

I nuovi confini tra recesso e revoca: commento all'art. 109 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016)

di

Data di pubblicazione: 6-9-2016

Art. 109

Recesso

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 tempo 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 del direttore dell'esecuzione del contratto, se nominato, o del RUP in sua assenza, prima della comunicazione del preavviso di cui al comma 3.

5. La stazione appaltante può trattenere le opere provvisorie e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili. In tal caso essa corrisponde all'appaltatore, per il valore delle opere e degli impianti non 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.

SOMMARIO: I COSA CAMBIA 1. *Introduzione.* **II INDICAZIONI OPERATIVE** 1. *Le regole del procedimento di recesso dal contratto.* **III QUESTIONI APERTE** 1. *I presupposti dell'esercizio del potere di recesso ed il giudice competente.*

I COSA CAMBIA

1. Introduzione

L'art. 109 della disposizione in esame, come in precedenza l'art. 134 dell'abrogato codice appalti, disciplina il potere delle Stazioni appaltanti di esercitare il diritto potestativo di recesso dai contratti stipulati all'esito della fase cd. pubblicistica della procedura di scelta del contraente.

La norma cambia limitatamente alla estensione anche ai contratti di servizi e forniture, per il resto conferma la precedente impostazione del legislatore.

Sotto il profilo formale, il Consiglio di Stato, Commissione Speciale, nel parere n. 00855/2016 del 1/04/2016 sullo schema di decreto legislativo, aveva segnalato l'opportunità di usare una diversa terminologia suggerendo di apporre alcune modifiche lessicali.

In particolare, si suggeriva : di sostituire l'espressione del primo comma "in qualunque tempo" con quella "in qualunque momento"; al comma 3, prima di "formale" inserire "una"; al comma 6, le parole "predetti magazzini e cantieri" da sostituire con "i magazzini e i cantieri".

Tali suggerimenti che sono stati fatti propri nel testo licenziato dal legislatore che, peraltro, poteva forse compiere un ulteriore sforzo formale ma con ricadute ed effetti sostanziali di aggiungere l'obbligo di esternare compiutamente le ragioni giuridiche a supporto della scelta di recedere dal contratto, ancorché la scelta sia condizionato dalle più variegate fattispecie e sopravvenienze nonché caratterizzato da valutazioni di merito e di opportunità di recedere dal rapporto. E ciò, rispetto al destinatario degli effetti, titolare di diritti soggettivi, per meglio bilanciare la posizione non pienamente paritetica e speciale della Stazione appaltante che, seppur utilizzando strumenti privatistici, assimilabili a quelli previsti dall'art. 1671 c.c., non può non dare contezza della corrispondenza del recesso al pubblico interesse, tenendo altresì presente che si tratta di utilizzo di risorse pubbliche.

Infine, come ricordato dal citato parere del Consiglio di Stato sullo schema, la disposizione non trova riscontri nelle direttive europee di riferimento né in uno specifico criterio direttivo, ritenendola conforme al criterio direttivo di cui all'art. 1, comma 1, lett. b) della legge delega, relativo alla necessità di riordinare complessivamente la materia degli appalti pubblici.

Non solo, ma occorre altresì aggiungere, come più avanti meglio evidenziato, che si tratta di una applicazione alla specifica materia della disposizione generale contenuta nell'art. 21 *sexies* della L. n. 241/90, che tra i più generali poteri di autotutela prevede appunto la

facoltà di recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione nei casi previsti dalla legge o dal contratto.

II INDICAZIONI OPERATIVE

1. Le regole del procedimento di recesso dal contratto

In materia la P.A. è dotata, in generale, di potere di autotutela in grado di incidere sul contratto, ma tale potere trova dei limiti dopo la stipula del contratto e l'avvio della sua esecuzione, come chiarito da **Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14**.

Infatti, **il recesso dal contratto**, seppure riconducibile al potere di autotutela, è caratterizzato dalla regolamentazione unilaterale del rapporto che vede coinvolte posizioni di diritto soggettivo tra committente ed appaltatore ed è **regolamentato dalle regole pubbliciste dei contratti pubblici e dalle norme e dai principi in materia di contratti previsti dal Codice Civile (cfr. ad es. l'art. 1671 c.c.)**, applicando il modello per il quale la P.A., salvo che la legge disponga diversamente, può agire secondo le norme di diritto privato.

In questo caso **la P.A. è legata alla legge** speciale in materia di contratti pubblici che però interviene a regolare il rapporto dopo la stipula del contratto **secondo il riferito modello**, e cioè **dall'insieme delle norme speciali, individuate dal D.lgs. n. 50/2016 e delle norme civilistiche**,

Le indicazioni chiare **dell'Adunanza Plenaria n. 14 del 2014**, in materia di lavori pubblici, ma applicabili a tutti i tipi di contratto, in ordine i rapporti di tale potere pubblicistico con l'istituto del recesso, sono stati confermati e precisati dalla recente giurisprudenza, secondo cui qualora la P.A., dopo la stipula del contratto di appalto, **accerti sopravvenute ragioni di inopportunità nella prosecuzione del rapporto negoziale**, non può utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma deve esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006 (oggi art. 109 D.lvo n. 50/2016). Per cui sarebbe illegittimo un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione di una gara adottato le quante volte sia stato già stato stipulato il contratto di appalto, "atteso che in tal caso la revoca verrebbe stata adottata in assenza del suo essenziale presupposto, e cioè di un oggetto costituito da un provvedimento che continua ancora a spiegare effetti, non essendo tale l'aggiudicazione della gara in seguito alla stipulazione del contratto; in tal caso, per sciogliersi dal vincolo discendente da quest'ultimo, **l'Amministrazione deve ricorrere all'istituto del recesso ai sensi dell'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006**" (Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 2016 n.1174).

Confermata la misura di autotutela "esecutiva" con marcata , occorre analizzare, sia dal punto di vista dell'amministrazione che delle imprese, la specifica disciplina che appare estremamente scarna in ordine alla modalità di esercizio ed alla garanzia del contraddittorio procedimentale.

A tutta prima si tratta di **esercizio d'ufficio di una attività di valutazione** in ordine alla

sopravvenuta opportunità di recedere da **tutti i tipi di contratto (lavori, servizi, forniture, misti)**, sottoscritti a seguito dell'applicazione delle norme sui contratti pubblici, sia per gli importi sotto soglia che sopra soglia.

L'iniziativa d'ufficio, di regola, rientra nella competenza del responsabile del procedimento (RUP) individuato dalla stazione appaltante come prevede in generale l'art. 6 della L. n. 241/90 e, in particolare, l'art. 31, del D.lg. n 50/2016 nonché gli artt. 9, comma 3, lett. e), 10, comma 1, lett. bb) del DPR n. 207 del 2010, ancora in vigore in via transitoria in attesa della emanazione del nuovo regolamento di esecuzione.

Evidentemente, tali disposizioni transitorie, pur in assenza di specifico riferimento, trovano applicazione anche per gli affidamenti di servizi e forniture, per cui anche in questi casi l'iniziativa, di regola, spetta al responsabile del procedimento che dovrà compiere una adeguata istruttoria anche sulla scorta delle indicazioni dei soggetti preposti al controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione, secondo quanto previsto in generale dall'art. 101 del D.Lgs. n. 50/2016 secondo cui l'esecuzione dei contratti aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, è diretta dal responsabile unico del procedimento, che controlla i livelli di qualità delle prestazioni.

L'avvio dell'attività preordinata al recesso è sempre obbligatoria, come atto dovuto, nei casi previsti dagli articoli 88, comma 4-ter, e 92, comma 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, comportanti appunto il vincolato esercizio del diritto di recesso nei casi di informativa antimafia negativa.

In tutti gli altri casi, la stazione appaltante esercita un potere discrezionale di recedere dal contratto "in ogni tempo" valutando le eventuali sopravvenienze ed ogni altro opportuno elemento in relazione a concrete situazioni che vanno ad incidere sul contratto in esecuzione.

Il legislatore, infatti, ha prescritto che la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque tempo 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.

Il comma 2 precisa che il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti (il cd. quinto d'obbligo non viene considerato) del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta e l'ammontare netto dei lavori, servizi o forniture eseguiti. E' previsto l'obbligo di un preventivo incombente procedurale, che tiene luogo dell'obbligo generale di comunicare l'avvio del procedimento con le modalità ed i contenuti indicati negli art. 7 e 8 della L. n. 241/90, indicando altresì il termine di conclusione del procedimento.

Infatti, il comma 3 prescrive che l'esercizio del diritto di recesso sia 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.

La norma, come detto, **nulla precisa circa il contenuto della comunicazione del “preavviso di recesso”**, la qualificazione giuridica del contraddittorio “procedurale” e le sue forme, e se e quali atti debba e/o possa adottare la stazione appaltante all’esito del contraddittorio, che si pone ovviamente in un contesto diverso e con funzioni parimenti diverse rispetto alla iscrizione delle riserve nei documenti contabili ovvero alla proposta .

Dal punto di vista della P.A., si può affermare che tale potere officioso può essere utilizzato nei casi in cui, per effetto di sopravvenienze e nei casi in cui emergano situazioni patologiche della fase di esecuzione del contratto, in ipotesi diverse da quelle indicate per la risoluzione, anche se non è da escludere che il recesso potrebbe far riferimento ad alcune previste dall’art 108 per la risoluzione portate alle estreme conseguenze ovvero nei casi in cui non si sia attivata la risoluzione ovvero non si sia dato seguito all’avvio della stessa.

A seconda dei casi e delle esigenze di celerità della esecuzione ovvero di rispettare i cronoprogrammi, tali valutazioni per il recesso, anche con riferimento alle prestazioni eseguite e all’utilizzo dei materiali, possono essere fatte sulla scorta dei documenti contabili non oggetto di riserve e di verificazioni anche prima di effettuare il collaudo definitivo e verifica la regolarità dei servizi e delle forniture.

Di poi, sotto i profili più pratici del reciproci rapporti economici, affinché l’impresa possa ottenere il pagamento dei “materiali utili” esistenti nei cantieri e/o presenti nei magazzini oltre, al decimo dell’importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite preventivamente occorre che la stazione appaltante effettui le sue valutazioni, e che tale valutazione sia riferita al periodo precedente ovvero anche fotografando lo stato di fatto al momento della comunicazione del preavviso di recesso.

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. In buona sostanza, a tutta prima 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 della 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 inelpevolmente non siano state considerate.

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.

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.

Dalla lettura della norma emerge evidente come assume veste privilegiata il diritto potestativo della stazione appaltante che inserito in un questo di riferimento che comunque milita in favore dell'interesse pubblico perseguito anche attraverso l'esecuzione de contratto.

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.

Ora, se ciò è vero è altrettanto pacifico che tale posizione di preminenza deve essere bilanciata da strumenti di tutela, procedimentale e processuale, che consentano appunto di far emergere gli interessi ed i diritti delle imprese.

In particolare, strumento di tutela procedimentale è quella di presentare memorie e documenti atti a confutare quanto contestato con la comunicazione del preavviso di recesso, nonché quella di iscrivere tempestivamente apposita riserva nei registri e documenti contabili prima del collaudo definitivo e verifica la regolarità dei servizi e delle forniture.

In via amministrativa ed alternativa ai rimedi giurisdizionali, fermo restando sempre l'obbligo o quanto meno l'opportunità di iscrivere apposite riserve, l'impresa (e l'amministrazione) potrà accedere alle forme di tutela previste dagli art. 205 e seguenti della legge in commento, oltre che, ove previsto dal bando originario, l'eventuale ricorso all'arbitrato di cui all'art. 209

per le controversie su “diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui agli articoli 205 e 206.”.

Calata tale esigenza nel caso in esame, come sopra accennato, 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.

Ancorché la norma taccia, l'uso di tale strumento partecipativo non esonera stazione appaltante dall'obbligo della 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.

Rispetto a questo rimedio giurisdizionale, rinviando al commento delle specifiche disposizioni, l'impresa che ritenga non corretta e causativa di danni l'applicazione della norma in esame, può esperire, oltre ai citati rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale di cui alla Parte VI, titolo I capo II della legge in esame, anche quelli giurisdizionali innanzi **al giudice ordinario secondo la competenza per valore e territorio e delle sezioni specializzate**.

Sarà competente il **giudice ordinario** per i giudizi intentati dalle ditte individuali e dalle società di persona, mentre, per effetto dell'art. 3, comma 2, lett. f), del D.lgs. n. 168 del 2003, “relativamente alle società di cui al libro V, titolo V, capi V, VI e VII, e titolo VI, del codice civile, alle società di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, e di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003, nonché alle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato delle società costituite all'estero, ovvero alle società che rispetto alle stesse esercitano o sono sottoposte a direzione e coordinamento, (di capitali) “ **la competenza per materia e per territorio è attribuita Tribunale Civile, Sezioni Specializzate in materia di imprese**, istituite e dislocate sul territorio nazionale secondo quanto stabilito dall'art. 1 del citato D.lgs. n. 168/2003, le controversie ed i giudizi “relativi a contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria dei quali sia parte una delle società di cui al presente comma, ovvero quando una delle stesse partecipa al consorzio o al raggruppamento temporaneo cui i contratti siano stati affidati, ove comunque sussista la giurisdizione del giudice ordinario.”.

Un recente esempio ci viene fornito dal **Tribunale di L'Aquila, Sezione Specializzata in materia di imprese, del 23.6.2016**, che ha respinto la domanda cautelare 669 *sexies*

cod.proc.civ. di inibitoria dell'anticipata risoluzione "del contratto di appalto del 15/3/13 a seguito di determina dirigenziale dell' Ente convenuto con conseguente affidamento ad altra impresa disposto con determinazione del 11/5/16, di cui è chiesta la disapplicazione in via cautelare".

III QUESTIONI APERTE

1. I presupposti dell'esercizio del potere di recesso ed il giudice competente

Come accennato, l'**Adunanza Plenaria n. 14 del 2014** ha chiarito che il potere di recesso è esercitabile dopo la stipula del contratto secondo le previsioni della specifica disposizione che disciplina il recesso unilaterale, seguendo lo scarno *iter* procedurale della comunicazione prevista dall'art. 109, comma, 3.

La confermata previsione del potere unilaterale di recesso dal contratto stipulato non risolve almeno due ordini di questioni: la prima relativa alla **individuazione dei presupposti per l'esercizio di tale potere**; la seconda relativa al **giudice competente** e al **riparto di giurisdizione**, anche se si può subito accennare che quest'ultima, in assenza di puntuali indicazioni derivanti dall'art. 133, comma, lett. e) n. 1 e 2, del CPA e dell'art. 204 del D.lgs. n. 50/2016, risolta in via giurisprudenziale in favore del G.O., seppure con i limiti interni ed esterni dei poteri del giudice ordinario dei confronti di atti della P.A. nell'esercizio di potere autoritativo di incidere unilateralmente sul rapporto contrattuale qual è appunto l'atto di recesso dal contratto.

In primo luogo, relativamente ai presupposti per il recesso autoritativo, la disposizione in esame pone appunto il potere di recedere dal contratto in materia di appalti pubblici che in generale rappresenta l'esercizio di un potere dai connotati pubblicistici, che, peraltro, di norma, caratterizza il procedimento di evidenza pubblica per la scelta del contraente che ha natura biunivoca e consta, come noto, di una fase più segnatamente pubblicistica e di un fase esecutiva in cui viene esaltato il rapporto (paritario e) sinallagmatico di prestazione affidata a terzi a fronte un prezzo o di una utilità economicamente quantificabile.

Essa rappresenta una specifica disposizione in materia che è espressione del potere generale attribuito alla pubblica amministrazione ovvero ai soggetti che, ai sensi dell'art. 1, comma 1, ter, della Legge 7 agosto 1990.n. 241, sono tenuti ad applicare.

Infatti, l'**art. 21-sexies. della stessa L. n. 241/90**, titolato appunto "Recesso dai contratti", **dispone che il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto, richiamando implicitamente anche i principi, del codice civile e la regola delle ipotesi di recesso analoga a quella di cui agli articoli 1372 e 1373 c.c., e. per gli appalti privati, dell'art. 1671 CC., nei limiti in cui siano applicabili.**

In buona sostanza, come chiarito dall'**Adunanza Plenaria N. 14 del 2014** analizzando il precedente omologo istituto, " la posizione dell'amministrazione nella fase del procedimento di affidamento (.....) 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 sue posizioni di specialità, essendo l'amministrazione comunque parte di un rapporto che rimane privatistico, restano limitate alle singole norme che le prevedono."

Se così è non c'è dubbio che si tratti di (limitato) **potere autoritativo previsto espressamente dalla legge** che potrebbe anche essere oggetto di apposita clausola contrattuale.

Nell'uno e nell'altro caso è evidente che, in via autoritativa ovvero contrattuale, 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.

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. 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**.

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.

In secondo luogo, in punto di **tutela giurisdizionale**, la norma sembra dare per scontato che, trattandosi della fase di esecuzione del contratto che va ad incidere su diritti soggettivi scaturenti dal contratto stesso, ogni controversia relativa appartenga al G.O., tenendo altresì presente che la ricordata disposizione dell'art. 133, comma 1, lett. e), si disinteressa completamente delle fasi successive alla stipula del contratto con particolare riguardo al potere di recesso.

Se tale impostazione può essere condivisa, **non essendo ammissibile**, come chiarito da tempo dalla **Corte Costituzionale**, ipotesi di **giurisdizione esclusiva al di fuori dei casi espressamente previsti dal legislatore**, non risolve altresì le problematiche relative all'effettività della tutela.

Infatti, il **G.O.** com'è noto **non potrebbe annullare l'atto formalmente amministrativo e redatto in forma scritta**, che la dottrina che segue la tesi pubblicista qualifica come atto amministrativo negoziale, ma solo disapplicarlo, ai sensi dell'art. 4 della L.A.C., con qualche perplessità circa il potere giudiziale di imporre la prosecuzione nell'esecuzione del contratto fino alla scadenza stabilita e non solo limitarsi alla tutela risarcitoria per equivalente, fornendo la prova dei **danni diversi dal lucro cessante**.

Sul punto, infatti **andrebbe chiarito se la previsione dell'indennizzo pari "al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite" sia ostativa e incompatibile con la richiesta del pagamento del "lucro cessante" previsto dall'art 1671 c.c. ovvero possano valere anche in questo caso le limitazioni previste espressamente per il potere di revoca dall'art. 21 *quinquies* L. n. 241/90**. Sarà la concreta applicazione a fare chiarezza sul punto in assenza di ulteriori precisazioni legislative, anche se, peraltro, considerato che si tratta di risorse pubbliche e che viene messa in discussione l'esatto adempimento del contratto per accertate negligenze dell'appaltatore farebbero militare in favore della legittima limitazione del lucro cessante.

Tornando ai poteri del G.O. di **risarcimento in forma specifica**, le accennate perplessità potrebbero essere superate ritenendo pienamente applicabile, nei limiti della domanda, la norma codicistica dell'art. 2058 c.c. che prevede la tutela in forma specifica, nei limiti ivi previsti, accedendo ad una impostazione che consenta di superare lo storico divieto di condanna ad un *facere* specifico la pubblica amministrazione anche attraverso la tesi c.d. privatistica della natura negoziale dell'atto di recesso.

Se così è il **principio di effettività della tutela** e quelli costituzionali di pienezza della tutela rinvenibili negli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione, consentirebbero di ottenere tutela in prima battuta., non essendo possibile non garantire pienezza di tutela innanzi al giudice adito e potere ad esecuzione, spontanea o coattiva, provvedimenti giudiziari.

Ad ulteriore conforto di tale opzione ermeneutica, con specifico riferimento all'applicabilità dell'art. 2058 c.c., alla stessa stregua della ormai consolidata applicabilità dell'art. 2043 c.c., giova segnalare la disposizione dell'art. 34, comma 1, lett.c) del CPA, a mente del quale il giudice amministrativo, nei limiti della domanda, ha il potere di condannare la P.A. "all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'articolo 2058 del codice civile."

In ogni caso, l'appaltatore potrebbe avere **tutela in forma specifica** attraverso l'attività del commissario ad acta per le sentenze di accertamento e dichiarativa dell'illegittimità del recesso, con disapplicazione del relativo atto, nonché di eventuale condanna al risarcimento in forma specifica ex art. 2058, attraverso lo strumento del giudizio di ottemperanza, ex art. 112, comma 2, lett. c), CPA, "delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario"

Certo potrebbe trattarsi di un percorso lungo e faticoso, salvo che il legislatore non ipotizzi di estendere la giurisdizione esclusiva anche alla fase di esecuzione del contratto, alla stessa stregua di quello che accade per le controversie in materia di accordi tra privati e p.a. (cfr.l'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, CPA), sottoponendolo altresì al rito speciale ed abbreviato di cui all'art. 120 CPA.

In attesa di un ipotetico ed eventuale intervento del legislatore, saranno ancora una volta la concreta applicazione della misura e le successive esperienze giurisprudenziali a colmare dubbi e lacune legislative.