



*A domanda Risponde **Stefano USAI***  
**Revoca e recesso dal contratto d'appalto**

*29 settembre 2022  
dalle ore 15.00 alle ore 16.00*

# L'utilizzo indebito degli strumenti pubblicitici e privatistici

- Revoca e recesso
- OPERANO IN AMBITI DIFFERENTI
- Ad. P. 14/2014 nel procedimento di affidamento sopraggiunte ragioni di inopportunità **DOPO LA STIPULA DEL CONTRATTO** non possono legittimare l'utilizzo dello strumento della revoca
- Le stazioni appaltanti devono utilizzare il recesso

# Revoca le ragioni a supporto evidenziate dalla giurisprudenza

- **Oggetto della revoca**: provvedimento di aggiudicazione
- L'aggiudicazione definitiva è un provvedimento attributivo di un **vantaggio economico** (art. 21-quinquies)

## **Ragioni di pubblico interesse:**

- **Sopravvenuta** non corrispondenza dell'appalto alle esigenze dell'amministrazione
- **Sopravvenuta** indisponibilità del finanziamento che «copriva» il costo dell'appalto
- Inidoneità della prestazione descritta nella legge speciale a soddisfare le esigenze contrattuali

## La revoca sanzione

- Tra i motivi di interesse pubblico la giurisprudenza riconduce anche comportamenti scorretti dell'appaltatore ..
- Comportamenti posti in essere **tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto ..**
- Es. la revoca giustificata dal rifiuto dell'appaltatore di stipulare il contratto finchè non si modificano certe clausole ...
- Inidonei, invece, sono tutti quei motivi vengono rilevati dopo la gara mentre avrebbero potuto e dovuto essere rilevati durante la predisposizione della legge di gara..sull'intenzione stessa di espletare procedura

# Revoca aggiudicazione provvisoria e revoca aggiudicazione definitiva

- L'aggiudicazione definitiva ingenera affidamento non vincolo giuridico..
- Nb: non equivale ad accettazione
- **Nella revoca dell'aggiudicazione provvisoria non è espressione di atti di autotutela ..mero ritiro**
- Nella revoca dell'aggiudicazione definitiva, al di là di qualche dubbio, fare la comunicazione di avvio del procedimento (secondo parte della giurisprudenza la comunicazione di avvio del procedimento **non sarebbe necessaria nell'aggiudicazione non efficace)**

## Due aspetti:

- Indennizzo potenziale nel caso di revoca dell'aggiudicazione definitiva non anche in altri casi (per atti precedenti) ..es bando..es. proposta di aggiudicazione ..etc..
- Art. 21-quinquies. (Revoca del provvedimento)
- 1(...)
- 1-bis. Ove la revoca di un **atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali**, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto **sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico**

**Danno emergente=perdita subita**

## Due aspetti principali

L'Adunanza Plenaria 21/2021 ha riconosciuto che se il provvedimento amministrativo può essere per il soggetto beneficiario fonte di un «legittimo e qualificato affidamento», la lesione subita per effetto del successivo annullamento in sede giurisdizionale **lo legittima a domandare il risarcimento del danno nei confronti dell'amministrazione.**

L'affidamento ingenerato circa la legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione e più in generale sulla correttezza del suo operato **è riconosciuto come situazione giuridica soggettiva** tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno.

A. P.  
21/2021

La tutela risarcitoria per responsabilità precontrattuale è presidio dell'interesse ..**il diritto di non essere coinvolto in trattative inutili, e dunque del più generale interesse di ordine economico a che sia assicurata la serietà dei contraenti nelle attività preparatorie e prodromiche al perfezionamento del vincolo negoziale.**

- La reintegrazione per equivalente è pertanto ammessa in relazione all'interesse negativo, **con il quale sono ristrate le spese sostenute per le trattative contrattuali e la perdita di occasioni contrattuali alternative, secondo la dicotomia ex art. 1223 cod. civ. danno emergente – lucro cessante.**

La responsabilità precontrattuale sottopone l'amministrazione alla duplice soggezione alla legittimità amministrativa e agli obblighi di comportamento secondo correttezza e buona fede, che costituiscono, appunto profili tra loro autonomi. **Da essi può rispettivamente derivare l'annullamento degli atti adottati nella procedura di gara e le responsabilità per la sua conduzione.**

Ad. P.  
21/2021

**Annulamento d'ufficio: La violazione del dovere di correttezza e buona fede deve esserle imputabile quanto meno a colpa, secondo le regole generali vevoli in materia di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 cod. civ.**

**Non deve rilevare la colpa l'affidamento del concorrente: viene infatti escluso il risarcimento se la conoscenza di una causa invalidante il contratto **è comune** ad entrambe le parti che conducono le trattative, poiché nessuna legittima aspettativa di positiva conclusione delle trattative può mai dirsi sorta.**

**Se pertanto il motivo di illegittimità che ha determinato la stazione appaltante ad annullare in autotutela la gara è conoscibile dal concorrente, la responsabilità della prima deve escludersi.**

Ad. P. 21/2021

- Da qui la massima di diritto: «nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa».

# La questione delle misure partecipative

- In generale la giurisprudenza ritiene che la garanzia partecipativa debba essere assicurata in relazione ad atti capaci di ingenerare affidamento nell'interessato (Tar Lombardia, 1139/2018)

# Recesso dal contratto art. 109

1. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-ter, e 92, comma 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, la stazione appaltante può 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.
2. Il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta e l'ammontare netto dei lavori, servizi o forniture eseguiti.
3. L'esercizio del diritto di recesso è preceduto da una formale comunicazione all'appaltatore da darsi con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo e verifica la regolarità dei servizi e delle forniture.
4. I materiali, il cui valore è riconosciuto dalla stazione appaltante a norma del comma 1, sono soltanto quelli già accettati dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione del contratto, se nominato, o dal RUP in sua assenza, prima della comunicazione del preavviso di cui al comma 3.
5. La stazione appaltante può trattenere le opere provvisoriale e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili. In tal caso essa corrisponde all'appaltatore, per il valore delle opere e degli impianti non ammortizzato nel corso dei lavori eseguiti, un compenso da determinare nella minor somma fra il costo di costruzione e il valore delle opere e degli impianti al momento dello scioglimento del contratto.
6. L'appaltatore deve rimuovere dai magazzini e dai cantieri i materiali non accettati dal direttore dei lavori e deve mettere i magazzini e i cantieri a disposizione della stazione appaltante nel termine stabilito; in caso contrario lo sgombero è effettuato d'ufficio e a sue spese.

# La natura del potere di recesso

- Natura privatistica del potere
- **Inserimento di questa potestà nella fase di esecuzione del contratto ...**
- L'inquadramento è importante sotto il profilo della giurisdizione
- ...se inquadrato come espressione di un potere di autotutela pubblica ..i motivi sindacabili innanzi al giudice amministrativo
- **Invece non è così**: la volontà è insindacabile (sempre se mutamento sulla valutazione dell'interesse pubblico sotteso..**DISCREZIONALITA' AMMINISTRATIVA**) .. competenza del giudice ordinario

**RAGGIUNGERE IL FINE PUBBLICO CON MENO SACRIFICIO  
POSSIBILE DEGLI INTERESSI SOTTESI**

Già nell'art.  
345 della legge  
n. 2248/1865  
all. f

- Al dpr 554/1999 art. 122, codice degli appalti art. 134 e infine art. 109 del Codice dei contratti
- Il legislatore ha previsto la facoltà di recedere in qualunque tempo dal contratto d'appalto (ora anche per servizi e forniture)

In sostanza la norma riconosce il diritto di recesso al committente pubblico così come il codice civile (art. 1671) lo prevede per il committente privato

# Recesso

Strumento civilistico che può essere esercitato sia per sopravvenienze **che rendono non opportuno procedere con l'esecuzione sia su una nuova valutazione sulle circostanze esistenti al tempo della stipula del contratto**

- La giurisprudenza della Cassazione ritiene che la valutazione della stazione appaltante **risulti anche agevolata per l'onere dell'appaltatore, a pena di decadenza, di iscrivere riserve per ottenere il riconoscimento di maggiori costi**

# Recesso

- Tale posizione di preminenza e (limitato ed amministrato) privilegio della P.A, secondo l'indirizzo della Corte Costituzionale (sentenza 30 aprile 2015, n. 71), che, seppure a proposito dei diritto soggettivo di proprietà, ha precisato che tale potere spetterebbe non in quanto soggetto pubblico, ma in quanto esercita potestà specificamente ed esclusivamente attribuitele nelle forme tipiche loro proprie. **In altre parole, è protetto non il soggetto, ma la funzione, ed è alle singole manifestazioni della P.A. che è assicurata efficacia** per il raggiungimento dei vari fini pubblici ad essa assegnati.

# Recesso

Con il recesso «pubblico» si producono gli stessi effetti del recesso codicistico ovvero uno scioglimento del contratto provocato da un comportamento unilaterale prima che la prestazione dell'impresa venga ultimata

- La differenza sul costo da pagare: nel recesso codicistico anche il mancato guadagno ..no nell'appalto pubblico
- Per i materiali, ad esempio (accettati dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione) il rimborso è per valore non per il loro costo

# Recesso

- Opere/impianti asportabili, invece, per il loro valore
- Il resto deve essere rimosso dall'appaltatore

# Altra differenza rispetto al recesso «privato»

- Il committente privato può esplicitare la volontà di recedere anche in modo implicito ..non è previsto alcun obbligo di preavviso
- Nell'appalto pubblico (novità prevista già con il 554/1999) è imposta la previa comunicazione che rende il recesso, quindi, un atto recettizio

# EFFETTI

- Il recesso nell'appalto, seguendo la disciplina generale del recesso, esplica i propri effetti **ex nunc**, ovvero da quando viene esercitato il diritto.
- Tra gli effetti, con riguardo al recesso ad nutum, c'è la corresponsione dell'indennizzo all'appaltatore suddivise nelle seguenti somme di denaro:
  - il rimborso del costo sostenuto per i lavori/SERVIZI già eseguiti;
  - la copertura delle spese già effettuate per acquistare e trasportare i materiali necessari all'esecuzione dell'opera, anche se non ancora utilizzati;
  - una somma risarcitoria pari **al guadagno** che l'appaltatore avrebbe conseguito se non avesse perso il lavoro.

La parte dell'opera già eseguita diviene di proprietà del committente il quale può, secondo consolidata giurisprudenza, chiedere il risarcimento dei danni anche per i vizi e le difformità dell'opera eseguita in parte.

# Il preavviso come volontà di recedere

- Il recesso nell'appalto pubblico è disciplinato dal Codice degli Appalti. L'articolo 109, primo comma, del decreto legislativo 50/2016 stabilisce che "...la stazione appaltante può 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".
- Anche in questo caso il legislatore ha previsto una forma di recesso ad nutum. **La stazione appaltante infatti può recedere in qualunque momento e senza giustificato motivo.**

Rispetto all'articolo 1671 del codice civile, tuttavia, **l'articolo 109 prevede l'obbligo di comunicare all'appaltatore con un preavviso di 20 giorni la volontà di voler recedere.**

# Espression e di un potere privatistico (Consiglio di Stato 2274/2022)

...secondo l'indirizzo fatto proprio dal Consiglio di Stato in composizione plenaria "Le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, **rinvengano 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 [oggi art. 109 del d. lgs. n. 150/2016]" (Cons. Stato, Ad. Plen., 20/06/2014, n. 14).

3.4. Il fatto che, per il committente pubblico, la valutazione di opportunità a monte del recesso sia ontologicamente legata dalla cura dell'interesse pubblico, **non consente infatti di ricostruire in termini pubblicistici detta valutazione in modo da riquilibrare come interesse legittimo la situazione soggettiva riconducibile al privato che ne viene eventualmente leso.** Tale situazione, in un contesto contrattuale nel quale è azionato il diritto potestativo di recedere dall'appalto, mantiene la sua declinazione privatistica.

## Giurisprudenza

per quanto suggestivo, il tentativo di aprire un varco al controllo giurisdizionale del giudice amministrativo sulle ragioni di opportunità che determinano il recesso passando per una ricostruzione in termini pubblicistici delle valutazioni a monte del recesso esercitato dall'Amministrazione, non può essere incoraggiato, **accedendo pur sempre la preventiva attività istruttoria all'esercizio di una facoltà che trova il suo fondamento giustificativo e i suoi limiti in un rapporto contrattuale a dimensione ontologicamente paritetica in cui la veste "esterna" dell'Amministrazione si declina come "contraente" e non come "Autorità".**

# Giurisprudenza

- Quindi, il recesso si configura come un potere privatistico e i motivi, anche qualora formati ed elaborati in un contesto procedimentalizzato e partecipativo attingendo dall'architettura fornita dalla legge generale sul procedimento amministrativo, come è nel caso di specie, **non assumono il rilievo pubblicistico** teorizzato dall'appellante.

# Giurisprudenza

- Il fatto che, sul versante interno, sia stato adottato il modulo procedimentale per giungere ad una decisione ponderata non muta il dato di fondo e cioè che il procedimento resta pur sempre servente e funzionale all'esercizio di una facoltà privatistica generata all'interno di un rapporto paritetico scandito dal binomio diritto/obbligo e non già riconducibile all'adozione di provvedimento amministrativo autoritativo adottato nell'esercizio di una potestà pubblica, nella specie qui per definizione assente.

## Giurisprudenza

Pertanto, il TAR ha correttamente declinato la giurisdizione, perché una volta perfezionato il contratto, nel quale è stata pattuita e accettata la clausola del recesso, il potere esercitato dall'amministrazione **di recedere si configura come esercizio di una potestà privatistica il cui sindacato giurisdizionale appartiene al giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti soggettivi.**

c. 3 art. 109

3. L'esercizio del diritto di recesso è preceduto da una **formale** comunicazione all'appaltatore da darsi con un preavviso **non inferiore a venti giorni**, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo e verifica la regolarità dei servizi e delle forniture.

# Preavviso di recesso contenuto

...

- **Prestazioni eseguite ed accettate e relativi prezzi**, per chiarezza di rapporti ben potrebbero, meglio dovrebbero, essere riassunti nel “preavviso di recesso”; lo stesso dicasi qualora, ai sensi del comma 5, l’amministrazione **possa valutare la necessità di trattenere le opere provvisorie e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili.**
- Il valore, o meglio il prezzo delle prestazioni eseguite deve essere riconosciuto e pagato dalla stazione **appaltante solo per quelle già accettate dal direttore dei lavori o del direttore dell'esecuzione del contratto, se nominato, o del RUP in sua assenza, prima della comunicazione del preavviso di cui al comma 3.**

# Preavviso di recesso contenuto

...

- In pratica ... si possono pagare solo quelle prestazioni che non sono state oggetto di contestazioni o riserve e che siano oggettivamente certe ed esigibili, anche nelle more del collaudo o della verifica delle regolarità dei servizi e delle forniture, sempreché poi tali certezze siano trasferite nel collaudo definitivo fino al momento del recesso e non vi siano discordanze tra i due giudizi, **fatti salvi eventuali errori ed omissioni e necessità di rettifiche per circostanze e dati che incolpevolmente non siano state considerate.**

Non formalizzato come il preavviso di rigetto legge 241/90..però

....., giova segnalare come la disposizione legislativa accanto al preavviso di recesso, **non ha introdotto un analogo** sub procedimento con previsione di termine finale e poteri decisorii specifici come quelli previsti in generale dall'art. 10 bis della L. n 241/90 sul preavviso di rigetto.

Tuttavia, **per non vanificare la ratio e la finalità della previa comunicazione del preavviso** e l'assegnazione di un termine non inferiore a venti giorni, l'impresa destinataria della comunicazione ben può presentare memorie e documenti a sostegno e giustificazione della **propria posizione nel contratto e sulla bontà e correttezza delle prestazioni.**

Non  
formalizzato  
o come il  
preavviso  
di rigetto  
legge  
241/90..per  
ò

• Ancorché la norma taccia, l'uso di tele strumento partecipativo non esonera stazione appaltante dall'obbligo di prendere in esame tali giustificazioni ed eventualmente ripensare l'iniziativa di recesso, mantenendo in piedi il contratto. Nel caso negativo, anche per il rispetto dei principi di buona fede e correttezza, nell'atto che invece dispone il recesso va quanto meno dato atto della partecipazione del privato il quale potrà utilizzare le memorie e documenti presentati in via amministrativa innanzi al giudice ordinario ovvero alla Sezione specializzata per le imprese, che eventualmente riterrà di adire per far accertare l'illegittimità e/o l'illiceità del recesso.

## I presupposti

.....occorre compiere concretamente attività di integrazione della fattispecie astratta prevista dalla legge, con tutti gli obblighi di osservare i principi che governano l'attività amministrativa, tra i quali quello di motivazione degli atti, sancito dall'art. 3 della L. 241 del 1990 che, come principio generale, taglia ed interviene in orizzontale sulle modalità di esercizio del potere disciplinate dalle regole dei singoli procedimenti, ancorché limitate dalla peculiarità della materia e della disciplina e dalla fattispecie che caso per caso può presentarsi.

Non solo, ma l'obbligo di preventiva comunicazione e di motivazione discende altresì dalla l'art. 41, commi 1 e 2, lett. c), della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea che stabiliscono che i cittadini hanno diritto ad una amministrazione imparziale ed equa nonché l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni in ogni materia.

# I presup posti

più in particolare, la norma sul recesso prevede **due casi in cui tale potere si mostra vincolato dall'esito negativo delle informative antimafia** in relazione al rinvio a quanto dispongono gli articoli 88, comma 4-ter, e 92, comma 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 15. Si tratta di una speciale previsione in ordine all'obbligo di recesso della stazione appaltante **quando si verificano i presupposti previsti dalla normativa antimafia che la giurisprudenza ha riferito alla nozione dell'autotutela autoritativa.**

Per gli altri casi non viene previsto nemmeno un obbligo generico di motivazione e nulla viene precisato per le situazioni "ordinarie" che consentono alla stazione appaltante di valutare i presupposti che supportino il recesso in quanto potere contrattuale basato **su sopravvenuti motivi di opportunità, che peraltro giammai consente di trincerarsi dietro una riserva di amministrazione non sindacabile dal giudice ritenuto competente.**

|  
presup  
posti

E ciò anche perché, nell'ambito della normativa che regola l'attività dell'amministrazione nella fase del rapporto negoziale di esecuzione del contratto di lavori pubblici, è stata in particolare prevista per gli appalti pubblici una norma che attribuisce il diritto di recesso basata su presupposti quali la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico per sopravvenienze e sul piano giuridico avente effetti di far cessare cessazione ex nunc del rapporto negoziale, come si evince dalle condivisibili affermazioni dell'Adunanza Plenaria n. 14/2014.

## I presup.

Ma è principio logico, oltre che giuridico, immanente nel nostro ordinamento che l'esercizio del potere non può mai essere arbitrario. Ne consegue che, pur in assenza di puntuale previsione, non può non affermarsi l'obbligo di motivazione dell'atto di recesso, del quale non viene precisata la forma e la natura, in relazione alle circostanze che, caso per caso, dovessero presentarsi, al fine di dare contezza che l'opzione pregiudizievole per il privato contraente che va supportata comunque da una valutazione comparativa degli interessi e diritti coinvolti per il perseguimento degli interessi generali attraverso lo strumento del contratto ( di lavori, servizi o forniture).

E ciò per garantire, anche secondo le affermazioni della Corte costituzionale, una adeguata tutela e sindacato da parte del giudice competente attraverso lo scrutinio dell'iter logico giuridico seguito, ancorché spesso si tratti esclusivamente di meri fatti e comportamenti che fanno insorgere l'opportunità di recedere dal contratto.

In estrema sintesi, tale impostazione sembra fornire dei criteri ermeneutici ed applicativi della norma, che consertano di affermare decisamente che, anche nel silenzio della norma, l'atto di recesso deve essere motivato in relazione alla concreta fattispecie che di volta in volta si possa verificare.

## Il pagamento

• Gli ultimi due commi riguardano più specificamente i contratti di lavori, anche se non è escluso, che utilizzando la stessa tecnica legislativa dell'art. 206 della legge quanto compatibili, si possa applicare anche ai contratti di fornitura di beni di natura continuativa o periodica, e di servizi, quando insorgano appunto controversie in fase esecutiva.

E così si consente alla stazione appaltante di rattenere le opere provvisorie e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili.

# Il pagamento

- In tal caso, sorge l'obbligo di pagare l'appaltatore, per il valore delle opere e degli impianti non ammortizzato nel corso dei lavori eseguiti, con un compenso che deve essere determinato nella minor somma fra il costo di costruzione e il valore delle opere e degli impianti al momento dello scioglimento del contratto.
- Dal suo canto, secondo il successivo ultimo comma, l'appaltatore ha l'obbligo di rimuovere dai magazzini e dai cantieri i materiali non accettati dal direttore dei lavori e deve mettere i magazzini e i cantieri a disposizione della stazione appaltante nel termine stabilito.
- L'inosservanza dell'obbligo da parte dell'impresa, autorizza la stazione appaltante ad effettuare d'ufficio lo sgombero a spese dell'impresa stessa, attraverso l'autotutela esecutiva, formalizzata in una determinazione corredata di apposito verbale di constatazione, ai sensi degli art. 21 ter e art. 21 quater L. n. 241/90 nonché dell'art. 823 C.C. ( per il principio Cons. Stato, Sez. V, 14 luglio 2015 n. 3531) avvalendosi eventualmente di mezzi propri, delle forze dell'ordine e, per i Comuni, della Polizia Municipale.

**TAR  
Campan  
ia  
Napoli  
sez. IV  
3/8/2020  
n. 3495**

Nella fase contrattuale, com'è noto, non trova applicazione l'istituto della revoca, ma quello del recesso (art. 109 d.lgs. 50/2016) che prevede, peraltro, l'obbligo di indennizzare il contraente che patisce lo scioglimento del vincolo contrattuale (in merito, v. C.d.S. Ad. Plen. n. 14/2014 e, più di recente, T.A.R. Firenze, sez. I, 02/02/2018, n.187). (..) Quanto sopra osservato, consente di mettere in luce l'improprietà della revoca operata dalla Stazione appaltante. In primo luogo, si tratterebbe di una revoca cd. sanzionatoria ossia legata a mancanze dell'appaltatore (v. più diffusamente la Sent. di questa Sezione n. 5217/2018) in cui, tuttavia, le mancanze sono connesse non al servizio offerto (copertura assicurativa), rispetto a cui non sono mosse obiezioni, ma a pretese irregolarità nell'emissione delle fatture.

**TAR  
Campan  
ia  
Napoli  
sez. IV  
3/8/2020  
n. 3495**

(..) La revoca dell'aggiudicazione, oltre a essere uno strumento improprio in questa fase come descritto, risulta, allora, **evidentemente sproporzionata in rapporto a delle, comunque non dimostrate, irregolarità dei documenti contabili che dovrebbero consentire il pagamento della prestazione.** Tali irregolarità, non incidendo sulla prestazione offerta, avrebbero, semmai, potuto produrre dei ritardi nel pagamento o la sospensione degli stessi, ma non certo la revoca dell'aggiudicazione, con regresso dalla fase contrattuale a quella dell'evidenza pubblica.

**Una simile problematica esecutiva, avrebbe, appunto, dovuto essere risolta in sede di esecuzione e non incidendo sugli atti autoritativi posti alla fine della fase dell'evidenza pubblica.**

TAR  
Sicilia  
Palermo  
sez. II  
8/11/201  
9 n. 2574

... occorre considerare la possibilità che, tra l'adozione del provvedimento di aggiudicazione e la stipula del contratto, **intervenga la c.d. "esecuzione anticipata" del contratto, di solito giustificata da ragioni di urgenza.**

- In tale evenienza, l'instaurazione di un rapporto contrattuale prefigura, sia pure in termini di anticipazione rispetto alle ordinarie scansioni temporali, **una fase "propriamente esecutiva"**, che deve considerarsi rimessa alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto le relative vicende si strutturano in termini di adempimento delle obbligazioni contrattuali e di responsabilità conseguente al loro inadempimento.

TAR  
Sicilia  
Palermo  
sez. II  
8/11/2011  
9 n. 2574

Come ha rilevato il Consiglio di Stato in una recente pronuncia, richiamata anche dalla difesa dell'OMISSIS, in materia di contratti pubblici si possono distinguere diverse eventualità:

a) ove l'Amministrazione (come le è concesso: cfr., di nuovo, art. 32, comma 8) adotti misure intese alla rimozione, in prospettiva di autotutela, degli atti di gara, la relativa giurisdizione (trattandosi di "coda autoritativa" della fase pubblicistica, veicolata a determinazioni di secondo grado, in funzione di revisione **o di riesame) spetterà, naturalmente, al giudice amministrativo (vantando il privato mere situazioni soggettive di interesse legittimo);**

b) ove l'Amministrazione "receda" dal rapporto negoziale **anticipatamente costituito**, in presenza di fatti di inadempimento ad attitudine risolutiva od anche in forza della facoltà di unilaterale sottrazione al vincolo, ex artt. 109 d.lgs. n. 50/2016 e 21 sexies l. n. 241/1990, **la giurisdizione spetterà al giudice del rapporto, cioè al giudice ordinario (essendo, come vale ripetere, indifferente il dato formale della avvenuta stipula del contratto);**

Consiglio  
di Stato  
sez. V  
2/8/2019  
n. 5498

- La sintesi che precede è conforme al diffuso intendimento giurisprudenziale: cfr., da ultimo:
  - a) nel senso che la delibera di affidamento a titolo provvisorio di un appalto, anche senza stipula del relativo contratto, dà vita ad un rapporto paritetico che attiva la fase di esecuzione delle prestazioni negoziali, come tale rimesso alla cognizione del giudice ordinario, Cass., SS.UU. 21 maggio 2019, n. 13660; Id. SS.UU. 25 maggio 2018, n. 13191;

# Consiglio di Stato sez. V 4/8/2017 n. 3909

Con la stipula del contratto di appalto 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.

- Ne consegue che il riscontro di sopravvenuti motivi di inopportunità alla realizzazione del programma negoziale si riconduce all'esercizio del potere contrattuale di recesso previsto dalla normativa sugli appalti pubblici (articoli 1373 e 1671 cod. civ.; articolo 134 del previgente 'Codice dei contratti'), con scelta che si riverbera sul contratto configurandosi nell'esercizio di un potere contrattuale del committente di recedere da esso (e a prescindere dal nomen iuris utilizzato).

Consiglio  
di Stato  
sez. V  
4/8/2017 n.  
3909

- Ne consegue che l'atto di revoca dell'affidamento, ciononostante adottato, risulta lesivo del diritto soggettivo del privato in quanto incidente sul sinallagma funzionale (in tal senso: Cass. Civ, Sez. un., sent. 29425 del 2008).

# Risoluzione

- La possibilità di ritornare sui propri atti espressione del potere dovere di tutela dei pubblici interessi ..da contemperare ovviamente con quelli particolari
- Autotela come reazione
- Autotela come garanzia del perdurare delle condizioni di correttezza degli atti amministrativi (rispondenza rispetto alle norme di presidio)

Da sempre un problema di bilanciamento tra posizioni contrapposto ..interesse pubblico, legalità, interesse di chi ha fatto affidamento ...

# Risoluzione

- Il potere di autotutela trova consacrazione nell'art. 32 comma 8 del Codice
- «8. Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti...»,

quesiti

QUANTO PUÒ RITENERSI LEX SPECIALIS IL BANDO DI GARA? QUANTO È COGENTE LA PRESCRIZIONE DEL BANDO, CHE PREVEDE L'ESCLUSIONE DELL'ATI COSTITUENDA, NEL CASO IN CUI IL SOPRALLUOGO OBBLIGATORIO PER MANDANTE E MANDATARIA, SIA ESEGUITO SOLO DALLA MANDANTE?

- ABBIAMO AFFIDATO UN INCARICO DI PROGETTAZIONE ESECUTIVA PER UN IMPORTO DI € 39.000 CHE ORA SI VORREBBE AMPLIARE PER ALTE SCELTE TECNICHE A CIRCA **€ 79.000. DOMANDA: RESCISSIONE CONTRATTO E NUOVO AFFIDAMENTO AL MEDESIMO PROGETTISTA. COME GESTIRLO?**

quesiti

• È POSSIBILE RECEDERE DA UN CONTRATTO DI SERVIZI TECNICI STIPULATO CON UN OPERATORE ECONOMICO SECONDO QUANTO PREVISTO DALL ART 109 DEL D. LGS. 50/2016? SI PUÒ AGIRE IN QUALSIASI MOMENTO RICONOSCENDO ALLO STESSO LE SOLE COMPETENZE GIÀ ESEGUITE SENZA ALTRO?

• QUANTI E QUALI IPOTESI POSSONO, DI DEFAULT, APPLICARSI AI CONTRATTI AVENTI AD OGGETTO UN FINANZIAMENTO COMUNITARIO, STIPULATI TRA P.A. ED IMPRESA OPPURE TRA DUE P.A.?

• COME OCCORRE PROCEDERE PER DICHIARARE LA DECADENZA DELL'AGGIUDICAZIONE DISPOSTA A FAVORE DELL'OPERATORE ECONOMICO X, MAI DIVENUTA EFFICACE NON AVENDO LO STESSO PRODOTTO I DOCUMENTI A DIMOSTRAZIONE DEL POSSESSO DEI REQUISITI PRESCRITTI.

# Quesiti

- CENNI SULLA POSSIBILITÀ DI PERFEZIONARE IL CONTRATTO D'APPALTO CON ATTO PUBBLICO INFORMATICO PRESSO NOTAIO OPPURE SE È OBBLIGATORIO PROCEDERE OBBLIGATORIAMENTE CON L'UFFICIALE ROGANTE DELL'ENTE GRAZIE
- Competenza? Giunta o funzionario?