distinguere tra conseguenze della risoluzione tra le parti e conseguenze rispetto ai terzi.

In termini generali, la risoluzione non è retroattiva rispetto ai terzi: l'art. 1458, co. 2 c.c. stabilisce, infatti, che la risoluzione non pregiudica i diritti acquisiti dai terzi[92]. L'inopponibilità della risoluzione nei confronti dei terzi opera anche se la risoluzione sia stata espressamente pattuita, ad esempio con una clausola risolutiva espressa.

Tale regola incontra, tuttavia, dei limiti. Un primo limite riguarda la risoluzione dei contratti aventi ad oggetto beni immobili ed è esplicitato dall'art. 1458, co. 2, c.c., che fa "*salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione*": la trascrizione diviene quindi opponibile al terzo se egli trascrive il suo acquisto dopo che sia stata trascritta la domanda di risoluzione (art. 2652, n.1 c.c.[93]).

Un ulteriore limite, di carattere generale, deriva dai principi processuali in tema di successione a titolo particolare nel diritto controverso, definiti dall'art. 111 c.p.c[94]. Si tratta, in particolare, del caso in cui un soggetto abbia

---

92 Si tratta, quindi, di una regola diversa rispetto a quella prevista nella disciplina della condizione risolutiva.

93 Ai sensi dell'art. 2652 c.c., infatti, "Si devono trascrivere, qualora si riferiscano ai diritti menzionati nell'articolo 2643, le domande giudiziali indicate dai numeri seguenti, agli effetti per ciascuna di esse previsti: 1) le domande di risoluzione dei contratti e quelle indicate dal secondo comma dell'articolo 648 e dall'ultimo comma dell'articolo 793, le domande di rescissione, le domande di revocazione delle donazioni, nonché quelle indicate dall'articolo 524. Le sentenze che accolgono tali domande non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda (…)."

94 Come noto, nella disciplina delle conseguenze processuali di queste fattispecie, il legislatore ha inteso contemperare due contrapposte esigenze: da un lato, quella di non pregiudicare la celerità e la speditezza del traffico giuridico e, dall'altro, quella di non pregiudicare la certezza e la funzionalità del processo. Il bilanciamento tra tali principi viene realizzato prevedendo, da un lato, la piena validità ed efficacia degli atti di trasferimento del diritto (benché compiuti in pendenza della controversia su di esso) e, dall'altro, l'inopponibilità di tali atti nel processo, all'altra parte, la quale non è onerata di riassumere il processo nei confronti del successore a titolo particolare. A differenza di quanto accade nel caso di successione a titolo universale, in cui si prevede che il processo prosegua dal successore universale o in suo confronto, in questo caso l'art. 111 c.p.c. dispone che il processo prosegue tra le parti originarie. Ciò vale, in assoluto, per l'ipotesi di successione a titolo particolare *inter vivos*, in relazione alla quale il primo comma dell'art. 111 c.p.c. stabilisce che "se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie". Ma vale, con i necessari temperamenti, anche per l'ipotesi di successione a titolo particolare *mortis causa*, in relazione alla quale il legislatore, prendendo atto che la prosecuzione del processo tra le parti originarie non è possibile, esclude comunque che esso prosegua in confronto del successore a titolo particolare, individuando come unico contraddittore quello a titolo universale e,

acquistato da altri dopo che è stata domandata in giudizio la risoluzione del contratto precedentemente stipulato tra l'alienante stesso ed un terzo.

L'art. 111 c.p.c. stabilisce che "*se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie*" e che, in ogni caso, la sentenza pronunciata contro l'alienante o il successore universale "*spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare*"[95]. (co. 4)

In base a tali norme, dunque, l'inopponibilità della risoluzione (come anche dell'annullamento e della rescissione) vale solo nei confronti di quei terzi che abbiano acquistato prima dell'avvio del giudizio che l'ha avviata. Chi invece ha acquistato in pendenza di giudizio subisce gli effetti della sentenza che, tra l'altro, una volta passata in giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c. fa stato tra le parti, i loro eredi e aventi causa.

Poiché l'art. 111 c.p.c. deve coordinarsi con l'art. 2652 n.1, c.c., la retroattività del giudicato non è opponibile agli aventi causa in corso di giudizio che hanno trascritto prima della pubblicità della domanda, mentre è opponibile ai terzi acquirenti anteriori alla proposizione della domanda che però non hanno trascritto il proprio acquisto prima della trascrizione della domanda[96].

---

cioè, il successore *in universum ius* della parte venuta meno: "se il trasferimento a titolo particolare avviene a causa di morte – prosegue il secondo comma dell'art. 111 – il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto". La *ratio* di tale previsione risiede nella volontà di evitare che la possibilità di trasferire il diritto in pendenza del processo si presti ad essere strumentalmente utilizzata come modalità per ottenere l'estromissione dallo stesso. Peraltro, al successore a titolo particolare viene riconosciuto, dal co. 3 dell'art. 111, un potere di intervento, l'esercizio del quale consente all'alienante o al successore a titolo universale di essere estromesso dal processo, sempre che vi sia il consenso delle altre parti. Sul tema, si veda C. Mandrioli – A. Carratta, *Diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2017, 452 ss.

[95] Anche questa regola costituisce un'implicazione logica necessaria del fondamento della disciplina della successione a titolo particolare nel diritto controverso. Infatti, in tanto la prosecuzione del processo nei confronti dell'alienante o del successore può ritenersi utile per l'altra parte, in quanto l'accertamento compiuto nei confronti dei predetti sia efficace anche contro l'acquirente o successore a titolo particolare. A tale efficacia, il successore si sottrae in sole due ipotesi, nelle quali egli conserva i diritto acquistato nonostante la soccombenza dell'alienante: quando il diritto trasferito abbia ad oggetto una cosa mobile e l'acquirente ne abbia acquistato il possesso in buona fede sulla base di un titolo idoneo al trasferimento della proprietà (1153 c.c.) oppure quando, trattandosi di diritto avente ad oggetto un bene immobile, abbia trascritto l'atto d'acquisto prima della trascrizione della domanda giudiziale (art. 2653 c.c.).

[96] In definitiva l'opponibilità ai terzi subacquirenti della sentenza di risoluzione esprime non tanto la mancanza del presupposto di efficacia dell'acquisto, quanto la mancanza del presupposto di conservazione dello stesso, consistente nella sua trascrizione prima della

Un ulteriore limite all'inopponibilità della risoluzione nei confronti di terzi è dato dal fatto che, in ogni caso, il terzo può invocare a suo favore la regola possesso vale titolo di cui all'art. 1153 c.c.

Tra le parti, invece, gli effetti della risoluzione variano a seconda che il contratto sia ad esecuzione istantanea o di durata.

Nei contratti di durata (ad esecuzione continuata o periodica), la risoluzione opera solo per il futuro e non retroattivamente, lasciando inalterate le prestazioni già eseguite (art. 1458, co. 1, c.c.). Si ritiene infatti che in questo tipo di contratto il sinallagma si articoli in coppie di prestazioni, in qualche modo autonome le une dalle altre e, dunque, in grado ognuna di soddisfare gli interessi delle parti: le prestazioni già adempiute, avendo realizzato la loro funzione, non meritano quindi di essere travolte dall'effetto retroattivo della risoluzione.

Nei contratti ad esecuzione istantanea, invece, quali sono i contratti traslativi, la risoluzione ha effetto retroattivo tra le parti (art. 1458, co. 1, c.c.), obbligando alla restituzione delle prestazioni già eseguite, ormai divenute senza titolo. In questi casi, la restituzione delle prestazioni anteriormente eseguite si fonda sul principio dell'indebito oggettivo: si applicano, quindi, le relative regole, ad esempio per ciò che concerne i frutti e gli interessi, per i quali rileva la buona o mala fede[97].

Maggiormente controversa è l'ipotesi di prestazioni di fare, la cui restituzione in natura non è possibile.

In questo caso, secondo una prima tesi, è comunque applicabile la disciplina della restituzione dell'indebito[98].

---

trascrizione della domanda. Cfr. sul punto, L. Mengoni, *Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti,* in *Riv. dir. comm.*, I, 1948, 301.

[97] Ai sensi dell'art. 2033 c.c. "Chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato. Ha inoltre diritto ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda".

[98] In generale, il problema della disciplina applicabile discende dal fatto che il codice civile non ha disciplinato in maniera organica il tema degli effetti restitutori delle impugnazioni; fatta eccezione per alcune regole dettate in materia di compravendita, il settore delle restituzioni da contratto si rivela privo di sistematicità, difettando sia una disciplina generale, quanto una specifica per singolo rimedio. Gli unici dati testuali che – nella disciplina del contratto in genere – possono offrire spunti per uno studio della questione sono rispettivamente contenuti negli artt. 1422, 1443 e 1463 c.c. In particolare, sono state valorizzate le disposizioni in materia di imprescrittibilità dell'azione di nullità (art. 1422 c.c.) e di impossibilità sopravvenuta totale (art. 1463 c.c.), nella parte in cui, pur con formule diverse, richiamano le norme relative alla ripetizione dell'indebito. La lettura combinata di queste regole ha fondato il principio, sovente richiamato e ribadito in giurisprudenza, per cui ogni qual volta nell'ambito di un rapporto contrattuale venga acclarata la mancanza *ab*

A sostegno di tale tesi viene richiamato, anzitutto, l'art. 2033, co. 2, c.c. che fa riferimento ai "frutti", così implicitamente estendendo la portata della norma alle prestazioni di dare in genere. In secondo luogo, gli artt. 2034 e 2035 c.c. ove si parla genericamente di ripetizione della "prestazione". Tali espressioni rivelerebbero l'intento del legislatore di includere nell'ambito di applicazione degli artt. 2033 e ss. c.c. anche le prestazioni di fare.

Una simile conclusione troverebbe, del resto, conferma anche nella stessa *ratio* dell'istituto dell'indebito oggettivo, che risiede nell'esigenza di rimuovere uno spostamento patrimoniale ingiustificato. Sarebbe, quindi, irragionevole limitare l'applicazione del rimedio alle sole obbligazioni pecuniarie[99].

In sintesi, secondo questa prima interpretazione, le regole sulla ripetizione dell'indebito sono fonte normativa di tutte le restituzioni da caducazione del contratto, essendo in grado di ristabilire lo squilibrio determinato dalla esecuzione di prestazioni non più dovute, quale che sia la natura della prestazione.

Secondo un diverso orientamento, invece, sarebbe preferibile il ricorso alla disciplina dell'arricchimento senza causa[100]. A sostegno di tale conclusione si osserva che l'espressione "pagamento" evocata dall'art. 2033 c.c., che normalmente si riferisce alla sola consegna di somme di denaro, può, al più, essere esteso ad identificare prestazioni di dare una cosa certa e determinata[101].

L'adesione all'una o all'altra ricostruzione è foriera di rilevanti conseguenze pratiche. Mentre nella prospettiva dell'indebito il soggetto sarebbe tenuto a restituire per equivalente la prestazione effettivamente conseguita, nell'ottica dell'arricchimento senza causa, a fronte dell'impossibilità di restituire in natura la prestazione, il soggetto che l'ha ricevuta dovrebbe pagare un indennizzo che, nei limiti del suo arricchimento,

---

initio o sopravvenuta della *causa acquirendi* - e dunque tanto nel caso di nullità, annullamento, rescissione o risoluzione, quanto in quello di qualsiasi altra causa che faccia venire meno un vincolo originariamente esistente - l'azione accordata dall'ordinamento per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto è quella di ripetizione di indebito oggettivo. Così, Cass. 12 dicembre 2005, n. 27334, Id., 1 luglio 2005, n. 14084, in *Rep. Foro it.,* 2005, Id. 19 luglio 2004, n. 13357, in *Rep. Foro it*., 2004.

[99] In termini, si veda D. Carusi, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, Napoli, 2004, 187; U. Breccia, *Indebito (ripetizione dell'),* in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, 2.

[100] V. Roppo, *Il contratto*, cit., 949; P. Rescigno, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. dig. it.,* XV, Torino, 1968, 1226, secondo cui il nostro legislatore è rimasto fermo ad una concezione della *condictio* orientata alla cosa e perciò limitata alle prestazioni indebite di dare.

[101] Così P. Rescigno, *Ripetizione dell'indebito*, cit.

compensi la diminuzione patrimoniale subita dall'altra parte[102]. L'indennità sarebbe commisurata all'incremento patrimoniale del creditore che, stante la cattiva esecuzione della prestazione, sarà verosimilmente al valore di mercato della prestazione inesatta. In questo modo, il creditore della prestazione di fare consegue la differenza pecuniaria tra l'ammontare del corrispettivo pagato e il valore effettivo della prestazione inesatta (c.d. teoria del saldo netto)[103].

2.2. *L'accoglimento della nozione di causa in concreto e lo scioglimento del vincolo contrattuale in caso di difetto funzionale.*

Definiti in termini generali i presupposti e gli effetti della risoluzione del contratto, appare utile porre l'attenzione sull'orientamento giurisprudenziale che ha affermato che il rimedio risolutorio trovi applicazione non solo nei casi di impossibilità sopravvenuta della prestazione, ma anche nei casi in cui, pur restando dal punto di vista naturalistico astrattamente possibile l'esecuzione della prestazione dovuta, questa si riveli, per il verificarsi di circostanze non imputabili al creditore, ormai inadeguata a realizzare il suo interesse.

Come si è accennato analizzando le diverse ipotesi di risoluzione previste dal codice civile, uno dei fattori in grado di determinare lo scioglimento del vincolo contrattuale è rappresentato dalla sopravvenuta impossibilità della prestazione. In proposito, l'art.1463 c.c. stabilisce che "*la parte è liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta e non può chiedere la controprestazione e deve restituire quella che abbia ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito*".

L'impossibilità della prestazione che risolve il contratto è la stessa che estingue l'obbligazione e libera l'obbligato ai sensi dell'art. 1256 c.c[104]. È

---

[102] E. Moscati, *Indebito (pagamento e ripetizione dell')*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Roma, 1981, 85 definisce l'indebito mezzo di tutela assai più "snello ed efficace" dell'azione di arricchimento senza causa e che sottolinea anche la diversità dei presupposti delle due azioni: rispettivamente il dato oggettivo di aver effettuato una prestazione non dovuta e l'esistenza di un eventuale depauperamento.

[103] R. Giovagnoli, *Il contratto*, cit. 745.

[104] Ai sensi dell'art. 1256 c.c. "L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non

necessario, quindi, che l'impossibilità sia definitiva, sopravvenuta rispetto alla conclusione del contratto, perché, se fosse anteriore o coeva, darebbe luogo a nullità del contratto per impossibilità dell'oggetto e infine, che dipenda da causa non imputabile al debitore, perché, se fosse imputabile, vi sarebbe un inadempimento del contratto, che allora sarebbe risolubile *ex* artt. 1453 e ss e non in base all'art. 1463.

Tale rimedio costituisce espressione del c.d. sinallagma funzionale, ossia del principio di interdipendenza tra prestazione e controprestazione, che caratterizza i contratti a prestazioni corrispettive.

Il reciproco condizionamento tra le prestazioni ha fondamento nella causa in concreto del contratto: l'impossibilità dell'adempimento delle obbligazioni determina la risoluzione del contratto in quanto ne rende irrealizzabile la causa[105].

Proprio il legame esistente tra il rimedio in esame e la causa in concreto del contratto ha portato la giurisprudenza ad affermare che la risoluzione opera non solo nei casi in cui l'esecuzione della prestazione sia divenuta oggettivamente impossibile, ma anche nel caso in cui la prestazione, sebbene ancora materialmente possibile, sia divenuta – a causa di eventi non imputabili al creditore – oggettivamente inutile, ossia inidonea a soddisfare gli interessi individuali del creditore che, attraverso la causa (intesa come concreta funzione economico-individuale), si sono oggettivizzati nel contratto. Similmente a quanto accade nell'ipotesi contemplata dall'art. 1463 c.c., anche in questo caso, la sopravvenienza impedisce al contratto di realizzare la sua funzione causale[106].

---

può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla".

[105] Sopravvenuta l'impossibilità, la risoluzione opera di diritto, senza bisogno né di un atto di parte, né di un provvedimento del giudice: la sentenza che la pronuncia è, quindi, dichiarativa.

[106] Cfr. Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *Danno e resp.*, 2008, 845, con nota di F. Delli Priscoli, *Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 531, con nota di S. Nardi, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*. In dottrina, già anteriormente a tali arresti giurisprudenziali, si veda C.M. Bianca, *Diritto Civile*, vol. IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 543 ss., laddove afferma che nell'ambito dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento, "causa autonoma di estinzione dell'obbligazione è il venir meno dell'interesse creditorio". Aggiunge l'Autore che «l'interesse può venir meno in quanto esso 1) è stato soddisfatto al di fuori dell'adempimento e degli altri modi estintivi tipici ovvero in quanto 2) la prestazione non è più utilizzabile da parte del creditore». Centrale è quindi l'individuazione dell'interesse creditorio "che rileva ai fini dell'estinzione" quale "interesse che la prestazione è diretta a realizzare". In altri termini, "l'interesse che entra nel contenuto dell'obbligazione"

L'interesse del creditore che la prestazione non è più in grado di realizzare non è, quindi, qualsiasi interesse individuale soggettivamente perseguito dal creditore, ma è quell'interesse che si è oggettivizzato nel contratto, divenendo la causa concreta dell'operazione negoziale.

Sotto questo profilo, è importante distinguere tra interesse-causa ed interesse-motivo[107]. Il principio della tendenziale irrilevanza dei motivi rende, infatti, irrilevante il fattore sopravvenuto non imputabile che impedisce la realizzazione di qualche interesse individuale che ha svolto il semplice ruolo di motivo del contratto. Laddove, invece, a diventare irrealizzabile è proprio l'interesse che ha integrato la causa concreta, il contratto è destinato a sciogliersi e l'obbligazione del creditore ad estinguersi: la circostanza che la causa sia elemento essenziale del contratto non implica solo che il vincolo negoziale non sorga senza la presenza *ab origine* della causa, ma altresì che, se la causa diventa irrealizzabile per fattori sopravvenuti, quel vincolo non può più persistere, perché è ormai venuta meno la sua ragione giustificatrice[108].

---

[107] Sul punto, si rinvia a quanto precedentemente illustrato, *infra*, in Cap. I, § 3.2.

[108] La giurisprudenza sulla irrealizzabilità della c.d. causa turistica ha fatto una chiara applicazione di tali principi, distinguendo il fattore sopravvenuto che preclude la realizzazione della causa (da identificarsi nella finalità di svago e di benessere), da quelli che rendono irrealizzabili meri interessi soggettivi che rappresentano solo dei motivi (ad esempio, il motivo di vistare un determinato sito turistico). Così, la diffusione nel luogo meta del viaggio di una pericolosa epidemia costituisce fattore sopravvenuto idoneo ad impedire la realizzazione della causa, in quanto preclude radicalmente la possibilità di trarre svago e benessere dal viaggio programmato.
Il ragionamento seguito dalla Corte di Cassazione può essere riassunto nei termini che seguono. Causa concreta del contratto per l'acquisto di un pacchetto turistico è la "finalità turistica" o lo "scopo di piacere" (ovverosia l'insieme degli obiettivi "di relax, svago, ricreativi, ludici, culturali, escursionistici, ecc.") che il turista persegue, o con altre parole "lo scopo vacanziero, e cioè il benessere psicofisico che il pieno godimento della vacanza come occasione di svago e riposo è volto a realizzare". L'epidemia in corso, esponendo il turista al timore e al disagio indotti dal rischio di ammalarsi, preclude la realizzazione dello "scopo vacanziero" che fa tutt'uno con l'interesse creditorio e con la causa (concreta) del contratto. Ma "il venir meno dell'interesse creditorio determina... l'estinzione del rapporto obbligatorio, in ragione del sopravvenuto difetto dell'elemento funzionale (art. 1174 c.c.). E ove come nella specie il rapporto obbligatorio trovi fonte in un contratto, il venir meno dell'interesse creditorio comporta la irrealizzabilità della causa concreta del medesimo", che opera quale "autonoma causa di relativa estinzione". Precisa la Corte che l'epidemia non rende impossibile la prestazione del *tour operator*, sicché non ricorre qui una fattispecie di risoluzione per impossibilità sopravvenuta *ex* art. 1463 c.c. Piuttosto essa determina la "sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione" da parte del turista. Ma anche quest'ultima rileva come possibile fattore di estinzione del vincolo contrattuale, purché sia "non imputabile al creditore" e incida "sull'interesse che risulta anche tacitamente obiettivato nel contratto e che ne connota la causa concreta": una caratteristica che, secondo la Corte, certamente ricorre nel caso di specie, proprio perché il soggiorno in un'isola infestata dal dengue risulta incompatibile con quello "scopo vacanziero" o "di

La sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore rileva, dunque, come fattore di estinzione del vincolo contrattuale, purché non sia imputabile al creditore ed incida sull'interesse che ne connota la causa concreta[109].

Il principio dell'estinzione del vincolo contrattuale in caso di infruibilità della prestazione derivante da fattori sopravvenuti non imputabili al creditore, inizialmente affermato con riferimento a fattori sopravvenuti estranei alla sfera soggettiva del creditore, è stato successivamente esteso anche all'ipotesi in cui il fattore sopravvenuto che rende infruibile la prestazione, sebbene non imputabile al creditore, non sia tuttavia estraneo alla sua sfera organizzativa[110]. Anche in questo caso, secondo la Corte di Cassazione, il rischio della infruibilità della prestazione per il creditore grava sul debitore[111].

---

piacere" che è la causa concreta dell'acquisto del pacchetto turistico. Non potrebbe dirsi lo stesso - aggiunge la Corte - se a risultare frustrate fossero finalità ulteriori, diverse e più personali: questi non integrano causa (concreta), ma si riducono a motivi irrilevanti.

[109] Una caratteristica che, ad avviso della Corte, ricorre proprio nel caso esaminato in quanto il soggiorno in un'isola infestata dal dengue è incompatibile con quello "scopo vacanziero" che è la causa concreta dell'acquisto del pacchetto turistico. Non potrebbe dirsi lo stesso, invece, se a risultare frustrate fossero finalità ulteriori, diverse e più personali, che non integrano causa concreta del contratto, ma si riducono a motivi irrilevanti.

[110] Come, ad esempio, la morte del coniuge con cui si era organizzato il viaggio, pochi giorni prima della partenza. Cfr. Cass. civ. sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.* 2008, 7, 921, con nota di F. Rolfi, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, il quale osserva che la decisione, se da un lato appare condivisibile nella parte dedicata all'analisi del rapporto tra interesse delle parti e causa del contratto, dall'altro suscita perplessità la scelta di addossare ad una parte (il debitore) un rischio connesso alla sfera soggettiva della controparte, "con un effetto sull'economia complessiva del contratto che quantomeno meriterebbe un'attenta ponderazione. Se quindi, risulta convincente la piena valorizzazione, all'interno della causa, dell'interesse dei contraenti che si sia oggettivizzato nel contratto ed in particolare del suo regolamento, meno efficace appare la scelta della Suprema Corte in ordine alla distribuzione del rischio connesso al sopravvenuto venir meno di tale interesse".

[111] L'equiparazione tra impossibilità non imputabile oggettiva e impossibilità non imputabile soggettiva è stata criticata in dottrina. Si è osservato, in proposito, che il creditore non può scaricare sul debitore le cause che, sebbene incolpevoli, si verificano oggettivamente all'interno della sua sfera organizzativa. In termini, si veda V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo non reticente né compiacente con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. Dir. Civ.,* 2013, 4, 10957*,* il quale sottolinea che "il rischio della infruibilità della prestazione deve sopportarlo il creditore della prestazione non fruita (ugualmente tenuto alla controprestazione) quando - come nei casi della mancata partenza del turista per malattia o per impossibilità di accedere in tempo all'aeroporto - l'infruibilità dipende da fatti, pur incolpevoli, che si collocano nella sua sfera soggettiva (*lui* si è ammalato, *lui* è arrivato in ritardo). Deve invece sopportarlo il debitore quando l'infruibilità dipende da fattori che si collocano (come nella fattispecie della vacanza minacciata dal dengue) nella sfera oggettiva della prestazione". E – precisa l'Autore – "sempre che la ragione

In conclusione, la valorizzazione del concetto di causa in concreto ha condotto all'estensione del rimedio risolutorio anche a quelle ipotesi in cui, pur restando dal punto di vista naturalistico astrattamente possibile l'esecuzione della prestazione dovuta, questa si riveli, per il verificarsi di circostanze incidenti dall'esterno e non imputabili al creditore, ormai inadeguata, avuto riguardo alle circostanze concrete, alla realizzazione del suo interesse.

Il venir meno dell'interesse creditorio determina, infatti, l'estinzione del rapporto obbligatorio, in ragione del sopravenuto difetto del suo elemento funzionale e ciò si risolve in una sopravvenuta irrealizzabilità della causa concreta del contratto, che ne comporta lo scioglimento.

Tali considerazioni, come si avrà modo di illustrare nel prosieguo, assumono particolare rilievo anche nello studio della risoluzione dei contratti pubblici, in quanto offrono argomenti a sostengo della tesi che ammette che lo scioglimento del vincolo negoziale possa avvenire non solo attraverso gli strumenti di natura privatistica contemplati sia nel codice civile che nel codice dei contratti pubblici, ma anche attraverso l'esercizio di poteri di autotutela pubblicistica sugli atti prodromici alla stipula del contratto.

In particolare, valorizzando la rilevanza causale che assume l'interesse pubblico, è possibile affermare che anche il riscontro di un vizio dell'atto di aggiudicazione può assurgere a causa di risoluzione, qualora tale illegittimità abbia compromesso l'interesse creditorio dell'Amministrazione che caratterizza la causa del contratto[112].

Come si può notare, in questi casi la risoluzione del contratto non deriva dal semplice riscontro dell'illegittimità, ma da un'attenta verifica dell'incidenza che la violazione di legge ha avuto sulla concreta perseguibilità dell'interesse pubblico e, in particolare, della persistente idoneità del contratto a realizzare tale interesse.

Una simile conclusione, che discende dal ruolo che assume l'interesse pubblico nel contratto, trova oggi espressa conferma anche nel dato normativo. Come si avrà modo di illustrare in seguito, infatti, l'attuale art. 108

---

dell'infruibilità si collochi, secondo appropriati parametri, al di sopra della giusta soglia di rilevanza. Per dire: saremmo al di sotto di quella soglia se anziché di dengue si trattasse di una più banale epidemia di influenza; ma anche se la ragione addotta per dichiarare infruibile la prestazione del tour operator fosse non un inusitato fenomeno epidemico, ma una normale situazione endemica (chi vuole andare in vacanze in certi paesi del mondo sa o deve sapere che in alcune zone di essi il dengue è endemico, e non può addurre questa elemento per rifiutare il pacchetto comprato)".

[112] Sul punto, si rinvia a quanto verrà illustrato con maggiore dettaglio *infra*, in § 4.2.3.

del codice dei contratti pubblici consente all'Amministrazione di risolvere unilateralmente il contratto in situazioni in cui, a causa di illegittimità commesse in sede di aggiudicazione della gara o in corso di esecuzione, il programma contrattuale non risulti più in grado di svolgere la propria funzione. Anche in questi casi la risoluzione non deriva dal mero riscontro dell'illegittimità, ma da una verifica della sua effettiva incidenza sulla causa del contratto[113].

3. La risoluzione dei contratti pubblici.

La rilevanza dell'interesse pubblico nella fase esecutiva del contratto consente di comprendere la necessità, da sempre avvertita, di approntare con riguardo alla fase di esecuzione un regime derogatorio rispetto al diritto comune e di consentire all'Amministrazione di sciogliersi dal vincolo contrattuale secondo regole speciali.

In particolare, l'esigenza di cura dell'interesse pubblico ha portato non solo a disciplinare la risoluzione per inadempimento in termini diversi rispetto a quanto previsto dagli artt. 1453 ss. c.c., ma altresì ad introdurre ulteriori e specifiche ipotesi di scioglimento del rapporto contrattuale, che vanno ad aggiungersi ai tradizionali rimedi risolutori contemplati nel codice civile per i contratti sinallagmatici[114].

In termini generali, tali ipotesi di scioglimento del contratto, in quanto giustificate dall'esigenza di assicurare anche nella fase esecutiva la cura dell'interesse pubblico, si caratterizzano per la previsione, in capo all'Amministrazione, di poteri più penetranti rispetto a quelli riconosciuti dal codice civile al committente privato[115].

---

[113] Sul tema, si rinvia all'analisi che verrà svolta, *infra,* Cap. III, 3.1.3, 3.1.4.

[114] In tal senso, F.G. Scoca, A. Police, *La risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche,* in *Riv. trim. app.,* 1997, 7; A. Cianflone-G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2008, 1167. In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Cass. sez. un. 27 novembre 1984, n. 5841, in *Foro it*., 1985, I, 131.

[115] È interessante notare come, invece, il potere di incidere unilateralmente sull'oggetto del contratto sia più penetrante per il committente privato. Nell'ambito dei contratti pubblici, è previsto il generale divieto di apportare variazioni all'originario progetto dell'opera, al di fuori delle specifiche ipotesi previste dalla legge. Una simile preclusione è invece sconosciuta al committente privato, che, da un lato, è legittimato a modificare anche sostanzialmente natura e caratteristiche essenziali dell'oggetto delle prestazioni dovute dall'appaltatore, laddove questi presti il proprio consenso (art. 1659 c.c.) e, dall'altro, risulta sempre titolare del diritto potestativo di imporre l'esecuzione delle variazioni al progetto che ritenga opportune, nel limite di un sesto del prezzo originario. La *ratio* del principio di tendenziale immodificabilità dell'oggetto del contratto pubblico e di rigida tipizzazione

L'esistenza di tale regime speciale solleva ancora oggi diversi interrogativi, legati essenzialmente all'individuazione della natura giuridica di questi poteri riconosciuti alla pubblica Amministrazione in fase di scioglimento del rapporto contrattuale.

Nei paragrafi che seguono verranno illustrate le peculiarità della risoluzione per inadempimento dell'appaltatore e gli interrogativi che tale disciplina ha sollevato.

In questi casi, ci si è domandati se la disciplina prevista dal codice dei contratti pubblici fosse idonea a qualificare in termini pubblicistici i poteri riconosciuti alla stazione appaltante.

Anticipando sin d'ora quanto verrà illustrato nei paragrafi che seguono, è possibile dare risposta negativa al quesito. La risoluzione per inadempimento, invero, pur essendo disciplinata in termini diversi rispetto agli artt. 1453 ss. c.c. costituisce espressione di quel potere di autotutela privatistica di cui è titolare l'Amministrazione in quanto parte di un rapporto contrattuale.

Nell'esercizio di tale potere la p.A. non incide autoritativamente sulle situazioni giuridiche soggettive scaturenti dal contratto – nell'esecuzione del quale le parti si collocano su posizioni paritarie –, ma esercita un diritto potestativo accordatole dalla legge, in vista dell'interesse pubblico alla sollecita esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del contratto.

Una volta chiarita la natura giuridica della risoluzione per inadempimento e prima di esaminare, nel Capitolo III, le altre ipotesi di risoluzione attualmente previste dal codice dei contratti pubblici, verrà esaminata la questione relativa alla possibilità per l'Amministrazione di sciogliere il vincolo negoziale non solo mediante l'esercizio di un diritto potestativo, espressione del potere di autotutela privatistica, ma anche attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistica sugli atti prodromici alla stipula del contratto.

Tale interrogativo, che oggi trova un'esplicita risposta positiva nel codice dei contratti pubblici, si pone proprio considerando la rilevanza causale che assume l'interesse pubblico e che, quindi, il contratto è destinato

---

delle varianti è quella di evitare che si realizzi, in corso di rapporto, uno stacco tra l'oggetto della procedura di affidamento e l'oggetto del contratto effettivamente portato a esecuzione, tale da consentire un pericoloso aggiramento delle garanzie dell'evidenza pubblica. Si veda, sul punto, S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 556-560, nonché, *infra*, Cap. III, § 2 e 3.1.3.

a rimanere in vita solo se e in quanto non si verifichino eventi che lo rendano inidoneo ad assolvere la funzione cui era destinato.

3.1. *Inadempimento dell'appaltatore e risoluzione del contratto nella disciplina anteriore al codice dei contratti pubblici del 2016.*

L'attuale disciplina della risoluzione dei contratti pubblici trae le sue origini dalla legislazione risalente all'epoca post-unitaria, che è rimasta il punto cardine della materia sino al codice dei contratti pubblici del 2006.

L'art. 340, l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. F disciplinava, in maniera unitaria, le diverse ipotesi di "rescissione"[116] del contratto per frode, negligenza ed inadempimento, conferendo all'Amministrazione, in tali ipotesi, il diritto di risolvere il contratto. Su tale impianto normativo, si è successivamente incardinato, dapprima, il regolamento di attuazione della legge sui lavori pubblici (d.P.R. 11 dicembre 1999, n. 554) il quale ha disciplinato, distintamente le due ipotesi della risoluzione per frode e per inadempimento, prima regolate in maniera unitaria[117].

Tali ipotesi di risoluzione sono state successivamente disciplinate dagli artt. 135 e 136 del d. lgs. n. 163/2006. Il primo disciplinava la risoluzione del contratto a seguito di applicazione, nei confronti dell'appaltatore, di una misura di prevenzione ovvero a seguito di sentenza di condanna per uno dei reati elencati nel medesimo articolo[118].

---

[116] Il riferimento alla "rescissione" si spiega considerando che, nel codice civile del 1865, coevo alla legge sui lavori pubblici, non veniva ancora delineata la distinzione tra il rimedio della rescissione e quello della risoluzione. Solo con il codice civile del 1942 la rescissione e la risoluzione hanno assunto un'autonoma fisionomia.

[117] L'intervento della normazione secondaria, non autorizzato dall'art. 17, co. 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, ha sollevato il problema del rapporto tra fonti in materia di lavori pubblici. Tali interrogativi sono stati risolti da parte del Consiglio di Stato, che ha riconosciuto a tale regolamento il ruolo di norma interpretativa delle disposizioni della legge del 1865, che ha continuato, quindi, ad assolvere il ruolo di norma fondante dell'istituto della risoluzione. I dubbi sulle fonti normative utilizzate per disciplinare la risoluzione contrattuale sono stati superati per effetto del contratti pubblici del 2006, che ha sostanzialmente recepito gli artt. 118-122 del regolamento di attuazione della legge sui lavori pubblici

[118] In particolare, ai sensi dell'art. 135, d. lgs. n. 163/2006, "fermo quanto previsto da altre disposizioni di legge, qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta l'emanazione di un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione (…) ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i 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,

Il secondo, disciplinava, invece, la risoluzione per inadempimento in termini sensibilmente diversi rispetto a quelli delineati dagli artt. 1453 ss. c.c. A differenza di quanto previsto nel codice civile, in cui la risoluzione per inadempimento consegue ad una pronuncia di carattere costitutivo del giudice, l'art. 136 (oggi art. 108, co. 3) consentiva all'Amministrazione di sciogliersi unilateralmente dal vincolo negoziale, in caso di grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo nell'esecuzione dei lavori[119] e nel rispetto del procedimento delineato dallo stesso art. 136.

Tale norma prevedeva, in particolare, l'accertamento dell'inadempimento da parte del direttore dei lavori, il quale era tenuto ad inviare una relazione particolareggiata al responsabile del procedimento. Successivamente si procedeva alla contestazione degli addebiti dell'appaltatore, assegnando a questi un termine non inferiore ai quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni. Acquisite e

---

nonché per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro, il responsabile del procedimento propone alla stazione appaltante, in relazione allo stato dei lavori e alle eventuali conseguenze nei riguardi delle finalità dell'intervento, di procedere alla risoluzione del contratto. Qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione, per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultante dal casellario informatico, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto. Nel caso di risoluzione, l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento dei lavori regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto.

[119] Ai sensi dell'art. 136, d. lgs. n. 163/2006, "Quando il direttore dei lavori accerta che comportamenti dell'appaltatore concretano grave inadempimento alle obbligazioni di contratto tale da compromettere la buona riuscita dei lavori, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente e che devono essere accreditati all'appaltatore. Su indicazione del responsabile del procedimento il direttore dei lavori formula la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento. Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dispone la risoluzione del contratto. Qualora, al fuori dei precedenti casi, l'esecuzione dei lavori ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del programma, il direttore dei lavori gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, per compiere i lavori in ritardo, e dà inoltre le prescrizioni ritenute necessarie. Il termine decorre dal giorno di ricevimento della comunicazione. Scaduto il termine assegnato, il direttore dei lavori verifica, in contraddittorio con l'appaltatore, o, in sua mancanza, con la assistenza di due testimoni, gli effetti dell'intimazione impartita, e ne compila processo verbale da trasmettere al responsabile del procedimento. Sulla base del processo verbale, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante, su proposta del responsabile del procedimento, delibera la risoluzione del contratto".

valutate negativamente le predette controdeduzioni la stazione appaltante dichiarava risolto il contratto

Lo stesso art. 136 prevedeva che, nel caso di ritardo nell'esecuzione dei lavori per grave negligenza dell'appaltatore, il direttore dei lavori assegnasse un termine all'appaltatore per l'esecuzione delle prestazioni. Decorso inutilmente tale termine, la stazione appaltante dichiarava risolto il contratto.

Tale disciplina, come si è detto, si poneva in rapporto di alternatività rispetto agli ordinari rimedi civilistici, avendo diversi presupposti e modalità di attuazione[120]. L'Amministrazione, pertanto, oltre ad avvalersi dell'azione di risoluzione per inadempimento propria di ogni contratto sinallagmatico, poteva esercitare il potere di risolvere il contratto con una determinazione unilaterale, secondo le speciali modalità previste dall'art. 136.

3.1.1. *La natura giuridica della risoluzione per inadempimento dell'appaltatore.*

Particolarmente discussa tra gli interpreti è stata la questione della natura giuridica della risoluzione per inadempimento dell'appaltatore.

Secondo un primo e risalente orientamento, si tratterebbe di un rimedio di natura pubblicistica, che andrebbe ad aggiungersi ai rimedi risolutori privatistici disciplinati dal codice civile. L'Amministrazione, quindi, oltre ai tradizionali rimedi previsti dal diritto civile, avrebbe, in qualità di amministrazione-autorità, il potere di pronunciare d'ufficio la risoluzione del contratto[121].

Si tratterebbe, in particolare, di uno speciale potere di autotutela amministrativa decisoria, che troverebbe le sue ragioni nell'interesse pubblico

---

120 In termini, si vedano F.G. Scoca, *Risoluzione del rapporto,* in (a cura di) A. Marzano, *Appalto di opere pubbliche,* Roma, 1987, 449 ss; A. Cianflone – G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 1003. In giurisprudenza, si vada, *ex multis*, Cass. civ. sez. I, 7 luglio 2004, n. 12416: "In tema di appalto di opere pubbliche, le disposizioni speciali dettate con riferimento alle ipotesi di inadempimento del contratto di appalto integrano, senza peraltro sostituirli, i principi generali dettati dal legislatore in tema di mancato adempimento e di risoluzione del negozio di cui agli artt. 1453 ss. c.c. (…)". A ciò si aggiunga che "In tema di appalto di opere pubbliche, il provvedimento di rescissione adottato dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 340 della l. n. 2248 del 1865, all. F, non impedisce all'appaltatore di agire per la risoluzione del contratto in base alle regole generali dettate per l'inadempimento contrattuale di non scarsa importanza ai sensi degli artt. 1453 e 1455 c.c." Cass. sez. I, 27 ottobre 2015 n. 21882, in *iusexplorer.it* e Cons. St. sez. IV, 17 ottobre 2018, n. 5943.

121 L. V. Moscarini, *Profili civilistici del contratto di appalto pubblico* Milano, 1988; S. Raimondi, *I poteri amministrativi nell'attività di diritto privato della p.A.*, Milano, 1970, 55.

connesso all'esecuzione del contratto, per la realizzazione del quale l'Amministrazione dispone di poteri che le consentono di intervenire autoritativamente sul rapporto, riconducendo lo svolgimento dello stesso alle esigenze di cura dell'interesse pubblico. Secondo questa prospettiva, dunque, la disciplina generale dei contratti sarebbe caratterizzata, sia sul versante della formazione del contratto, che su quello dell'esecuzione, dalla presenza di poteri amministrativi[122].

A sostegno della natura pubblicistica è stata evocato, in particolare, il principio generale di divieto di autotutela che vige nei rapporti tra privati[123]. In questa prospettiva, si osservava che, poiché la pubblica Amministrazione gode del potere di autotutela solo nei rapporti di diritto pubblico, mentre quando agisce *iure privatorum* è normalmente soggetta al suddetto divieto, l'attribuzione ad essa del potere di sciogliersi dal vincolo contrattuale senza la necessità di ricorrere all'autorità giudiziaria rappresenterebbe un elemento inequivocabile a favore della tesi della natura provvedimentale degli atti di risoluzione.

D'altra parte, secondo i sostenitori di tale tesi, l'interesse pubblico sotteso al contratto di appalto giustificherebbe l'attribuzione all'amministrazione di tale potere di autotutela, allo scopo di evitare le incertezze ed i ritardi che potrebbero derivare dall'eventuale applicazione della disciplina ordinaria privatistica, mediante ricorso all'autorità giudiziaria[124].

L'atto che dispone la risoluzione avrebbe quindi natura provvedimentale e produrrebbe immediatamente l'effetto risolutivo, con la conseguenza che l'eventuale contestazione in giudizio dell'appaltatore non sospenderebbe gli effetti dell'atto, né potrebbe determinarne l'annullamento, ma potrebbe condurre soltanto ad una condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno[125].

---

[122] V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 675 ss.

[123] A. Cianflone – G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 174-175. Secondo gli autori che hanno aderito a questa tesi, la pubblica amministrazione esercitando il potere di risoluzione riconosciutole dalla legge, agirebbe dall'esterno del contratto: essa agirebbe, pertanto, non come parte negoziale, ma come autorità titolare di una potestà che si trova al di fuori del rapporto di appalto ed adotterebbe provvedimenti di natura amministrativa, quale esplicazione di pubblica potestà.

[124] G. Musolino, *La risoluzione del contratto nell'appalto pubblico*, in *Riv. Trim. App.*, 2008, 1, 18.

[125] Sul punto, si veda A. Cianflone – G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 176, in cui emerge che, data la natura provvedimentale dell'atto di rescissione, era precluso al giudice ordinario l'annullamento o la sospensione, anche nel caso in cui la risoluzione fosse stata disposta in maniera illegittima. In simili ipotesi, il giudice ordinario avrebbe potuto

La tesi pubblicistica è stata poi sostenuta, da altra parte degli interpreti, da un lato, valorizzando il carattere discrezionale della decisione di risolvere il contratto e, dall'altro, individuando una simmetria tra la fase pubblicistica della determinazione a contrarre e la fase dello scioglimento del vincolo, tale da consentirne la riconduzione all'espressione di una pubblica funzione[126].

Nella medesima prospettiva, ulteriori elementi che venivano evidenziati a sostegno della natura pubblicistica della risoluzione erano l'attribuzione per legge del potere, la tutela dell'interesse pubblico, l'incidenza diretta dell'atto che ne è espressione sulla situazione soggettiva del contraente e, infine la procedimentalizzazione[127].

Tale orientamento è oggi pacificamente superato, a favore del riconoscimento della natura privatistica della risoluzione per inadempimento.

In particolare, si è osservato come quegli stessi indici evocati a sostegno della tesi pubblicistica risultano, a ben vedere, elementi che supportano la natura privatistica della risoluzione[128]. In primo luogo, non sembra che possano essere effettivamente valorizzati l'attribuzione per legge del predetto potere, né il fatto che lo stesso sia strumentale alla miglior tutela dell'interesse pubblico. Ciò in quanto, da un lato, il contenuto del contratto può essere eterodeterminato, come prevede espressamente l'art. 1339 c.c. e, dall'altro, considerando che il perseguimento del pubblico interesse connota l'intera azione amministrativa, e, quindi, non solo quella autoritativa, ma anche quella esercitata attraverso strumenti privatistici[129].

---

solo condannare la p.A. al risarcimento del danno, secondo quanto previsto dall'art.4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. In giurisprudenza, si veda Cass. sez. un., 22 settembre 1984, n. 4819, in *Foro it*., 1985, I, 131, che ha qualificato la risoluzione come provvedimento amministrativo, ma affermava la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda relativa alla legittimità del provvedimento, "per ciò che attiene alla sussistenza e rilevanza del presupposto di colpa" ai fini della decisione sulla domanda di risarcimento del danno proposta dall'appaltatore. La stessa sentenza escludeva, invece, la possibilità di pronunciare statuizioni che presupponessero "il mantenimento o il ripristino del contratto autoritativamente risolto", perché simili statuizioni si sarebbero risolte nell'annullamento di un atto di esercizio del potere".

126 A. Catricalà, *L'autotutela della stazione appaltante*, in *Riv. trim. app*., 2001, 421 ss., secondo cui in entrambi i momenti la decisione è discrezionale ed ispirata alla ponderazione dell'interesse pubblico primario "senza trascurare la valenza degli interessi secondari coinvolti: il che corrisponde con maggiore aderenza agli schemi concettuali propri della funzione pubblica anziché a quelli che nella maggior parte dei casi si adattano all'attività negoziale strettamente privatistica".

127 A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit.

128 A.M. Giampaolino, *La risoluzione del contratto*, in (a cura di) R. De Nictolis, R. Garofoli, M.A. Sandulli, *Trattato sui contratti pubblici*, vol. VI, Milano, 2008, 3672.

129 A. Giampaolino, *La risoluzione del contratto,* cit.

Sotto altro profilo, l'inquadramento della risoluzione in termini pubblicistici sembra confondere il diritto potestativo dell'Amministrazione (di natura privatistica), dal potere discrezionale (di natura pubblicistica): la situazione giuridica soggettiva della soggezione in corrispondenza dell'esercizio dell'altrui potere non caratterizza solo il potere amministrativo, ma anche il diritto potestativo.

Né può essere invocata, a sostegno della tesi pubblicistica, la procedimentalizzazione dell'*iter* che il committente pubblico deve rispettare per disporre unilateralmente la risoluzione. Da un lato, tale procedimento introduce solo dei limiti all'esercizio del diritto potestativo dell'Amministrazione e, dall'altro, va ricordato che l'ordinamento conosce anche altri casi di attività privata procedimentalizzata[130].

3.1.2. *Osservazioni conclusive*

Alla luce delle considerazioni che precedono, appare preferibile la tesi che riconosce natura privatistica alla risoluzione per inadempimento.
In particolare, la risoluzione per inadempimento dell'appaltatore può essere definita come un diritto potestativo espressione del potere di autotutela privatistica, riconosciuto all'Amministrazione in qualità di parte del rapporto contrattuale, in vista dell'interesse pubblico alla sollecita esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del contratto.

Come è noto, nell'ambito del diritto privato il potere di autotutela consiste nella difesa extraprocessuale delle situazioni soggettive private, mediante l'adozione di un atto unilaterale da parte dell'interessato[131]. Si tratta, in particolare, di uno strumento predisposto dall'ordinamento giuridico con

---

[130] In termini, A. Catricalà, *op. ult.* cit, 430, che richiama la disciplina delle sanzioni nel rapporto di lavoro subordinato con la pubblica amministrazione. L'Autore giunge, tuttavia, alla tesi opposta, secondo cui la decisione dell'Amministrazione di risolvere unilateralmente il contratto costituirebbe espressione di un potere pubblicistico.

[131] Sul tema dell'autotutela privata, si vedano, per tutti, E. Betti, (voce) *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 529 ss.; L. Bigliazzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1971, 38-39 e 46; A. Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983, 64; A. Saturno, *L'autotutela privata*, Napoli, 1995, 249; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 3. Sul confronto tra autotutela pubblicistica e autotutela privatistica, si veda M. Sinisi, *Il potere di autotutela caducatoria (artt. 21-quinquies e 21-nonies l. n. 241/1990 s.m.i.)*, in (a cura di) M.A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, II ed. Milano, 2017, 435 ss.

cui viene permesso al privato interessato di "*provvedere a conservare ed attuare quello stato di fatto che sia conforme al suo diritto insoddisfatto o minacciato*"[132].

Presupposto che legittima l'esercizio di tale potere è l'*iniuria*, ossia l'esistenza di un comportamento lesivo di un interesse altrui, giuridicamente rilevante. In questi casi, l'ordinamento attribuisce al titolare dell'interesse leso un diritto potestativo, caratterizzato dall'unilateralità della tutela – capace di provocare immediatamente, sul piano sostanziale il superamento del fatto lesivo – e dall'impossibilità di contrastarne l'attuazione, che si pone quale idoneo strumento per l'attuazione immediata della tutela sul piano extraprocessuale.

Connotati dell'autotutela privatistica sono la tipicità, essendo necessaria una norma di legge che l'autorizzi espressamente e l'eccezionalità, ossia il suo carattere alternativo e residuale rispetto alla tutela giurisdizionale.

Esempi di autotutela privata sono, a titolo esemplificativo, l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., la clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1456 c.c., la vendita per autorità del creditore ex art. 1515 c.c. e l'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 c.c.

Alla luce di tali considerazioni, non risulta, quindi, condivisibile l'argomento secondo cui l'atto di risoluzione, in quanto espressione di "autotutela", sarebbe per ciò solo un atto di esercizio di un potere autoritativo, a fronte del quale non potrebbe che configurarsi una posizione di interesse legittimo del privato.

Nel caso di specie, al contrario, non viene in rilievo il generale potere di autotutela pubblicistica (fondato sul riesame della legittimità o dell'opportunità dell'iniziale provvedimento di attribuzione del contributo e sulla valutazione dell'interesse pubblico), ma lo speciale potere di autotutela privatistica dell'Amministrazione con il quale, nell'ambito di un rapporto ormai paritetico, l'Amministrazione fa valere le conseguenze derivanti dall'inadempimento del privato alle obbligazioni assunte al momento della stipula del contratto. Ne deriva, sul piano processuale, che eventuali contestazioni che investono l'esercizio di tale forma di autotutela sono sottratte alla giurisdizione del giudice amministrativo e sono devolute a quella del giudice ordinario.

[132] E. Betti, *Autotutela,* in *Enc. Dir.,* cit., 530.

4. Interesse pubblico e causa del contratto: la questione dello scioglimento del vincolo negoziale mediante l'esercizio di poteri di autotutela pubblicistica

Definita in termini privatistici la natura giuridica della risoluzione per inadempimento, ci si potrebbe domandare se e in che limiti sia consentito all'Amministrazione giungere allo scioglimento del rapporto contrattuale, per ragioni diverse dall'inadempimento dell'appaltatore, attraverso l'esercizio di poteri di autotutela pubblicistica[133].

Tale questione si pone data la costante funzionalizzazione dell'azione amministrativa rispetto all'interesse pubblico individuato dalla legge e la conseguente rilevanza causale che assume l'interesse pubblico. È possibile infatti che l'inidoneità del contratto a realizzare lo scopo cui era destinato discenda di vizi dell'atto di aggiudicazione, sopravvenuti motivi di pubblico interesse o mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione dell'aggiudicazione.

In questi casi, come è stato correttamente osservato, ciò che occorre verificare non è tanto se la stazione appaltante possa "eliminare" un atto della fase pubblicistica, quanto, piuttosto, in che modo l'autotutela demolitoria possa convivere con un atto, quale il contratto *medio tempore* stipulato, diverso rispetto a quello che costituisce oggetto del potere di autotutela[134].

---

133 Sull'autotutela, si vedano, senza pretesa d'esaustività: Santi Romano, *Annullamento nel diritto amministrativo*, in *Nuovo dig. It.*, I, 1937, 473; E. Miele, *In tema di annullamento d'ufficio degli atti amministrativi,* in *Giurisprudenza completa della Corte suprema di cassazione – Sezioni civili*, XXVI, 1947, 1132 ss; U. Baldi Papini, *L'annullamento degli atti amministrativi invalidi,* Firenze, 1956; E. Cannada Bartoli, *Annullabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.,* II, 1958, 484 ss; F. Benvenuti, *Autotutela (dir. amm),* in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 537 ss; P. Stella Richter, *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983, 409 ss; G. Ghetti, *Autotutela della pubblica amministrazione,* in *Dig. Disc. Pubbl.,* II, 1987, 80 ss; G. Coraggio, *Autotutela*, I, *Diritto amministrativo, in Enc. Giur.* IV, Roma 1988; G. Corso, *Autotutela (dir. amm)*, in *Diz. Dir. pubbl. Cassese*, I, 2006, 209 ss; M.A. Sandulli, *Autotutela*, in *Lib. Dir., Treccani,* 2016; C. Deodato, *L'annullamento d'ufficio*, in (a cura di) M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017; M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici,* Napoli, 2018.

134 Sul punto, si veda S. S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, cit., 186-7, il quale precisa come non ci siano dubbi sulla possibilità per la stazione appaltante di esercitare i poteri di autotutela sugli atti della serie pubblicistica che intervengono prima della stipula del contratto. Si tratta, secondo l'Autore, di una conclusione imposta dalla qualificazione in termini pubblicistici degli atti dell'evidenza pubblica, "così che, in quanto atti amministrativi frutto dell'esercizio di un potere unilaterale e discrezionale, essi sono soggetti ai limiti e alle condizioni del legittimo esercizio del potere di autotutela".

Occorre, quindi, capire in che modo il principio della costante funzionalizzazione dell'azione amministrativa rispetto alla cura dell'interesse pubblico possa conciliarsi con la presenza di un vincolo di natura privatistica, sul quale l'annullamento d'ufficio o la revoca dell'aggiudicazione della gara andrebbero inevitabilmente ad incidere.

Da un lato infatti, si pone il principio dell'inesauribilità del potere pubblico e la necessità che l'azione amministrativa, anche quando esercitata tramite moduli privatistici, sia costantemente rispondente al fine di interesse pubblico individuato dalla legge[135]. Come si è detto, infatti, ciò che porta l'Amministrazione a ricorrere all'impiego di strumenti privatistici rimane, in ogni caso, il perseguimento del pubblico interesse a cui tutta l'attività amministrativa è preordinata. In questa prospettiva, l'intervenuta stipula del contratto non potrebbe rappresentare un ostacolo all'esercizio del potere di revoca o di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

Dall'altro, si pone invece il principio della intangibilità del contratto, che comporta l'impossibilità per le parti di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale, salve le ipotesi in cui ciò sia consentito da un'apposita previsione del medesimo contratto o dalla legge.

Proprio valorizzando il principio di intangibilità dell'accordo, una parte degli interpreti ha escluso in radice la possibilità di un intervento in autotutela a contratto già stipulato.

Il contratto, infatti, rappresenta il frutto dell'accordo delle parti e determina l'effetto di consolidare la posizione ottenuta dallo stipulante[136]; di conseguenza, intervenuta la stipula, l'Amministrazione perderebbe il potere di sciogliere unilateralmente il vincolo contrattuale mediante l'esercizio del potere di autotutela pubblicistico sugli atti sulla cui base la stessa è addivenuta alla stipula del contratto.

---

135 M.A. Sandulli-M. Sinisi, *Risoluzione del contratto e autotutela pubblicistica*, in (a cura di) M.A. Sandulli, R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici,* Milano, 2019; B. G. Mattarella, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa, in Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2007, Milano, 2008; F. Francario, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (note a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124),* in f*ederalismi.it*, 2015, 20.

136 C. Cammeo*, I contratti della pubblica amministrazione*, cit, 179 ss, il quale rileva che il potere di revoca o di annullamento "se pure può esercitarsi sopra le deliberazioni a contrarre o sopra ad eventuali atti di autorizzazione o approvazione cui siano soggetti, non ha effetto sulla validità del contratto, ma può avere effetto soltanto sul modo della sua esecuzione". L'autotutela amministrativa, quindi, non può mai giungere a travolgere il contratto, quale frutto dell'esercizio dell'autonomia negoziale delle parti, che liberamente decidono di stipularlo.

Diversamente opinando, si finirebbe per ammettere "*una sorta di revoca del consenso contrattuale*" (motivato dall'esercizio del potere di autotutela sugli atti di gara) palesemente in contrasto con il principio di intangibilità del contratto e della posizione paritaria delle parti[137].

Nello stesso solco, si è anche sostenuto che l'esercizio dell'autotutela pubblicistica rispetto agli atti di formazione del consenso può considerarsi ammissibile solo in casi eccezionali, in presenza di una norma che lo preveda espressamente[138].

Alla base dell'orientamento che nega l'esercizio del potere di autotutela pubblicistico sugli atti di gara successivamente alla stipula del contratto si pone quindi l'esigenza di assicurare un'effettiva parità dei

---

[137] Così Cass. Sez. Un., 23 ottobre 2014, n. 22554, in *www.iusexplorer.it*, secondo cui "l'Amministrazione, una volta concluso il contratto, è del tutto carente del potere di sottrarsi unilateralmente al vincolo che dal contratto medesimo deriva: ipotizzare che essa abbia la possibilità di far valere unilateralmente eventuali vizi del contratto, semplicemente imputando quei medesimi vizi agli atti prodromici da essa posti in essere in vista dell'assunzione del predetto vincolo negoziale, equivarrebbe a consentire una sorta di revoca del consenso contrattuale (sia pure motivato con l'esercizio del potere di annullamento in via di autotutela) che la pariteticità delle parti negoziali esclude per il contraente pubblico non meno che per il contraente privato. Diversamente opinando – osservano le Sezioni Unite – si finirebbe per ammettere che l'amministrazione possa spostare l'asse della giurisdizione riconducendo nell'alveo di quella amministrativa una controversia sulla validità di un contratto di diritto privato, come tale rientrante nell'alveo della giurisdizione ordinaria".
In dottrina, si veda A. Scognamiglio, *Autotutela pubblicistica e contratti in corso*, in *Dir. amm*, 2013, 1-2, la quale afferma che, una volta stipulato il contratto, l'Amministrazione è soggetta alle norme proprie dei rapporti obbligatori, salvo deroghe espresse e che anche "l'esercizio della autotutela è soggetto alle regole e ai limiti propri della autotutela privata". In particolare, osserva l'Autrice, il potere di autotutela è sottoposto "ai medesimi principi di tipicità e di consensualità, che sono propri della autotutela tra privati. È ammesso se, e nella misura in cui sia previsto dal contratto o da norme generali o speciali. I principi della tipicità e della consensualità dell'autotutela privata sarebbero aggirati se si consentisse in ogni caso alla amministrazione di intervenire in autotutela sul contratto, per il tramite dell'annullamento della delibera a monte".

[138] La necessità di osservare il principio di legalità nel campo dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione è ben evidenziata da D. de Pretis*, L'attività contrattuale della p.a. e l'articolo 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità,* cit., 29 ss., ove correttamente si evidenzia che detta necessità è ancor più avvertita a seguito dell'introduzione del comma 1-*bis* dell'art. 1, l. n. 241/90: è, infatti, evidente che detta disposizione laddove esplicita che la pubblica amministrazione "agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente", pare "escludere, in materia contrattuale, la validità di deroghe al diritto comune in favore dell'amministrazione che non derivino da un'espressa disposizione di legge, ma semplicemente da una prassi amministrativa o dalla giurisprudenza applicativa".

contraenti e la soggezione di entrambe le parti, a prescindere dalla loro natura pubblica o privata, al principio di intangibilità del contratto[139].

Di diverso avviso sono coloro che, valorizzando la dimensione funzionale dell'attività amministrativa, considerano i poteri di autotutela pubblicistica strumenti irrinunciabili a garanzia del perseguimento del pubblico interesse e ritengono, quindi, che tale potere sopravvive alla stipula del contratto[140].

La funzione di cura dell'interesse pubblico caratterizza infatti tutto l'*agere* dell'Amministrazione ed è ugualmente presente, con la medesima intensità, in tutta l'attività negoziale nel suo complesso, e, quindi, non solo nella fase comunemente definita come pubblicistica, ma anche in quella "esecutiva", successiva all'individuazione del contraente.

In quest'ottica, non vi sono ostacoli a ritenere che l'Amministrazione possa liberarsi da un vincolo contrattuale non solo attraverso i normali rimedi previsti dal diritto privato per i contratti a prestazioni corrispettive e quelli speciali di autotutela privatistica previsti dal codice dei contratti pubblici, ma anche attraverso l'esercizio del potere di autotutela pubblicistica sugli atti prodromici alla stipula del contratto.

Si tratterà, semmai, di capire quale sia il rapporto tra l'esercizio di tale potere pubblico e i poteri che il legislatore attribuisce alla p.A. in quanto parte del contratto e quale sia l'effettiva incidenza dell'esercizio del potere di autotutela demolitoria sul contratto *medio tempore* stipulato.

Tali interrogativi assumono particolare rilievo in quanto impongono di ricercare il corretto equilibrio tra i principi civilistici di cogenza del vincolo contrattuale e di parità dei contraenti e la costante funzionalizzazione

---

[139] F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto, in Foro amm. – TAR*, 2004, 2, 569, il quale osserva che, una volta che la pubblica amministrazione operi nel mercato "nel quale la disciplina tipicizzata del consenso amministrativo ha *in primis* la funzione di garantire un mercato delle opere pubbliche, dei servizi pubblici e delle pubbliche forniture, la disciplina del consenso è una disciplina tipizzata di un'attività negoziale, indifferente alla natura del soggetto operante su di un determinato mercato, nella quale possono trovare posto provvedimenti di autotutela solo se espressamente previsti dalla legge". Da ciò si faceva discendere che "non tutti gli atti amministrativi ammettono l'autotutela e, in particolare, non sono tali i negozi tipizzati dalla legge per garantire l'esistenza e il corretto svolgimento di un'attività concorrenziale". Nello stesso senso si veda anche A. Angiuli, *Consenso e autorità nell'evidenza pubblica*, in Dir. amm, 1998, 2, 167 ss.

[140] A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., 143 ss, in cui viene valorizzato, a sostegno della permanenza del potere di autotutela pubblicistico anche a seguito della stipula del contratto, soprattutto il principio del buon andamento dell'azione amministrativa.

dell'azione amministrativa rispetto alla cura dell'interesse pubblico individuato dalla legge.

Così definita, in termini generali, la questione del rapporto tra autotutela pubblicistica e contratto, si procederà ad illustrare i diversi interrogativi sollevati, rispettivamente, dalla revoca e dall'annullamento d'ufficio degli atti di gara successivamente alla stipula del contratto.

4.1. *La revoca e i rapporti con il recesso. Orientamenti contrapposti*

Particolarmente discussa in dottrina e in giurisprudenza è la questione se l'Amministrazione possa liberarsi dal vincolo contrattuale attraverso la revoca dell'aggiudicazione[141].

Tale questione impone un bilanciamento tra due interessi contrapposti. Da un lato, viene in rilievo l'inesauribilità del potere pubblico e, quindi, la necessità di ammettere che la pubblica Amministrazione possa ritornare sulle proprie decisioni, impedendo che le stesse producano effetti ulteriori, laddove ragioni di opportunità ne esprimano il contrasto rispetto all'interesse pubblico[142]. Dall'altro lato, si pone la necessità di tutela del legittimo affidamento del privato e, più in particolare, l'esigenza di assicurare protezione a coloro che hanno confidato nella stabilità del contratto stipulato a seguito di un provvedimento di aggiudicazione legittimo[143].

---

[141] Sulla revoca, si vedano, per tutti: V. Domenichelli – M- Sinisi, *21-quinquies*, in (a cura di) M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017; M. Immordino, *Il potere amministrativo di revoca*, in *federalismi.it,* 2017, 7; M. Interlandi, *La revoca: prime riflessioni sulle novità della legge 15/2005,* in (a cura di) G. Clemente Di San Luca, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005; M. Sinisi, *Il "potere" di revoca*, in Dir. amm., 2007, 3; E. Sticchi Damiani, *La revoca dopo la l. n. 15 del 2005*, in *Foro Amm-T.A.R.,* 2006, 4; S. Fantini, *La revoca di provvedimenti amministrativi incidenti su atti negoziali,* in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1; M. Sinisi, *Il potere di revoca nell'ambito delle gare per l'affidamento di contratti pubblici alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Foro amm., T.A.R,* 2011, 230 ss; P.L. Portaluri, *Note sull'autotutela dopo la legge 164/14 (qualche passo verso la doverosità?)*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Gli effetti del decreto-legge Sblocca Italia convertito nella legge 164/2014 sulla legge 241/1990 e sul Testo Unico dell'Edilizia*, in *Riv. giur. edil*, supplemento al fasc. n. 6/2015.

[142] F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Napoli, 1999; S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

[143] Si può evidenziare come l'esigenza di tutela dell'affidamento del privato sia stata a tal punto valorizzata da parte del legislatore, che oggi è preclusa la revoca di provvedimenti autorizzativi o attribuivi di vantaggi economici sulla base di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. La *ratio* di tale innovazione risiede proprio nella

Sul tema si registrano diversi indirizzi interpretativi, che possono essere illustrati nei termini che seguono.

Secondo una prima impostazione, il potere di revoca sopravvive anche una volta intervenuta la stipula del contratto[144].

In base a questa tesi, in particolare, il fatto che la revoca dell'aggiudicazione incida su un vincolo contrattuale già sorto non modifica la natura sostanziale del potere esercitato, che si sostanzia nel riesame del provvedimento di aggiudicazione e non nell'esercizio di un presunto diritto di recesso. Si ritiene, in altri termini, che l'esistenza del contratto non possa rappresentare un limite all'esercizio di un potere che ha ad oggetto gli atti della procedura di evidenza pubblica e che solo indirettamente incide sul contratto.

Sotto altro profilo, si osserva che il privato destinatario della revoca non resterebbe privo di tutele, in quanto, da un lato, lo stesso art. 21-*quinquies* riconosce al privato il diritto all'indennizzo; dall'altro, anche a fronte di un legittimo provvedimento di revoca, potrebbe tuttavia ravvisarsi una responsabilità precontrattuale in capo alla stazione appaltante, per violazione del dovere di buona fede, laddove, ad esempio, i presupposti che hanno

considerazione che l'affidamento del privato nella stabilità del vantaggio conseguito costituisca interesse meritevole di tutela, tale da prevalere sulle ragioni di opportunità che potrebbero condurre l'Amministrazione alla revoca.

144 In tal senso si vedano: TAR Sicilia, sez. II, 9 luglio 2007, n. 1775; TAR Puglia, sez. I, 17 aprile 2008, n. 1145; TAR Liguria, sez. II, 28 maggio 2008, n. 1133; TAR Lazio, sez. III, 9 marzo 2009, n. 2372, nonché Cons. St., sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Secondo tale pronuncia, in particolare, deve essere ritenuta "fuorviante l'impostazione che vorrebbe far derivare dall'esistenza del contratto l'insussistenza del potere di revoca o non aggiudicazione (con conseguente pregiudizialità del giudizio sull'esistenza del contratto rispetto a quello sulla legittimità del controllo esercitato sugli atti di gara). Il potere di eliminare gli atti amministrativi della serie di evidenza pubblica infatti sussiste anche in caso di esistenza del contratto, fermo restando che in tal caso sorge , per effetto della revoca legittima (art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990) un diritto all'indennizzo derivante dai principi generali sulla tutela dell'affidamento nei rapporti di durata ed affidato alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre, in caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria o non approvazione della stessa (arg. ex art. 12 del d.lgs. n. 163 del 2006), tale diritto all'indennizzo – come si vedrà – non sussiste né è configurabile. Sull'esercizio di tale potere di controllo in autotutela sugli atti di gara sussiste sempre la giurisdizione del giudice amministrativo indipendentemente dall'azione di accertamento sull'esistenza del contratto. Inoltre sul punto dell'esistenza del contratto è sempre possibile una cognizione incidentale del giudice amministrativo per quanto necessario all'esercizio del proprio sindacato sulla legittimità dell'esercizio del potere amministrativo".

portato alla revoca fossero già conosciute o conoscibili dalla stazione appaltante impiegando la dovuta diligenza[145].

Secondo l'orientamento in esame, inoltre, a sostegno di tale impostazione militano anche diversi indici normativi.

In primo luogo, l'art. 11 co. 9 dell'allora vigente d.lgs. n. 163/2006, (oggi art. 32, d. lgs. n. 50/2016) che, nel disciplinare il termine per la stipula del contratto, faceva espressamente salvo "*l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti*", senza menzionare alcun limite derivante dall'intervenuta stipula del contratto.

In secondo luogo, l'art. 21-*quinquies*, co. 1-*bis*, che disciplina l'indennizzo spettante al destinatario della revoca di un "*atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incidente su rapporti negoziali*"[146].

---

[145] Cons. St., sez. IV, 14 gennaio 2013 n. 156, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si legge che l'esercizio del potere di revoca, per un verso comporta, ove legittimo, l'eventuale attribuzione di un indennizzo ex art. 21-quinquies l. n. 241/1990 (…); per altro verso, anche nel caso in cui si riscontri la legittimità dell'atto di revoca, ciò non esclude l'(eventuale) responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, *ex* art. 1337 c.c. In particolare – osserva il Collegio – "ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.A. non si deve tener conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, ma della correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c. (…). Se, infatti, durante la fase formativa di un negozio giuridico la p.A. viola il dovere di lealtà e correttezza, ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto, essa risponde per responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c.".
In questi casi, la situazione giuridica di cui il concorrente lamenta la lesione non è l'interesse legittimo all'aggiudicazione, in quanto tale pretesa è stata legittimamente sacrificata, mediante un provvedimento valido, ma si identifica nel diritto alla libertà di autodeterminazione negoziale, indebitamente condizionato dal comportamento scorretto dell'Amministrazione. Ciò consente di comprendere la ragione per cui il danno risarcibile risulta limitato al cd. interesse negativo, ossia alle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara e della perdita di chances contrattuali alternative, impedite dalle trattative indebitamente interrotte.
Sulla responsabilità precontrattuale della p.A. anche nella fase che precede l'aggiudicazione, si veda, *infra*, Cap. I, nota 80.

[146] Ai sensi dell'art. 21-*quinquies*, co. 1-*bis*, l. n. 241/1990: "Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico".
La diminuzione dell'indennizzo è prevista anche nel caso in cui il privato abbia concorso a determinare l'erronea valutazione della p.A. circa la rispondenza dell'atto all'interesse

In particolare, tale disposizione parametra l'indennizzo al solo danno emergente, escludendo, invece, il lucro cessante e specifica che l'indennizzo debba essere quantificato tenendo conto dell'affidamento che il privato aveva riposto (o poteva ragionevolmente riporre) sull'atto revocato. Più precisamente, la norma dispone che l'indennizzo venga quantificato tenendo conto sia della conoscenza (o della conoscibilità) da parte del privato della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso del contraente (o di terzi) nell'erronea valutazione in cui è incorsa l'Amministrazione[147].

L'art. 21-*quinquies*, co. 1-*bis*, prevendo espressamente l'ipotesi di revoca di atto ad efficacia istantanea incidente su rapporti negoziali, assume particolare rilievo in quanto permette di superare i dubbi sulla presunta incompatibilità strutturale tra revoca e aggiudicazione.

In particolare, consente di superare la tesi secondo cui la revoca potrebbe dirigersi solo verso atti ad effetto durevole, e non già verso atti ad efficacia istantanea, come l'aggiudicazione, che esaurisce la propria efficacia con la stipula del contratto. Secondo quest'orientamento, ammettere la revoca dell'aggiudicazione successivamente alla conclusione del contratto significherebbe consentire l'esercizio di tale potere di autotutela in assenza

---

pubblico: in tal senso la norma richiama la previsione di cui all'art. 1227 c.c. secondo cui "se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate".

[147] Per una posizione critica sulla citata disposizione, si veda M.A. Sandulli, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *federalismi.it*., 2015, 14, secondo cui il comma 1-*bis* esprime una palese confusione tra i presupposti dell'annullamento d'ufficio e quelli della revoca, nella misura in cui pone "ingiusti limiti all'indennizzo e alla tutela del beneficiario del provvedimento revocato, inconcepibilmente collegandoli a sue possibili responsabilità nell'erronea valutazione dell'interesse pubblico: circostanza che, a ben vedere, si traduce in un vizio del provvedimento e rientra come tale nelle ipotesi dell'annullamento piuttosto che in quelle della revoca, con una confusione che mal si concilia in una riforma che mira a dare certezze e a semplificare il sistema". Sul punto, si veda inoltre R. Giovagnoli, *I criteri per la quantificazione dell'indennizzo in caso di revoca del provvedimento: le novità del decreto Bersani*, in *Urb. e app.*, 2007, 4, 401, il quale osserva come non risulti nemmeno agevole dimostrare che il privato conosceva (o poteva conoscere) la contrarietà dell'atto all'interesse pubblico. "La scelta di ciò che è conforme all'interesse pubblico rappresenta, infatti, la tipica espressione del cd. merito amministrativo, che è prerogativa primaria ed esclusiva della p.a. che sola ha gli strumenti per effettuare tale scelta. Ed è proprio per questa ragione che la 'scelta di merito' si sottrae di regola a qualsiasi sindacato da parte di soggetti terzi, *in primis* lo stesso giudice amministrativo. Al contrario, ipotizzare, come fa la norma, che il privato possa conoscere il vizio di merito che affligge l'atto revocato, significa ammettere che anche questi abbia le capacità e le competenze per valutare la conformità all'interesse pubblico della scelta amministrativa, il che si scontra con l'esclusiva e l'insindacabilità del cd. merito amministrativo".

del presupposto essenziale, rappresentato dall'esistenza di un provvedimento che continui ancora a spiegare i propri effetti[148].

La revoca, infatti, avendo efficacia *ex nunc*, incide sul momento funzionale del rapporto e non sul suo momento genetico e, quindi,

---

[148] In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-*ter*, 6 marzo 2013, n, 2432, in *www.giustizia-amministrativa.it*. La pronuncia è intervenuta in relazione a una controversia che ha preso origine da un contratto di appalto stipulato dall'Atac a seguito dell'aggiudicazione intervenuta a valle di un procedura di gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori di realizzazione di un deposto tranviario. A distanza di sei anni dalla stipula del contratto, l'ente committente procedeva alla revoca di tutti gli atti della procedura di gara, incluso il provvedimento di aggiudicazione. La revoca veniva giustificata in relazione a una serie di motivi, così riassumibili: sostanziale non esecuzione dell'appalto; consistente aggravio dei costi per la realizzazione dell'intervento; mutate esigenze operative dell'ente committente; carenza di certezze in merito all'effettiva disponibilità dei finanziamenti; mutamento della situazione di fatto rispetto al momento dell'indizione della gara. Da tale revoca conseguiva, secondo l'impostazione seguita dall'amministrazione, lo scioglimento del vincolo negoziale.
Il provvedimento di revoca è stato impugnato dal titolare del contratto – nonché originario aggiudicatario – sulla base della considerazione fondamentale che in tal modo l'amministrazione avrebbe fatto un uso improprio del potere di revoca, nell'intento di conseguire un obiettivo diverso e incompatibile con le finalità proprie dei poteri di autotutela. Infatti, se si ammettesse che la revoca dell'aggiudicazione abbia come suo effetto automatico e naturale il venire meno del relativo contratto, il potere di autotutela diverrebbe lo strumento cui l'amministrazione può ordinariamente ricorrere per sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale. Ciò sarebbe in contrasto con i principi generali dell'ordinamento amministrativo, secondo cui l'ente pubblico può ricorrere all'autotutela solo per rimuovere un precedente provvedimento amministrativo, ma non certo per incidere su un rapporto negoziale rispetto al quale devono operare, per decretarne lo scioglimento, gli istituti civilistici della risoluzione e del recesso.
La tesi del ricorrente è stata sostanzialmente accolta dal giudice amministrativo, secondo cui "una volta stipulato il contratto d'appalto, è illegittimo l'esercizio del potere di revoca dell'aggiudicazione di cui all'art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990, dovendo, ove del caso la stazione appaltante esercitare la facoltà di recesso ai sensi dell'art. 134 del codice dei contratti pubblici, in quanto la revoca è adottata in assenza del suo essenziale presupposto, e cioè di un oggetto costituito da un provvedimento che continua ancora a spiegare effetti. Il provvedimento di aggiudicazione, sebbene abbia efficacia durevole, spiega la propria efficacia sino alla stipulazione del contratto di appalto, sicché l'aggiudicazione definitiva di un appalto può ben essere oggetto di revoca ma solo fino alla data di stipulazione del contratto o, più propriamente, sino all'avvio della sua esecuzione, che può farsi coincidere, in un appalto di lavori, con la consegna degli stessi da parte della stazione appaltante"
In dottrina, si veda A, Bardusco, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni,* Milano, 1974, 240 ss, il quale distingueva tra annullamento d'ufficio e revoca, sostenendo l'incompatibilità di quest'ultima con il contratto già concluso ed efficace. Secondo l'Autore, invero, una volta sorto il rapporto contrattuale, "sfugge alle singole parti la disponibilità degli effetti", dovendosi escludere – alla luce dei principi generali che informano la disciplina codicistica del contratto – che la solidità del vincolo negoziale possa essere rimessa al mutevole apprezzamento delle parti. A diverse conclusioni si giungeva nelle ipotesi di annullamento d'ufficio, sulla base del fatto che quest'ultimo si riferisse "direttamente all'atto amministrativo e non ai suoi effetti".

presuppone che l'efficacia dell'atto oggetto di revoca continui a sussistere al momento della sua emanazione.

Né, secondo la tesi in esame, varrebbe in senso contrario il disposto di cui al comma 1-*bis* del citato art. 21-*quinquies*, laddove si fa riferimento agli atti amministrativi ad efficacia durevole che incidono su rapporti negoziali e ciò in quanto per tali rapporti si intendono eventuali contratti accessivi al provvedimento revocato, il cui caso classico è costituito dalla revoca di una c.d. concessione-contratto.

Sotto altro profilo, la tesi che nega la revoca a seguito della stipula del contratto si fonda sulla esigenza di tutelare l'affidamento del privato negli impegni reciproci consacrati nell'accordo, sulla cui base egli ha maturato aspettative di profitto e assunto impegni organizzativi, affidamento che l'art. 21-*quinquies* non imporrebbe di considerare e per il cui ristoro è previsto soltanto un indennizzo.

Una volta stipulato il contratto, pertanto, l'unico strumento attribuito alla stazione appaltante per sciogliersi dal vincolo contrattuale per ragioni di opportunità sarebbe rappresentato dal recesso di cui all'art. 134, d. lgs. n. 163/2006 (oggi art. 109 d. lgs. n. 50/2016), che prevede espressamente che la pubblica Amministrazione possa "*recedere dal contratto in qualunque momento previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite*".

La tesi in esame presenta, quindi, anche notevoli conseguenze da un punto di vista economico: mentre la revoca impone la corresponsione di un l'indennizzo parametrato al solo danno emergente, l'esercizio del potere di recesso determina un obbligo di pagamento a carico della stazione appaltante dei lavori eseguiti, del valore dei materiali utili esistenti in cantiere oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite.

La questione rileva, infine, anche in punto di giurisdizione, perché se l'atto di scioglimento del vincolo adottato dopo la conclusione del contratto deve essere qualificato in termini di recesso (anziché di revoca), la giurisdizione sulla relativa controversia spetterebbe al giudice ordinario e non a quello amministrativo[149].

[149] Si vedano, *ex multis*, Cass. civ. sez. un., 11 gennaio 2011, n. 391, in *iusexplorer.it*, che ha affermato che "la giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti diviene pienamente operativa nella successiva fase contrattuale afferente l'esecuzione del rapporto", aperta dalla stipula del contratto e che "conseguentemente, una volta stipulato

4.1.1. *La risposta dell'Adunanza Plenaria n. 14/2014*

Con la sentenza n. 14 del 2014, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che, una volta stipulato il contratto, l'Amministrazione perde il potere di revocare l'aggiudicazione, conservando il solo diritto di recesso, espressione del potere di autotutela privatistica.

A sostegno di tale conclusione è stata richiamata, in particolare, tesi del rapporto di specialità tra le due forme di autotutela, l'una pubblicistica e l'altra privatistica.

Secondo il Collegio, infatti, sia la revoca che il recesso consentirebbero all'Amministrazione di sciogliersi unilateralmente da un vincolo precedentemente assunto sulla base del medesimo presupposto, rappresentato dal ricorrere di sopravvenute ragioni di opportunità.

Se, quindi, nell'ambito della normativa che regola l'attività dell'Amministrazione nella fase del rapporto negoziale di esecuzione dei contratti pubblici, è stata introdotta 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).

Diversamente opinando, la norma sul recesso sarebbe sostanzialmente inutile, dal momento che l'Amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla revoca, che, come si è visto, risulta meno costosa, fermo restando – precisa il Collegio – che per l'Amministrazione "*la maggiore onerosità del recesso è bilanciata dalla mancanza dell'obbligo di motivazione e del contraddittorio procedimentale*".

Né potrebbe essere invocato, in senso contrario, il comma 1-*bis* dell'art. 21-*quinquies*, in quanto tale norma si limiterebbe ad ammettere la

---

il contratto, la revoca dell'aggiudicazione effettuata per sopravvenuti motivi di opportunità, rientra nell'ambito del generale potere contrattuale di recesso, sul cui esercizio sussiste la giurisdizione del giudice ordinario"; Cons. St., sez. V, 18 settembre 2008, n. 4455, in *Foro amm.-CDS,* 2008, 9, 2424, secondo cui "In tema di appalto di opere pubbliche, una volta che l'accordo contrattuale sia da considerarsi concluso in modo definitivo e definitivamente efficace, la scelta della amministrazione committente di non eseguire l'opera come progettata, compiuta per sopravvenuti motivi di opportunità, rientra nell'ambito del potere non pubblico di revoca ma contrattuale di recesso, di cui all'art. 345, l. 20 marzo 1865 n. 2248. all. F, sicché la relativa controversia spetta alla giurisdizione del giudice ordinario".

revoca di atti amministrativi incidenti sui rapporti negoziali originati dalle c.d. concessioni contratto.

Una volta chiarito che l'Amministrazione perde il potere di revoca dell'aggiudicazione una volta stipulato il contratto, l'Adunanza plenaria precisa che, invece, rimane impregiudicata la possibilità: *a)* della revoca nella fase procedimentale della scelta del contraente fino alla stipulazione del contratto; *b)* dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso.

4.1.2 *Osservazioni conclusive*

La soluzione accolta dall'Adunanza plenaria si basa su una premessa – l'identità dei presupposti su cui si fondano i due istituti della revoca e del recesso – che merita di essere ulteriormente approfondita.

In particolare, per verificare l'effettiva esistenza di un rapporto di specialità tra i due istituti, appare utile innanzitutto richiamare i presupposti e la *ratio* del diritto potestativo di recesso.

Il recesso può essere definito, in termini generali, come il negozio unilaterale mediante il quale una parte del rapporto contrattuale provoca lo scioglimento del rapporto stesso.

Nel codice civile, esso è disciplinato dall'art. 1373, il quale detta una disciplina meramente "suppletiva", destinata a trovare applicazione solo in assenza di una diversa volontà delle parti[150].

A seconda della fonte che lo prevede è possibile distinguere tra recesso convenzionale (se sono le stesse parti a prevederlo nel contratto) e recesso legale (se previsto dalla legge a favore di una o entrambe le parti del contratto).

Tra le diverse ipotesi di recesso legale, quella che assume rilievo in questa sede è il recesso di pentimento, strumento tramite il quale una parte si

[150] Ai sensi dell'art. 1373 c.c., "Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita. È salvo in ogni caso il patto contrario".

scioglie da un rapporto di durata o di lungo termine, venuto meno il suo interesse alla prosecuzione del rapporto[151].

Tale forma di recesso solleva profili di compatibilità con il principio *pacta sunt servanda*, in quanto rimette ad una o ad entrambe le parti la possibilità di provocare lo scioglimento del vincolo, senza condizionare tale diritto alla sussistenza di specifici presupposti ed anzi rimettendo alla parte medesima la possibilità di pentirsi semplicemente del vincolo precedentemente contratto. A differenza del recesso impugnazione, nel recesso di pentimento non si richiede, invero, il presupposto della "giusta causa" o dei "gravi motivi". Proprio per questa ragione, si ritiene che le ipotesi di recesso legale come *ius poenitendi* costituiscano ipotesi eccezionali, non suscettibili di applicazione analogica.

Nel codice civile, tale diritto è previsto a favore del committente nel contratto di appalto (art. 1671 c.c.[152]) e, in generale, nei contratti riconducibili alla c.d. *locatio operis*[153]. In tutti questi casi viene agevolata l'uscita dal rapporto contrattuale, in situazioni nelle quali, per il sopravvenire di nuovi elementi di

---

151 Le altre forme di recesso legale conosciute dal codice civile sono: *a)* il recesso determinativo, mediante il quale viene determinato il momento di scioglimento di un vincolo contrattuale di durata privo di limiti di tempo. Ne è un esempio il recesso di cui all'art. 1569, in tema di contratto di somministrazione stipulato a tempo indeterminato; *b)* il recesso di impugnazione o di autotutela, tramite il quale una parte provoca lo scioglimento del vincolo contrattuale per vizi originari o sopravvenuti o in presenza di modificazioni unilaterali del contratto da parte dell'altro contraente. Un'ipotesi riconducibile a questa categoria è prevista, nel contratto d'appalto, dall'art. 1660 c.c. Sul tema, si veda R. Giovagnoli, *Il contratto*, 413 ss.

152 Ai sensi dell'art. 1671 c.c., "Il committente può recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno.

153 È il caso: *a)* del mandato, in cui è previsto, all'art. 1723, co. 1, c.c., che il mandante possa revocare il mandato, "ma, se era stata pattuita l'irrevocabilità, risponde dei danni, salvo che ricorra una giusta causa". Ancora, un'ipotesi di recesso *ad nutum* si trova: *b)* nella disciplina del trasporto di cose, in cui l'art. 1685, co. 1, c.c. dispone che il mittente possa "sospendere il trasporto e chiedere la restituzione delle cose, ovvero ordinarne la consegna a un destinatario diverso da quello originariamente indicato o anche disporre diversamente, salvo l'obbligo di rimborsare le spese e di risarcire i danni derivanti dal contrordine"; *c)* nel contratto d'opera, ove è previsto, all'art. 2227 c.c. che il committente possa "recedere dal contratto, ancorché sia iniziata l'esecuzione dell'opera, tenendo indenne il prestatore d'opera delle spese, del lavoro eseguito e del mancato guadagno"; *d)* nel contratto con il professionista intellettuale, ai sensi dell'art. 2237, co.1, c.c. in virtù del quale "Il cliente può recedere dal contratto, rimborsando al prestatore d'opera le spese sostenute e pagando il compenso per l'opera svolta"; *e)* nella cessione dei beni ai ceditori, in cui l'art. 1985 c.c. sancisce che il debitore "può recedere dal contratto offrendo il pagamento del capitale e degli interessi a coloro con i quali ha contrattato o che hanno aderito alla cessione. Il recesso ha effetto dal giorno del pagamento. Il debitore è tenuto al rimborso delle spese di gestione".

valutazione o, in generale, per il semplice mutamento delle condizioni che il trascorrere del tempo spesso porta con sé, il contraente non è più interessato alla prosecuzione del rapporto. Al contempo, si prevede che la parte che esercita tale diritto sia sempre chiamata a sopportare le conseguenze patrimoniali della propria scelta, sotto forma di indennizzi, rimborsi, restituzioni o risarcimenti che quasi sempre compaiono nelle disposizioni del codice civile che autorizzano tale forma di recesso.

In quest'ottica, come è stato ben evidenziato, l'esercizio del recesso non determina un vero e proprio scioglimento del rapporto, ma una modificazione del suo contenuto, in quanto al prestatore dell'attività non solo è riconosciuto il corrispettivo per quanto già eseguito, ma anche il guadagno che avrebbe ritratto dall'esecuzione così come originariamente convenuta[154]. Che questo sia l'effetto del recesso risulta con evidenza nella disciplina dell'appalto, in cui si prevede che l'appaltatore consegua, dopo il recesso di controparte, l'intero corrispettivo, detratti solo i costi che avrebbe sopportato per la parte di prestazione ancora da eseguirsi (art. 1671 c.c.)

Come è stato osservato, la *ratio* di tale forma di recesso, che presuppone pur sempre il versamento di un corrispettivo, pari al danno emergente e al lucro cessante, è ravvisabile nella necessità di garantire un'ottimale allocazione delle risorse. Si evidenzia, cioè, che se la prestazione non appare più utile, è preferibile per una parte liberarsi della stessa (pur pagando) e, per l'altra, di ottenere un guadagno inferiore, ma con la possibilità di utilizzare quelle stesse risorse non impiegate per altri fini.[155]

La disciplina del recesso *ad nutum*, se da un lato evidenzia la prevalenza di tale interesse ad una più efficiente allocazione delle risorse rispetto a quello della vincolatività del contratto, dall'altro impone a colui che recede di sopportare l'onere economico derivante dalla scelta compiuta[156].

---

[154] G. Gabrielli – F. Padovini, *Recesso (dir. priv),* in *Enc. Dir*. XXXIX, Milano, 1988, 91.

[155] G. Gabrielli – F. Padovini, *op. ult*. cit., in cui si mette bene in evidenza che la *ratio* di tale forma di recesso "risiede nella volontà del legislatore di tutelare esigenze che travalicano gli interessi dei singoli. L'ordinamento mira ad evitare, attraverso tale strumento, che vengano compiute opere o servizi dei quali colui stesso che li aveva commissionati non ritiene di potersi più giovare. In altri termini, tende ad evitare veri e propri sprechi di risorse che certamente non possono essere favoriti da un sistema giuridico tendenzialmente rispettoso delle regole di mercato".

[156] In quest'ottica, risulta evidente come il recesso in esame non possa essere assimilato al recesso del consumatore. Le principali differenze tra i due istituti possono essere sintetizzate nei seguenti termini: *a)* mentre il recesso del consumatore è concepito come tecnica di protezione, volta a compensare la debolezza di cui il titolare è vittima nel momento in cui ha prestato il consenso alla conclusione del contratto, il recesso *ad nutum* previsto dal codice civile ha una *ratio* totalmente diversa. Colui che esercita tale diritto non

Tali considerazioni sulla disciplina del recesso contenuta nel codice civile presentano profili di interesse, in quanto permettono di comprendere meglio anche il recesso disciplinato dal codice dei contratti pubblici.

L'analisi dei presupposti e della *ratio* del recesso *ad nutum* previsto dal codice civile permette innanzitutto di notare come, a ben vedere, il codice dei contratti pubblici prevede in favore dell'Amministrazione contraente un potere di recesso che il diritto comune conosce anche nei rapporti tra privati e caratterizzato da analoghe conseguenze sul piano patrimoniale.

Similmente a quanto previsto nei rapporti tra privati, anche nel codice dei contratti pubblici si prevede, invero, che la p.A., possa "*recedere dal contratto in qualunque momento previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite*". (art. 109, d. lgs. n. 50/2016, che riproduce sostanzialmente la formulazione dell'art. 134 d. lgs. n. 163/2006).

Si tratta dunque di una disciplina sostanzialmente analoga a quella prevista dall'art. 1671 c.c. nell'appalto privato: in entrambi i casi il committente può recedere *ad nutum* dal rapporto contrattuale, venuto meno il suo interesse alla prosecuzione del rapporto stesso.

Come si è visto, l'esercizio di tale diritto – espressione della libertà di autodeterminazione negoziale – impone alla parte che recede di sopportare l'onere economico derivante da tale scelta: sia il codice civile che il codice dei contratti pubblici riconoscono all'appaltatore non solo il corrispettivo per quanto già eseguito, ma anche il guadagno che avrebbe ritratto dall'esecuzione così come originariamente convenuta.

L'unico elemento di specialità si coglie nel fatto che, mentre nell'appalto privato il mancato guadagno andrà provato di volta in volta, nella disciplina dei contratti pubblici è forfettariamente stimato nella misura del decimo delle opere non eseguite.

---

lo fa per rimettere in discussione il consenso a suo tempo prestato, ma vuole solo uscire da un rapporto contrattuale essendo ormai venuto meno il suo interesse alla prosecuzione dello stesso; ma il consenso, nel momento in cui fu espresso, era pienamente consapevole; *b)* il recesso del consumatore è gratuito: egli infatti non può essere tenuto a corrispondere alcunché per l'avvenuto esercizio della facoltà lui concessa dal legislatore (salvo le conseguenze restitutorie legate all'eventuale inizio di esecuzione del contratto); *c)* il recesso del consumatore è irrinunziabile: tale caratteristica discende dal normale carattere imperativo delle disposizioni che proteggono le parti deboli del contratto, come, appunto, il consumatore. Sul punto, si veda A. M. Benedetti, *Recesso del consumatore*, in *Enc. Dir*, *Annali*, IV, Milano, 2011, 956-982.

Definiti in questi termini i presupposti e la disciplina del diritto potestativo di recesso contenuta nel codice civile e in quello dei contratti pubblici, appare difficile sostenere l'esistenza di un rapporto di specialità tra tale diritto e il potere di revoca di cui all'art. 21-*quinquies*. In particolare, non sembra effettivamente predicabile quella identità di presupposti tra i due istituti evocata dall'Adunanza plenaria.

Il recesso rappresenta un atto di espressione della libertà di autodeterminazione negoziale della pubblica Amministrazione contraente, attraverso la quale essa si libera dal contratto con efficacia *ex nunc*, venuto meno il suo interesse alla prosecuzione del rapporto, con la previsione, a tutela dell'appaltatore, di un obbligo di pagamento dei lavori eseguiti, del valore dei materiali utili esistenti in cantiere oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite.

Come ammesso da parte della stessa Adunanza plenaria, trattandosi di atto espressione della libertà di autodeterminazione negoziale della stazione appaltante, non si richiede una specifica motivazione in ordine alle ragioni di interesse pubblico sottese alla scelta di recedere dal contratto.

Tale affermazione risulta coerente con la circostanza che non viene in rilievo un recesso collegato ad una giusta causa (c.d. recesso impugnazione o di autotutela), ma un recesso *ad nutum*, analogo a quello previsto della disciplina dell'appalto privato dall'art. 1671 c.c. In questo caso, quindi, lo scioglimento del vincolo negoziale risulta privo di una giustificazione, ossia acausale.

La circostanza che il recesso non debba essere giustificato dal perseguimento di uno specifico interesse pubblico non significa certamente che la pubblica Amministrazione può esercitare tale diritto in modo arbitrario e comunque tale da violare l'affidamento dei privati contraenti. Da un lato, infatti, un provvedimento di recesso adottato in assenza di ragioni di pubblico interesse potrebbe essere fonte di responsabilità amministrativa. Dall'altro, anche il potere di recesso *ad nutum* deve essere esercitato nel rispetto del principio di buona fede, in modo che la controparte possa tempestivamente adottare tutti i mezzi necessari per evitare i danni connessi al venir meno del rapporto contrattuale.

Come chiarito dalla giurisprudenza civile, tale forma di recesso, pur prescindendo da una causa giustificatrice di cui debba accertarsi la ricorrenza in concreto, non si sottrae, invece, ad un'indagine in merito alle modalità con le quali questo risulti concretamente esercitato. Alla luce del combinato disposto degli artt. 1374 e 1375 c.c., che disciplinano il fenomeno

dell'eterointegrazione del contratto, si ricava, invero, che quest'ultimo non vincola le parti solo per quanto volontariamente previsto nel regolamento negoziale, ma anche rispetto alle conseguenze che derivano secondo la legge, gli usi, l'equità o la buona fede[157].

Nel caso in cui il recesso non sia stato adottato in buona fede, si deve quindi ritenere che il rimedio più idoneo a tutelare la controparte del recedente sia il risarcimento commisurato all'affidamento ragionevolmente riposto nella realizzazione dell'affare (c.d. interesse negativo). Saranno, quindi, risarcibili le spese inutilmente sostenute per la realizzazione del contratto ed il mancato guadagno derivante dalle occasioni negoziali perse[158].

Alla luce delle considerazioni sopra esposte va, dunque, escluso che l'esternazione delle ragioni di pubblico interesse costituisca un requisito di validità dell'atto di recesso.

Al contrario, deve ritenersi sicuramente invalido un provvedimento di revoca adottato in assenza delle ragioni di interesse pubblico definite dall'art. 21-*quinquies*. In particolare, poiché l'aggiudicazione è atto attributivo di vantaggi economici, le ragioni che ne possono giustificare la revoca sono solo sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero il mutamento della

---

[157] Sul tema dell'intensità del sindacato del giudice sul recesso *ad nutum*, si veda: Cass. sez. III, 18 settembre 2009, n. 20105, in *Giur. comm.*, 2010, II, 828, con nota di G. D'Amico, *Recesso* ad nutum, *buona fede e abuso del diritto*, che ha ammesso l'operatività del principio di buona fede contrattuale e di divieto di abuso del diritto ben al di là del giudizio sulle modalità di esercizio di poteri e diritti contrattuali, attribuendovi così una portata tale da legittimare un generale controllo giurisdizionale sull'atto di autonomia privata. La Corte ha finito così per ammettere un generale potere di sindacabilità del giudice sul contenuto del contratto, che troverebbe una maggiore giustificazione nel caso in cui il giudice ravvisi una disparità di potere contrattuale tra le parti, a prescindere dai casi in cui tale disparità sia specificamente individuata dal legislatore e sottoposta ad una disciplina speciale.

[158] Tale soluzione appare, del resto, coerente con la logica sottesa al recesso. La legittimazione a recedere deriva infatti o dalla legge o da una clausola accettata dalla parte che agisce in giudizio: la stessa, pertanto, non può pretendere di essere collocata nella stessa situazione che sarebbe derivata dall'esecuzione del contratto. Se, tuttavia, il recesso è arbitrario, il contraente deluso ha diritto al rimborso delle spese sostenute e al risarcimento delle occasioni di guadagno perse a causa dell'affidamento riposto nella realizzazione dell'affare.

Accogliendo tale ricostruzione sono evidenti le analogie tra la responsabilità derivante da recesso arbitrario e quella precontrattuale derivante da rottura ingiustificata delle trattative: in entrambi i casi, infatti, è evidente la necessità di proteggere l'affidamento del soggetto interessato all'esecuzione del rapporto e evitare, così, un inutile dispendio di risorse. Da qui il risarcimento commisurato all'interesse negativo, che sanziona il comportamento contraddittorio del recedente, che induce la controparte ad investire per poi interrompere il rapporto senza idonea giustificazione.

situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento.

L'obbligo di motivare l'esistenza di questi specifici presupposti risulta, peraltro, bilanciato dalla previsione, in capo alla p.A. della corresponsione di un indennizzo parametrato al solo danno emergente e non anche al lucro cessante (come invece è previsto per il recesso).

La *ratio* delle diverse conseguenze sul piano patrimoniale si comprende proprio alla luce dei diversi presupposti che stanno alla base dei due istituti. Mentre il recesso è espressione della libertà di autodeterminazione negoziale, la revoca è espressione di un potere funzionale alla cura dell'interesse pubblico attuale e concreto e, proprio per questo, può essere validamente esercitato solo al ricorrere dei presupposti specifici indicati dall'art. 21-*quinquies*.

Alla luce delle significative differenze che caratterizzano i due istituti non risulta agevole affermare l'esistenza di un reale rapporto di specialità tra revoca e recesso: tale rapporto presupporrebbe un'identità di presupposti che, a ben vedere, non sembra effettivamente predicabile.

In conclusione, esclusa l'incompatibilità strutturale tra revoca e atti ad efficacia istantanea come l'aggiudicazione ed escluso il rapporto di specialità tra revoca e recesso, si deve ritenere che l'Amministrazione conservi il potere di revoca dell'aggiudicazione anche una volta intervenuta la stipula del contratto, nel rispetto delle condizioni definite dall'art. 21-*quinquies*.

In particolare, si deve ritenere che i principi generali di buona fede, correttezza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa impongono alla p.A. di esplicitare non solo le ragioni di interesse pubblico sottese alla revoca, ma anche le ragioni della prevalenza di tale interesse su quello dell'impresa che ha partecipato diligentemente alla gara, risultando legittimamente aggiudicataria.

L'onere di una ponderazione particolarmente rigorosa di tutti gli interessi in gioco si giustifica in quanto la definizione della procedura mediante la selezione dell'offerta più conforme alle esigenze della stazione appaltante consolida in capo all'impresa aggiudicataria una posizione particolarmente qualificata.

In questa prospettiva, un'aggiudicazione legittima può essere validamente rimossa, con lo strumento della revoca, nell'ipotesi eccezionale in cui una rinnovata (e, comunque, tardiva) istruttoria abbia rivelato l'assoluta inidoneità della prestazione inizialmente richiesta dalla stessa

Amministrazione (e, quindi, dovuta dall'aggiudicatario) a soddisfare i bisogni per i quali si era determinata a contrarre.

Al contrario, come correttamente osservato, non può giudicarsi idoneo a giustificare la revoca il mero ripensamento circa il grado di satisfattività della prestazione messa a gara[159]. Diversamente opinando, si finirebbe per consentire una indebita alterazione delle regole di imparzialità e di trasparenza che devono presidiare la corretta amministrazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, con inaccettabile sacrificio dell'affidamento ingenerato nelle imprese concorrenti circa la serietà e la stabilità della gara, ma anche con un rischio concreto di inquinamento e di sviamento dell'operato delle stazioni appaltanti.

4.2. *L'annullamento d'ufficio*

Questioni in parte diverse si pongono con riferimento all'ipotesi in cui l'Amministrazione proceda all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione successivamente alla stipula del contratto[160].

---

[159] Cfr. Cons. St. sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026; T.A.R. Campania, sez. IV, 30 ottobre 2017, n. 5084; Cons. St. sez. V, 23 febbraio 2018, n. 1147, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In quest'ultima pronuncia, il Collegio ha precisato che la revoca di atti di gara per sopravvenuta mancanza di copertura finanziaria è persino dubbia in punto di legittimità, atteso che detta condizione non può ascriversi alla categoria dei "sopravvenuti motivi di pubblico interesse" ovvero a quella del "mutamento della situazione di fatto non prevedibile".

[160] Sull'annullamento d'ufficio, si vedano, senza pretesa d'esaustività: G. Codacci Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi,* Milano, 1939; U. Baldi Papini, *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi invalidi,* Firenze, 1956; S. Romano, *Annullamento degli atti amministrativi,* (voce aggiornata da G. Miele) in *Nov. Dig it*., I, Torino, 1957;E. Cannada Bartoli, *Annullabilità e annullamento (dir. amm*.), (voce) in *Enc. Dir.* II, Milano, 1958; G. Coraggio, *Annullamento degli atti amministrativi*, (voce) in *Enc. Giur*, II, Roma, 1989; S. Valaguzza, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm*., 2004, 4, 1245; G. Corso, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Diz. Dir. pubbl. Cassese*, I, 2006, 209 ss.; B. G. Mattarella, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, cit.; S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità,* Napoli, 2015; F. Francario, *Autotutela amministrativa e principio di legalità,* cit.; M. A. Sandulli, *Gli effetti 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*, 2015, 17; M. A. Sandulli, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, ivi, 2015, 14; M. Sinisi, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti. Riflessioni a margine della legge 7 agosto 2015, n. 124*, ivi, 2015, 24; F. Costantino, *L'annullamento d'ufficio*, in (a cura di A. Romano), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016; S. Tuccillo, *Autotutela: potere doveroso?,* in *federalismi.it*, 2016, 16; C. Deodato, *L'annullamento d'ufficio,* in (a cura di) M. A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1173 ss.; M. Allena, *L'annullamento d'ufficio: dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018.

In tal caso occorre bilanciare l'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche e di salvaguardia delle posizioni soggettive rese esercitabili dall'atto viziato e ormai consolidate, con il principio di inesauribilità del potere pubblico e della costante corrispondenza dell'azione amministrativa ai fini individuati dalla legge.

Proprio la valorizzazione del principio di legalità dell'azione amministrativa ha portato l'orientamento maggioritario ad escludere che tale forma di autotutela incontri limiti derivanti dall'intervenuta stipula del contratto. In questa prospettiva, l'annullamento d'ufficio è stato efficacemente definito come strumento che è "*a servizio della funzione e non del soggetto pubblico parte del rapporto*"[161].

La questione dell'ammissibilità dell'annullamento d'ufficio successivamente alla stipula del contratto ha, tuttavia, trovato rinnovata centralità negli ultimi anni, anche a seguito del recepimento dalla c.d. direttiva ricorsi[162].

Tale intervento normativo risulta animato da una duplice finalità: la prima è quella di assicurare stabilità agli effetti del contratto e, in questo modo, anche l'esigenza economica e funzionale che le prestazioni richieste dalle pubbliche Amministrazioni (e dai soggetti ad esse equiparati) siano sollecitamente rese. La seconda è quella di assicurare che l'affidamento dei contratti pubblici sia improntato al massimo rispetto della legalità, a tutela delle regole della concorrenza, e, quindi, a tutela dell'interesse del concorrente illegittimamente pretermesso e dell'interesse dell'Amministrazione a stipulare

---

161 Così A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit. 143, che, pur evidenziando l'esigenza di tutela del "principio di conservazione della gara e di economicità dei mezzi procedimentali", sottolinea la necessità di considerare l'annullamento d'ufficio come "espressione del potere correttivo di cui l'Amministrazione è titolare a tutela della funzione".

162 D. lgs. n. 53 del 2010 "Attuazione della direttiva 2007/66/CE, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici". Sui contenuti e sugli effetti di tale direttiva si vedano: A. Bartolini- S. Fantini, *La nuova direttiva ricorsi*, in Urb. e app., 2008, 1093; A. Carullo, *Gli appalti pubblici dopo l'entrata in vigore della Direttiva n. 2007/66/CE: gli aspetti processuali che incidono direttamente sull'amministrazione aggiudicatrice*, in *Riv. trim. app*., 2010, 287 ss; G. Greco, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comm*., 2008, 1029; M. Lipari, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *federalismi.it*, 2008, 9.

il contratto con l'impresa che effettivamente aveva presentato l'offerta migliore[163].

Si tratta di finalità che sembrerebbero difficilmente conciliabili tra di loro: per salvaguardare in modo pieno il contratto già concluso ed i suoi effetti si dovrebbe negare del tutto l'ingresso a forme di tutela "reale" che consentano al concorrente illegittimamente pretermesso di subentrare nel rapporto contrattuale. Al contrario, per garantire una forma di tutela effettiva che non si fermi al risarcimento per equivalente, sarebbe indispensabile proprio sacrificare l'efficacia del contratto illegittimamente stipulato[164].

Un punto di equilibrio tra queste opposte esigenze viene raggiunto imponendo l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di rispettare un congruo termine dilatorio (c.d. *stand-still*) fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, cui si aggiunge un ulteriore termine sospensivo, decorrente dalla proposizione del ricorso e perdurante fino alla pronuncia del giudice (in sede cautelare o di merito, a scelta degli Stati membri).

In questo modo, si cerca di garantire una tutela processuale celere ed effettiva, che giunga, di regola, prima della stipula del contratto.

È proprio per questa ragione che la direttiva e, in seguito, la legislazione nazionale, ha previsto che, nelle ipotesi di illegittimità più gravi è sempre necessario comminare la radicale inefficacia del contratto, salvo il caso di eccezionali e imperativi motivi di interesse generale (*ex* art. 121 c.p.a.).

---

163 In termini, M.A. Sandulli, *Rito speciale in materia di contratti pubblici*, (bussola) in *lamministrativista.it*., che evidenzia come le controversie in materie di contratti pubblici costituiscano "le uniche per le quali l'ordinamento euro-unitario, in parziale deroga all'autonomia processuale degli Stati membri, ha ritenuto necessario adottare direttive processuali (direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, modificate dalla direttiva 2007/66/CE), al dichiarato fine di assicurare l'effettività delle direttive sostanziali (oggi, le direttive UE nn. 23/2014 - 25/2014)". Tale intervento si giustifica proprio per "la difficoltà di trovare un equo contemperamento tra l'esigenza, economica e funzionale, che le prestazioni richieste dalle pp.aa. (e dai soggetti ad esse equiparati) siano sollecitamente rese e quella, morale e giuridica, che il relativo affidamento sia improntato al massimo rispetto della legalità, a tutela delle regole di contabilità pubblica e di garanzia della concorrenza". Sulla *ratio* di tale intervento normativo si veda altresì F. Cintioli, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti),* in *Dir. proc. amm*., 2012, 1, 3, che sottolinea come tale riforma sia "animata da una duplice finalità: *(i)* assicurare stabilità agli effetti del contratto, quale cardine delle relazioni di mercato, al fine di evitare che possa verificarsi che la sentenza del giudice resa in relazione alle procedure di aggiudicazione possa travolgerne gli effetti; *(ii)* quella di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale rispetto al bene della vita richiesto dal ricorrente, in modo tale da preservare l'aspirazione di questi ad una protezione 'reale' anziché solo 'obbligatoria', consistente nella possibilità di stipulare il contratto con l'amministrazione, e da evitare una commutazione automatica di essa nel risarcimento per equivalente monetario".

164 In termini, si veda F. Cintioli, *op. ult.* cit

Tali fattispecie sono riferite, essenzialmente, alla radicale assenza della procedura concorrenziale o al mancato rispetto di uno dei termini sospensivi per la stipula del contratto.

In queste due ipotesi è necessario, pena la perdita di coesione dell'intera impalcatura, che il contratto sia colpito da inefficacia e che quindi la circostanza della sua stipula (o senza avviso al mercato o prima della scadenza del termine) non sia opponibile al ricorrente che impugni l'aggiudicazione. Se così non fosse, si finirebbe per ammettere che il bene della stabilità del contratto possa travolgere il principio di effettività della tutela giurisdizionale e la necessità che l'affidamento dei contratti pubblici avvenga nel massimo rispetto della legalità.

Proprio valorizzando le innovazioni introdotte a seguito del recepimento della direttiva, una parte degli interpreti ha escluso in radice ogni possibilità di annullamento d'ufficio degli atti dell'evidenza pubblica successivamente alla stipula del contratto.

A sostegno di tale tesi è stato richiamato, in particolare, il valore della stabilità del contratto. Secondo questa impostazione, la previsione del c.d. *stand-still* e l'accelerazione del rito mirano a far sì che ogni questione relativa alla legittimità della gara sia risolta prima della stipula del contratto, in modo che, tendenzialmente, non si verifichi neppure l'ipotesi dell'annullamento successivo alla stipulazione[165]. Il valore della stabilità viene considerato comprimibile nella stretta misura in cui ciò risulta necessario per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale di chi ha vittoriosamente proposto un ricorso tempestivo contro gli atti della procedura di gara.

Anche in questo caso, peraltro, il riscontro di un'illegittimità commessa in sede di aggiudicazione non determina inevitabilmente la caducazione del contratto. Quest'ultima, infatti, non discende in maniera diretta ed automatica dal mero riscontro dell'illegittimità dell'aggiudicazione, ma dipende da una valutazione complessiva in ordine all'incidenza di quella illegittimità sull'interesse pubblico cui era finalizzato il contratto[166].

---

[165] In termini, si veda A. Scognamiglio, *Autotutela pubblicistica e contratti in corso,* in *Dir. amm*, 2013, 1-2, la quale osserva che, del resto, neppure il vizio grave della stipula del contratto in assenza di ogni forma di pubblicità e di gara, può essere fatto valere decorsi sei mesi dalla stipulazione del contratto

[166] Così A. Scognamiglio, *op. ult*. cit., che valorizza anche la circostanza che nemmeno nei casi di illegittimità gravissime la caducazione è automatica. Negli altri casi, invece, l'effettività della tutela del ricorrente vittorioso in giudizio viene garantita attraverso meccanismi di risarcimento per equivalente. Sulla base di tali premesse, l'Autrice conclude affermando che il contesto normativo attuale non offre "in alcun modo un 'ambiente'

Sotto altro profilo, si è osservato che, a differenza di quanto previsto per il caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione[167], manca in favore dell'Amministrazione l'espressa attribuzione del potere di dichiarare l'inefficacia del contratto[168].

La caducazione del contratto a seguito dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione si porrebbe, pertanto, in contrasto con il principio di legalità, atteso che, una volta stipulato il contratto, poteri che attribuiscono all'Amministrazione "*una situazione di supremazia nei confronti della controparte possono essere ammessi solo in caso di fondamento legislativo*"[169].

Nello stesso solco si è anche sostenuto che l'intera struttura del d.lgs. n. 53 del 2010 sembra presupporre "*una scissione tra sorte dell'aggiudicazione e sorte del contratto (nel senso che l'annullamento della prima non comporta automaticamente l'inefficacia del secondo, che viceversa deve essere accertata dal Giudice all'esito di un giudizio che tiene conto di tutta una serie ulteriore di condizioni e circostanze)*"[170].

In questa prospettiva, si è quindi affermato che l'Amministrazione, per evitare l'esecuzione del contratto o la sua prosecuzione, può solo

---

propizio alla tesi favorevole a privilegiare le esigenze della legittimità amministrativa, fino a riconoscere che queste possano essere fatte valere unilateralmente dalla stessa amministrazione, oltre il limite dato dalla conclusione/efficacia del contratto".

[167] La direttiva prevede infatti espressamente che la privazione degli effetti del contratto a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sia accertata con un'apposita decisione di un organo di ricorso indipendente

[168] Così E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm*., 2011, 1, 240, il quale definisce l'annullamento d'ufficio come una delle "vittime" della riforma. In senso contrario, si veda G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, cit., 125, il quale afferma che non sussistono elementi tali da far ritenere che il legislatore, omettendo di disciplinare il tema dell'annullamento d'ufficio degli atti di gara a seguito della stipula del contratto, abbia assunto una posizione contraria alla sua ammissibilità

[169] A. Bartolini, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto: il caso degli* interest rate swaps, in *Urb. app*. 2012, 2, 197, secondo cui la tesi della caducazione del contratto a seguito di annullamento d'ufficio contrasta con il principio di tipicità e legalità. Se, difatti, la disciplina dei poteri amministrativi richiede un fondamento legislativo, *a fortiori*, quest'esigenza è avvertita nel caso in cui la p.a. si muova all'interno degli schemi dell'autonomia privata. In altri termini, regimi di privilegio che consentono alle pubbliche amministrazioni di muoversi in una situazione di supremazia nei confronti della controparte, possono essere ammessi solo in caso di un fondamento legislativo, frutto, per di più, di un assetto degli interessi in gioco ragionevole e proporzionato.

[170] Così G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. n. 53/2010*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com*., 2010, 3, 729, il quale ritiene che, invece, debba essere tenuta distinta l'ipotesi prevista dall'art. 1, comma 136 della legge finanziaria del 2005. L'annullamento d'ufficio contemplato da tale disposizione – secondo l'Autore – "si differenzia da quello generale, perché chiaramente rivolto a travolgere i rapporti contrattuali scaturenti dal provvedimento annullato". In questa prospettiva quindi tale disposizione non potrebbe ritenersi superata dal d. lgs n. 53 del 2010.

avvalersi dei diversi poteri privatistici, se e nella misura in essi cui siano previsti dal contratto o da norme generali o speciali. I principi della tipicità e della consensualità dell'autotutela privata sarebbero aggirati se si consentisse in ogni caso all'Amministrazione di intervenire in autotutela sul contratto, per il tramite dell'annullamento della delibera a monte[171].

Tali considerazioni trovano conferma, secondo la tesi in esame, nella stessa direttiva 2007/66/CE, che, al 22º "considerando", prescrive che l'organo investito della decisione circa l'efficacia del contratto debba essere indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

Il senso di questa indicazione è quello di riservare le decisioni in ordine alla efficacia o alla validità del contratto ad un organo terzo rispetto alle parti del contratto, secondo la disciplina propria dei rapporti tra privati.

Con la stipula del contratto, l'ambito spaziale di applicabilità del potere di autotutela si esaurisce e gli eventuali vizi della fase genetica del contratto o della formazione della volontà delle parti devono essere necessariamente dedotti (e la domanda di annullamento deve essere necessariamente proposta) dinanzi ad un giudice terzo[172]**.** Ne consegue che l'atto di auto-annullamento in ipotesi adottato risulterebbe radicalmente nullo e la mancata esecuzione delle obbligazioni contrattuali da parte dell'ente darebbe vita ad un inadempimento del contratto[173].

Tali argomentazioni si prestano, tuttavia, ad alcune considerazioni critiche.

---

171 Così G. Greco*, Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. n. 53/2010*, cit.

172 In giurisprudenza, si veda T.A.R. Toscana, sez. I, 11 novembre 2010, n. 6579, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui "la mancata menzione nella legislazione di un potere di autotutela a favore della stazione appaltante deve essere interpretata nel senso che la valutazione degli interessi connessi alla continuazione nell'esecuzione di un contratto, in caso di violazione della normativa di evidenza pubblica, compete unicamente al giudice e non può invece derivare da un'iniziativa autonoma della stazione appaltante. Tali principi implicano quindi che nel nostro ordinamento non può essere consentito a quest'ultima di influire in modo unilaterale sull'efficacia del contratto stipulato, nemmeno laddove siano individuate violazioni della procedura di evidenza pubblica. Essa dovrà invece adire il giudice competente a conoscere dell'esecuzione del contratto il quale, ai fini della decisione, potrà apprezzare l'avvenuto annullamento dei provvedimenti di evidenza pubblica".
Nello stesso senso, si veda T.A.R. Toscana, sez. I, 27 gennaio 2011, n. 154, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2011, 1,155, con nota di G. Carullo, *La separazione (giudiziaria) tra aggiudicazione e contratto*.

173 Così A. Scognamiglio, *op. ult.* cit.; E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., secondo cui ammettere la caducazione automatica del contratto equivarrebbe ad ammettere che una delle parti in conflitto (la p.A.) possa "risolvere una contesa di cui è parte", ipotesi, quest'ultima, "veramente poco plausibile".

In primo luogo, non appare pienamente persuasiva la tesi che nega la caducazione del contratto a seguito di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, affermando la mancanza di una norma che espressamente lo consenta. Tale obiezione non sembra cogliere nel segno, ove si consideri che il potere di privare di effetti un contratto rappresenta solo l'effetto mediato di un potere, quale quello di annullamento d'ufficio, che è senza dubbio dotato di base normativa[174].

Né appare convincente la tesi che, pur ammettendo la permanenza del potere di autotutela, nega la caducazione automatica del contratto a seguito di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione. Sarebbe, infatti, difficile comprendere quale sia l'utilità di riconoscere tale prerogativa alla stazione appaltante se poi, a fronte dell'annullamento dell'aggiudicazione, il contatto rimarrebbe comunque in piedi[175].

Sotto altro profilo, non sembra che preclusioni all'esercizio di un potere di autotutela pubblicistica – quale l'annullamento d'ufficio – possano essere desunte dall' esistenza di poteri di autotutela privatistici, quali il recesso e la risoluzione contemplati nel codice dei contratti pubblici.

Come si è avuto modo di chiarire illustrando il rapporto tra revoca e recesso, le varie forme di autotutela pubblicistica e privatistica si fondano su presupposti tra loro differenti e, pertanto, non sembra che si pongano in rapporto di specialità.

Non appare persuasivo, infine, nemmeno il richiamo alle previsioni contenute nella direttiva ricorsi.

Alla base delle innovazioni introdotte dalla direttiva si pone, invero, la constatazione dell'inidoneità della precedente disciplina ad impedire la stipula e l'esecuzione di contratti aggiudicati in maniera illegittima.

Nella maggioranza dei Paesi dell'Unione, infatti, l'unica forma di tutela riconosciuta al concorrente illegittimamente pretermesso era la tutela per equivalente monetario, essendo preclusa al giudice la possibilità di caducare il contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. Si verificava, così, una sorta di "*corsa al contratto*": le Amministrazioni erano indotte a procedere molto rapidamente alla stipula del contratto, in modo da rendere irreversibili le conseguenze dell'aggiudicazione[176].

---

[174] In termini, G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, cit., 125

[175] Sul punto, si rinvia a quanto verrà illustrato con maggiore dettaglio nel § successivo.

[176] L'assenza di un simile potere rappresentava una vera e propria lacuna "nei meccanismi di ricorso esistenti negli Stati membri, che non permett[evano] di garantire sempre il rispetto di disposizioni comunitarie". (Così il 12° considerando della Direttiva 66/2007).

È evidente che un simile sistema non si limitava solo a ledere il principio di effettività della tutela del singolo concorrente, ma finiva per avere ricadute sull'intero processo di selezione del contraente[177].

Ricostruiti in questi termini l'origine e l'obiettivo della direttiva ricorsi, sembra difficile ritenere che le previsioni in essa contenute possano costituire argomenti a sostegno dell'inammissibilità dell'annullamento d'ufficio a seguito della stipula del contratto.

Tali innovazioni risultano, a ben vedere, unicamente finalizzate ad ampliare la tutela del concorrente illegittimamente pretermesso e ad assicurare la legalità nello svolgimento della gara. Ciò emerge con tutta evidenza nel riconoscimento della possibilità che il contratto venga privato di effetti in caso di aggiudicazione illegittima, con subentro di altro operatore nella commessa. Come si legge nel 14° considerando, "*la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati della possibilità di competere*".

Nella stessa direzione si pongono, del resto, il c.d. *stand-still period* e le sanzioni alternative: il primo, in un'ottica di prevenzione, mira a limitare i casi in cui, perfezionatosi il contratto, si rende necessaria una pronuncia di scioglimento da parte del giudice; le seconde tendono, a posteriori, a scoraggiare prassi illegittime nell'affidamento dei contratti pubblici.

Di segno solo apparentemente opposto la previsione di un termine dimidiato per la proposizione del ricorso. La *ratio* è stata, evidentemente, quella di assicurare la certezza e la stabilità degli atti giuridici, che non consentono di far valere *sine die* l'illegittimità di una procedura. Va inoltre aggiunto che, proprio al fine di evitare possibili compressioni del diritto d'azione del privato, la giurisprudenza ha precisato che il *dies a quo* del termine per proporre ricorso può iniziare a decorrere solo dal momento in cui sia verificata la piena conoscenza del provvedimento in questione.

Tutte le innovazioni contenute nella direttiva ricorsi e nelle norme che ne hanno dato attuazione nel nostro ordinamento risultano, quindi, incentrate quasi unicamente sulla posizione del ricorrente e modellate sulla sola ipotesi dell'annullamento giurisdizionale. Sembra dunque difficile

---

[177] In dottrina, si veda B. Raganelli, *Effettività della tutela ed efficacia delle procedure di ricorso in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1176, osserva efficacemente che: "la stazione appaltante, potendo facilmente rendere incontrovertibile l'esito della gara, non aveva incentivi a tenere il massimo rigore nello svolgimento della gara stessa", in contrasto con il principio di legalità che deve assistere il sistema delle commesse pubbliche.

ritenere che tale intervento normativo abbia inteso precludere all'Amministrazione il potere di sciogliere il vincolo contrattuale attraverso l'annullamento d'ufficio sugli atti del procedimento prodromico alla stipula del contratto.

Maggiormente persuasiva è la tesi che ammette che la p.A. possa risolvere il contratto anche attraverso l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

Tale orientamento trova, del resto, conferma anche in considerazioni di carattere generale, legate alla *ratio* stessa del potere di autotutela e ai rapporti tra evidenza pubblica e contratto.

Da un lato, infatti, si tratta di una soluzione coerente con l'esigenza sottesa al potere di autotutela, che risiede nella necessità di assicurare la costante rispondenza degli atti amministrativi ai fini di interesse pubblico indicati dalla legge[178]. Tale esigenza si pone, evidentemente, con la medesima intensità anche nei confronti dell'attività contrattuale posta in essere dall'Amministrazione.

Come si è visto analizzando le peculiarità dei contratti stipulati dalla p.A., infatti, ciò che porta l'Amministrazione a ricorrere all'impiego di strumenti privatistici è, in ogni caso, il soddisfacimento del pubblico interesse

---

[178] In termini, M.A. Sandulli-M. Sinisi, *Risoluzione del contratto e autotutela pubblicistica*, in (a cura di) M.A. Sandulli, *Trattato sui contratti pubblici*, cit. M. Sinisi, *Il potere di autotutela caducatoria (artt. 21*-quinquies *e 21*-nonies *l. n. 241del 1990 s.m.i.)*, in (a cura di) M.A. Sandulli*, Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit. 435 ss. In giurisprudenza, si veda Cons. St. sez. V, 9 settembre 2011, n. 5032, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che, a sostegno della tesi favorevole ad ammettere l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione anche a seguito della stipula del contratto richiama la *ratio* del potere di autotutela. Tale potere – osserva il Collegio – "trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, cui deve essere improntata l'attività della pubblica amministrazione, ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione, in attuazione dei quali l'amministrazione deve adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire (fermo l'obbligo nell'esercizio di tale delicato potere, anche in considerazione del legittimo affidamento eventualmente ingeneratosi nel privato, di rendere effettive le garanzie procedimentali, di fornire un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni che giustificano la differente determinazione e di una ponderata valutazione degli interessi, pubblici e privati, in gioco). (…) Poiché pertanto il provvedimento di aggiudicazione definitiva non costituisce di per sé ostacolo giuridicamente insormontabile al suo stesso annullamento, anche in autotutela, oltre che all'annullamento degli atti amministrativi che ne costituiscono il presupposto, non può accogliersi la tesi propugnata dalle appellanti secondo cui le sole (peraltro pacifiche) circostanze dell'intervenuta stipulazione del contratto e della sua attuale esecuzione, costituirebbero elementi sufficienti ad escludere nella fattispecie in esame la giurisdizione del giudice amministrativo e a radicare quella del giudice ordinario. Di fronte all'esercizio del potere di annullamento la situazione del privato è di interesse legittimo, a nulla rilevando che tale esercizio, in ultima analisi, produca effetti indiretti su di un contratto stipulato da cui sono derivati diritti".

a cui l'intera azione amministrativa è preordinata[179]. In questa prospettiva, è evidente che la stipula del contratto non possa rappresentare, di per sé, un limite all'esercizio di poteri pubblicistici.

Sotto altro profilo, l'ammissibilità dell'annullamento d'ufficio anche a seguito della conclusione del contratto si spiega alla luce dei rapporti tra evidenza pubblica e contratto.

Come si è detto, infatti, la funzione di cura dell'interesse pubblico non caratterizza solo la fase dell'evidenza pubblica, ma anche quella di esecuzione del contratto, in quanto è proprio con l'esecuzione che si realizza la cura dell'interesse pubblico che ha portato l'Amministrazione a contrarre.

In questo senso, è possibile affermare che l'interesse pubblico contribuisce a definire un elemento essenziale del contratto, ossia la sua causa, da intendersi come sintesi degli interessi che quel contratto è oggettivamente diretto a perseguire.

Tale affermazione assume particolare rilievo, in quanto impone di ritenere che, in presenza di eventi in grado di rendere quel contratto inidoneo ad assolvere le funzioni cui era destinato, lo stesso è destinato a sciogliersi, essendo venuta meno la sua concreta ragione giustificatrice. È evidente, infatti, che il contratto può rimanere in vita solo se (e fino a quando) non si verifichino eventi che lo rendano inidoneo ad assolvere la funzione cui era destinato[180].

---

[179] C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione,* cit., 73, il quale osserva che "il testo costituzionale non conosce un'Amministrazione di diritto pubblico e una diritto privato, mentre invece assume l'amministrazione come fenomeno unitario e, come tale, lo tipizza".

[180] La rilevanza causale che assume l'interesse pubblico finisce inevitabilmente per condizionare la vita del contratto e, quindi, per influire sulla sorte del contratto stesso. Così L. V. Moscarini, *Profili civilistici del contratto pubblico*, cit., 79, che sottolinea che "la rilevanza della funzione pubblica, pur non escludendo quella del carattere privatistico della prestazione caratterizzante, non si esaurisce nell'impiego degli strumenti formali (deliberazione, gara, approvazioni, controlli, impegni di spesa, ecc.), più o meno direttamente inerenti alla fattispecie costitutiva del rapporto, bensì proietta i suoi riflessi, anche indipendentemente dalle conseguenze dei condizionamenti sulla validità ed efficacia del fatto costitutivo, sulla disciplina sostanziale del rapporto". Sul punto si veda inoltre A. Benedetti, I contratti della pubblica Amministrazione tra specialità e diritto comune, cit., 119 ss, il quale sottolinea che, poiché la chiave di lettura della specialità dell'attività contrattuale dell'Amministrazione è la funzionalizzazione alla cura dell'interesse pubblico, lo scostamento della disciplina di diritto comune si legittima nella sola misura in cui sia preordinato alla tutela della funzione, restando l'attività negoziale, sotto ogni altro profilo, integralmente assoggettata alle norme di diritto privato. Così anche G. Oppo, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ*., 1994, 41, che, molto efficacemente osserva che "l'interesse pubblico può servirsi del diritto privato ma non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare del diritto privato ciò che (a questo) è essenziale".

In questa prospettiva, non si può escludere che l'inidoneità del contratto a realizzare la sua causa concreta possa derivare anche da un'illegittimità commessa in sede di aggiudicazione della gara. Con la precisazione, è bene ribadirlo, che in questi casi non è sufficiente la mera illegittimità dell'aggiudicazione, dovendo l'Amministrazione illustrare l'esistenza di un interesse pubblico alla rimozione dell'aggiudicazione, ulteriore rispetto a quello al mero ripristino della legalità violata e prevalente sugli altri interessi in gioco, tra cui quello del privato controparte alla stabilità del contatto e quello pubblico alla realizzazione dell'opera o servizio cui quel contratto è funzionale.

Tali considerazioni permettono anche di chiarire in cosa si risolva l'incidenza dell'annullamento sulla sorte del contratto.

Anticipando quanto verrà illustrato con maggiore dettaglio nel prosieguo, si può ritenere che l'annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione incide non sulla sua validità del contratto, bensì sul rapporto da esso nascente, determinandone la risoluzione[181].

Tali conclusioni trovano, del resto conferma, anche nel dato normativo.

Il riferimento va innanzitutto all'art. 1, co. 136 della l. n. 311/2004, che – fino alla sua recente abrogazione – prevedeva un'ipotesi speciale di annullamento d'ufficio, riguardante "*provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali*"[182].

La specialità di tale figura risiedeva, da un lato, nella previsione di un ristoro economico in favore del privato e, dall'altro, nella individuazione di presupposti diversi rispetto a quelli normalmente richiesti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, tra cui la finalità di conseguire, attraverso

---

[181] S. Orrù, *L'inefficacia del contratto ad evidenza pubblica*, in (a cura di) C. Cicero, *Contratto pubblico e principi di diritto privato*, Torino, 2011, 168, che, affrontando il tema della natura giuridica dell'inefficacia del contratto a seguito di annullamento giudiziale, osserva che "l'interferenza, certamente sussistente fra provvedimento e contratto, in forza di una espressa scelta normativa, si palesa essenzialmente sul piano del rapporto negoziale, non già su quello dell'atto".

[182] Ai sensi dell'art. 1, co. 136 della l. 311/2004, "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 comma del 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 ì, anche se la relativa esecuzione sia perdurante". Tale norma è stata abrogata dall'art. 6, co. 2, l. n. 124/2015.

l'annullamento, un risparmio di spesa e il carattere vincolato di tale annullamento[183].

Tale norma era in grado di fornire alcuni spunti di riflessione, in parte ancora attuali, in quanto, da un lato, riconosceva la possibilità di annullare provvedimenti amministrativi incidenti su atti negoziali e, dall'altro, confermava che la conseguenza dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione consisteva nella caducazione del negozio *medio tempore* stipulato.

È evidente infatti che non avrebbe avuto alcun senso prevedere la corresponsione di un indennizzo per il privato, qualora il contratto fosse rimasto in piedi anche a seguito dell'annullamento d'ufficio. Come è stato efficacemente osservato, infatti, l'indennizzo costituisce una misura compensativa del sacrificio sofferto dal privato, sacrificio che coincideva, evidentemente, con la frustrazione dell'interesse di quest'ultimo a conseguire il bene della vita cui era funzionale lo strumento negoziale poi caducato[184].

La tesi dell'ammissibilità dell'esercizio dell'annullamento d'ufficio anche in seguito alla stipula del contratto trova oggi conferma nell'art. 73 della direttiva 2014/24 UE e negli artt. 108, co. 1 e 176 del d. lgs. n. 50/2016, che prevedono casi in cui lo scioglimento del contratto rappresenta una reazione al mancato rispetto delle regole che presiedono l'aggiudicazione o l'esecuzione del contratto. Si tratta, in particolare, dei casi in cui l'aggiudicatario avrebbe dovuto "*essere escluso dalla procedura d'appalto*", quello in cui sia stata commessa una "*grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati*"

---

[183] Per un'analisi di tale norma, si veda R. Giovagnoli, *Autotutela e risparmio di spesa nella finanziaria 2005*, in *Urb. e app.*, 2005, 4, 395 ss, il quale evidenzia come "il legislatore sembra aver recepito quell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui vi è interesse pubblico *in re ipsa*, tale da giustificare *ex se* l'annullamento in via di autotutela, ogniqualvolta ci sia un atto amministrativo che provochi un'illegittima fuoriuscita di denaro pubblico". La portata di tale disposizione risultava tuttavia ridimensionata, considerando che se, da un lato l'annullamento d'ufficio era ammesso a prescindere dalla valutazione dell'interesse pubblico e senza limiti di tempo, dall'altro, tale potere era comunque subordinato alla sussistenza di una precisa condizione: che l'Amministrazione agisse "al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche".

[184] R. Giovagnoli, *Autotutela e risparmio di spesa*, cit.; nello stesso senso, si veda S. R. Masera, *Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e caducazione del contratto,* in *Urb. app.*, 2007, 11, 1145, secondo cui la previsione di un indennizzo in favore del privato si giustifica solo se, "al venir meno dell'aggiudicazione illegittima segua altresì la sicura caducazione del contratto già stipulato, dato che, altrimenti, si avrebbe (non un risparmio), ma una duplicazione di oneri finanziari per l'amministrazione pubblica".

e i casi in cui sono state apportate modifiche sostanziali che avrebbero imposto un nuovo appalto[185].

La *ratio* di tali previsioni risiede nella volontà di evitare che il contratto, una volta stipulato, rimanga intangibile pur a fronte di illegittimità tali da compromettere l'interesse pubblico alla concorrenza nel mercato, che, come si è visto, rappresenta il valore sotteso alle norme sull'evidenza pubblica.

L'attuale disciplina della risoluzione dei contratti pubblici rappresenta, quindi un'ulteriore conferma della rilevanza causale che assume l'interesse pubblico e del potere dell'Amministrazione di sottrarsi dal vincolo negoziale non solo attraverso i rimedi privatistici previsti dal codice civile e dal codice dei contratti pubblici, ma anche attraverso l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

4.2.1. *L'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e la sua incidenza sul contratto*

Così definite le ragioni per cui deve ritenersi ammesso l'annullamento d'ufficio sugli atti di gara anche successivamente alla stipula del contratto, è possibile porre l'attenzione sulla questione relativa alla sorte del contratto in seguito alla eliminazione in via di autotutela del provvedimento amministrativo sulla cui base l'Amministrazione è addivenuta alla sua stipulazione.

Inizialmente, si è ritenuto di poter estendere al caso dell'annullamento d'ufficio le soluzioni di volta in volta approntate dalla giurisprudenza al problema della sorte del contratto a seguito di annullamento giurisdizionale della relativa aggiudicazione. Una simile equiparazione veniva giustificata valorizzando l'identità degli effetti delle due forme di annullamento.

In quest'ottica, aderendo alle diverse soluzioni adottate nel corso del tempo, si finiva per affermare che il contratto stipulato a seguito di un'aggiudicazione successivamente annullata d'ufficio fosse nullo, annullabile o inefficace[186].

---

[185] M. A. Sandulli- M. Sinisi, *Risoluzione del contratto e autotutela pubblicistica*, cit. Sul punto, si rinvia a quanto verrà più diffusamente illustrato *infra*, nel Cap. III, § 3.1.3 e 3.1.4.

[186] Sul tema della sorte del contratto a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione si sono contrapposti diversi orientamenti, che possono essere così sintetizzati: *a)* secondo una prima tesi, il contratto in questione sarebbe stato annullabile, in quanto affetto – a seconda delle opinioni – da vizio del volere *sub specie* di errore sulla persona o difetto di legittimazione dello stipulante; *b)* secondo un diverso orientamento, veniva invece in rilievo un contratto nullo, per carenza di un elemento essenziale (accordo

Tale impostazione trovava, del resto, conferma anche in un quadro normativo in cui le due fattispecie di annullamento non risultavano, almeno formalmente, sottoposte a regimi giuridici differenziati.

Successivamente, il dibattito si è incentrato sulla portata della disciplina processuale introdotta per effetto del recepimento della c.d. direttiva ricorsi[187].

In particolare, ci si è interrogati sulla possibilità di estendere analogicamente le previsioni di cui agli artt. 121 ss. c.p.a. anche all'ipotesi in cui l'aggiudicazione sia stata annullata in autotutela.

Come si è accennato nel paragrafo precedente, tali disposizioni prevedono, con riferimento alla sorte del contratto a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, conseguenze differenziate a seconda della gravità della violazione[188].

---

o causa) ovvero per violazione delle norme imperative relative alla procedura di evidenza pubblica; *c)* un diverso orientamento sosteneva invece la tesi dell'inefficacia sopravvenuta relativa, inquadrando l'aggiudicazione come *condicio iuris* e fonte di legittimazione contrattuale dell'Amministrazione; d) altra parte degli interpreti, valorizzando lo stretto legame esistente tra aggiudicazione e contratto, sosteneva la tesi della caducazione automatica del contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione successivamente annullata da parte del giudice. Sul punto, si veda *infra*, § 4.2.4.

Sul tema, si vedano, senza pretesa d'esaustività: M. Lipari, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità e inefficacia: la reintegrazione in forma specifica*, in Dir. e form., 2003, 245 ss; S. Fantini, *Gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Urb. e ap*p., 2003, 7, 751; R. Caponigro, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in *Foro amm., C.d.S*, 2009, 2431 ss; S. S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali,* cit; E. Sticchi Damiani, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro amm, T.A.R*, 2006, 3719; V. Lopilato, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali, in Foro amm. T.A.R.*, 2006, 1519, 3719; F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 2, 570; V. Cerulli Irelli, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 11, 1195.

187 Si tratta, in particolare, della direttiva 2007/66/CE, che ha modificato le precedenti direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE.

188 In particolare, ai sensi dell'art. 121, co. 1 c.p.a. "Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva: a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; c) se il

La scelta sulla dichiarazione di inefficacia dipende, così, da valutazioni del giudice che, in caso di violazioni gravi sono legate alla tutela di interessi generali: l'art 121 co 2, c.p.a prevede, infatti, che il contratto rimanga comunque efficace in presenza di "*esigenze imperative connesse ad un interesse generale*", tra le quali rientrano "*fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale*"[189].

In caso di violazioni non gravi, invece, la scelta di privare o meno di effetti il contratto è legata ad una valutazione comparativa di tutti gli interessi in conflitto, affidata ad un'ampia discrezionalità giudiziaria[190]. In particolare, si prevede che il giudice tenga conto dell'effettiva possibilità per il ricorrente

---

contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, 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 definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento; d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento".
L'art. 122, c.p.a. dispone invece che: "Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta".

[189] Si prevede inoltre che gli interessi economici possano essere presi in considerazione solo in quei casi eccezionali in cui l'inefficacia del contratto avrebbe condotto a conseguenze sproporzionate. Al contrario, non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio di operatore economico, nonché dagli obblighi di legge derivanti dalla dichiarazione di inefficacia. Sul punto, si veda V. Lopilato, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010, di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1326.

[190] Sul punto, si veda R. Chieppa – R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 826, ove si evidenzia che l'art. 44 della l. n. 80/2009, nel conferire la delega per il recepimento della nuova direttiva ricorsi 2007/66/CE prevedeva, in tale materia, l'introduzione di una giurisdizione di merito, cui poi il legislatore ha ritenuto di non dare seguito. Si veda inoltre G. Ferrari, *L'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico e la sorte del contratto già stipulato nella disciplina dettata dal nuovo c.pa.,* in *Giur. mer.*, 2011, 919.

di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati e dello stato di esecuzione del contratto[191].

Così riassunta la disciplina della sorte del contratto a seguito di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, è possibile esaminare le diverse tesi che si sono contrapposte con riferimento alla questione della sorte del contratto a seguito dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

4.2.2. *Orientamenti contrapposti*

Secondo un primo orientamento, non sarebbe in alcun modo possibile estendere la disciplina contenuta nel codice del processo amministrativo anche al caso dell'annullamento d'ufficio[192].

A sostegno di tale conclusione è possibile richiamare, in primo luogo, la *ratio* sottesa agli artt. 121 e 122 c.p.a. Come si è visto, tali norme sono state introdotte in sede di recepimento della c.d. direttiva ricorsi, al fine di evitare che divengano irreversibili gli esiti di una gara contestata e di potenziare gli strumenti di tutela del ricorrente illegittimamente pretermesso[193].

In questa prospettiva, sono state introdotte previsioni che mal si attaglierebbero all'ipotesi in cui l'annullamento sia stato disposto dalla stessa Amministrazione, tra cui la possibilità di proporre domanda di subentro, di ottenere la privazione degli effetti di un contratto illegittimamente stipulato,

---

[191] Si veda sul punto, E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.,* 2011, 240 ss, il quale osserva che "a fronte dell'interesse pubblico alla conservazione del contratto, la tutela della concorrenza tende sempre più a coincidere con l'interesse del ricorrente al subentro", circostanza, quest'ultima, che va intesa come presupposto essenziale per una effettiva tutela della concorrenza. Il subentro rappresenta la forma più emblematica di tutela della concorrenza, alla quale è preordinata l'intera materia dei contratti pubblici, anche se tale tutela può essere solo parziale, dovendosi confrontare con comunque con gli interessi pubblici sottesi al contratto, che possono talvolta giustificarne il mantenimento degli effetti.

[192] In dottrina, si veda si veda G. Fonderico, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici,* in *Dir. e proc. amm*., 2010, 3 872 ss, il quale sottolinea che la disciplina di cui agli artt. 121 ss. c.p.a. rappresenta una "soluzione circoscritta alla specifica situazione processuale dell'azione di annullamento avanzata da un terzo aspirante all'aggiudicazione", restando fuori "tutti i problemi esteriormente simili che si producono in situazioni processualmente differenti, come ad esempio nelle controversie tra l'Amministrazione e il contraente conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione in autotutela". Rispetto a tale fattispecie, conclude l'Autore, "la disciplina di recepimento lascia intatti i problemi tradizionali di giurisdizione e di diritto sostanziali".

[193] Sul punto, si rinvia a quanto precedentemente illustrato nel § 4.2.1

nonché il potere del giudice di comminare sanzioni alternative nel caso in cui non sia possibile privare di effetti il contratto[194].

In particolare, nell'ottica del legislatore dell'Unione europea, la possibilità di ottenere la caducazione degli effetti del contratto illegittimamente stipulato rappresenta l'unico vero rimedio in forma specifica, in grado di assicurare una tutela piena ed effettiva al ricorrente[195].

La stessa esigenza di tutela del ricorrente consente anche di comprendere la ragione per la quale la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha precisato che il risarcimento del danno spettante all'impresa illegittimamente pretermessa da una gara non può essere subordinato alla prova della colpa dell'Amministrazione[196].

---

194 In termini, G. Fonderico, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici,* cit Sulla possibilità per il giudice di comminare sanzioni alternative per l'ipotesi in cui non sia possibile la caducazione del contratto, si vedano M. Lipari, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, cit., che lo definisce come un istituto "di complessa collocazione dogmatica", frutto di una scelta "di faticosa comprensione, anche su terreno strettamente pratico"; G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. n. 53/2010,* cit; E. Follieri, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, in (a cura di) F. Saitta, *Il contenzioso sui contratti pubblici un anno dopo il recepimento della direttiva ricorsi – Atti del convegno di Catanzaro, 29-30 aprile 2011*, Milano, 2012, 79 ss; V. Lopilato, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010, di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. proc. amm.,* 2010, 1326, il quale afferma che, sul piano strutturale, il rimedio delle sanzioni alternative sembra rispondere al meccanismo della sostituzione automatica di clausole, di cui all'art. 1419, co. 2, c.c., con la differenza che la sanzione pecuniaria si indirizza ad una sola parte (la stazione appaltante) e non produce alcun effetto modificativo del contenuto del contratto. Spetta, quindi, al giudice in ultima analisi calibrare l'irrogazione della sanzione alternativa rispetto ai vizi del contratto.

195 Sull'importanza dell'introduzione di tale forma di tutela in forma specifica, si veda G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. n. 53/2010*, cit., che, in maniera enfatica, parla di superamento di un "tabù ultrasecolare". In particolare, la possibilità per il ricorrente di ottenere il subentro, previa declaratoria d'inefficacia del contratto, ha consentito di superare il precedente sistema, in cui la tutela del concorrente pretermesso era affidata all'effetto conformativo della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione, nell'ambito del giudizio di ottemperanza, in cui, come è noto, il giudice amministrativo ha giurisdizione estesa al merito. Sul punto, si veda Cons. St., Ad. plen. 30 luglio 2008, n. 9, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

L'introduzione di tale rimedio assume particolare rilevanza in quanto rappresenta la consacrazione, a livello normativo, dell'azione di adempimento pubblicistico oggi prevista in termini generali dall'art. 34, c.p.a. Sul tema dell'azione di adempimento pubblicistico, si vedano, senza pretesa d'esaustività, V. Caianiello, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo,* in *Foro amm.*, 1980, 851; G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto*, Milano, 1980, 86 ss; M. Clarich, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.,* 1985, 66 ss; A. Carbone, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012.

196 Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, in *Urb. e app.* 2011, 3, 398, con nota di R. Giovagnoli, *Tutela in forma specifica e tutela per equivalente*

Se così fosse, infatti, la tutela per equivalente non costituirebbe una valida alternativa al rimedio in forma specifica, ossia il conseguimento dell'aggiudicazione, che non è condizionato dall'esistenza di un comportamento colpevole. Come è stato osservato, i due rimedi, per essere realmente alternativi ed offrire una tutela effettiva devono, quindi, operare sulla base degli stessi presupposti sostanziali: così come non si chiede la colpa per il subentro, ugualmente non può essere richiesta la colpa per la tutela per equivalente[197].

Questa impostazione di fondo, incentrata sulla tutela del ricorrente in caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, emerge anche nel codice del processo amministrativo.

In primo luogo, vengono in rilievo gli artt. 121 co. 1 e 122, co. 2 c.p.a., che attribuiscono espressamente il potere di decidere sulla sorte del contratto "*al giudice che annulla l'aggiudicazione*"[198].

Ancora, riferimenti al carattere giurisdizionale dell'annullamento si rinvengono nell'ultima parte dell'art. 121, co. 1, c.p.a, che si riferisce esplicitamente alla "*pubblicazione del dispositivo*" della sentenza di annullamento e nell'art. 125 c.p.a. che, pur dettando una disciplina specifica per le controversie relative a "*infrastrutture energetiche*", sembra riferirsi unicamente ad ipotesi di annullamento giurisdizionale, in quanto, diversamente, sarebbe

dell'interesse all'aggiudicazione. In particolare, secondo la Corte, la direttiva 89/665/CEE in tema di procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici "osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad avere un risarcimento (…) al carattere colpevole della violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità di far valere le proprie capacità individuali e dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata".

[197] In termini, R. Giovagnoli, *Tutela in forma specifica e tutela per equivalente dell'interesse all'aggiudicazione,* cit. il quale mette efficacemente in luce che l'esigenza di un'effettiva equivalenza tra i due rimedi assume particolare rilievo in un contesto normativo – quale quello previsto dagli artt. 121 ss. c.p.a. – che consente al giudice di escludere il rimedio in forma specifica alla stregua di una valutazione (quasi di opportunità), che varia a seconda della gravità della violazione.

[198] Sul significato dell'espressione, si veda M. Lipari, *Il recepimento della direttiva ricorsi: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, cit., il quale sottolinea che il ruolo del giudice risulta fortemente accentuato. Il codice infatti non si limita a ribadire la sussistenza della giurisdizione del g.a. sulla dichiarazione di inefficacia del contratto, ma introduce un vero e proprio "condizionamento processuale". Tale condizionamento si risolve nella circostanza che la dichiarazione di inefficacia del contratto può essere pronunciata solo con la decisione sull'annullamento dell'aggiudicazione.

difficilmente comprensibile il richiamo ivi contenuto alla "*pronuncia del provvedimento cautelare*" e quello all'art. 34, co. 3 c.p.a[199].

Tali disposizioni evidenziano chiaramente come l'annullamento preso in considerazione dal codice del processo amministrativo sia solo quello disposto dal giudice, cui compete anche la valutazione circa l'efficacia del contratto *medio tempore* stipulato e che, quindi, la risposta all'interrogativo sulla sorte del contratto a seguito di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione non possa essere ricercata nelle norme che si occupano di disciplinare le conseguenze derivanti dall'annullamento giurisdizionale.

Secondo altro orientamento, invece, non vi sarebbe alcun ostacolo ad estendere la disciplina dettata dal codice del processo amministrativo anche all'ipotesi di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione[200].

A sostegno di tale conclusione vengono richiamati diversi argomenti.

In primo luogo, l'art 133, co. 1, lett e) c.p.a., che, nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alla sorte del contratto a seguito dell'"*annullamento dell'aggiudicazione*", non limita espressamente tale disciplina alla sola ipotesi di annullamento giurisdizionale.

In assenza di un puntuale riferimento al solo annullamento giurisdizionale, non vi sarebbero ostacoli ad estendere la disciplina processuale contenuta nel codice del processo amministrativo anche alla sorte del contratto a seguito di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

Sotto altro profilo, la tesi che pretende di distinguere annullamento d'ufficio e annullamento giurisdizionale troverebbe smentita nel fatto che le

---

[199] In particolare, ai sensi dell'art. 125 c.p.a. "Nei giudizi che riguardano le procedure di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, di cui alla parte II, titolo III, capo IV del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, oltre alle disposizioni del presente Capo, con esclusione dell'articolo 122, si applicano le seguenti previsioni. In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure. Ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. Si applica l'articolo 34, comma 3. (…)".

[200] In particolare, si veda Cons. St. sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032, in *Foro amm.- C.d.S,* 2011, 9, 2769; nonché in *Giorn. dir. amm*, 2012, 4, 394, con nota di F. Cortese, *Le operazioni con strumenti finanziari derivati e l'autotutela amministrativa*; e in *Urb. e App*. 2012, 2, 197, con nota di A Bartolini, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto: il caso degli* interest rate swaps.

due forme di annullamento sortiscono le medesime conseguenze, risolvendosi entrambe nella rimozione con decorrenza retroattiva degli effetti dell'atto; a fronte di un'incidenza sul contratto sostanzialmente identica, risulterebbe, pertanto, illogico propugnare conseguenze differenziate a seconda che l'annullamento dell'aggiudicazione sia avvenuto nel corso del processo o in via di autotutela[201].

Una simile conclusione si espone, tuttavia, a diverse considerazioni critiche.

In primo luogo, non sembra cogliere nel segno il richiamo all'art. 133 c.p.a. Tale norma, in un'ottica di concentrazione delle forme di tutela, si limita ad attribuire allo stesso giudice che annulla l'aggiudicazione il potere di pronunciarsi sulla sorte del contratto, all'esito di una valutazione (descritta negli artt. 121 e 122 c.p.a) che tenga conto non solo dell'interesse del concorrente illegittimamente pretermesso, ma anche dell'interesse dell'Amministrazione e dell'impresa aggiudicataria alla stabilità del contratto.

In questa prospettiva, sembra, quindi difficile invocare l'art. 133 per sostenere l'applicazione della stessa disciplina dettata per la sorte del contratto a seguito di annullamento giurisdizionale anche all'ipotesi di annullamento d'ufficio.

Del resto, anche a voler ritenere che la previsione dell'art. 133 si riferisca ad ogni tipo di annullamento, ivi compreso quello in autotutela, si potrebbe al massimo riconoscere che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estenda anche alle controversie relative alla sorte del contratto a seguito dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione. Lo stesso art. 133 non potrebbe, invece, essere invocato per sostenere che il giudice amministrativo conservi il potere di tenere in vita il contratto anche nel caso in cui l'aggiudicazione non sia stata annullata in sede giurisdizionale, ma sia stata annullata d'ufficio da parte dell'Amministrazione.

---

[201] Cons. St. sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032, cit. Secondo il Collegio, in particolare, "l'annullamento giurisdizionale ovvero l'annullamento a seguito di autotutela della procedura amministrativa comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale tra tali atti, con attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo". In questa prospettiva, "la tesi che pretende di distinguere tra annullamento giurisdizionale e in autotutela non ha pregio, se si considera "il collegamento sostanziale tra i due atti, l'aggiudicazione e il contratto, i quali *simul stabunt simul cadent*, qualunque sia la sede dell'annullamento (illegittimità dichiarata dal giudice e a seguito del ricorso ovvero […] conseguente all'esercizio del potere di autotutela da parte dell'Amministrazione)".

Sotto altro profilo, non sembra possibile ritenere che i due fenomeni (annullamento giurisdizionale e annullamento in autotutela) siano effettivamente identici, in quanto, mentre per il primo è sufficiente l'illegittimità, per il secondo è necessaria anche l'esistenza di ragioni di interesse pubblico attuale e concreto, da valutare tenendo in considerazioni tutti gli altri interessi in gioco.

In caso di annullamento giurisdizionale, gli artt. 121 ss. c.p.a. consentono al giudice – una volta accertata l'illegittimità dell'aggiudicazione – di decidere la sorte del contratto, affidandogli il potere (quasi di merito) di compiere la valutazione comparativa tra i diversi interessi in gioco[202], nella consapevolezza che la caducazione automatica del contratto potrebbe porsi in contrasto con altri interessi meritevoli di tutela, tra cui l'interesse dell'aggiudicatario e l'intesse dell'Amministrazione alla stabilità del contratto.

La *ratio* di questa valutazione affidata al giudice amministrativo risiede, quindi, nella necessità di individuare un equo bilanciamento tra la tutela del ricorrente illegittimamente pretermesso e gli altri interessi coinvolti nell'esecuzione del contratto, tra cui assume particolare rilievo anche l'interesse pubblico in vista del quale quel contratto era stato stipulato.

Nel caso di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, invece, la stessa valutazione comparativa è già compiuta dall'Amministrazione nel provvedimento amministrativo. L'art. 21-*nonies*, prevede, infatti, che il provvedimento contenga non solo l'indicazione dei profili di illegittimità dell'aggiudicazione, ma anche la motivazione delle ragioni di interesse pubblico attuale e concreto che giustificano l'annullamento del provvedimento (in questo caso, l'aggiudicazione), tali da prevalere sull'interesse alla stabilità del vantaggio conseguito, che, nel caso in esame, è rappresentato del contratto *medio tempore* stipulato.

Alla luce di tali considerazioni, sembra, quindi, difficile immaginare che, a fronte di un annullamento d'ufficio ormai definitivo – perché non impugnato o impugnato senza successo – il giudice amministrativo possa far sopravvivere il contratto, come gli artt. 121 e 122 c.p.a. consentono in caso di annullamento giurisdizionale: se lo facesse, egli finirebbe per sostituire la propria valutazione comparativa degli opposti interessi a quella compiuta nel

---

[202] Sul punto, si veda E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 240, il quale parla di "possibile amministravizzazione del giudice". In particolare, l'Autore evidenzia che il giudice, "nella concreta ponderazione degli interessi pubblici antagonisti, sembra potersi avvalere di una discrezionalità più propriamente pertinente all'esercizio del potere amministrativo".

provvedimento di annullamento d'ufficio ormai inoppugnabile, che sarebbe, quindi, di fatto disapplicato[203].

In altri termini, il contratto può sopravvivere solo se l'aggiudicatario ottiene l'annullamento dell'atto di autotutela, dimostrando l'illegittimità dell'annullamento d'ufficio, anche sotto il profilo della valutazione comparativa degli opposti interessi e della relativa motivazione. In caso contrario, l'annullamento d'ufficio si stabilizza e il contratto è destinato a cadere. L'ineluttabilità della caducazione rende così incompatibile la disciplina di cui agli artt. 121 e ss. c.p.a[204].

Tali considerazioni trovano oggi conferma anche nel dato normativo.

Come si è accennato nel precedente paragrafo, l'art. 108 del nuovo codice dei contratti pubblici prevede, tra le cause di risoluzione del contratto, anche ipotesi riconducibili all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione. Si tratta, in particolare, del caso in cui l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara (lett. c), quella in cui l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dal diritto eurounitario, accertata dalla Corte di Giustizia (lett. d) e le ipotesi in cui, durante l'esecuzione del contratto, siano state appartate modifiche sostanziali che avrebbero imposto un nuova gara.

Tali norme assumono particolare rilievo in quanto prevedono espressamente che la risoluzione del contratto possa conseguire anche all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

Una simile conclusione si spiega, del resto, anche alla luce dei rapporti tra evidenza pubblica e contratto e nella rilevanza causale che assume l'interesse pubblico.

---

[203] Così R. Chieppa – R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 827. Nello stesso senso si veda anche G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, cit. 140 ss, il quale sottolinea che la spiccata specialità che connota il rito di cui agli artt. 120 ss porta a ritenere che esso non sia stato concepito dal legislatore per trovare applicazione anche alla fattispecie dell'annullamento officioso. "Basti pensare – osserva l'Autore – a tutto il sistema delle sanzioni alternative, che è certamente immaginato come corredo sanzionatorio dell'annullamento giurisdizionale oppure alla disciplina specifica in tema di tutela in forma specifica, non potendosi immaginare la proposizione di una domanda di subentro nel contratto a fronte di un annullamento disposto d'ufficio".

[204] In giurisprudenza, si veda T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 21 febbraio 2011, n. 306, in *Foro Amm.-T.A.R.*, 2011, 2, 649, secondo cui "dall'annullamento in autotutela della *lex specialis* non può che derivarne, per l'effetto, l'inefficacia anche del contratto, non essendo peraltro applicabili le previsioni di cui alla Direttiva 2007/66/CE (ora contenute nell'art. 121 c.p.a) relative alla diversa ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice".

Come si è visto, infatti, ciò che accomuna sia la fase dell'evidenza pubblica che quella dell'esecuzione è l'identica tensione finalistica verso la cura dell'interesse pubblico individuato dalla legge. In quest'ottica, anche il contratto costituisce strumento di amministrazione e la cura dell'interesse pubblico contribuisce a definirne la sua causa[205].

La circostanza che l'interesse pubblico concorre a definire la causa concreta assume particolare rilievo dal punto di vista pratico: in presenza di eventi che incidono sulla sua realizzabilità, il vincolo contrattuale è destinato a sciogliersi, essendo venuta meno la ragione giustificatrice del contratto.

4.2.3. *L'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione come causa di risoluzione del contratto*

Sulla base delle considerazioni che precedono, e, in particolare, alla luce del legame che esiste tra la fase dell'evidenza pubblica e quella negoziale, è possibile affrontare la questione relativa a quale sia la patologia che colpisce il contratto stipulato sulla base di una aggiudicazione annullata d'ufficio.

In proposito, sembra possibile ritenere che l'annullamento in autotutela non incide sulla validità del contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione poi annullata, ma sul rapporto nascente da essa.

Mutuando un'espressione utilizzata in ambito civilistico, si può affermare, in altri termini, che l'annullamento d'ufficio non incide sul contratto come atto, determinandone l'invalidità, ma sul contratto in quanto rapporto, provocandone lo scioglimento[206].

Come si è visto, infatti, la caducazione del contratto non discende dalla mera illegittimità dell'atto di aggiudicazione, ma richiede presupposti ulteriori, ossia l'esistenza di ragioni di interesse pubblico attuale e concreto, tali da prevalere sugli altri interessi contrapposti.

Tali considerazioni consentono di affermare che l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione non si "trasmette" direttamente sul negozio "a valle", ma rappresenta una circostanza in grado di impedire la piena realizzazione degli interessi in vista dei quali quel contratto è stato stipulato. In questa prospettiva, allora, la categoria che maggiormente si attaglia a descrivere l'incidenza dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione sul contratto è la risoluzione.

---

[205] Sul punto, si rinvia alle considerazioni svolte, *infra*, in Cap. I, § 3.2.

[206] Sul tema, si veda, per tutti, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., 1023.

Come si è visto, infatti, la risoluzione designa l'estinzione del vincolo contrattuale per un evento incompatibile con la sua attuazione. Si verifica, in particolare, quando il programma contrattuale non è più in grado di svolgere la propria funzione, che è quella di assicurare il soddisfacimento degli interessi dei contrenti composto nel regolamento[207]. Poiché il contratto non si esaurisce nella mera manifestazione di volontà, ma è accordo sorretto da una causa, è evidente che, qualora, per qualche motivo, il contratto dovesse rivelarsi inidoneo ad assolvere la funzione cui era destinato, lo stesso non potrebbe continuare ad essere vincolante.

Tali considerazioni consentono di comprendere anche quell'orientamento giurisprudenziale che, proprio valorizzando il concetto di causa concreta del contratto, ha ritenuto di poter estendere il rimedio della risoluzione anche a casi in cui l'esecuzione della prestazione sia ancora oggettivamente possibile, ma, a causa di fattori sopravvenuti non imputabili, inidonea a realizzare gli interessi del creditore.

L'interesse del creditore che la prestazione non è più in grado di realizzare non è, evidentemente, qualsiasi interesse individuale soggettivamente perseguito dal creditore, ma è quell'interesse che si è oggettivizzato nel contratto, divenendo la causa concreta dell'operazione negoziale.

Alla luce di tali considerazioni, si può quindi affermare che l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione assurge a causa di risoluzione del contratto ove il vizio che affligge tale atto abbia compromesso l'interesse creditorio dell'Amministrazione, che si intendeva realizzare con l'affidamento del contratto. Tale interesse, lo si ribadisce, caratterizza anche la causa del contratto.

Come si può notare, la risoluzione non discende dal semplice riscontro dell'illegittimità, ma richiede altresì la verifica della sua effettiva incidenza sulla funzione del contratto[208].

---

[207] Sul punto, si veda *infra*, § 2.

[208] Va ricordato, inoltre, come non ogni tipo di illegittimità sia in grado di provocare l'annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo. L'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 esclude, invero, espressamente l'annullamento d'ufficio nei casi di cui all'art. 21-octies, co. 2, ossia i vizi formali. In questo modo, è stato recepito quell'orientamento giurisprudenziale che aveva correttamente osservato come, nel caso di vizi formali o procedimentali inidonei ad incidere sul contenuto del provvedimento, difetterebbe il presupposto dell'interesse pubblico all'annullamento dell'atto, essendo escluso che l'annullamento d'ufficio possa essere motivato sulla base della mera esigenza di ripristino della legalità violata. Sul punto, si vedano G. Bergonzini, *Art. 21-octies della l. 241/1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 2; F. Gaffuri, *Brevi note*

Tale verifica corrisponde proprio a quella cui è tenuta la pubblica Amministrazione in sede di esercizio del potere di autotutela. Ai sensi dell'art. 21-*nonies*, invero, l'originaria illegittimità dell'atto non giustifica l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, essendo necessaria l'ulteriore verifica della rispondenza dello stesso ad un interesse pubblico prevalente su altre esigenze meritevoli di considerazione, tra le quali, in particolare, quella della certezza delle situazioni giuridiche e della salvaguardia delle posizioni soggettive sorte dall'atto viziato e ormai consolidate.

Nei casi in cui il potere di autotutela è destinato ad incidere su un negozio, il giudizio cui è chiamata l'Amministrazione all'atto di decidere se annullare o meno l'aggiudicazione si identifica con la valutazione dell'incidenza che la violazione di legge ha avuto sulla concreta perseguibilità dell'interesse pubblico e, in particolare, della persistente idoneità del contratto a realizzare tale interesse[209].

La sussistenza di un interesse pubblico all'annullamento (e, quindi, alla caducazione del contratto) dovrà inoltre essere apprezzato anche alla luce del dato temporale, oggi esplicitato con la richiesta di osservare un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici (quale è, senza dubbio, l'aggiudicazione)[210].

---

sull'applicabilità dell'art. 21-ocities della legge 241/1990 ai provvedimenti di autotutela amministrativa, in *Urb. app.* 2014, 8-9, 2014, 885.

[209] In dottrina, si veda S. R. Masera, *Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e caducazione del contratto*, in *Urb app.*, 2007, 11, 1145, il quale sottolinea che, in questi casi, l'interesse pubblico deve essere apprezzato non solo con riguardo alla rimozione del provvedimento di aggiudicazione, ma, inevitabilmente, anche al contratto che vi accede, in quanto l'effetto ultimo di tale potere coincide con la liberazione dai vincoli scaturenti dal contratto. Tale verifica, osserva l'Autore, è funzionale a garantire tutela all'affidamento riposto dall'aggiudicatario (sebbene illegittimo) nella legittimità della procedura di gara e nella efficacia del conseguente contratto.

[210] Sulla rilevanza che assume il profilo temporale nell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, si veda P.L. Portaluri, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *federalismi.it*, 2016, 20, il quale osserva che il decorso del tempo sembra determinare una vera e propria "reigiudicata amministrativa" sui "provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici (come pure – nel caso della SCIA – per la preclusione all'adozione di atti repressivi, inibitori o conformativi)". Tuttavia, osserva l'Autore, per valutare la tenuta della disposizione occorre verificare se "nell'impatto col diritto giurisprudenziale, la 'regiudicata amministrativa' sarà ammessa solo con riferimento al riesercizio del potere discrezionale o saranno considerati irrilevanti anche i casi di oggettiva mancanza dei presupposti vincolati del provvedimento". Si fa riferimento, cioè, ai casi in cui le autorizzazioni o comunque gli atti attributivi di vantaggi economici dovessero poi rivelarsi illegittimi "non per vizi inerenti l'esito della composizione degli

La valorizzazione del dato temporale appare particolarmente utile a stabilire, da un lato, la consistenza dell'interesse pubblico alla rimozione e, dall'altro, a misurare la ragionevolezza dell'affidamento del privato nella stabilità del provvedimento e, di conseguenza, anche del contratto.

Alla luce di tali considerazioni, si può evidenziare che la risoluzione del contratto a seguito dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione consegue ad un delicato bilanciamento tra l'esigenza di garantire il massimo rispetto delle regole e il miglior perseguimento dell'interesse pubblico e quella di garantire una protezione adeguata a quanti hanno confidato nella stabilità di provvedimenti ad essi favorevoli. Il punto di equilibrio tra questi interessi viene raggiunto affermando la necessità di esplicitare le ragioni di interesse pubblico attuale e concreto alla rimozione dell'aggiudicazione (e alla conseguente caducazione del contratto), tale da prevalere sugli altri opposti interessi tra cui quello del privato alla stabilità del vincolo negoziale.

Concludendo sul punto, si può quindi affermare che l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione determina la risoluzione del contratto per sopravvenuta inidoneità dello strumento contrattuale a perseguire l'interesse pubblico e, quindi, la sua causa concreta.

---

interessi, ma per l'evidente, manifesto difetto dei requisiti oggettivi e soggettivi in capo al beneficiario".

Sul tema, si veda inoltre il parere del Consiglio di Stato 2016 n. 839 sullo schema di decreto legislativo in tema di SCIA, che parla di "nuovo paradigma" generale dei rapporti fra cittadino e p.A.. In particolare, secondo il Consiglio di Stato, «il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati. In altri termini, ad avviso della Commissione speciale, è possibile affermare che la legge n. 124, con la novella all'art. 21-*nonies* della legge n. 241, abbia introdotto una nuova 'regola generale' che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende immodificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento. Una regola speculare –nella *ratio* e negli effetti –a quella dell'inoppugnabilità, ma creata, a differenza di quest'ultima, in considerazione delle esigenze di certezza del cittadino (mentre l'inoppugnabilità considera, da decenni, quelle dell'amministrazione, con un termine nove volte più breve). Una regola che, per essere effettiva, deve essere applicata senza prestarsi a prassi elusive quale sarebbe, ad esempio, quella di ritenere che per il rispetto del termine di diciotto mesi sia sufficiente un mero avvio dell'iter dell'autotutela, magari privo di motivazioni e destinato a protrarsi per anni, mentre invece il termine va riferito alla compiuta adozione degli atti di autoannullamento o, nel caso della SCIA, degli atti inibitori, repressivi o conformativi. [...] Il nuovo comma 4 dell'articolo 19 della legge n. 241 del 1990 estende questo nuovo paradigma –che potrebbe essere definito una vera e propria 'rivoluzione copernicana' – anche al potere di intervento ex post sulla SCIA»

Tale conclusione, come si avrà modo di illustrare in seguito, trova oggi conferma anche negli artt. 108 e 176 del codice dei contratti pubblici, che prevedono, tra le cause di risoluzione del contratto, anche ipotesi riconducibili all'annullamento d'ufficio[211].

Quanto alle modalità con cui si determina la risoluzione del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, si può affermare che, in presenza dei presupposti sopra indicati, lo scioglimento del contratto ha luogo di diritto, senza richiedere l'intervento del giudice. Quest'ultimo, potrà, al più, essere chiamato a rendere una pronuncia di tipo dichiarativo che accerti con valore di cosa giudicata l'intervenuto scioglimento del vincolo contrattuale[212].

Quanto al regime giuridico della risoluzione che consegue all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, esso si rinviene nell'art. 1458 ss c.c. Trovano dunque una disciplina specifica aspetti particolarmente importanti, tra cui il problema degli effetti della risoluzione nei confronti dei terzi, la portata dell'effetto di scioglimento del contratto e le questioni relative agli adempimenti pubblicitari[213].

Ciò significa, ad esempio, che gli acquisti compiuti dai terzi in forza del contratto risolto resterebbero fermi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda giudiziale di risoluzione, come stabilito dal combinato disposto degli artt. 1458 e 2652 c.c. Ancora, nel caso in cui il contratto abbia prodotto uno degli effetti per cui è prevista la pubblicità dichiarativa della trascrizione, (come accade per il trasferimento di beni immobili), la risoluzione del contratto dovrà essere resa opponibile ai terzi mediante l'annotazione ai margini del pubblico registro, nelle forme dell'art. 2655 c.c.

La disciplina dettata dal codice civile deve inoltre essere coordinata, ove necessario, con quella specifica dettata per le ipotesi di scioglimento dei contratti pubblici dall'art. 108. Tali norme, pur riferendosi testualmente all'ipotesi di risoluzione per inadempimento, risultano estensibili – in quanto compatibili – alla fattispecie in esame, in quanto in entrambi i casi lo scioglimento del vincolo contrattuale discende da un evento che ha determinato un'alterazione funzionale della causa[214].

---

[211] In proposito, si rinvia a quanto verrà illustrato con maggiore dettaglio, *infra*, in Cap. III, § 3.1.3 e 3.1.4

[212] Sulle differenze rispetto alla risoluzione giudiziale, si veda, *infra*, § 2.

[213] In proposito, si veda, *infra*, § 2.1

[214] Sul punto, si veda G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, cit., 186, il quale sottolinea come sia compito dell'interprete quello di verificare, di volta in volta, la compatibilità delle singole previsioni che si ha intenzione di applicare in via analogica. Ad

4.2.4. *Il confronto con l'annullamento giurisdizionale*

La ricostruzione sopra esposta appare, del resto, coerente con quella predicabile per l'ipotesi di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione.

In proposito, va evidenziato come la questione della sorte del contratto a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sia stata particolarmente discussa in dottrina e in giurisprudenza sia prima che successivamente al recepimento della direttiva 66/2007 CE.

Anteriormente al recepimento della direttiva ricorsi, sulla questione si sono contrapposti diversi orientamenti, che possono essere così sintetizzati.

Secondo una prima tesi, il contratto in questione sarebbe stato annullabile, in quanto affetto – a seconda delle opinioni – da vizio del volere *sub specie* di errore sulla persona o difetto di legittimazione dello stipulante. Tale soluzione non implicava l'automatica inefficacia del contratto, che pertanto poteva continuare ad esplicare effetti ed essere portato ad esecuzione, salvo che intervenisse una pronuncia giudiziale di annullamento a seguito di domanda proposta dalla stazione appaltante[215]. La limitata legittimazione ad agire in annullamento, che in ossequio ai principi generali valevoli in materia di contratto annullabile avrebbe potuto riconoscersi alla sola stazione appaltante, ha però determinato la scarsa fortuna di questo

esempio, è stato correttamente osservato che potrebbe non risultare ragionevole applicare alla risoluzione conseguente ad annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione norme "sanzionatorie" previste espressamente per la risoluzione conseguente a grave inadempimento, irregolarità o ritardi. Tra queste, l'Autore cita l'art. 138, co.3 del vecchio codice dei contratti pubblici, che prevedeva la possibilità di "porre a carico dell'appaltatore inadempiente" anche "la maggior spesa sostenuta per affidare ad altra impresa i lavori". Si tratta, osserva l'A., "di un aggravamento delle conseguenze patrimoniali dell'intervenuto scioglimento che presuppone l'esistenza in capo alla controparte di una qualche responsabilità. Responsabilità che può del tutto mancare ove l'annullamento sia disposto in relazione a illegittimità non imputabili a parte privata". Tali conclusioni trovano oggi conferma nell'art. 108, co. 8, che prevede nei soli casi di cui ai commi 2 e 3 (ossia nel solo caso della risoluzione per inadempimento e in quella c.d. doverosa) che l'onere da porre a carico dell'appaltatore sia "determinato anche in relazione alla maggiore spesa sostenuta per affidare ad altra impresa i lavori, ove la stazione appaltante non si sia avvalsa della facoltà prevista dall'art. 110, comma 1".

[215] In dottrina, tra i sostenitori di tale tesi, C. Anelli, *Pubblico e privato in materia di contratti dello Stato e degli enti pubblici*, in *Cons. St.*, 1966, 333 ss; A. Bardusco, *La struttura dei contratti delle pubbliche Amministrazioni*, Milano, 1974, 282 ss; A. Buscema, *I contratti della p.a.*, in (a cura di) G. Santaniello, *Trattato di diritto amministrativo*, vol. VII, Padova, 1987, 22 ss; S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, cit., 191 ss.

orientamento, che non si dimostrava idoneo a tutelare adeguatamente gli interessi del terzo lesi dalla aggiudicazione illegittima[216].

Un secondo orientamento ha invece sostenuto la tesi della nullità, riconducibile, a seconda delle diverse prospettazioni, alla nullità virtuale per contrasto con norme imperative, quali le norme di diritto pubblico che disciplinano il procedimento di evidenza pubblica ovvero alla nullità strutturale, per mancanza originaria del consenso, a seguito del venir meno dell'aggiudicazione[217].

Una simile impostazione esponeva, tuttavia, il contratto, magari a distanza di molto tempo dalla sua conclusione ed in corso di avanzata esecuzione, al rischio di essere travolto con effetto retroattivo su iniziativa di chiunque vi avesse avuto interesse[218].

Un altro orientamento ha invece sostenuto che il contratto fosse affetto da inefficacia sopravvenuta relativa[219]. Alla base di tale ricostruzione si poneva la considerazione dell'aggiudicazione come *condicio iuris* e fonte di legittimazione contrattuale della p.A.

---

[216] Rilievo critico sollevato da F. Satta, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, cit., che correttamente osserva che l'evidenza pubblica non è preordinata solo a tutelare l'interesse dell'Amministrazione, essendo posta a presidio di interessi collettivi e a tutela del corretto assetto del mercato; P. Carpentieri, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratt*o, nota a Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Giorn. dir. amm.* I, 2004, 20 che sottolinea come una simile impostazione finisce per ridurre "le norme sull'evidenza pubblica – che tutelano valori costituzionalmente protetti di buona amministrazione e di concorrenzialità costituenti principi del diritto pubblico dell'economia – a norme poste nell'interesse esclusivo della stazione appaltante concernenti il modo di formazione del suo consenso. Sul punto, si veda altresì *infra*, Cap. I, § 2.1.

[217] In dottrina, F. Satta, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, cit.; P. Carpentieri, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, cit. In giurisprudenza, Cons. St. sez. V, 5 marzo 2003, 1218, in *Foro Amm.- CdS*, 2003, 959, in cui si afferma che il contratto sarebbe affetto da nullità "essendosi violate le norme attinenti alla fase di scelta del contraente, che nei procedimenti di formazione dei contratti ad evidenza pubblica è regolata da norme di diritto pubblico e, pertanto, imperative, con la conseguente attrazione del contratto nell'ambito di operatività dell'art. 1418, primo comma, cod. civ.".

[218] Così Cons. St. sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Giorn. dir. amm*. I, 2004, 20, con nota di P. Carpentieri, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, che osserva che "la tesi della nullità, del pari non convince, in quanto la nullità configura una patologia del contratto consistente in un vizio genetico che lo inficia ab origine, mentre nella specie trattasi di vicenda sopravvenuta all'annullamento giurisdizionale dell'atto conclusivo della procedura di gara. Accogliere la tesi della nullità del contratto, poi, significherebbe consentire la proposizione della relativa azione dichiarativa in ogni tempo, stante l'imprescrittibilità della medesima (art. 1422 c.c.) – da parte di chiunque vi abbia interesse e anche la rilevabilità ex officio (art. 1421 c.c.) (…)"

[219] Si tratta della tesi elaborata da G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 132 ss. e sostenuta, in giurisprudenza, da Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, cit; Id., sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196, in Giur. it., 2006, 3, 613.

Al fine di temperare le conseguenze della radicale inefficacia, si proponeva di applicare in via analogica all'Amministrazione gli artt. 23 e 25 co. 2 c.c. Queste norme, dettate in tema di invalidità delle deliberazioni assembleari di associazioni e fondazioni stabiliscono, infatti, che l'annullamento delle stesse "*non pregiudica i diritti acquisiti in buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima*".

Anche tale tesi si presta, tuttavia, ad alcune considerazioni critiche. Si è osservato, in primo luogo, che esiste una differenza di fondo tra il procedimento di evidenza pubblica e quello di formazione della volontà delle persone giuridiche private. Il primo è un procedimento al quale il soggetto che poi stipula il contratto partecipa attivamente; il secondo, al contrario, è un procedimento interno, che si svolge senza la partecipazione del privato contraente e senza, quindi, che questi abbia la possibilità di percepire eventuali motivi di invalidità della delibera che autorizza l'ente a contrarre. È evidente, quindi, che la preoccupazione di tutelare l'affidamento che chi stipula ripone nella stabilità del contratto sia senz'atro maggiore, in caso di persone giuridiche private, rispetto a quanto avviene per il procedimento di evidenza pubblica.

Sotto altro profilo, ci si potrebbe domandare se possa essere considerata in buona fede l'impresa aggiudicataria che stipula il contratto quando ancora non è decorso il termine per impugnare l'aggiudicazione o c'è già un ricorso pendente avverso l'aggiudicazione stessa[220].

Altra parte degli interpreti, valorizzando lo stretto legame esistente tra aggiudicazione e contratto, ha infine sostenuto la tesi della caducazione automatica del contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione successivamente annullata da parte del giudice[221].

A sostegno di questa posizione si osservava che il previo esperimento delle fasi di evidenza pubblica, che mira a tutelare interessi generali dell'ordinamento, assume la fisionomia propria di un indefettibile antecedente giuridico, la cui declaratoria di annullamento determina la mancanza di una *condicio sine qua non* dell'esistenza del contratto. L'annullamento dell'aggiudicazione segna, in via retroattiva, la carenza di uno

---

[220] In termini, R. Chieppa – R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo,* cit. 845.

[221] In dottrina, L. Garofalo, *Sulla figura legislativa della caducazione del contratto*, in *Urb. e app.,* 2008, 9, 1026 ss. e Id., *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Dir. proc. amm*., 2008, 139 ss; In giurisprudenza, si veda, *ex plurimis*, Cons. St. sez. VI, 12 dicembre 2012, n. 6374.

dei presupposti di esistenza del contratto che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici.

Sulla scorta di tali considerazioni, l'orientamento in esame conclude che il meccanismo dell'effetto caducante costituisce espressione di un principio generale, che coglie il nesso di connessione inscindibile tra una pluralità di atti inscritti nell'ambito di una vicenda sostanzialmente unitaria. Secondo questa tesi, la caducazione del contratto segue automaticamente l'annullamento dell'aggiudicazione e, pertanto, non necessita di una specifica declaratoria in tal senso, né in forma dichiarativa, né costitutiva.

Anche tale impostazione presentava, tuttavia, alcuni profili di criticità. La trasposizione in campo contrattuale del principio del travolgimento consequenziale a seguito dell'annullamento di quello presupposto appariva, infatti, difficilmente comprensibile alla luce della diversa natura giuridica dei due atti[222].

La questione della sorte del contratto stipulato a seguito di un'aggiudicazione annullata dal giudice, come si diceva, ha continuato ad essere oggetto di dibattito anche a seguito del recepimento della direttiva 66/2007 CE.

Tale questione si è posta in quanto la direttiva, nel disciplinare per la prima volta il tema, ha scelto di impiegare un'espressione ("*privazione degli effetti*"), volutamente ampia, che ha consegnato agli Stati membri un significativo margine di autonomia nella determinazione delle conseguenze, sul piano civilistico, dell'annullamento dell'aggiudicazione[223].

Nemmeno in sede di recepimento il legislatore ha preso un'espressa posizione sul punto, limitandosi a richiamare, il concetto di "*inefficacia del contratto*" (artt. 121 ss c.p.a.).

In assenza di un'esplicita indicazione normativa, sono state così riproposte le ricostruzioni già avanzate in passato.

In particolare, merita di essere segnalato l'orientamento che ha qualificato la patologia del contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione poi annullata in termini di nullità.

---

[222] G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, cit.; *infra*, Cap. I, § 3.1.

[223] In questi termini, si veda il parere 1 febbraio 2010, n. 368, della Commissione Speciale del Consiglio di Stato, secondo cui "il diritto comunitario non prende alcuna significativa posizione sulle conseguenze giuridiche sostanziali della 'privazione degli effetti' obbligatoria. Non si tratta di una lacuna 'dogmatica', ma di una scelta meditata, volta ad attribuire, anche in questo campo, un margine di scelta agi ordinamenti nazionali".

Tale tesi è stata sostenuta, in particolare, da un'interessante pronuncia del T.AR. Piemonte[224], che, partendo dalla premessa che la procedura di aggiudicazione è finalizzata non solo ad individuare il contraente, ma anche a definire le principali obbligazioni delle parti che devono essere riprodotte nel contratto, è giunta ad affermare che l'interesse sotteso alla medesima procedura rappresenta, in definitiva, *"la causa esterna del contratto"*.

Tale constatazione, osserva il Collegio, consente di comprendere la ragione per cui l'annullamento dell'aggiudicazione determina la nullità del contratto per mancanza di causa, essendo irrilevante, a tali fini, il fatto che l'annullamento della aggiudicazione intervenga in via giurisdizionale o a seguito di autotutela[225].

Secondo la tesi in esame, dunque, la patologia che colpisce il contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione costituisce una speciale ipotesi di nullità sopravvenuta per difetto di causa.

Il fatto che il contratto stipulato sulla base di una aggiudicazione annullata possa esplicare effetti, quantomeno fintantoché non intervenga il giudice ad accertare il contrario, non costituisce un elemento indicativo di una patologia del contratto diversa dalla nullità. In proposito, il T.A.R. osserva che sia nel codice civile (artt. 799, 2126, 2332 c.c.[226]) sia nella legislazione speciale di matrice europea[227], si rinvengono ipotesi di nullità non

---

[224] T.A.R Piemonte sez. II, 24 novembre 2014, n. 1906, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[225] Quanto sopra esposto, prosegue il Collegio, "non toglie che nei casi in esame sia dato riscontrare anche una violazione di norme - quelle sulla evidenza pubblica - che possono considerarsi imperative perché tutte poste a tutela di interessi indisponibili: l'imparzialità e legalità della azione amministrativa e la tutela del libero mercato. La violazione di queste norme integra pertanto una autonoma e concomitante causa di nullità del contratto, che tuttavia assume rilevanza solo nel momento in cui viene pronunciato l'annullamento della aggiudicazione, ché in difetto essa continua ad esplicare efficacia. La patologia derivante dalla violazione delle norme sulla evidenza pubblica finisce quindi per diluirsi, se non per perdersi, nella ben più diretta nullità connessa al venir meno della causa del contratto conseguente all'annullamento, giurisdizionale o in autotutela, della aggiudicazione".

[226] Tali norme riguardano, rispettivamente, *a)* la donazione nulla, la quale, *ex* art. 799 c.c., non può essere fatta valere dagli eredi che, dopo la morte del donatore, vi abbiano dato volontaria esecuzione; *b)* il contratto di lavoro nullo, che, *ex* art. 2126 c.c., produce effetti per il tempo in cui il rapporto ha avuto esecuzione; ed ancora, *c)* il caso del contratto di società nullo che, *ex* art. 2332 c.c., non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome della società dopo l'iscrizione nel registro delle imprese.

[227] Si fa riferimento, in particolare, ai diversi interventi legislativi aventi lo scopo di proteggere classi o categorie di contraenti ritenuti deboli (consumatori, utenti di servizi finanziari, clienti di banche, etc.), in settori specifici del mercato, spesso in attuazione a direttive comunitarie. Il diritto dei contratti è stato particolarmente toccato da tali interventi, che hanno introdotto significativi limiti alla autonomia contrattuale e, sul versante della invalidità, nuove ipotesi di nullità assolute o relative, che sono state definite

incompatibili con una provvisoria efficacia del contratto o rispetto alle quali il legislatore privilegia l'esigenza di conservazione del contratto, riservando al solo contraente debole la legittimazione a farle valere.

Il quadro legislativo che emerge dalla analisi tali norme, spesso chiaramente e direttamente influenzate dal diritto europeo, conduce dunque alla constatazione che il legislatore non esita a ricorrere alla patologia più grave, cioè alla nullità, per proteggere interessi che solo apparentemente hanno natura circoscritta.

Il trattamento giuridico riservato a tali contratti, sia sul piano sostanziale che sul versante delle invalidità, sebbene frammentario e disomogeneo consente comunque di affermare che la nullità, quale patologia del contratto, non è ritenuta dal legislatore necessariamente incompatibile con l'esplicazione di effetti da parte del contratto affetto da nullità.

L'impostazione accolta dal T.A.R., sebbene pienamente condivisibile nella parte in cui mette in luce la rilevanza causale che assume l'interesse pubblico nel contratto, non appare tuttavia del tutto convincente nel momento in cui qualifica la patologia che affligge il contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione in termini di nullità sopravvenuta per difetto di causa.

Secondo l'insegnamento tradizionale, invero, la nullità è un vizio genetico dell'atto, che deriva dalla contrarietà originaria del contratto con le norme imperative disciplinanti il contenuto o l'iter formativo e costitutivo. Si tratta della forma più radicale di invalidità del contratto e lo rende inefficace sin dall'origine. Per tali ragioni, si esclude l'ammissibilità di nullità c.d. sopravvenute.

Tale ricostruzione non trova smentita nelle norme, evocate dal Collegio, che individuano fattispecie di contratto radicalmente nullo al quale, però vengono annessi degli effetti.

In questi casi, invero, il legislatore si limita ad introdurre delle eccezioni alla regola della radicale e totale inefficacia del contratto nullo, ma l'invalidità del contratto è pur sempre legata ad un vizio genetico dell'atto.

Nel caso dei contratti pubblici invece, la caducazione del contratto non discende in via diretta dalla mera illegittimità dell'atto di aggiudicazione,

---

"speciali" o "di protezione". Tali ipotesi di nullità, accomunate dal fatto di svolgere un ruolo di protezione di interessi seriali o di categoria, presentano sensibili elementi di deviazione dallo schema tipico della nullità rinvenibile dagli artt. 1418-1424 c.c., in particolare laddove dimostrano la volontà del legislatore di privilegiare la conservazione del contratto riservando al solo contrante debole la legittimazione a farle valere.

ma richiede presupposti ulteriori, che devono essere verificati nel corso del giudizio.

Come si è visto, infatti, la scelta sulla dichiarazione di inefficacia dipende da valutazioni del giudice che, in caso di violazioni gravi sono legate alla tutela di interessi generali: l'art 121 co 2, c.p.a. prevede, infatti, che il contratto rimanga comunque efficace in presenza di "*esigenze imperative connesse ad un interesse generale*", tra le quali rientrano "*fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale*" .

In caso di violazioni non gravi, invece, la scelta di privare o meno di effetti il contratto è legata ad una valutazione comparativa di tutti gli interessi in conflitto, affidata ad un'ampia discrezionalità giudiziaria. In particolare, l'art. 122 c.p.a. prevede che il giudice tenga conto dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati e dello stato di esecuzione del contratto.

Alla luce di tali considerazioni, non appare quindi persuasivo il parallelismo tra le norme civilistiche richiamate dalla sentenza e gli artt. 121 ss. c.p.a.

Le prime, come affermato dallo stesso T.A.R., individuano fattispecie di contratto radicalmente nullo al quale, però vengono annessi degli effetti. Le seconde, invece, (non prevedono l'efficacia di un contratto già invalido per un vizio genetico che porta in sé, ma) ricollegano la caducazione del contratto all'esistenza di presupposti ulteriori rispetto alla mera illegittimità dell'atto di aggiudicazione, che devono essere accertati nel corso del giudizio. L'illegittimità dell'aggiudicazione è presupposto necessario, ma non sufficiente a determinare la caducazione del contratto.

A differenza di quanto sostenuto dal Collegio, sembra, quindi, che la categoria più adeguata a spiegare l'inefficacia del contratto di cui agli artt. 121 ss. c.p.a non sia la nullità, ma la risoluzione.

Ciò che segna la differenza tra invalidità e risoluzione è che, mentre la prima investe il contratto come atto, per un vizio che esso porta in sé, la seconda investe il contratto come rapporto, in presenza di un evento incompatibile con la sua attuazione. Essa si verifica, in particolare, quando il programma contrattuale non è più in grado di svolgere la propria funzione, che è quella di assicurare il soddisfacimento degli interessi dei contrenti composto nel regolamento.

Tale eventualità si verifica proprio nel caso di caducazione del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione. In questi casi, invero,

la caducazione del contratto dipende dall'esistenza di un presupposto ulteriore rispetto all'illegittimità dell'aggiudicazione, rappresentato dalla una valutazione complessiva in ordine all'incidenza di quella illegittimità sui diversi interessi coinvolti dall'esecuzione del contratto[228].

La declaratoria di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione costituisce, quindi, un'ipotesi di risoluzione giudiziale del contratto[229].

A sostegno di tale conclusione, è possibile richiamare, in primo luogo, il carattere costitutivo della pronuncia del giudice amministrativo sulla sorte del contratto. Come è stato osservato, uno dei cardini della disciplina risultante dagli artt. 121 e ss. c.p.a. è rappresentato dal rapporto intercorrente tra la pronuncia di inefficacia e l'annullamento dell'aggiudicazione, definito come una sorta di "*pregiudiziale amministrativa rispetto alla sorte del contratto*"[230].

---

[228] In dottrina, si veda G. Greco, *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 2, 236, il quale, anche prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, aveva evidenziato che "la mera illegittimità degli atti della sequenza pubblica non produce conseguenze di sorta sul contratto, se non previo annullamento della procedura", confutando così la tesi secondo cui il contratto mutuerebbe direttamente il vizio dai provvedimenti che precedono la sua stipula. Del resto, come già osservato da una parte della dottrina, è difficile ammettere una diretta trasmissione dei vizi del provvedimento sul contratto, in quanto il diritto civile e il diritto amministrativo presentano sistemi di invalidità ispirati a logiche profondamente diverse. Sul punto, si veda M. Giavazzi, *L'effetto invalidante del vizio del procedimento di evidenza pubblica sull'attività privata della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm*., 2005, 1073; G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico*, cit., 26 ss. secondo cui sembra più corretto ritenere che l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, più che incidere direttamente sul contratto "a valle", sia una vicenda che influenza l'esecuzione del negozio e, quindi, l'attuazione del programma ivi divisato".
In giurisprudenza, si veda Cons. St. sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465, in *iusexplorer.it*, secondo cui l'annullamento "non implica alcuna alterazione strutturale della fattispecie contrattuale, incidendo unicamente sulla funzione dell'atto ovvero, per meglio dire, sul momento fattuale".

[229] Sul punto, si veda M. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in *Federalismi,* 2010, 8, il quale nell'inquadrare l'inefficacia di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a, evidenzia che esistono diversi argomenti a sostegno della tesi della risoluzione. In primo luogo, il carattere costitutivo della pronuncia del giudice amministrativo sul contratto. Ancora, la tesi della risoluzione consentirebbe, da un lato, di comprendere la ragione del necessario collegamento con una domanda di parte. Al contrario, la tesi della nullità-sanzione accentua il potere officioso del giudice, in coerenza con i principi del codice civile in materia di invalidità negoziali. La tesi della risoluzione, poi, potrebbe anche giustificare meglio la conclusione secondo cui l'azione di inefficacia è sottoposta a rigorosi presupposti processuali, tra cui termini decadenziali stretti e proposizione obbligatoria nell'ambito del giudizio di annullamento dell'aggiudicazione

[230] Così G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. n. 53/2010*, cit., il quale osserva che "eventuali illegittimità della procedura, pur

Tale pronuncia, come è stato osservato, non si limita a "*fotografare un assetto di rapporti compiutamente stabilito dalla legge*", ma modifica la realtà giuridica, calibrando, se necessario, sotto il profilo temporale, gli effetti del contratto[231].

Come si è visto analizzando gli artt. 121 e ss. c.p.a. infatti, la valutazione che è chiamato ad effettuare il giudice, non si risolve nel semplice riscontro di un vizio proprio dell'atto, ma riguarda l'assetto di interessi sotteso al contratto. In particolare, il giudice, nel decidere se ed in che termini privare di effetti il contratto, verifica la persistente idoneità dello stesso contratto, a fronte dell'interesse al subentro del ricorrente che rimane estraneo ad esso, a perseguire la sua causa in concreto.

Si tratta, con tutta evidenza, di un sindacato analogo a quello riscontrabile nelle ipotesi di risoluzione giudiziale conosciute dal codice civile[232], quali la risoluzione per inadempimento e per eccessiva onerosità sopravvenuta. In questi casi, come si è visto, la risoluzione del contratto avviene solo in forza di una pronuncia del giudice che, accertati i presupposti previsti dalla legge, produce l'effetto di sciogliere il vincolo contrattuale, che, quindi, persiste fino al momento in cui la domanda di risoluzione risulta accolta[233]. Alla sentenza si riconosce, in questo caso, carattere costitutivo, in quanto è elemento necessario affinché si verifichi l'effetto giuridico della risoluzione.

4.2.5. *Osservazioni conclusive.*

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, è possibile evidenziare come le due forme di annullamento dell'aggiudicazione incidano allo stesso modo sul contratto, determinandone la risoluzione.

Tale conclusione si spiega alla luce della rilevanza causale che assume l'interesse pubblico e, quindi, alla luce della circostanza che è proprio

---

astrattamente rientranti nelle fattispecie complessive di violazioni qualificate come gravi, non producono *ex se* e cioè indipendentemente dall'annullamento, l'inefficacia del contratto".

La valorizzazione del rapporto che intercorre tra annullamento dell'aggiudicazione e declaratoria di inefficacia del contratto consente, dunque, di escludere la tesi che qualifica la sorte del contratto in termini di nullità per contrasto con norme imperative.

[231] G. Greco, *op. ult.* cit.

[232] In termini, si veda G. Gallone, *Annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, cit., 95.

[233] Si veda, *infra,* § 2.

attraverso l'esecuzione che viene curato l'interesse pubblico in vista del quale quel contratto è stato stipulato.

Tali considerazioni consentono di comprendere la ragione per cui lo scioglimento del vincolo negoziale non discende direttamente dalla mera illegittimità del provvedimento di aggiudicazione, ma richiede una verifica dell'incidenza di quella illegittimità sui diversi interessi coinvolti dall'esecuzione del contratto.

Nel caso in cui l'illegittimità dell'aggiudicazione sia stata accertata dal giudice, spetterà a quest'ultimo il compito di valutare l'opportunità del mantenimento in vita del contratto, alla luce dei parametri indicati dagli artt. 121 e 122 c.p.a.

Nel caso di annullamento in autotutela, invece, tale valutazione non può essere rimessa al giudice, in quanto il provvedimento di annullamento d'ufficio contiene già necessariamente, ai sensi dell'art. 21-*nonies*, sia l'accertamento dell'illegittimità dell'aggiudicazione, che la valutazione comparativa degli opposti interessi, all'esito della quale l'Amministrazione ritiene prevalente l'interesse all'eliminazione dell'aggiudicazione e, quindi, del contratto *medio tempore* stipulato.

Rispetto all'ipotesi di annullamento giurisdizionale, è, peraltro, diversa la modalità con cui si produce l'effetto risolutivo del contratto: nel caso di annullamento d'ufficio, questo effetto si produce *ipso iure*, mentre nel caso dell'annullamento giurisdizionale questo consegue ad una pronuncia costitutiva.

Tale differenza si spiega alla luce delle differenze tra le due forme di annullamento dell'aggiudicazione: l'annullamento giurisdizionale consegue al mero riscontro di un'illegittimità nella fase di scelta del contraente; diversamente, l'annullamento d'ufficio, presuppone, oltre all'illegittimità dell'atto, l'esistenza di un interesse pubblico attuale e concreto alla rimozione, prevalente rispetto agli altri interessi in gioco.

Tale differenza si riflette, con tutta evidenza, anche sulle modalità con cui si verifica la risoluzione: ove l'annullamento si pone come conseguenza ineluttabile dell'illegittimità, la scelta di risolvere il contratto è affidata ad una valutazione del giudice, che tenga conto dei vari interessi in gioco. Nelle ipotesi in cui invece l'annullamento richiede l'esistenza di presupposti ulteriori rispetto all'illegittimità dell'atto, l'inefficacia del contratto è conseguenza automatica di quella valutazione comparativa imposta dall'art.

21-*nonies*[234]. In questi casi, la risoluzione non consegue ad una pronuncia costitutiva del giudice, ma consegue alla scelta della p.A. di rimuovere l'aggiudicazione.

In entrambe le ipotesi, comunque, la risoluzione non consegue al mero riscontro dell'illegittimità dell'aggiudicazione, ma è legato ad una verifica dell'intero assetto di interessi sotteso al contratto e, in ultima analisi, della persistente idoneità del contratto stesso a perseguire la sua causa in concreto[235].

Tale verifica appare, del resto, funzionale ad assicurare un'attenta considerazione di tutti i diversi interessi in gioco. Da un lato, c'è l'interesse al rispetto delle regole della concorrenza, violate dall'aggiudicazione illegittima; dall'altro, vi è l'interesse alla stabilità del contratto, al quale si collega l'interesse a tutelare l'affidamento dell'impresa stipulante e l'interesse dell'Amministrazione a che le prestazioni oggetto del contratto siano eseguite senza sconvolgimenti.

---

[234] Così G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico*, cit., 37, il quale osserva che "il momento della discrezionalità, pur conservando fattezze analoghe, si sposta, nel caso dell'annullamento officioso, a monte, in sede di adozione del provvedimento di ritiro".

[235] In quest'ottica, appare particolarmente significativo anche l'art. 110 del nuovo codice dei contratti pubblici, che, occupandosi di disciplinare il momento successivo all'intervenuta risoluzione del contratto, prevede che le stazioni appaltanti interpellino progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto. Con l'interpello, quindi, si apre una nuova fase pubblicistica, appendice di quella precedente, che si conclude con un nuovo provvedimento amministrativo di affidamento "alle stesse condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta".
È interessante evidenziare che la disposizione in esame, nel prevedere il ricorso all'interpello, ne estende il campo di applicazione non solo ai casi di "risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 108 ovvero di recesso dal contratto", ma anche a quello di "dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto". E poiché tra le ipotesi di risoluzione ex art. 108 sono contemplate anche ipotesi di annullamento d'ufficio, si può affermare che l'art. 110 sia un'ulteriore conferma del fatto che, sia in caso di annullamento d'ufficio che in caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, si verifica la risoluzione del contratto pubblico.

Capitolo III

La risoluzione nel codice dei contratti pubblici del 2016

Sommario: 1. Il quadro normativo europeo: gli articoli 72 e 73 della direttiva 2014/24 UE **2.** La disciplina della fase esecutiva del contratto nel d.lgs. n. 50 del 2016 **3.** La risoluzione del contratto negli artt. 108 e 176 **3.1.** La natura giuridica delle diverse ipotesi di risoluzione **3.1.1.** La risoluzione per grave inadempimento e negligenza dell'appaltatore (art. 108, co. 3 e 4) **3.1.2.** La risoluzione per decadenza dell'attestazione di qualificazione, condanne e misure di prevenzione (art. 108, co. 2, lett a) e b) **3.1.3.** La risoluzione per modifiche sostanziali del contratto (art. 108, co. 1 lett. a) e b)) **3.1.4.** La risoluzione per illegittimità commesse in fase di aggiudicazione (art. 108, co. 1, lett. c) e d)) **4.** Osservazioni conclusive. L'annullamento d'ufficio nel settore dei contratti pubblici e le questioni aperte

1. Il quadro normativo europeo: gli articoli 72 e 73 della direttiva 2014/24 UE

Le considerazioni svolte nel precedente capitolo consentono di affermare che l'Amministrazione può sciogliersi dal vincolo negoziale non solo attraverso risoluzione per inadempimento dell'appaltatore o il diritto potestativo di recesso, ma anche attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistica sugli atti prodromici alla stipula del contratto.

Una simile conclusione, che si spiega alla luce della costante funzionalizzazione dell'azione amministrativa rispetto alla cura dell'interesse pubblico individuato dalla legge e della conseguente rilevanza causale che assume l'interesse pubblico nel contratto, trova oggi espressa conferma anche a livello normativo.

Il nuovo codice dei contratti pubblici riconosce, infatti, espressamente alla pubblica Amministrazione il potere di risolvere unilateralmente il contratto non solo in caso di inadempimento, ma anche in presenza di eventi ulteriori, legati ad illegittimità commesse in sede di affidamento o in sede di esecuzione, tali da non consentire al contratto di realizzare la funzione cui era concretamente destinato.

In questi casi, come si vedrà con maggiore dettaglio nel prosieguo, lo scioglimento del vincolo negoziale non costituisce espressione di un diritto potestativo, ma rappresenta la conseguenza dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

Prima di esaminare nel dettaglio le disposizioni del codice dei contratti pubblici, di recepimento delle direttive 2014/23 UE, 2014/24 UE e 2014/25 UE, appare utile richiamare alcune importanti innovazioni in esse contenute[236].

In particolare, merita di essere approfondita la scelta del legislatore eurounitario di porre attenzione, per la prima volta, alla fase esecutiva del contratto.

Si tratta di un'innovazione particolarmente importante, che ha segnato l'abbandono dell'impostazione tradizionale, incentrata sulla disciplina della sola fase pubblicistica di scelta del contraente; alla base di tale scelta si poneva la convinzione che fossero le fasi di preparazione ed aggiudicazione degli appalti ad incidere sull'esercizio della libera circolazione di beni e servizi e sulla libertà di stabilimento all'interno dello spazio giuridico dell'Unione[237].

Tale prospettiva appare oggi superata, grazie all'acquisita consapevolezza che anche nella fase di esecuzione del contratto possono manifestarsi gravi storture e disfunzioni, suscettibili di compromettere la realizzazione degli obiettivi cui mira la disciplina dell'evidenza pubblica.

Alla base dell'attenzione alla fase esecutiva del contratto si pone, in altri termini, la considerazione che sia proprio l'esecuzione del contratto a realizzare la cura dell'interesse pubblico di cui è portatrice l'Amministrazione e che è stato esplicitato in sede di evidenza pubblica.

In quest'ottica, si detta una disciplina innovativa, che ruota attorno a due cardini.

---

[236] Per un'analisi delle Direttive 2014/23 UE, 2014/24 UE e 2014/25 UE, si vedano C. E. Gallo, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle nuove direttive del 2014*, Torino, 2014; F. Mastragostino, *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove Direttive europee e del d.l. 90 del 2014*, Torino, 2014; C. Contessa – D. Crocco, *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee*, Roma, 2015; A. Lamorgese*, La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto di appalto con la pubblica Amministrazione*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 4, 642.

[237] In proposito, appaiono significative le conclusioni dell'Avvocato Generale Colomer, 8 novembre 2006, C-412/04, in *www.curia.eu.int*, il quale, partendo dalla premessa che l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici consiste "non soltanto nella libera circolazione dei servizi, ma anche nell'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri", sottolinea come sia "comprensibile che la normativa comunitaria si limiti a disciplinare la preparazione, la procedura e le forme di aggiudicazione degli appalti, come indicato nel titolo stesso delle direttive, in quanto si tratta delle fasi che incidono maggiormente sulla libera circolazione dei beni, sulla libertà di stabilimento, sulla libera prestazione dei servizi nonché sui principi derivanti da tali libertà" (punto 53).

Il primo è rappresentato dal rafforzamento del principio di tendenziale immodificabilità del contratto e si traduce nella rigorosa tipizzazione delle ipotesi di variante[238].

La *ratio* di tale innovazione risiede nella volontà di evitare che si realizzi, in corso di rapporto, un distacco tra l'oggetto della procedura di affidamento e l'oggetto del contratto effettivamente portato a esecuzione, che finirebbe per tradursi in un sostanziale aggiramento delle garanzie dell'evidenza pubblica.

[238] Ai sensi dell'art. 72 della direttiva 2014/24/UE "I contratti e gli accordi quadro possono essere modificati senza una nuova procedura d'appalto a norma della presente direttiva nei casi seguenti: a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche od opzioni, nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate. Esse non apportano modifiche o opzioni che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; b) per lavori, servizi o forniture supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente: i) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale; e ii) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi; Tuttavia, l'eventuale aumento di prezzo non deve eccedere il 50 % del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare la presente direttiva; c) ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: i) la necessità di modifica è determinata da circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice diligente non ha potuto prevedere; ii) la modifica non altera la natura generale del contratto; iii) l'eventuale aumento di prezzo non è superiore al 50 % del valore del contratto iniziale o dell'accordo quadro. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare la presente direttiva; d) se un nuovo contraente sostituisce quello a cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze: i) una clausola o opzione di revisione inequivocabile in conformità della lettera a); ii) all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della presente direttiva; o iii) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice stessa si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori, ove tale possibilità sia prevista dalla legislazione nazionale a norma dell'articolo 71; e) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ai sensi del paragrafo 4."

Il secondo, invece, si sostanzia nella previsione di una serie di casi di "*risoluzione*" del contratto pubblico, diversi e ulteriori rispetto a quello tradizionale del "*grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali*"[239].

In particolare l'art.73 della direttiva 2014/24/UE attribuisce alla stazione appaltante il potere di liberarsi unilateralmente dal vincolo contrattuale in presenza di alcune specifiche situazioni nelle quali risulti compromesso, per vizi genetici o illegittime modifiche sopravvenute, la *ratio* dell'evidenza pubblica[240].

Si tratta, in primo luogo, del caso in cui "*il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto*". Al fine di evitare possibili elusioni delle garanzie dell'evidenza pubblica a valle della stipula del contratto, si prevede infatti che, per le variazioni che esorbitino quelle tassativamente elencate dall'art. 72, sia obbligatorio il ricorso ad una "*nuova procedura di appalto*", obbligo la cui inosservanza è sanzionata, appunto, con la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 73[241].

In secondo luogo, viene in rilievo l'ipotesi in cui l'aggiudicatario avrebbe dovuto "*essere escluso dalla procedura di appalto*" e il caso in cui "*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*".

---

[239] Ipotesi di risoluzione già contemplata dall'art. 136, del d. lgs. n. 163 del 2006 e oggi disciplinata dall'art. 108, co. 3, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Sul punto, si veda, infra, § 3.1.1.

[240] Ai sensi dell'art. 73 della direttiva 2014/14 UE "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".

[241] Già anteriormente all'entrata in vigore delle Direttive del 2014, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nel caso *Pressetext Nachrichtenagentur*, 19 giugno 2008, C-454/06, in *Urb. app*. 2009, 22 aveva messo in evidenza che "le disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto […] quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali del contratto".

Tali norme consentono all'Amministrazione di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale – senza dover ricorrere all'Autorità giudiziaria – in situazioni in cui la realizzazione dell'interesse pubblico risulti compromessa a causa di illegittimità commesse nella fase di aggiudicazione[242].

La ragione di tali previsioni risiede, come si diceva, nella volontà di assicurare la corretta esecuzione del contratto, nella consapevolezza che la fase esecutiva del contratto rappresenta uno strumento essenziale per il perseguimento dei valori che ispirano il sistema normativo dei contratti pubblici.[243]

Nell'ottica dell'ordinamento dell'Unione europea restano, invece, indifferenti le modalità con cui la risoluzione si produce. Ciò che rileva è che alla stazione appaltante sia consentito di liberarsi unilateralmente dal vincolo contrattuale nelle ipotesi ivi indicate, al rispetto delle condizioni stabilite dal diritto nazionale[244]: la risoluzione del contratto può, dunque, derivare sia dall'esercizio di diritti potestativi di natura privatistica, che dall'annullamento d'ufficio, in virtù dell'incidenza che talune illegittimità possono sortire sulla causa concreta del contratto.

Nel rinviare ai paragrafi che seguono l'analisi delle singole ipotesi di risoluzione, si può sin d'ora evidenziare che appare agevolmente riconducibile al potere di annullamento d'ufficio l'ipotesi di risoluzione dovuta al fatto che l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara

---

242 La risoluzione del contratto, in queste ipotesi rappresenta un rimedio per ripristinare la legalità violata. In questi termini, si veda Cons. St. comm, spec. 21 marzo 2016, n. 855, che, nel commentare le tre direttive del 2014, individua quale significativa novità la "risoluzione dell'appalto, anche a distanza notevole di tempo, per stigmatizzare gravi violazioni commesse in sede di aggiudicazione".

243 Ciò emerge chiaramente dal considerando 112: "gli Stati membri dovrebbero pertanto assicurare che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la possibilità, alle condizioni stabilite dal diritto nazionale, di risolvere un contratto pubblico, durante il periodo di validità dello stesso, se così richiesto dal diritto dell'Unione". In dottrina, G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico*, cit., 53 afferma che l'art. 73 "si pone come una sorta di simmetrico, sul versante della pubblica Amministrazione, del potere attribuito al giudice nel rito speciale in materia di contratti pubblici".

244 Sul principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri si vedano D. U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea*: Paradise lost? – *Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata,* Torino, 2009; G. Vitale, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea – L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di comunitarizzazione*, Firenze, 2010; E. Cannizzaro, *Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, 3, 447; M. P. Chiti, *Towards an EU regulation on administrative procedure?*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.,* 2011, 1.

o al fatto che l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi previsti dal diritto dell'Unione.

In entrambi i casi, invero, lo scioglimento del vincolo negoziale consegue al riscontro di una violazione delle norme che presiedono alla scelta del contraente, che si è tradotta nell'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione[245].

Ancora, appare riconducibile ad ipotesi di annullamento d'ufficio anche l'ipotesi della risoluzione a seguito di modifiche sostanziali che avrebbero imposto un nuovo appalto. Anche in questi casi, infatti, la risoluzione rappresenta una reazione a fronte del mancato rispetto delle regole che impongono una nuova procedura di gara in presenza di modiche sostanziali del contratto originariamente pattuito[246].

Le nuove ipotesi di risoluzione del contratto e, in termini più generali, le altre norme che disciplinano la fase di esecuzione del contratto presentano profili di interesse sotto diversi profili.

In primo luogo, consentono di superare la netta contrapposizione tra la fase dell'evidenza pubblica, connotata da poteri pubblicistici, e quella dell'esecuzione del contratto, impostata sul principio della parità delle parti contraenti, a favore invece di una lettura unitaria, funzionale ad assicurare l'obiettivo della corretta esecuzione del contratto e a garantire la massima tutela della *ratio* sottesa alla procedura di evidenza pubblica[247].

È evidente, infatti, che i suddetti valori rischiano di essere frustrati non solo nella fase iniziale, di affidamento della gara, ma anche in sede di esecuzione del contratto, ad esempio attraverso modifiche sostanziali del contratto originariamente pattuito. Può accadere, inoltre, che illegittimità commesse in fase di aggiudicazione della gara emergano solo in un momento successivo alla stipula del contratto.

In simili casi, la necessità di assicurare un'effettiva tutela degli interessi cui mira il procedimento di evidenza pubblica rende dunque necessario

---

[245] In questi termini M.A. Sandulli – M. Sinisi, *Risoluzione del contratto e autotutela pubblicistica*, in (a cura di) M.A. Sandulli, R. De Nictolis, *Trattato dei contratti pubblici*, cit.; R. De Nictolis, *L'autotutela provvedimentale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico*, cit. Sul punto, si rinvia a quanto verrà illustrato, *infra*, in § 3.1.4.

[246] M.A. Sandulli, *Risoluzione del contratto e autotutela pubblicistica*, cit. Sul punto, si veda *infra*, § 3.1.3.

[247] Che risiede, come si è visto, nella volontà di evitare che i soggetti pubblici possano alterare il gioco della concorrenza, distribuendo opportunità economiche sul mercato senza seguire criteri di competitività ed efficienza. Sul punto, si veda, *infra,* Cap. I.

consentire alla stazione appaltante di sciogliersi dal vincolo negoziale, senza previo ricorso all'Autorità giudiziaria.

Sotto altro profilo, la prospettiva accolta a livello eurounitario e recepita nel nuovo codice dei contratti pubblici appare particolarmente interessante, in quanto conferma l'impossibilità di relegare l'interesse pubblico all'esterno della vicenda contrattuale: l'attenzione alla fase esecutiva dimostra, in particolare, che l'interesse pubblico non rimane mero motivo individuale dell'Amministrazione contraente, ma contribuisce a definire la concreta ragione giustificatrice del contratto.

Tale prospettiva conferma, infine, che i poteri di autotutela pubblicistica sopravvivono alla stipula del contratto, con l'effetto di determinare lo scioglimento del vincolo negoziale.

A sostegno di tale conclusione è possibile oggi richiamare proprio l'art. 73, che riconosce espressamente alla pubblica Amministrazione la possibilità di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale non solo nel caso di inadempimento, ma anche in presenza di eventi ulteriori, legati ad illegittimità commesse in sede di affidamento o in sede di esecuzione, tali da non consentire al contratto di realizzare la funzione cui era concretamente destinato.

Tale previsione assume rilievo non solo sul piano sostanziale, ma anche sul versante processuale, in quanto incide sul tema del riparto della giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici.

2. La disciplina della fase esecutiva del contratto nel d.lgs. n. 50 del 2016

La rilevanza della fase esecutiva del contratto emerge con chiarezza nel nuovo codice dei contratti pubblici, che dedica all'esecuzione dell'appalto l'intero titolo V della parte I (artt. 100-113) e all'esecuzione della concessione gli artt. 174-178.

Come si è avuto modo di evidenziare nel precedente paragrafo, la *ratio* dell'attenzione riservata alla fase esecutiva risiede nella consapevolezza che solo una corretta esecuzione del contratto è in grado di assicurare l'effettività dei valori sottesi alla procedura di evidenza pubblica.

In questo senso, emerge anzitutto l'esigenza di evitare che operazioni compiute in sede di esecuzione frustrino l'obiettivo cui mirano le norme dell'evidenza pubblica, da identificarsi nella tutela della concorrenza.

A tal fine, vengono previsti limiti al potere di modifiche soggettive del rapporto contrattuale. In quest'ottica, si comprende il generalizzato divieto di cessione del contratto a terzi e la tipizzazione dei casi di subappalto consentito[248].

Sotto altro profilo, emerge la volontà di contemperare il principio di stabilità del contratto con la natura pubblica dell'interesse che ha condotto l'Amministrazione alla stipula del contratto.

Il delicato bilanciamento tra interesse pubblico e intangibilità del contratto viene realizzato prevedendo una disciplina della fase esecutiva che si discosta sensibilmente dal paradigma di diritto comune.

Nel riservare ai paragrafi successivi l'analisi delle regole sulla risoluzione, appare utile in questa sede esaminare le altre norme che disciplinano l'esecuzione dei contratti pubblici.

In proposito, risulta significativa l'introduzione dell'istituto della "sospensione" del contratto. L'art. 107 attribuisce all'Amministrazione la possibilità di sospendere temporaneamente l'esecuzione del contratto, in presenza di "*circostanze speciali che inibiscono in via temporanea che i lavori procedano a regola d'arte*" o comunque "*per ragioni di necessità o pubblico interesse*"[249].

---

[248] In base all'art. 105, d. lgs. 50/2016: "I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d). E' ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. (…)".
Sul subappalto, si veda, G.A. Giuffrè, *Il subappalto dei contratti pubblici tra autonomia imprenditoriale e limiti di interesse pubblico*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2018, 1, 85 ss.
Sulla cessione del contratto in ambito civilistico (in cui vige il principio generale della libera cedibilità del contratto, sino alla completa esecuzione delle prestazioni), si vedano, per tutti C. M. Bianca, *Diritto civile*, *Il contratto*, vol. III, cit., 716 ss; R. Giovagnoli, *Il contratto*, 481-491.

[249] L'art. 107, specifica, poi, che "Qualora la sospensione, o le sospensioni, durino per un periodo di tempo superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi, o comunque quando superino sei mesi complessivi, l'esecutore può chiedere la risoluzione del contratto senza indennità; se la stazione appaltante si oppone, l'esecutore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti. Nessun indennizzo è dovuto all'esecutore negli altri casi. La sospensione è disposta per il tempo strettamente necessario. Cessate le cause della

Si tratta di una prerogativa particolarmente rilevante riconosciuta alla stazione appaltante, che non trova un corrispondente nella disciplina generale del contratto e che si distingue rispetto all'art. 1461 c.c., ove la sospensione è ammessa nel caso di mutamento della situazione patrimoniale della controparte e non riguarda l'intero contratto, ma la sola prestazione dovuta dal contraente[250].

Quanto alla natura giuridica di tale istituto, si può affermare che viene in rilievo uno strumento di autotutela privata, con finalità manutentive del contratto, posto a presidio della posizione della pubblica Amministrazione.

A fronte dell'esercizio di tale diritto potestativo, è riconosciuta al contraente privato la facoltà di chiedere una proroga del termine di

---

sospensione, il RUP dispone la ripresa dell'esecuzione e indica il nuovo termine contrattuale. Ove successivamente alla consegna dei lavori insorgano, per cause imprevedibili o di forza maggiore, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori, l'esecutore è tenuto a proseguire le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili, dandone atto in apposito verbale. Le contestazioni dell'esecutore in merito alle sospensioni dei lavori sono iscritte a pena di decadenza nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che per le sospensioni inizialmente legittime, per le quali è sufficiente l'iscrizione nel verbale di ripresa dei lavori; qualora l'esecutore non intervenga alla firma dei verbali o si rifiuti di sottoscriverli, deve farne espressa riserva sul registro di contabilità. Quando la sospensione supera il quarto del tempo contrattuale complessivo il responsabile del procedimento dà avviso all'ANAC. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'ANAC irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo. L'esecutore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato può richiederne la proroga, con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale. In ogni caso la sua concessione non pregiudica i diritti spettanti all'esecutore per l'eventuale imputabilità della maggiore durata a fatto della stazione appaltante. Sull'istanza di proroga decide il responsabile del procedimento, sentito il direttore dei lavori, entro trenta giorni dal suo ricevimento. L'esecutore deve ultimare i lavori nel termine stabilito dagli atti contrattuali, decorrente dalla data del verbale di consegna ovvero, in caso di consegna parziale dall'ultimo dei verbali di consegna. L'ultimazione dei lavori, appena avvenuta, è comunicata dall'esecutore per iscritto al direttore dei lavori, il quale procede subito alle necessarie constatazioni in contraddittorio. L'esecutore non ha diritto allo scioglimento del contratto né ad alcuna indennità qualora i lavori, per qualsiasi causa non imputabile alla stazione appaltante, non siano ultimati nel termine contrattuale e qualunque sia il maggior tempo impiegato. Nel caso di sospensioni totali o parziali dei lavori disposte dalla stazione appaltante per cause diverse da quelle di cui ai commi 1, 2 e 4, l'esecutore può chiedere il risarcimento dei danni subiti, quantificato sulla base di quanto previsto dall'articolo 1382 del codice civile e secondo criteri individuati nel decreto di cui all'articolo 111, comma 1. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai contratti relativi a servizi e forniture".

[250] L'art. 1461 c.c. stabilisce, infatti, che "ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia".

ultimazione dei lavori, nonché di reagire ottenendo la risoluzione del contratto, nonché il ristoro dei danni eventualmente patiti, quantificato sulla base di quanto previsto dall'art. 1382 c.c. per la clausola penale[251].

Nell'ambito della fase esecutiva del contratto viene disciplinato anche il recesso *ad nutum* della stazione appaltante.

In proposito, l'art. 109, riproducendo sostanzialmente la formulazione dell'art. 134 del vecchio codice, riconosce alla p.A. il diritto di "*recedere dal contratto in qualunque momento previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite*".

Si tratta dunque di una disciplina sostanzialmente analoga a quella prevista dall'art. 1671 c.c. nell'appalto privato: in entrambi i casi il committente può recedere *ad nutum* dal rapporto contrattuale, venuto meno il suo interesse alla prosecuzione del rapporto stesso. Al contempo, si prevede che la parte che esercita tale diritto sia sempre chiamata a sopportare le conseguenze patrimoniali della propria scelta: al prestatore dell'attività non solo è riconosciuto il corrispettivo per quanto già eseguito, ma anche il guadagno che avrebbe ritratto dall'esecuzione così come originariamente convenuta.

La *ratio* di tale recesso, che presuppone sempre il versamento di un corrispettivo, pari al danno emergente e al lucro cessante, è ravvisabile nella necessità di garantire un'ottimale allocazione delle risorse. Nei casi in cui la prestazione non risulta più utile, l'ordinamento ritiene preferibile che la parte si liberi della stessa (pur pagando) e che l'altra ottenga un guadagno inferiore, ma con la possibilità di utilizzare quelle stesse risorse non impiegate per altri fini[252].

Così definita la *ratio* e i presupposti di tale forma di recesso, si comprende la scelta del legislatore di dedicare a tale istituto una disciplina distinta da quella risoluzione.

In questo senso, non appare persuasiva la tesi secondo cui, data la qualificazione in termini di recesso delle ipotesi di cui all'art. 108, co. 1, lett.

---

[251] Tale norma prevede che "la clausola, con cui si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore. La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno". Salva l'ipotesi in cui la penale sia stata stipulata per il ritardo, il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale. (art. 1383 c.c.)

[252] Sul punto, si rinvia a quanto più diffusamente illustrato, *infra*, Cap. II, § 4.1.2.

a) e b), sarebbe stato preferibile accorpare tutte le ipotesi di recesso in un unico articolo[253].

Tale conclusione non appare pienamente persuasiva in quanto, come si vedrà con maggiore dettaglio nel prosieguo, le ipotesi sopra richiamate non appaiono effettivamente inquadrabili nella categoria del recesso privatistico, ma risultano riconducibili a fattispecie di annullamento d'ufficio. In questi casi, invero, la risoluzione rappresenta la reazione al mancato rispetto delle regole che vietano modifiche dell'oggetto del contratto al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 106[254].

3. La risoluzione del contratto negli artt. 108 e 176 del d. lgs. n. 50/2016

Tra le norme dedicate all'esecuzione del contratto viene poi in rilievo l'art. 108, che, come si è detto, sotto la rubrica "risoluzione" prevede una serie di fattispecie fortemente eterogenee, il cui unico comune denominatore è rappresentato dal riflesso sul vincolo contrattuale[255]: in tutte le ipotesi descritte dall'art. 108, infatti, si determina lo scioglimento del contratto.

Anzitutto, si può notare una distinzione tra casi in cui la risoluzione è facoltativa e ipotesi di risoluzione obbligatoria.

Lo scioglimento del contratto è facoltativo, in primo luogo, nel caso in cui risultino travalicati i limiti posti dall'art. 106 in tema di modifica del contratto in corso di esecuzione.

In esecuzione delle direttive del 2014, tale disposizione prevede, infatti, un'analitica disciplina dei poteri di modifica del contenuto del regolamento contrattuale. Come regola generale si stabilisce che, salve alcune ipotesi tassativamente elencate, la modifica del contratto non solo deve essere

---

253 Si tratta della tesi sostenuta in dottrina da G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico*, cit., 67-68, il quale, partendo dalla premessa che sia il recesso che la risoluzione incidono allo stesso modo sul vincolo contrattuale, sostiene che sarebbe stato "più coerente con le finalità di semplificazione e snellimento che animavano la delega l'accorpamento in un'unica *sedes* di tutte queste ipotesi, pur consentendosi tra esse una differenziazione in punto di regime applicabile". Questa ricostruzione – prosegue l'Autore – "sarebbe risultata preferibile anche in considerazione della qualificazione, in termini di recesso, di alcune ipotesi di risoluzione contemplate dall'art. 108".

254 Sul punto, si veda *infra*, § 3.1.3.

255 La scelta di disciplinare in un unico articolo fattispecie così eterogenee è stata oggetto di critiche da parte del Consiglio di Stato, che, nel parere della commissione speciale 1 aprile 2016, n. 855, afferma che: "la tecnica di accorpare in un unico lungo articolo le disposizioni dapprima racchiuse in distinti articoli, aggiungendovi altresì ulteriori ipotesi di derivazione comunitaria, comporta non una semplificazione normativa ma una maggiore difficoltà di lettura della disciplina".

necessariamente autorizzata dal Responsabile Unico del Procedimento, ma impone l'obbligo di indire una nuova procedura di affidamento.

Si tratta, con tutta evidenza, di una regola profondamente diversa rispetto a quella prevista dall'art. 1659 c.c., che dispone, da un lato, che il committente privato possa modificare anche sostanzialmente natura e caratteristiche essenziali dell'oggetto delle prestazioni dovute dall'appaltatore, laddove questi presti il proprio consenso e, dall'altro, che lo stesso committente sia titolare del diritto potestativo di imporre l'esecuzione delle variazioni al progetto che ritenga opportune, nel limite di un sesto del prezzo originario[256].

La *ratio* di tale regime differenziato risiede nelle peculiarità che contraddistinguono i contratti pubblici. Modificare un contratto già stipulato con un soggetto pubblico implica, infatti, non solo cambiare le regole di un rapporto che già lega l'Amministrazione ad un determinato contraente privato, ma significa anche eludere le garanzie dell'evidenza pubblica, laddove le modifiche apportate siano così rilevanti da stravolgere i termini dell'aggiudicazione. In questa prospettiva, si comprende la ragione per cui l'art. 108 prevede la risoluzione del contratto nelle ipotesi di inosservanza delle norme che vietano modifiche sostanziali in assenza di una nuova gara[257].

Appartengono alla categoria della risoluzione facoltativa anche le fattispecie contemplate dalle lett. c) e d).

La prima attiene al caso in cui l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, essendosi trovato, al momento dell'aggiudicazione, "*in una delle situazioni dell'art. 80, comma 1*", mentre la seconda – riproducendo integramente la lett. c) dell'art. 73 della direttiva 2014/24/UE – si riferisce

---

256 L'art. 1659 c.c. dispone, infatti, che: "L'appaltatore non può apportare variazioni alle modalità convenute dell'opera se il committente non le ha autorizzate. L'autorizzazione si deve provare per iscritto. Anche quando le modificazioni sono state autorizzate, l'appaltatore, se il prezzo dell'intera opera è stato determinato globalmente, non ha diritto a compenso per le variazioni o per le aggiunte, salvo diversa pattuizione".
Sulla base di tale norma si è evidenziato che, a differenza delle ipotesi di scioglimento del vincolo negoziale, che si caratterizzano per la presenza di poteri particolarmente penetranti in capo al committente pubblico, il potere di incidere unilateralmente sull'oggetto del contratto è più incisivo per il committente privato. Sul punto, si veda S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 556-560.

257 Più nel dettaglio, si distinguono le ipotesi in cui il contratto abbia "subito una modifica sostanziale" (lett. a), in sé sempre vietata, da quelle in cui la modifica, pur in astratto consentita ai sensi dell'art. 106, co.1, lett. b), c) ed e), abbia tuttavia determinato il superamento delle soglie previste dalla legge o dalle stesse amministrazioni aggiudicatrici. Sul punto, si rinvia a quanto verrà più diffusamente illustrato *infra*, § 3.1.3.

all'ipotesi in cui "*l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai Trattati*", purché detta inosservanza sia stata accertata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea all'esito di una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE[258].

Si tratta di una previsione di particolare rilievo, che, come si avrà modo di illustrare in seguito, incide anche sulla questione del rapporto tra autotutela e diritto dell'Unione europea.

La risoluzione è, invece, obbligatoria, nel casi contemplati dall'art. 108, co. 2, che, riprendendo in parte il vecchio art. 135 del d. lgs. 163/2006, prevede l'obbligo per la stazione appaltante di risolvere il contratto ove nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta "*la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci*" ovvero sia intervenuto "*un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione*" o, infine, sia intervenuta "*sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'art. 80*".

L'ultimo nucleo di disposizioni prevede, infine, la risoluzione per inadempimento dell'appaltatore. In particolare, il co. 3 si riferisce al caso di "*grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore*", mentre il successivo co. 4 prende in considerazione l'ipotesi in cui "*l'esecuzione delle prestazioni ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto*".

In entrambe le ipotesi, è previsto un meccanismo di contestazione degli addebiti all'appaltatore e l'assegnazione di un termine per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento. Una volta acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero una volta che sia scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante, su proposta del responsabile del procedimento, dichiara risolto il contratto[259].

Nell'ambito delle norme che disciplinano la risoluzione merita, infine, di essere segnalato anche l'art. 110, che, nell'occuparsi di disciplinare la fase successiva all'intervenuta risoluzione del contratto[260], prevede che le stazioni

---

[258] A questa fattispecie il legislatore aveva originariamente previsto anche l'ulteriore caso in cui l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in ragione di una violazione del d. lgs. 50/2016 accertata con sentenza del giudice nazionale passata in giudicato. Questo inciso è stato tuttavia soppresso dall'art. 72, co. 1, lett. a), d.lgs. 56/2017. Sul tema, si veda, *infra*, § 3.1.3.

[259] Sul punto, si rinvia al § 3.1.1.

[260] L'art. 110 prevede, in particolare, che "Fatto salvo quanto previsto ai commi 3 e seguenti, le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo,

appaltanti interpellino progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto.

Con l'interpello, si apre, dunque, una nuova fase pubblicistica, appendice di quella precedente, che si conclude con un nuovo provvedimento amministrativo di affidamento "*alle stesse condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta*".

È interessante evidenziare che la disposizione in esame, nel prevedere il ricorso all'interpello, ne estende il campo di applicazione non solo ai casi di "*risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 108 ovvero di recesso dal contratto*", ma anche a quello di "*dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto*". E poiché tra le ipotesi di risoluzione *ex* art. 108 sono contemplate anche ipotesi di annullamento d'ufficio, si può affermare che l'art. 110 sia un'ulteriore conferma del fatto che, sia in caso di annullamento d'ufficio che in caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, si verifica la risoluzione del contratto[261].

3.1. *La natura giuridica delle diverse ipotesi di risoluzione*

La ricognizione delle fattispecie contemplate dall'art. 108 ha evidenziato come la risoluzione dei contratti pubblici sia legata al verificarsi di presupposti profondamente diversi l'uno dall'altro.

L'estrema eterogeneità delle ipotesi previste dal codice impone quindi un ulteriore approfondimento.

---

ovvero di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108 ovvero di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-*ter*, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture. L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta. (…) L'ANAC può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che l'impresa in concordato si avvalga di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione quando l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida (…)".

[261] Sul punto, si rinvia alle considerazioni svolte *infra*, in Cap. II, § 4.2.3 e 4.2.4.

Nei paragrafi che seguono verranno quindi analizzate dapprima le ipotesi di risoluzione "tradizionali", già contemplate dal vecchio codice, ossia la risoluzione per grave inadempimento e negligenza dell'appaltatore e la risoluzione per decadenza dell'attestazione di qualificazione, condanne e misure di prevenzione. Successivamente, verrà posta l'attenzione sulle nuove ipotesi di risoluzione, introdotte per effetto delle direttive del 2014 sopra esaminate.

Queste ultime presentano profili di particolare interesse, in quanto sollevano diversi interrogativi in ordine alla reale natura giuridica del potere esercitato dalla stazione appaltante. Anticipando quanto verrà illustrato nel prosieguo, in questi casi lo scioglimento del vincolo negoziale non consegue all'esercizio di poteri di autotutela privata da parte della stazione appaltante, ma rappresenta, piuttosto, la conseguenza dell'esercizio di poteri di autotutela pubblicistica.

Tale conclusione assume particolare rilievo sia dal punto di vista sostanziale che processuale.

Sotto il primo profilo, ricondurre talune ipotesi di risoluzione ai poteri di autotutela pubblicistica ne impone la soggezione ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento, buona fede, correttezza, che governano l'azione amministrativa[262]. Sul piano processuale, l'inquadramento in termini pubblicistici consente di affermare che sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie che investono le modalità di esercizio di tale poteri.

3.1.1. *La risoluzione per grave inadempimento e negligenza dell'appaltatore (art. 108, co. 3 e 4)*

L'art. 108 disciplina, ai commi 3 e 4, due tradizionali ipotesi di risoluzione: la prima, connessa a comportamenti dell'appaltatore integranti grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali, che siano di rilievo tale da compromettere la buona riuscita dei lavori; la seconda legata a ritardi

[262] M.A. Sandulli – M. Sinisi, *Risoluzione del contratto e autotutela pubblicistica*, cit. in cui si evidenzia la necessità di interpretare le ipotesi di risoluzione riconducibili all'esercizio di poteri di autotutela pubblicistica in maniera tassativa e "con il massimo rigore, onde evitare che il potere sconfini in arbitrio e/o che la giurisprudenza si spinga verso ipotesi 'creative', in violazione dei canoni di certezza del diritto e di primato delle leggi che caratterizzano lo Stato costituzionale di diritto":

imputabili a negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto[263].

Nel primo caso, l'accertamento dell'inadempimento è inizialmente rimesso al direttore dei lavori, che redige una relazione particolareggiata, destinata al responsabile del procedimento. Lo stesso direttore dei lavori deve poi procedere alla contestazione degli addebiti dell'appaltatore, assegnando a questi un termine non inferiore ai quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni.

Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante, su proposta del RUP, dichiara risolto il contratto[264].

Il comma 4, che prende, invece, in considerazione l'ipotesi in cui l'esecuzione delle prestazioni ritardi per grave negligenza dell'appaltatore, prevede che il direttore dei lavori assegni all'appaltatore un termine, di regola non inferiore a dieci giorni, entro il quale l'appaltatore è tenuto ad eseguire le prestazioni. Decorso inutilmente tale termine, la stazione appaltante risolve il contratto, "*fermo restando il pagamento delle penali*"[265]

A differenza delle fattispecie che verranno esaminate in seguito, in questi casi non emergono dubbi in ordine alla qualificazione di tali ipotesi di risoluzione in termini privatistici. Viene in rilievo, infatti, l'esercizio di un diritto potestativo, espressione del potere di autotutela privatistica, mediante il quale l'Amministrazione fa valere le conseguenze derivanti

---

[263] Si tratta di ipotesi di risoluzione che riproducono, con qualche variazione, l'art. 136 del vecchio codice. Sul tema, si veda, *infra,* Cap. II, § 3.1.

[264] L'art. 108, co. 3, dispone espressamente che: "il direttore dei lavori o il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato, quando accerta un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore. Egli formula, altresì, la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento. Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dichiara risolto il contratto".

[265] In particolare, ai sensi dell'art. 108, co. 4, "Qualora, al di fuori di quanto previsto al comma 3, l'esecuzione delle prestazioni ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto, il direttore dei lavori o il responsabile unico dell'esecuzione del contratto, se nominato gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, entro i quali l'appaltatore deve eseguire le prestazioni. Scaduto il termine assegnato, e redatto processo verbale in contraddittorio con l'appaltatore, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante risolve il contratto, fermo restando il pagamento delle penali".

dall'inadempimento o dalla negligenza del privato alle obbligazioni assunte al momento della stipula del contratto[266].

Esaminando nel dettaglio le due diverse ipotesi, si può evidenziare che il comma 3 precisa che l'inadempimento che consente la risoluzione deve essere di rilievo tale da compromettere la buona riuscita dei lavori.

Tale regola, che evoca l'inadempimento "*di non scarsa importanza*" richiesto dall'art. 1453 c.c., si spiega nell'ottica di proporzionalità: sarebbe, infatti, sproporzionato sciogliere il vincolo contrattuale nei casi in cui l'inadempimento non risulti particolarmente significativo. Similmente a quanto accade nella disciplina generale del contratto, si vuole dunque salvaguardare la stabilità del vincolo negoziale contro tentativi di scioglimento del contratto ingiustificati e pretestuosi.

Esiste, tuttavia, una rilevante differenza tra la risoluzione per inadempimento di cui all'art. 1453 c.c. e quella disciplinata dal codice dei contratti pubblici. Nel primo caso, lo scioglimento del contratto si produce per effetto della sentenza costitutiva che accoglie la domanda di risoluzione: si rafforza così la cogenza del vincolo contrattuale, perché la scelta di conservare o meno il contratto non è rimessa alla piena disponibilità delle parti, ma è assoggettata al controllo pubblico esercitato dal giudice. Nel secondo caso, invece, viene in rilievo un'ipotesi di risoluzione di diritto: il contratto si scioglie per una manifestazione di volontà della stazione appaltante, senza bisogno di una pronuncia giudiziale, la quale avverrà, eventualmente, per accertare e dichiarare la risoluzione già prodotta[267].

È tuttavia particolarmente significativo notare come il legislatore, nel riconoscere alla stazione appaltante l'esercizio di tale diritto potestativo, abbia al contempo previsto uno specifico procedimento che il committente pubblico è tenuto a rispettare per disporre unilateralmente la risoluzione. Vengono introdotti, in questo modo, dei limiti all'esercizio del diritto potestativo dell'Amministrazione.

Guardando all'ipotesi contemplata dal comma 4, si può notare come anche in tal caso venga in rilievo un'ipotesi di ipotesi di risoluzione di diritto. In particolare, si tratta di un rimedio analogo alla diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c[268].

---

[266] Sulla natura giuridica della risoluzione per inadempimento dell'appaltatore, si veda anche, *infra,* Cap. II, § 3.1.

[267] Sulla distinzione tra risoluzione giudiziale e risoluzione di diritto, si rinvia a quanto precedentemente esposto*, infra,* Cap. II, § 2.

[268] Ai sensi dell'art. 1454 c.c. "Alla parte inadempiente l'altra può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto

Similmente a quanto previsto in ambito civilistico, invero, la risoluzione si configura come l'espressione di un diritto potestativo attribuito *ex lege* al creditore, che ha così la possibilità di provocare unilateralmente lo scioglimento del rapporto, introducendo un termine di adempimento, aggiuntivo rispetto a quello eventualmente originariamente previsto[269].

La dichiarazione deve contenere necessariamente l'intimazione ad adempiere, la determinazione del termine concesso al debitore e la menzione dell'effetto risolutivo per il caso in cui, entro il termine stabilito dal creditore, il debitore non adempia l'obbligazione.

Ci si potrebbe domandare se, una volta decorso inutilmente il termine, l'Amministrazione possa comunque richiedere all'appaltatore l'adempimento della prestazione.

Tale questione potrebbe porsi in quanto l'art. 108, co. 4 sembra collegare la risoluzione del contratto non solo all'inutile decorso del termine contenuto nella diffida (come prevede l'art. 1454 c.c.), ma alla redazione di apposito processo verbale, in contraddittorio con l'appaltatore. Valorizzando tale circostanza, si potrebbe sostenere che, anche a seguito della diffida, permanga in capo all'Amministrazione il potere di disporre dell'effetto risolutivo del contratto e che, quindi, quest'ultima potrebbe comunque richiedere all'appaltatore l'adempimento della prestazione[270].

Con riferimento all'istituto della diffida di cui all'art. 1454 c.c., la giurisprudenza ha invece affermato che è inammissibile una rinuncia all'effetto risolutivo proprio della diffida, trattandosi di effetto, per volontà del legislatore, sottratto alla disponibilità del contraente.

---

termine, il contratto s'intenderà senz'altro risoluto. Il termine non può essere inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore. Decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risoluto di diritto.

[269] Secondo la tesi prevalente, avallata anche dalle Sezioni unite (Cass. sez. un. 15 giugno 2010, n. 14292) la diffida ad adempiere ha natura negoziale: si tratta di una manifestazione di volontà consistente nell'esplicazione di un potere unilaterale di disposizione della sorte di un rapporto negoziale, di per sé idonea ad incidere direttamente nella realtà giuridica, poiché dà luogo all'automatica risoluzione *ipso iure* del vincolo sinallagmatico, senza necessità di una pronuncia giudiziale nel caso di inutile decorso del termine assegnato all'altra parte.

[270] In questi termini, con riferimento alla previgente disciplina, si veda A.M. Giampaolino, *La risoluzione del contratto*, cit. 3683, secondo cui "mentre gli ordinari strumenti civilistici prevedono che il contratto è risoluto di diritto", l'art. 136 "fa comunque salva la decisione dell'amministrazione di tenere in vita il contratto di appalto, al fine esclusivo della tempestiva ed economica realizzazione dell'opera pubblica".

A sostegno di tale tesi, viene richiamato, anzitutto, il tenore letterale dell'art. 1454 c.c., che collega alla inutile scadenza del termine contenuto nella diffida un effetto automatico, verificandosi la risoluzione allo spirare del termine indicato dal diffidante.

In secondo luogo, la perdurante disponibilità dell'effetto risolutorio in capo alla parte non inadempiente risulterebbe – in assenza di limiti – operante *sine die*, in evidente contrasto con gli analoghi meccanismi di risoluzione legale collegati al termine essenziale e al relativo adempimento tardivo.

Un ulteriore argomento a sostegno della inammissibilità di una rinuncia all'effetto risolutivo è dato, infine, dall'art. 1453 c.c. che preclude al creditore che abbia domandato la risoluzione di mutare la domanda, chiedendo l'adempimento della prestazione. La *ratio* di tale previsione appare finalizzata a tutelare la parte non inadempiente che, assoggettata ad un'iniziativa volta alla caducazione del contratto, non può più essere destinataria di una successiva richiesta di adempimento, in quanto potrebbe porsi del tutto legittimamente nella condizione di non poter adempiere. Se la proposizione della domanda di risoluzione implica l'assenza di un interesse del creditore all'adempimento e il conseguente "diritto" del debitore di non adempiere, non vi è motivo di ritenere che la medesima *ratio* non debba informare anche la speculare vicenda della diffida ad adempiere. In entrambi i casi, invero, il creditore ha manifestato espressamente il proprio disinteresse all'adempimento.

In conclusione, si può affermare che le fattispecie contemplate dai commi 3 e 4 individuano diritti potestativi, espressione di poteri di autotutela privatistica, riconosciuti all'Amministrazione in qualità di parte del rapporto contrattuale, in vista dell'interesse pubblico alla sollecita esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del contratto.

In particolare, si tratta di poteri di autotutela privatistica mediante i quali, nell'ambito di un rapporto ormai paritetico, l'Amministrazione fa valere le conseguenze derivanti dall'inadempimento o dalla negligenza del privato alle obbligazioni assunte al momento della stipula del contratto.

Ne deriva, sul piano processuale, che eventuali contestazioni che investono l'esercizio di tale forma di autotutela sono sottratte alla giurisdizione del giudice amministrativo e sono devolute a quella del giudice ordinario.

3.1.2. *La risoluzione per decadenza dell'attestazione di qualificazione, condanne e misure di prevenzione (art. 108, co. 2, lett a) e b)*

L'art. 108, co. 2, riprendendo in parte il disposto del vecchio art. 135 d. lgs. 163/2006, prevede l'obbligo per la stazione appaltante di risolvere il contratto ove nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta o "*la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci*" (lett. a) ovvero sia intervenuto "*un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione*" o, ancora, sia intervenuta una "*sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'art. 80*" (lett. b)[271].

In entrambe le ipotesi, lo scioglimento del vincolo contrattuale rappresenta, in senso lato, una reazione ad un comportamento illecito dell'appaltatore. Per questa ragione, il legislatore, a differenza delle fattispecie che verranno esaminate in seguito, ha disposto che in questi casi lo scioglimento del contratto sia un atto dovuto e non possa essere rimesso ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante. La risoluzione risulta, quindi, legata al solo dato oggettivo dell'intervenuta decadenza dell'attestazione o dell'intervenuta applicazione di una misura di prevenzione o di una sentenza di condanna per uno dei reati di cui all'art. 80.

In particolare, guardando all'ipotesi contemplata dalla lett. a), sembra emergere che il presupposto principale preso in considerazione sia quello della decadenza dall'attestazione SOA prevista per gli appalti di lavori[272]. Quest'ultima, tuttavia, non rappresenta tuttavia il presupposto esclusivo, in quanto l'art. 108 si applica anche nei settori speciali, caratterizzati da altri sistemi di qualificazione. Si deve ritenere, quindi, che sia causa di risoluzione anche la decadenza da attestazioni di qualificazione diverse da quelle SOA, come, ad esempio, quella rilasciata dal Ministero dei trasporti per il contraente generale e quelle previste per servizi e forniture[273].

---

[271] Ai sensi dell'art. 108, co.2 "Le stazioni appaltanti devono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di efficacia dello stesso qualora: a) nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci; b) nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'articolo 80".

[272] L'art. 84, d. lgs. n. 50 del 2016 prevede in proposito che "i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, provano il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 83, mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC (…)"

[273] Per queste ultime, l'art. 90 prevede che "Gli operatori economici iscritti in elenchi ufficiali di imprenditori, fornitori o prestatori di servizi o che siano in possesso di una certificazione rilasciata da organismi accreditati per tali certificazioni (…) possono

Dalla lettura dell'art. 108, co. 2, lett. a), sembra emergere che la decadenza dell'attestazione di qualificazione debba riguardare accadimenti relativi a quello specifico contratto. Viene in rilievo, in altri termini, una condotta tenuta dall'operatore economico nella fase pubblicistica di scelta del contraente, che ha determinato l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione. Quest'ultima, infatti, è stata adottata sulla base di documenti non autentici.

Valorizzando tale aspetto, si potrebbe ricondurre la risoluzione in esame alla categoria dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione[274]. Si potrebbe ritenere che venga in rilievo un'ipotesi di annullamento d'ufficio doveroso, fondato sull'esigenza di tutelare l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata.

Appare, tuttavia, maggiormente convincente la tesi che riconduce la risoluzione in esame alla categoria della decadenza[275]: si tratta, in particolare, di un'ipotesi di decadenza per originaria insussistenza dei presupposti necessari alla regolarità del rapporto[276].

Dalla lettura di tale disposizione emerge infatti, come si è detto, l'intenzione del legislatore di legare lo scioglimento del rapporto contrattuale all'accertamento di condotte illecite dell'operatore economico tenute nell'ambito della specifica procedura di affidamento e che hanno consentito allo stesso il conseguimento dell'aggiudicazione.

In proposito, è opportuno evidenziare come la giurisprudenza ha più volte chiarito che ciò che rileva, ai fini della decadenza dell'attestazione di qualificazione dell'impresa, è il fatto oggettivo della falsità dei documenti sulla base dei quali è stata conseguita, indipendentemente da ogni ricerca sulla

---

presentare alla stazione appaltante, per ogni appalto, un certificato d'iscrizione o il certificato rilasciato dall'organismo di certificazione competente. Tali certificati indicano le referenze che consentono l'iscrizione negli elenchi o di ottenere il rilascio della certificazione nonché la relativa classificazione".

[274] Si veda G Gallone, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico*, cit., 80. Secondo l'Autore, militerebbe in tal senso anche la formulazione letterale dell'art.108, co. 2, lett. a), che evoca il co. 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, ossia la norma che prevede che l'annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di dichiarazioni false o mendaci per l'effetto di condotte costituenti reato accertate con sentenza passata in giudicato possa avvenire anche oltre i diciotto mesi.

[275] M.A. Sandulli – M. Sinisi, *Risoluzione del contratto e autotutela pubblicistica*, cit.

[276] Per un'approfondita analisi delle varie forme di decadenza nel diritto amministrativo, si veda M.A. Sandulli, *Decadenza, II) Diritto amministrativo*, (voce) in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988.

imputabilità soggettiva del falso[277]. Tale circostanza potrà, eventualmente, acquisire rilevanza ai soli fini del rilascio di una nuova attestazione[278].

In conclusione, la risoluzione in esame rappresenta un'automatica conseguenza dell'accertamento dell'insussistenza di un presupposto – quale la presentazione di documenti validamente comprovanti il possesso di alcune qualità essenziali per aggiudicarsi la gara – indefettibilmente necessario per la legittima instaurazione del rapporto contrattuale con l'Amministrazione.

È opportuno evidenziare che, a differenza dell'ipotesi contemplata dalla successiva lett. b), in questo caso non si richiede che il provvedimento di decadenza sia divenuto definitivo. Sembra, quindi, che il contratto debba essere risolto anche nei casi in cui la decadenza dell'attestazione sia stata impugnata, ma i suoi effetti non sono stati sospesi. Ciò potrebbe esporre la stazione appaltante alle pretese risarcitorie dell'appaltatore, nel caso in cui la

---

[277] In questi termini, si veda Cons. St. sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 568, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui "l'accertata non imputabilità all'impresa delle false dichiarazioni non vale, comunque, a impedire l'adozione di un provvedimento di decadenza di un'attestazione rilasciata in base alla documentazione di cui sia oggettivamente emersa la non veridicità, poiché l'acclarata falsità oggettiva giustifica e impone – indipendentemente da ogni ricerca sull'imputabilità soggettiva del falso – il ritiro dell'attestazione di qualificazione rilasciata sulla base dei documenti riconosciuti come falsi".

[278] Così Cons. St. sez. VI, 9 novembre 2011, n.5922, in *www.iusexplorer.it*, secondo cui, in caso di falso non imputabile, sussiste il requisito di ordine generale di non aver reso false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione.

In termini generali, sul tema dei rapporti tra falsità delle dichiarazioni e decadenza, si veda T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, ord. 17 settembre 2018, n. 1346, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 75, d.P.R. 445/2000, nella parte in cui introduce un automatismo legislativo tra la non veridicità della dichiarazione resa dall'interessato e la perdita dei benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera.

Secondo il T.A.R., invero, l'automatica decadenza si porrebbe in contrasto con i principi di proporzionalità, uguaglianza e ragionevolezza, in quanto opera a prescindere dall'effettiva gravità del fatto contestato, riservando, quindi, il medesimo trattamento a situazioni di oggettiva diversa gravità. D'alto canto, tale norma non consentirebbe di escludere nemmeno le ipotesi di non veridicità delle autodichiarazioni su aspetti di minima rilevanza concreta, con conseguenze del tutto sproporzionate rispetto al reale disvalore del fatto commesso. Sotto altro profilo, è stato denunciato l'eccessivo rigore dell'art. 75, che non consente di valutare nemmeno l'elemento soggettivo della dichiarazione (oggettivamente) non veritiera. Con la sentenza 24 luglio 2019, n. 199, la Corte costituzionale ha dichiarato la questione inammissibile per difetto di (motivazione sulla) rilevanza.

Aderendo ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in questione esame, si potrebbe peraltro ritenere che, ai fini della decadenza dal beneficio, non sia determinante il mero profilo formale della falsità della dichiarazione, bensì quello sostanziale, costituito dalla mancanza del requisito falsamente dichiarato.

sentenza di merito conduca in seguito all'annullamento del provvedimento di decadenza dell'attestazione di qualificazione.

Considerazioni in parte diverse devono essere svolte, invece, con riferimento all'ipotesi contemplata dalla lett. b).

In primo luogo, va evidenziato che, in questi casi, la risoluzione non sembra necessariamente legata ad accadimenti che hanno interessato quello specifico contratto, ma all'intervenuta definitività di misure di prevenzione o condanna che possono essere intervenute in relazione a condotte poste in essere dall'operatore economico anche al di fuori dalla specifica sequenza procedimentale che ha portato alla stipula di quel contratto con l'Amministrazione.

La circostanza che il presupposto di tale forma di decadenza non sia la mera contestazione di un reato o la pendenza di un processo penale, ma un accertamento definitivo, con forza di giudicato, si spiega nell'ottica di assicurare un equo contemperamento tra l'esigenza di reprimere condotte di reato ed eliminare i vantaggi indebiti che ne derivano (che risulterebbero gravemente lesivi della concorrenza) e i principi di certezza del diritto, affidamento degli operatori economici e di presunzione di non colpevolezza, di cui agli artt. 27, co. 2, Cost., 6, co. 2, CEDU e 48 della Carta di Nizza.

Ancora, a differenza dell'ipotesi contemplata dalla lett. a), in questo caso non risulta in alcun modo inficiata la legittimità dell'aggiudicazione, con la conseguenza che la risoluzione in esame non si presta certamente ad essere inquadrata nella categoria dell'annullamento d'ufficio.

Si tratta di una risoluzione che opera *ipso iure*, come conseguenza della intervenuta definitività del provvedimento giudiziale di applicazione della misura di prevenzione o di condanna. L'Amministrazione procedente dovrebbe, quindi, solo limitarsi a prendere atto della sopravvenienza e dichiarare l'intervenuto scioglimento del vincolo contrattuale.

A differenza di quanto previsto per l'ipotesi di risoluzione per inadempimento, la risoluzione in esame non è deliberata all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'impresa. La *ratio* dell'attenuata procedimentalizzazione si spiega considerando che, in tal caso, la risoluzione consegue ad un provvedimento emesso all'esito di un procedimento giurisdizionale penale, nel quale il diritto di difesa ha già trovato piena attuazione[279].

[279] In questi termini, con riferimento alla previgente disciplina dettata dall'art. 135, d. lgs. 63/2006, si veda A.M. Giampaolino, *La risoluzione del contratto*, cit. 3682.

In conclusione, è possibile affermare che, in entrambe le ipotesi contemplate dal secondo comma dell'art. 108, la *ratio* del carattere doveroso della risoluzione risiede nell'interesse pubblico a che i rapporti contrattuali con l'Amministrazione permangano solo in presenza dei presupposti che ne legittimano l'instaurazione[280].

3.1.3. *La risoluzione per illegittime modifiche sostanziali del contratto (art. 108, co. 1 lett. a) e b))*

Il comma 1 dell'art. 108 prevede due nuove ipotesi di risoluzione del contratto, che si distinguono da quelle esaminate nel precedente paragrafo, in quanto conseguono ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante.

Si prevede, anzitutto, che le stazioni appaltanti possono in ogni caso disporre unilateralmente la risoluzione ove risultino travalicati i limiti posti dall'art. 106 in tema di modifiche del contratto in corso di esecuzione.

In particolare, l'art. 108 distingue tra i casi in cui il contratto abbia "*subito una modifica sostanziale*" (lett. a), in sé sempre vietata, da quelli in cui la modifica, in astratto consentita ai sensi del co. 1, lett. b), c) ed e) dell'art. 106, abbia tuttavia determinato il superamento delle soglie previste dalla legge o dalle stesse amministrazioni aggiudicatrici.

Quanto alla prima ipotesi, si può evidenziare come la nozione di modifica sostanziale del contratto *ex* art. 106, co. 1, lett. e) sia offerta dal successivo comma 4, da cui si ricava che il criterio discretivo è dato dall'idoneità ad alterare "*considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti*", cosicché è sostanziale ogni modifica in grado di mutare taluno degli elementi essenziali del contratto di cui all'art. 1325 c.c.

Lo stesso comma 4 dell'art. 106 reca un elenco di ipotesi in cui opera una presunzione legale assoluta di sostanzialità della modifica. Ad esempio, è "*in ogni caso*" sostanziale la modifica che "*introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati*

[280] A. M. Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit. 722, che, con riferimento agli atti destinati ad avere un'efficacia prolungata nel tempo "in tanto possono legittimamente esser mantenuti in vigore – e cioè in tanto è legittimo che l'assetto dei rapporti da essi determinati continui a durare –, in quanto perdurino le condizioni, di fatto e di diritto, in presenza delle quali furono posti in essere. Ove tali condizioni siano venute meno, il permanere della loro vigenza non sarà più conforme al diritto, e questa dovrà esser fatta cessare. La loro eliminazione (o, più esattamente, il far venir meno la loro capacità operativa) è quindi, per l'Amministrazione, un dovere giuridico".

diversi" o "*l'accettazione di un'offerta diversa" o "avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione"* (lett. a) oppure la modifica che "*cambia l'equilibrio economico del contratto*" a favore dell'aggiudicatario *"in modo non previsto nel contratto iniziale*" (lett. b) ovvero quella che "*estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto*" (lett. c). È considerata, infine, modifica sostanziale l'ipotesi in cui un nuovo contraente sostituisce quello cui l'Amministrazione aveva inizialmente aggiudicato l'appalto, "*in casi diversi da quelli previsti dal co. 1, lett. d)"*.[281]

L'altra ipotesi presa in considerazione dall'art. 108 è, come si diceva, quella in cui la modifica, in astratto consentita, ha tuttavia determinato il superamento delle soglie previste dalla legge o dalle stesse amministrazioni aggiudicatrici. Si tratta di limiti che variano a seconda del tipo di modifica. Nei casi di cui all'art. 106, co. 1, lett. b) e c), la soglia è quella fissata dallo stesso art. 106 co. 7, nell'aumento di prezzo che non ecceda il "*50 per cento del valore iniziale del contratto*". Quanto alle modifiche di cui all'art. 106, co. 1, lett. e), le soglie sono, invece, quelle stabilite "*nei documenti di gara*" dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori. Per ciò che attiene, infine, le modificazioni contemplate all'art. 106, co. 2, il riferimento è ai limiti previsti alle lett. a) e b) del medesimo comma[282].

---

[281] L'art. 106, co. 1, lett. d) prevede in particolare che l'appalto può essere modificato senza una nuova procedura di affidamento nei casi in cui un nuovo contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze: 1) una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a); 2) all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice; 3) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori".

[282] Ai sensi dell'art. 106, co. 2, "I contratti possono parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto al comma 1, senza necessità di una nuova procedura a norma del presente codice, se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori: a) le soglie fissate all'articolo 35; b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e fornitura sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali. Tuttavia la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche. Qualora la necessità di modificare il contratto derivi da errori o da omissioni nel progetto esecutivo, che pregiudichino in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, essa è consentita solo nei limiti quantitativi di cui al presente comma, ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni".

Così descritti i presupposti della risoluzione di cui al co. 1, lett. a) e b), occorre interrogarsi sulla natura giuridica di tale rimedio.

Si tratta, in particolare, di verificare se, nelle ipotesi sopra descritte, lo scioglimento del vincolo negoziale consegua all'esercizio di un diritto potestativo ovvero all'esercizio di un potere di natura pubblicistica.

Ad una prima lettura, si potrebbe ritenere che venga in rilievo un'ipotesi di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta analoga a quella disciplinata in termini generali dall'art. 1467 c.c[283].

A sostegno di tale tesi potrebbe essere valorizzato, in particolare, il richiamo alle lettere b) e c) dell'art. 106 che, come si è visto, evocano uno squilibrio sopravvenuto, non previsto al momento della conclusione del contratto.

Tale conclusione merita, tuttavia, di essere ulteriormente approfondita.

A tal fine, è innanzitutto opportuno richiamare brevemente la disciplina generale della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta contenuta all'interno del codice civile[284].

Si tratta di rimedio diretto a salvaguardare l'equilibrio economico originario del contratto che, per effetto di eventi sopravvenuti ed imprevedibili, risulta fortemente alterato, in quanto una delle prestazioni

---

[283] Ai sensi dell'art. 1467 c.c., "Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto".

[284] In dottrina, si vedano: P. Gallo, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, (voce) in *Dig. Disc. Priv. Civ.*, VII, Torino, 1991; A. Gambino, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. Dir. Comm*., 1960, I, 416; F. Macario, *Eccessiva onerosità, riconduzione a equità e poteri del giudice, nota a Corte di Cassazione n. 3347 del 18-07-1989*, in *Foro It.,* 1990, I, 564;. A. Gentili, *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza, nota a Corte di Cassazione n. 3074 del 9 maggio 1981*, in *Giur. it.,* 1983, 11, 1173; C.G. Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Commentario al codice civile Schlesinger*, Milano, 1995; E. Gabrielli, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta,* Torino, 2012. Per un'analisi approfondita delle ipotesi specifiche di eccessiva onerosità sopravvenuta nei singoli contratti, C.G. Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 109 ss.

Si veda inoltre la Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale – Libro delle Obbligazioni 1941 n. 245, in cui si afferma: "Ho accolto il principio della revisione dei contratti per eccessiva onerosità della prestazione (art. 266). Esso risponde alla nostra tradizione giuridica che, nel diritto comune, trova affermata la implicita soggezione alla clausola *rebus sic stantibus* di ogni rapporto convenzionale".

risulta eccessivamente pregiudicata nel suo valore economico, in relazione alla corrispettività originariamente fissata dalle parti.

Sono esclusi dal campo di applicazione del rimedio i contratti aleatori, ossia quei contratti in cui sia l'*an* che il *quantum* della prestazione dipendono da fattori incerti o ignoti alle parti e fuori dal loro controllo e nei quali, pertanto, ciascun contraente assume il rischio di vedere, per effetto del caso, ingigantita la prestazione a proprio carico oppure azzerata la prestazione attesa. La *ratio* dell'esclusione dei contratti aleatori dal rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta risiede, quindi, nella considerazione che il rischio della prestazione appartiene alla causa stessa del contratto[285].

Sono soggetti a tale rimedio i contratti sinallagmatici di durata e quelli ad esecuzione differita, in cui, cioè, almeno una delle prestazioni sia differita (in tutto o in parte) rispetto alla conclusione del contratto. È dunque necessario, perché possa rilevare il sopravvenire di eventi straordinari ed imprevedibili che determinino l'eccessiva onerosità della prestazione, che vi sia una certa *distantia temporis* tra il momento della stipulazione del contratto e l'inizio o lo svolgimento della sua esecuzione. Lo squilibrio contrattuale rileva in quanto sopravvenuto e la sopravvenienza esige che l'esecuzione non si consumi nel momento stesso della stipulazione.

La *ratio* del differimento della prestazione consente anche di comprendere la ragione per cui è necessario, inoltre, che la prestazione non

---

[285] La *ratio* dell'esclusione ne definisce, tuttavia, anche i limiti. Come è stato osservato, infatti, i contratti aleatori sfuggono ai rimedi contro l'onerosità sopravvenuta solo quando la sopravvenienza realizza il rischio che costituisce l'alea di quel determinato contratto e non anche quando realizza un rischio maggiore o diverso. Sul punto, si veda R. Giovagnoli, *Il contratto*, cit. 742, in cui si sottolinea la necessità di tenere distinti, nei contratti aleatori, la c.d. alea economica, che caratterizza ogni contratto (e non solo quelli aleatori) e che riguarda la possibilità di oscillazioni del valore della prestazione di una delle parti in dipendenza delle fluttuazioni di mercato da quella giuridica, dall'alea giuridica (che è propria dei contratti aleatori) e che concerne, invece, la previsione, nell'ambito del meccanismo contrattuale, del collegamento tra la nascita e/o la consistenza della prestazione di una o entrambe le parti e l'accadimento di un evento incerto.
Sempre guardando all'ambito di applicazione del rimedio in questione, va evidenziato che, ai sensi dell'art. 1468 c.c., nel caso in cui l'onerosità colpisca la prestazione dovuta in base ad un contratto nel quale solo una parte ha assunto obbligazioni, il rimedio per la parte gravata non è la risoluzione, ma il diritto di chiedere una riduzione della prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzioni sufficienti a ricondurla ad equità. La *ratio* della norma risiede nel fatto che in questo tipo di contratto la risoluzione e, quindi, l'estinzione dell'unica obbligazione dedotta in contratto, risulterebbe un rimedio eccedente lo scopo in quanto avrebbe l'effetto sia di sottrarre al debitore il costo della sopravvenienza che di procurare al medesimo un arricchimento ingiustificato.

sia ancora esaurita nel momento in cui viene colpita dall'onerosità: non avrebbe senso che il rimedio operi quando l'onerosità colpisce una prestazione già esaurita.

Altro presupposto del rimedio in esame è che l'onerosità dipenda da avvenimenti straordinari ed imprevedibili. Mentre il criterio dell'imprevedibilità ha natura soggettiva, il criterio della straordinarietà è di natura obiettiva, perché si riferisce ad una contrapposizione ordinario-straordinario, che ha riguardo a leggi esterne, quanto meno di carattere statistico[286].

Occorre, infine, che l'onerosità sia eccessiva: il criterio prevalente di valutazione della eccessiva onerosità della prestazione è dato dal raffronto (in termini di valori monetari) con la controprestazione, prendendo altresì come metro di comparazione il rapporto iniziale tra di esse, ai fini di una corretta individuazione dell'alterazione dell'equilibrio contrattuale originario. La legge, parlando di prestazione divenuta eccessivamente onerosa, si riferisce all'onerosità diretta, che tocca, cioè, direttamente la prestazione dovuta da chi invoca il rimedio[287].

Alla luce dell'analisi sin qui svolta, non sembra che le ipotesi descritte dall'art. 108, co. 1 lett. a) e b) siano effettivamente riconducibili al rimedio privatistico della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Sebbene venga evocato in entrambi i casi il presupposto dello squilibrio tra prestazioni non previsto al momento della conclusione del contratto, le due fattispecie si differenziano tra loro in quanto solo la

---

[286] R. Giovagnoli, *Il contratto*, cit., 741. In giurisprudenza, si vedano Cass. sez. III, 19 ottobre 2006, n. 22396, Trib. Roma, sez. II, 13 aprile 2017, n. 7407.

[287] Al ricorrere di tali presupposti, il contratto si risolve o subisce un adeguamento nell'interesse della parte gravata. In particolare, l'attivazione del rimedio risolutorio è rimessa alla scelta esclusiva della parte gravata; la controparte può, tuttavia, evitarla, offrendo di ridurre il contratto ad equità. In base all'art. 1467, co. 3, c.c., invero, "la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto". Si tratta, quindi, di un meccanismo in gran parte sovrapponibile a quello della riduzione ad equità del contratto rescindibile. Anche in questo caso, infatti, la legittimazione ad invocare il rimedio conservativo è rimessa esclusivamente al convenuto: non può, quindi, né essere pretesa dal gravato, né applicata d'ufficio da parte del giudice. A differenza di quanto previsto nella rescissione, dove l'offerta di riduzione ad equità deve recuperare tutto lo squilibrio, in questo caso si ritiene sufficiente che l'offerta sia idonea a riportare lo squilibrio entro i limiti dell'alea normale del contratto. Ciò si spiega alla luce della diversa origine dello squilibrio contro cui si reagisce. La sopravvenuta onerosità che grava la parte non dipende dall'altra e sarebbe perfettamente tollerata se non eccedesse la normale alea del contratto. Al contrario, il contratto rescindibile coinvolge una parte che ha approfittato del bisogno dell'altra: limitarsi a riportare lo squilibrio appena sotto la soglia *dell'ultra dimidium* lascerebbe alla parte un premio per il suo illecito.

risoluzione contemplata dal codice civile richiede che l'eccessiva onerosità sia riconducibile ad eventi straordinari ed imprevedibili, non compresi nella normale alea del contratto[288].

Nell'art. 108, invece, le modifiche idonee a determinare lo scioglimento del rapporto contrattuale non dipendono da fattori straordinari ed imprevedibili, ma risultano, al contrario, proposte dal privato contraente ed illegittimamente autorizzate dal RUP "*con le modalità previste dalla stazione appaltante da cui il RUP dipende*" ai sensi dell'art 106, co. 1[289].

La *ratio* della differenza tra i presupposti della risoluzione civilistica per eccessiva onerosità sopravvenuta e quelli della risoluzione dei contratti pubblici *ex* art. 108, co. 1, lett. a) e b) si coglie alla luce dei diversi valori sottesi ai due rimedi.

Nel codice civile, il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta mira a realizzare un equilibrato bilanciamento tra il principio *pacta sunt servanda*, secondo cui non bisogna dare rilievo a qualunque modificazione della realtà sopravvenuta alla conclusione del contratto (al di fuori dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore) e l'esigenza di assicurare che il contratto produca effetti corrispondenti a ciò che parti hanno liberamente voluto.

Il punto di equilibrio tra questi principi viene realizzato prevedendo che il valore della stabilità del vincolo contrattuale è destinato a cedere in presenza di fattori che, in maniera imprevedibile al momento della stipulazione, alterano l'equilibrio originario del contratto. Se non venisse consentito lo scioglimento del vincolo contrattuale in presenza di simili eventi, si imporrebbe ad una parte di rimanere vincolata ad un regolamento contrattuale che non corrisponde più a quello originariamente pattuito, in contrasto con il principio volontaristico che permea la disciplina civilistica del contratto.

La medesima esigenza trova, del resto, espressione anche in altri istituti caratteristici del contratto codicistico. In proposito, vengono anzitutto in rilievo la disciplina della rescissione e dell'annullabilità del contratto per incapacità naturale di uno dei contraenti[290]. In questi casi, si assiste ad una

---

[288] In termini, si veda M. A. Sandulli – M. Sinisi, *Risoluzione del contratto e autotutela pubblicistica*, cit.

[289] Che, come si è detto, consente di modificare il contratto senza una nuova procedura di affidamento solo nei casi previsti dallo stesso art. 106.

[290] La rescissione è infatti rimedio esperibile in presenza di questi tre presupposti: a) l'anomala condizione soggettiva di debolezza che spinge una parte al contratto; b) presenza di un contratto oggettivamente ingiusto rispetto ai valori di mercato. Vi è uno squilibrio

deroga al principio della tendenziale insindacabilità dell'equilibrio contrattuale originario, per dare rilievo a situazioni di squilibrio sopravvenuto o di squilibrio originario presente in contratti la conclusione sia avvenuta in situazioni socialmente patologiche, ossia in contesti anomali e penalizzanti per il contraente che lo subisce, sotto il profilo di una ridotta o azzerata consapevolezza della sue scelte.

In secondo luogo, viene in rilievo la disciplina della nullità parziale dettata dall'art. 1419 c.c., che ammette la possibilità che, in conseguenza della nullità della singola clausola, tutto il contratto sia travolto, qualora risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza la parte colpita dalla nullità. Questa forma di estensione della nullità parziale all'intero contratto è proprio volta a preservare l'equilibrio economico originario dalle "perturbazioni" che possono derivare dalla nullità parziale, al fine di evitare, appunto, che in conseguenza della espunzione della singola clausola un contraente possa ritrovarsi vincolato ad un contratto profondamente diverso rispetto a quello originariamente stipulato[291].

---

economico in danno della parte pressata dal pericolo o dal bisogno, fra prestazione data e quella ricevuta; c) approfittamento della debolezza contrattuale altrui.
Quanto all'annullabilità, essa è, in termini generali, una forma di invalidità volta a proteggere l'interesse di uno dei contraenti, rimediando ad un vizio di formazione del contratto o a una patologia del suo contenuto che riveli un'anomalia nella fase formativa. Nel caso in questione, viene in rilievo l'esigenza di protezione dell'interesse del contraente incapace. A tutela di quest'ultimo, l'art. 1443 c.c. prevede che la prestazione eseguita dall'incapace è ripetibile solo nei limiti in cui questa è stata rivolta a suo vantaggio. Si tratta di una parziale deroga alla regola generale secondo cui la sentenza che pronuncia l'annullamento ha efficacia *ex tunc*, determinando quindi la ripetizione delle prestazioni eseguite, attraverso azione di ripetizione dell'indebito. La *ratio* della regola speciale in caso di annullabilità per incapacità risiede nel fatto che l'incapace, non essendo in grado di amministrare razionalmente il corrispettivo ottenuto dal contratto, non sarà in grado di restituire la prestazione se non andando incontro ad un suo impoverimento.

[291] R. Giovagnoli, *Il contratto*, cit. 647-648. Ciò significa che il giudice sarà chiamato a confrontare l'assetto di interessi sotteso al contratto originario e quello che scaturirebbe dal contratto residuo. Se il confronto evidenzia che la causa del contrato originario risulta stravolta dalla nullità parziale, sarebbe contrario a buona fede "costringere" il contraente (svantaggiato dalla nullità parziale) al rispetto di un vincolo che non corrisponde più alla sua iniziale volontà.
La *ratio* sottesa all'art. 1419 c.c. trova, del resto, conferma, nei casi eccezionali di nullità parziale necessaria. Si pensi, ad esempio, al contratto di mutuo che contempli interessi usurari. L'art. 1815, co. 2 c.c., prevede un'ipotesi di nullità parziale necessaria, disponendo che il contratto di mutuo rimanga valido come mutuo senza interessi. Se si applicasse la regola dell'art. 1419 c.c. (e non vi fosse la deroga espressa di cui all'art. 1815, co. 2, c.c.) in un caso del genere opererebbe la nullità parziale in estensione. È evidente, infatti, che la nullità della clausola sugli interessi altera la causa del contratto, trasformandolo da oneroso a gratuito, e crea un equilibrio non più corrispondente alla oggettiva volontà delle parti manifestata nel contratto originario.

Si tratta, dunque, di istituti caratterizzati della medesima *ratio* che ispira i presupposti della straordinarietà e imprevedibilità richiesti dalla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta: in presenza di fattori che, in maniera imprevedibile al momento della stipulazione, alterano l'equilibrio originario del contratto il valore della stabilità del vincolo contrattuale è destinato a cedere perché, se così non fosse, si imporrebbe ad una parte di rimanere vincolata ad un regolamento contrattuale che non corrisponde più alla sua originaria volontà.

Diversa è, invece, invece l'ottica in cui si pone il legislatore nella disciplina della risoluzione dei contratti pubblici *ex* art. 108, co. 1, lett. a) e b).

In questi casi, invero, non viene tanto in rilievo la necessità di assicurare che il contratto produca effetti corrispondenti a ciò che le parti hanno liberamente voluto.

Si tratta, piuttosto, di bilanciare il principio della stabilità del vincolo contrattuale con l'esigenza di evitare che modifiche sostanziali al contenuto del contratto possano frustrare i valori sottesi alla procedura di evidenza pubblica.

Il punto di equilibrio tra questi opposti principi viene raggiunto prevedendo che la decisione di sciogliere il vincolo contrattuale non sia legato al solo dato oggettivo, rappresentato dall'illegittimo superamento dei limiti posti dall'art. 106 in tema di modifiche del contratto in corso di esecuzione, ma sia rimesso all'esercizio di un potere discrezionale della pubblica Amministrazione[292]. Quest'ultima, come si avrà modo di illustrare in seguito, sarà quindi tenuta ad illustrare l'esistenza di un interesse pubblico alla rimozione del contratto, prevalente sugli altri interessi in gioco, tra cui quello del privato controparte alla stabilità del contatto e quello pubblico alla realizzazione dell'opera o servizio cui quel contratto è funzionale.

Esclusa la riconducibilità della fattispecie in esame alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, si potrebbe ritenere che venga in rilievo un'ipotesi di c.d. recesso impugnazione, analogo a quello previsto dall'art. 1660 c.c. nell'appalto privato. Tale norma, nel disciplinare le variazioni necessarie per l'esecuzione dell'opera a regola d'arte, riconosce in favore di entrambe le parti il diritto di recesso: l'appaltatore può recedere nel caso in cui l'importo delle variazioni superi il sesto del prezzo complessivo convenuto, il committente nel caso di variazioni di notevole entità.

[292] Viene in rilievo, infatti, un'ipotesi di c.d. risoluzione *facoltativa* del contratto.

A sostegno della qualificazione delle ipotesi di risoluzione di cui alle lett. a) e b) in termini di c.d. recesso impugnazione si potrebbe dunque richiamare la circostanza che, in entrambe le ipotesi, lo scioglimento del rapporto contrattuale rappresenta una reazione ad una modifica sostanziale del rapporto contrattuale[293].

Un simile inquadramento impone, tuttavia, alcune riflessioni ulteriori, legate alla *ratio* del c.d. recesso impugnazione previsto nell'appalto privato e ai limiti previsti dall'ordinamento alla possibilità per le parti di modificare il contenuto del regolamento contrattuale.

Sotto quest'ultimo profilo, è interessante evidenziare come, a differenza di quanto accade per il recesso, il codice civile non contempla una previsione generale relativa al potere di modifica unilaterale del contratto.

La *ratio* di tale scelta si coglie considerando che, mentre lo scioglimento unilaterale del contratto si limita a privare l'altra parte dei diritti da essa acquisiti, la modifica unilaterale la espone al rischio di trovarsi in una nuova posizione contrattuale, non predeterminata nel suo contenuto e, quindi, suscettibile di assumere i contenuti più imprevedibili.

Tali considerazioni consentono di comprendere la ragione per cui, anche quando la legge riconosce ad un contraente di modificare il contenuto del contratto, tale potere risulta bilanciato o da criteri legali, volti a limitare sensibilmente la discrezionalità di chi intende modificare il contratto o dal riconoscimento, in capo alla controparte, del diritto di recesso[294].

Ciò emerge con tutta evidenza proprio nella disciplina dell'appalto privato.

Da un lato, infatti, l'art. 1661 c.c. riconosce al committente il potere di introdurre variazioni al progetto, purché il loro ammontare non superi il sesto del prezzo complessivo convenuto e purché tali variazioni non importino notevoli modificazioni. Dall'altro, l'art. 1660 c.c., nel disciplinare le variazioni necessarie per l'esecuzione dell'opera a regola d'arte, riconosce ad entrambe le parti il diritto di recedere: all'appaltatore, nel caso in cui l'importo delle variazioni superi il sesto del prezzo complessivo convenuto, mentre al committente nel caso di variazioni di notevole entità.

---

[293] Così G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico*, cit. 77-79, il quale valorizza la circostanza che la modifica del contratto è evento che si consuma nella fase di esecuzione del rapporto negoziale e che, essendo sopravvenuto rispetto all'aggiudicazione, non ne inficia la validità e, quindi, non ne consentirebbe l'annullamento.

[294] R. Giovagnoli, *Il contratto*, cit. 432.

L'ordinamento, quindi, ammette che le parti possano apportare modifiche sostanziali al contratto, ma riserva a ciascuna di esse il diritto di recedere laddove tali modifiche, sebbene necessarie per la corretta esecuzione dell'opera, siano particolarmente significative, di notevole entità.

La *ratio* del recesso *ex* art. 1660 c.c si coglie, quindi, nella volontà di evitare che, anche in presenza di variazioni consentite in quanto necessarie, ciascuna delle parti possa rimanere vincolata ad un regolamento contrattuale profondamente diverso rispetto a quello originariamente pattuito.

Così ricostruita la *ratio* del recesso di cui all'art. 1660 c.c., sembra difficile ricondurre a questo rimedio anche la risoluzione *ex* art. 108, co. 1, lett. a) e b).

Nei casi definiti dall'art. 1660 c.c. viene in rilievo l'esercizio di un diritto potestativo, a fronte di modifiche in grado di alterare sensibilmente il vincolo contrattuale originariamente assunto, ma consentite dall'ordinamento perché necessarie per la corretta esecuzione dell'opera.

Al contrario, le modifiche prese in considerazione dall'art. 108 sono modifiche non consentite, in quanto adottate in violazione delle norme che impongono una nuova procedura di gara.

In tal senso, non coglie nel segno l'obiezione secondo cui la modifica sostanziale del contratto è circostanza che non vale a integrare vizio di legittimità della procedura e che, in quanto tale, non ne consente l'annullamento[295]. In proposito, va ricordato che la modifica al regolamento contrattuale originariamente pattuito e presa in considerazione dalle disposizioni in esame risulta illegittima, in quanto apportata in violazione dell'art. 106.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si può dunque affermare che la risoluzione del contratto disciplinata dall'art. 108, co. 1, lett. a) e b) rappresenta una reazione al mancato rispetto delle regole che impongono una nuova procedura in presenza di modifiche sostanziali o di modifiche che superino le soglie indicate dalla legge e che, pertanto, è riconducibile all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio[296]. Più in particolare, il mancato rispetto dell'art. 106 deve essere inteso come una nuova aggiudicazione mediante affidamento diretto, al di fuori dei casi consentiti

[295] Tesi sostenuta da G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico,* cit. 77-79.

[296] In termini, M. A. Sandulli – M. Sinisi, *Risoluzione del contratto e autotutela pubblicistica*, cit.

dalla legge, realizzato attraverso la rinnovazione del rapporto senza far luogo alla nuova procedura[297].

L'inquadramento della risoluzione in esame nel potere di annullamento d'ufficio trova, del resto, conferma anche nel co. 1-*bis* dello stesso art. 108, che, a seguito delle modifiche apportate in sede di correttivo, prevede la deroga ai limiti temporali previsti dalla disciplina generale dell'annullamento d'ufficio in *tutte* le ipotesi di risoluzione contemplate nel primo comma.

Si tratta di una previsione analoga a quella già contenuta nella disciplina delle concessioni. Già anteriormente alle modifiche apportate in sede di correttivo, l'art. 176 prevedeva, infatti, il potere di disporre la "cessazione" della concessione anche oltre i limiti temporali previsti dall'art. 21-*nonies*[298]

L'inquadramento della risoluzione in esame nel potere di annullamento d'ufficio appare, dunque, coerente anche con la disciplina prevista in tema di concessioni: l'art. 176, nel far salvo "*l'esercizio dei poteri di autotutela*", prevede, infatti, tra le ipotesi di "cessazione" di efficacia della concessione anche il caso in cui quest'ultima ha "*subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 175, comma 8*" (co. 1, lett. c). Viene quindi evocato, anche nella disciplina dello scioglimento del rapporto concessorio, il presupposto della violazione dei limiti alle modifiche del contratto.

---

[297] R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d. lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, 1696.

[298] Ai sensi dell'art. 176, co. 2, infatti "nelle ipotesi di cui al comma 1, non si applicano i termini previsti dall'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241".
Nel testo originario, anteriore alle modifiche apportate dal correttivo, si registrava, quindi, una differenza ingiustificata tra la disciplina prevista dall'art. 108, in cui, senza alcun cenno all'annullamento d'ufficio, tutti i casi di scioglimento del contratto erano ricondotti ad un generico concetto di risoluzione e quella specifica in tema di concessioni, nella quale l'art. 176 co. 2 e 3 richiamavano espressamente l'annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-nonies. Tale distinzione non appariva del tutto ragionevole, ove si consideri che, nell'impostazione del codice, appalti e concessioni condividono la medesima natura contrattuale: a titolo esemplificativo, le lett. uu) e vv) dell'art. 3 del nuovo codice dei contratti pubblici definiscono le concessioni, di lavori e di servizi, come "un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto", individuando quale unico discrimine rispetto all'appalto la modalità di dazione del corrispettivo (il quale non consiste in un prezzo ma nel "diritto di gestire" l'opera o il servizio con assunzione del relativo rischio operativo).
Le stesse osservazioni critiche sono state sollevate dal Consiglio di Stato, comm. spec. 28 dicembre 2016, che aveva messo in luce "la necessità di una più armonica riformulazione, nel codice, del comma 1 dell'art. 108".

Tale norma assume particolare rilievo nell'individuazione della natura giuridica della risoluzione in esame, in quanto, da un lato, precisa chiaramente che tale ipotesi integra e non fa venir meno il normale esercizio dei poteri di autotutela e, dall'altro, mantiene distinta tale ipotesi di cessazione di efficacia della concessione dalla risoluzione per inadempimento e dalla revoca[299].

In conclusione, è possibile ricondurre sia le ipotesi considerate dagli artt. 108, co. 1, lett. a) e b) che quella prevista dall'art. 176, co.1, lett. c) nell'ambito della categoria dell'annullamento d'ufficio[300].

Tale inquadramento assume rilievo non solo sul piano sostanziale, ma anche su quello processuale, in quanto impone di ritenere che eventuali controversie che investono l'esercizio di tale potere di risoluzione del contratto siano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo[301].

---

[299] In termini, M. A. Sandulli – M. Sinisi, *Risoluzione del contratto e autotutela pubblicistica*, cit.

[300] In senso contrario all'inquadramento pubblicistico si veda G. Greco, *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla Direttiva 2014/23/UE alla parte terza del D. Lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.* 2018, 3, 505, secondo cui "l'art. 176, in tema di concessioni, contempla (al comma 1) casi analoghi a quelli indicati dal primo comma dell'art. 108. Ma in proposito usa espressioni notevolmente diverse («la concessione può cessare, in particolare, quando... »), che evocano a loro volta un diverso potere e un diverso regime". Cosicché "l'art. 108 prevede diritti potestativi schiettamente privatistici (e quindi, se si crede, un'autotutela privatistica), per i casi tassativi ivi espressamente indicati. L'art. 176 prevede, viceversa, l'esercizio di poteri pubblicistici (e, dunque, di autotutela tipicamente amministrativa, che può riguardare fattispecie anche diverse da quelle ivi indicate e, dunque, qualunque vizio della concessione (e della relativa procedura di aggiudicazione), anche non imputabile al concessionario". Né potrebbe essere valorizzata, in senso contrario, la previsione generale relativa alla non applicabilità del termine di cui all'art. 21-*nonies*. Secondo l'Autore, infatti, l'inserimento del comma 1-*bis* dovrebbe essere inteso "niente più che un mero infortunio normativo di un legislatore poco attento all'inquadramento degli istituti. Ma tale contraddittorietà può essere superata, se sol si considera il richiamo dell'art. 21-nonies come riguardante unicamente il termine ivi indicato e non anche l'istituto dell'annullamento d'ufficio nel suo complesso. Infatti, di fronte alla inequivoca qualificazione normativa del potere in termini di "risoluzione del contratto" (comma 1) e, soprattutto, di fronte alla disciplina unitaria di tutte le fattispecie di risoluzione previste dall'art. 108 (cfr. commi 5 e 9), la funzione del comma 1-bis pare semplicemente significare che detto potere può essere esercitato anche a distanza di più dei 18 mesi, posto come limite dall'art. 21-*nonies*. Ma si tratta pur sempre di un diritto potestativo civilistico, con tutte le conseguenze del caso in ordine al relativo regime (che non necessita di apposito procedimento amministrativo, non comporta esercizio di discrezionalità amministrativa ed è sindacabile dal Giudice — ordinario — solo in termini di nullità e non di annullabilità)".

[301] Sul punto si veda M.A. Sandulli – M. Sinisi, *Risoluzione del contratto e autotutela pubblicistica*, cit., in cui si mette in evidenza, tuttavia, "la preoccupazione per l'ulteriore aggravio derivante al giudice amministrativo dalla conseguente attrazione a tale giurisdizione della valutazione della sussistenza delle presupposte modifiche sostanziali". Sul punto, si veda inoltre, *infra*, Cap. IV, § 2.

3.1.4. *La risoluzione per illegittimità commesse in fase di aggiudicazione (art. 108, co. 1, lett. c) e d))*

L'art. 108, co. 1 disciplina due ulteriori ipotesi di risoluzione "facoltativa".

La prima riguarda il caso in cui l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di affidamento, essendosi trovato, al momento dell'aggiudicazione del contratto *"in una delle situazioni previste dall'art. 80, co.1*[302]*"* (lett. c).

La seconda riguarda, invece, l'ipotesi in cui l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai Trattati, accertata dalla Corte di Giustizia dell'Unione a conclusione di una procedura di infrazione, ai sensi dell'art. 258 TFUE (lett. d)[303].

A differenza delle ipotesi esaminate nel precedente paragrafo, nelle quali la risoluzione è legata ad illegittimità commesse in sede di esecuzione,

---

302 L'art. 80, co. 1, d. lgs. n. 50/2016 afferma che costituisce motivo di esclusione del concorrente da una gara "la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale (…) per uno dei seguenti reati: a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'art. 74 del d. P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, dall'art. 291-quater del d. P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'art.260 del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio; b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'art. 2635 del c.c.; b-bis) false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del c.c.; c) frode ai sensi dell'art. 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche; e) delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del c.p., riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'art. 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109 e successive modificazioni; f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il d. lgs. 4 marzo 2014, n. 24; g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione".

303 Si tratta della procedura disciplinata dall'art. 258 TFUE, secondo cui "la Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato ad uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei Trattati, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di Giustizia dell'Unione Europea". Per una illustrazione delle varie fasi della procedura di infrazione, si veda R. Adam – A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017, 264 ss.

nei casi contemplati dalle lett. c) e d) si consente all'Amministrazione di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale in situazioni in cui la realizzazione dell'interesse pubblico cui era funzionale il contratto risulta compromessa a causa di illegittimità commesse nella fase di aggiudicazione.

Tali ipotesi di risoluzione del contratto rappresentano, dunque, una reazione al mancato rispetto delle regole che presiedono alla correttezza dell'aggiudicazione e, per questa ragione, risultano agevolmente inquadrabili nella categoria dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione[304].

Tale conclusione trova, del resto, conferma anche nel dato normativo. In primo luogo, nel comma 1-*bis* dello stesso art. 108, che, come si è visto nel precedente paragrafo, prevede che in *tutte* le ipotesi di cui al co. 1 non si applichino i termini previsti dall'art. 21-*nonies*.

L'introduzione di tale disposizione in sede di correttivo ha avuto il pregio di eliminare l'originaria ed ingiustificata differenza di regime esistente tra la disciplina dell'appalto e quella della concessione e di contribuire, quindi, a chiarire la natura giuridica delle ipotesi di risoluzione in esame. Come si è avuto modo di evidenziare nel precedente paragrafo, già prima delle modifiche apportate dal correttivo, l'art. 176 co. 2 riconosceva all'Amministrazione il potere di disporre la "cessazione" della concessione anche oltre i termini previsti dalla disciplina generale dell'annullamento d'ufficio nei casi in cui: *(a)* "*il concessionario avrebbe dovuto essere escluso ai sensi dell'art. 80*"; *(b)* l'ipotesi in cui "*la stazione appaltante ha violato, con riferimento al procedimento di aggiudicazione, il diritto dell'Unione europea, come accertato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 258 TFUE*"; *(c)* il caso in cui la concessione ha "*subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione, ai sensi dell'art. 175, co. 8*".

Si tratta, con tutta evidenza, delle stesse ipotesi di risoluzione del contratto evocate dall'art. 108, co.1.

Dalla lettura dell'art. 176 appariva quindi chiaro, sin dall'origine, che la fattispecie contemplata dalle lett. a) e b) dovesse essere intesa come scioglimento del rapporto concessorio a seguito di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

---

[304] G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico*, cit. 69; R. De Nictolis, cit; M.A. Sandulli – M. Sinisi, *Risoluzione del contratto e autotutela pubblicistica*, cit. Nello stesso senso, Cons. St., comm. spec. 28 dicembre 2016, n. 2777, che evidenzia come si tratti 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, ma che nel caso di specie intervengono "a distanza di molti anni" nel corso del rapporto contrattuale o concessorio".

Tale conclusione trova conferma nei commi 3 e 4 dello stesso art. 176, che, come si vedrà nel prosieguo, designano uno specifico regime per il caso in cui "*l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione dipenda da vizio non imputabile al concessionario*"[305].

L'introduzione del co. 1-*bis* nell'art. 108 assume quindi particolare rilievo, in quanto ha contribuito a chiarire che anche le ipotesi di risoluzione del contratto di appalto sopra esaminate possono essere qualificate in termini pubblicistici: nelle ipotesi di cui alle lett. a) e b), viene in rilievo l'annullamento d'ufficio dell'atto con cui sono state illegittimamente autorizzate modifiche sostanziali al contratto, mentre nelle ipotesi di cui alle lett. c) e d) la risoluzione del contratto si pone come conseguenza dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

Così chiariti i presupposti e la natura giuridica delle ipotesi di risoluzione sopra esposte, è possibile porre l'attenzione sul caso in cui lo scioglimento del vincolo contrattuale sia legato ad una grave violazione del diritto dell'Unione, come accertata dalla Corte di giustizia all'esito di una procedura di infrazione.

Si tratta di una previsione di particolare interesse, in quanto incide sulla questione, di carattere generale, relativa al regime del potere di autotutela esercitabile dalla p.A. a fronte di un atto amministrativo illegittimo per violazione del diritto dell'Unione europea.

L'art. 108, co. 1, lett. d) consente, in particolare, di escludere che il principio del primato del diritto dell'Unione renda, in simili casi, doveroso l'esercizio del potere di autotutela.

La facoltatività dell'autotutela risulta, invero, funzionale ad un'esigenza di stabilità dell'atto amministrativo che è tutelata anche a livello eurounitario, nel cui ordinamento l'autotutela è, a sua volta, facoltativa e non doverosa.

Tale conclusione trova conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che ha più volte affermato che il principio del primato del diritto dell'Unione non interferisce con la stabilità degli atti

[305] In questi casi, l'art. 176, co. 4 prevede che spetti al concessionario: "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; c) un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero del valore attuale della parte del servizio pari ai costi monetari della gestione operativa previsti nel piano economico finanziario allegato alla concessione".

(amministrativi e giurisdizionali) nazionali e non impone l'introduzione di rimedi *extra ordinem* per rimuovere la stabilità che l'atto nazionale ha acquistato in base al regime vigente nell'ordinamento statale, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività. Il primo impone di non discriminare la tutela della posizione comunitaria rispetto a quella nazionale; il secondo richiede, invece, che le procedure nazionali non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione europea[306].

Anche nei rari casi in cui ha affermato l'obbligo della p.A. di riesaminare un atto amministrativo in contrasto con il diritto dell'Unione, la Corte di Giustizia ha sempre sottolineato l'eccezionalità della relativa ipotesi sottoposta al suo vaglio, confermando che, fuori da quella eccezionale situazione, continua a rimanere valido il principio di facoltatività dell'autotutela.

Si fa riferimento, anzitutto, alla sentenza della Corte di Giustizia CE, 13 gennaio 2004, n. 453 *Kuhne & Heitz*[307], in cui la Corte ha affermato che il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE impone ad un organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora: *a)* disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; *b)* la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; *c)* tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario, adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale; *d)* l'interessato si sia rivolto

306. In dottrina, sul tema del regime dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto dell'Unione, si vedano: G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. I, Milano, 1997, 601; M. Antonioli, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 1999, 1371; R. Caranta, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?*, in *Giur. it*, 1989, III, 284; R. Giovagnoli, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in *Giust. amm*., 2004, 908; G. Montedoro, *Il regime processuale dell'atto nazionale anticomunitario. I poteri del giudice nel contenzioso implicante l'applicazione del diritto dell'UE*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com*., 2011, 6, 1393; G. Massari, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 643.

307 Nel caso di specie, il quesito rimesso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia consisteva proprio nello stabilire se un organo amministrativo interno sia obbligato a riesaminare ed eventualmente a ritirare un proprio provvedimento divenuto definitivo quando da una successiva sentenza della Corte risulta che quel provvedimento (e la pronuncia che l'ha confermato) sono basati su una interpretazione erronea del diritto comunitario.

all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della suddetta giurisprudenza.

Nella successiva sentenza della Corte, 1 febbraio 2008, C-206, *Kempter*, la Corte ha ulteriormente precisato, attenuando la portata restrittiva delle condizioni fissate dalla precedente decisione, che: *a)* nell'ambito di un procedimento dinnanzi ad un organo amministrativo diretto al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza, la quale alla luce di una giurisprudenza successiva della Corte, risulta basata su un'interpretazione erronea del diritto dell'Unione, tale diritto non richiede che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno da esso proposto contro tale decisione; *b)* il diritto dell'Unione non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva. Gli Stati membri rimangono, tuttavia, liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi eurounitari di effettività ed equivalenza.

Se non ricorrono le condizioni sopra esaminate (che, ad esempio, presuppongono che l'atto amministrativo sia stato impugnato, senza esito, fino all'ultimo grado di giudizio), trova applicazione la regola generale che afferma la facoltatività dell'autotutela.

La non obbligatorietà dell'annullamento d'ufficio in caso di violazione del diritto dell'Unione europea trova, come si diceva, conferma proprio nell'art. 108, co. 1 lett. d), che, riferendosi all'ipotesi di appalto che "*non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi comunitari derivanti dai Trattati, come riconosciuto dalla Corte di Giustizia in un procedimento ai sensi dell'art. 258 TFUE*" prevede che l'Amministrazione "può", non deve, disporre l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, con conseguente risoluzione del contratto, limitandosi ad escludere solo l'applicazione dei termini di cui all'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990.

Tale conclusione, come si è accennato, appare coerente rispetto a quella predicabile in tema di regime giuridico di provvedimenti amministrativi e giurisdizionali in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

Quanto al primo profilo, è noto che è stata superata la tesi, sostenuta da una parte degli interpreti, secondo cui sarebbe possibile disapplicare il provvedimento in contrasto con il diritto sovranazionale[308].

In proposito, la Corte di giustizia[309] ha affermato che spetta all'ordinamento nazionale di ogni Stato membro definire le modalità relative al termine di ricorso in grado di assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività. Il termine decadenziale, ha osservato la Corte, rispetta il rispetta il principio di equivalenza, in quanto trova applicazione indifferentemente, a prescindere dalla circostanza che le posizioni giuridiche soggettive fatte valere siano fondate su norme nazionali oppure su quelle eurounitarie. Quanto al principio di effettività, la Corte ha osservato che, in linea di principio, il termine d'impugnazione di sessanta giorni non osta all'effettiva applicazione del diritto dell'Unione, essendo invece funzionale all'esigenza di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento dei concorrenti in ordine alle fasi processuali già esauritesi. Tuttavia, prosegue la sentenza, "*ai fini dell'applicazione del principio di effettività, ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario deve essere esaminato tenendo conto, in particolare, del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, nonché dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo*". Ciò significa che, sebbene il termine di decadenza non sia, di per sé, contrario al principio di effettività, occorre verificare se, nelle particolari circostanze della causa sottoposta al giudice *a quo*, l'applicazione di tale termine possa comportare una violazione del detto principio[310].

Considerazioni analoghe possono essere svolte, infine, con riferimento al regime d'impugnazione dei provvedimenti giurisdizionali in contrasto con il diritto dell'Unione. Anche in questi casi, il principio del

---

308 M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999, 355 ss.; Id., *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1991, 824 ss.; Id., *L'invalidità degli atti amministrativi per violazioni di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm*., 2003, 689 ss.

309 Cfr. CGCE sez. VI, 27 febbraio 2003, C-327/00, *Santex;* Id.,12 dicembre 2002, C-470/99, *Universale Bau*.

310 Proprio considerando le particolarità della vicenda processuale sottoposta al suo esame (nella quale vi era stato un comportamento poco corretto della stazione appaltante, che, in un primo momento aveva fornito rassicurazioni in ordine all'interpretazione di una clausola escludente e poi, invece, l'aveva applicata in modo rigoroso), il giudice di Lussemburgo è giunto alla conclusione che, nel caso di specie, il rispetto del principio di effettività imponeva al giudice nazionale di disapplicare le norme che prevedono il termine di decadenza di sessanta giorni per insorgere contro gli atti amministrativi illegittimi

primato del diritto dell'Unione non impone l'introduzione di rimedi *extra ordinem* per rimuovere la stabilità che l'atto nazionale abbia acquistato in base al regime vigente nell'ordinamento statale, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività.

Tale conclusione non trova smentita nelle pronunce che hanno affermato che il giudicato nazionale non può impedire di censurare operazioni elusive in materia di IVA (caso *Olimpiclub*), né il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario[311] (caso *Lucchini*).

Ciò che sembra emergere da tali pronunce della Corte di Giustizia è che la questione non si pone tanto in termini di supremazia tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento nazionale, quanto in termini di bilanciamento tra due diritti entrambi tutelati a livello sovranazionale. Nel caso *Olimpiclub*, si trattava di bilanciare la certezza del diritto con l'esigenza di assicurare un efficace azione di contrasto a forme di abuso del diritto in materia di IVA. Nel caso *Lucchini*, si trattava di individuare un punto di equilibrio tra la certezza del diritto e il principio della competenza esclusiva della Commissione in materia di aiuti di Stato[312].

---

311 Sul punto, si veda Corte di Giustizia, sez. II, 3 settembre 2009, C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, 12, 303, con nota di O. Lombardi, *Certezza del diritto e primato del diritto comunitario in presenza di giudicato esterno in materia tributaria*, che ha affermato che il giudicato nazionale non può impedire al giudice tributario l'esame di fattispecie in materia di IVA, al fine di riconoscere l'eventuale sussistenza di pratiche abusive.
La stessa Corte sottolinea, peraltro, l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste anche nell'ordinamento giuridico comunitario, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, che il principio di buona amministrazione della giustizia. In linea con ciò, si ribadisce che il diritto dell'Unione "non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione".
Tali considerazioni consentono di comprendere anche la portata della sentenza *Lucchini* (Corte di Giustizia CE, 18 luglio 2007, C-119/05, in *Riv. dir. trib.*, 2008, 4, 149), che ha affermato che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 c.c., volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, qualora l'applicazione di tale disposizione impedisca il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità sia stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva.

312 Il principio secondo cui il primato del diritto dell'Unione non impone l'introduzione di rimedi *extra ordinem* trova, infine, conferma nella sentenza della Corte Costituzionale, 18 gennaio 2018, n. 6, in cui è stato ribadito che il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti "per motivi inerenti alla giurisdizione" non si estende anche ai casi di violazione di norme dell'Unione o della CEDU, perché ciò significherebbe ricondurre al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata). Ammettere il sindacato della Cassazione su questo tipo di errore significherebbe, in altri termini, ammettere l'introduzione di un

4. Osservazioni conclusive. L'annullamento d'ufficio nel settore dei contratti pubblici e le questioni aperte

Le nuove ipotesi di risoluzione "facoltativa" dei contratti pubblici introdotte per effetto del recepimento delle direttive europee del 2014 presentano numerosi profili di interesse, che meritano di essere ulteriormente approfonditi.

In primo luogo, si tratta di norme che introducono, nel settore dei contratti pubblici, profili di specialità del potere di annullamento d'ufficio ulteriori rispetto a quelli già ricavabili dall'art. 211, d. lgs. 50/2016.

Come è noto, l'art. 211, co. 1-*bis* attribuisce all'ANAC la legittimazione "*ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*"[313].

Il comma successivo specifica che, nei casi in cui l'Autorità nazionale anticorruzione ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del codice dei contratti pubblici,

---

rimedio non previsto per violazioni di legge interna e, quindi, riconoscere al vizio della violazione del diritto UE una gravità maggiore rispetto alla violazione di legge interna.

313 L'attuale formulazione dell'art. 211 del d. lgs. n. 50 del 2016 fa seguito all'abrogazione, ad opera dell'art.123 del d. lgs 19 aprile 2017, n. 56 (primo correttivo al Codice), del co. 2 dell'art. 211, il quale prevedeva che "Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente codice. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo". Sul tema, si vedano M. Lipari, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'Anac*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id. *Legittimazione processuale speciale dell'ANAC,* (bussola) in *www.lamministrativista.it*, Id. *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo codice dei contratti pubblici (d. lgs. 50/2016)*, in *www.federalismi.it*, 2016, 5; G. Veltri, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sulle criticità sollevate dal vecchio comma 2, si veda inoltre P.L. Portaluri, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, cit. secondo cui, in luogo di tale forma di "autotutela imposta" sarebbe stato preferibile "prima di giungere al non rifiutabile invito demolitorio, aprire *extra legem* una fase – sia pur temporalmente assai breve – in cui la 'civiltà della conversazione' possa tentare il raggiungimento, in modo meno traumatico, di un esito condiviso: diminuendo anche i rischi di un contenzioso".

emette, entro sessanta giorni *"dalla notizia della violazione"*, un *"parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati"*.

Qualora la stazione appaltante decida di non conformarsi al parere nei successivi sessanta giorni, l'ANAC sarà quindi legittimata a proporre ricorso innanzi al giudice amministrativo, nei successivi trenta giorni.

L'attribuzione ad un'Autorità indipendente della legittimazione ad agire in giudizio contro atti lesivi delle norme in materia di concorrenza non rappresenta, in realtà, una novità per l'ordinamento. L'art. 211 disciplina, invero, un istituto sostanzialmente analogo a quello previsto dall'art. 21-*bis* della l. n. 287/1990, che consente all'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato di agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato (co. 1), previo parere motivato, nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate, laddove l'Amministrazione non si sia conformata al parere (co. 2)[314].

In entrambe le ipotesi, si è in presenza di strumenti finalizzati ad assicurare, in un'ottica di leale collaborazione tra pubbliche Amministrazioni, il pieno ed effettivo rispetto delle norme a tutela della concorrenza[315].

L'introduzione di questo peculiare strumento assume particolare interesse, in quanto, come si diceva, solleva diverse questioni in ordine al tipo di autotutela esercitabile dalla stazione appaltante compulsata dal parere.

---

[314] Per un'analisi delle diverse questioni sollevate dall'art. 21-*bis*, l. 287/1990, si vedano M.A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287/1990*, in *federalismi.it,* 2012, 12; Id., *La legittimazione dell'AGCM a ricorrere avverso i provvedimenti della p.a. ex art. 21-bis, l. 287/1990 e la violazione delle norme sugli aiuti di Stato*, in L. F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013; Id., *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle Autorità indipendenti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *www.federalismi.it*, 2012; R. Giovagnoli, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'Agcm nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, Relazione al Convegno tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano il 27 settembre 2012.

[315] Cfr. Cons. St., comm. spec. 26 aprile 2018, n. 1119, parere sullo schema di Regolamento sull'esercizio dei poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione di cui all'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del decreto legislativo n. 50 del 2016, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha affermato che il parere motivato si atteggia quale presupposto sollecitatorio di un eccezionale esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante e che "il ricorso al giudice da parte dell'Autorità è da considerare come *l'extrema ratio* a tutela dell'interesse pubblico e per sanare la divergenza tra due soggetti pubblici, l'autorità e la stazione appaltante".

Secondo una prima lettura, si potrebbe ritenere che il potere sollecitato dal parere dell'ANAC sia totalmente riconducibile all'annullamento d'ufficio, cosicché la stazione appaltante potrebbe rifiutarsi di rimuovere l'atto non tanto perché disconosce la violazione delle norme in materia di contratti pubblici, ma perché ritiene insussistenti gli altri presupposti che, oltre all'illegittimità, sono richiesti per l'annullamento d'ufficio dall'art. 21-*nonies*[316].

A sostengo di tale impostazione militerebbero esigenze di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento del privato nella conservazione del provvedimento. La possibilità per l'Amministrazione di evocare l'esistenza di ragioni di interesse pubblico alla conservazione dell'atto o l'avvenuto decorso di un termine ragionevole avrebbe, infatti, il pregio di evitare l'annullamento di atti adottati già da molto tempo e tali, quindi, da aver ingenerato un affidamento consistente in capo ai beneficiari. In questo modo, verrebbe compensata la circostanza che il *dies a quo* per l'adozione del parere decorre da un evento (quale la "*notizia della violazione*") che potrebbe verificarsi anche a notevole distanza di tempo dall'adozione dell'atto[317].

---

316 In tal senso, si veda R. De Nictolis, *L'autotutela provvedimentale di annullamento di atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui "si deve ritenere che anche questa forma di autotutela "accompagnata" dall'ANAC debba rispettare il modello generale quanto a discrezionalità, necessità di violazioni sostanziali e non meramente formali, interesse pubblico concreto e attuale, valutazione comparativa degli interessi dei privati interessati e controinteressati".
La stessa Autrice riconosce, peraltro, che l'ANAC e l'AGCM sono legittimate ad impugnare "l'originario provvedimento, ritenuto illegittimo, ma non anche a contestare il mancato esercizio dell'autotutela; il sindacato del giudice, dunque, ha per oggetto l'originario provvedimento, mentre resta insindacabile il mancato esercizio dell'autotutela".

317 Tale tesi è stata sostenuta, con riferimento all'art 21-bis della l. n. 287/1990 da F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti,* cit., secondo cui, benché non vi sia una esplicita indicazione testuale, si deve ritenere che il potere sollecitato dall'Autorità garante sia quello di autotutela, cosicché "l'Amministrazione dovrà appurare, al di là della sollecitazione proveniente dall'Autorità, se esistono oppure no i requisiti prescritti dalla legge per un legittimo esercizio dei poteri di annullamento d'ufficio". Secondo l'Autore, quindi, nel caso in cui l'Amministrazione decida di non conformarsi al parere evocando l'insussistenza dei requisiti di cui all'art. 21-nonies, "l'eventuale ricorso dell'Autorità non potrà essere accolto "nei casi in cui la valutazione della p.a. circa la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 21-*nonies* sia stata negativa, appositamente motivata e soprattutto fondata" e ciò anche qualora vi sia stata effettivamente la violazione delle norme indicate dall'AGCM. In giurisprudenza, dal T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 7 dicembre 2017, n.1521, in *www.lamministrativista.it*. Nella specie, era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 21-*bis*, nella parte in cui non prevede il *dies a quo* del termine di sessanta giorni entro cui l'Autorità può formulare il proprio parere motivato.

Aderendo a questa prospettiva, tuttavia, si dovrebbe coerentemente ritenere che il *thema decidendum* dell'eventuale e successivo giudizio instaurato dall'Autorità sia rappresentato dal diniego di autotutela e non dal provvedimento originario, adottato dall'Amministrazione destinataria del parere. Si tratterebbe, in altri termini, di stabilire se sia legittimo il provvedimento con cui la stazione appaltante, pur riconoscendo l'illegittimità dell'atto, decida di conservarlo evocando il decorso del termine ragionevole dall'adozione dell'atto o l'esistenza di un interesse pubblico alla stabilità del provvedimento.

Una simile soluzione non appare, tuttavia, persuasiva, alla luce del dato letterale dell'art. 211, co. 1-*bis*.

Dalla lettura di tale disposizione sembra, infatti, evidente che il ricorso proposto dall'Autorità abbia per oggetto l'atto che si assume lesivo delle norme in materia di contratti pubblici. Ciò emerge chiaramente dal comma 1-*bis*, che, come si è visto, attribuisce all'ANAC il potete di impugnare "*bandi, atti generali e provvedimenti"*, qualora ritenga che essi violino le norme in materia

---

Il T.A.R. ha dichiarato infondata l'eccezione d'illegittimità costituzionale. In particolare, ha osservato che il termine di sessanta giorni per l'emanazione del parere inizia a decorrere solo dal momento della ricezione, da parte dell'Autorità, di una specifica comunicazione recante gli elementi rilevanti dell'atto che dovrebbe divenire oggetto del parere. Diversamente opinando, infatti, si finirebbe per circoscrivere in maniera eccessiva l'azione di quest'ultima, incidendo così sulla reale applicabilità dell'istituto e, ciò, in conflitto con la ratio stessa dell'art. 21-*bis*. Al fine di evitare che tale soluzione, ispirata dall'esigenza di potenziare l'azione dell'Autorità, possa incidere negativamente sulla certezza dei rapporti giuridici, il Collegio richiama la disciplina generale dell'annullamento d'ufficio. In questa prospettiva, un eventuale provvedimento di annullamento, in conformità del parere dell'AGCM, dovrebbe essere adottato entro il termine ragionevole di diciotto mesi e risultare motivato anche in ordine agli ulteriori presupposti di cui all'art. 21-*nonies*, della l. n. 241 del 1990. Allo stesso modo, se detti presupposti non siano ritenuti esistenti, l'Amministrazione dovrebbe necessariamente darne atto, con una motivazione idonea a produrre effetti nella fase in cui la stessa AGCM dovrà valutare se proporre ricorso.

Tale sentenza è stata tuttavia riformata da parte del Consiglio di Stato, che, con la sentenza della sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2583, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ha respinto la tesi secondo cui il potere sollecitato con il parere *ex* art. 21-*bis* è riconducibile all'annullamento d'ufficio.

La questione del *dies a quo* del termine per adottare il parere motivato è stata affrontata, con riferimento all'art. 211, anche dal Consiglio di Stato, che, nel parere sullo schema di Regolamento sull'esercizio dei poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione di cui all'art. 211, co. 1-*bis* e 1-*ter*, sopra citato ha affermato che il riferimento alla "acquisizione della notizia" non può essere inteso come momento in cui l'ANAC ha avuto "esatta conoscenza" della violazione, "con la conseguenza che non rileverebbe, al fine del decorso del suddetto termine, la mera pubblicazione legale dell'atto o del provvedimento. Tale ultima opzione non appare corretta perché finirebbe per spostare ad un tempo indefinito l'emissione del parere e, quindi, il possibile ricorso giurisdizionale, in contrasto con i principi di certezza che devono sovrintendere le procedure ad evidenza pubblica".

di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. È contro questi atti, quindi, che il ricorso si indirizza e non contro il mancato esercizio del potere di autotutela.

Il comma 1-*ter*, che fa riferimento al parere e concede all'Amministrazione un termine di sessanta giorni per adeguarsi ad esso, non individua l'oggetto del giudizio, ma fissa soltanto le modalità procedimentali per l'esercizio del descritto potere di azione in sede giurisdizionale[318].

Così definito l'oggetto del giudizio instaurato dall'Autorità, si deve escludere che l'Amministrazione compulsata dal parere, che riconosca l'illegittimità dell'atto, possa rifiutarsi di modificarlo o rimuoverlo evocando la mancanza degli ulteriori presupposti richiesti dall'art. 21-*nonies* per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

Sarebbe, invero, difficile ritenere che la stazione appaltante possa decidere di conservare il provvedimento censurato dall'ANAC richiamando l'assenza dei presupposti del 21-*nonies* e, contemporaneamente, ritenere che la stessa sia esposta ad un ricorso giurisdizionale avente ad oggetto il provvedimento originario e non il diniego di autotutela.

In conclusione, si deve ritenere che l'Amministrazione compulsata dal parere divenga titolare di un potere-dovere di autotutela derogatorio rispetto all'art. 21-*nonies*, in quanto legato al solo presupposto dell'illegittimità dell'atto.

Anche questa norma, dunque, introduce nel settore dei contratti pubblici profili di specialità del potere di annullamento d'ufficio, che si aggiungono a quelli già ricavabili dagli artt. 108 e 176 codice, che, come si è

---

318 In termini, con riferimento all'art. 21-*bis*, l. n. 287/1990, si veda R. Giovagnoli. *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'Agcm nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, cit. Nello stesso senso, in giurisprudenza, si veda T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720, in *www.giustizia-amministrtiva.it* che, partendo dalla premessa che la *ratio* del parere dell'Autorità è di consentire all'Amministrazione emanante l'atto ritenuto illegittimo uno spontaneo adeguamento, "in esito ad un confronto dialettico che costituisca espressione del principio di leale collaborazione fra pubbliche amministrazioni", sottolinea che "le determinazioni che l'Amministrazione viene ad assumere, a seguito di detta interlocuzione, sia nel senso della conformazione al parere (con conseguente ritiro o modifica dell'atto), sia nel senso della conferma della soluzione originaria, non costituiscono estrinsecazione di un potere di autotutela *strictu sensu* inteso, non implicando alcun apprezzamento di natura tipicamente discrezionale orientato secondo i parametri tradizionali dell'autotutela". In quest'ottica, conclude il Collegio, ove l'Amministrazione ravvisi l'effettività o la fondatezza dei rilievi di cui al parere dell'Autorità, ha l'obbligo di conformare la propria azione alla salvaguardia dei principi in materia di concorrenza, "non potendosi certo ipotizzare che, secondo i parametri propri dell'autotutela, rifiuti di modificare o ritirare l'atto lesivo della libertà di concorrenza solo per la mancanza dei presupposti dell'annullamento d'ufficio".

visto, individuano ipotesi in cui la stazione appaltante è titolare del potere di annullare d'ufficio atti di gara, a contratto stipulato, anche oltre i limiti temporali previsti dall'art. 21-*nonies* per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici[319].

Ulteriori profili di interesse sono legati alle diverse questioni sollevate dalle nuove ipotesi di risoluzione di cui agli artt. 108, co. 1 e 176.

In primo luogo, viene in rilievo la deroga espressa "*ai termini di cui all'art. 21*-nonies".

Si pone, dunque, la questione di capire se la deroga sia da intendere solo rispetto al termine di diciotto mesi, previsto per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici, ovvero anche al "termine ragionevole".

Valorizzando il dato testuale, che si riferisce "*ai termini*" dell'art. 21-*nonies*, si potrebbe ritenere che la deroga si riferisca ad entrambi i termini e che, quindi, la risoluzione possa avvenire *sine die*.

Appare, tuttavia, preferibile la diversa lettura restrittiva, secondo cui l'unico termine derogabile è quello di diciotto mesi previsto per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici. La stazione appaltante potrebbe quindi risolvere il contratto dopo i diciotto mesi, ma pur sempre entro il limite del termine ragionevole.

Una simile impostazione, appare, del resto, maggiormente in grado di realizzare il più equilibrato bilanciamento tra due esigenze meritevoli di tutela: da un lato, la necessità di assicurare all'Amministrazione di risolvere il contratto ove le illegittimità commesse in sede di aggiudicazione o di esecuzione siano tali da compromettere la realizzazione dell'interesse pubblico sotteso al contratto. Dall'altro, l'esigenza di tutelare quel principio di "tendenziale parità" che caratterizza l'esecuzione dei contratti pubblici e l'affidamento della controparte privata nella stabilità del vincolo contrattuale[320].

---

[319] M.A. Sandulli, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale nel settore dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che evidenzia la contraddittorietà di tali norme con la riforma che nel 2015 ha interessato la legge generale sull'azione amministrativa. Tale riforma, infatti, nell'ottica di tutelare l'affidamento degli operatori economici e stimolare nuovi investimenti mediante la garanzia di maggiore stabilità e certezza dei provvedimenti amministrativi, ha introdotto un limite temporale di diciotto mesi introdotto per l'esercizio del potere di annullamento in autotutela dei provvedimenti "di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici", categoria cui appartengono, evidentemente, anche le aggiudicazioni di contratti pubblici.

[320] Nello stesso senso, si veda R. De Nictolis, *L'autotutela provvedimentale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, cit., che ritiene che ulteriori argomenti a sostegno di tale tesi restrittiva siano: *a)* la circostanza che "la risoluzione di cui agli artt. 108

Un'ulteriore questione posta dagli artt. 108 e 176 riguarda la decorrenza degli effetti dell'annullamento d'ufficio. Ci si potrebbe domandare se l'annullamento d'ufficio mantenga il suo carattere tradizionalmente retroattivo e, quindi, l'esercizio di tale potere rimuova gli effetti *medio tempore* prodottisi o se, invece, sia possibile ritenere che scioglimento del vincolo contrattuale operi solo con efficacia *ex nunc*, con conservazione delle prestazioni già eseguite.

Quest'ultima impostazione appare preferibile sotto diversi profili. In primo luogo, sembra trovare conferma nello stesso art. 108, che, al co. 5, prevede che nei casi di risoluzione del contratto, l'appaltatore ha diritto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori, servizi o forniture regolarmente eseguiti. La pervasività dell'interesse alla realizzazione dell'opera o del servizio oggetto del contratto non solo non permette la riduzione in pristino, ma, per espressa previsione di legge, obbliga la stazione appaltante a corrispondere una somma di denaro per le lavorazioni regolarmente eseguite.

Sotto altro profilo, si tratta di una soluzione coerente rispetto alla disciplina della sorte del contratto a seguito di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione: ai sensi dell'art. 121, co. 1, c.p.a. invero, il giudice che annulla l'aggiudicazione dichiara l'inefficacia del contratto, precisando "*se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni da eseguire*" o se, invece, essa opera in via retroattiva. Similmente, l'art. 122 c.p.a. prevede che il giudice che annulla l'aggiudicazione stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, "*fissandone la decorrenza*".

Anche in questi casi, dunque, la possibilità di evitare la caducazione del contratto con effetto retroattivo determina l'inoperatività della regola secondo cui ciascun contraente è tenuto a restituire o ricevere rispettivamente la prestazione ricevuta o quella già eseguita.

Un ulteriore profilo di specialità che merita di essere sottolineato riguarda, infine, l'art. 176, che, come si è accennato, detta una disciplina speciale per il caso in caso in cui l'annullamento d'ufficio non sia imputabile al destinatario. In questi casi (e nei casi di concessione risolta per inadempimento dell'Amministrazione ovvero revocata per motivi di pubblico interesse) al concessionario spetta "*un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al dieci per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero*

---

e 176 va qualificata come "autotutela provvedimentale" speciale, che si muove nel paradigma di quella generale" e *b)* le lacune del codice dei contratti pubblici sono colmate mediante applicazione della l. n. 241/1990: pertanto anche gli artt. 108 e 176 vanno coordinati ed integrati con i principi desumibili dall'art. 21-*nonies*".

del valore attuale della parte del servizio pari ai costi monetari della gestione operativa previsti nel piano economico finanziario allegato alla concessione"[321].

Tale disposizione presenta profili di interesse sotto un duplice profilo.

Da un lato, si prevede che il privato sia tenuto indenne del pregiudizio patrimoniale che subisce per effetto dell'annullamento d'ufficio. Si tratta di una previsione particolarmente rilevante, in quanto accorda all'interesse del privato al mantenimento del provvedimento illegittimo una tutela indennitaria che la legge generale sul procedimento amministrativo riconosce solo al destinatario della revoca, nonché in caso di recesso di una p.A. da un accordo *ex* art. 11, l. n. 241/1990.

Tradizionalmente, la scelta di prevedere una tutela indennitaria solo in queste ipotesi (e non anche nel caso di annullamento d'ufficio) si giustifica, come noto, considerando che la revoca del provvedimento (o il recesso dall'accordo) non è determinata dall'illegittimità del precedente operato dell'Amministrazione, ma da mere ragioni di opportunità. A differenza di quanto accade con l'annullamento d'ufficio, nel caso di revoca o di recesso da un accordo, la pubblica Amministrazione va ad incidere su un affidamento generato da un provvedimento (o da un accordo) pienamente legittimo.

In questa prospettiva, appare dunque evidente l'innovazione che deriva dal riconoscimento del diritto all'indennizzo in favore del concessionario. Tale indennizzo viene riconosciuto non solo nel caso di "cessazione" della concessione per ragioni di opportunità, ma anche nell'ipotesi in cui la stessa è destinata a venir meno per ragioni di illegittimità.

Sotto altro profilo, l'art. 176, co. 4 assume particolare importanza, in quanto non si limita a prevedere un indennizzo parametrato al danno emergente, ma accorda un indennizzo parametrato al lucro cessante, forfettariamente stimato nella misura del dieci per cento.

---

[321] Nel dettaglio, l'art. 176, co. 3 prevede che "Nel caso in cui l'annullamento d'ufficio dipenda da vizio non imputabile al concessionario si applica il comma 4", il quale dispone che: "Qualora la concessione sia risolta per inadempimento della amministrazione aggiudicatrice ovvero quest'ultima revochi la concessione per motivi di pubblico interesse spettano al concessionario: 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; c) un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero del valore attuale della parte del servizio pari ai costi monetari della gestione operativa previsti nel piano economico finanziario allegato alla concessione".

Si tratta, quindi, di una norma di grande rilievo, in quanto riconosce al concessionario in buona fede una tutela identica e particolarmente intensa sia nel caso di annullamento d'ufficio che nel caso revoca della concessione.

Tale forma di ristoro economico – che, a fronte della revoca, si giustifica per l'esigenza di tutelare l'affidamento del privato nella stabilità di un provvedimento legittimamente adottato – sembra ispirato, nel caso dell'annullamento d'ufficio dalla volontà di compensare l'assenza del limite massimo di diciotto mesi.

Il legislatore quindi ammette che l'annullamento d'ufficio possa intervenire anche oltre i diciotto mesi, ma riconosce al destinatario del provvedimento illegittimo che abbia in buona fede confidato nella sua legittimità una sorta di risarcimento.

Tale previsione, se da un lato appare apprezzabile nella misura in cui mira a compensare la mancanza del termine entro cui esercitare il potere di annullamento, dall'altro potrebbe apparire non pienamente ragionevole, se si considera l'equiparazione della tutela di due situazioni diverse, ossia l'affidamento nella stabilità di un provvedimento inopportuno e quella riposta in un provvedimento illegittimo.

In termini generali, la previsione di un ristoro economico anche a fronte del legittimo esercizio del potere di annullamento d'ufficio sembra recepire quell'orientamento – ispirato dalla valorizzazione dei principi di buona fede e correttezza anche nell'ambito dell'attività autoritativa della pubblica Amministrazione – che ha ammesso la configurabilità di una responsabilità della p.A. per i danni derivanti dall'annullamento in via giurisdizionale o in via di autotutela di un provvedimento favorevole[322].

Si tratta, in particolare, delle ipotesi in cui il risarcimento viene richiesto da colui che ha subito l'annullamento, ossia dal soggetto la cui

[322] Cfr. Cass. civ., sez. un., 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595, 6596; Cass. civ., sez. un., 22 gennaio 2015, n. 1162 e Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586, in *iusexplorer.it*, che hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario sulle relative controversie. In proposito, la Corte ha osservato che, "quando, successivamente alla rimozione del provvedimento, il privato beneficiario, preso atto del venir meno del provvedimento (eventualmente inutilmente difeso, prospetti di aver subito un danno ingiusto per avere confidato nella legittimità del provvedimento ed avere regolato la sua azione sulla base di esso e faccia, quindi, valere, come fatto costitutivo della più complessa fattispecie integrativa dell'affidamento incolpevole, che la p.a. gli attribuì il provvedimento in modo illegittimo (come ormai riconosciuto dal consolidarsi dell'annullamento in autotutela o giurisdizionale)" la relativa azione non denuncia la lesione dell'interesse legittimo. Ciò che il privato denuncia è, invece, la lesione di una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione all'integrità del suo patrimonio".

pretesa è stata soddisfatta dall'amministrazione, sia pur illegittimamente. In questi casi, quindi, il danno di cui si chiede il ristoro non risulta conseguenza del contenuto del provvedimento, ma discende dalla violazione dei doveri di correttezza e buona fede, e, dunque, dall'affidamento scorrettamente ingenerato dall'amministrazione nel rilascio del provvedimento.

Tale forma di responsabilità si basa sulla considerazione che l'attività amministrativa è governata non solo dalle regole pubblicistiche, la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento, ma anche quelle civilistiche di buona fede e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali.

Un'ulteriore questione sollevata dalle ipotesi di risoluzione c.d. facoltativa riguarda il carattere tassativo o meno dei casi in cui è ammesso lo scioglimento del vincolo contrattuale in conseguenza dell'annullamento d'ufficio. Si tratta, in altri termini, di capire se l'Amministrazione possa risolvere il contratto attraverso i poteri di autotutela pubblicistica anche in ipotesi diverse da quelle contemplate dall'art. 108 e 176.

Aderendo ad una prima lettura, si dovrebbe dare risposta negativa al quesito. Gli artt. 108 e 176 individuerebbero, quindi, delle eccezioni alla regola secondo cui il contratto può essere risolto solo attraverso i rimedi generali previsti dal codice civile o attraverso gli speciali rimedi privatistici previsti dal codice dei contratti pubblici.

A sostegno di tale impostazione potrebbe essere evocata anche l'esigenza di tutela dell'affidamento del privato nella stabilità dei vantaggi conseguiti per effetto della stipula del contratto e di salvaguardia dei principi civilistici di parità delle parti e di cogenza del vincolo contrattuale[323].

Tale impostazione non sembra, tuttavia, pienamente persuasiva. Appare invece più corretto ritenere che l'Amministrazione conservi il potere di risolvere il contratto attraverso l'annullamento d'ufficio anche in ipotesi ulteriori rispetto a quelle espressamente previste dagli artt. 108 e 176.

La *ratio* di tali norme non sembra riconducibile alla volontà di circoscrivere l'annullamento alle sole ipotesi ivi elencate, ma sembra rivolta a delineare i casi in cui la stazione appaltante ha il potere di annullare d'ufficio gli atti di gara anche oltre il termine di diciotto mesi cui sarebbe altrimenti assoggettata ai sensi dell'art. 21-*nonies*.

---

[323] G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico*, cit. 94-95.

Una simile impostazione appare, del resto, coerente con il fondamento del potere di annullamento d'ufficio, che risiede nella necessità di assicurare la costante rispondenza dell'azione amministrativa ai fini di interesse pubblico indicati dalla legge. Tale esigenza si pone, evidentemente, con la medesima intensità anche nei confronti dell'attività contrattuale posta in essere dall'Amministrazione.

Sotto altro profilo, tale conclusione si spiega, come si è visto nei capitoli precedenti, alla luce della rilevanza causale che assume l'interesse pubblico e, quindi, della circostanza che il contratto può rimanere in vita solo se (e fino a quando) non si verifichino eventi che lo rendano inidoneo ad assolvere la funzione cui era destinato.

Laddove l'inidoneità del contratto a realizzare la sua causa concreta derivi da un'illegittimità commessa in sede di aggiudicazione della gara, deve quindi essere consentito alla stazione appaltante di sciogliersi dal vincolo contrattuale. Con la precisazione, giova ribadirlo, che non è sufficiente la mera illegittimità dell'aggiudicazione, essendo necessaria l'esistenza di un interesse pubblico alla rimozione dell'aggiudicazione, ulteriore rispetto a quello al mero ripristino della legalità violata e prevalente sugli altri interessi in gioco[324].

Né può essere invocato, in senso contrario all'ammissibilità dell'annullamento d'ufficio al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 108 e 176, il richiamo ai principi di parità delle parti e di stabilità del vincolo contrattuale.

Tale obiezione può essere superata, in primo luogo, ponendo l'attenzione sulla motivazione del provvedimento di annullamento d'ufficio, nella quale dovranno essere esplicitate, in maniera esauriente e completa, le ragioni per le quali, all'esito del bilanciamento imposto *ex* art. 21-*nonies*, l'Amministrazione ha ritenuto prevalente l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto. In questo modo, la controparte è messa nelle condizioni di comprendere l'iter logico seguito dalla p.A. e, quindi, di valutare l'opportunità di contestare in giudizio la legittimità dell'annullamento[325].

Sotto altro profilo, va ricordato che, nelle ipotesi non contemplate dagli artt. 108 e 176, il potere di annullamento d'ufficio deve essere esercitato entro il limite temporale dei diciotto mesi previsto dall'art. 21-*nonies* per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici.

---

[324] Sul punto, si rinvia a quanto più diffusamente illustrato nel Capitolo II, § 4.2

[325] Sulle funzioni della motivazione, si veda F.A. Bella, *La motivazione del provvedimento (art. 3 l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in (a cura di) M.A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit. 293 ss.

La necessità di rispettare tale limite temporale consente di escludere che la caducazione del contratto possa verificarsi dopo che sia decorso un apprezzabile lasso di tempo e si sia consolidato l'affidamento del privato nella stabilità della pattuizione.

Ancora, va evidenziato come un recupero delle garanzie a presidio della posizione del privato si realizza sul piano procedimentale. Come ribadito dalla giurisprudenza, infatti, l'esercizio del potere di autotutela deve essere necessariamente preceduto, a pena di illegittimità, dalla comunicazione di avvio del procedimento[326].

In questo modo, si consente alla parte privata di dimostrare, anche in ragione della natura del contratto e del suo stato di esecuzione, la prevalenza dell'interesse alla stabilità del contratto stesso rispetto a quelli che ne giustificherebbero la rimozione.

Infine, va evidenziato che, anche nei casi in cui il provvedimento sia stato legittimamente adottato, è configurabile una responsabilità della pubblica Amministrazione, qualora il potere di annullamento d'ufficio sia stato esercitato in violazione delle regole di correttezza e buona fede.

La giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha, infatti, in più occasioni affermato che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'Amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità "da provvedimento" per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza[327].

---

[326] In tal senso, si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2010, n. 743, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui "in presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitiva, l'esercizio del potere di autotutela deve essere necessariamente preceduto, a pena di illegittimità, dalla comunicazione di avvio del procedimento, dovendo darsi modo all'aggiudicatario definitivo, titolare di una posizione giuridica evidentemente qualificata, di poter interloquire con l'Amministrazione, rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico concreto ed attuale alla cui cura deve essere indirizzata la potestà pubblica".

[327] Si vedano, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Id, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cass. civ., sez. un. 12 maggio 2008, n. 11656; Id., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Id, sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250, in *iusexplorer.it*, nonché

Ciò consente di comprendere la ragione per cui la responsabilità da comportamento scorretto può sussistere nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento.

In tale direzione si inserisce, come si diceva, l'orientamento giurisprudenziale con il quale le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ammesso la configurabilità di una responsabilità dell'Amministrazione da provvedimento favorevole poi annullato in via giurisdizionale o per autotutela[328].

In tali pronunce si afferma chiaramente che nei casi in cui, successivamente all'annullamento del provvedimento favorevole, il privato beneficiario prospetti di aver subito un danno ingiusto per avere confidato nella legittimità del provvedimento ed aver regolato la sua azione in base ad esso, la relativa responsabilità dell'Amministrazione si connota come responsabilità da comportamento da violazione del diritto soggettivo alla libertà di autodeterminazione negoziale.

Il privato, infatti, lamenta che l'agire scorretto dell'Amministrazione ha ingenerato un affidamento incolpevole sulla legittimità del provvedimento attributivo del beneficio e, quindi, sulla legittimità della conseguente attività negoziale (onerosa per il patrimonio del privato) posta in essere in base al provvedimento. Attività che, invece, una volta venuto meno il provvedimento, si rivela, perché anch'essa travolta dalla sua illegittimità, come attività inutile e, quindi, fonte – in quanto onerosa – di perdite o mancati guadagni.

In simili casi, il risarcimento risulta commisurato all'affidamento ragionevolmente riposto nella realizzazione dell'affare (c.d. interesse negativo). Saranno, quindi, risarcibili le spese inutilmente sostenute per la

---

Ad. plen. 4 maggio 2018, n. 5, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si sottolinea che nell'ambito del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche operano in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione. Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, la regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentale, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto).

[328] Cfr. Cass. civ., sez. un., 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595, 6596; Cass. civ., sez. un., 22 gennaio 2015, n. 1162 e Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586, cit.

realizzazione del contratto ed il mancato guadagno derivante dalle occasioni negoziali perse[329].

In questi casi, hanno precisato le Sezioni Unite, il provvedimento viene in considerazione come elemento di una più complessa fattispecie (di natura comportamentale) che è fonte di responsabilità solo se e nella misura in cui risulti oggettivamente idonea ad ingenerare un affidamento incolpevole, sì da indurlo a compiere attività e a sostenere costi incidenti sul suo patrimonio nel positivo convincimento della legittimità del provvedimento.

Le conseguenze patrimoniali cui può andare incontro l'Amministrazione, i presupposti stringenti necessari affinché possa essere disposto l'annullamento e le garanzie procedimentali consentono quindi di ridimensionare i timori che l'annullamento d'ufficio possa costituire uno strumento attraverso cui l'Amministrazione possa sottrarsi agevolmente e senza rischi agli impegni negoziali assunti e sembrano individuare un equo contemperamento tra il principio della cogenza del vincolo contrattuale, che permea la disciplina civilistica del contratto e il principio della costante funzionalizzazione dell'azione amministrativa rispetto alla cura dell'interesse pubblico individuato dalla legge attributiva del potere.

[329] Sono, dunque, evidenti le analogie tra la responsabilità precontrattuale derivante da rottura ingiustificata delle trattative e responsabilità derivante da recesso arbitrario (su cui si veda, *infra*, Cap. II, § 4.1.2): in entrambi i casi, si tratta di proteggere l'affidamento del soggetto interessato all'esecuzione del rapporto e evitare, così, un inutile dispendio di risorse.

Capitolo IV

Autotutela pubblicistica e risoluzione del contratto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa

Sommario: 1. Inquadramento generale **2.** La giurisdizione sul provvedimento di autotutela incidente sul rapporto contrattuale. **3.** La questione della giurisdizione sulla sorte del contratto **3.1.** La giurisdizione sul contratto nella disciplina anteriore al codice del processo amministrativo **3.2.** La giurisdizione sulla sorte del contratto nel codice del processo amministrativo **3.3.** La giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione. Orientamenti contrapposti **3.3.1**. La tesi della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo **3.3.2.** La tesi della giurisdizione ordinaria **4**. Osservazioni conclusive

1. Inquadramento generale

L'analisi dell'attuale disciplina della risoluzione dei contratti pubblici ha confermato che l'Amministrazione può risolvere unilateralmente il contratto non solo attraverso i rimedi generali previsti dal codice civile e i rimedi speciali di natura privatistica previsti dal codice dei contratti pubblici, ma anche attraverso l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

Tale conclusione si spiega alla luce del fondamento del potere di annullamento d'ufficio, che risiede nella necessità di assicurare la costante rispondenza dell'azione amministrativa ai fini di interesse pubblico indicati dalla legge, e alla luce della rilevanza causale che assume l'interesse pubblico.

Come si è visto, infatti, è possibile che l'inidoneità del contratto a realizzare la sua causa concreta derivi da un'illegittimità commessa nel corso del procedimento. In simili casi, l'Amministrazione ha il potere di sottrarsi unilateralmente dal vincolo negoziale, indicando le ragioni di interesse pubblico alla rimozione del contratto, ulteriori rispetto alla mera esigenza di ripristino della legalità violata e prevalenti sull'interesse alla stabilità del vincolo contrattuale.

La valorizzazione dei principi sottesi all'annullamento d'ufficio e delle regole che impongono all'Amministrazione di motivare le ragioni di interesse pubblico che giustificano l'esercizio del potere di autotutela hanno consentito di affermare che la stazione appaltante conservi il potere di risolvere il contratto attraverso l'annullamento d'ufficio anche in ipotesi ulteriori rispetto a quelle espressamente previste nel codice dei contratti pubblici.

Tale conclusione, che appare coerente con il fondamento del potere di annullamento d'ufficio e con la rilevanza causale che assume l'interesse pubblico, solleva diversi profili di interesse sul versante processuale, che si ripercuotono sul tema del riparto di giurisdizione[330].

Si tratta, in primo luogo, di individuare il giudice munito di giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto il provvedimento con cui l'Amministrazione annulla un atto di gara così determinando la risoluzione del contratto già stipulato. In secondo luogo, si tratta di capire se la giurisdizione del giudice amministrativo, ove ritenuta sussistente in relazione agli atti di autotutela adottati dall'Amministrazione, si estenda anche alla sorte del contratto stipulato "a valle" del procedimento amministrativo.

A differenza di quanto previsto nelle ipotesi contemplate dal codice dei contratti pubblici, in cui i due aspetti (annullamento d'ufficio e sorte del contratto) sono inglobati in un fenomeno unitario da norme che disciplinano espressamente la risoluzione del contratto, negli altri casi manca una disciplina da cui desumere con precisione i possibili rapporti, in punto di giurisdizione, tra l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e l'accertamento dell'incidenza di tale potere sul contratto.

2. La giurisdizione sul provvedimento di autotutela incidente sul rapporto contrattuale.

La prima questione che si pone riguarda dunque l'individuazione del giudice munito di giurisdizione in relazione alle controversie concernenti il provvedimento con cui l'Amministrazione, annullando un atto del procedimento, provoca lo scioglimento del vincolo contrattuale.

---

330 Sul tema del riparto di giurisdizione nelle controversie tra privato e pubblica Amministrazione, si vedano, senza pretesa di esaustività: M. D'Amelio, S. Romano, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.* 1929, I, 181 ss; G. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, 65 ss; L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, 1923, Milano, 149 ss; G. Mari, *La giurisdizione amministrativa*, in (a cura di) M.A. Sandulli, *Il nuovo processo amministrativo*, vol. I, Milano, 2013, 61 ss; O. Ranelletti, *A proposito di una questione di competenza della quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Scritti scelti*, vol. II, Napoli, 1992, 3 ss; A. Romano, *Osservazioni in tema di discriminazione di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1956, II, 339; A. M. Sandulli, *Questioni recenti in tema di discriminazione della competenza tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1952, I, 1073; F. G. Scoca, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni,* in *Dir. proc. amm,* 1989, 549 ss; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 115 ss.

Proprio valorizzando il rapporto tra annullamento e risoluzione del contratto si potrebbe ritenere che una simile controversia sia devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario. Si potrebbe, cioè, affermare che poiché il provvedimento di autotutela è stato adottato nel corso della fase esecutiva del rapporto, in relazione ad un preteso difetto funzionale del sinallagma contrattuale, si sia in presenza di una controversia tra parti collocate in posizione di parità, in quanto tale devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

Tale prospettiva è stata accolta da una parte della giurisprudenza, in relazione a controversie aventi ad oggetto l'impugnazione di provvedimenti con i quali erano state annullate d'ufficio precedenti delibere di autorizzazione alla stipula di contratti derivati[331].

A sostegno di tale soluzione è stato richiamato il consolidato orientamento che, distinguendo nettamente la fase del procedimento di evidenza pubblica dalla fase esecutiva, individua nella stipula del contratto lo "spartiacque" tra le giurisdizioni[332].

---

331 TAR Piemonte, 21 dicembre 2012, n. 1389 e Id. 21 dicembre 2012, n. 1390, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
Per una completa analisi del fenomeno e dei diversi orientamenti dalla giurisprudenza intervenuta sul tema, si veda, in dottrina, A. Benedetti, *La giurisprudenza sui contratti derivati degli enti locali,* in *Giorn. dir. amm*., 2013, 11, 1116.

332 Cass. Sez. Un. 8 luglio 2004, n. 12607, in *Foro Amm – C.d.S*., 2004, 3108 e, più recentemente, Cass. Sez. Un. 5 aprile 2012, n. 5446, *ivi*, 2012, 7-8, 1794, che ha affermato che "nel settore dell'attività negoziale della p.a. tutte le controversie che attengono alla fase preliminare - antecedente e prodromica al contratto - inerente alla formazione della sua volontà ed alla scelta del contraente privato in base alle regole c.d. dell'evidenza pubblica, appartengono al giudice amministrativo. Mentre quelle che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva che va dalla stipulazione del contratto fino alle vicende del suo adempimento, e riguarda la disciplina dei rapporti che dal contratto scaturiscono, sono devolute al giudice ordinario; che conseguentemente appartengono al giudice ordinano le controversie concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, nonché quelle rivolte ad accertarne le condizioni di validità e di efficacia e ad ottenerne la declaratoria di nullità o inefficacia, ovvero l'annullamento, posto che anche esse hanno ad oggetto non già i provvedimenti riguardanti la scelta dell'altro contraente, ma il rapporto privatistico discendente dal negozio; e che gli eventuali vizi di questo devono essere esaminati esclusivamente dal giudice ordinario competente a conoscerne l'intera disciplina; che nell'ambito delle patologie ed inefficacie negoziali, rientrano non soltanto quelle inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute, ma anche quelle derivanti da irregolarità - illegittimità della procedura amministrativa a monte, perciò comprendenti anche le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica (o di vizi che ne affliggono singoli atti): perciò accertabile incidentalmente da parte di detto giudice, al quale le parti possono rivolgersi senza necessità del previo annullamento '*in parte qua*' ad opera del giudice amministrativo (Cass. sez. un. 7578/2009; 27169/2007; 20504/2006; 5179/2004)"

In base a tale impostazione, le controversie concernenti la legittimità di atti afferenti a procedure di evidenza pubblica assunti prima dell'aggiudicazione o nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, perché attengono ad atti espressione di potestà amministrativa sottoposti a norme di carattere pubblicistico, a fronte dei quali la posizione giuridica dei partecipanti alla procedura ha la consistenza di interesse legittimo.

Al contrario, tutte le controversie che attengono alla fase successiva alla stipulazione del contratto e che concernono l'esecuzione del rapporto contrattuale spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, perché involgono posizioni di diritto soggettivo delle parti consacrate dal contratto e interamente disciplinate dal diritto privato.

Secondo tale orientamento, quindi, la controversia avente ad oggetto "*atti di asserita autotutela*" intervenuti nella fase successiva alla conclusione dei contratti appartiene al giudice ordinario, trattandosi, a ben vedere, di atti adottati "*in relazione a pretesi vizi genetici o funzionali del sinallagma contrattuale*"[333]. Verrebbe dunque in rilievo un rapporto di natura prettamente civilistica, derivante da un contratto che ha posto le parti in posizione del tutto paritaria, nonostante la natura pubblica di una di esse, facendo sorgere per entrambe tipiche posizioni di diritto soggettivo.

Tale orientamento, basato sulla valorizzazione della struttura bifasica che caratterizza i contratti ad evidenza pubblica, non appare, tuttavia, pienamente persuasivo.

Una volta ammesso che l'intervenuta stipula del contratto non rappresenta un ostacolo all'esercizio di poteri di autotutela pubblicistica sugli atti del procedimento di evidenza pubblica[334], si deve coerentemente ritenere che le controversie che investono l'esercizio di tali poteri siano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

È noto, del resto, che il criterio di riparto di giurisdizione fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva azionata impone all'interprete innanzitutto di qualificare esattamente i provvedimenti impugnati, sulla base dei presupposti in relazione ai quali sono stati adottati: si tratta, cioè, di

[333] Nelle fattispecie esaminate dal TAR nelle sentenze sopra citate, il Collegio ha affermato che solo "attraverso un espediente di natura meramente formale sono stati configurati dall'amministrazione - su espresso suggerimento del proprio consulente legale - quali 'vizi di legittimità' degli atti presupposti al solo fine di radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, evitando quella del giudice civile".

[334] Sul punto, si rinvia a quanto illustrato con maggiore dettaglio, *infra*, in Cap. II, § 4.2 e ss e Cap. III, § 3.1.3 e ss.

verificare se tali atti, anche al di là del *nomen iuris* utilizzato dall'Amministrazione, costituiscano manifestazione del potere pubblicistico di provvedere in autotutela ovvero siano atti di gestione/esecuzione dei contratti stipulati. In quest'ultimo caso, il privato è titolare di un diritto soggettivo, come tale tutelabile innanzi al giudice ordinario. Nel primo caso, invece, è configurabile una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

Sulla base di tali considerazioni, è dunque evidente che nei casi in cui il provvedimento adottato dall'Amministrazione costituisca espressione del potere di annullamento d'ufficio, la situazione giuridica soggettiva del contraente privato è di interesse legittimo, a nulla rilevando che l'esercizio di quel potere produca effetti, in ultima analisi, su un contratto già stipulato, da cui sono derivati diritti per entrambe le parti.

Ne consegue che la giurisdizione amministrativa sussiste non solo in relazione a controversie intercorse nella fase del procedimento prodromico alla stipula del contratto, ma anche nei casi in cui, successivamente a tale momento, sia esercitato un potere pubblicistico idoneo a determinare l'estinzione del vincolo contrattuale[335].

---

[335] Cons. St. sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032, cit; Id., sez. V, 23 luglio 2013 n. 4998; Id, Ad. plen. 5 maggio 2014, n. 13 in *www.giustizia-amministrativa.it*. Quest'ultima pronuncia, pur avendo affermato la giurisdizione del giudice ordinario, non smentisce l'orientamento appena esposto. Nel caso di specie, infatti, è stata affermata la giurisdizione del giudice ordinario sul presupposto che, nel caso di specie, fosse mancato un procedimento amministrativo prodromico alla stipula dei contratti derivati. In particolare, l'Adunanza plenaria ha evidenziato che affinché una determinazione amministrativa possa assumere la natura di atto prodromico in senso tecnico occorre che sia individuabile nell'atto stesso il compimento decisionale ossia la formazione della volontà di compiere un atto di diritto privato, di cui l'ente abbia valutato ed approvato il contenuto e che ciò risulti verificabile in base al procedimento seguito. In tal caso l'atto assume dignità provvedimentale e può essere autonomamente valutato sul piano della legittimità e formare oggetto di impugnazione in sede giurisdizionale ovvero di autotutela.
Diversa è invece l'ipotesi in cui la controversia abbia ad oggetto l'atto con cui l'Amministrazione autodichiara nullo un proprio precedente atto prodromico alla stipula di uno strumento finanziario derivato (*swap*), con conseguente inidoneità di questo a produrre effetti vincolanti. In proposito, si veda Cass. Sez. Un., 17 maggio 2013, n. 12110, secondo cui un simile atto non ha natura autoritativa, risolvendosi nella mera ricognizione di una situazione giuridica d'inidoneità dell'atto a produrre *ex se* effetti di alcun genere. Rispetto a tale situazione, sottolinea la Corte, "l'Amministrazione, al contrario di quel che accade per l'annullamento in autotutela, non dispone di alcun potere conformativo, neppure per sanare o convalidare l'atto nullo, come invece le è consentito per quello annullabile, sicché deve necessariamente misurarsi con gli eventuali diritti soggettivi che i terzi possano aver acquistato in forza di quell'atto. Ne consegue che appartiene nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia concernente la autodeclaratoria di nullità di un atto (delibera a

A tal fine, meritano di essere richiamate anche le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza, sia civile che amministrativa, in materia di revoca di sovvenzioni e contributi pubblici.

Similmente a quanto accade nel settore dei contratti pubblici, anche in tal caso si pone la questione di capire se le controversie relative alla revoca di contributi per vizi di legittimità o per sopravvenute ragioni di interesse pubblico siano devolute alla giurisdizione amministrativa o se invece appartengano alla giurisdizione del giudice ordinario, avendo ad oggetto atti adottati nel corso della fase di esecuzione di un rapporto tra parti in posizione paritaria.

In proposito, si è correttamente osservato che l'individuazione del plesso giurisdizionale chiamato a pronunciarsi sulle controversie relative alla revoca del contributo impone di fare riferimento al generale criterio della natura della situazione giuridica soggettiva azionata in giudizio.

Sulla base di tale criterio, si deve ritenere che qualora il presupposto della revoca sia un inadempimento del beneficiario alle condizioni stabilite al momento dell'erogazione del contributo, la relativa controversia è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, attenendo alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi imposti dal provvedimento attributivo del contributo.

Viceversa, è configurabile una situazione soggettiva di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, nei casi in cui, a seguito della concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato o revocato non per inadempienza del beneficiario, ma per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse[336].

---

contrarre) prodromico alla stipula di strumenti finanziari derivati, stipulati tra P.A. e soggetti privati".

[336] Sul punto, si veda, in particolare, Cons. St. Ad. plen. 29 gennaio 2014, n. 6, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha affermato che: "qualora la controversia attenga alla fase di erogazione o di ripetizione del contributo sul presupposto di un addotto inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite in sede di erogazione o dall'acclarato sviamento dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, anche se si faccia questione di atti formalmente intitolati come revoca, decadenza o risoluzione, purché essi si fondino sull'inadempimento alle obbligazioni assunte di fronte alla concessione del contributo. In tal caso, infatti, il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione (cfr. Cass. Sez. Un., ord. 25 gennaio 2013, n. 1776); viceversa, è configurabile una situazione soggettiva d'interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, solo ove la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al provvedimento discrezionale

Anche tale orientamento mette in evidenza l'importanza dell'esatta qualificazione del provvedimento adottato dall'Amministrazione e consente di affermare che a fronte dell'esercizio del potere di autotutela pubblicistica la situazione giuridica soggettiva del contraente privato è evidentemente di interesse legittimo, a nulla rilevando che tale potere sia destinato a produrre effetti su un rapporto paritetico.

Tale impostazione è stata anche recentemente accolta dalle Sezioni Unite, che, dopo aver ricordato il costante orientamento secondo cui sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie relative alla procedura di affidamento dell'appalto e alla giurisdizione ordinaria quelle aventi ad oggetto la fase di esecuzione del contratto, hanno opportunamente precisato che la giurisdizione del giudice amministrativo non è limitata ai soli "*atti prodromici rispetto alla successiva contrattazione di diritto privato*", ma si estende anche ai casi in cui tali atti che hanno condotto alla stipula del contratto siano stati annullati per vizi che "*attengano al modo in cui tali atti sono stati posti in essere o siano comunque esclusivamente ad essi propri*"[337].

3. La questione della giurisdizione sulla sorte del contratto

Così chiarite le ragioni per le quali si deve ritenere che le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione del provvedimento di autotutela con cui si travolge il contratto sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, occorre capire se tale giurisdizione si estenda anche alle controversie relative alla sorte del contratto *medio tempore* stipulato.

In proposito, va ricordato che la questione della sorte del contratto a seguito dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione

attributivo del beneficio, oppure quando, a seguito della concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato o revocato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse, ma non per inadempienze del beneficiario (Cass. Sez. Un. 24 gennaio 2013, n. 1710; Cons. Stato, Ad. Plen. 29 luglio 2013, n. 17)"

337 Cfr. Cass. Sez. Un. 10 gennaio 2019, n. 489, in *Foro Amm.,* 2019, 1. Nel caso sottoposto all'esame della Corte, è stata affermata la giurisdizione del giudice ordinario in quanto l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione era stato adottato successivamente alla determinazione di risoluzione del contratto per inadempimento dell'appaltatore. Ad avviso del Collegio, dunque, "è proprio la scansione temporale degli atti posti in essere dall'Amministrazione a dimostrare l'avvenuta utilizzazione dell'annullamento d'ufficio per finalità diverse da quelle tipicamente assegnategli dalla legge, essendo stato lo stesso disposto quando ormai non ve n'era più necessità in quanto il vincolo contrattuale risultava già sciolto per effetto della risoluzione".

si pone in termini non perfettamente sovrapponibili a quella che si verifica nel caso in cui l'aggiudicazione sia stata annullata in sede giurisdizionale.

In quest'ultimo caso, lo scioglimento del vincolo negoziale non rappresenta conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma è rimesso ad una valutazione del giudice amministrativo, da compiersi sulla base dei criteri di cui agli artt. 121 e ss. c.p.a.

La *ratio* di questa valutazione (quasi di merito) risiede nella consapevolezza che la caducazione automatica del contratto potrebbe porsi in contrasto con altri interessi meritevoli di tutela, tra cui l'interesse dell'aggiudicatario e l'intesse dell'Amministrazione alla stabilità del contratto.

In un'ottica di economia processuale e di concentrazione delle forme di tutela, l'art. 133, co. 1, lett. e), n. 1 c.p.a. prevede che la dichiarazione d'inefficacia del contratto che consegue all'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Alla sentenza si riconosce carattere costitutivo, in quanto rappresenta elemento necessario affinché si verifichi l'effetto giuridico della risoluzione.

Diversamente, come confermato anche dall'analisi delle nuove ipotesi di risoluzione contemplate dal codice, nel caso di annullamento d'ufficio la risoluzione del contratto rappresenta una conseguenza inevitabile del legittimo esercizio del potere di autotutela. A fronte di un provvedimento di annullamento d'ufficio definitivo, si deve escludere che il giudice possa far sopravvivere il contratto (come previsto invece dagli artt. 121-122 c.p.a), perché, se così fosse, finirebbe per sostituire la propria valutazione comparativa degli opposti interessi a quella contenuta nel provvedimento di autotutela.

In simili casi, dunque, la risoluzione del contratto si produce sulla base di una fattispecie che si perfeziona al di fuori del processo, senza bisogno di una pronuncia giudiziale, la quale avverrà, eventualmente, per accertare e dichiarare – con valore di cosa giudicata – la risoluzione già prodotta[338].

L'interesse ad ottenere una simile pronuncia potrebbe essere legato non solo alla proposizione delle domande risarcitorie e restitutorie connesse alla risoluzione del contratto, ma anche all'esigenza di dare adeguata

[338] Sul punto e, in particolare, sulla *ratio* della differente modalità di scioglimento del vincolo contrattuale in caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, si rinvia a quanto illustrato, *infra*, in Cap. II, § 4.2.3 e ss.

pubblicità allo scioglimento del rapporto, procedendo all'annotazione *ex* art. 2655 c.c. presso la conservatoria dei registri immobiliari[339].

In tutti questi casi, occorre dunque individuare il plesso giurisdizionale chiamato a pronunciarsi su tali domande[340].

A differenza di quanto previsto per le ipotesi di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, espressamente disciplinate dall'art. 133 c.p.a. e a differenza dei casi di risoluzione contemplate dal codice dei contratti pubblici, in cui i due aspetti (annullamento d'ufficio e sorte del contratto) sono inglobati in un fenomeno unitario da norme che disciplinano espressamente la risoluzione del contratto, negli altri casi manca una disciplina da cui desumere con precisione i possibili rapporti, sul piano della giurisdizione, tra l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e l'accertamento dell'incidenza di tale potere sul contratto.

Si tratta di una questione di particolare rilievo, che si ripercuote su diversi interessi, tutti meritevoli di attenta considerazione. Da un lato, il principio di concentrazione delle forme di tutela e di ragionevole durata del processo, che sembrano suggerire la proposizione di tutte le vicende relative al contratto dinnanzi al medesimo plesso giurisdizionale. Dall'altro, vengono in rilievo i principi costituzionali in tema di riparto di giurisdizione, che impongono una lettura rigorosa delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In proposito, appare opportuno ripercorrere brevemente le tappe che hanno portato a prevedere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla sorte del contratto in caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione. Tale analisi appare utile per definire quali

---

339 Ai sensi dell'art. 2655 c.c., "qualora un atto trascritto o iscritto sia dichiarato nullo o sia annullato, risoluto, rescisso o revocato o sia soggetto a condizione risolutiva, la dichiarazione di nullità e, rispettivamente, l'annullamento, la risoluzione, la rescissione, la revocazione, l'avveramento della condizione devono annotarsi in margine alla trascrizione o iscrizione dell'atto". L'importanza di tale annotazione emerge dal comma terzo, che precisa che "se tali annotazioni non sono eseguite, non producono effetto le successive trascrizioni o iscrizioni a carico di colui che ha ottenuto la dichiarazione di nullità o l'annullamento, la risoluzione, la rescissione, la revoca o la devoluzione o a favore del quale si è avverata la condizione".

340 Tale questione non si pone, invece, con riferimento alle ipotesi di risoluzione privatistica. In questi casi, invero, non vi è dubbio che le relative controversie siano devolute alla cognizione del giudice ordinario. In giurisprudenza, sulla giurisdizione del giudice ordinario con riguardo alle ipotesi di risoluzione per reati accertati, decadenza dall'attestazione e gravi inadempimento di cui ai vecchi artt. 135 e 136, d. lgs. 163/2006 si vedano, *ex multis*, Cass. Sez. Un., 6 maggio 2005, n. 9391, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 5; Cons. St., sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5071, in *Foro Amm. – C.d.S,* 2008, 10, 2726.

siano effettivamente i confini di tale giurisdizione e se, quindi, sia possibile ritenere incluse nell'ambito della giurisdizione esclusiva anche le controversie relative alla sorte che il contratto subisce a seguito dell'annullamento d'ufficio.

3.1. *La giurisdizione sul contratto nella disciplina anteriore al codice del processo amministrativo*

La tutela giurisdizionale nel settore dei contratti pubblici si è a lungo incentrata, sin dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, su un sistema di tipo dualistico in cui si riservava al giudice amministrativo il sindacato sulla legittimità degli atti relativi al procedimento di scelta del contraente, mentre al giudice ordinario ogni controversia relativa al contratto stipulato a valle[341].

Tale ricostruzione rappresentava la proiezione, sul piano processuale, della rigorosa distinzione tra la fase pubblicistica, di scelta del contraente, connotata dall'esercizio di poteri pubblicistici, e quella negoziale, basata sul principio civilistico di parità delle parti.

La separazione tra le due fasi si rispecchiava nella differente natura delle situazioni giuridiche soggettive che si appuntavano in capo al privato: di interesse legittimo nella prima fase, di diritto soggettivo nella seconda. In applicazione del criterio della *causa petendi*, si assisteva così ad una rigorosa distinzione tra la giurisdizione sugli atti di gara e quella sul successivo contratto. Lo spartiacque tra le due fasi e, di conseguenza, tra le due giurisdizioni era rappresentato dall'aggiudicazione.

Tale sistema è stato modificato, per la prima volta, dal d. lgs. n. 80/1998, che, tra i blocchi di materie devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ha incluso anche "*le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale*" (art. 33, lett. d)).

Successivamente, si è provveduto ad ampliare ulteriormente l'area attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Dapprima, con l'art. 6, l. 205/2000, recante "*Disposizioni in materia di giustizia*

---

[341] Sul tema, si vedano, in dottrina: A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, cit.; R. De Nictolis, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; R. Garofoli, *La giurisdizione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, vol. VI, cit., 3841 ss; S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, cit. 197 ss.

amministrativa", si è eliminato il riferimento agli "appalti", così da includere anche forme di affidamento diverse da essi, quali le concessioni[342]; in seguito, con l'art. 244 del d. lgs. 163/2006 sono state attratte nell'area della giurisdizione amministrativa anche le controversie di tipo risarcitorio[343] e il contenzioso sulla revisione dei prezzi.

A fronte di tale ampliamento, ci si è interrogati sulla possibilità di includere nell'ambito della giurisdizione esclusiva non solo le controversie afferenti alla fase pubblicistica di scelta dei contraenti, ma anche quelle relative alla sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione.

Valorizzando la netta distinzione dualistica dell'evidenza pubblica, che vede nella stipula del contratto lo spartiacque tra le due giurisdizioni, nonché il persistente riferimento in tutte le norme sopra indicate alle "*procedure di affidamento*", si dovrebbe dare risposta negativa al quesito: le controversie relative alla sorte che il contratto subisce a causa dell'annullamento risulterebbero devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto attinenti alla fase di esecuzione del contratto e involgenti diritti soggettivi[344].

In questa prospettiva, quindi, il ricorrente dovrebbe dapprima adire il giudice amministrativo, per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione e

---

342 L'art. 6, l. n. 205/2000 comprendeva, tra le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quelle radicate contro gli atti posti in esser da soggetti tenuti all'applicazione della normativa cui essa si riferisce *"nella scelta del contraente o del socio"*. Tale precisazione, che non compariva nella disposizione più risalente, ha consentito di ritenere devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo sia le controversie relative all'affidamento di concessioni, che le controversie relative alla scelta del socio privato nella costituzione di società miste pubblico-privato. Sulla portata di tale norma, si vedano: A. Biagini, *La l. 21 luglio 2000, n. 205: prime considerazioni sulla giurisdizione esclusiva in materia di appalti*, in *Contr. Stato e enti pubbl.*, 2001, 361; F. Caringella, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di appalti pubblici dopo la l. 205/2000 (nota a Cons. St. sez. IV, 29 novembre 2000, n. 6325),* in *Urb. app.* 2001, 1, 68.

343 Per l'analisi delle innovazioni contenute nell'art. 244 rispetto alle disposizioni precedente esaminate si veda R. Garofoli, *La giurisdizione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 3841 ss. Sul tema, si veda inoltre S. S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, cit. 199, il quale osserva come il riferimento alle controversie risarcitorie sia irrilevante, dal momento che tali controversie sono attratte nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo già in forza dell'art. 7, l. 1034/1971, come modificato dalla l. 205/2000.

Il riferimento alle controversie risarcitorie è stato, invece, valorizzato dalla giurisprudenza, che ha affermato che sono attratte nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie relative alla responsabilità c.d. precontrattuale dell'Amministrazione. Sul punto, si vedano Cons. St. Ad. plen. 5 settembre 2005, n. 6, in *Foro Amm.- C.d.S.*, 2005, 9, 2515; Cass. Sez. Un. 12 maggio 2008, n. 11656, in *Foro Amm.- C.d.S.,* 2008, 5, 1390.

344 Si vedano, *ex multis,* Cass. Sez. Un. 8 luglio 2004, n. 12607, Cass. Sez. Un. 5 aprile 2012, n. 5446.

solo successivamente proporre domanda innanzi al giudice ordinario, per ottenere una pronuncia sulla sorte del contratto *medio tempore* stipulato.

Una simile conclusione avrebbe finito, tuttavia, per rivelarsi inadeguata a soddisfare le esigenze di tutela del concorrente illegittimamente pretermesso, il quale, per ottenere la piena realizzazione delle proprie pretese, sarebbe stato costretto ad instaurare ben due giudizi.

Proprio nel tentativo di porre rimedio a tali inconvenienti e di valorizzare i principi di concentrazione delle forme di tutela e di effettività della tutela giurisdizionale, si è affermata l'opinione secondo cui la giurisdizione sulle controversie relative alla sorte del contratto dovesse radicarsi in capo al giudice amministrativo, essendo la caducazione del contratto un effetto automatico dell'annullamento dell'aggiudicazione[345].

Si è evidenziato che in simili casi "*non si dibatte di una vicenda propria del contratto, ossia di una sua patologia, ma degli effetti automaticamente prodottisi sulla fattispecie pattizia per effetto dell'azzeramento della procedura amministrativa. Di qui il corollario, coerente con le esigenze di concentrazione e pienezza della tutela prima rammentate, che il giudice amministrativo, dotato di giurisdizione esclusiva sulla procedura di affidamento, indaghi anche sugli effetti prodotti dall'annullamento della procedura, ossia signoreggi la fase dell'esecuzione del suo* decisum"[346].

Nell'ambito della tesi favorevole a riconoscere la giurisdizione amministrativa, merita di essere sottolineato l'orientamento che, considerando la caducazione come effetto automatico dell'annullamento dell'aggiudicazione, riconosceva al giudice amministrativo la possibilità di esercitare un sindacato incidentale sulla sorte del contratto, nell'ambito del giudizio di ottemperanza[347].

---

[345] In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, in *Urb. app.*, 2003, 6, 918, con nota di G. Montedoro, I *rapporti tra evidenza pubblica e contratto di appalto*, secondo cui la tesi che annette carattere automaticamente caducante all'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, "non consente di dubitare che la relativa controversia debba essere devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo". Nello stesso senso, si vedano Cons. St., sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465, in *Giust. Civ.,* 2005, 9, 2205; Id., sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2950, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 2007, 6, 1885.

[346] Così Cons. St., sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, cit.

[347] Cons. St. sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796; Id. sez. VI, 27 novembre 2007, n. 6071, in *Urb. app.* 2008, 5, 751, con nota di D. Beccari, *La sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione: questione di giurisdizione e giudizio di ottemperanza*, secondo cui la patologia del contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione illegittima "sebbene non ancora accertata da una sentenza, [può] comunque essere valutata *incidenter tantum* dall'Amministrazione chiamata a dare esecuzione al giudicato e, di conseguenza, possa essere incidentalmente valutata dal giudice amministrativo in sede di ottemperanza, in quanto in tale sede egli si

In quella sede, come è stato osservato, non si tratta di accertare, con efficacia di giudicato, la patologia del contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione illegittima, ma solo di adottare tutte le misure in grado di assicurare una tutela effettiva dell'interesse del ricorrente che ha ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione[348].

Tale orientamento finiva quindi neutralizzare il problema della spettanza della giurisdizione, in quanto la cognizione in via incidentale e senza forza di giudicato è fisiologica proprio per le questioni che, di per sé, non appartengono alla giurisdizione del giudice adito: la questione della sorte del contratto finiva, così, per atteggiarsi a questione pregiudiziale relativa a diritti soggettivi ai sensi dell'allora vigente art. 8, l. n. 1034/1971, risolvibile, in quanto tale, senza forza di giudicato[349].

---

sostituisce all'Amministrazione rimasta inerte ed esercita una giurisdizione di merito". Nello stesso senso, si veda T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 8 maggio 2008, n. 1380, con nota di M.A. Sandulli, *Il TAR Lombardia bypassa il problema della giurisdizione e decide* incidenter tantum *sulle sorti del contratto (a margine della sentenza sez. I, 8 maggio 2008, n. 1380),* in *federalismi.it,* 2008, 10.

348 In termini, F. Cintioli, *Le Sezioni Unite rivendicano a sé il contratto, ma non bloccano il giudizio di ottemperanza*, in *www.giustamm.it*, 2008, 1, il quale osserva come un simile accertamento sia funzionale a munire "di tutela esecutiva l'interesse legittimo di B [ricorrente che ha ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione] e di adottare tutte le opportune misure, anche di carattere sostitutivo, visto che l'ordinamento italiano ha accolto il modello dell'esecuzione con surrogazione reale della p.A.".

349 Ai sensi dell'art. 8, l. 1034/1971, "Il tribunale amministrativo regionale, nelle materie in cui non ha competenza esclusiva, decide con efficacia limitata di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale. La risoluzione dell'incidente di falso e le questioni concernenti lo stato e la capacità dei privati individui restano di esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio".
Sul tema, si veda S. S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, cit. 208-211, secondo cui se si qualifica la questione della sorte del contratto come pregiudiziale relativa a diritti soggettivi non è necessario invocare la giurisdizione di merito per riconoscere al giudice amministrativo il potere di conoscere *incidenter tantum* di tale questione pregiudiziale. In particolare, secondo l'Autore, tale questione potrebbe porsi nell'ambito di un giudizio risarcitorio: "si potrebbe dunque giustificare, per tale via, la conclusione che il giudice amministrativo, fornito di giurisdizione a pronunciare sulla domanda di risarcimento del danno in forma specifica, possa conoscere della sorte del contratto come questione meramente pregiudiziale al fine della pronuncia sulla domanda principale". Lo stesso Autore riconosce, peraltro, che una simile soluzione avrebbe, tuttavia, lasciato aperta la possibilità di consentire all'interessato di adire il giudice ordinario ed ottenere una pronuncia *principaliter* sulla questione, con rischio che la pronuncia incidentale del giudice amministrativo, ove smentita dall'esito del *simultaneus processus* innanzi al giudice civile, risultasse *inutiliter data*. Per evitare tale esito sarebbe stata necessaria la sospensione del corrispondente giudizio amministrativo, con l'esautorazione, de facto, del giudice amministrativo dalle proprie prerogative

Sulla questione dell'individuazione del plesso giurisdizionale chiamato a pronunciarsi sulla sorte che il contratto subisce a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione si è successivamente pronunciata anche la Corte di Cassazione, la quale ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario[350].

A sostegno di tale conclusione, la Corte ha osservato che gli artt. 6 e 7 della l. n. 205/2000, nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, riguardano la sola fase pubblicistica dell'appalto, senza riferirsi alla successiva fase dell'esecuzione del rapporto, concernente i diritti e gli obblighi derivanti, per ciascuna delle parti, dal contratto stipulato successivamente al procedimento di evidenza pubblica.

Né potrebbe essere valorizzato, a sostegno della giurisdizione amministrativa, il rapporto di consequenzialità esistente tra la questione relativa alla procedura di gara e quella relativa al contratto successivamente stipulato, stante il principio generale dell'inderogabilità della giurisdizione per ragioni di connessione, che può essere superato soltanto sulla base di deroghe normative espresse.

Nello stesso solco si è successivamente posta anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che ha ribadito che la giurisdizione sul contratto spetta al giudice ordinario, sulla base del criterio ordinario di riparto, mancando una norma che attribuisca alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo questioni inerenti l'esecuzione del contratto[351].

---

[350] Cass. Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27169, con nota di F. Cintioli, *Le Sezioni Unite rivendicano a sé il contratto, ma non bloccano il giudizio di ottemperanza*, cit; S. Tarullo, *La giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione: la soluzione delle Sezioni Unite non persuade*, *ivi*; S. S. Scoca, *La Cassazione mette le mani sugli appalti pubblici, ivi*, 2008, 2. Nella specie, è stata cassata la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196, che aveva espressamente dichiarato l'inefficacia del contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione annullata dal giudice amministrativo "in forza del rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura di gara e il contratto successivamente stipulato". Secondo le Sezioni Unite, invece, le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto si atteggiano a "vicenda propria dell'atto negoziale", che spetta al giudice ordinario conoscere, riguardando la pronuncia "la ricorrenza o meno delle *condiciones iuris*, incidenti sulla sua giuridica esistenza e validità iniziale, nonché sul perdurare degli effetti legati al sinallagma funzionale". In altri termini, ad avviso della Corte, "i riflessi sul contratto di appalto del sistema di irregolarità-illegittimità che affliggono la procedura amministrativa a monte devono essere scrutinati, in ogni caso, dal giudice ordinario".

[351] Cons. St. Ad. plen. 30 luglio 2008, n. 9, con nota di C.E. Gallo, *Contratto e annullamento dell'aggiudicazione: la scelta dell'adunanza plenaria*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2008, 11, 3284; S. S. Scoca, *Aggiudicazione e contratto: la posizione dell'Adunanza plenaria*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2008,

Nonostante tali affermazioni di principio, tuttavia, l'Adunanza plenaria ha continuato ad ammettere la possibilità per il giudice amministrativo di conoscere le vicende del negozio, in sede di ottemperanza.

Si è così affermato che la separazione che esiste tra il piano negoziale e quello procedimentale, se da un lato preclude ogni pronuncia da parte del giudice amministrativo sul contratto stipulato con l'illegittimo aggiudicatario, dall'altro non incide in alcun modo sulla realizzazione in concreto dell'effetto conformativo, sia da parte dell'Amministrazione, nell'esecuzione spontanea del giudicato, sia da parte del giudice dell'ottemperanza, nell'eventuale fase dell'esecuzione. La sostituzione dell'aggiudicatario, quale "*reintegrazione in forma specifica*" del soggetto che ha ottenuto la statuizione di annullamento, appartiene, invero, agli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione che rimangono comunque salvi dopo la pronunzia emanata nel giudizio di legittimità.

Non è pertanto escluso – conclude l'Adunanza plenaria – che nel quadro della verifica della corretta conformazione alla sentenza da eseguire, il giudice amministrativo, per effetto dei suoi ampi poteri derivanti proprio dall'esercizio della giurisdizione di merito, possa effettivamente conoscere *incidenter tantum* del contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione illegittima, al fine di reintegrare in forma specifica la parte vittoriosa nei diritti connessi al giudicato e quindi, eventualmente, nella sua posizione di aggiudicatario della gara, in luogo del contraente originario.

Sul tema è successivamente intervenuta la direttiva ricorsi, che, come si è visto, ha attribuito ad un "*organo di ricorso indipendente*" il compito di conoscere delle illegittimità delle procedure di gara e di accertare la carenza di effetti del contratto[352].

11, 3286 e M. Ramajoli, *L'Adunanza plenaria risolve il problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione in presenza di contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 4 1165.

[352] Si vedano, in proposito, il 13° e il 22° Considerando della Direttiva 2007/66 CE. Quest'ultimo, in particolare, ricorda che: "Per garantire la proporzionalità delle sanzioni applicate, gli Stati membri possono (…) consentire all'organo responsabile delle procedure di ricorso di non rimettere in discussione il contratto o di riconoscerne in parte o in toto gli effetti nel tempo quando, nelle circostanze eccezionali della fattispecie, ciò sia reso necessario per rispettare alcune esigenze imperative legate ad un interesse generale. In tali casi dovrebbero invece applicarsi sanzioni alternative. L'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore dovrebbe esaminare tutti gli aspetti pertinenti per stabilire se esigenze imperative legate ad un interesse generale impongano che gli effetti del contratto siano mantenuti". Sulle finalità e sui contenuti della direttiva ricorsi, si rinvia a quanto esposto *infra*, in Cap. II, § 4.2.

Prima ancora della definitiva approvazione del decreto di recepimento della direttiva ricorsi, la svolta della giurisdizione è stata anticipata da un *revirement* della Cassazione[353], che, preso atto della scadenza del termine di recepimento della direttiva 66/2007 e del suo carattere *self-executing*, ha sposato un'interpretazione dell'art. 244 del codice dei contratti pubblici conforme al diritto sovranazionale, riconoscendo la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie relative alla sorte del contratto, con riguardo a tutte le procedure di evidenza pubblica bandite successivamente all'entrata in vigore della Direttiva.

Alla base di tale orientamento si pone la valorizzazione dei principi di effettività e di concentrazione della tutela, nonché la rilevanza attribuita dalla stessa direttiva alla connessione tra domanda di annullamento e domanda di inefficacia del contratto, che, pertanto, andrebbero "*decise, di regola, da un solo giudice*".

Dando rilievo alle modifiche al sistema derivate dalla direttiva, le Sezioni Unite hanno così superato l'orientamento che negava la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di inefficacia del contratto stipulato all'esito di una gara annullata, in base all'argomento che la riconosciuta connessione tra più domande oggetto di distinte giurisdizioni non possa determinare uno spostamento di giurisdizione in assenza di norme che espressamente lo consentano.

Per effetto di tale direttiva, infatti, anche prima del termine indicato per la trasposizione nel diritto interno, la pubblica Amministrazione è tenuta a dichiarare privo di effetti il contratto concluso con l'illegittimo aggiudicatario, a meno che sussistano condizioni che consentano di non farlo. Lo stesso potere-dovere dell'Amministrazione impone, quindi, di attribuire al giudice amministrativo, nelle materie di giurisdizione esclusiva, la cognizione di controversie relative anche ai contratti, essendo tale giudice "l'organo indipendente" dall'Amministrazione che, nell'ordinamento interno, ha il potere di pronunciare l'annullamento dell'aggiudicazione[354].

---

[353] Cass. Sez. Un., 10 febbraio 2010, n. 2906, con nota di E. Santoro, *Una pietra miliare nel cammino verso l'effettività della tutela: le Sezioni Unite affermano la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, anticipando il recepimento della direttiva 2007/66/CE (nota a Cass. sez. un. 10 febbraio 2010, n. 2906,* in *Riv. giur. edil.,* 2010, 2, 39; C. Lamberti, *La svolta delle Sezioni Unite sulla sorte del contratto pubblico – il punto di vista amministrativistico*, in *Urb. e app.* 2010, 4 e R. Calvo, *La svolta delle Sezioni Unite sulla sorte del contratto pubblico – il punto di vista civilistico*, *ivi*.

[354] Le Sezioni Unite osservano quindi che "Se le due controversie per l'annullamento della gara e la caducazione del contratto sono in materia di giurisdizione esclusiva deve quindi ritenersi che, ai sensi dell'art. 103 Cost., le richieste di tutela dei diritti inerenti ai rapporti

Il rilievo che la direttiva riconosce alle domande di annullamento dell'aggiudicazione e di dichiarazione di inefficacia del contratto impone, dunque, la trattazione delle stesse innanzi al medesimo giudice amministrativo.

Tale conclusione – osservano le Sezioni Unite – risulta, del resto, coerente con i principi di concentrazione, effettività della tutela e ragionevole durata del processo sanciti dalla Costituzione.

Tale pronuncia assume particolare rilievo, in quanto, anticipando la definitiva approvazione del decreto di recepimento della direttiva ricorsi, ha determinato il superamento della rigida separazione tra le due fasi che caratterizzano la stipula dei contratti ad evidenza pubblica, consentendo al giudice amministrativo di conoscere delle vicende relative al contratto *medio tempore* stipulato con l'illegittimo aggiudicatario, nell'ottica di assicurare al ricorrente una tutela più ampia ed effettiva.

3.2. *La giurisdizione sul contratto nel codice del processo amministrativo*

La questione del plesso giurisdizionale chiamato a pronunciarsi sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione è oggi espressamente affrontata dal codice del processo amministrativo, che prevede, in particolare, l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione.

L'art. 133, co. 1, lett. e), n. 1, c.p.a. stabilisce, in proposito che "*sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge […] le controversie […] relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative*".

Tale scelta, pur non essendo imposta dal diritto dell'Unione, si pone nel solco della direttiva 66/2007 CE, che, come si è detto, rivela una preferenza per l'attribuzione al medesimo giudice della giurisdizione sulle

---

contrattuali non sono scindibili da quelle sugli interessi legittimi violati dall'abuso dei poteri della P.A., su cui ha di certo cognizione il giudice amministrativo, che può quindi decidere 'anche' su tali diritti, dopo essersi pronunciato sugli interessi al corretto svolgimento della gara (C. Cost. 6 luglio 2004 n. 204 e 11 maggio 2006 n. 196)".

controversie di annullamento, declaratoria di inefficacia del contratto e reintegrazione in forma specifica.

Valorizzando il principio della concentrazione delle tutele in capo ad un solo giudice, si consente di affrontare, contestualmente, tutti i profili inerenti alla violazione del diritto dell'Unione, incidano essi sul procedimento amministrativo di evidenza pubblica ovvero sul contratto successivamente stipulato[355].

Nella prospettiva europea appare, invece, indifferente l'individuazione del plesso giurisdizionale chiamato a pronunciarsi sulla sorte del contratto, in quanto la stessa direttiva si rivolge anche a Stati membri che non conoscono un sistema dualistico nelle controversie tra privato e pubblica amministrazione.

La devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative alla sorte che il contratto subisce a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione ha sollevato diversi interrogativi.

In primo luogo, sono stati sollevati dubbi di compatibilità con i principi costituzionali che delineano il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Secondo alcuni autori, invero, con l'estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione si sarebbero traditi gli insegnamenti della giurisprudenza costituzionale, essendo attribuita al giudice amministrativo la cognizione su atti di natura privatistica, "*nei confronti dei quali il potere amministrativo è esercitato esclusivamente come fonte legittimante a contrarli*"[356].

---

[355] In proposito, si veda il 13° "considerando" della direttiva 2007/66/CE, che afferma che "Per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Pertanto, un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto. La carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo".
In dottrina, si veda F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, Relazione all'incontro di studi sul Sistema delle tutele in materia di aggiudicazione di appalti dopo il decreto 53/2010 di recepimento della direttiva ricorsi, Roma, 28 aprile 2010.

[356] In questi termini, A. De Siano – F. Rinaldi, *Brevi riflessioni sul contratto e giurisdizione in attesa del recepimento della "Direttiva ricorsi"*, in *www.giustamm.it*, 2009, 7.

Tali obiezioni sono state, tuttavia, superate evidenziando l'inestricabile legame tra interessi legittimi e diritti soggettivi che caratterizza la materia e che autorizza il legislatore a derogare al criterio ordinario di riparto. In proposito, si è opportunamente sottolineato che la cognizione dei diritti derivanti dal contratto è strettamente correlata alla verifica del corretto esercizio del potere da parte dell'Amministrazione nel procedimento che conduce alla scelta del contraente[357]: dalle norme del codice emerge, invero, che è affidato al giudice amministrativo unicamente il compito di determinare gli effetti della pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione sul contratto, sulla base dei criteri indicati dagli artt. 121-122 c.p.a.

Sotto altro profilo, ci si è interrogati sulla effettiva ampiezza dell'area della giurisdizione esclusiva riservata al giudice amministrativo.

A tale quesito si può rispondere evidenziando che un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 133, co. 1, lett. e), n. 1, c.p.a. impone di ritenere che l'ambito di giurisdizione attribuita al giudice amministrativo sia limitato alla sola declaratoria di inefficacia del contratto a seguito di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, senza alcuna ulteriore ingerenza sul rapporto contrattuale.

In quest'ottica, si può quindi ritenere che tale intervento normativo non smentisce il tradizionale criterio di riparto della giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici[358]. La dichiarazione di inefficacia del contratto pronunciata dal giudice amministrativo risponde unicamente all'esigenza, coerente con i principi di concentrazione delle forme di tutela, di definire nell'ambito dello stesso giudizio gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione[359].

Alla luce di tali considerazioni non sembra, quindi, possibile accogliere la tesi volta alla "*unificazione presso il giudice amministrativo dell'intera tutela degli interessi contrattuali*"[360]. Secondo tale orientamento, il giudice amministrativo

---

357 M. Lipari, *Il recepimento della 'direttiva ricorsi': il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia 'flessibile' del contratto*, cit; G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, cit. 65-66.

358 I. Franco, *Giurisdizione sulle controversie in materia di contratti pubblici: incidenza della direttiva ricorsi e del decreto di recepimento*, in *Urb. e app.*, 2010, 12, 1391 ss.

359 M. Nunziata, *I nuovi poteri del giudice amministrativo in tema di annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2010, 12, 2700 evidenzia che "il giudice amministrativo non è chiamato a sindacare il contratto sotto il profilo dei suoi elementi o della conformità alle norme civilistiche, ma deve stabilire se, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, esso possa ancora produrre effetti".

360 A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, cit. 914, che invoca, ini proposito, la necessità di dare applicazione ai principi di concentrazione, effettività e

potrebbe essere chiamato a conoscere e a dirimere tutte le controversie relative alla vita del contratto, ivi comprese quelle relative alla sua esecuzione e alle patologie che possono inficiarlo.

A sostegno di tale impostazione viene richiamata l'unitarietà sostanziale e funzionale della vicenda contrattuale e l'unitarietà dell'interesse del ricorrente ad ottenere la stipula del contratto.

Tale impostazione si presta, tuttavia, a diverse considerazioni critiche.

In primo luogo, va ricordato che ciò che giustifica l'esistenza della giurisdizione esclusiva non è il mero esercizio della funzione (che caratterizza l'intera attività amministrativa), ma l'esercizio di poteri pubblicistici[361].

A ciò si aggiunga che, nel nostro ordinamento, le ipotesi di giurisdizione esclusiva hanno carattere eccezionale e non sono suscettibili, in quanto tali, di estensione analogica.

Del resto, è lo stesso dato normativo ad evidenziare che, quando il legislatore ha ritenuto di dover estendere la cognizione del giudice amministrativo a vicende esecutive del contratto, lo ha fatto espressamente. Ci si riferisce, da un lato, alle norme sulla sorte del contratto a seguito di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione e, dall'altro, alle

---

ragionevole durata, non potendo "il riparto di controversie tra giurisdizioni diverse in nessun modo implicare una *deminutio* di tutela per le situazioni giuridiche soggettive protette dall'ordinamento".

[361] Secondo il noto insegnamento della Corte Costituzionale, 5 luglio 2004, n. 204, in *www.cortecostituzionale.it*, l'art. 103 Cost. ha conferito al legislatore il potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie". Il necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive è espresso dall'art. 103 "laddove statuisce che quelle materie devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata della circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo. Il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo".

controversie relative alla revisione dei prezzi, previste dall'art. 133, co. 1, lett. e), n. 2.

Sulla base di tali considerazioni, si deve inoltre escludere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei casi in cui, anche a seguito di annullamento dell'aggiudicazione su ricorso di un terzo, si disputi tra stazione appaltante e originario contraente degli effetti sul contratto.

In simili casi, la giurisdizione è del giudice ordinario, in quanto si è in presenza di una controversia concernente esclusivamente le pretese patrimoniali relative alla situazione determinatasi a seguito della dichiarazione di inefficacia del contratto da parte del giudice amministrativo[362].

La giurisdizione amministrativa sulla sorte del contratto presuppone, invero, che il giudice sia chiamato a pronunciarsi sulla dedotta invalidità dell'aggiudicazione, e, in connessione con questa domanda, con quella consequenziale di risoluzione del contratto stipulato in forza dell'aggiudicazione medesima.

Nei casi in cui, invece, non sia più in discussione il vizio dell'aggiudicazione, si è al di fuori dei casi in cui l'ordinamento attribuisce espressamente al giudice amministrativo la giurisdizione sulla sorte del contratto che si pone a valle della conclusione di un procedimento amministrativo viziato.

Conseguentemente, si deve fare riferimento all'ordinario criterio di riparto, secondo il quale, mentre spetta al giudice amministrativo di conoscere dei vizi del procedimento amministrativo, spetta al giudice ordinario di conoscere della sorte del contratto, anche quando su di essa incidano di riflesso i vizi del procedimento amministrativo presupposto dal contratto medesimo, e la domanda deve essere proposta davanti al giudice avente giurisdizione sull'atto negoziale.

L'oggetto della cognizione, che è attratto nella giurisdizione esclusiva, non è dunque il vizio del contratto in sé considerato, ma è il rapporto sostanziale, di responsabilità extracontrattuale tra il concorrente impugnante, che la fa valere, da un lato e l'amministrazione resistente, con l'aggiudicatario controinteressato, dall'altro[363].

---

[362] Sul punto, si vedano Cons. St., V, 21 febbraio 2012 n. 932; Cass., Sez. Un., 12 marzo 2015, n. 4955, in *www.iusexplorer.it*, in cui è stata affermata la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia, sorta a seguito della declaratoria di inefficacia del contratto da parte dal giudice amministrativo, tra stazione appaltante e originario aggiudicatario in ordine ai compensi relativi alle prestazioni eseguite.

[363] In termini, R. De Nictolis, *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti,* in *www.giustizia-amministrativa.it*, la quale osserva che "laddove oggetto della cognizione sia

Quanto alla *ratio* della giurisdizione esclusiva sull'inefficacia del contratto, prevista nell'art. 133, c. 1, lett. e), n. 1, essa non deve essere vista come deroga al potere autoritativo della p.A. di sciogliersi unilateralmente in danno dell'altro contraente; essa è invece intesa a contrastare il potere dell'Amministrazione di mantenere in vita il contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione invalida, in forza di valutazioni di convenienza che tradizionalmente si traducevano in un comportamento inerte della pubblica Amministrazione, e che costringevano il vincitore, per non vedere vanificate le sue ragioni, pur riconosciute dal giudice amministrativo, a intraprendere un nuovo giudizio davanti al giudice ordinario. In altri termini, ciò che si è voluto sottrarre alla p.A è la vanificazione, attraverso la manutenzione del contratto, della tutela reale del vincitore nell'annullamento dell'aggiudicazione[364].

---

invece esclusivamente il rapporto contrattuale costituitosi tra l'aggiudicatario all'esito di una gara viziata e l'amministrazione, torna applicabile il principio per il quale rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie rivolte ad accertare l'intero spettro delle patologie negoziali – siano esse inerenti alla struttura del contratto sociale, siano esse estranee, siano sopravvenute e derivanti da irregolarità – illegittimità della procedura amministrativa a monte, ivi comprese le fattispecie di radicale mancanza del procedimento a evidenza pubblica, sia di sopravvenuta mancanza provocata dall'annullamento dell'aggiudicazione, oltre ai profili di illegittimità degli atti consequenziali compiuti dalla società già istituita, costituendo gli stessi espressione non di potestà amministrativa, bensì del sistema d'invalidità-inefficacia del contratto sociale e delle relative conseguenze".

[364] Così, R. De Nictolis, *op. ult,* cit, che, sulla base di tali osservazioni, afferma che il contraente illegittimamente aggiudicatario non è il destinatario della protezione della norma speciale in deroga al riparto generale della giurisdizione nella norma contenuta nell'art. 133, c. 1, lett. e), n. 1. I principi della semplificazione, della concentrazione in un unico processo e dell'effettività della tutela "giocano a favore del terzo concorrente che ottiene l'annullamento dell'aggiudicazione, e non dell'aggiudicatario perdente, che proprio sotto questo profilo non potrebbe vantare una speciale protezione".

Sull'estensione della giurisdizione amministrativa in materia di contratti pubblici, si veda inoltre Cons. Stato, Ad. plen. 12 maggio 2017, n. 2, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui esula dall'ambito della giurisdizione amministrativa la domanda che la parte privata danneggiata dall'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato proponga nei confronti dell'altra parte privata, beneficiaria del provvedimento illegittimo. Si tratta, infatti, di una controversia tra due soggetti privati, avente ad oggetto una diritto soggettivo di contenuto patrimoniale.

A sostegno di tale conclusione viene richiamato il consolidato orientamento giurisprudenziale (*ex multis,* Cass. Sez. Un. ord. 3 ottobre 2016, n. 19677), secondo cui, in base agli articoli 103 Cost. e 7 c.p.a., il giudice amministrativo ha giurisdizione solo per le controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione o un soggetto ad essa equiparata; con la conseguenza che esula dalla sua giurisdizione la domanda di risarcimento del danno proposta da un privato contro un altro privato, ancorché connessa con una vicenda provvedimentale (nella specie, si trattava della domanda di risarcimento del danno contro il funzionario autore materiale del provvedimento illegittimo).

Tale lettura riduttiva dell'estensione della giurisdizione amministrativa viene fondata sul dato testuale dell'art. 103 Cost. e dell'art. 7 c.p.a., in specie laddove, nell'individuare la

3.3. *La giurisdizione sulla sorte del contratto in caso di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione. Orientamenti contrapposti*

Così chiarita la disciplina relativa alla sorte del contratto a seguito di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, è possibile affrontare la questione dell'individuazione del giudice munito di giurisdizione sulle controversie relative alla sorte che il contratto a seguito di annullamento d'ufficio del provvedimento sulla cui base l'Amministrazione è addivenuta alla sua stipulazione.

Come si è precedentemente osservato, è opportuno ricordare che, in simili casi, la questione della sorte del contratto si pone in termini sensibilmente diversi rispetto al caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione.

In quest'ultima ipotesi lo scioglimento del vincolo negoziale non rappresenta conseguenza automatica dell'annullamento, ma è rimesso ad una valutazione del giudice amministrativo, da compiersi sulla base dei criteri di cui agli artt. 121 e ss. c.p.a. La sentenza del giudice amministrativo ha dunque carattere costitutivo, in quanto rappresenta elemento necessario affinché si verifichi l'effetto giuridico della risoluzione.

Diversamente, nel caso di annullamento d'ufficio, la risoluzione del contratto si produce sulla base di una fattispecie che si perfeziona al di fuori del processo (ossia sulla base del provvedimento di autotutela), senza bisogno di una pronuncia giudiziale. Quest'ultima, interverrà, eventualmente, solo per accertare e dichiarare, con efficacia di giudicato, la risoluzione già prodotta.

L'interesse ad ottenere una simile pronuncia potrebbe essere legato non solo alla proposizione delle domande risarcitorie e restitutorie connesse alla risoluzione del contratto, ma anche all'esigenza di dare adeguata pubblicità allo scioglimento del rapporto.

---

giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie, di diritti soggettivi, riferisce tali controversie a "l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo" e le afferma come "riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni". Tale ultimo inciso viene quindi valorizzato come limite all'estensione della giurisdizione amministrativa.
Né in senso contrario possono invocarsi ragioni di connessione, in quanto, come affermato anche dalla stessa Adunanza plenaria con sentenza 29 gennaio 2014, n. 6, "salvo deroghe normative espresse, nell'ordinamento processuale vige il principio generale della inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione" (In termini, si vedano anche Cass. Sez. Un. 19 aprile 2013, n. 9534; Cass. Sez. Un. 7 giugno 2012, n. 9185).

Va inoltre evidenziato che una simile domanda di accertamento potrebbe essere proposta sia in via autonoma, ossia a prescindere dall'impugnazione del provvedimento di autotutela (impugnazione che potrebbe anche mancare), sia in via riconvenzionale, da parte della p.A., nell'ambito di un giudizio in cui in cui è chiesto, in via principale, l'annullamento del provvedimento di autotutela.

Quest'ultima eventualità non sembra, invece, porsi, nei casi di risoluzione "pubblicistica" previsti dal codice dei contratti pubblici. In questi casi, infatti, i due aspetti (esercizio del potere di autotutela e scioglimento del vincolo contrattuale) sono inglobati in maniera unitaria in una disciplina che si riferisce espressamente alla risoluzione del contratto.

3.3.1. *La tesi della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*

Una prima lettura, basata sulla valorizzazione del principio di concentrazione delle forme di tutela e la ritenuta identità di situazione con l'annullamento operato dal giudice, caratterizzata da un'inestricabile commistione di diritti e interessi legittimi, afferma che sono devolute al giudice amministrativo anche le controversie relative alla sorte del contratto a seguito di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione.

A sostegno di tale conclusione viene richiamata, in primo luogo, la possibilità di estendere la disciplina dettata dagli artt. 121 e ss c.p.a. anche all'ipotesi di annullamento d'ufficio[365].

In questo solco si inscrive la sentenza del T.A.R. Piemonte, sez. II, 24 novembre 2014, n. 1906 che, come si è visto, si fonda sulla premessa secondo cui la patologia del contratto stipulato a seguito di un'aggiudicazione poi

[365] L'applicabilità degli artt. 121 ss. c.p.a. alle fattispecie di annullamento d'ufficio reca in sé, come precipitato, che anche a detta fattispecie sia riferibile l'art. 133 co. 1, lett. e), in punto di giurisdizione, in deroga al normale criterio della *causa petendi*. Si è osservato, del resto, che la scelta di devolvere simili controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo risulterebbe pienamente rispettosa del dettato dell'art. 103 Cost., trattandosi di questioni "caratterizzate da un'inestricabile commistione di interessi, pubblici e privati, tra i quali è quanto meno problematico, se non impossibile, individuare con assoluta certezza posizioni di interesse legittimo e/o di diritto soggettivo che, com'è noto, costituiscono il discrimine fondamentale della giurisdizione ordinaria e di quella generale di legittimità del giudice amministrativo". In questi termini, si veda anche Cons. St. sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032, cit.

annullata (in autotutela o in sede giurisdizionale) sia inquadrabile in termini di nullità[366].

In quest'ottica non vi sarebbe, dunque, nessun motivo di ritenere che il trattamento giuridico della nullità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione annullata, disegnato dal codice del processo amministrativo, possa trovare applicazione solo ai casi di annullamento in via giurisdizionale: ciò per la ragione che tale intervento normativo non ha solo portata processuale ma anche sostanziale, andando ad incidere direttamente sul regime giuridico della nullità del contratto stipulato sulla base di una aggiudicazione annullata. E poiché anche l'annullamento dell'aggiudicazione in via di autotutela incide sulla causa del susseguente contratto determinandone la nullità, si deve ritenere che le nome del codice del processo amministrativo trovino applicazione anche a tali situazioni.

Sulla base di tali considerazioni, il T.A.R. ha affermato, in primo luogo, che il contratto non perde efficacia automaticamente per effetto dell'annullamento in via di autotutela della aggiudicazione; d'altro canto, ha messo in evidenza il fatto che è sottratta alla disponibilità delle parti la decisione relativa alla sorte del contratto, la quale decisione diventa oggetto di una necessaria pronuncia giudiziale che può sfociare in un recupero parziale o totale del contratto. Con l'ulteriore precisazione che alla declaratoria di efficacia o inefficacia del contratto il giudice potrà pervenire sia nel caso in cui gli venga pregiudizialmente sollecitato anche un controllo giudiziario sulla legittimità dell'atto di annullamento della aggiudicazione in via di autotutela, nel qual caso la pronuncia può prescindere da una specifica domanda di parte; sia nel caso in cui tale atto non venga posto in discussione dalle parti, una delle quali invochi l'intervento giudiziale al solo scopo di ottenere una decisione sulla sorte del contratto.

Tale ricostruzione si presta, tuttavia, ad una serie di considerazioni critiche.

In primo luogo, non appare condivisibile l'affermazione secondo cui, similmente a quanto accade nel caso di annullamento giurisdizionale, il contratto può sopravvivere nonostante l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione. L'incompatibilità della disciplina dettata per l'annullamento giurisdizionale discende dal fatto che, nel caso di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, il provvedimento di autotutela

[366] Sugli argomenti valorizzati dal TAR a sostengo di tale tesi e sulle ragioni per cui appare preferibile inquadrare la patologia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione in termini di risoluzione, si veda, *infra*, in Cap. II, § 4.2.4.

contiene già necessariamente, ai sensi dell'art. 21-*nonies*, non solo l'accertamento dell'illegittimità dell'atto, ma anche la valutazione comparativa tra i diversi interessi contrapposti, all'esito della quale la p.A. ritiene prevalente l'interesse pubblico attuale e concreto all'eliminazione dell'aggiudicazione e, quindi, del contratto stipulato.

A fronte di un provvedimento di annullamento d'ufficio ormai definitivo, deve escludersi che il giudice possa far sopravvivere il contratto (come gli artt. 121-122 c.p.a. consentono in caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione), in quanto, se lo facesse, finirebbe per sostituire la propria valutazione comparativa degli opposti interessi a quella contenuta nel provvedimento di annullamento d'ufficio[367].

Tali considerazioni consentono inoltre di superare l'affermazione secondo cui la decisione relativa alla sorte del contratto è sottratta alla disponibilità delle parti.

A differenza di quanto accade nel caso di annullamento giurisdizionale, in cui la risoluzione del contratto consegue alla sentenza costitutiva del giudice amministrativo, in questo caso l'effetto risolutivo del contratto si produce in conseguenza del provvedimento di annullamento d'ufficio, senza la necessità di una pronuncia del giudice, la quale, come si è detto, avverrà, eventualmente, solo per accertare e dichiarare la risoluzione già prodotta.

L'impostazione favorevole ad ammettere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla sorte del contratto a seguito di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione ha trovato conferma anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

In particolare, merita di essere richiamata la sentenza 8 agosto 2012, n. 14260, con cui le Sezioni Unite hanno affermato la sussistenza della giurisdizione amministrativa sulla domanda, proposta in via autonoma, volta ad ottenere la declaratoria d'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento degli atti di affidamento del contratto senza gara e sulle connesse domande di ripetizione dell'indebito o arricchimento senza causa[368].

In proposito, il Collegio ha evidenziato che, se è vero che il codice del processo amministrativo sembra limitare il riconoscimento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle sole ipotesi di inefficacia del

[367] Sul punto, si rinvia alle considerazioni svolte *infra*, in Cap. II, § 4.2.2, 4.2.3.
[368] Cass. sez. un. 8 agosto 2012, n. 14260, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, 11, 2772.

contratto conseguente all'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, va d'altra parte osservato che la stessa *ratio* che ispira la disciplina codicistica sembra venire in rilievo anche nel caso di annullamento in autotutela. Anche in questi casi, invero, si avrebbe la necessità di salvaguardare i principi di concentrazione, effettività della tutela e ragionevole durata del processo, nonché i principi di trasparenza, pubblicità e concorrenza cui deve ispirarsi la pubblica Amministrazione in materia di contratti pubblici[369].

Secondo la Corte, inoltre, l'affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla domanda di dichiarazione di inefficacia o nullità del contratto postula, inevitabilmente, che le domande conseguenti ad una tale declaratoria debbano essere conosciute dallo stesso giudice al quale è riconosciuta la giurisdizione sul contratto. Ciò in quanto le domande di ripetizione di indebito o di arricchimento senza causa si presentano come effetti restitutori conseguenti alla declaratoria di inefficacia del contratto.

Se, quindi, appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie di natura risarcitoria, che sono legate alla declaratoria d'inefficacia del contratto in maniera solo indiretta ed eventuale, "*a maggior ragione un tale riconoscimento meritano quelle restitutorie che, non solo sono connesse, ma sono strettamente conseguenti alla declaratoria d'inefficacia del contratto*".

La soluzione prospettata dalle Sezioni Unite, pur ispirata da apprezzabili esigenze di concentrazione delle tutele e ragionevole durata del processo, appare, tuttavia, difficilmente conciliabile con il dato letterale dell'art. 133, co. 1, lett. e), n. 1, c.p.a

Come ammesso dalle stesse Sezioni Unite[370], se è vero che la disposizione si riferisce genericamente all' "annullamento" dell'aggiudicazione, va d'altra parte osservato che il riferimento viene compiuto nell'ambito di una previsione relativa al solo annullamento giurisdizionale: ciò emerge dal riferimento "*alla dichiarazione di inefficacia del contratto*" a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e "*alle sanzioni alternative*".

Ammettere un'estensione della giurisdizione esclusiva anche alle controversie relative alla sorte del contratto a seguito dell'annullamento in

---

369 In particolare, il Collegio precisa che "il senso della disposizione è quello di attribuire al giudice amministrativo la cognizione piena di tutte le controversie conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione – comunque intervenuta – (…)".

370 In particolare, le Sezioni Unite riconoscono che "la norma testualmente non prevede il caso [dell'annullamento d'ufficio] in quanto limita il riconoscimento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle ipotesi di inefficacia del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione".

autotutela dell'aggiudicazione significherebbe, quindi, stravolgere i caratteri propri della giurisdizione sul contratto attribuita al giudice amministrativo dall'art. 133 c.p.a.

Come si è visto, nel sistema delineato dal codice il giudice amministrativo non diviene "*giudice del contratto*", in quanto la sua cognizione è funzionale alla dichiarazione di inefficacia ed opera esclusivamente a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. In altri termini, il potere del giudice di pronunciarsi, in deroga agli ordinari criteri di riparto, anche sulla sorte del contratto rappresenta un aspetto della tutela offerta al privato ricorrente, che si spiega e si giustifica per la proposizione contestuale dell'azione di annullamento dell'aggiudicazione.

In quest'ottica, non sembra cogliere nel segno il richiamo alle esigenze di concentrazione e ragionevole durata del processo.

Tali esigenze non appaiono utilmente invocabili, in quanto l'annullamento viene compiuto al di fuori del processo, da parte dell'Amministrazione, e la questione relativa alla sorte del contratto risulta autonoma rispetto ad una pronuncia del giudice amministrativo.

In altri termini, a differenza di quanto accade nel caso di risoluzione conseguente ad annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, potrebbe anche mancare un giudizio di impugnazione del provvedimento (di autotutela) ed è quindi, possibile che la domanda sulla sorte del contratto sia proposta anche in via autonoma[371].

Potrebbe accadere, ad esempio, che il privato non impugni il provvedimento e richieda alla stazione appaltante il pagamento del corrispettivo, sostenendo che l'esecuzione del contratto debba comunque proseguire nonostante l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione o che la stazione appaltante, per esigenze di certezza, abbia interesse a proporre domanda di accertamento dell'intervenuta caducazione del contratto e di restituzione di quanto corrisposto a seguito dell'annullamento in autotutela.

In simili casi, la domanda sulla sorte del contratto non viene proposta contestualmente all'azione di annullamento e non implica alcun sindacato del giudice sul provvedimento amministrativo: sulla base delle regole generali in tema di riparto della giurisdizione, si deve ritenere che tale domanda sia

[371] La circostanza che, in caso di annullamento in autotutela, le domande sulla sorte del contratto sono proponibili in via autonoma trova conferma proprio nella fattispecie sottoposta all'esame della Corte. In quel caso, le domande di accertamento dell'inefficacia del contratto e di ripetizione dell'indebito sono state proposte in via autonoma, a seguito dell'annullamento in autotutela dell'affidamento dell'appalto, confermato dal giudice amministrativo con sentenza passata in giudicato.

proponibile innanzi al giudice ordinario, trattandosi di controversia avente ad oggetto esclusivamente i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto.

Del resto, anche nel caso in cui la risoluzione consegue all'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, la giurisprudenza ha precisato che qualora si disputi tra stazione appaltante e originario contraente delle pretese patrimoniali relative alla situazione determinatasi a seguito della dichiarazione di inefficacia del contratto da parte del giudice amministrativo la giurisdizione appartiene al giudice ordinario[372].

La giurisdizione amministrativa sulla sorte del contratto presuppone, invero, che il giudice sia chiamato a pronunciarsi sulla dedotta invalidità dell'aggiudicazione e, in connessione con questa domanda, su quella consequenziale di risoluzione del contratto stipulato in forza dell'aggiudicazione medesima.

Nei casi in cui, invece, il vizio dell'aggiudicazione non sia più in discussione, si è al di fuori dei casi in cui l'art. 133 c.p.a attribuisce espressamente al giudice amministrativo la giurisdizione sulla sorte del contratto che si pone a valle della conclusione di un procedimento amministrativo viziato.

Conseguentemente, si deve fare riferimento all'ordinario criterio di riparto, secondo il quale, mentre spetta al giudice amministrativo di conoscere dei vizi del procedimento amministrativo, spetta al giudice ordinario di conoscere della sorte del contratto, anche quando su di essa incidano di riflesso i vizi del procedimento amministrativo presupposto dal contratto medesimo, e la domanda deve essere proposta davanti al giudice ordinario.

Sotto altro profilo, l'impossibilità di estendere in via analogica il dettato dell'art. 133 deriva dal fatto che le norme che attribuiscono una data materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sono eccezionali sotto un duplice profilo[373]: in primo luogo, in quanto

---

[372] Sul punto, si vedano Cons. St., V, 21 febbraio 2012 n. 932; Cass., Sez. Un., 12 marzo 2015, n. 4955, in *www.iusexplorer.it*, in cui è stata affermata la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia, sorta a seguito della declaratoria di inefficacia del contratto da parte dal giudice amministrativo, tra stazione appaltante e originario aggiudicatario in ordine ai compensi relativi alle prestazioni eseguite.

[373] Sul carattere eccezionale delle norme attributive di giurisdizione esclusiva si veda Cons. St. Ad. Plen., 29 gennaio 2014, n. 6, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che, proprio valorizzando tale eccezionalità, ha ribadito il principio, già enunciato da Cass. Sez. Un. 19 aprile 2013, n. 9534; Id., 7 giugno 2012, n. 9185, secondo cui "salvo deroghe normative espresse, vige nell'ordinamento processuale il principio generale dell'inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione, potendosi risolvere i problemi di coordinamento

rappresentano eccezioni rispetto al generale criterio di riparto fondato sulla natura della situazione soggettiva fatta valere dal ricorrente; in secondo luogo, perché, essendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo oggetto di riserva di legge *ex* art. 103 Cost., un'applicazione analogica delle norme che la istituiscono rischierebbe di eludere tale previsione costituzionale.

Ci si potrebbe domandare se tali considerazioni siano in grado di escludere la giurisdizione del giudice amministrativo anche nel caso in cui la domanda sulla sorte del contratto sia proposta dall'Amministrazione non in via autonoma, ma in via riconvenzionale, nell'ambito di un giudizio instaurato dal privato per ottenere l'annullamento del provvedimento di autotutela.

In simili casi, valorizzando l'esigenza di assicurare la concentrazione delle tutele e il principio di ragionevole durata del processo, si potrebbe ritenere che la proposizione delle due domande connesse possa consentire uno spostamento della giurisdizione.

Tale soluzione è stata accolta in passato da alcune sentenze delle Sezioni Unite, in presenza di controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed interessate parallelamente da domande consequenzialmente nascenti da pretese di diritto privato.

In simili casi, la Corte di Cassazione ha ritenuto che le norme costituzionali sul giusto processo, sulla sua ragionevole durata (art. 111 Cost.) e sul diritto di difesa (art. 24 Cost.), coordinate con l'art. 103 Cost. consentissero il giudizio unitario sulle due domande connesse, ma devolute a due distinte giurisdizioni.

In particolare, è stata ritenuta prevalente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e si è rimessa allo stesso anche la decisione sulle domande accessorie su cui avrebbe dovuto pronunziarsi il giudice ordinario[374].

---

posti dalla concomitante operatività della giurisdizione ordinaria e di quella amministrativa su rapporti diversi, ma interdipendenti, secondo le regole della sospensione del procedimento pregiudicato".

[374] In materia di espropriazione, si veda Cass., Sez. Un., 24 giugno 2009 n. 14805, in *www.iusexplorer.it*, secondo cui "in rapporto al caso in cui l'oggetto delle domande attiene ad una materia di giurisdizione esclusiva, è di certo applicabile l'art. 40 c.p.c. per la parte in cui determina il potere di decidere le cause in un solo processo, anche ai sensi dell'art. 274 c.p.c.; tale processo unico dovrà svolgersi, come precisato nella norma di rito che precede, dinanzi al giudice con maggiori competenze, cioè a quello amministrativo, che può valutare la chiesta tutela degli interessi legittimi oltre che quella dei diritti soggettivi entrambe oggetto delle domande, indipendentemente dal riconoscimento nel merito delle situazioni soggettive il cui accertamento determinerà l'accoglimento dell'una o dell'altra richiesta di tutela". Il potere cognitivo del giudice amministrativo si spiega alla luce del fatto che "la giurisdizione esclusiva che la legge gli attribuisce sugli interessi e sui diritti, comporta per

In proposito, si è chiarito che la prevalenza del potere cognitivo del giudice amministrativo presuppone, oltre alla contestuale proposizione di domande devolute a diverse giurisdizioni, che egli sia titolare di giurisdizione esclusiva rispetto ad una delle domande proposte, a fronte della giurisdizione sui soli diritti propria del giudice ordinario. In presenza di tali condizioni, la maggiore pienezza della giurisdizione esclusiva viene considerata in grado di giustificare l'eccezionale spostamento di giurisdizione in favore del giudice amministrativo[375].

Tale soluzione, seppur ispirata dall'apprezzabile esigenza di assicurare la concentrazione delle forme di tutela innanzi ad un unico plesso giurisdizionale, non appare, tuttavia, pienamente persuasiva.

L'introduzione per via giurisprudenziale del principio di generale derogabilità della giurisdizione per ragioni di connessione sembra trovare un ostacolo nella constatazione che il principio della concentrazione delle tutele è criterio che si rivolge al legislatore e non all'interprete.

Sulla base di tale criterio, ad esempio, è stata compiuta la scelta (già avallata anche dalla giurisprudenza costituzionale) di concentrare in campo al giudice amministrativo ogni forma di tutela dell'interesse legittimo, ivi compresa quella risarcitoria.

Lo stesso principio, tuttavia, non consente di attrarre, in via meramente interpretativa e senza base normativa, nell'ambito della giurisdizione amministrativa controversie relative a diritti soggettivi, anche a

esso maggiori poteri di quelli che il giudice ordinario può esercitare che sono relativi ai soli diritti soggettivi, potendo invece quello speciale soltanto accertare nel merito, in via incidentale o principale, positivamente o negativamente, l'esistenza di interessi legittimi, dei quali è chiesta la tutela sia pure insieme o alternativamente a quella dei diritti. E' l'applicazione dei principi di logica processuale per cui è il giudice con maggiori competenze, quello cui spetta decidere più cause unite e/o strettamente connesse aventi ad oggetto in astratto interessi e diritti, che comporta, per le materie di giurisdizione esclusiva e quindi comunque senza derogare alle relative norme di legge, che solo il giudice amministrativo sia investito delle domande di tutela delle due indicate posizioni soggettive, potendo egli solo risolvere le questioni di merito circa la "pertinenza" (art. 386 c.p.c.) di entrambe le situazioni soggettive in gioco, pure per negarne l'esistenza, anche rigettando la domanda che ne chiede la tutela". Sulla base di tali principi, le Sezioni Unite hanno affermato che, qualora in base al fatto della omessa utilizzazione dei fondi espropriati un soggetto ne chieda la retrocessione totale o parziale, la prima a tutela di un diritto soggettivo pieno e la seconda di interessi legittimi, chiedendo di accertare la mancata esecuzione o la realizzazione anche parziale dell'opera, in rapporto a tale domanda originaria, la giurisdizione, per le cause iniziate dopo l'entrata in vigore della L. n. 205 del 2000 e fino all'entrata in vigore del D.P.R. 327 del 2001, deve riconoscersi al giudice amministrativo.

[375] Cfr. Cass. Sez. Un. 24 giugno 2009, n. 14805 cit.

prescindere dall'individuazione di una disposizione legislativa fondante un'ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Tali considerazioni trovano conferma anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

In particolare, con la sentenza n. 377 del 20 novembre 2008, la Corte ha escluso che sia sufficiente il riferimento ai principi di effettività e pienezza della tutela per giustificare, in via interpretativa e giurisprudenziale, deroghe alla giurisdizione del giudice ordinario, anche tenuto conto che la scelta di concentrazione delle tutele presso il giudice amministrativo presuppone valutazioni discrezionali non limitate al riscontro della mera connessione tra controversie spettanti a giurisdizioni diverse. I principi di concentrazione e pienezza della tutela - osserva la Corte - "*innanzitutto […] non impongono certo di attribuire allo stesso giudice controversie aventi oggetti diversi e suscettibili di insorgere in momenti differenti, quali quelle relative alle operazioni elettorali e quelle relative alla decadenza dell'amministratore locale. In secondo luogo, non vi è comunque una soluzione costituzionalmente obbligata, spettando alla legge la scelta in ordine all'eventuale concentrazione della tutela e all'individuazione del giudice competente*"[376].

Utili indicazioni in senso ostativo provengono anche dalla sentenza n. 304 del 5 ottobre 2011, sulla infondatezza del dubbio di costituzionalità della disposizione che riserva al giudice ordinario l'accertamento della falsità degli atti muniti di fede privilegiata attraverso lo specifico rimedio della querela di falso, precludendo al giudice amministrativo di accertarla in via incidentale.

Nel respingere la tesi avanzata dal Consiglio di Stato, la Corte costituzionale ha osservato che "*la 'unitarietà' della giurisdizione in specifiche materie ben può, dunque, costituire una necessità destinata a prevalere su quella di concentrazione dei singoli e diversi giudizi, senza che a tal proposito possa in qualche modo venire in discorso - come al contrario mostra di ritenere il giudice* a quo - *la maggiore o minore idoneità di questo o quello tra i modelli processuali ad assicurare adeguata tutela in quelle stesse materie*". Sembra, quindi, emergere l'idea che la concentrazione delle forme di tutela innanzi ad un solo giudice non è l'unico mezzo di realizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale[377].

---

[376] Nella specie, la Corte Costituzionale ha dunque escluso che "l'attribuzione delle controversie in materia di incompatibilità e decadenza dell'amministratore locale alla giurisdizione amministrativa sia imposta dall'art. 103 Cost. e che la scelta del legislatore di affidare dette controversie alla giurisdizione ordinaria sia irragionevole in base all'art. 3 Cost.".

[377] La regola dello spostamento della giurisdizione per ragioni di connessione non ha mancato di sollevare anche ulteriori rilievi critici, fondati sulla considerazione che se una

3.3.2. *La tesi della giurisdizione ordinaria*

Un diverso orientamento, valorizzando la natura privatistica del rapporto dedotto in giudizio e l'eccezionalità della giurisdizione amministrativa sulla sorte del contratto, espressamente attribuita dall'art. 133, co. 1, lett. e), nella sola ipotesi di inefficacia del contratto conseguente ad annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, ritiene, invece, sussistente la giurisdizione del giudice ordinario.

Tale impostazione si basa, quindi, sulla premessa della mancanza di una norma espressa che valga a devolvere la materia della sorte del contratto a seguito dell'esercizio del potere di autotutela sugli atti di gara alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In quest'ottica, viene sottolineato che, in assenza di norme che espressamente devolvano la materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l'art. 103 Cost. impone il ricorso al criterio della *causa petendi*, che guarda alla consistenza della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio[378].

---

causa, spettante alla giurisdizione del giudice ordinario, viene attribuita per ragioni di connessione al giudice amministrativo, si determina una *deminutio* della tutela giurisdizionale, perché si perde il ricorso per cassazione per violazione di legge. Sicché si è proposto di consentire lo spostamento per connessione, ma senza modifica delle regole processuali della giurisdizione di provenienza: sicché per la causa connessa decisa dal g.a., dovrebbe continuare ad ammettersi il ricorso per cassazione, per violazione di legge, e non per soli motivi di giurisdizione, contro la sentenza del Consiglio di Stato. Sul punto, si veda P. Vittoria, *Commento agli artt. 110 e 111 c.p.a.,* in (a cura di A. Quaranta e V. Lopilato), *Il processo amministrativo - commentario al d.lgs. n. 104/2010*, Milano 2011, 862.

[378] In tal senso, si veda Cass. Sez. Un. 30 dicembre 2011, n. 30167, in *www.iusexplorer.it*, che sottolinea che "laddove sorga l'esigenza di istituire una nuova fattispecie di giurisdizione esclusiva ovvero di inglobarvi situazioni soggettive assurte al rango di diritti, con l'effetto pratico di provocare lo spostamento della giurisdizione dal giudice ordinario al giudice amministrativo, la Costituzione, come rilevato dalla nota pronuncia 204/2004 della Corte Costituzionale, pone precisi limiti e condizioni e soprattutto individua nella legge l'unico strumento idoneo a realizzare entrambe dette finalità. In mancanza, non può essere il giudice, con un'interpretazione estensiva o analogica di disposizioni preesistenti a modificare l'ordine costituzionale delle competenze dei diversi ordini giurisdizionali, il cui riparto resta fondato, secondo la giurisprudenza della Consulta (204/2004; 401/2007) sulla separazione imposta dal menzionato art. 103, co. 1, tra il piano del diritto pubblico (e del procedimento amministrativo) ed il piano negoziale, interamente retto dal diritto privato attraverso il necessario collegamento delle materie assoggettabili a giurisdizione esclusiva con la natura delle situazioni soggettive dalla loro qualificazione di particolari rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità".

In base a tale criterio, la sorte del contratto, in quanto controversia che afferisce alla fase di esecuzione del contratto e involgente diritti soggettivi delle parti che si pongono in posizione del tutto paritaria, deve essere scrutinata da parte del giudice ordinario[379].

La giurisdizione del giudice amministrativo sussiste, invece, solo sulle controversie relative al procedimento di evidenza pubblica, incluse quelle relative alla contestazione dell'annullamento d'ufficio degli atti relativi alla procedura di affidamento intervenuti successivamente alla stipula del contratto.

Tale impostazione si basa, quindi, sulla considerazione che il potere del giudice amministrativo di decidere sull'efficacia del contratto sussiste solo ove vi sia stata l'impugnazione degli atti di gara e, quindi, la questione della sorte del contratto sia collegata ad una "sua" pronuncia di annullamento degli stessi[380].

Come si è precedentemente osservato, dalle disposizioni del codice del processo amministrativo si desume con chiarezza che il giudice amministrativo non è il "*giudice del contratto*": il giudice amministrativo può pronunciarsi sull'efficacia del contratto solo in quanto abbia accolto un ricorso proposto contro l'atto amministrativo di individuazione del contraente o comunque idoneo a travolgere il procedimento amministrativo prodromico alla stipula del contratto.

Ciò significa, in altri termini, che il codice non riserva al giudice amministrativo la giurisdizione sul contratto, ma gli assegna solo il compito

---

379 Cass. Sez. Un. 29 maggio 2012, n. 8515, in *Urb. e app*. 2012, 11, 1148, con nota di A. Travi, *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria: la disciplina del c.p.a. e i nuovi interrogativi*, che ha dichiarato sussistente la giurisdizione del giudice ordinario, poiché il rapporto giuridico dedotto in giudizio risultava, nella specie, di natura prettamente privatistica derivando dalla conclusione di contratti intorno alla cui validità sostanzialmente si controverte, eminentemente di diritto privato, tra parti poste in posizione del tutto paritaria, nonostante la qualità di ente pubblico di una di loro, facendo sorgere per entrambe tipiche posizioni di diritto soggettivo.

380 A. Travi, *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria: la disciplina del c.p.a. e i nuovi interrogativi*, cit, Secondo l'Autore, il pensiero della Corte è così sintetizzabile: "se la domanda concerne in via principale l'efficacia e la validità del vincolo contrattuale e perciò non sia richiesta una pronuncia sul procedimento amministrativo 'a monte', la giurisdizione spetta al giudice ordinario. A questa stregua, la giurisdizione del giudice amministrativo vale, invece, per le controversie sul procedimento amministrativo: in tal caso, e in tale caso soltanto, il giudice amministrativo può pronunciarsi anche sull'efficacia del contratto, ai sensi dell'art 121 ss c.p.a."

di determinare gli effetti sul contratto della pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione da lui stesso disposta[381].

Una simile impostazione, se da un lato appare la più coerente con il dato codicistico, dall'altro potrebbe riproporre quel rischio di frammentazione delle giurisdizioni che si poneva, anteriormente al 2010, con riferimento alla fattispecie dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione.

Non sembra, tuttavia, che tale rischio possa essere superato evocando lo stretto legame che esiste tra la fase pubblicistica e quella negoziale, in quanto ogni considerazione in merito all'intimo rapporto tra le due fasi appare recessiva rispetto alle regole che governano il riparto di giurisdizione.

Del resto, come si è visto, sussiste il limite della inderogabilità della giurisdizione per ragioni di connessione. In tal senso, la comunanza, sul piano oggettivo, di taluni elementi identificativi tra la causa relativa alla legittimità del provvedimento amministrativo a monte e quella relativa alla sorte del contratto non può valere ad attrarre anche questa controversia nella sfera di cognizione del giudice amministrativo[382].

Né sembra che ragioni di economia processuale, come quella di evitare la moltiplicazione dei giudizi, possano in alcun modo ridefinire i confini tra le giurisdizioni[383].

---

381 A. Travi, *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria*, cit., che osserva che, per descrivere tale situazione "più che al caso di due azioni distinte che sia opportuno trattare insieme, si deve porre l'attenzione sull'esigenza di definire tutti gli effetti dell'annullamento di un provvedimento che ha la particolarità di essere il presupposto di un contratto".

382 A sostegno di tale orientamento, ribadito sia dal giudice ordinario che dal giudice amministrativo, viene richiamata la rilevanza che la connessione tra domande espressamente assume ai sensi degli artt. 24 e 36 c.p.c. ai fini della determinazione della competenza. In proposito, si veda, *ex multis*, Cons. St. sez. V, 14 maggio 2013, n. 2607, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui "la presenza di questioni tra loro connesse, se può determinare nel processo amministrativo (art. 13, comma 4-bis, c.p.a.), come in quello civile (art. 40 c.p.c.), uno spostamento della competenza per ragioni di connessione, così incidendo sulla disciplina ordinaria in materia di criteri di distribuzione della competenza, non può giungere ad una traslazione del giudizio da un plesso giurisdizionale ad un altro". Ciò in ragione del fatto che, "a fronte di una nozione unitaria della funzione giurisdizionale (Cass. sez. un. 23 settembre 2008, n. 24883), stanti anche i rigidi paletti imposti dalla disciplina processuale alla possibilità di sollevare la questione di difetto di giurisdizione, la scelta del legislatore di assegnare la cognizione di alcune controversie ad un plesso giurisdizionale piuttosto che ad un altro, al fine di semplificare l'accesso dei cittadini alla tutela, mantiene una valenza costituzionale che non può essere incisa dalla mera presenza di giudizi tra loro connessi"

383 Rischio evocato dalle Sezioni Unite 8 agosto 2012, n. 14260, cit., secondo cui affermare la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie inerenti l'esercizio del potere

Tale conseguenza (meramente eventuale) viene scongiurata da quella parte della giurisprudenza secondo cui apparterrebbero al giudice ordinario le questioni concernenti le patologie del contratto, anche quelle derivanti da illegittimità del procedimento amministrativo, accertabili incidentalmente da tale giudice senza necessità del previo annullamento ad opera del giudice amministrativo[384].

Tale soluzione è stata accolta dalla Cassazione in una pronuncia del 2012[385], nella quale la Corte, dopo aver confermato l'orientamento tradizionale che vede nella stipula del contratto lo "spartiacque" tra le giurisdizioni, ha affermato che il giudice ordinario conosce di tutte le "*patologie*

---

di autotutela e quella ordinaria sulle questioni relative alla sorte del contratto equivarrebbe ad aprire al "duplice, pernicioso effetto di moltiplicare i procedimenti e di porre le condizioni per un possibile conflitto di pronunce".

[384] Come noto, l'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo prevede che "quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa", il giudice ordinario si limiti a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non può quindi "essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso". Il successivo art. 5 precisa che, "in questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi". Sulle forme di tutela innanzi al giudice orinario, si vedano, senza pretesa di esaustività, F. Satta, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1965, 629 ss; S. Menchini, *La tutela del giudice ordinario*, in (a cura di) S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000; L. Montesano, *Principi costituzionali e sindacato del giudice ordinario al cospetto del potere amministrativo*, in *Riv. dir. proc.,* 1981, 15 ss; G. De Giorgi Cezzi, *Perso e Medusa: il giudice ordinario al cospetto del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm*., 1999, 1073 ss; I. Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007; F. Carlesi, *Commento all'art. 4, l. n. 2248/1965, all. E*, in (a cura di) S. Battini, - B.G. Mattarella – A. Sandulli, - G. Vesperini, *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, Torino, 2007, 189–208.

Sul potere del disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario, si vedano I. Bianchini, *Disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile e penale*, Macerata, 2008; C. Buonauro, *La disapplicazione degli atti amministrativi tra prassi e dottrina*, Napoli, 2004; S. Cassarino, *Problemi della disapplicazione degli atti amministrativi nel giudizio civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 864; F. Cintioli, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm*., 2003, 43; Id, *Commento all'art. 5, l. n. 2248/1865, all. E*, in (a cura di) G. Morbidelli, *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008, 1156–1196; F. Cintioli, *Disapplicazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.-Annali*, Milano, 2010, vol. III, 269; F. Mattasoglio, Commento all'art. 5, l. n. 2248/1965, all. E, in (a cura di) S. Battini, - B. G. Mattarella – A. Sandulli, A.- G. Vesperini, *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, cit., 208-227; L. Verrienti, *Commento agli artt. 2, 4, 5, l. n. 2248/1865, all. E,* in (a cura di) A. Romano, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001, 8-105.

[385] Cass. Sez. Un., 5 aprile 2012, n. 5446, in *Urb. e app*, 2012, 9, 879, con nota di A. Reggio d'Aci, *Le patologie negoziali derivanti da illegittimità della procedura di gara: quali limiti alla valutazione incidentale postuma del g.o.?*

ed inefficacie negoziali", sia che riguardino la "*struttura del contratto*", sia che derivino da "*irregolarità-illegittimità della procedura amministrativa a monte*".

Tutte le questioni concernenti la patologie del contratto, comprese quelle derivanti da vizi di legittimità della procedura, risulterebbero, dunque, accertabili incidentalmente dal giudice civile senza necessità del previo annullamento da parte del giudice amministrativo.

Tale orientamento non appare, tuttavia, pienamente persuasivo, in quanto finisce per ammettere che il riparto di giurisdizione si fondi sul criterio del *petitum*, e, quindi, della formulazione della domanda e non sulla base della natura della situazione giuridica soggettiva azionata[386].

Aderendo alla soluzione prospettata dalla Corte, si dovrebbe ritenere che il soggetto che ha interesse a mantenere in vita il contratto possa scegliere, a sua discrezione, se insorgere direttamente contro l'annullamento d'ufficio e impugnare il relativo provvedimento entro il termine decadenziale ovvero agire in giudizio davanti al giudice ordinario per chiedere che l'effetto risolutivo non si sia mai prodotto. In quest'ultimo caso, però, la controversia innanzi al giudice civile finirebbe per avere ad oggetto, in via principale, la questione della legittimità del provvedimento[387].

---

386 A. Travi, *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria: la disciplina del c.p.a. e i nuovi interrogativi*, cit. il quale afferma che una simile impostazione implica una *"sostanziale sovrapposizione della tutela offerta dalle due giurisdizioni"*.

387 F. Cintioli, *Il caso Alitalia – Volare: ancora su invalidità del contratto e giudizio di ottemperanza,* in *www.giustamm.it*, 2008, 3. Nello stesso solco, si veda inoltre A. Reggio d'Aci, *Le patologie negoziali derivanti da illegittimità della procedura di gara: quali limiti alla valutazione incidentale postuma del g.o.?,* cit, secondo cui il rischio di tale impostazione è quello di vedere svolta una rivalutazione postuma, in sede di cognizione incidentale del g.o., delle problematiche che attengono alla legittimità della procedura di gara, che tuttavia avrebbero potuto o dovuto essere conosciute per tempo in via diretta dal g.a; con tutte le possibili conseguenze in relazione ad una strisciante prolungata incertezza circa gli effetti dei provvedimenti di aggiudicazione delle gare pubbliche, incertezza invece esclusa nel sistema impugnatorio della giustizia amministrativa. L'effetto pratico di questo quadro potrebbe inoltre essere, oltre che quello di una inaccettabile incertezza e confusione circa il Giudice cui ci si deve rivolgere per chiedere Giustizia, quello di vedere aumentare il contenzioso avanti il g.o. in materia di appalti pubblici e, in particolare, la richiesta nell'ambito del medesimo di valutazioni estese alla legittimità della procedura di gara nell'ottica di una rimozione del rapporto contrattuale e della conseguente riduzione o esclusione del corrispettivo dell'appalto.

La tesi favorevole ad ammettere la cognizione incidentale ed eventuale disapplicazione del provvedimento da parte del giudice ordinario è stata, invece, sostenuta da G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, cit. 219, secondo cui i due plessi giurisdizionali, a ben vedere, non forniscono una tutela identica ad identiche situazioni giuridiche soggettive: la diversa natura degli interessi in gioco si riflette, infatti, in maniera inevitabile anche sulle forme di tutela che possono essere apprestate da ciascun giudice. In quest'ottica, dunque, si può affermare che il potere del giudice ordinario di disapplicare il provvedimento

Come si è visto, infatti, nei casi in cui l'Amministrazione risolve il contratto tramite annullamento d'ufficio di un atto del procedimento, quale l'aggiudicazione, la fonte immediata e diretta della lesione lamentata dal privato è rappresentata dal provvedimento di autotutela: la caducazione del contratto rappresenta solo una inevitabile conseguenza dell'esercizio di quel potere.

Aderendo a tale tesi, si finirebbe quindi per attribuire al giudice ordinario la cognizione di controversie aventi come oggetto principale la legittimità di provvedimenti amministrativi lesivi di interessi legittimi, in contrasto con il criterio di riparto della *causa petendi*[388].

4. Osservazioni conclusive

L'estinzione del vincolo contrattuale per effetto dell'esercizio del potere di autotutela pubblicistica anche in ipotesi ulteriori rispetto a quelle previste dal codice dei contratti pubblici presenta diversi profili di interesse dal punto di vista processuale, che si ripercuotono sul delicato tema del riparto di giurisdizione.

In primo luogo, il riconoscimento del potere dell'Amministrazione di risolvere il contratto anche attraverso l'annullamento d'ufficio rende possibile il superamento dell'impostazione tradizionale che, valorizzando la distinzione tra procedimento di evidenza pubblica e fase di esecuzione, individua nella stipula del contratto lo "spartiacque" tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria.

Una volta ammesso che la risoluzione dei contratti pubblici possa avvenire anche attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistica, si deve coerentemente ritenere che le controversie che investono l'esercizio di tali poteri siano devolute alla giurisdizione amministrativa.

A fronte del potere di autotutela pubblicistica, invero, la situazione giuridica soggettiva del contraente privato è evidentemente di interesse

completa la tutela offerta al privato contraente e consente di salvaguardare le esigenze di concentrazione delle tutele in maniera non meno efficace di quanto possa avvenire riconoscendo la giurisdizione esclusiva sulla sorte del contratto.

[388] In proposito, si veda Cons. St. sez. V, 15 febbraio 2010, n. 816, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che sottolinea che "il riferimento al potere di disapplicazione coerente con l'impalcatura di cui agli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865, allegato E consente di affermare che al giudice ordinario non è attribuita la cognizione di controversie aventi come oggetto principale la legittimità di provvedimenti amministrativi lesivi di interessi legittimi".

legittimo, a nulla rilevando che l'esercizio di tale potere produca effetti, in ultima analisi, su un contratto già stipulato, da cui sono derivati diritti per entrambe le parti.

Si pone, inoltre la questione dell'individuazione del giudice munito di giurisdizione sulle controversie relative alla sorte che il contratto subisce a seguito dell'esercizio del potere di autotutela.

A differenza di quanto previsto per le ipotesi di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, espressamente disciplinate dall'art. 133 c.p.a. e a differenza dei casi di risoluzione contemplate dal codice dei contratti pubblici, in cui i due aspetti (annullamento d'ufficio e sorte del contratto) sono inglobati in un fenomeno unitario da norme che disciplinano espressamente la risoluzione del contratto, negli altri casi manca una disciplina da cui desumere con precisione i possibili rapporti, sul piano della giurisdizione, tra l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e l'accertamento dell'incidenza di tale potere sul contratto.

In proposito, non appare pienamente condivisibile la tesi secondo cui l'art. 133, co. 1, lett. e), n. 1 includa anche tali controversie nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Tale soluzione appare, invero, difficilmente conciliabile con il dato letterale dell'art. 133 c.p.a., da cui si desume che la giurisdizione esclusiva sulla sorte del contratto riguarda la dichiarazione d'inefficacia del contratto *ex* artt. 121-122 c.p.a. che consegue all'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione.

Il codice dunque, in un'ottica di economia processuale e di concentrazione delle forme di tutela, attribuisce al giudice che annulla l'aggiudicazione il potere di decidere della sorte del contratto.

L'estensione della giurisdizione esclusiva anche alle controversie relative alla sorte del contratto a seguito dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione sembra, quindi, trovare ostacolo nel carattere eccezionale delle norme che, derogando al criterio generale della *causa petendi*, prevedono ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Né sembra cogliere del tutto nel segno il richiamo all'esigenza di assicurare la concentrazione delle forme di tutela innanzi ad un unico giudice.

In questi casi, invero, l'annullamento viene disposto dalla pubblica Amministrazione e non da parte del giudice amministrativo e la domanda relativa alla sorte del contratto potrebbe essere proposta anche in via autonoma, senza essere necessariamente collegata ad una domanda di annullamento del provvedimento di autotutela.

Trattandosi di controversia concernente diritti derivanti dal contratto, senza alcun sindacato sull'atto amministrativo, si deve ritenere, in ossequio al criterio della *causa petendi*, che tale domanda sia proponibile innanzi al giudice ordinario.

Maggiormente problematico è il caso in cui la domanda sulla sorte del contratto non sia proposta in via autonoma, ma in maniera contestuale all'azione di annullamento del provvedimento di autotutela. Potrebbe infatti accadere che, nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto l'impugnazione del provvedimento, sia la pubblica Amministrazione, a chiedere, in via riconvenzionale, l'accertamento dell'avvenuta caducazione del contratto.

In simili casi, valorizzando le esigenze di concentrazione e la connessione tra le due domande, si potrebbe ritenere ammissibile uno spostamento della giurisdizione in favore del giudice amministrativo.

Tale soluzione, seppur ispirata dall'apprezzabile esigenza di assicurare la concentrazione delle forme di tutela innanzi ad un unico plesso giurisdizionale, non appare, tuttavia, pienamente persuasiva.

In particolare, l'introduzione per via giurisprudenziale del principio di generale derogabilità della giurisdizione per ragioni di connessione sembra trovare ostacolo nella constatazione che il principio della concentrazione delle tutele è criterio che si rivolge unicamente al legislatore, che non consente di attrarre nell'ambito della giurisdizione amministrativa controversie relative a diritti soggettivi, a prescindere dall'individuazione di una disposizione legislativa fondante un'ipotesi di giurisdizione esclusiva.

In mancanza di una norma che espressamente devolva la materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si deve quindi ritenere che appartiene alla giurisdizione amministrativa la domanda di annullamento del provvedimento con cui l'Amministrazione ha deciso di risolvere il contratto mediante esercizio del potere di autotutela pubblicistica e che sono devolute, invece, alla giurisdizione del giudice ordinario le domande relative alla sorte del contratto, quali la domanda di accertamento dell'intervenuto scioglimento del rapporto contrattuale e le domande restitutorie conseguenti alla caducazione del contratto.

Una simile impostazione, se da un lato appare la più coerente con il dato codicistico, dall'altro sembra riproporre quel rischio di frammentazione che si poneva in passato nei casi di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione. Tale rischio non sembra, tuttavia, superabile attraverso un'interpretazione estensiva delle disposizioni fondanti ipotesi di giurisdizione esclusiva o evocando la tesi dello spostamento della

giurisdizione per ragioni di connessione. Laddove siano in gioco le competenze di ordini giurisdizionali diversi, spetta, invero, solo al legislatore il compito di valutare discrezionalmente la necessità e le modalità con cui realizzare la concentrazione della tutela presso il giudice amministrativo, così derogando alla giurisdizione del giudice ordinario, nella forma e nei limiti previsti dall'art. 103 della Costituzione.

Conclusioni

Dopo aver esaminato la disciplina della risoluzione dei contratti pubblici, è possibile riepilogare le conclusioni dell'analisi svolta.

Il primo risultato cui si è giunti riguarda la rilevanza che assume l'interesse pubblico all'interno del contratto.

In particolare, la costante funzionalizzazione dell'azione amministrativa consente di affermare che l'interesse pubblico assume rilievo non solo nella fase del procedimento di evidenza pubblica, ma anche in quella negoziale, contribuendo a definire un elemento essenziale del contratto, ossia la sua causa, la sua concreta ragione giustificatrice.

Tale conclusione assume particolare rilievo, in quanto presenta diverse implicazioni pratiche. La circostanza che la causa sia elemento essenziale del contratto implica, invero, che se per fattori sopravvenuti quel contratto si rivela inidoneo ad assolvere la funzione cui era destinato, lo stesso è destinato a sciogliersi, essendo ormai venuta meno la sua ragione giustificatrice.

Nell'ambito dei contratti pubblici, ciò significa che eventi che incidono sulla realizzabilità dell'interesse pubblico sono destinati ad avere riflessi sul piano causale, determinando la risoluzione del contratto.

Sulla base di tale premessa, si comprende innanzitutto la ragione per cui la disciplina della risoluzione dei contratti pubblici è sensibilmente diversa rispetto a quella prevista dal diritto comune per i contratti a prestazioni corrispettive.

In proposito, vengono in rilievo non solo le ipotesi specifiche di risoluzione per decadenza dell'attestazione di qualificazione, condanne e misure di prevenzione, ma anche la stessa disciplina della risoluzione per inadempimento.

Sotto altro profilo, la rilevanza causale che assume l'interesse pubblico permette di comprendere la ragione per cui l'Amministrazione può giungere allo scioglimento del rapporto contrattuale non solo attraverso i rimedi privatistici previsti dal codice civile e dal codice dei contratti pubblici, ma anche attraverso l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio sugli atti del procedimento prodromico alla stipula del contratto.

È possibile, infatti, che l'inidoneità del contratto a realizzare la sua causa concreta discenda da illegittimità commesse nel corso del procedimento. È stato evidenziato che in simili casi la risoluzione non

discende dal mero riscontro dell'illegittimità, essendo necessaria – ai sensi dell'art. 21-*nonies* – l'esternazione delle ragioni di interesse pubblico prevalente su altre esigenze meritevoli di considerazione, tra cui quella della certezza delle situazioni giuridiche e di salvaguardia delle posizioni soggettive sorte dall'atto viziato e ormai consolidato.

L'Amministrazione, in altri termini, nell'esercitare il proprio potere di autotutela è chiamata a valutare l'incidenza che la violazione di legge ha avuto sulla concreta perseguibilità dell'interesse pubblico e sulla persistente idoneità del contratto a realizzare tale interesse.

Tali considerazioni hanno permesso di comprendere la ragione per cui, a differenza di quanto accade nel caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, la risoluzione non consegue ad una sentenza costitutiva del giudice.

La differente modalità con cui si verifica la risoluzione si spiega alla luce delle differenze tra le due forme di annullamento: ove l'annullamento si pone come conseguenza ineluttabile dell'illegittimità, la caducazione del contratto non è automatica, ma è affidata ad una valutazione del giudice, da compiersi sulla base dei criteri indicati dagli artt. 121-122 c.p.a. Tale valutazione è funzionale ad assicurare un'attenta considerazione di tutti i diversi interessi in gioco: da un lato c'è l'interesse alla stabilità del contratto, al quale si collega l'esigenza di tutelare l'affidamento dell'impresa stipulante e l'interesse dell'Amministrazione a che le prestazioni oggetto del contratto siano eseguite senza sconvolgimenti. Dall'altro vi è l'interesse al rispetto delle regole della concorrenza, violate dall'aggiudicazione illegittima, nonché l'interesse dell'Amministrazione a stipulare il contratto con l'impresa che effettivamente aveva presentato l'offerta migliore.

Nelle ipotesi in cui invece l'annullamento richiede l'esistenza di presupposti ulteriori rispetto all'illegittimità dell'atto, la scelta di caducare il contratto non può essere rimessa al giudice, in quanto il provvedimento di annullamento d'ufficio contiene già necessariamente, ai sensi dell'art. 21-*nonies*, non solo l'accertamento dell'illegittimità, ma anche la valutazione comparativa degli opposti interessi, all'esito della quale la p.A. ritiene prevalente l'interesse all'eliminazione dell'aggiudicazione e, quindi, del contratto *medio tempore* stipulato.

All'esito di tale valutazione, la risoluzione del contratto ha dunque luogo di diritto, senza la necessità di una pronuncia del giudice, la quale interverrà, eventualmente, solo per accertare e dichiarare la risoluzione già prodotta.

In entrambe le ipotesi, comunque, lo scioglimento del vincolo negoziale non consegue al mero riscontro dell'illegittimità dell'aggiudicazione, ma implica un giudizio sull'intero assetto di interessi sotteso al contratto volto a verificare, in ultima analisi, la persistente idoneità del contratto stesso a perseguire la sua causa in concreto.

La circostanza che l'Amministrazione può sciogliersi dal vincolo contrattuale anche attraverso l'esercizio del potere di autotutela pubblicistica trova oggi conferma nelle norme del codice dei contratti pubblici che riconoscono espressamente all'Amministrazione il potere di risolvere unilateralmente il contratto in presenza di illegittimità commesse in sede di affidamento o in sede di esecuzione, tali da non consentire al contratto di realizzare la funzione cui era concretamente destinato.

In particolare, risultano chiaramente riconducibili al potere di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione l'ipotesi di risoluzione dovuta alla mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicatario e l'ipotesi di grave illegittimità commessa in sede di aggiudicazione, accertata dalla Corte di Giustizia all'esito di una procedura di infrazione.

Più delicato è il caso della risoluzione conseguente ad illegittime modifiche sostanziali del contratto (art. 108, co. 1 lett. a) e b)). In questi casi, sembrerebbe effettivamente venire in rilievo un rimedio privatistico, analogo alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta o al c.d. recesso impugnazione previsto dall'art. 1660 c.c. nella disciplina dell'appalto privato.

L'analisi dei presupposti e della *ratio* sottesa a tali rimedi privatistici ha, tuttavia, messo in luce l'impossibilità di inquadrare quelle ipotesi di risoluzione in termini privatistici.

In primo luogo, si è esclusa la riconducibilità al rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c.

Sebbene venga evocato anche dal codice dei contratti pubblici il presupposto dello squilibrio tra prestazioni non previsto al momento della conclusione del contratto, solo la risoluzione civilistica richiede che l'eccessiva onerosità sia riconducibile ad eventi straordinari ed imprevedibili, non compresi nella normale alea del contratto.

Nell'art. 108, invece, le modifiche idonee a determinare lo scioglimento del rapporto contrattuale non dipendono da fattori straordinari ed imprevedibili, ma risultano, al contrario, proposte dal privato contraente ed illegittimamente autorizzate dal RUP.

La *ratio* della differenza tra i presupposti della risoluzione civilistica per eccessiva onerosità sopravvenuta e quelli della risoluzione dei contratti

pubblici *ex* art. 108, co. 1, lett. a) e b) si coglie alla luce dei diversi valori sottesi ai due rimedi.

Nel codice civile, il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta mira a realizzare un equilibrato bilanciamento tra il principio *pacta sunt servanda*, secondo cui non bisogna dare rilievo a qualunque modificazione della realtà sopravvenuta alla conclusione del contratto (al di fuori dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore) e l'esigenza di assicurare che il contratto produca effetti corrispondenti a ciò che parti hanno liberamente voluto.

Il punto di equilibrio tra questi principi viene realizzato prevedendo che il valore della stabilità del vincolo contrattuale è destinato a cedere in presenza di fattori che, in maniera imprevedibile al momento della stipulazione, alterano l'equilibrio originario del contratto. Se non venisse consentito lo scioglimento del vincolo contrattuale in presenza di simili eventi, si imporrebbe ad una parte di rimanere vincolata ad un regolamento contrattuale che non corrisponde più a quello originariamente pattuito, in contrasto con il principio volontaristico che permea la disciplina civilistica del contratto.

Diversa è, invece, invece l'ottica in cui si pone il legislatore nella disciplina della risoluzione dei contratti pubblici *ex* art. 108, co. 1, lett. a) e b). In questi casi, invero, non viene tanto in rilievo la necessità di assicurare che il contratto produca effetti corrispondenti a ciò che le parti hanno liberamente voluto.

Si tratta, piuttosto, di bilanciare il principio della stabilità del vincolo contrattuale con l'esigenza di evitare che modifiche sostanziali al contenuto del contratto possano frustrare i valori sottesi alla procedura di evidenza pubblica.

Il punto di equilibrio tra questi opposti principi viene raggiunto prevedendo che la decisione di sciogliere il vincolo contrattuale non sia legato al solo dato oggettivo, rappresentato dall'illegittimo superamento dei limiti posti dall'art. 106 in tema di modifiche del contratto in corso di esecuzione, ma sia rimesso all'esercizio di un potere discrezionale della pubblica Amministrazione. Quest'ultima, come si è visto, è quindi tenuta ad illustrare l'esistenza di un interesse pubblico alla rimozione del contratto, prevalente sugli altri interessi in gioco, tra cui quello del privato controparte alla stabilità del contatto.

Esclusa la riconducibilità della fattispecie in esame alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, si è posta l'attenzione sul possibile

inquadramento in termini di c.d. recesso impugnazione, analogo a quello previsto dall'art. 1660 c.c. nell'appalto privato.

A sostegno di tale conclusione potrebbe essere richiamata la circostanza che, in entrambe le ipotesi, lo scioglimento del rapporto contrattuale rappresenta una reazione ad una modifica sostanziale del rapporto contrattuale.

Tale soluzione non è apparsa, tuttavia, condivisibile, alla luce dell'esame dei presupposti dei due rimedi.

Nei casi definiti dall'art. 1660 c.c. si riconosce a ciascuna parte il diritto di recedere dal contratto, a fronte di modifiche necessarie, ma in grado di alterare sensibilmente il vincolo contrattuale originariamente assunto.

La *ratio* del rimedio risiede nella volontà di evitare che, anche in presenza di variazioni consentite in quanto necessarie, ciascuna delle parti possa rimanere vincolata ad un regolamento contrattuale profondamente diverso rispetto a quello originariamente pattuito.

Al contrario di quanto previsto dal codice civile, le modifiche prese in considerazione dall'art. 108 sono modifiche non consentite, in quanto adottate in violazione delle norme che impongono una nuova procedura di gara.

La *ratio* di tale rimedio risolutorio non si coglie, quindi, nell'esigenza di salvaguardare l'interesse delle parti a non essere legate ad un contratto profondamente diverso da quello in origine stipulato, ma nell'esigenza di salvaguardare, anche in sede di esecuzione del rapporto contrattuale, i valori sottesi alla procedura di evidenza pubblica.

Modificare un contratto già stipulato con un soggetto pubblico significa, infatti, non solo cambiare le regole di un rapporto che già lega l'Amministrazione ad un determinato contraente privato, ma anche eludere le garanzie dell'evidenza pubblica, laddove le modifiche apportate siano così rilevanti da stravolgere i termini dell'aggiudicazione.

In conclusione, l'analisi svolta ha consentito di affermare che le nuove ipotesi di risoluzione c.d. facoltativa del contratto, descritte dall'art. 108, co. 1, individuano casi in cui lo scioglimento del vincolo contrattuale consegue all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio sull'aggiudicazione o sull'atto con cui sono state illegittimamente autorizzate modifiche sostanziali al contenuto del contratto.

Si tratta di un potere di annullamento d'ufficio derogatorio rispetto a quello descritto in termini generali dall'art. 21-*nonies*, in quanto non

subordinato, per espressa previsione di legge, ai limiti temporali definiti dalla legge generale sul procedimento amministrativo.

Tale aspetto ha permesso di evidenziare la specialità che caratterizza l'annullamento d'ufficio nel settore dei contratti pubblici e che emerge anche in altre disposizioni del codice, come l'art. 211, che, nel riconoscere all'ANAC la legittimazione ad agire in giudizio avverso atti ritenuti illegittimi, attribuisce alla stazione appaltante il potere di rimuovere d'ufficio un atto, sulla base del solo presupposto dell'illegittimità. Anche questa norma, dunque, introduce nel settore dei contratti pubblici profili di specialità del potere di annullamento d'ufficio, che si aggiungono a quelli già ricavabili dalle norme sulla risoluzione "facoltativa" che, come si è visto, individuano ipotesi in cui la stazione appaltante è titolare del potere di annullamento d'ufficio, a contratto stipulato, anche oltre i limiti temporali previsti dall'art. 21-*nonies* per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici.

La previsione di specifiche ipotesi di risoluzione conseguente all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio ha portato ad interrogarsi sulla possibilità per l'Amministrazione di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale attraverso l'esercizio del potere di autotutela pubblicistica anche al di fuori delle ipotesi delle ipotesi individuate dal codice.

A tale interrogativo è stata data risposta positiva, alla luce del fondamento del potere di annullamento d'ufficio, che risiede nella necessità di assicurare la costante rispondenza dell'azione amministrativa ai fini di interesse pubblico indicati dalla legge. Tale esigenza si pone, evidentemente, con la medesima intensità anche nei confronti dell'attività contrattuale posta in essere dall'Amministrazione.

Tale soluzione trova, del resto, conferma anche nella rilevanza causale che assume l'interesse pubblico e, quindi, della circostanza che il contratto può rimanere in vita solo se (e fino a quando) non si verifichino eventi che lo rendano inidoneo ad assolvere la funzione cui era destinato. Laddove l'inidoneità del contratto a realizzare la sua causa concreta derivi da un'illegittimità commessa in sede di aggiudicazione della gara, si deve quindi ritenere consentito lo scioglimento dal vincolo contrattuale. Con la precisazione, giova ribadirlo, che non è sufficiente la mera illegittimità dell'aggiudicazione, essendo necessaria l'esistenza di una motivazione in ordine alle ragioni di interesse pubblico alla rimozione dell'aggiudicazione, ulteriori rispetto a quello al mero ripristino della legalità violata e prevalenti sugli altri interessi in gioco.

La necessità di motivare in maniera esauriente e completa le ragioni dell'annullamento consente di individuare un equo contemperamento tra il principio civilistico della cogenza del vincolo contrattuale e il principio della costante funzionalizzazione dell'azione amministrativa alla cura dell'interesse pubblico individuato dalla legge.

Il riconoscimento del potere dell'Amministrazione di risolvere il contratto attraverso l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio anche in ipotesi ulteriori rispetto a quelle previste nel codice dei contratti pubblici ha portato a soffermarsi sulle questioni di natura processuale sollevate dall'esercizio di tali poteri.

In particolare, similmente a quanto detto per le ipotesi di risoluzione pubblicistica contemplate dal codice, è stata innanzitutto affermata la giurisdizione amministrativa sulle controversie che investono le modalità di esercizio di tale potere. Ciò consente di superare l'orientamento che, valorizzando la distinzione tra procedimento di evidenza pubblica e fase di esecuzione, individua nella stipula del contratto lo "spartiacque" tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria.

Il criterio di riparto della giurisdizione, fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva azionata, impone di ritenere che a fronte dell'esercizio del potere pubblicistico la situazione giuridica soggettiva del contraente privato sia di interesse legittimo, a nulla rilevando che tale potere produca effetti, in ultima analisi, su un contratto già stipulato, da cui sono derivati diritti per entrambe le parti.

Ne consegue che la giurisdizione amministrativa sussiste non solo in relazione a controversie sorte nella fase del procedimento prodromico alla stipula del contratto, ma anche nei casi in cui, successivamente a tale momento, sia esercitato un potere pubblicistico idoneo a determinare l'estinzione del vincolo contrattuale.

Maggiormente problematica è, invece, la questione del plesso giurisdizionale chiamato a pronunciarsi sulla sorte del contratto, ossia sulle domande di accertamento dell'intervenuta caducazione del contratto e su quelle connesse che potrebbero essere proposte in conseguenza della caducazione del contratto.

A differenza di quanto previsto per le ipotesi di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, espressamente disciplinate dall'art. 133 c.p.a. e a differenza dei casi di risoluzione contemplate dal codice dei contratti pubblici, in cui i due aspetti (annullamento d'ufficio e sorte del contratto) sono inglobati in un fenomeno unitario da norme che disciplinano

espressamente la risoluzione del contratto, negli altri casi manca una disciplina da cui desumere con precisione i possibili rapporti, sul piano della giurisdizione, tra l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e l'accertamento dell'incidenza di tale potere sul contratto.

Da un lato, i principi di concentrazione delle forme di tutela e di ragionevole durata del processo sembrano suggerire la proposizione di tutte le domande relative alla medesima vicenda innanzi al giudice amministrativo, similmente a quanto accade per l'ipotesi di annullamento giurisdizionale.

Dall'altro, i principi costituzionali in tema di riparto di giurisdizione impongono una lettura rigorosa delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Proprio il carattere eccezionale delle ipotesi di giurisdizione esclusiva ha portato ad escludere che la risposta alla questione relativa alla sorte del contratto a seguito dell'esercizio del potere di autotutela possa essere ricercata negli artt. 121 e ss e 133 c.p.a.

Il codice, infatti, non riserva al giudice amministrativo la giurisdizione sul contratto, ma, in un'ottica di concentrazione delle forme di tutela, gli assegna il compito di determinare gli effetti della (sua) pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione sul contratto.

Nel caso di risoluzione conseguente all'esercizio del potere di autotutela, invece, quelle esigenze di concentrazione appaiono difficilmente invocabili, in quanto l'annullamento viene compiuto da parte dell'Amministrazione e la caducazione del contratto non richiede una pronuncia costitutiva, ma si presenta come conseguenza automatica dell'esercizio del potere di autotutela.

Ne consegue che la domanda di accertamento dell'intervenuta risoluzione e le connesse domande restitutorie risultano proponibili dall'Amministrazione anche in via autonoma rispetto all'impugnazione del provvedimento di annullamento d'ufficio, impugnazione che potrebbe anche mancare. In simili casi, si è in presenza di una controversia inerente l'esecuzione del contratto e le conseguenze restitutorie connesse alla sua caducazione, involgente posizioni giuridiche di diritto soggettivo, in quanto tale naturalmente devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

Più complessa è, invece, l'ipotesi (che non sembra porsi nei casi contemplati dal codice) in cui la domanda sulla sorte del contratto sia proposta contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di autotutela.

In questi casi, valorizzando esigenze di concentrazione delle forme di tutela e la connessione tra le domande proposte nello stesso giudizio, ma devolute a diverse giurisdizioni, si potrebbe sostenere la tesi dello spostamento della giurisdizione in favore di quella amministrativa.

Una simile soluzione avrebbe certamente il pregio di evitare la frammentazione delle tutele relative alla medesima vicenda: si consentirebbe, infatti, al giudice amministrativo di pronunciarsi anche sulla domanda di accertamento dell'intervenuta risoluzione e sulle connesse domande restitutorie proposte dall'Amministrazione, in via riconvenzionale, nell'ambito di un giudizio instaurato dal contraente privato per l'annullamento del provvedimento di autotutela.

Tale tesi, sebbene ispirata dall'apprezzabile intento di concentrare davanti ad un unico plesso giurisdizionale le vicende relative al medesimo rapporto, non è apparsa, tuttavia, pienamente condivisibile.

Si tratta, invero, di un'impostazione che trova ostacolo nella considerazione che il principio della concentrazione delle tutele è un criterio rivolto al legislatore, che non consente all'interprete di modificare il criterio di riparto della giurisdizione definito dall'art. 103 della Costituzione, che individua nella legge e nel rispetto del limite della riconducibilità della materia all'esercizio del potere lo strumento in grado di realizzare i principi di effettività e concentrazione delle tutele innanzi al giudice amministrativo.

Bibliografia

ADAM, R. – TIZZANO, A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017.

ALLENA, M., *L'annullamento d'ufficio: dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018.

AMORTH, A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato,* in *Scritti Giuridici, I, Milano,* 1999.

ANDREOLI, M., *La cessione del contratto*, Milano, 1950.

ANELLI, C., *Pubblico e privato in materia di contratti dello Stato e degli enti pubblici*, in *Cons. St.*, II, 1966, 461 ss.

ANGIULI, A., *Consenso e autorità nell'evidenza pubblica, in Dir. amm.*, 1998, 2, 167.

ANGIULI, A., *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 4.

ANTONIAZZI, S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

ANTONIOLI, M., *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl. comm.*, 1999, 1371.

APERIO BELLA, F., *La motivazione del provvedimento (art. 3 l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in (a cura di) M.A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

ASCARELLI, T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali,* Milano, 1960.

BALDI PAPINI, U., *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi invalidi*, Firenze, 1956.

BARDUSCO, A. *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974.

BARETTONI ARLERI, A., *Lezioni di contabilità di Stato*, Roma, 1986.

BARTOLINI, A., *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto: il caso degli interest rate swaps*, in *Urb. e app.*, 2012, 2.

BARTOLINI, A. – FANTINI, S., *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*,2008, 1093.

BASSI, F., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000.

BECCARI, D., *La sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione: questione di giurisdizione e giudizio di ottemperanza*, in *Urb. e app.,* 2008, 5.

BENEDETTI, A., *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999.

BENEDETTI, A.M., *Recesso del consumatore*, in *Enc. Dir., Annali*, IV, Milano, 2011.

BENVENUTI, F., *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959.

BERGONZINI G., *Art. 21-octies della l. 241/1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm*., 2007, 2.

BETTI, E., *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.,* vol.IV, Milano, 1959.

BETTI, E. *Causa del negozio giuridico,* (voce) in *Novissimo dig. It.*, III, Torino, 1957

BIAGINI, A., *La l. 21 luglio 2000, n. 205: prime considerazioni sulla giurisdizione esclusiva in materia di appalti*, in *Contr. Stato e enti pubbl.*, 2001. 361.

BIANCA, C.M., *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano, 2000.

BIANCA, C.M., *Diritto civile*, vol. IV, *L'obbligazione*, Milano, 2000.

BIGLIAZZI GERI, L., *Profili sistematici dell'autonomia privata*, Milano, 1971.

BONONI, A., *Contratto amministrativo, Dig. It.,* vol.VIII, p.III, 1898-1900.

BRECCIA, U., *Causa*, in (a cura di) M. Bessone, *Trattato di diritto privato*, XIII, *Il contratto in generale*, III, Torino 1999, 55

BRECCIA, U., *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989.

BRUTI LIBERATI, E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico,* Milano, 1996.

BUSCEMA, A., *I contratti della p.a.*, in (a cura di) G. Santaniello, *Trattato di diritto amministrativo*, vol. VII, Padova, 1987.

CAIANIELLO, V., *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1980.

CALVO, *La svolta delle Sezioni Unite sulla sorte del contratto pubblico – il punto di vista civilistico*, in *Urb. app.*, 2010, 4

CAMMEO, C., *I contratti della Pubblica Amministrazione,* Firenze, 1937.

CANNADA BARTOLI, E., *Annullabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, II, 1958.

CANNIZZARO, E., *Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione Europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2008, 3.

CANTUCCI, M., *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione,* Padova, 1941.

CAPONIGRO, R., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2009, 2431.

CARANTA, R., *I contratti pubblici*, Torino, 2004.

CARANTA, R., *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?*, in *Giur. it.*, 1989, III.

CARBONE, A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012.

CARINGELLA, F., *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di appalti pubblici dopo la l. 2005/2000* (nota a Cons. St. sez IV, *29 novembre 2000, n.6325*), in *Urb.e app.*, 2001, 1.

CARPENTIERI, P., *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, I, 2004.

CARPENTIERI, P., *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2.

CARULLO, A., *Gli appalti pubblici dopo l'entrata in vigore della Direttiva n. 2007/66/CE: gli aspetti processuali che incidono direttamente sull'amministrazione aggiudicatrice*, in *Riv. trim. app.*, 2010, 287.

CARULLO, A., *La separazione (giudiziaria) tra aggiudicazione e contratto*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2011, 1.

CARUSI, D., *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, Napoli, 2004.

CASETTA, E., *Attività amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. I, Torino, 1987.

CATRICALA', A., *L'autotutela della stazione appaltante*, in *Riv. trim. app.,* 2001, 421.

CERULLI IRELLI, V., *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 11.

CHIEPPA, R. - GIOVAGNOLI, R., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017.

CHITI, M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999.

CHITI, M.P., *L'invalidità degli atti amministrativi per violazioni di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003, 689.

CHITI, M.P., *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 824.

CHITI, M.P., *Towards an EU regulation on administrative procedure?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2011, 1.

CIANFLONE, A. – GIOVANNINI, G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2008

CIANFLONE, A. – GIOVANNINI, G. – LOPILATO, V., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2018.

CINTIOLI, F., *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1.

CINTIOLI, F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti,* in *federalismi.it*, 2012.

CINTIOLI, F., *Le Sezioni Unite rivendicano a sé il contratto, ma non bloccano il giudizio di ottemperanza*, in *giustamm.it*, 2008, 1.

CIVITARESE MATTEUCCI, S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa,* Torino, 1997.

CLARICH, M., *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali,* in *Dir. proc. amm.*, 1985.

CODACCI PISANELLI, G., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939.

COGLIANI, S., *Alcune riflessioni in tema di appalto e compravendita di cosa futura*, in *Riv. trim. app.,* 1990.

CONTESSA, C. – CROCCO, D., *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee,* Roma, 2015.

CORAGGIO, G., *Annullamento degli atti amministrativi*, in *Enc. Giur.*, II, Padova 1989.

CORAGGIO, G., *Autotutela*, I, *Diritto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988.

CORAGGIO, G., *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Riv. proc. amm.*, 2003.

CORSO, G., *L'attività amministrativa*, Torino, 1999.

CORSO, G., *Autotutela (dir. amm.)*, in *Diz. Dir. pubbl. Cassese*, I, 2006.

CORSO, G., *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, 2015.

CORTESE, F., *Le operazioni con strumenti finanziari derivati e l'autotutela amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.,* 2012, 4.

COSTANTINO, F.S., *Adempimento di debito altrui, fallimento del "solvens" e revocatoria al vaglio delle sezioni unite (con chiose su "causa concreta" e vantaggi compensativi nelle operazioni di gruppo)*, in *Foro it.*, 2010.

COSTANTINO, F., *L'annullamento d'ufficio*, in (a cura di) A. Romano, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016.

D'ALBERTI, M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir.amm.*, 2008, 2.

D'AMICO, G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Giur. comm.*, 2010, II.

D'ANCONA, S., *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015.

D'ORSOGNA, M., *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in (a cura di) F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Torino, 2011.

DAGNINO, A., *Contributo allo studio dell'autotutela privata,* Milano, 1983.

DE NICTOLIS, R., *L'autotutela provvedimentale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, in *www.giustizia-amministrativa.it*

DE NICTOLIS R., *La Corte Costituzionale si pronuncia sul codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Urb. e app.*, 2008.

DE NICTOLIS R., *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d. lgsl. 56/2017*, Bologna, 2017.

DE NICTOLIS, R., *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*

DE NICTOLIS, R., *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*

DE PRETIS, D., *L'attività contrattuale della P.A. e l'art.1 della legge n.241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in (a cura di) F. Mastragostino, *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici,* Bologna, 2007.

DE SIANO, A. – RINALDI, F., *Brevi riflessioni sul contratto e giurisdizione in attesa del recepimento della "Direttiva ricorsi"*, in *giustamm.it*, 2009.

DELLI PRISCOLI, *Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica*, in *Danno e resp.*, 2008, 845.

DEODATO, C., *L'annullamento d'ufficio*, in (a cura di) M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003.

DI PACE R., *Partenariato pubblico e privato e contratti atipici,* Milano, 2006.

DOMENICHELLI V. – SINISI M., *21-quinquies*, in (a cura di) M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

DUGATO, M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti,* Milano, 1996.

FANTINI, S., *Gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Urb. e app.*, 2003, 7.

FANTINI, S., *La revoca di provvedimenti amministrativi incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2009,1.

FARES, G., *Annullamento dell'aggiudicazione e ripercussioni sul contratto: qualche riflessione alla luce dei più recenti indirizzi interepretativi*, in *Foro amm.-TA*R, 2004.

FAUCCI, R., *Finanza, amministrazione e pensiero economico. Il caso della contabilità di Stato da Cavour al Fascismo*, Torino, 1975.

FERRANDO, G., *Motivi* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani, XX,* Roma, 1991.

FERRARI, G., *L'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico e la sorte del contratto già stipulato nella disciplina dettata dal nuovo c.p.a.*, in *Giur. mer.*, 2011, 919.

FERRI, G., *Manuale di diritto commerciale,* a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, Torino, 2010.

FERRI, G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

FOLLIERI, E., *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, in (a cura di) F. Saitta, *Il contenzioso sui contratti pubblici un anno dopo il recepimento della direttiva ricorsi – Atti del convegno di Catanzaro, 29-30 aprile 2011*, Milano, 2012.

FONDERICO, G., *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 3.

FRANCARIO, F., *Autotutela amministrativa e principio di legalità (note a margine dell'art.6 della l. 7 agosto 2015, n.124)*, in *federalismi.it*, 2015, 20.

FRANCHINI, C., *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e privato*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, in (a cura di) C. Franchini, *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, VIII,1, Torino, 2007.

FRANCHINI, C., *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, in (a cura di) C. Franchini, F. Tedeschini, *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale,* Torino, 2009.

FRANCHINI, C., *La disciplina dell'alta velocità tra esigenze di garanzia e incertezze normative,* in *Dir. amm.,* 1997.

GABRIELLI, E., *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, Torino, 2012.

GABRIELLI, G. – PADOVINI, F., *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.* XXXIX, Milano, 1988.

GAFFURI, F., *Brevi note sull'applicabilità dell'art. 21-octies della legge 241/1990 ai provvedimenti di autotutela amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2014, 8-9.

GALETTA, D.U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea: Paradise lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale finalizzata,* Torino, 2009.

GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale,* vol. I, Padova, 1999.

GALGANO, F. *Trattato di diritto civile*, vol. II, Milano, 2014

GALLO, C.E., *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle nuove direttive del 2014*, Torino, 2014.

GALLO, C.E., *Contratto e annullamento dell'aggiudicazione: la scelta dell'adunanza plenaria*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2008, 11.

GALLO, P., *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv. civ.*, VII, Torino, 1991.

GALLONE, G., *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, Bari, 2016.

GALLONE, G., *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico. Nuove prospettive alla luce del codice dei contratti pubblici e del correttivo del 2017*, Roma, 2018.

GAMBINO, A., *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I.

GAROFALO, L., *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Dir. proc. amm.*, 2008.

GAROFALO, L., *Sulla figura legislativa della caducazione del contratto,* in *Urb. e app.*, 2008, 9.

GAROFOLI, R., *La giurisdizione*, in (a cura di) M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, vol. VI, Milano, 2008.

GAZZONI, F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015.

GENTILI, A., *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza. Nota a Corte di Cassazione n.3074 del 9 maggio 1981*, in *Giur. it.*, 1983, 11.

GHETTI, G., *Autotutela della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, 1987.

GHIDINI-AREZZO, G., *La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza*, in *Giur. comm.*, 2012, 4.

GIAMPAOLINO, A.M, *La risoluzione del contratto*, in (a cura di R. De Nictolis, R. Garofoli, M.A. Sandulli) *Trattato sui contratti pubblici*, vol. VI, Milano, 2008.

GIANNINI, M.S., *Attività amministrativa,* in *Enc. Dir.,* vol. XII, Milano, 1964.

GIANNINI, M.S., *Diritto Amministrativo,* Milano, 1993.

GIAVAZZI, M., *L'effetto invalidante del vizio del procedimento di evidenza pubblica sull'attività privata della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2005.

GIOVAGNOLI R., *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'Agcm nell'art. 21-bis legge n. 287/1990,* Relazione al Convegno tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano il 27 settembre 2012.

GIOVAGNOLI R., *Autotutela e risparmio di spesa nella finanziaria 2005*, in *Urb. e app.*, 2005, 4.

GIOVAGNOLI R., *Il contratto*, Torino, 2019.

GIOVAGNOLI R., *I criteri per la quantificazione dell'indennizzo in caso di revoca del provvedimento: le novità del decreto Bersani*, in *Urb. e app.*, 2007,4.

GIOVAGNOLI R., *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in *Giustamm.it*, 2004, 908.

GIOVAGNOLI R., *Obbligo di gara anche per i contratti gratuiti*, in *Urb. e app.*, 2007, 6.

GIOVAGNOLI R., *Tutela in forma specifica e tutela per l'equivalente dell'interesse dell'aggiudicazione*, in *Urb. e app.*, 2011, 3, 398

GIUFFRE' G.A., *Il subappalto dei contratti pubblici tra autonomia imprenditoriale e limiti di interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl, comm.*, 2018, 1.

GOISIS, F., *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva al contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011.

GRECO, G., *L'accertamento autonomo del rapporto*, Milano, 1980.

GRECO, G., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. ammi.*, 2002, 3.

GRECO, G., *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in materia di appalti di lavori pubblici*, in (a cura di) G. Greco, *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990.

GRECO, G., *Argomenti di diritto amministrativo,* Milano, 2019.

GRECO, G., *Le concessioni di lavori e servizi (dalla Direttiva 2014/23/UE alla parte terza del d.lgsl. n.50/2016*), in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2018, 3.

GRECO, G., *I contratti della pubblica Amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica,* Milano, 1986.

GRECO, G., *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv.it. dir. pubbl. comm.*, 2008, 1029.

GRECO, G., *Diritto pubblico e privato nell'azione amministrativa,* in (a cura di) G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo,* Milano, 2008.

GRECO, G., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgsl. n.53/2010,* in *Riv. it. dir. pubbl. comm.,* 2010, 3.

GRECO, G., *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 2.

GRECO, G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. I, Milano, 1997.

HUBER, P.M., *Gli appalti pubblici tra meccanismo per la provvista di mezzi e strumento di direzione economica e intervento sociale*, in (a cura di) E. Ferrari, *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, 2003.

IANNOTTA, L., *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato,* in *Dir amm.,* 2006.

IMMORDINO, M., *Il potere amministrativo di revoca*, in *federalismi.it*, 2017.

IMMORDINO, M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Napoli, 1999.

IMMORDINO, M. – CAVALLARO, M.C., *I contratti della pubblica amministrazione*, in (a cura di) F.G. Scoca, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2014.

INTERLANDI, M., *La revoca: prime riflessioni sulle novità della legge 15/2005*, in (a cura di) G. Clemente di San Luca, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005.

LAMBERTI, C., *La svolta delle Sezioni Unite sulla sorte del contratto pubblico – il punto di vista amministrativistico*, in *Urb. app.*, 2010, 4.

LAMORGESE, A. *La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto di appalto con la pubblica Amministrazione*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 4.

LEDDA, F., *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Scritti giuridici*, 1999.

LEDDA, F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002.

LIGUORI, F., *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico a proposito del comma 1-bis,* in (a cura di) F. Liguori, *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005,* Bologna, 2007.

LIGUORI, F., *La funzione amministrativa,* Napoli, 2009.

LIPARI, M., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *federalismi.it*, 2008, 9.

LIPARI, M., *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità e inefficacia: la reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. e form.*, 2003.

LIPARI M., *L'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, in (a cura di) R. Chieppa e V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007.

LIPARI M., *Legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, in *www.lamministrativista.it.*

LIPARI M., *Il recepimento della direttiva ricorsi: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in *federalismi.it*, 2010, 7.

LIPARI M., *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'Anac*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

LIPARI M., *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgsl. 50/2016)*, in *federalismi.it*, 2016, 5.

LOMBARDI, O., *Certezza del diritto e primato del diritto comunitario in presenza di giudicato esterno in materia tributaria*, in *Riv. dir. trib.,* 2009, 12.

LOPILATO, V., *Categorie contrattuali, contratti pubblici e nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n.53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 4.

LOPILATO, V., *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm.-TAR*, 2006.

LUCCHINI GUASTALLA, E., *Caparra confirmatoria, recesso e risoluzione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 333.

MACARIO, F., *Eccessiva onerosità, riconduzione a equità e poteri del giudice. Nota a Corte di Cassazione n.3347 del 18-07-1989*, in *Foro it., 1990, I.*

MANDRIOLI, C. – CARRATTA, A., *Diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2017.

MANGANARO, F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

MASERA, S., *Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e caducazione del contratto*, in *Urb. app.*, 2007, 11.

MASTRAGOSTINO, F., *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove Direttive europee e del d.l. 90 del 2014*, Torino, 2014.

MASTRAGOSTINO, F., *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007.

MARZUOLI, C., *Principio di legalità e attività di diritto privato nella pubblica amministrazione,* Milano, 1982.

MASSARI, G., *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2014, 643.

MATTARELLA, B.G., *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, in *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa, Atti del III Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 20-22 settembre 2007*, Milano, 2008.

MENGONI, L., *Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1948.

MERUSI, F., *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro Amm.-T.A.R.,* 2004, 2, 569

MERUSI, F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001.

MESSINEO, F., *Collegamento negoziale* (voce) in *Enc. Dir.*, vol.X Milano, 1997.

MIELE, E., *In tema di annullamento d'ufficio negli atti amministrativi*, in *Giurisprudenza completa della Corte suprema di cassazione – Sezioni civili*, XXVI, 1947.

MONTEDORO, G., *I rapporti tra evidenza pubblica e contratto di appalto,* in *Urb. app.*, 2003, 6.

MONTEDORO, G., *Il regime processuale dell'atto nazionale anticomunitario. I poteri del giudice nel contenzioso implicante l'applicazione del diritto dell'UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*2011, 6.

MOSCARINI, L.V., *Profili civilistici nel contratto pubblico*, Milano, 1988.

MOSCATI, E., *Indebito (pagamento e ripetizione dell')*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Roma, 1981.

MUSOLINO, G., *La risoluzione del contratto nell'appalto pubblico*, in *Riv. Trim. App.*, 2008, 1, 18.

NAPOLITANO, G., *L'attività amministrativa e il diritto privato,* in *Giorn. dir. amm.,* 2005, 5.

NARDI, S., *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 531.

OPPO, G., *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994.

ORRU', S., *L'inefficacia del contratto ad evidenza pubblica*, in (a cura di) C. Cicero, *Contratto pubblico e principi di diritto privato*, Torino, 2011.

PALMA, A., *La (in) compatibilità della domanda giudiziale di ritenzione della caparra (o di richiesta del suo doppio) con vari modi di risoluzione del contratto, diversi dal recesso ex art. 1385, comma 2, c.c.*, in *Corriere giur.*, 2009, 333.

PAOLANTONIO, N., *Principi generali dell'attività amministrativa, art.1 comma 1-bis*, in (a cura di) N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione,* Torino, 2005.

PERICU, G. – GOLA, M., *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in (a cura di) L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005.

PERROTTI, P., *Compravendita e mutuo di scopo: un'ipotesi di collegamento negoziale*, in *Contr.*, 2001.

PICOZZA, E., *I sistemi di esecuzione dei lavori pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, X, *I lavori pubblici*, Padova 1990.

POLICE, A., *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato,* in (a cura di) G. Clemente di San Luca, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento,* Torino, 2005.

PORTALURI, P.L., *Note sull'autotutela dopo la legge 164/14 (qualche passo verso la doverosità?)*, in (a cura di) M.A. Sandulli, *Gli effetti del decreto-legge Sblocca Italia convertito nella legge 164/2014 sulla legge 241/1990 e sul Testo Unico dell'Edilizia*, in *Riv. giur. edil.*, supplemento al fasc. n.6/2015.

PORTALURI, P.L, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (Profili interni e comunitari)*, in *federalismi.it*, 2016, 20

RAGANELLI, B., *Effettività della tutela ed efficacia delle procedure di ricorso in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4.

RAMAJOLI, M., *L'Adunanza plenaria risolve il problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione in presenza di contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 4.

RANELLETTI, O., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894.

RESCIGNO, P., *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. digit. it, XV,* Torino, 1968.

RINALDO, M., *La caducazione del contratto ad evidenza pubblica*, in (a cura di) C. Cicero, *Contratto pubblico e principi di diritto privato*, Padova, 2011.

ROLFI, F., *La causa come "funzione economico-sociale": tramonto di un idolum tribus?*, in *Corr. giur.*, 2006, 1718.

ROLFI, F., *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Corr. giur.*, 2008, 7, 921.

ROMANO, S., *Annullamento degli atti amministrativi* (voce aggiornata da G. Miele), in *Nov. Dig. It.,* I, Torino, 1977.

ROMOLI, F., *L'autotutela sull'evidenza pubblica e il contratto. Spunti problematici e prospettive*, in *Dir. amm.*, 2008, 3.

ROPPO, V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano 2011.

ROPPO, V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo non reticente né compiacente con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 4, 10957.

ROPPO, V., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010.

SAITTA, F., *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione; prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, Relazione all'incontro di studi sul Sistema delle tutele in materia di aggiudicazione di appalti dopo il decreto 53/2010 di recepimento della direttiva ricorsi, Roma, 28 aprile 2010.

SANDULLI, A.M., *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1965, 1.

SANDULLI, A.M., *Manuale di diritto amministrativo,* vol. I, XIV ed., Napoli, 1984.

SANDULLI, M.A., *Autotutela*, in *Lib. Dir. Treccani*, Milano, 2016.

SANDULLI, M.A., *Decadenza, II) Diritto amministrativo,* in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988.

SANDULLI, M.A., *Gli effetti della l. 7 agosto 2015, n.124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it,* 2015, 20.

SANDULLI, M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287/1990*, in *federalismi.it,* 2012, 12.

SANDULLI, M.A., *La legittimazione dell'AGCM a ricorrere avverso i provvedimenti della p.a. ex art. 21-bis, l. 287/1990 e la violazione delle norme sugli aiuti di Stato*, in (a cura di) L.F. Pace, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza,* Napoli, 2013.

SANDULLI, M.A., *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale nel settore dei contratti pubblici,* in *www.giustizia-amministrativa.it*

SANDULLI, M.A., *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *federalismi.it*, 2015, 14.

SANDULLI, M.A., *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle Autorità indipendenti*, in *federalismi.it*, 2012, 12

SANDULLI, M.A., *Il TAR Lombardia bypassa il problema della giurisdizione e decide incidenter tantum sulle sorti del contratto (a margine della sentenza sez. I, 8 maggio 2008, n.1380)*, in *federalismi.it,* 2008, 10

SANDULLI, M.A. – SINISI, M., *Risoluzione del contratto e autotutela pubblicistica*, in (a cura di) M.A. Sandulli - R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019.

SANDULLI, M.A., *Rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *www.lamministrativista.it*

SANINO, M., *Procedimento amministrativo e attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Torino, 2003.

SANTI ROMANO, *Annullamento nel diritto amministrativo*, in *Nuovo dig. It.*, I, 1937.

SANTORO, E., *Una pietra miliare nel cammino verso l'effettività della tutela: le Sezioni Unite affermano la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, anticipando il recepimento della direttiva 2007/66/CE* (nota a Cass. sez un. 10 febbraio 2010, n.2906), in *Riv. giur. edil.*, 2010, 2.

SANTORO PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile,* Napoli, 1997.

SATTA, F., *L'annullamento dell'aggiudicazione e i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003.

SATURNO, A., *L'autotutela privata*, Napoli, 1995.

SCOCA, F.G., *Diritto amministrativo*, Torino, 2011.

SCOCA, F.G., *Risoluzione del rapporto*, in (a cura di) A. Marzano, *Appalto di opere pubbliche*, Roma, 1987.

SCOCA, F.G. – POLICE, A., *La risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 7.

SCOCA, S.S., *La Cassazione mette le mani sugli appalti pubblici*, in *giustamm.it*, 2008, 2.

SCOCA, S.S., *Evidenza pubblica e contratto. Profili sostanziali e processuali,* Milano, 2008.

SCOGNAMIGLIO, A., *Autotutela pubblicistica e contratti in corso*, in *Dir amm.*, 2013, 1-2.

SCOGNAMIGLIO, A., *Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983.

SCOGNAMIGLIO, C., *Problemi della causa e del tipo*, in (a cura di) V. Roppo, *Trattato del contratto*, II, *Il Regolamento*, Milano, 2006.

SEPE, O., *Contratti della Pubblica amministrazione* (voce), in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961.

SINISI, M., *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti. Riflessione a margine della legge 7 agosto 2015, n.124*, in *federalismi.it*, 2015.

SINISI, M., *Il potere di autotutela caducatoria (artt. 21-quinquies e 21-nonies l. n. 241/1990 s.m.i.*, in (a cura di) M.A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

SINISI, M., *Il "potere" di revoca*, in *Dir. Amm.*, 2007,3.

SINISI, M. *Il potere di revoca nell'ambito delle gare per l'affidamento di contratti pubblici alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, *in Foro Amm.-TAR*, 2011, 230.

SPASIANO, M., *Funzione amministrativa e legalità di risultato,* Torino, 2003.

SPASIANO, M. *Il principio di buon andamento,* in (a cura di) M.A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa,* Milano, 2017.

STELLA RICHTER, P., *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in *Dizionario Amministrativo*, I, Milano, 1983.

STICCHI DAMIANI, E., *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 240.

STICCHI DAMIANI, E., *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro Amm.-TAR*, 2006, 3719.

STICCHI DAMIANI, E., *La revoca dopo la l. n.15 del 2005*, in *Foro Amm.-TAR*, 2006, 4.

TARULLO, S., *La giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione: la soluzione delle Sezioni Unite non persuade*, in *giustamm.it*, 2008, 1.

TERRANOVA, C.G., *L'eccessiva onerosità dei contratti*, in *Commentario al codice Schlesinger*, Milano, 1995.

TIBERI, M. *La ricerca del fondamento dell'inefficacia dei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.-TAR*, 2010, 11.

TRAVI, A., *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?,* in (a cura di) M.A. Sandulli, *Riforma della legge n. 241/1990 e processo amministrativo,* in *Quaderni* del *Foro amministrativo-TAR,* Milano, 2006, 17.

TRAVI, A., *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria: la disciplina del c.p.a. e i nuovi interrogativi*, in *Urb. e app.*, 2012, 11.

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019

TRIMARCHI, M., *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018.

TRIMARCHI BANFI, F., *L'art.1, comma 1-bis della l. n.241 del 1990,* in *Foro Amm.-CdS,* 2005.

TRIMARCHI BANFI, F., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica,* in *Dir. amm.,* 2004.

TRIMARCHI BANFI, F., *I rapporti contrattuali della pubblica Amministrazione,* in *Dir. pubbl.*, 1998, 1.

TUCCILLO, S., *Autotutela: potere doveroso?*, in *federalismi.it*, 2016, 16.

UBERTAZZI, L.C., *Appalti pubblici, concorrenza e consumatori*, in *Dir. ind.*, 2003, 1.

VALAGUZZA, S., *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4.

VELTRI, G., *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche,* in *www.giustizia-amministrativa.it*

VETTORI, G., *Contratto e rimedi*, Padova, 2008.

VILLATA, R., *L'atto amministrativo*, in (a cura di) L. Mazzarolli – G. Pericu – A. Romano – F.A. Roversi Monaco – F.G. Scoca, *Diritto amministrativo* vol. I, Bologna, 2015.

VINTI, S. *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche,* Padova, 2008.

VIRGA, P., *Teoria generale del contratto di diritto pubblico,* in *Enc. Dir.,* vol. IX, 1961.

VITALE, G. *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione Europea. L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di comunitarizzazione,* Firenze, 2010.

VITTORIA, P., *Commento agli artt. 110 e 111 c.p.a.*, in (a cura di) A. Quaranta – V. Lopilato, *Il processo amministrativo – commentario al d.lgs. n., 104/2010*, Milano, 2011.

ZANOBINI, G., *Corso di diritto amministrativo,* VIII ed., Milano, 1958.