

Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 20 giugno 2014, n. 14,  
in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Francesco Armenante\*

SOMMARIO: 1. Premesse – 2. La ricostruzione ermeneutica operata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 14/2014 – 3. L'articolazione dell'attività negoziale della pubblica amministrazione – 4. Il procedimento di gara ed il limite temporale dell'autotutela – 5. Il quadro normativo delle disposizioni in tema di autotutela nell'attività contrattuale della P.A.: le norme di carattere "generale" – 6. (segue) le norme di carattere "speciale" – 7. Il potere di riesame degli atti di gara e le ipotesi non tracciate dalla Plenaria.

## 1. - Premesse

Le considerazioni che seguono prendono spunto da un recente ed autorevole intervento giustiziale<sup>1</sup> relativo all'esercizio del potere di riesame da parte di una pubblica amministrazione nell'ambito dell'attività contrattuale.

La fattispecie sottoposta al vaglio del Giudicante concerneva l'esercizio del potere di revoca durante la fase di esecuzione e gestione del contratto, ovvero definire in quale disciplina sussumere un eventuale atto di autotutela adottato in costanza di rapporto negoziale, anche per delimitarne presupposti e condizioni.

Nel richiamare l'indirizzo ermeneutico<sup>2</sup> reso nella citata decisione, si cercherà di definire, anche in un'ottica sistematica, la portata del potere in esame, con particolare riguardo alle procedure ad evidenza pubblica ed ai singoli atti in cui le stesse si articolano; tanto anche in ragione del fatto che, oltre alle ipotesi delineate dalla Plenaria, potrebbero configurarsi altre fattispecie ivi non espressamente divise.

## 2. - La ricostruzione ermeneutica operata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 14/2014

La questione sottoposta al vaglio dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato concerneva l'ammissibilità della revoca della gara o anche del solo atto di affidamento, in costanza di contratto. Sul punto, la posizione prevalente del Consiglio di Stato (prima della Plenaria) militava a favore dell'ammissibilità del potere di revoca degli atti del procedimento ad evidenza pubblica anche dopo la stipula del contratto, con il conseguente diritto del privato al solo indennizzo<sup>3</sup>.

Diversamente, la Corte di Cassazione<sup>4</sup> affermava che tutte le vicende successive alla stipulazione del contratto davano luogo a questioni relative alla sua validità ed efficacia, anche se dovute all'esercizio di poteri pubblicistici in autotutela. Tanto sul presupposto che con la stipula del contratto si costituisce tra le parti (pubblica e privata) un rapporto giuridico paritetico, intercorrente tra situazioni soggettive da qualificare in termini di diritti soggettivi e di obblighi giuridici; per l'effetto, sempre secondo la Suprema Corte, il riscontro di sopravvenuti motivi di inopportunità della realizzazione dell'opera va ricondotto all'esercizio del potere contrattuale di recesso, previsto

---

\* Ricercatore di diritto amministrativo e docente di Scienza dell'Amministrazione presso l'Università degli Studi di Salerno

<sup>1</sup> Ci si riferisce alla decisione n. 14 dell'Adunanza plenaria del Cons. Stato, resa in data 20 giugno 2014.

<sup>2</sup> L'Adunanza plenaria ha affermato il seguente principio di diritto: "Nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006".

<sup>3</sup> Ciò emerge, in particolare, dalle sentenze della Sez. VI, n. 1554 del 2010 e n. 5993 del 2012 e della Sez. IV, n. 156 del 2013 (nella quale si richiama anche il comma 136, dell'art. 1, della legge n. 311 del 2004 ed il comma 9, dell'art. 11, del codice dei contratti pubblici, che consente l'intervento in autotutela sugli atti di gara anche dopo l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva).

<sup>4</sup> SS. UU., n. 10160 del 2003 e n. 29425 del 2008.

dalla normativa sugli appalti pubblici, con la conseguenza che l'atto di revoca dell'aggiudicazione risulta lesivo del diritto soggettivo del privato in quanto incidente sul sinallagma funzionale.

Alla luce di tali divergenti indirizzi ermeneutici, si è prospettata l'esigenza di riconsiderare l'orientamento prevalente nella giurisprudenza amministrativa, al fine di sancire se, intervenuta la stipulazione del contratto di appalto, l'Amministrazione possa esercitare il potere di revoca o debba agire attraverso il recesso.

Secondo la Sezione remittente<sup>5</sup>, l'intervenuta sottoscrizione del contratto di appalto porterebbe ad escludere che questo possa essere ritirato in via unilaterale, tanto meno mediante il riesame dell'aggiudicazione in autotutela, essendo il consenso della P.A. confluito con quello della parte privata nell'accordo di cui all'art. 1325, n. 1), c.c., rendendo possibile soltanto il mutuo dissenso di cui all'art. 1372 c.c.. Sarebbe peraltro ingiustificato (si aggiunge) che l'Amministrazione possa, attraverso i propri poteri di autotutela decisoria, ottenere un risultato superiore a quello ottenibile dal contraente privato in sede giurisdizionale<sup>6</sup>.

Sempre secondo il citato "giudice *a quo*", il divieto di revoca (dopo la stipula del contratto) si fonda sulla fondamentale ragione dell'affidamento del privato negli impegni reciproci consacrati nell'accordo, sulla cui base egli ha maturato aspettative di profitto ed ha assunto impegni organizzativi che l'art. 21 *quinquies* della l. n. 241/90 non impone di considerare ed il cui ristoro è ivi previsto soltanto con l'indennizzo; diversamente, ad esito del recesso consentito per i contratti di diritto privato, l'Amministrazione è obbligata ad una più adeguata compensazione del pregiudizio sofferto dalla controparte.

Nel condividere tali considerazioni, l'Adunanza plenaria ha ritenuto che, intervenuta la stipulazione del contratto di appalto, l'amministrazione non possa esercitare il potere di revoca, dovendo operare con l'esercizio del diritto di recesso.

Preliminarmente si richiama la scissione tra aggiudicazione e stipulazione del contratto, rilevante sia sul piano funzionale (poiché, con la prima, si conclude la fase pubblicistica del perseguimento dell'interesse pubblico alla selezione della migliore offerta, mentre la seconda si colloca nel diverso quadro del rapporto paritetico tra i contraenti, con predominanza del diritto privato), sia sul piano strutturale, poiché, ai sensi dell'art. 11 del codice dei contratti, "l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta" (comma 7), essendo previsto un termine di sospensione prima di stipulare il contratto, entro il quale l'amministrazione può agire in autotutela (comma 9).

Al contempo, la Plenaria sottolinea che nel codice dei contratti pubblici sono previste norme con tratti di specialità riguardo alla fase dell'esecuzione del contratto per la realizzazione di lavori pubblici<sup>7</sup>.

In questo contesto la specialità della disciplina del recesso emerge non soltanto perché, a fronte della generale previsione civilistica (art. 1373 c.c.), il legislatore ne ha ritenuto necessaria una specificazione anche nella legge sul procedimento (art. 21 *sexies*, cit.), ma in particolare perché l'art. 134, nel concretare il caso applicativo di tale previsione, lo regola in modo diverso rispetto all'art. 1671 c.c., prevedendo il preavviso all'appaltatore e la forfezzazione del lucro cessante nel dieci per cento delle opere non eseguite e la commisurazione del danno emergente, fermo il pagamento dei lavori eseguiti, al "valore dei materiali utili esistenti in cantiere"; diversamente, ai

---

<sup>5</sup> Cons. Stato, sez. V, la quale, con la sentenza non definitiva n. 5786 del 2013, ha rimesso la questione all'esame dell'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, del c.p.a..

<sup>6</sup> Ai sensi della normativa sull'inefficacia del contratto per l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, di cui agli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo.

<sup>7</sup> Si indicano, ad esempio, le norme collocate nella Parte II, Titolo III del codice (recante "Disposizioni ulteriori per i contratti relativi ai lavori pubblici"), relative alla disciplina del recesso dal contratto e della sua risoluzione, ai sensi, rispettivamente, degli artt. 134 - 136 del codice (collocate nel Capo II del Titolo III e perciò riferite agli appalti di lavori pubblici *ex art.* 126 del codice), della risoluzione per inadempimento e, specificamente, della revoca delle concessioni di lavori pubblici in finanza di progetto, ai sensi dell'art. 158 del medesimo codice, ovvero della sospensione dei lavori ai sensi dell'art. 158 e ss. del Regolamento di attuazione ed esecuzione del medesimo codice dei contratti (*id est*: d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207).

sensi dell'art. 1671 del c.c., il lucro cessante è dovuto per intero ("il mancato guadagno") e per il danno emergente vanno rimborsate tutte le spese sostenute.

Su tali premesse la Plenaria ha affermato che la posizione dell'amministrazione nella fase negoziale aperta con la stipulazione del contratto è definita dall'insieme delle norme comuni (civilistiche) e di quelle speciali, individuate dal codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di quest'ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato, fermo restando che le posizioni di specialità restano limitate alle singole norme che le prevedono.

Ne consegue che deve ritenersi insussistente, in tale fase, il potere di revoca, che presuppone la diversa valutazione dell'interesse pubblico a causa di sopravvenienze (quindi il medesimo presupposto del recesso, in quanto potere contrattuale basato su sopravvenuti motivi di opportunità)<sup>8</sup>; va da sé che la specialità della previsione del recesso di cui al citato art. 134 del codice preclude l'esercizio della revoca<sup>9</sup>.

In caso contrario, la norma sul recesso sarebbe sostanzialmente inutile, priva di portata pratica, dal momento che l'amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno costosa revoca ovvero decidere di esercitare il diritto di recesso secondo il proprio esclusivo giudizio, conservando nel rapporto una posizione comunque privilegiata.

Tali condivisibili argomentazioni vengono, tuttavia, limitate sul piano oggettivo, ovvero in relazione alla loro concreta applicazione.

Evidenzia la Plenaria che quanto affermato vale in riferimento alla possibilità della revoca dopo la stipulazione di un contratto relativo a lavori pubblici, oggetto del quesito alla stessa sottoposto.

Resterebbe 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, ai sensi dell'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004<sup>10</sup>, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione e la stipulazione dello stesso<sup>11</sup>.

Tuttavia, tale specificazione rischia di alimentare ulteriori incertezze interpretative, con particolare riguardo alle ipotesi di autotutela che, seppur temporalmente intervenute in costanza di rapporto contrattuale, sono finalizzate a rimuovere gli atti prodromici della gara (o della procedura di selezione del contraente) all'uopo espletata.

Per tale ragione, risultano opportune alcune precisazioni sistematiche oltre che un ulteriore approfondimento delle tematiche divise dalla Plenaria.

### **3. - L'articolazione dell'attività negoziale della pubblica amministrazione**

Per una esaustiva (seppur sintetica) ricostruzione della problematica in argomento, è necessario ribadire l'articolazione strutturale dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

---

<sup>8</sup> Precisa il Giudicante che, se nell'ambito della normativa che regola l'attività dell'Amministrazione nella fase del rapporto negoziale di esecuzione del contratto di lavori pubblici è stata prevista 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 effetti analoghi sul piano giuridico (la cessazione *ex nunc* del rapporto negoziale); tanto anche in ragione del fatto che, quando il legislatore ha ritenuto di consentire la revoca "per motivi di pubblico interesse" a contratto stipulato, lo ha fatto espressamente, in riferimento alla concessione in finanza di progetto per la realizzazione di lavori pubblici (o la gestione di servizi pubblici ai sensi dell'art. 158 del codice).

<sup>9</sup> Orientamento successivamente ribadito da Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2014 n. 4025.

<sup>10</sup> Ai sensi dell'art. 1, comma 136, della legge 30 dicembre 2004, n. 311: "Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante".

<sup>11</sup> Cass., SS. UU., 8 agosto 2012, n. 14260; Cons. Stato: sez III, 23 maggio 2013, n. 2802; sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032; 4 gennaio 2011, n. 11 e 9 aprile 2010, n. 1998.

Come già accennato, tale attività è bifasica; alla fase pubblicistica (che attiene alla selezione del miglior contraente) segue quella privatistica, relativa alla gestione del rapporto contrattuale<sup>12</sup>.

Tale struttura è richiamata nello stesso codice dei contratti (d. lgs. n. 163/2006), all'art. 2, laddove si rinvia alla legge sul procedimento per la prima delle suddette fasi e al codice civile per quella, a valle, privatistica.

Gli stessi atti di avvio della procedura di gara rispondono a tale diversa finalità.

Il bando (così come il disciplinare e la lettera di invito) regola la fase pubblicistica di svolgimento della gara, indicando l'oggetto della prestazione richiesta, i potenziali concorrenti (ovvero i requisiti di partecipazione), le modalità di partecipazione (e di presentazione delle offerte), le modalità di celebrazione della gara, gli adempimenti in capo all'aggiudicatario.

Il capitolato d'appalto, invece, costituisce un contratto "in embrione"<sup>13</sup>, riportando (secondo il tradizionale schema negoziale) i vincoli sinallagmatici (le obbligazioni in capo alle parti contraenti). Anche la giurisprudenza ha rimarcato che la fase procedimentale che si conclude con l'aggiudicazione ha carattere pubblicistico, in quanto retta da poteri amministrativi attribuiti alla stazione appaltante per la scelta del miglior contraente nella tutela della concorrenza; mentre, quella che ha inizio con la stipulazione del contratto e prosegue con l'attuazione del rapporto negoziale, ha carattere privatistico ed è quindi retta dalle norme civilistiche<sup>14</sup>.

Nella fase privatistica l'amministrazione si pone con la controparte in posizione di parità che però è "tendenziale", in presenza di disposizioni per le quali, pur nel contesto di un rapporto paritetico, sono apprestate per l'amministrazione norme speciali, derogatorie del diritto comune, definite di autotutela privatistica<sup>15</sup>; ciò, evidentemente, perché l'attività dell'amministrazione, pur se esercitata secondo moduli privatistici, è sempre volta al fine primario dell'interesse pubblico, con la conseguente previsione, su tale presupposto, di regole specifiche e distinte.

In particolare, se nella vicenda pubblicistica l'amministrazione assume le vesti di "stazione appaltante" ed opera mediante atti e provvedimenti di matrice pubblicistica, una volta sorto il vincolo negoziale si è in presenza di "parti contraenti", il cui vincolo sinallagmatico si articola in atti di matrice privatistica.

Con la conseguenza che, nella prima fase, l'amministrazione deve conformarsi alle regole procedimentali che sottendono l'esercizio dei poteri pubblicistici, con l'osservanza (tra l'altro) dell'obbligo di motivazione nelle determinazioni adottate e con il rispetto delle garanzie partecipative in caso di esercizio del potere di riesame.

Nella distinta fase privatistica gli istituti applicabili (salvo diversa disciplina recata dal codice dei contratti o dal Regolamento di attuazione) albergano nel codice di diritto comune.

Alla stregua di tale strutturazione è stato ritenuto illegittimo il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione di una gara di appalto<sup>16</sup>, motivato non già con riferimento ad elementi preesistenti alla procedura di gara o sopravvenuti nelle more della stipula del contratto riguardanti la ditta aggiudicataria<sup>17</sup>, quanto piuttosto ad un giudizio prognostico e meramente ipotetico, di incapacità dell'aggiudicatario di espletare il servizio aggiudicato a causa delle irregolarità ed

<sup>12</sup> La tematica è stata, da sempre, oggetto di ampi approfondimenti dottrinari. Tra le numerosi pubblicazioni in materia, si segnalano: Bortolotti D., (voce) *Contratti della amministrazione pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, IV, pp. 36 ss.; Virga P., *I contratti della pubblica amministrazione*, Palermo, 1971; Giannini M.S., *Le obbligazioni pubbliche*, Milano, 1964; Greco R., *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato (i contratti ad evidenza pubblica)*, Milano, 1988; De Nictolis R., *Manuale degli appalti pubblici*, Roma, 2008; Sanino M., *Commento al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2008.

<sup>13</sup> L'art. 137 del d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, recante il Regolamento di esecuzione e attuazione del codice dei contratti pubblici, considera il capitolato parte integrante del contratto.

<sup>14</sup> Cfr. Corte cost., n. 53 e n. 43 del 2011; Cass., SS. UU. Civ., n. 391 del 2011; Cons. Stato, Sez. III, n. 450 del 2009.

<sup>15</sup> Cfr., anche, Cons. Stato, Ad. Plen., n. 6 del 2014.

<sup>16</sup> Nella specie si trattava di un appalto per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico.

<sup>17</sup> Quali, per esempio, l'obiettiva carenza o l'inidoneità dei mezzi indicati per l'espletamento della gara, ovvero la mancanza delle autorizzazioni all'esercizio del trasporto di studenti, ovvero la sopravvenuta incapacità finanziaria.

inadempienze nel periodo di prova. Le eventuali inadempienze od irregolarità nel periodo di prova, infatti, appartengono alla fase di esecuzione del rapporto, così che esse possono dar luogo alla risoluzione contrattuale e non già all'esercizio di poteri pubblicistici di revoca dell'aggiudicazione<sup>18</sup>.

La distinzione rileva anche sul piano processuale.

La giustiziabilità degli atti della fase pubblicistica è rimessa alla cognizione del Giudice amministrativo; una volta sorto il vincolo negoziale, invece, le controversie sono devolute alla giurisdizione ordinaria.

I riflessi di tale dicotomica ripartizione si rinvergono, altresì, sul piano procedimentale.

Basti evidenziare che il concorrente può azionare i meccanismi di giustiziabilità dell'inerzia provvedimentale e, quindi, ricorrere al Giudice amministrativo per ottenere la definizione (*recte*: la conclusione) di una procedura avviata e poi sospesa *sine die*.

Diversamente, tale rito speciale (disciplinato dall'art. 117 del d. lgs. n. 104/2010<sup>19</sup>) non è azionabile nel caso di mancata corresponsione del prezzo previsto per la prestazione effettuata; in tale ipotesi, infatti, il contraente dovrà esperire gli ordinari rimedi per l'adempimento coattivo della prestazione da parte dell'amministrazione inadempiente.

Dalle susposte considerazioni emerge, ancora, la necessità di individuare il momento dell'insorgenza del vincolo negoziale.

La problematica concerne l'applicabilità della norma di cui al Regolamento di contabilità generale dello Stato<sup>20</sup>, che rinviene nell'atto di aggiudicazione il momento dell'insorgenza del vincolo.

Su tale aspetto si è recentemente affermato che l'orientamento pregresso della giurisprudenza, secondo cui nei contratti stipulati dalla pubblica amministrazione il processo verbale di aggiudicazione definitiva equivarrebbe, ad ogni effetto legale, al contratto stipulato, è da ritenersi ormai superato dalla giurisprudenza più recente, la quale riconosce al verbale di aggiudicazione carattere meramente provvisorio. Deve ritenersi, infatti, che il citato art. 16 non ha di per sé natura automatica e obbligatoria, non potendosi escludere che la pubblica amministrazione (cui spetta valutare discrezionalmente l'interesse pubblico) possa rinviare, anche implicitamente, la costituzione del vincolo al momento della stipulazione del contratto, fino al quale non esiste un diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione dello stesso<sup>21</sup>.

In breve, come chiarito dall'art. 11, comma 7, del codice dei contratti (secondo cui "*L'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta*"), il rapporto contrattuale con l'amministrazione non sorge con l'aggiudicazione definitiva<sup>22</sup>.

Deve ancora evidenziarsi che la nascita del rapporto negoziale con una pubblica amministrazione non può prescindere dalla stipulazione di un contratto.

Come puntualmente osservato<sup>23</sup>, la pubblica amministrazione, per principio generale, non può assumere impegni o concludere contratti se non nelle forme stabilite dalla legge e dai regolamenti (vale a dire nella "forma scritta"), il cui mancato rispetto produce la nullità assoluta dell'atto, rilevabile anche d'ufficio<sup>24</sup>.

La forma scritta *ad substantiam* è da considerarsi strumento di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, sia nell'interesse del cittadino (costituendo remora ad arbitrii), sia nell'interesse della stessa pubblica amministrazione (rispondendo all'esigenza di identificare con

<sup>18</sup> Cons. Stato, sez V, 10 settembre 2009, n. 5427.

<sup>19</sup> Recante il codice del processo amministrativo.

<sup>20</sup> Secondo l'art. 16, 4° comma, del R.D. 18 novembre 1923 n. 2440, sulla contabilità di Stato, l'aggiudicazione equivale al contratto.

<sup>21</sup> Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2010, n. 4864.

<sup>22</sup> Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2010, n. 2254.

<sup>23</sup> Cass., sez. III, 28 settembre 2010, n. 20340; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 17 gennaio 2013, n. 368; Cons. Stato, sez. VI, 16 dicembre 2009, n. 8076.

<sup>24</sup> Precisamente, art. 17 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, in materia di contabilità generale dello Stato.

precisione l'obbligazione assunta e il contenuto negoziale dell'atto e, specularmente, di rendere possibile l'espletamento della indispensabile funzione di controllo da parte dell'autorità tutoria<sup>25</sup>).

In questo senso, il requisito in parola può considerarsi espressione dei principi di buon andamento ed imparzialità sanciti dalla Carta costituzionale (art. 97).

La posizione è condivisa anche dalla magistratura amministrativa.

Si è sostenuto che, per il perfezionamento dei contratti stipulati dalle Amministrazioni pubbliche, è necessaria una manifestazione documentale della volontà negoziale da parte dell'organo rappresentativo abilitato a concludere (in nome e per conto dell'ente pubblico) negozi giuridici, mentre devono ritenersi, all'uopo, inidonee le deliberazioni degli organi collegiali, attese la caratteristica di atti interni, di natura meramente preparatoria della successiva manifestazione esterna della volontà negoziale. Di talché un contratto non potrà dirsi legittimamente perfezionato ove la volontà di addivenire alla sua stipula non sia, nei confronti della controparte, esternata, in nome e per conto dell'ente pubblico, da quell'unico organo autorizzato a rappresentarlo<sup>26</sup>.

Ne consegue che la normativa speciale dettata in tema di contratti della pubblica amministrazione prevale sulla diversa disciplina dei rapporti tra privati, quale, ad esempio, quella dettata in tema di conferimento di incarichi professionali, in tema di stipula di locazioni e contratti agrari ultranovennali, in tema di rinnovo tacito del contratto di locazione, inconfigurabile se il locatore sia un ente pubblico<sup>27</sup>.

In conclusione, i contratti d'appalto della pubblica amministrazione si possono considerare formalmente conclusi solo quando siano state rispettate le formalità tipiche dei contratti<sup>28</sup>, in cui si inscrivono le relative sottoscrizioni al termine del procedimento stabilito dalla legge<sup>29</sup>.

Il vincolo sinallagmatico nasce perciò soltanto con il separato e distinto atto della stipulazione del contratto, essendo fino a quel momento irrevocabile soltanto l'offerta dell'aggiudicatario (art. 11, comma 7, secondo periodo).

Sotto il profilo processuale, proprio sulla scorta del citato art. 11, comma 7, deve ritenersi che spetta alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo la cognizione oltre che dei comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione, anche di quelli assunti nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto<sup>30</sup>.

#### 4. - Il procedimento di gara ed il limite temporale dell'autotutela

L'esercizio del potere di autotutela può riguardare anche solo alcuni segmenti della gara; tanto rende utile la loro qualificazione e differenziazione.

E' noto che il procedimento ad evidenza pubblica si articola in specifiche subfasi, declinate dall'art. 11 del codice dei contratti (rubricato "fasi delle procedure di affidamento")<sup>31</sup>.

Dopo la fase "interna" della determina a contrattare<sup>32</sup>, il primo atto esterno è il bando o avviso, con il quale la stazione appaltante si rivolge ai possibili contraenti, invitandoli a partecipare.

<sup>25</sup> Cass. civ., sez. II, 23 aprile 2014, n. 9219.

<sup>26</sup> Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2010, n. 3507.

<sup>27</sup> Cass., sez. III, 26 giugno 2008, n. 17550; *id.*, 8 gennaio 2005, n. 258.

<sup>28</sup> L'art. 334 del Regolamento di esecuzione e attuazione del codice stabilisce che il contratto di cottimo fiduciario è stipulato attraverso scrittura privata, che può anche consistere in apposito scambio di lettere con cui la stazione appaltante dispone l'ordinazione dei beni e dei servizi, che riporta i medesimi contenuti previsti dalla lettera di invito.

<sup>29</sup> Cass., sez. III, 26 giugno 2008, n. 17550; *id.*, 8 gennaio 2005, n. 258.

<sup>30</sup> Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624; Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2012, n. 932; Cons. Stato, sez. V, n. 2254/2010, cit..

<sup>31</sup> Per approfondimenti, cfr. Biancardi S., *Appalti di servizi e forniture*, Maggioli, 2010, *passim*; De Nittis C., *I contratti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2010, *passim*.

<sup>32</sup> Con tale determina, oltre al contenuto "obbligatorio" sancito dal codice (individuazione degli elementi essenziali del contratto e dei criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte, art. 11, comma 2), devono motivarsi (ad esempio) la scelta di una procedura negoziata, la preferenza per alcuni fattori di ponderazione inseriti nel bando, oppure l'individuazione di una marca specifica nell'ambito di una fornitura.

Per quanto concerne le modalità di scelta del contraente (ovvero, come recita l'art. 11, comma 3, “*la selezione dei partecipanti*”), la nuova nomenclatura del codice (artt. 55 e ss.) tratta delle procedure aperte<sup>33</sup> (già asta pubblica), di quelle ristrette<sup>34</sup> (già licitazione privata), di quelle negoziate (vere e proprie trattative private) e di altre del tutto nuove (quale il dialogo competitivo<sup>35</sup> e il sistema dinamico di acquisizione).

Mentre le prime due rappresentano modalità ordinarie (alle quali la stazione appaltante può far ricorso indipendentemente da particolari vincoli motivazionali, salvo specifiche eccezioni<sup>36</sup>), la procedura negoziata è derogatoria, ammissibile nelle sole ipotesi tassativamente previste dagli artt. 56 e 57 (da interpretarsi, peraltro, in modo restrittivo).

Nella fase di selezione del contraente assume rilievo il criterio di valutazione delle offerte (art. 11, comma 4). La scelta della stazione appaltante - tra il criterio meccanico del prezzo più basso (di cui all'art. 82 del codice<sup>37</sup>) e quello (connotato da maggiori margini di discrezionalità tecnica<sup>38</sup>) dell'offerta economicamente più vantaggiosa (previsto e disciplinato al successivo art. 83, come novellato dal d. lgs. n. 152/2008<sup>39</sup>) - si presenta svincolata da previsioni normative<sup>40</sup>, essendo il frutto di una insindacabile scelta di merito; in proposito, l'art. 81, comma 2, del codice prevede che le stazioni appaltanti scelgono, tra i citati criteri, quello più “adeguato” in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto.

Il ricorso ad uno dei criteri di selezione delle offerte incide anche sull'organo chiamato alla celebrazione della gara, posto che la necessità dell'istituzione di una commissione giudicatrice si rinviene nella sola ipotesi di ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con rinvio alle norme regolamentari circa le modalità di svolgimento delle operazioni di gara.

Tale fase si conclude con l'aggiudicazione provvisoria, tesa ad individuare, secondo i criteri fissati nella *lex specialis*, la proposta “migliore”. Ad essa segue (ordinariamente) l'aggiudicazione definitiva (anche se non quale atto meramente consequenziale), a firma dell'organo di vertice della competente Struttura amministrativa.

Decorso il c.d. *stand still* (termine di “sospensione”, in attesa dello spirare dei termini di impugnazione), è possibile procedere alla stipula del contratto.

Nelle distinte fasi della procedura, la posizione giuridica del concorrente si apprezza diversamente.

---

<sup>33</sup> Alle quali possono prendere parte tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti prescritti, presentando un'offerta nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando.

<sup>34</sup> Per le quali, ad una prima fase durante la quale gli operatori economici presentano la richiesta di invito nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando, segue quella durante la quale alle imprese che ne abbiano fatto richiesta (salvo il ricorso alla “forcella” di cui all'art. 62) e che siano in possesso dei requisiti prescritti, viene trasmessa la lettera di invito nella quale sono previsti i termini per la presentazione delle offerte (art. 55, comma 6, del codice).

<sup>35</sup> Le norme attuative del dialogo competitivo sono dettate dagli artt. 113 - 116 del d.P.R. n. 207/2010.

<sup>36</sup> Secondo l'art. 55 del codice, la preferenza per le procedure ristrette è da rinvenirsi nel caso in cui, quale criterio di selezione delle offerte, venga scelto quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

<sup>37</sup> Nelle procedure di gara con il criterio del massimo ribasso, gli offerenti devono limitarsi ad indicare un ribasso sulla base d'asta, rispettando la progettazione puntualmente definita dall'Amministrazione procedente (è quanto statuito dal Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1098, che ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione di una gara in favore di un'offerta che prevedeva una variante nell'esecuzione dell'opera, in presenza del criterio del massimo ribasso).

<sup>38</sup> In ordine al criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia l'art. 120 (per i lavori) che l'art. 283 (per servizi e forniture ordinarie) del Regolamento di attuazione ed esecuzione del codice (d.P.R. n. 207/2010) prevedono che i pesi o punteggi, eventualmente articolati in sub pesi o sub punteggi, indicati nel bando e nella lettera di invito, devono essere globalmente pari a cento. Inoltre, per le formule utilizzabili per l'assegnazione del punteggio, si rinvia agli allegati al medesimo Regolamento.

<sup>39</sup> Per approfondimenti dottrinari, cfr. AA. VV., *I contratti della pubblica amministrazione: come sono cambiati i contratti pubblici dopo il d. lgs. 152/2008*, Napoli, 2009.

<sup>40</sup> Salvo alcune specifiche previsioni, come quella di cui all'art. 144, comma 1, del codice, relativa all'affidamento delle concessioni di lavori pubblici, per le quali è prescritto l'utilizzo del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa; a sua volta, il d.P.R. n. 207/2010 prescrive l'utilizzo del criterio di cui all'art. 83, ad esempio, all'art. 285, per le procedure di scelta del contraente aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi sostitutivi di mensa.

Dalla mera aspettativa (che si configura nella fase di avvio della procedura<sup>41</sup>) al meglio tutelato interesse legittimo (che si rinviene durante la celebrazione della gara), si arriva all'individuazione di un diritto soggettivo in capo al contraente.

Tuttavia, l'intervenuta aggiudicazione definitiva (quindi la conclusione della procedura di gara) non impedisce l'esercizio dello *ius poenitendi*.

In altri termini, anche qualora sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva, non è precluso alla stazione appaltante esercitare il potere di riesame ed intervenire in autotutela (come espressamente previsto dal comma 9 del menzionato art. 11).

Vuol dirsi che, anche se nei contratti della pubblica amministrazione l'aggiudicazione (quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente) segna di norma il momento dell'incontro della volontà della stazione appaltante e del privato di concludere il contratto, non è tuttavia precluso alla stessa amministrazione di procedere, con atto successivo e con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione<sup>42</sup>.

Tale potestà di annullamento in autotutela si fonda, in primo luogo, sul principio costituzionale di buon andamento, che impegna la pubblica amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire, con l'obbligo di fornire un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano il provvedimento di autotutela<sup>43</sup>.

Come è confermato dalla disciplina dell'attuale art. 11 del codice dei contratti pubblici, deve ritenersi che non sia precluso alla stazione appaltante di procedere alla revoca od all'annullamento dell'aggiudicazione allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'Ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario<sup>44</sup>.

Nelle gare pubbliche, in ragione del potere di autotutela e a prescindere da un'espressa previsione del bando, alla stazione appaltante spetta la verifica della legittimità delle operazioni espletate dalla commissione; conseguentemente, lì dove la stazione appaltante rilevi, in un momento successivo alla verifica eventualmente operata dalla commissione di gara, una carenza del possesso dei requisiti speciali di partecipazione prescritti, è legittima la decadenza dell'aggiudicazione<sup>45</sup>.

Si è ancora precisato che l'amministrazione deve sempre evitare di concludere un contratto ove risulti in contrasto con norme imperative e precisamente: a) deve interrompere la trattativa privata avviata quando sia prescritta la gara ad evidenza pubblica; b) deve annullare gli atti della gara ad evidenza pubblica se il previsto contratto di per sé risulti in contrasto con una norma imperativa<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2010, n. 6489, secondo cui non può essere accolta la domanda di risarcimento del danno avanzata da un concorrente ad una gara pubblica, derivante da asserita responsabilità precontrattuale della PA, ex art. 1337 c.c., per avere dapprima indetto una gara (nella specie, per l'affidamento di un appalto di servizi) e, successivamente, revocato in autotutela i relativi atti, a causa della carenza di disponibilità finanziaria, nel caso in cui la revoca sia intervenuta in costanza del termine di scadenza per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara. Secondo la decisione del Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831, non sussiste la responsabilità precontrattuale della P.A. nel caso in cui la stazione appaltante, dopo aver indetto una procedura aperta per l'affidamento di un appalto di lavori, abbia tempestivamente disposto e pubblicato l'annullamento di tutti gli atti della gara, in ragione della constatata equivocità del bando - che ha dato luogo a numerose richieste di chiarimenti, ingenerando una notevole confusione nella giusta interpretazione, tale da indurre in errore i concorrenti nella procedura di evidenza pubblica.

<sup>42</sup> Cons. Stato, sez. III, 19 febbraio 2014, n. 769; Cons. Stato, sez. III, 26 maggio 2014, n. 2692; T.A.R. Basilicata, sez. I, 14 agosto 2013, n. 501.

<sup>43</sup> In termini, Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2014, n. 2940; *id.*, sez. V, n. 4864/2010, cit..

<sup>44</sup> Cons. Stato, sez. III, 26 maggio 2014, n. 2692; *id.*, sez. IV, 16 aprile 2014, n. 1880; *id.*, sez. V, 9 aprile 2010, n. 1997.

<sup>45</sup> Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3841; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 19 marzo 2010, n. 4321.

<sup>46</sup> Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2011 n. 780. Con tale decisione si è anche precisato che una domanda di risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale della P.A. non può essere accolta quando il contratto non sia stato ancora stipulato, qualora una delle parti, anche *in extremis*, abbia rilevato che la stipula comporterebbe la violazione di norme imperative, non potendosi, in tal caso, ravvisare un "affidamento", giuridicamente tutelato, alla relativa stipula.

In sintesi, si può affermare che, secondo ormai consolidate acquisizioni giurisprudenziali, l'immanenza nell'ordinamento del potere di autotutela della pubblica amministrazione trova fondamento: a) nel principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità della funzione pubblica; b) nel principio, enucleato dall'art. 1328 del codice civile, in base al quale la proposta di concludere il contratto (qual è l'atto di indizione della gara) è sempre revocabile fino a che il contratto non sia concluso<sup>47</sup>; c) infine, nell'art. 11, comma 9, del codice dei contratti<sup>48</sup>.

##### **5. - Il quadro normativo delle disposizioni in tema di autotutela nell'attività contrattuale della P.A.: le norme di carattere "generale".**

Tanto premesso, è ora possibile declinare le distinte tipologie di provvedimenti di autotutela azionabili in *subiecta materia*, con contestuale differenziazione anche sul piano nominalistico.

Di carattere generale è la distinzione tra annullamento e revoca, nonché tra conferma in senso proprio ed atto meramente confermativo. Nonostante la diversità ontologica, spesso si assiste ad un utilizzo ambiguo ed atecnico dei citati provvedimenti, con la sovrapposizione di categorie e modelli diversi; anche se, in tema di interpretazione di un atto amministrativo, non ci si può fermare al *nomen iuris* assegnato dall'organo che lo ha adottato, dovendosi tener conto del suo contenuto e delle norme cui l'atto fa riferimento.

Occorre quindi verificare, al di là del *nomen iuris* attribuito all'atto, quale sia stata la reale volontà dell'amministrazione. Ed allora, più che sul piano dell'efficacia, la distinzione va ricercata nei differenti presupposti.

Procediamo per gradi.

L'annullamento in autotutela presuppone un atto geneticamente viziato, ovvero una violazione capace di infirmare (*ab origine*) la legittimità dell'atto.

Tuttavia, il solo ripristino della legalità violata, pur costituendo un presupposto indefettibile, non è motivo idoneo, *ex se*, ad abilitare alla rimozione dell'atto.

Nella motivazione, necessaria e particolarmente aggravata, del provvedimento di autotutela deve esplicitarsi l'apprezzamento del sacrificio imposto ai concorrenti, tenendo conto delle posizioni consolidate e del conseguente affidamento derivante dal comportamento seguito dall'amministrazione. Inoltre, qualora sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva, l'amministrazione non può pretermettere la garanzia partecipativa dell'avvio del relativo procedimento<sup>49</sup>.

In altri termini, l'amministrazione appaltante, nel caso di esercizio del potere di autotutela, è tenuta a fornire un'adeguata motivazione in ordine alla natura e alla gravità delle anomalie contenute nel bando o verificatesi nel corso della gara e che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni dei partecipanti, giustificano il provvedimento di autotutela. La rimozione degli effetti di una procedura oramai perfezionata presuppone una precisa individuazione dei vizi di legittimità dell'atto da annullare, nonché dell'interesse pubblico alla rimozione<sup>50</sup>.

Diversamente, la revoca (che opera *ex nunc*) presuppone un atto legittimo ed incide sugli effetti da esso prodotti (art. 21 *quinquies* della l. n. 241/90, inserito dall'art. 14, comma 1, della l. 11 febbraio 2005, n. 15, modificato, da ultimo, dall'art. 25, comma 1, lett. b-ter, del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 2014, n. 164).

<sup>47</sup> Cons. Stato, sez. III, 30 luglio 2013, n. 4026; Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2010, n. 743.

<sup>48</sup> Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1054; Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3078.

<sup>49</sup> Cfr. T.A.R. Basilicata, sez. I, 3 febbraio 2014, n. 106; Cons. Stato, sez. III, 24 maggio 2013, n. 2838; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, 27 gennaio 2010, n. 1059.

<sup>50</sup> Conformemente ai consolidati indirizzi giurisprudenziali, l'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 (aggiunto dall'art. 14 della legge 11 febbraio 2005, n. 15, da ultimo modificato dall'art. 25 della legge 11 novembre 2014, n. 164) così recita: "Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo".

Contrariamente alla tradizionale concezione che ricollega la revoca ai vizi di merito (quindi a ragioni di opportunità), risulta preliminare verificare se l'atto abbia, o meno, prodotto effetti.

Nel primo caso, infatti, non può ritenersi ammissibile un *revirement* motivato da mere ragioni di opportunità (caratterizzate da una discrezionalità amplissima), in dispregio all'affidamento (certamente meritevole di tutela) posto dal privato nell'atto revocando. Cosicché, non risulterebbe immune da censure la revoca di una procedura di gara, per un mero *ius poenitendi* da parte dell'amministrazione (quale un diverso e generico intendimento in materia), quando la procedura versi in uno stato avanzato.

Ed allora, se l'atto ha già spiegato i suoi effetti, occorre addurre la soppravvenienza di un interesse pubblico contrario alla persistenza dell'atto o una rinnovata valutazione di quello da perseguire. In altre parole, la revoca concerne un atto (legittimo) che produce effetti incompatibili con il mutato quadro degli interessi pubblici<sup>51</sup>.

Ad esempio, la revoca potrebbe essere determinata (o giustificata) dal venir meno del presupposto che ha giustificato l'indizione della procedura di gara, come l'imposizione di un vincolo di inedificabilità sull'area su cui si intendeva realizzare un'opera pubblica.

Analogamente, l'insussistenza della disponibilità finanziaria (dovuta alla necessità di utilizzare i fondi "impegnati" per far fronte a sopravvenuti eventi calamitosi) abiliterebbe alla revoca di una procedura già bandita, anche in fase avanzata<sup>52</sup>; tale ritiro rappresenta, peraltro, l'unico strumento utilizzabile dall'amministrazione per evitare l'affidamento di un appalto e la successiva stipulazione del contratto in assenza della necessaria copertura finanziaria. Vero è che, per tale ultima fattispecie, può configurarsi una responsabilità precontrattuale della stazione appaltante ove non siano stati notiziati, tempestivamente, i concorrenti della sopravvenuta circostanza "ostativa"<sup>53</sup>.

Sulla scorta delle medesime premesse ermeneutiche, si è ritenuta<sup>54</sup> illegittima la revoca della gara motivata con esclusivo riferimento alla possibilità di provvedere alla gestione diretta, da parte degli uffici comunali, dei servizi per i quali è stata indetta la gara, senza alcuna previsione circa l'impatto sugli assetti gestionali interni e senza alcuna stima circa la compatibilità con le risorse umane, organizzative e finanziarie disponibili.

Qualora, invece, si intenda rimuovere un atto privo di efficacia (l'approvazione di un bando mai pubblicato), non sussistendo posizioni giuridiche da tutelare, è possibile invocare anche ragioni di opportunità, senza obbligo di motivazione alcuna e senza l'esigenza di garantire il contraddittorio procedimentale.

In tale circostanza, è preferibile qualificare l'atto di secondo grado come mero ritiro<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Proprio in ragione di una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico originario, è stata ritenuta legittima la revoca di una procedura *in itinere* motivata con riferimento ad un atto di indirizzo finalizzato a dare preferenza alle scelte tecniche idonee a comportare un minor dispendio di risorse (Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2011, n. 3131).

<sup>52</sup> Adducendo ragioni finanziarie, è stata ritenuta legittima la revoca dell'aggiudicazione del servizio di accertamento e riscossione delle entrate comunali, motivato con riferimento all'accertata opportunità di svolgerlo con le strutture interne e di contenere, quindi, le spese di gestione, nel caso in cui l'adozione del provvedimento sia stata preceduta da una specifica istruttoria, dai cui esiti è risultata supportata la valutazione puntuale della stazione appaltante (Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2011, n. 2713).

<sup>53</sup> Sulla configurazione dei presupposti per la responsabilità della stazione appaltante, cfr. Giovagnoli R., *La responsabilità extra e pre-contrattuale*, Milano, 2009. Cfr., anche, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 4 febbraio 2011 n. 210, che ha ritenuto insussistente il requisito della colpa nel caso in cui la stazione appaltante abbia correttamente vigilato sulla persistenza della copertura finanziaria del servizio, ritirando tempestivamente gli atti di gara non appena avuta conoscenza del venir meno della stessa.

<sup>54</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *bis*, 22 marzo 2010, n. 4489.

<sup>55</sup> Sulle differenti modalità procedurali per l'adozione di un atto di ritiro, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2014, n. 864 ed anche T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 6 dicembre 2005, n. 2322, secondo cui il mero ritiro di un provvedimento, a differenza dell'annullamento o della revoca, non richiede né la verifica della sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'autotutela, derivante dall'efficacia provvisoria dell'atto annullabile, né l'applicazione, in favore del destinatario del provvedimento di secondo grado, dell'art. 7 della citata legge n. 241/90, in forza del quale è necessario comunicare l'avvio del procedimento ai soggetti pregiudicati dal provvedimento finale.

La rilevanza degli effetti prodotti e le ragioni poste a base della revoca assumono peculiare rilievo anche in considerazione della previsione dell'art. 21 *quinquies* della l. n. 241/90, il quale sancisce, in caso di pregiudizio arrecato al privato, la corresponsione di un indennizzo.

Il sistema indennitario tratteggiato da tale disposizione delinea una fattispecie (riconducibile al modello dogmatico della responsabilità da atto lecito dannoso) in cui l'atto di revoca rileva di per sé, quale fattore cui conseguono risvolti patrimoniali a carico della pubblica amministrazione, in relazione agli eventuali pregiudizi che dovessero subire gli amministrati, al di fuori di qualsivoglia profilo di illegittimità intrinseca del provvedimento ed indipendentemente da ogni concreto profilo comportamentale di correttezza, buona fede e di tutela dell'affidamento.

Diversa è, altresì, l'ipotesi in cui un atto di gara sia affetto da un mero errore materiale (*lapsus calami*), dovuto, ad esempio, ad un'errata trascrizione dei punteggi attribuiti in fase di valutazione. In tale eventualità, è sufficiente una determina con cui l'organo competente rettifichi il precedente provvedimento, non dovendo esternare particolari ragioni di pubblico interesse né garantire il contraddittorio procedimentale<sup>56</sup>.

Va approfondita la distinzione tra conferma in senso proprio ed atto meramente confermativo, visto il rilievo che assume in sede giustiziale (piuttosto che sul piano semantico o della qualificazione giuridica), per la non impugnabilità del secondo.

La conferma presuppone un completo riesame della fattispecie, che si conclude con la conferma dell'atto in origine adottato, dopo una nuova valutazione da parte dell'Autorità emanante; l'atto meramente confermativo si limita a richiamare il precedente provvedimento e a ribadire integralmente il contenuto, senza alcun nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto già considerati. Con la conseguenza, sul piano processuale, che il primo si sostituisce integralmente al precedente provvedimento ed è autonomamente impugnabile, mentre il ricorso proposto contro secondo risulta inammissibile perché rivolto contro un atto privo di autonoma capacità lesiva<sup>57</sup>.

Il *discrimen* tra le due fattispecie tipologiche viene dunque rinvenuto nell'eventuale nuova istruttoria posta in essere dall'amministrazione precedente<sup>58</sup>.

Qualora, sia su istanza di parte che *motu proprio*, si proceda ad una nuova valutazione degli esiti della gara ovvero dei provvedimenti adottati in ordine all'ammissione dei concorrenti, si versa nell'ipotesi di conferma in senso proprio, per cui il nuovo provvedimento è autonomamente impugnabile, risultando ininfluenza se è stato proposto gravame avverso l'atto confermato.

Nella differente ipotesi in cui nessuna istruttoria venga compiuta (e non vi è diversa motivazione) il nuovo atto si iscrive nella categoria di quelli meramente confermativi, come tali non impugnabili.

Per entrambe le tipologie vi è identità dei soggetti e del dispositivo<sup>59</sup>.

In tema di procedura di gara, tale ultima distinzione assume rilievo ove un concorrente, che non abbia impugnato tempestivamente gli esiti della gara ovvero la propria esclusione, inoltri un'istanza di riesame all'amministrazione; l'istante, infatti, potrebbe essere rimesso nei termini per proporre gravame qualora la P.A. adotti un atto di conferma in senso proprio<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, sez., IV, 25 maggio 2011, n. 3139; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 23 luglio 2003, n. 9659.

<sup>57</sup> Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2014, n. 2998; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 27 gennaio 2009, n. 422.

<sup>58</sup> Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2014, n. 1805 secondo cui: "Allo scopo di stabilire se un atto amministrativo è meramente confermativo, e perciò non impugnabile, o di conferma in senso proprio e, quindi, autonomamente lesivo e da impugnarsi nei termini, occorre verificare se l'atto successivo sia stato adottato o meno senza una nuova istruttoria e una nuova ponderazione degli interessi".

<sup>59</sup> E' un atto di conferma (e non meramente confermativo) quello con cui l'amministrazione, pur pervenendo allo stesso dispositivo di una precedente decisione, compia uno o più atti istruttori al fine di accertare la fondatezza di eventuali doglianze formulate dall'interessato con l'obiettivo di sollecitare una revisione, in fatto e in diritto, della precedente decisione. La conferma, assurgendo a nuova manifestazione di volontà dell'Amministrazione si sostituisce alla precedente manifestazione di volontà e riapre i termini per impugnare (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 24 gennaio 2014, n. 617; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 8 maggio 2009, n. 4987).

<sup>60</sup> Ad esempio, il Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2005, n. 1645, non ha ritenuto meramente confermativo un atto di affidamento adottato a seguito di rinnovata valutazione degli elementi di giudizio emersi dal confronto tra i concorrenti, nel quale si dava conto, con più diffusa motivazione, anche dei motivi di doglianza formulati con il ricorso.

In sintesi, in caso di istanza di riesame, l'amministrazione potrebbe:

- a) non adottare alcun provvedimento (non sussiste, in tal caso, un obbligo di provvedere, in special modo qualora siano decorsi i termini di impugnazione);
- b) accogliere, in tutto od in parte, i rilievi e riformare la precedente determinazione, previa adeguata motivazione e la comunicazione di avvio del procedimento a tutti i soggetti interessati (*rectius*: coloro i quali sono collocati *potiore* rispetto al concorrente e che, a seguito del riesame, potrebbero essere scavalcati in graduatoria), rinnovando gli atti di gara, mediante la riconvocazione della commissione, ove il vizio infici i relativi verbali;
- c) non aderire alle prospettate doglianze e confermare il proprio operato, senza svolgere alcuna istruttoria (con atto meramente confermativo e non impugnabile);
- d) riesaminare la fattispecie e, non riscontrando vizi, adottare un nuovo provvedimento che, seppur di analogo contenuto, risulta autonomamente impugnabile.

## 6. - (segue) le norme di carattere "speciale".

Per la disamina del quadro normativo, va richiamato l'art. 21 *sexies* della l. n. 241 del 1990<sup>61</sup>, per il quale è possibile "*il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione ... nei casi previsti dalla legge o dal contratto*", secondo una regola di tipicità delle ipotesi di recesso analoga a quella di cui agli artt. 1372 e 1373 c.c..

A tale previsione (inerente un generalizzato potere di recesso) si correla quella specifica dell'art. 134<sup>62</sup> del codice dei contratti che, per gli appalti di lavori pubblici, attribuisce all'amministrazione "*il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto*", con effetto economico più oneroso, però, di quanto previsto in altre disposizioni di settore (si pensi al comma 136, dell'art. 1, della legge n. 311 del 2004), poiché non limitato alla dimensione indennitaria, ma comprendente il ristoro dei lavori eseguiti e dei materiali utili in cantiere oltre al decimo delle opere non eseguite (simile a quello previsto dall'art. 158 del medesimo codice, in caso di risoluzione per inadempimento o di revoca delle concessioni di lavori pubblici). Come avvertito in dottrina<sup>63</sup>, trattasi di un recesso *ad nutum*, che può prescindere da una causa o da una motivazione; anche se ciò non significa che una ragione (concreta ed effettiva) possa comunque sussistere, tuttavia tale ragione non rientra nella "causa" del recesso e non è sindacabile in sede giustiziale<sup>64</sup>.

In ragione di tale potere, è emersa nella giuspubblicistica la categoria dei contratti di diritto pubblico (o ad oggetto pubblico) che, fermo il ricorso alle regole civilistiche per la disciplina generale del rapporto contrattuale, si distingue da quella dei contratti di diritto privato per il mantenimento di una posizione di supremazia dell'amministrazione.

Recentemente, nell'ambito della generale politica di riduzione della spesa pubblica, è stato emanato l'art. 1, comma 13<sup>65</sup>, del d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito con modifiche dalla legge 7 agosto 2012

<sup>61</sup> Sul punto cfr. Garofoli – Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo, Nel diritto*, 2012, pagg. 1327 ss.

<sup>62</sup> Per ampi approfondimenti su tale disposizione, cfr. Caruollo – Iudica, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2012, pagg. 1047 ss..

<sup>63</sup> Cfr. Perfetti L., *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, pag. 1585; Picozza E., (voce) *Il recesso, in I lavori pubblici*, a cura di Sandulli-Solinas, Padova, 1990, pag. 446.

<sup>64</sup> Salvo la responsabilità patrimoniale in caso di maggior onere sostenuto dall'Ente (per approfondimenti, Mangani R., *Recesso senza limiti temporali e motivazione insindacabile*, in *EeT*, 2011, II).

<sup>65</sup> Secondo cui: "Le amministrazioni pubbliche che abbiano validamente stipulato un contratto di fornitura o di servizi hanno diritto di recedere in qualsiasi tempo dal contratto, previa formale comunicazione all'appaltatore con preavviso non inferiore a quindici giorni e previo pagamento delle prestazioni già eseguite oltre al decimo delle prestazioni non ancora eseguite, nel caso in cui, tenuto conto anche dell'importo dovuto per le prestazioni non ancora eseguite, i parametri delle convenzioni stipulate da Consip S.p.A. ai sensi dell'articolo 26, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 successivamente alla stipula del predetto contratto siano migliorativi rispetto a quelli del contratto stipulato e l'appaltatore non acconsenta ad una modifica, proposta da Consip s.p.a., delle condizioni economiche tale da rispettare il limite di cui all'articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488. Ogni patto contrario alla presente disposizione é nullo. Il diritto di recesso si inserisce automaticamente nei contratti in corso ai sensi dell'articolo 1339 c.c., anche in deroga alle eventuali clausole difformi apposte dalle parti. ...".

n. 135, che consente alle amministrazioni, per i contratti di servizi e forniture in corso alla data della sua entrata in vigore, di recedere dagli stessi, seguendo il modello procedimentale ivi contemplato e con un sistema indennitario simile a quello di cui al sopraindicato art. 134 del codice.

Ulteriore tipologia di *recesso*, è contemplata dal codice delle leggi antimafia, ovvero, dall'art. 94, comma 2, del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (recentemente novellato dal d. lgs. 13 ottobre 2014 n. 153), in virtù del quale: *“Qualora il prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti, ovvero nel caso di lavori o forniture di somma urgenza di cui all'art. 92, comma 3 qualora la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'art. 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4, ed all'art. 91 comma 6, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti di cui all'art. 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite”*.

La diversità di *ratio* è comprovata dalla possibilità per le amministrazioni di non procedere alla revoca o al *recesso* sopra indicati nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi (cfr. comma 3, art. 94, cit.)<sup>66</sup>.

Nel definire il quadro normativo deve richiamarsi anche l'art. 11 della legge n. 241 del 1990, che fa salvo il potere di *recesso* dell'amministrazione *“per sopravvenuti motivi di pubblico interesse”* in caso di accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento<sup>67</sup>.

Distinto dalla tradizionale autotutela è il potere di cui all'art. 81, comma 3, del codice dei contratti, in virtù del quale le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. In particolare, può accadere che tra le imprese rimaste in gara la *“migliore”* preveda un ribasso esiguo rispetto a quello normalmente formulato per la tipologia del contratto appaltando; così come può accadere che tra le diverse proposte pervenute nessuna risulti soddisfattiva delle esigenze poste a base della gara.

Allo stesso modo, nel caso in cui, a seguito di un contenzioso, sia rimasto un unico offerente, la stazione appaltante non è vincolata all'aggiudicazione, ove il bando consenta di *“aggiudicare la gara anche in presenza di una sola offerta purché ritenuta congrua”*<sup>68</sup>.

Si è precisato, ancora, che il potere di negare l'approvazione dell'aggiudicazione (che si radica in specifiche ragioni di pubblico interesse) non trova ostacoli nell'esistenza dell'avvenuta aggiudicazione definitiva o provvisoria<sup>69</sup>. In altri termini, la stazione appaltante conserva, persino a fronte di un'approvazione tacita dell'aggiudicazione provvisoria, il potere di procedere o meno all'aggiudicazione definitiva in base ad una propria valutazione discrezionale.

Si tratta di un potere di carattere amplissimo, che costituisce atto conclusivo del procedimento amministrativo e che, come tale, non impone la comunicazione di avvio del procedimento<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Il TAR Campania, Napoli, sez. I, con la sentenza resa il 5 novembre 2014, n. 5692, ha ritenuto legittimo il provvedimento con il quale la P.A., pur avendo preso atto della informativa interdittiva antimafia a carico della società aggiudicataria di un servizio di trasporto pubblico locale, ha determinato, ai sensi dell'art. 94, comma 3, del d. lgs. n. 159 del 2011, di non dover procedere alla revoca dell'affidamento in corso di svolgimento, rendendo noto, altresì, che era in corso di definizione la gara per l'affidamento del servizio stesso. In tal caso, infatti, l'amministrazione ha legittimamente applicato il comma 3° dell'art. 94 del d. lgs. n. 159 nel 2011, che consente di non procedere alla revoca delle concessioni o al *recesso* dai contratti per forniture di beni e servizi con soggetti colpiti da interdittiva antimafia, qualora tali soggetti non siano sostituibili in tempi rapidi e la fornitura o il servizio siano essenziali per il perseguimento dell'interesse pubblico.

<sup>67</sup> Il modello provvedimentale/consensuale dell'accordo pubblico-privato è stato ampiamente approfondito: per tutti, cfr., Caringella F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, pagg. 667 ss..

<sup>68</sup> Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2010, n. 2188.

<sup>69</sup> Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2013, n. 3125; Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554.

<sup>70</sup> Cons. Stato, sez. III, 28 febbraio 2014, n. 942; Cons. Stato, sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1766.

## 7. – Il riesame degli atti di gara e le ipotesi non tracciate dalla Plenaria

L'autotutela non deve necessariamente riguardare l'intera procedura<sup>71</sup>.

In base al principio di conservazione degli atti e dei rapporti giuridici, nell'ambito delle pubbliche gare il potere di autotutela può esercitarsi anche parzialmente, senza travolgere l'intero procedimento, così come può riguardare anche una clausola della *lex specialis* qualora la stessa risulti comunque idonea a produrre i propri effetti tipici<sup>72</sup>.

In particolare, lo *ius poenitendi* può riguardare la fase di indizione, la fase di valutazione, la fase decisoria di approvazione degli atti. Diversi sono i presupposti e le conseguenze.

La revoca, l'annullamento o il ritiro di un bando (non ancora pubblicato) sono sempre possibili (ovviamente in presenza dei relativi presupposti, come sopra descritti), anche senza l'esternazione di particolari ragioni di pubblico interesse.

Tuttavia qualsiasi rettifica del bando resta priva di efficacia ove non sia stata portata a conoscenza nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando<sup>73</sup>.

Nel corso dello svolgimento della procedura, la commissione, fino a quando non trasmette gli atti all'organo competente ad approvarli, può rivedere il proprio operato, correggendo gli errori in cui sia eventualmente incorsa<sup>74</sup>.

Sempre sotto l'aspetto procedimentale, qualora il provvedimento di secondo grado sia stato emanato in un momento in cui la procedura non si è ancora perfezionata, sono inapplicabili i rigorosi principi elaborati dalla giurisprudenza, risultando applicabile la regola generale secondo cui, in *subiecta materia*, non sussiste l'obbligo di concludere il procedimento ove esso non sia più rispondente all'interesse pubblico sopravvenuto<sup>75</sup>.

Allo stesso modo, ove l'amministrazione decida di revocare, in sede di autotutela, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, l'avvio del relativo procedimento non dovrà essere notificato al soggetto provvisoriamente aggiudicatario<sup>76</sup>.

Diversamente, i provvedimenti di annullamento e di revoca di una gara che si sia ormai perfezionata debbono contenere (in motivazione) una precisa individuazione dei vizi di legittimità dell'atto da annullare o delle gravi ragioni di inopportunità dell'atto da revocare, nonché dell'interesse pubblico alla rimozione stessa; in tale circostanza, infatti, poiché il potere di autotutela finisce per incidere su aspettative del concorrente ormai consolidate, può essere legittimamente esercitato soltanto se imposto da gravi motivi di legittimità o di opportunità e se attuato in modo da ledere, in minor misura possibile, le dette aspettative, comparandole con l'interesse pubblico da perseguire.

Per l'effetto, mutano i canoni procedimentali. In tale eventualità, l'amministrazione è tenuta a comunicare l'avvio del procedimento, consentendo all'aggiudicatario di presentare memorie e documenti che la stessa P.A. ha l'obbligo di valutare; obbligo, che invece, non sussiste quando l'autotutela intervenga prima della conclusione della gara<sup>77</sup>.

<sup>71</sup> Su un'ipotesi di annullamento dell'intera procedura, cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 agosto 2011, 4793.

<sup>72</sup> Cons. Stato, sez. III, 17 agosto 2011, n. 4792.

<sup>73</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25 maggio 2011, n. 3139, secondo cui la semplice divulgazione di una modifica del disciplinare sul sito internet della stazione appaltante non può costituire forma giuridicamente idonea di conoscenza.

<sup>74</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 settembre 2013, n. 4809; Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2002, n. 2863, in cui si precisa che detta facoltà, sotto lo speculare profilo del buon andamento, è configurabile come dovere ed è espressione del potere di autotutela spettante anche agli organi straordinari dell'amministrazione, quali le commissioni di gara.

<sup>75</sup> In termini, Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2400 e 5 settembre 2002, n. 4460.

<sup>76</sup> Tale assunto è stato confermato da Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011 n. 1446 e dal T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 4 febbraio 2011, n. 210, in cui si precisa che: "Nel caso di revoca d'ufficio di un atto endoprocedimentale facente parte di una gara d'appalto (nella specie non era intervenuta l'aggiudicazione provvisoria) non è richiesta alcuna comunicazione di avvio del procedimento, dovendosi ritenere che la stazione appaltante sia obbligata al rispetto delle garanzie partecipative solo quando l'esercizio del potere di autotutela abbia ad oggetto l'aggiudicazione definitiva, in ragione della posizione di vantaggio che solo quest'ultima costituisce in capo all'impresa aggiudicataria".

<sup>77</sup> Per tale tesi "intermedia", Cons. Stato, sez. VI, 19 agosto 2003, n. 4671.

Nella successiva fase negoziale (dopo la stipula del contratto) muta il rapporto tra le parti, svisciva la supremazia della stazione appaltante, per l'effetto, cambiano i poteri di secondo grado applicabili. In particolare, come osservato dalla Plenaria (nella citata sentenza n. 14/2014), la previsione di una normativa speciale (quale quella di cui all'art. 134 del codice) preclude l'esercizio del generale e tradizionale potere di revoca degli atti di gara, con inevitabili riflessi anche sul *quantum debeatur*.

Senonchè, la fattispecie prospettata dalla stessa Plenaria non è l'unica ipotizzabile.

Vi è, infatti, un'ulteriore distinzione che non si radica, come prospettato nel richiamato caso giustiziale, su un mero criterio temporale (differenziando, cioè, il potere esercitato a seconda se risulti precedente o successivo al contratto), bensì sul vizio emerso e che si intende rimuovere.

Può accadere che, temporalmente, si intervenga dopo la stipula del contratto ma che, oggettivamente, si rimuovano gli atti prodromici della gara.

Si tratta, cioè, dei provvedimenti capaci di incidere sull'esito della gara, anche se postumi alla sottoscrizione del contratto. Si pensi all'esclusione dell'aggiudicataria che abbia prodotto una dichiarazione la cui mendacità emerga solo dopo la stipula del contratto; ebbene, in tale ipotesi, l'autotutela si impone anche ai sensi di quanto prevede il DPR n. 445/2000<sup>78</sup> in tema di decadenza da ogni beneficio pubblico per il soggetto che abbia dichiarato il falso<sup>79</sup>.

In tali casi, gli atti di secondo grado da adottarsi (anche in costanza di contratto) si inscrivono nella tipologia degli ordinari poteri di autotutela e devono rispettare il paradigma pubblicistico.

In altre parole, anche dopo la stipula del contratto, residua in capo alla PA un potere di carattere pubblicistico, teso a rimuovere i vizi inficianti la propedeutica fase di gara e che conserva, anche sul piano sostanziale, le caratteristiche proprie del provvedimento di secondo grado; ovviamente, in tale eventualità si impone un solido corredo motivazionale, espressione di un'adeguata ponderazione dei concreti ed attuali interessi pubblici da perseguire e della loro prevalenza rispetto ad un'ormai qualificata posizione del privato (certamente recessiva, in caso di mendacio).

Dibattuta è la possibilità di far ricorso al recesso (di cui al citato art. 134 del codice) per i contratti di appalto di servizi e forniture. Fattori ostativi ad un'estensione del relativo ambito di applicazione sono, da un lato, la rubrica<sup>80</sup> del Titolo III del codice (in cui risulta inserita la norma in esame), che menziona i soli appalti di lavori, dall'altro, l'art. 297 del d.P.R. n. 207/2010, che estende agli appalti di servizi e forniture i soli articoli 135-140 del codice (con esclusione, quindi, dell'art. 134).

Tuttavia, a parere dello scrivente, un'applicazione analogica della disposizione in esame potrebbe giustificarsi alla stregua delle stesse ragioni che hanno imposto l'intervento della Plenaria (nel caso sopra esposto), ovvero sia perché (anche per i contratti *de quibus*) sarebbe ingiustificato che l'amministrazione possa, attraverso i propri poteri di autotutela decisoria, ottenere un risultato superiore a quello ottenibile dal privato in sede giurisdizionale, sia perché, dopo la stipula del contratto (indipendentemente dall'oggetto della prestazione), non può svilirsi l'affidamento posto dal privato negli impegni reciproci consacrati nell'accordo, sulla cui base egli ha maturato aspettative di profitto ed ha assunto impegni organizzativi (che solo l'esercizio del potere di recesso imporrebbe di ponderare, diversamente da una possibilità di revoca *ex art. 21 quinquies*).

<sup>78</sup> Ai sensi dell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, qualora emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti dal provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera e cioè, nella specie, dall'ammissione alla gara e, per l'effetto, dall'eventuale aggiudica (così T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 19 dicembre 2013 n. 1719; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 25 novembre 2013 n. 1093).

<sup>79</sup> Si ricorda che, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 106/2011 e dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici, in caso di dichiarazione falsa (o di falsa documentazione) la stazione appaltante deve darne segnalazione all'AVCP (ora ANAC), cui compete la verifica dei presupposti per l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti in subappalto. Sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2014 n. 2775, che ha ritenuto legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha revocato l'aggiudicazione di una gara, motivato con riferimento alla sopravvenuta conoscenza di un procedimento penale pendente nei confronti del legale rappresentante della ditta aggiudicataria, per la produzione di un documento falso attestante il possesso di un requisito necessario di partecipazione previsto dal disciplinare, nonché dell'esito veritiero dell'accertamento, effettuato in via autonoma dalla medesima P.A., sull'effettivo difetto del possesso del medesimo requisito.

<sup>80</sup> Del seguente tenore letterale "*Disposizioni ulteriori per i contratti relativi ai lavori pubblici*".

Resta, infine, da precisare che nelle procedure ad evidenza pubblica il venir meno dell'aggiudicazione, per decisione giurisdizionale o in via di autotutela, restituisce all'amministrazione la piena potestà di diritto pubblico di determinarsi nel modo che ravvisa più opportuno per la cura del pubblico interesse e, pertanto, anche di non avvalersi degli atti legittimi della procedura espletata e di revocare gli atti che vi hanno dato luogo; come in ogni altra ipotesi di autotutela, è sufficiente, ai fini della sua legittimità, che il provvedimento sia sorretto da un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse che lo hanno determinato.

**Abstract** - Le problematiche affrontate attengono all'esercizio del potere di riesame da parte di una pubblica amministrazione nell'ambito dell'attività contrattuale. Prendendo spunto da un recente ed autorevole intervento giurisdizionale, si è analizzato l'esercizio del potere di revoca durante la fase di esecuzione del contratto, al fine di individuare la disciplina in cui inscrivere un eventuale atto di autotutela adottato in costanza di rapporto negoziale, onde delimitarne presupposti e condizioni. Al contempo, si è trattato della portata del potere in esame, con particolare riguardo alle procedure ad evidenza pubblica ed ai singoli atti in cui le stesse si articolano.

**Abstract** - The following considerations are inspired by a recent and authoritative judicial intervention relating to the exercise of the power of review by a public authority as part of a contract. The case brought before the Judges concerned the exercise of the power to revoke times the runtime and management of the contract, which define the discipline in which subsume any act of self-defense taken in constant negotiation relationship, even to delimit the assumptions and conditions. In recalling the address hermeneutic made in the above decision, we will attempt to define, in a systematic perspective, the scope of the power under examination, with particular regard to public procedures and individual acts in which they are articulated; so also due to the fact that, in addition to the assumptions outlined by the Plenary, might be included into the following train other situations which are not expressly.