

Sulla giurisdizione in ordine all'esercizio del diritto di recesso che la normativa sulla "spending review" conferisce alle stazioni appaltanti

Claudio Santarelli^(*)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'orientamento della Cassazione. - 3. Il diritto di recesso del soggetto pubblico. - 4. I precedenti giurisprudenziali

1. Premessa

Oggetto del presente approfondimento è l'annoso problema interpretativo circa la spettanza della giurisdizione del giudice ordinario o del giudice amministrativo relativamente alle controversie insorte una volta che il contratto pubblico sia stato sottoscritto dalle parti.

Come noto, l'art. 133 del codice del processo amministrativo (d.lgs. luglio 2010, n. 104), nel disciplinare l'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, stabilisce che siano in essa rientranti, fra le altre, le controversie "*relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle*

.....
^(*) Avvocato.

sanzioni alternative", nonché quelle relative "al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, [...] ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto".

Il novero delle controversie afferenti la fase dell'esecuzione del contratto sono nondimeno molteplici e per esse si tratta allora di qualificare correttamente le situazioni giuridico soggettive coinvolte ed i poteri esercitati dal soggetto pubblico, al fine di poter determinare se la giurisdizione sia devoluta al g.o. piuttosto che al g.a., nell'esercizio della giurisdizione generale di legittimità.

Di recente, poi, la giurisprudenza ha avuto modo di occuparsi, nello specifico, dell'esercizio del diritto di recesso da parte del soggetto pubblico, in virtù della previsione di cui all'art. 1, comma 13, del d.l. n. 135 del 2012, che ha dettato disposizioni per la c.d. "pending review", conferendo alle pubbliche amministrazioni uno strumento di scioglimento del vincolo contrattuale al fine di aderire alle condizioni (eventualmente) più vantaggiose delle convenzioni stipulate da Consip, centrale di committenza.

2. L'orientamento della Cassazione

L'orientamento generale delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. 27 gennaio 2014, n. 1530; 11 gennaio 2011, n. 391; 17 dicembre 2008, n. 29425) è molto chiaro ed è quello per cui:

a) nelle procedure connotate da concorsualità aventi ad oggetto l'affidamento di lavori, servizi e forniture, è indiscutibile la piena operatività della giurisdizione esclusiva del g.a., per cui spetta a quest'ultimo conoscere dei comportamenti ed atti assunti prima della aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, tra tali atti essendo compreso anche quello di revoca della aggiudicazione stessa;

b) per la successiva fase contrattuale afferente l'esecuzione del rapporto - fase aperta dalla stipula, nella quale si è entrati a seguito della conclusione, con l'aggiudicazione, di quella pubblicistica - la giurisdizione sarebbe invece devoluta al g.o., quale giudice dei diritti soggettivi ⁽¹⁾.

.....
(1) Cass. civ. Sez. Un., 17 dicembre 2008, n. 29425: "... in questa seconda fase, pur strettamente connessa con la precedente, e ad essa consequenziale, che ha inizio con l'incontro delle volontà delle parti per la stipulazione del contratto, e prosegue con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione

Così è stato ovviamente ricondotto alla cognizione del g.o. l'utilizzo da parte del soggetto pubblico dei comuni strumenti contrattuali, quali ad esempio quelli di cui all'art. 1373 ⁽²⁾ c.comma e all'art. 1671 ⁽³⁾ c.comma Nondimeno, nel codice dei contratti pubblici sono previste norme con tratti di specialità. Ci si riferisce a norme collocate nella Parte II, Titolo III del codice (Disposizioni ulteriori per i contratti relativi ai lavori pubblici) relative alla disciplina del recesso dal contratto e della sua risoluzione, ai sensi, rispettivamente, degli articoli 134 e 135-136 del codice. In questo contesto, la specialità della disciplina del recesso emerge non soltanto perché, a fronte della generale previsione civilistica (art. 1373 c.comma), il legislatore ne ha ritenuto necessaria una specifica nella legge sul procedimento (art. 21-*sexies* ⁽⁴⁾), 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.comma ⁽⁵⁾.

Ecco allora che, in linea generale, i poteri di intervento di cui l'amministrazione dispone per incidere sul contratto concluso, laddove vadano ad incidere unilateralmente sul vincolo contrattuale, ma siano privi di natura provvedimentale ed autoritativa, devono comunque essere ricondotti nell'alveo dell'autotutela privata (cfr. *ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2014, n. 4025; Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2009, n. 8).

.....

ne, infatti, i contraenti – p.a. e privato – si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto. Sicché è proprio la costituzione di detto rapporto giuridico di diritto comune a divenire l'altro spartiacque fra le due giurisdizioni, quale primo atto appartenente a quella ordinaria, nel cui ambito rientra con la disciplina posta dall'art. 1321 c.comma e segg.; e che perciò comprende non soltanto quella positiva sui requisiti (art. 1325 c.comma e segg.) e gli effetti (art. 1372 c.comma e segg.), ma anche l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute (così la sentenza n. 27169/07 S.U.)”.

(2) Art. 1373 c.comma (recesso unilaterale):

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

(3) Art. 1671 c.comma (recesso unilaterale dal contratto):

“Il committente può recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti del mancato guadagno”.

(4) Art. 21-*sexies* (recesso dai contratti):

“Il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto”.

(5) Prevedendo il preavviso all'appaltatore e, quanto agli oneri, la forfetizzazione 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” mentre, per il citato art. 1671 c.comma, il lucro cessante è dovuto per intero (“il mancato guadagno”) e per il danno emergente vanno rimborsate tutte le spese sostenute.

Importante evidenziare come la Corte di Cassazione abbia anche affermato al riguardo che tutte le vicende successive alla stipulazione del contratto diano luogo a questioni relative alla sua validità ed efficacia anche se formalmente dovute all'esercizio di poteri pubblicistici in autotutela. Con la stipula del contratto si costituisce infatti 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 cui il riscontro di sopravvenuti motivi di inopportunità della realizzazione dell'opera si riconduce all'esercizio del potere contrattuale di recesso, previsto dalla normativa sugli appalti pubblici, con scelta che si riverbera sul contratto in quanto potere contrattuale del committente di recedere da esso, cosicché l'atto di revoca dell'aggiudicazione, ciò nonostante adottato, risulta lesivo del diritto soggettivo del privato in quanto incidente sul sinallagma funzionale (cfr. Cass. SS.UU. 17 dicembre 2008, n. 29425).

Anche il Supremo Consesso Amministrativo (Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14) ha stabilito che, intervenuta la stipulazione del contratto per l'affidamento dell'appalto pubblico, l'amministrazione non possa esercitare il potere di revoca della delibera di affidamento (ossia l'autotutela amministrativa) dovendo operare con l'esercizio del diritto di recesso.

In particolare, secondo i giudici di Palazzo Spada, deve ritenersi insussistente in fase di esecuzione il potere di revoca, poiché il presupposto di questo potere è la diversa valutazione dell'interesse pubblico a causa di sopravvenienze. Sennonché, il medesimo presupposto è anche alla base del recesso in quanto potere contrattuale basato su sopravvenuti motivi di opportunità, per cui la specialità della previsione del recesso di cui all'art. 134 del codice dei contratti pubblici preclude, di conseguenza, l'esercizio della revoca. Se infatti, nell'ambito della normativa che regola l'attività dell'amministrazione nella fase del rapporto negoziale di esecuzione del contratto pubblico, 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 effetto analogo sul piano giuridico (la cessazione *ex nunc* del rapporto negoziale).

In caso contrario la norma sul recesso sarebbe sostanzialmente inutile, risultando nell'ordinamento - che per definizione reca un sistema di regole destinate a operare - una norma 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 in tale modo nel rapporto una posizione comunque privilegiata.

Fanno invece eccezione alla regola generale della giurisdizione del g.o. per le controversie afferenti la fase esecutiva del contratto quelle ipotesi in cui al soggetto pubblico sarebbe conferito il potere di incidere unilateralmente sul contratto per motivi di interesse pubblico, ma – per l'appunto – con la rimessione alla valutazione discrezionale della pubblica amministrazione della convenienza o dell'opportunità di recedere dal contratto.

Secondo la giurisprudenza, anche delle Sezioni Unite della Cassazione, la deliberazione di un ente pubblico di recedere dal contratto di appalto consequenziale all'informativa del Prefetto, resa ai sensi del d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, art. 10, sarebbe, ad esempio, proprio espressione di un potere di valutazione di natura pubblicistica, diretto a soddisfare l'esigenza di evitare la costituzione o il mantenimento di rapporti contrattuali, fra i soggetti indicati nell'art. 1 del medesimo d.P.R. e le imprese, nei cui confronti emergano sospetti di legami con la criminalità organizzata.

Conseguentemente, trattandosi di atto estraneo alla sfera del diritto privato, in quanto espressione di un potere autoritativo di valutazione dei requisiti soggettivi del contraente, il cui esercizio è consentito anche nella fase di esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 11, comma 2 del cit. d.P.R., la relativa controversia appartiene alla giurisdizione del g.a. (cfr. *ex multis*: Cass. SS.UU. 27 gennaio 2014, n. 1530; Cons. Stato, sez. III, 21 luglio 2014, n. 3873). In sostanza, pertanto, a fronte della valutazione discrezionale del contraente pubblico, che tenga conto del pubblico interesse, la controparte privata vanterebbe un mero interesse legittimo, in quanto tale conoscibile solo dal g.a. nell'esercizio della giurisdizione generale di legittimità.

3. Il diritto di recesso del soggetto pubblico

Premesso quanto sopra, veniamo quindi ad analizzare il diritto di recesso che l'art. 1, comma 13, del d.l. n. 135 del 2012 conferisce al soggetto pubblico e che costituisce la problematica affrontata dalla sentenza che si annota.

La norma predetta stabilisce che: *“le amministrazioni pubbliche che abbiano validamente stipulato un autonomo 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 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 è nullo. Il diritto di recesso si inserisce automaticamente nei contratti in corso ai sensi dell'articolo 1339 c.comma, anche in deroga alle eventuali clausole difformi apposte dalle parti. [...]

Come noto, il legislatore si è posto un obiettivo ambizioso, dichiarato già dalla rubrica della legge, che è quello di non ridurre i servizi erogati ai cittadini, ma di evitare gli sprechi razionalizzando la gestione della spesa pubblica. In quest'ottica si è cercato di valorizzare ulteriormente i benefici a quest'ultima derivanti dall'istituto delle centrali di committenza, che consente di aggregare la domanda, al fine di spuntare migliori condizioni e di ridurre anche i costi di gestione delle gare. È in tale prospettiva, dunque, che il comma 13 dell'art. 1 del d.l. n. 135 del 2012 conferisce al soggetto pubblico la possibilità di recedere dal contratto già stipulato per usufruire delle condizioni migliorative di una convenzione attivata da Consip.

Si tratta, però, di capire se a fronte del recesso dell'amministrazione il contraente privato vanti una posizione giuridica di diritto soggettivo o di interesse legittimo. In altre parole la domanda da porsi è: il soggetto pubblico che recede ai sensi della normativa citata esercita un potere autoritativo di natura pubblicistica o piuttosto una forma di autotutela privata, sia pure speciale rispetto ai diritti e alle facoltà che il diritto civile attribuisce ai privati?

4. I precedenti giurisprudenziali

V'è da dire che i precedenti giurisprudenziali sul punto specifico sono pochi. Solo in un caso (T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 15 aprile 2013, n. 1965) il g.a. ha ritenuto di non declinare la propria giurisdizione in favore del g.o., ritenendo che il recesso *de quo* fosse per l'appunto da ricondurre nell'alveo della categoria giuridica rappresentata dal binomio "potere autoritativo del soggetto pubblico/soggezione del privato".

In particolare, il tribunale amministrativo partenopeo evidenziava sul punto proprio che il potere previsto dall'art. 1, comma 13, d.l. n. 95 del 2012 debba essere qualificato come un potere autoritativo e di natura pubblicistica.

Benché la legge lo definisca come diritto di recesso, secondo il T.A.R. di Napoli sarebbe infatti evidente che la p.a. sia tenuta ad una valutazione sulla maggior convenienza dell'adesione alla convenzione Consip rispetto al contratto già stipulato, nonché a comunicare

formalmente all'appaltatore tale recesso, al fine di metterlo in condizione di modificare le condizioni economiche offerte. Ne discenderebbe che, piuttosto che un diritto potestativo di natura civilistica, tale recesso andrebbe configurato come un potere pubblicistico, appositamente procedimentalizzato. In questo senso deporrebbe anche il fatto che un simile potere (ossia quello di recedere da un contratto semplicemente perché non lo ritiene più conveniente), in un'ottica prettamente civilistica, apparirebbe "anomalo" e necessiterebbe di una espressa previsione da parte di una clausola contrattuale debitamente negoziata tra le parti.

Il Consiglio di Stato (sez. VI, 17 marzo 2014, n. 1312) riformava la sentenza del tribunale regionale campano, rilevando il difetto di giurisdizione del g.a. I giudici di Palazzo Spada, in particolare, premettevano una considerazione di carattere generale in cui evidenziavano che la p.a., come soggetto giuridico, può ovviamente agire non solo in forma autoritativa, ma anche in base ai modelli interpretati, restando soggetta in quest'ultimo caso alle medesime regole vigenti per i privati nei loro rapporti⁽⁶⁾.

Secondo la predetta pronuncia del Consiglio di Stato, tuttavia, l'art. 1, comma 13, del d.l. n. 135 del 2012 non attribuirebbe al soggetto pubblico una potestà di intervento *ab extra* sul rapporto contrattuale in forma e modalità autoritativa, in modo tale da svincolarsi dagli obblighi assunti per affermate esigenze di interesse pubblico.

Non confermerebbero tale indirizzo infatti, secondo il Collegio, né il testo, né la *ratio* della norma *de qua*: il primo perché conferisce appunto alla p.a. un "diritto di recesso" e la seconda (coincidente con la possibilità di ottenere prestazioni "migliorative", in base ai parametri delle convenzioni stipulate da Consip) poiché detta finalità viene perseguita con una fattispecie di recesso unilaterale del contratto, che costituirebbe mera specificazione di quanto comunque consentito al committente, nell'ambito dei contratti di appalto, a norma dell'art. 1671 c.comma

Ne discenderebbe una "tipizzazione" dell'interesse pubblico, per

.....
(6) "Tale dualismo emergerebbe in modo evidente nella materia contrattuale, che vede l'amministrazione soggetta a regole dettate nell'interesse pubblico per la scelta dell'altro contraente, con applicazione però delle norme di diritto privato dopo l'instaurazione del rapporto negoziale, fonte di diritti soggettivi e di correlativi obblighi fra le parti. A tale differente linea concettuale corrisponde il riparto di giurisdizione, che assegna al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva in materia di "affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, svolti da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria, ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale" (cfr. art. 244 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nonché art. 133, comma 1, lettera e), n. 1 cod. proc. amm.), mentre spetta al giudice ordinario la cognizione su controversie, attinenti alla fase esecutiva del contratto (cfr. fra le tante, Cons. Stato, V, 10 febbraio 2010, n. 691; sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 469; Cass. SS.UU. 22 agosto 2007, ord. n. 17829)".

cui sono già assicurate dalla norma ricognitiva del diritto di recesso (*lex specialis* rispetto al citato art. 1671 c.comma) le stesse finalità di perseguimento di economie di scala e di omogeneità dei costi delle forniture e dei servizi, commissionati da pubbliche amministrazioni tramite un centro specializzato per i loro approvvigionamenti con inerente contrattazione centralizzata, in capo a una figura, organizzativa (Consip) istituita per un tale scopo. Il recesso - la cui previsione si inserisce nel contratto in forza di una clausola inserita *ex lege* a norma dell'art. 1339 c.comma - costituisce, pertanto, esercizio di un potere a carattere contrattuale dell'amministrazione e non espressione di una potestà pubblica, che sarebbe in sé estrinseca al sinallagma contrattuale.

L'orientamento così tracciato dal Consiglio di Stato con la citata pronuncia della sez. VI, 17 marzo 2014, n. 1312, è stato più di recente confermato e rafforzato dai giudici di Palazzo Spada con la sentenza sez. V, 22 maggio 2015, n. 2562 (confermativa di T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 15 aprile 2014, n. 391).