



Justowin
Formazione giuridica
per concorsi ed esami

CORSO INTENSIVO MAGISTRATURA

LEZIONE I

SOLUZIONI SCHEMI BASE

TRACCIA N. 1

Esercizio di poteri di autotutela nell'ambito dei contratti di appalto pubblico

SCHEMA DI SVOLGIMENTO

- È preliminare la distinzione tra l'autotutela relativa all'aggiudicazione e l'autotutela che riguardi il contratto. Problematiche principali sono le seguenti:
 - la tutela dell'affidamento
 - le compensazioni economiche
 - le conseguenze risarcitorie connesse ad uno scorretto uso del potere di autotutela
 - la sorte del contratto
 - il riparto di giurisdizione

- Tutela dell'affidamento: da questo punto di vista se facciamo riferimento all'autotutela sull'aggiudicazione dobbiamo distinguere l'annullamento dalla revoca
- Per quanto riguarda la revoca, bisogna partire dal dibattito che ha portato poi all'emanazione della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 14 del 2014
- Per quanto riguarda invece l'annullamento, bisogna tener presente le novità introdotte dalla legge Madia nel 2016
- Analizziamo la seconda problematica: le compensazioni economiche.
- Per quanto riguarda la revoca, trova applicazione l'articolo 21 *quinquies* L. 241/90 che prevede proprio l'ipotesi di revoca dei provvedimenti amministrativi. Tuttavia, poiché la revoca non è utilizzabile qualora sia stato stipulato il contratto, in tal caso bisognerà più che altro fare riferimento al recesso come disciplinato dall'articolo 109 del D.lgs. n. 50/2016.
- Riguardo invece all'uso distorto del potere di recesso, bisognerà ricordare quanto previsto dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2005, secondo cui in alcuni casi sussisterebbe una responsabilità civile da lesione dell'affidamento collegato ad un corretto uso del potere di revoca (responsabilità civile da provvedimento legittimo). Deve comunque essere fatta salva la responsabilità civile da provvedimento illegittimo, sia per lo scorretto esercizio del potere di revoca che per lo scorretto esercizio del potere di annullamento.
- Riguardo alla sorte del contratto, il problema si pone soltanto per il caso di annullamento, posto che non è possibile la revoca dopo la stipula del contratto. In tal caso, due sono le tesi che si sono contese il campo: applicazione estensiva dell'articolo 121 del codice del processo amministrativo fino a ricomprendere nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche l'ipotesi in cui l'annullamento dell'aggiudicazione non sia stato pronunciato dal giudice medesimo ma dall'amministrazione in autotutela. Altra tesi distingue invece tra tutela ed autotutela, e ritiene non estensibile la giurisdizione esclusiva, perché verrebbero meno le ragioni di concentrazione dei giudizi che la giustificano.
- Riguardo alla sorte del contratto: accanto alla tesi della caducazione automatica (*simul stabunt simul cadunt*), si ricorda la tesi che consente di valutare questo contratto come inefficace secondo la logica della geometria variabile e quindi l'applicazione analogica dell'articolo 121 del codice del processo amministrativo.

• Sul concetto di autotutela bisogna distinguere:

1) un'autotutela manifestazione di un potere pubblicistico che radica la giurisdizione del giudice amministrativo di cui è espressione il potere di annullamento, oppure il potere di revoca rispetto alla utilizzazione di strumenti apparentemente privatistici quali la risoluzione del contratto, come prevista dall'articolo 108 del decreto legislativo numero 50 del 2016 e dal codice antimafia;

2) l'esercizio di un potere di revoca di stampo privatistico, laddove l'esistenza di posizioni di supremazia, presenti anche nel diritto privato, non esclude per ciò solo la giurisdizione del giudice ordinario, come accade per la revoca intesa in senso stretto (art. 109 del decreto legislativo 50 del 2016).