**Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto**

**SOMMARIO: Introduzione - I Capitolo -** *Disciplina della contrattazione pubblica: le diverse fasi.* 1. La fase pubblicistica della scelta del contraente. 2. Stipula del contratto. 3. Raffronto tra appalto di diritto pubblico e appalto di diritto privato. **II Capitolo -** *Conseguenze dell’annullamento.* 1. Esiti del contratto e categorie civilistiche: nullità, annullabilità, inefficacia del contratto di diritto privato in rapporto con appalto pubblico. 1.1. Possibile revoca dell’aggiudicazione: la responsabilità precontrattuale. 2. Annullamento in via giurisdizionale ed in via di autotutela del bando: problematiche ed effetti sulla aggiudicazione. 3. Poteri del giudice amministrativo sul contratto pubblico e questione della giurisdizione. 3.1. Declinazione della giurisdizione nelle vicende che si collocano tra aggiudicazione e stipula contratto: giurisprudenza recente. **III Capitolo -**  *Profili processuali.* 1. L’ampiezza del sindacato attribuito al giudice in sede cautelare. 2. Possibili esiti del giudizio a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione. 2.1 La facoltà del giudice di graduare la decorrenza dell'inefficacia anche nel caso di riedizione della gara. 2.2 La dichiarazione di inefficacia con accoglimento della domanda di subentro. 2.3 Brevi cenni in materia di tutela in forma specifica o risarcimento per equivalente. 2.4 Il ruolo del giudice dell’ottemperanza. **Bibliografia**

**INTRODUZIONE**

L’ordinamento riconosce allo Stato e alle pubbliche amministrazioni una capacità giuridica generale di diritto privato, fermo restando la sussistenza di limiti naturali e giuridici; le Pubbliche Amministrazioni, nel perseguire una finalità di interesse pubblico, possono essere titolari di situazioni giuridiche attive e passive, al pari di qualsiasi soggetto privato che stipuli negozi di diritto comune. In particolare, tra i contratti stipulati dalle Pubbliche Amministrazioni, rilevano quelli ad evidenza pubblica, caratterizzati da una commistione tra regole di diritto privato e di diritto pubblico che sottendono alle diverse fasi della procedura.

Il sistema di evidenza pubblica - retto dunque da norme di carattere pubblicistico atte a regolare l’attività contrattuale dell’amministrazione *in primis* nella fase di scelta del contraente – prevede che l’amministrazione stessa agisca da autorità imparziale, nel rispetto del principio di trasparenza *ex* art. 97 Cost., e da autorità neutrale, tale da individuare la proposta dell’operatore che meglio soddisfi l’interesse pubblico, al cui perseguimento è volta la gara.

Nel presente studio si analizzerà, in generale, il procedimento contrattuale pubblico, ripercorrendo le diverse fasi della procedura pubblica; in particolare, si esaminerà la fase pubblicistica inerente la scelta del contraente privato, finalizzata all’individuazione del miglior offerente che assicuri il perseguimento dell’interesse pubblico sotteso alla gara, nonché la tutela dei valori dell’imparzialità e della concorrenza.

Terminata la procedura di selezione, la stazione appaltante procederà alla stipula del contratto pubblico, che costituisce lo spartiacque tra fase pubblicistica e quella privatistica, attinente essenzialmente all’esecuzione del contratto stesso.

In tale fase, l’amministrazione e l’aggiudicataria si trovano in una posizione di parità, il cui rapporto soggiace a regole di diritto comune; tuttavia, è possibile rinvenire la presenza di esigenze pubbliche, che impone alla stazione appaltante il rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

Nella seconda parte del presente studio, si esaminerà il profilo relativo al rapporto tra annullamento dell’aggiudicazione e il regime del contratto.

Nello specifico, si prenderanno le mosse dalle diverse teorie elaborate, aventi per oggetto l’individuazione degli effetti dell’annullamento sul contratto stipulato: esse riguardano la nullità, annullabilità, inefficacia dello stesso, nonché la caducazione automatica degli effetti dell’aggiudicazione.

Si analizzeranno, inoltre, i poteri del giudice amministrativo sul contratto pubblico, partendo dall’art. 133 del comma 1 lettera e) c.p.a., che devolve al giudice amministrativo, in sede esclusiva, le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici ivi incluse quelle risarcitorie; risulterà necessario, inoltre, ripercorrere brevemente le diverse tappe giurisprudenziali per soffermarsi, in seguito, alla recentissima sentenza del Tar Lazio, Sez. II *bis*, n. 1737/2021, con cui si riconosce al giudice amministrativo, in conseguenza dell’annullamento dell’aggiudicazione, la facoltà di modulare gli effetti della dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto.

Nell’ultima parte, infine, si approfondiranno i profili processuali, ampiamente discussi sia in dottrina che giurisprudenza, riguardanti le procedure di affidamento degli appalti pubblici, con particolare attenzione all’ampiezza del sindacato attribuito al giudice della cautela. Inoltre, si affronteranno i profili critici concernenti il potere del giudice nell’ipotesi di annullamento dell’aggiudicazione con conseguente riedizione della gara: sul punto, rileva l’art. 122 c.p.a., secondo cui «*il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza [...] nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta*»; dopo ampi dibattiti giurisprudenziali, come si vedrà nel dettaglio, è stato riconosciuto il principio secondo cui è sempre rimessa al giudice amministrativo la valutazione circa l’inefficacia del contratto, anche nell’ipotesi in cui la sussistenza del vizio dell’aggiudicazione comporti l’obbligo di rinnovare la gara.

Nel caso in cui il giudice non disponga l’inefficacia del contratto e quest’ultimo sia stato stipulato con un concorrente individuato in maniera illegittima, l’art. 124 c.p.a. prevede che il ricorrente non aggiudicatario possa essere risarcito per equivalente; e ancora, il secondo comma del succitato articolo, dispone che nel caso in cui la parte non ha formulato domanda di subentro, il giudice possa valutare tale comportamento ai sensi dell’art. 1227 del codice civile. Mentre, in caso di parziale esecuzione del contratto da parte dell’aggiudicatario illegittimo, si può disporre il concorso tra i due tipi di risarcimento, ossia il subentro nel contratto e il risarcimento per equivalente per la parte di contratto già svolta.

In ultimo, è stato analizzato il ruolo del giudice dell’ottemperanza, quale giudice competente a statuire circa la dichiarazione di inefficacia del contratto e le conseguenti statuizioni che ne derivano, la cui competenza è stata riconosciuta per merito delle numerose pronunce giurisprudenziali intervenute sul tema.

**I Capitolo**

***Disciplina della contrattazione pubblica: le diverse fasi.***

**1.** **La fase pubblicistica della scelta del contraente.**

La complessa disciplina relativa alla contrattazione pubblica è oggi contenuta all’interno del d.lgs. n. 50/2016, il c.d. Codice dei Contratti Pubblici e successive modifiche, in cui è possibile rinvenire la distinzione delle diverse fasi della procedura che conduce alla conclusione di un contratto pubblico; un ulteriore contributo alla disciplina in questione viene, inoltre, offerto dalle linee guida n. 4 dell’ANAC, che danno di fatto attuazione a quanto contenuto nel Codice dei Contratti pubblici: in particolare, si occupano principalmente delle procedure di affidamento sotto la soglia comunitaria, dei principi rilevanti applicabili, oltre che ad offrire approfondimenti su tematiche quali la rotazione degli appalti, operatori economici già invitati, indagini di mercato ed elenchi dei fornitori.

La *ratio* della disciplina è quella di rispondere all’esigenza di assicurare il perseguimento di un interesse pubblico - nonché la *par condicio* dei possibili concorrenti – all’interno di un campo di azione retto anche da moduli privatistici.

L’affidamento dei contratti pubblici avviene nel rispetto di principi di derivazione comunitaria, quali quello di trasparenza, parità di trattamento, imparzialità, libera concorrenza e non discriminazione; la peculiarità della contrattazione pubblica concerne sia la modalità di formazione del consenso della Pubblica Amministrazione, sia la scelta del contraente: esse avvengono attraverso la c.d.procedura ad evidenza pubblica.

All’interno dell’*iter* di procedimentalizzazione dell’attività negoziale della Pubblica Amministrazione si può operare una distinzione tra una fase propriamente pubblicistica, che vede la prima agire come autorità, ed una fase privatistica, in cui il privato e l’amministrazione sono su un piano di parità ed i rapporti sono disciplinati dal diritto privato: a dividere le due fasi è il momento della stipulazione del contratto.

Con riferimento alla prima fase, il Codice dei Contratti Pubblici prevede, ai sensi dell’art. 32, che, prima dell’avvio dell’affidamento dei contratti pubblici, la stazione appaltante debba procedere all’adozione di una determinazione a contrarre, o di un atto equivalente, in cui siano indicati:

* Gli elementi essenziali del contratto;
* I criteri di selezione degli operatori economici;
* I criteri di selezione delle offerte, ossia il criterio del prezzo più basso o dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Sovente oggetto di discussione è stata la natura giuridica della determinazione a contrarre: secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, si tratterebbe di un atto amministrativo di tipo programmatico a rilevanza esclusivamente interna e di conseguenza non idoneo a produrre effetti verso terzi; da ciò ne deriverebbe la sua non immediata impugnabilità[[1]](#footnote-1).

Il primo atto a rilevanza esterna è rappresentato dal bando di gara, il quale indica il tipo di procedura e l’oggetto del contratto; esso costituisce la *lex specialis* della procedura di gara e detta le regole per la selezione del contraente, rappresentando un autovincolo per la stazione appaltante stessa che non può, dunque, disattenderlo.

Ciascun concorrente può presentare una sola offerta, in quanto vige il principio di unicità dell’offerta, la cui funzione, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, è duplice: da una parte garantire l’effettività del principio della *par condicio* dei concorrenti, dall’altra rilevare la miglior offerta nella gara[[2]](#footnote-2).

In riferimento al settore degli appalti pubblici, il Codice dei Contratti Pubblici, all’art. 95, disciplina i criteri di aggiudicazione degli appalti, ossia quello del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rimettendo alle stazioni appaltanti la potestà discrezionale di scelta tra i due, potestà che, tuttavia, non opera illimitatamente: il suddetto articolo prevede, al primo comma, che tali criteri «*garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. Le stazioni appaltanti verificano l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti*». Il d.lgs. n. 50/2016 – così come modificato dal c.d. correttivo del 2017 – si è indirizzato verso la predilezione dell’offerta economicamente più vantaggiosarispetto al criterio del minor prezzo, identificando il primo nel miglior rapporto qualità-prezzo, criterio da utilizzarsi obbligatoriamente per le seguenti categorie *ex* art. 95, comma 3:

- i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall’art. 50 comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. *a);*

- i contratti relativi all’affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro.

Invero, il criterio del prezzo più basso è previsto, in via residuale, per le ipotesi contemplate dall’art. 95, quarto comma:

- fermo restando quanto previsto dall’articolo 36, comma 2, lettera *d),* per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l’affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo; in tali ipotesi, qualora la stazione appaltante applichi l’esclusione automatica, la stessa ha l’obbligo di ricorrere alle procedure di cui all’articolo 97, commi 2 e 8;

- per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato;

- per i servizi e le forniture di importo fino a 40.000 euro, nonché per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e sino alla soglia di cui all’articolo 35 solo se, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

La fase di scelta del contraente si conclude – ai sensi dell’art. 32 del Codice dei contratti pubblici – con la proposta di aggiudicazione, con cui di fatto si concludono le operazioni di gara attraverso la redazione dell’ultimo verbale contenente una formula di remissione all’organo competente per l’approvazione della proposta di aggiudicazione; secondo un orientamento giurisprudenziale, l’organo competente è la commissione di gara, il cui compito «*si concretizza nella c.d. aggiudicazione provvisoria (oggi, proposta di aggiudicazione) e si esaurisce soltanto con l'approvazione del suo operato da parte dei competenti organi dell'amministrazione appaltante, mediante adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva*»*.* (cfr. Tar Lazio, Roma II-*ter* n. 5613 del 10 maggio 2017).

La proposta di aggiudicazione viene, poi, sottoposta alle verifiche di cui all’art. 33, comma 1, ovvero all'approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante, nel rispetto dei termini dallo stesso previsti o, in assenza, nel termine legale di trenta giorni; decorso inutilmente tale termine – che viene interrotto nel caso in cui siano richiesti chiarimenti/integrazioni – si perviene all’approvazione *per silentium* della proposta di aggiudicazione, ossia un atto endoprocedimentale non conclusivo del procedimento e, in quanto tale, non soggetto ad autonoma impugnazione[[3]](#footnote-3).

Una volta approvata la proposta di aggiudicazione, la stazione appaltante provvede all’aggiudicazione che costituisce un provvedimento autonomo con rilevanza esterna che comporta, dunque, una nuova valutazione dei fatti e delle circostanze concernenti il procedimento di gara. L’efficacia dell’aggiudicazione, ai sensi dell’art. 32 comma 7, è subordinata alla verifica, nei confronti dell’aggiudicatario, del possesso dei requisiti - di ordine generale, tecnici, finanziari ed operativi – ai fini della stipulazione.

**2. La stipula del contratto.**

Una volta divenuta efficace l’aggiudicazione[[4]](#footnote-4), la stazione appaltante e l’aggiudicataria procedono alla stipula del contratto, che deve avvenire nel termine di sessanta giorni, salvo che non sia diversamente previsto dal bando, dall’invito ad offrire ovvero dall’accordo delle parti[[5]](#footnote-5); il comma 8, dell’art. 32, del d.lgs. n. 50/216 stabilisce infatti che «*divenuta efficace l’aggiudicazione, e fatto salvo l’esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni* *salvo diverso termine previsto nel bando o nell’invito ad offrire, ovvero l’ipotesi di differimento espressamente concordata con l’aggiudicatario, purché comunque giustificata dall’interesse alla sollecita esecuzione del contratto. (…) Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l’aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All’aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate».* Ne deriva, dunque, che – in relazione all’ultima parte del summenzionato articolo – la posizione del privato alla stipula del contratto si configura come interesse legittimo, a cui consegue la possibilità per l’impresa aggiudicataria di esperire l’azione contro il silenzio dell’amministrazione, ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., volta ad ottenere la declaratoria dell’obbligo di provvedere per la stazione appaltante.

In tema di stipulazione del contratto pubblico, rileva una tipologia di termine dilatorio, prima del decorso del quale la stazione appaltante non può procedere alla sottoscrizione del contratto, ossia il c.d. *stand still* processuale, previsto dall’art. 32, comma 11, del Codice dei contratti pubblici[[6]](#footnote-6). Si tratta di una regola volta a tutelare l’interesse del concorrente non aggiudicatario che ha impugnato l’aggiudicazione, al fine di garantirgli una tutela piena ma che, allo stesso tempo, non comprometta il perseguimento dell’interesse pubblico: infatti resta fermo l’interesse dell’aggiudicatario – così come quello dell’amministrazione – alla celere stipulazione del contratto; sul punto si è pronunciato anche il Consiglio di Stato, sez. V, 09.09.2020 n. 5420, il quale ha ritenuto che «*3.2. Lo stand still comporta, allora, un impedimento procedimentale, ma, proprio per la necessità di bilanciare gli opposti interessi in precedenza descritti, delimitato alla stipulazione del contratto e non, invece, alle altre attività prodromiche alla stipulazione stessa quali la verifica dei requisiti ed ogni altro obbligo previsto dalla legge di gara a carico dell’aggiudicatario. Sarebbe, infatti, eccessivamente pregiudicato l’interesse dell’amministrazione, e quello dello stesso aggiudicatario, se, nel tempo di durata dello stand still, non fosse consentito, oltre alla stipulazione del contratto, alcun’altra attività procedurale, considerato che ne verrebbe l’inevitabile allungamento dei tempi per la stipulazione quando, terminato il periodo di stand still per reiezione dell’istanza cautelare o per le altre ragioni previste dal legislatore, detta stipulazione divenisse subito possibile».*

Preme sottolineare, inoltre, che il legislatore ha previsto un’ulteriore ipotesi in cui il contratto non può essere stipulato, ossia in caso di proposizione del ricorso, secondo quanto previsto dal comma 11, art. 32 del d.lgs. n. 50/2016: «*è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, (..) dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva.* *L’effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell’articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo di cui all’Allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l’esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all’immediato esame della domanda cautelare».*

Con la sottoscrizione del contratto - secondo la forma scritta *ad substantiam* - si perfeziona la volontà negoziale della Pubblica Amministrazione: in particolare, sorgono obblighi di reciproca lealtà di condotta tra le parti, che si trovano, dunque, in una condizione di parità, a partire dal procedimento di formazione del contratto fino alla sua esecuzione[[7]](#footnote-7).

Soltanto con la sottoscrizione dello stesso viene attribuito valore conclusivo al contratto e alla procedura di evidenza pubblica, costituendo tale momento, dunque, lo spartiacque tra giurisdizione amministrativa e quella civile e sancendo la pariteticità delle posizioni tra stazione appaltante e aggiudicataria[[8]](#footnote-8).

**3. Raffronto tra appalto di diritto pubblico e appalto di diritto privato**

Prima di soffermarsi sulle differenze tra appalto pubblico e privato, è necessario analizzare la nozione *de qua*, sottolineandone i caratteri principali; l’appalto è un contratto bilaterale che può essere stipulato tra due soggetti privati, oppure da un soggetto pubblico con un soggetto privato o, ancora, con un altro soggetto pubblico. Deve essere realizzato ad opera d’arte, nel rispetto dei termini e delle modalità previste dalle parti che si impegnano reciprocamente dietro un corrispettivo, che viene determinato globalmente per l’intera opera, per la singola unità di misura oppure in forma mista.

Una prima differenza tra il contratto di appalto pubblico e di appalto privato si rinviene, *in primis*, a livello normativo, essendo quest’ultimo disciplinato all’interno dell’art. 1655 e seguenti del codice civile, e definito come segue: *«L’appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un’opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro»*. Il primo, al contrario, attiene al settore della contrattualistica pubblica, trovando puntuale disciplina all’interno del Codice dei contratti pubblici[[9]](#footnote-9): è un contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, fornitura di prodotti o prestazione di servizi[[10]](#footnote-10).

Protagonisti di un contratto di appalto pubblico sono, dunque, le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici[[11]](#footnote-11): il contratto di appalto, invero, rappresenta l’ultimo step di una complessa procedura che ha inizio con l’indizione – da parte della pubblica amministrazione - di una gara pubblica d’appalto per la realizzazione di un’opera pubblica o l’acquisizione di beni o servizi da privati. La gara di appalto pubblico si ispira, necessariamente, ai principi di trasparenza, concorrenza e meritocrazia tra gli operatori economici partecipanti; si inizia con la pubblicazione di un bando pubblico, a cui segue la risposta delle imprese interessate, che possiedono i requisiti richiesti.

In un appalto privato, ai soggetti viene riconosciuta ampia libertà di scelta nella determinazione dell’oggetto del contratto e del *quantum* economico; invero, un contratto di appalto pubblico è il risultato di una procedura di conferimento di aggiudicazione, la cui prima fase è interamente pubblica, caratterizzata, dunque, da una sequenza procedimentale di atti volti alla scelta del miglior offerente, la cui *ratio* va ricercata nel perseguimento di un interesse pubblico che deve orientare necessariamente l’attività discrezionale della pubblica amministrazione. Tale fase è, dunque, retta da regole di diritto pubblico, in cui devono trovare giusta applicazione il rispetto dei seguenti principi:

* Principio di trasparenza, in virtù del quale, deve essere garantita la pubblicità di ogni fase prodromica e successiva della gara;
* Principio della libera concorrenza, nel rispetto altresì del diritto comunitario, che assicura, dunque, la libera partecipazione di ogni operatore economico alle gare. Tale principio è, a sua volta, strettamente connesso al divieto di discriminazione, che opera laddove siano stati fissati criteri, all’interno della *lex specialis*, che possano favorire o sfavorire taluni operatori;
* Principio di economicità, alla luce del quale, la pubblica amministrazione è tenuta a fare un uso razionale delle risorse a sua disposizione al fine di non aggravare il procedimento e accrescere, allo stesso tempo, l’efficienza della spesa pubblica.

Alla luce di quanto delineato, nonostante vi siano delle differenze sostanziali attinenti alla procedura di affidamento degli stessi, si può affermare che tra le due tipologie di appalti sussista un rapporto di specialità, in quanto lo schema in cui rientrano i contratti pubblici stipulati dalla Pubblica Amministrazione, ingloba i caratteri di matrice negoziale previsti per il contratto di appalto privato, così come definito all’interno dell’art. 1655 cc, con la peculiarità di presentare, tuttavia, due elementi ulteriori rispetto a quest’ultimo: l’utilizzo di risorse pubbliche e la spendita di tale denaro al fine di perseguire un interesse pubblico facente capo alla collettività[[12]](#footnote-12).

**II Capitolo**

***Conseguenze dell’annullamento.***

**1. Esiti del contratto e categorie civilistiche: nullità, annullabilità, inefficacia del contratto di diritto privato in rapporto con l’appalto pubblico.**

Risultano innumerevoli le ragioni sottostanti la problematica dei possibili esiti del contratto pubblico a seguito dell’annullamento della aggiudicazione[[13]](#footnote-13). Si tratta, in particolare, di ragioni legate alla effettività della tutela sia nei confronti dell’aggiudicatario sia del terzo pretermesso illegittimamente[[14]](#footnote-14).

Secondo la dottrina tradizionale maggioritaria, dall’annullamento dell’aggiudicazione discendeva l’annullabilità relativa del contratto stipulato *medio tempore* ai sensi dell’art. 1441 c.c. ed, in particolare, tale ricostruzione partiva dal presupposto che la procedura ad evidenza pubblica fosse finalizzata a garantire la scelta del miglior contraente tra tutti i partecipanti, conferendo centralità all’interesse pubblico[[15]](#footnote-15).

Così, la Corte di Cassazione inquadrava il fenomeno descritto nella tematica del vizio della legittimazione a contrarre da parte dell’organo che aveva espresso la volontà dell’ente[[16]](#footnote-16). Di qui, la tesi dell’annullabilità relativa del contratto ha caratterizzato la giurisprudenza del giudice ordinario, trovando riscontro anche nella giurisprudenza amministrativa[[17]](#footnote-17). Dunque gli atti amministrativi adottati nella procedura di evidenza pubblica - i quali precedono la stipulazione del contratto *iure privatorum* - rappresentano mezzi integranti la volontà dell’Amministrazione. Di conseguenza, i vizi insiti negli atti in questione risultano deducibili soltanto dalla Stazione Appaltante[[18]](#footnote-18) ai fini dell’ottenimento dell’annullabilità del contratto.

Sul punto, per alcuni, l’annullabilità era ritenuta riconducibile ad un vizio del consenso per errore essenziale e riconoscibile dell’Amministrazione sulla qualità di legittimo aggiudicatario del privato-contraente (artt. 1428 e 1429, n. 3 c.c.); per altri, in una sorta di incapacità a contrattare dell’amministrazione, ai sensi dell’art. 1425, comma 1° c.c., qualora fosse caducata la delibera a contrattare[[19]](#footnote-19). Altri ancora rinvenivano l’annullabilità in un difetto di legittimazione negoziale della pubblica amministrazione[[20]](#footnote-20), ma anche un tale orientamento è stato superato[[21]](#footnote-21).

Secondo differente interpretazione, invece, l’annullamento dell’aggiudicazione comportava la nullità del contratto di appalto *ex* art. 1418 e ss. c.c. Nello specifico, la nullità del contratto viene ricondotta ad una ipotesi di nullità strutturale per mancanza originaria del consenso da parte della amministrazione ovvero per difetto di causa e, infine, per impossibilità dell’oggetto.

Secondo l’orientamento del giudice amministrativo[[22]](#footnote-22), la sequenza procedimentale ricomprende differenti fasi che riprendono lo schema tipico di diritto privato della formazione del consenso, determinando, in questo modo, il bando come proposta contrattuale e l’aggiudicazione come accettazione della proposta. Pertanto l’accordo contrattuale si verrebbe a formare già al momento della aggiudicazione mentre la successiva stipula del contratto assumerebbe, in tal modo, valenza di mera rinnovazione del consenso già manifestato. Sicché l’annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione priverebbe il negozio giuridico in questione dell’elemento essenziale costitutivo dall’accordo. In tal senso, allora, il contratto sarebbe nullo per mancanza dell’accordo ai sensi del combinato disposto degli artt. 1428, comma 2, e 1325, comma 1, n. 1) c.c.. Tuttavia tale interpretazione non appare condivisibile, a seguito della interpretazione letterale del vecchio codice degli appalti, infatti, l’art. 11 del d. lgs 163/2006 ha previsto espressamente che *«l’aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell’offerta».*

Altra teoria, invece, prevede che la nullità del contratto per vizio relativo all’oggetto e, pertanto, per mancanza di uno dei requisiti di cui all’art. 1346 c.c. determinante la nullità assoluta del contratto ai sensi dell’art. 1418, comma 2, c.c. Così, il rispetto delle norme che disciplinano il procedimento di evidenza pubblica contribuisce a *«definire e rendere lecito ovvero giuridicamente possibile per la pubblica amministrazione contraente l’oggetto del contratto»*[[23]](#footnote-23), comportando la nullità del contratto per illiceità del suo oggetto. Applicando, poi, la nullità c.d. virtuale *ex* art. 1418 del codice civile, si determina un orientamento che ritiene che conseguenza diretta dell’annullamento della aggiudicazione sia la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative[[24]](#footnote-24).

In generale, dunque, esponendo la fattispecie al regime della nullità civilistica, si rinvengono il carattere della imprescrittibilità dell’azione *ex* art. 1422 c.c., determinando, in questo modo, la legittimazione di chiunque vi abbia interesse alla proposizione della relativa azione; ed ancora, la sua rilevabilità d’ufficio, art. 1421 c.c.

La terza tesi è quella dell’inefficacia[[25]](#footnote-25) che vede la caducazione degli atti della fase della formazione della volontà dell'amministrazione di concludere un contratto, quale momento in cui l’amministrazione stessa viene privata, *ex tunc*, della legittimazione a negoziare e di conseguenza, il contratto diventa *ab origine* inefficace se uno degli atti del procedimento viene a mancare[[26]](#footnote-26).

Secondo un’ultima ricostruzione giurisprudenziale[[27]](#footnote-27), l’annullamento dell’aggiudicazione comportava la caducazione automatica degli effetti della stipulazione. Secondo tale orientamento, infatti, l’annullamento dell'aggiudicazione faceva venire meno l’intero effetto-vicenda da esso derivante, a cominciare dal contratto di appalto, il quale non aveva una propria autonomia ma si limitava a riprodurre formalmente quanto già stabilito nell'atto di aggiudicazione. Il fondamento giuridico di una tale teoria è dato dal disposto di cui all’art. 16, co. 4 R.D. 2440/23, ai sensi del quale *«(...) i verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni effetto legale al contratto»*[[28]](#footnote-28). Sicché l’amministrazione risulterebbe, qualora ragioni oggettive lo impediscano, di non addivenire ad alcuna stipulazione del contratto[[29]](#footnote-29). Infatti, nella prassi, accadeva che gli enti locali inserissero nei disciplinari di gara deroghe espresse all’art. 16 R.D. 2440/23 e, pertanto, i giudici amministrativi furono quindi costretti a rivisitare la ricostruzione interpretativa, partendo non più dal citato art. 16, quanto piuttosto dall’art. 246, co. 4 del d.lgs. n. 163/2006. Secondo una nuova interpretazione della teoria, l’annullamento giurisdizionale dell’aggiudicazione comportava la caducazione automatica del contratto stipulato, *sub specie* di inefficacia successiva dichiarata dal giudice amministrativo, in quanto il negozio pienamente efficace al momento della nascita, diviene inefficace per il sopravvenire di una inidoneità funzionale in cui venga a trovarsi il programma negoziale per l'incidenza esterna di interessi giuridici preminenti, incompatibili con l’interesse interno negoziale[[30]](#footnote-30). La tesi è stata però superata, ancor prima della novella di cui al d.lgs. n. 53/2010 dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione che ha disciplinato che: *«la decisa caducazione degli effetti dei contratti (...) determina l’eccesso dei limiti esterni del potere giurisdizionale, non potendo il giudice amministrativo sostituirsi nelle determinazioni dell’amministrazione in ordine agli effetti del contratto stipulato in base ad una gara illegittimamente espletata e dovendo su tali effetti decidere solo il giudice ordinario»*[[31]](#footnote-31).

Tuttavia la nozione di inefficacia del contratto[[32]](#footnote-32) potrebbe essere ricondotta, nell’ordinamento civile, alla mancanza o alla perdita degli effetti giuridici di un negozio, fatto che però si riconnette – come conseguenza e non come categoria autonoma – ora alla nullità, all’annullabilità, alla risoluzione o rescissione del contratto, o al verificarsi di una condizione risolutiva[[33]](#footnote-33).

L’interpretazione giurisprudenziale è poi sostenuta anche dal Legislatore Comunitario con la Direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2007 in tema di miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. La Direttiva, in particolare, prevede alcuni casi in cui l’illegittimità delle procedure di affidamento deve essere sanzionata con l’inefficacia, da accertarsi da parte del giudice, lasciando, poi, agli Stati membri la facoltà di applicare sanzioni più o meno rigorose[[34]](#footnote-34).

In conclusione sul punto, la disciplina del contratto d’appalto pubblico, anche in una fase particolare dello stesso, relativa alla patologia derivata dalla illegittimità della procedura di gara, non sembra possa far deporre per una specialità della materia in sé e, di conseguenza, far propendere, forse, per la inutilità del faticoso sforzo di volerla rendere compatibile con il codice civile ed i suoi istituti tipici.

**1.1. Possibile revoca dell’aggiudicazione: la responsabilità precontrattuale.**

Alla fase di scelta del contraente e a quella della proposta di aggiudicazione, non necessariamente può seguire l’aggiudicazione vera e propria ai fini della stipula: infatti il raggiungimento di tale fase, non esclude che la stazione appaltante possa intervenire successivamente in autotutela e procedere alla revoca dell’aggiudicazione; prima del perfezionamento del contratto, infatti, è pacifico che l’aggiudicazione sia revocabile. In particolare, i presupposti per il corretto esercizio dello *ius poenitendi* si rinvengono, in via alquanto generale, all’interno dell’art. art. 21 *quinquies* L. 241/1990 (alla cui disciplina rimanda l’art. 30 del Codice dei Contratti Pubblici) e consistono nella sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, nel mutamento della situazione di fatto (imprevedibile al momento dell’adozione del provvedimento) e in una rinnovata (e diversa) valutazione dell’interesse pubblico originario (tranne che per i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici)[[35]](#footnote-35).

Tra i sopravvenuti motivi di interesse pubblico vi rientrano anche i comportamenti scorretti tenuti dall’aggiudicataria, verificatisi dopo l’aggiudicazione definitiva; sul punto preme richiamare anche l’interpretazione fornita dall’ANAC e gli orientamenti giurisprudenziali che individuano i suddetti comportamenti, per cui si ritiene legittima la revoca dell’aggiudicazione da parte della stazione appaltante, nei seguenti casi:

* qualora l’affidatario, a fronte di richieste documentali ricevute, non proceda alla stipula del contratto[[36]](#footnote-36);
* emergano elementi illeciti concernenti la condotta dell’aggiudicatario in relazione alla gara stessa;
* mancato assolvimento agli obblighi contributivi emerso successivamente all’aggiudicazione (Cons. Stato, 12/6/2017, n. 2804);
* rifiuto dell’aggiudicatario di stipulare il contratto prima che fossero modificate talune clausole contenute nel capitolato di gara (Cons. Stato, 11 luglio 2016, n. 3054);
* violazione delle clausole dei Protocolli di legalità (Cons. Stato, 20/1/2015, n. 143).

Tali comportamenti, elencati a titolo esemplificativo, costituiscono motivi validi per giustificare un provvedimento di revoca, in quanto sintomatici di una dubbia affidabilità dell’operatore economico, anche in vista della stipula del contratto.

È opportuno, inoltre sottolineare, che in caso di revoca legittima dovuta a comportamenti tenuti dall’aggiudicataria, a quest’ultima non spetta alcun diritto di indennizzo, così come previsto dall’art. 21-*quinquies* della legge n. 241/1990*.*

La revoca determina l’inidoneità dell’atto a produrre ulteriori effetti, avendo, dunque, efficacia *ex nunc*; la revoca non può consistere nella conseguenza di un esercizio arbitrario da parte della stazione appaltante, in quanto la stipula di un contratto pubblico risponde in ogni caso all’esigenza di perseguire un interesse pubblico: la decisione della pubblica amministrazione di non concludere il contratto con l’aggiudicatario deve essere, pertanto, giustificata dall’esigenza di tutelare un interesse pubblico rilevante.

È necessario, inoltre, che il relativo provvedimento sia congruamente motivato - al fine di dare ragionevolmente conto dell’*iter* logico-giuridico seguito dalla stazione appaltante e di tutelare il legittimo affidamento ingenerato nell’impresa che ha partecipato alla gara – e che siano palesi i risultati dell’istruttoria e le modalità con le quali è stata condotta[[37]](#footnote-37).

L’istituto della revoca deve essere coerente con i principi di tutela della buona fede, della lealtà nei rapporti tra privati e P.A. e del buon andamento dell’azione amministrativa, a cui si collegano, poi, anche quelli di imparzialità e trasparenza[[38]](#footnote-38).

Sul punto è, dunque, necessario richiamare brevemente il concetto di responsabilità precontrattuale del privato e della pubblica amministrazione, laddove le parti abbiano posto in essere condotte contrarie al principio di buona fede oggettiva in sede di trattative e di formazione del contratto.

Per responsabilità precontrattuale o *culpa in contrahendo* si intende la lesione dell’altrui libertà negoziale per mezzo di un comportamento doloso o colposo o mediante l’inosservanza del precetto di buona fede; trova puntuale disciplina all’interno dell’art. 1337 c.c., che così stabilisce testualmente «*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».* Sotto il profilo oggettivo, tale generale regola di condotta viene intesa in una duplice accezione: negativa, ossia come dovere di astenersi da qualsiasi condotta lesiva dell’interesse altrui; e positiva, come dovere di collaborare al fine di promuovere o soddisfare le reciproche aspettative. Dal punto di vista soggettivo, opera una interpretazione estensiva della norma, indi per cui per “parte” - tenuta dunque ad agire nel rispetto della buona fede oggettiva - si intende qualunque soggetto di diritto, persona fisica o giuridica – privata o pubblica – nonché i terzi che hanno comunque partecipato alle trattative senza poi assumere le vesti di parti sostanziali dello stipulato contratto.

Di conseguenza, il principio di buona fede impone alle parti:

a) un generale dovere di chiarezza;

b) un obbligo di compiere tutti gli atti necessari per la validità o efficacia del contratto;

c) un obbligo, infine, di non ingannare l’altra parte (art. 1434 c.c.) o di non indurla ad un contratto che non avrebbe altrimenti concluso oppure avrebbe stipulato a condizioni diverse (art. 1439), ovvero di non indurre colposamente l’altra parte in errore (art. 1428).

Secondo consolidata giurisprudenza[[39]](#footnote-39), i requisiti ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale sono:

* trattative in corso tra le parti;
* sussistenza, nella parte che invoca l’altrui responsabilità, di un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto;
* interruzione delle trattative, senza giustificato motivo, dalla parte che si addebita tale responsabilità;
* insussistenza di fatti idonei ad escludere il ragionevole affidamento, nella conclusione del contratto, della parte che invoca la suddetta responsabilità.

Secondo parte autorevole della dottrina[[40]](#footnote-40), il “legittimo affidamento” si rinviene solamente nella sua accezione più ristretta di situazione giuridica soggettiva caratterizzata da un’aspettativa sulla conclusione del contratto, ingenerata dall’altrui comportamento (o inerzia) e tutelata dal principio di buona fede (oggettiva)[[41]](#footnote-41).

Sulla natura giuridica della summenzionata responsabilità, vi sono state diverse tesi; oggi quella prevalente, anche in giurisprudenza, sostiene che la responsabilità precontrattuale sia ascrivibile alla categoria di responsabilità extracontrattuale, di cui all’art. 2043 c.c., fondandosi sulla considerazione che non si è ancora formato il vincolo contrattuale e, di conseguenza, i soggetti non sono ancora tenuti al rispetto delle obbligazioni contrattuali[[42]](#footnote-42). Ne deriva che la responsabilità *de qua* investe il c.d. interesse negativo delle parti, cosicché – a fronte di un’ingiustificata interruzione delle trattative – la parte “vittima” avrà diritto ad ottenere il danno emergente consistente nelle spese affrontate e nelle perdite ricevute, nonché il lucro cessante dovuto ai mancati affari e/o perdita di altre opportunità contrattuali, non concluse con terzi a causa delle suddette trattative.

In merito, si richiama inoltre anche una pronuncia della Corte di Cassazione che ha così disposto «*La responsabilità precontrattuale può conseguire tanto in relazione al processo formativo del contratto, quanto alle semplici trattative, considerate come quella fase anteriore in cui le parti si limitano a manifestare la loro tendenza verso la stipulazione del contratto, senza ancora porre in essere alcuno di quegli atti di proposta e di accettazione che integrano il vero e proprio processo formativo*» (Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2003, n. 11243).

**2. Annullamento in via di autotutela del bando: profili problematici ed effetti sulla aggiudicazione del contratto.**

È necessario affrontare la tematica connessa all’annullamento dell’aggiudicazione in autotutela e l’incidenza di tale strumento sul contratto di diritto pubblico[[43]](#footnote-43). Infatti, il contraente pubblico, in ragione della sua qualità di soggetto che persegue un pubblico interesse, dispone non soltanto degli strumenti di autotutela privata indicati dal codice civile[[44]](#footnote-44), ma anche di poteri di c.d. autotutela amministrativa sugli atti di gara, a fronte dei quali, laddove legittimamente esercitati, il contraente privato è titolare di interessi legittimi[[45]](#footnote-45).

L’autotutela è un istituto di carattere generale e, tuttavia, la sua applicabilità al provvedimento di aggiudicazione presenta delle peculiarità.

Innanzitutto, dal punto di vista normativo, l’art. 11 comma 9 dell’abrogato d. lgs. n. 163 del 2006 sanciva espressamente la generica ammissibilità dell’autotutela nella materia dei contratti pubblici, mentre l’art. 2, comma 3 rinviava alle disposizioni della legge 241 del 1990 quanto alle procedure di affidamento e alle altre attività connesse alla materia dei contratti pubblici.

Dal quadro normativo aggiornato dal Codice dei Contratti pubblici emerge la possibilità di esercizio dell’autotutela sull’aggiudicazione prima della conclusione del contratto, laddove emergessero ragioni di interesse pubblico prevalente su quello dell’aggiudicatario[[46]](#footnote-46).

Dottrina e giurisprudenza prevalenti hanno ammesso la possibilità dell’annullamento dell’aggiudicazione in autotutela anche dopo la conclusione del contratto sul rilievo che il potere della pubblica amministrazione in questo caso si esercita sul provvedimento conclusivo della fase ad evidenza pubblica[[47]](#footnote-47). Altri autori, invece, sostengono l’insussistenza del potere della amministrazione di incidere sul vincolo negoziale *«annullando di ufficio un atto del procedimento di formazione del suo assenso alla formazione del contratto»*[[48]](#footnote-48).

Dirimente in materia è stata la sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 14 del 20 giugno 2014 che è pervenuta ad uno stravolgimento del precedente orientamento[[49]](#footnote-49) che riconosceva la legittimità, anche successivamente alla stipula del contratto, dell’esercizio del potere di revoca degli atti amministrativi adottati nel corso del procedimento ad evidenza pubblica, ed ha affermato il principio di diritto secondo cui *«nel procedimento di affidamento di lavori pubblici 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. 163/2006».* L’Adunanza Plenaria, inoltre, ha ribadito il principio secondo cui, diversamente dalla revoca, l’annullamento d’ufficio dell’aggiudicazione definitiva sarebbe possibile anche dopo la stipulazione del contratto ed in via generale ogni qualvolta ricorrano i presupposti per esercitare tale forma di autotutela pubblica. L’A.P. ha poi argomentato che *«Resta perciò impregiudicata, nell'inerenza all'azione della pubblica amministrazione dei poteri di autotutela previsti dalla legge, 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, nonché concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso (Cass. sezioni unite, 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, 9 aprile 2010, n. 1998)»*[[50]](#footnote-50). Infine, *«Il provvedimento di aggiudicazione definitiva di una gara pubblica non costituisce di per sé ostacolo giuridicamente insormontabile al suo stesso annullamento, anche in autotutela, oltre che all'annullamento degli atti amministrativi che ne costituiscono il presupposto. A fronte dell'esercizio del potere di annullamento, la situazione del privato è di interesse legittimo, a nulla rilevando che tale esercizio, in ultima analisi, produca effetti indiretti su di un contratto stipulato da cui sono derivati diritti».* Pertanto è consolidato l’orientamento[[51]](#footnote-51) secondo cui la stazione appaltante può procedere all’annullamento d’ufficio degli atti della procedura di evidenza pubblica, con possibilità di impugnativa innanzi al giudice amministrativo dei provvedimenti in autotutela[[52]](#footnote-52).

Sicché è possibile che si configuri annullamento da parte di una amministrazione[[53]](#footnote-53) anche nel caso dell’avvenuta stipula del contratto per vizio della procedura ad evidenza pubblica.

Una volta riconosciuta, ai sensi del citato art. 133 c.p.a., come si vedrà più avanti, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle ipotesi di inefficacia del contratto conseguenti all’annullamento dell’aggiudicazione in sede giurisdizionale, si può concludere che, in presenza della medesima *ratio*, anche le decisioni da rendere in conseguenza dell’annullamento in sede di autotutela devono rientrare nella medesima giurisdizione esclusiva.

Come emerge dal tenore letterale delle disposizioni di cui agli articoli 122 e 123 c.p.a., la stazione appaltante che annulla in autotutela l’atto di aggiudicazione di una gara deve perseguire l’interesse pubblico, rimuovendo, se del caso, gli effetti negoziali[[54]](#footnote-54).

**3. Poteri del giudice amministrativo sul contratto pubblico e questione della giurisdizione.**

L’art. 244 del “vecchio” Codice, dedicato al riparto di giurisdizione, individuava i limiti della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, relativamente alle controversie in materia di appalti di lavori, servizi e forniture. In particolare, il comma 1 dell’art. 244 riservava alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento dei contratti pubblici sia in riferimento alla scelta del contraente, sia all’applicazione della normativa di stampo comunitario ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale. Viene poi ampliata la portata normativa previgente comprendendo anche le vicende risarcitorie. Il comma 2, poi, riproducendo quanto già contenuto nella normativa Merloni, riconosceva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori emessi dall’Autorità di Vigilanza.

Di portata maggiormente innovativa, di contro, risultava il comma 3, che attribuiva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie concernenti il divieto di rinnovo tacito dei contratti, la clausola di revisione dei prezzi contrattuali e i provvedimenti applicativi dell’adeguamento dei prezzi *ex* art. 133 commi 3 e 4, d.lgs. n. 163 del 2006.

Nella disamina attuale dei poteri del giudice amministrativo assurge ruolo primario l’art.133 comma 1 lettera e) c.p.a. che devolve al giudice amministrativo, in sede esclusiva, le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici ivi incluse quelle risarcitorie *«e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione ed alle sanzioni alternative».* Vi è, quindi, una deroga alla regola generale secondo la quale la stipulazione del contratto funge da *spartiacque* tra il potere di giurisdizione del giudice amministrativo e quello ordinario[[55]](#footnote-55). Infatti, laddove l’annullamento dell’aggiudicazione intervenga a contratto già stipulato, il Legislatore, sulla base del principio di concentrazione, devolve al giudice amministrativo anche le controversie sulla dichiarazione di inefficacia del contratto e sulle sanzioni alternative[[56]](#footnote-56).

A livello giurisprudenziale, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione sono intervenute, con la sentenza del 28 dicembre 2007, n. 27169 sul tema in maniera innovativa, incentrando nelle mani del giudice ordinario, il giudice deputato a conoscere delle sorti del contratto, osservando che, di contro, solo il contenzioso concernente la fase pubblicistica dell’attività negoziale dell’Amministrazione avrebbe dovuto essere devoluto al giudice amministrativo. Infatti, la Corte ha evidenziato come la fase della formazione della volontà negoziale della Amministrazione non sia libera ma si snoda attraverso una serie di atti procedimentali caratterizzati dall’esercizio di poteri discrezionali e vincolati. La tesi viene poi ripresa dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nelle pronunce n. 9 e 12 del 2008 in materia di caducazione automatica del contratto di appalto[[57]](#footnote-57).

L’inefficacia del contratto non è un effetto automatico dell’annullamento dell’aggiudicazione né una facoltà rimessa alla stazione appaltante ma si tratta di un potere riservato al *«giudice che annulla l’aggiudicazione»*, ovvero, il Giudice amministrativo, in sede esclusiva.

Come emerge dalla recentissima sentenza del TAR Roma n. 1737/2021, il giudice amministrativo ha la facoltà di modulare gli effetti della dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto, in conseguenza dell’annullamento dell’aggiudicazione[[58]](#footnote-58).

Giunti a questo punto, risulta necessaria un’attenta analisi della disciplina dei poteri attribuiti al Giudice amministrativo dagli artt. 121 e 122 c.p.a. sulla sorte del contratto.

L’art. 121 c.p.a. suddivide le c.d. “gravi violazioni” in due gruppi: violazione delle regole di pubblicità e trasparenza e violazione dei termini stabiliti *ex lege*[[59]](#footnote-59), alla luce della quale, la dichiarazione di inefficacia risulterebbe essere, per il giudice amministrativo, dovuta.

L’art. 121 comma 1 c.p.a., nello specifico, sottolinea che è il giudice amministrativo a stabilire se l’inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire oppure opererà *ex tunc*. Pertanto la modulazione degli effetti della dichiarazione di inefficacia risulterebbe rimessa al prudente apprezzamento del giudice amministrativo.

Il comma 2° stabilisce che anche qualora vi siano gravi violazioni il contratto può rimanere efficace se presenti *«esigenze imperative connesse ad un interesse generale»*[[60]](#footnote-60). Infine, il comma 4° c.p.a. specifica che, nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto resti efficace o la sua efficacia operi solo *ex nunc*, si applicheranno le sanzioni alternative *ex* art. 123 c.p.a..

Sicché, è ragionevole ritenere che nelle ipotesi di cui all’art. 121 c.p.a. la caducazione *ex tunc* sia la regola e, di contro, il mantenimento del contratto o la sua inefficacia solo *ex nunc* come eventualità del tutto eccezionali. Infatti, al comma 4° c.p.a., vengono determinate le ipotesi in cui il contratto *sopravviva* o venga dichiarato inefficace *ex nunc*; in tal caso verranno applicate le sanzioni alternative *ex* art. 124 c.p.a..

Nello specifico, poi, l’art. 122 c.p.a. demanda al giudice amministrativo la facoltà di caducare il contratto, fissandone la decorrenza e tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti ovvero della possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione nonostante i vizi, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentro, nei casi in cui il vizio dell’aggiudicazione non comporti l’obbligo di rinnovo e la domanda di subentro sia stata proposta.

In un tale contesto, il Giudice amministrativo trae, dal precipuo tenore letterale delle norme di cui all’art. 121- 122, un alto grado di discrezionalità, anche relativo alla dichiarazione di inefficacia del contratto, pur essendo sussistenti le condizioni di pubblicità di cui all’art. 121, co. 1, lett. b[[61]](#footnote-61).

Nonostante vi siano poteri valutativi più ampi per il giudice amministrativo, questo deve esercitare la propria discrezionalità in modo prudente ed equilibrato, contemperando gli interessi contrapposti e dando atto dell’esito in motivazione.

L’art. 123 comma 1 c.p.a. individua le sanzioni da applicarsi *alternativamente o cumulativamente* e consistenti, da un lato, in una sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante e, dall’altro, nella riduzione della durata del contratto. Le sanzioni, ai sensi del comma 2°, devono essere effettive, dissuasive e proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della Amministrazione e all’operato svolto da questa allo scopo di eliminare o anche solo attenuare le conseguenze della violazione.

Vi è poi una tesi minoritaria che ritiene che il giudice amministrativo si limiti ad accertare il venir meno del contratto a seguito della caducazione dell’aggiudicazione; tale lettura interpretativa, però, è in contrasto con quanto sopra asserito in materia di poteri del giudice amministrativo sul contratto e, pertanto, rigettata sia in dottrina che in giurisprudenza.

In conclusione sul punto, l’interpretazione attualmente preponderante ritiene che eventuali controversie debbano radicarsi innanzi al giudice amministrativo in sede esclusiva, attesa l’attribuzione di più ampio tenore dell’art. 133 c.p.a. nel menzionare *«l’annullamento dell’aggiudicazione»,* senza distinzione tra annullamento in autotutela e in sede giurisdizionale. Infatti, nonostante il potere della Amministrazione di annullare l’aggiudicazione e, pertanto, di agire in autotutela, esso non si estende alla possibilità di dichiarare inefficace il contratto cui non consegue, in alcun modo, un effetto automatico, poiché si tratta di un potere riservato *ex lege* al giudice amministrativo.
Infatti, come ben chiarito dalla sentenza n. 1737/2021 *«Appare evidente che, una volta ammessa in linea di principio la possibilità per il giudice amministrativo di modulare l’efficacia della sentenza, nella speciale materia di contratti pubblici, caratterizzata dalla peculiare disciplina di cui agli artt. 121 e 122 del c.p.a., non può escludersi che tale facoltà includa, ex art. 34 lett. “e” del c.p.a., anche quella di disporre opportunamente circa la sorte del contratto, coordinandone l’inefficacia con l’obbligo di ripetizione del procedimento di gara (in tutti quei casi nei quali il giudizio non si concluda con una pronuncia di aggiudicazione o di subentro del ricorrente vittorioso), quando gli interessi dedotti in giudizio (come accade nel caso di specie), lo richiedano».*

**3.1. Declinazione della giurisdizione nelle vicende che si collocano tra aggiudicazione e stipula contratto.**

Come già precedentemente analizzato nel dettaglio, le vicende che precedono la stipulazione del contratto appartengono alla fase pubblicistica e legittimano, qualora sussistano i presupposti, l’attivazione dei poteri di autotutela, fatti salvi dall’[art. 32, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=4977851&idUnitaDoc=29881108&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza). L’articolo in questione, inoltre, contempla la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo per 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 sanzioni alternative».* Dunque, come vedremo più avanti, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia attinente la decisione, da parte dell'amministrazione, di risolvere il contratto per inadempimento, risolvendosi quest’ultima in una colpa della ditta aggiudicataria di non avere tenuto un comportamento che avrebbe dovuto assumere, in esecuzione del contratto stipulato[[62]](#footnote-62).

Diversamente, la stipulazione del contratto pubblico e la relativa esecuzione, essendo soggette a norme di diritto privato, sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario[[63]](#footnote-63).

Sicché, è la costituzione del rapporto giuridico di diritto comune a divenire *spartiacque* fra le due giurisdizioni.

Nello specifico, nella fase esecutiva del contratto si è al di fuori della giurisdizione esclusiva *ex* art. 133, c. 1, lett. e), n. 1, cod. proc. amm., non venendo in rilievo l’esercizio di poteri discrezionali. La giurisdizione spetta dunque al giudice ordinario come giudice dei diritti, cui spetta verificare la conformità alle regole, attraverso cui i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi, delle relative condotte attuative. In questa direzione interpretativa si muove il Consiglio di Stato[[64]](#footnote-64) secondo cui è devoluta alla giurisdizione amministrativa la declaratoria di inefficacia del contratto quale conseguenza immediata e diretta dell’annullamento dell’aggiudicazione, trattandosi di un corollario del principio di concentrazione delle tutele che ha trovato una coerente declinazione normativa nell’art. 133 c.p.a[[65]](#footnote-65).

Tra l’aggiudicazione del contratto, che deve avvenire rispettando le regole della gara pubblica per la scelta del contraente, e la stipulazione del contratto, soggetta alle norme di diritto privato, c’è uno *iato* temporale particolarmente delicato. Infatti, la giurisprudenza si è interrogata circa la natura privatistica o pubblicistica delle regole applicabili a tale fase intermedia non giungendo, ad oggi, ad una unanimità interpretativa.

Di particolare interesse, a riguardo, è la pronuncia del Tar Venezia, già precedentemente menzionata, che prevede che *«1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di 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. La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative (Cassazione civile, sez. un., 08/08/2012, n. 14260)»*.

E ancor di più, la Suprema Corte di Cassazione ha statuito che *«nel settore dell’attività negoziale della P.A. tutte le controversie che attengono alla fase preliminare, antecedente e prodromica al contratto, inerenti alla formazione della sua volontà ed alla scelta del contraente privato in base alle regole c.d. dell’evidenza pubblica, appartengono al giudice amministrativo, mentre quelle che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva che va dalla stipulazione del contratto fino alle vicende del suo adempimento, e riguardano la disciplina dei rapporti che dal contratto scaturiscono, sono devolute al giudice ordinario: conseguentemente, appartengono al giudice ordinario le controversie concernenti l’interpretazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (Cass. Sez. Un., 29/1/2018, n. 2144; Cass. Sez. Un., 10/4/2017, n. 9149; Cass. 31/5/2016, n. 11366; Cass. Sez. Un., 8/7/2015, n. 14188; Cass. Sez. Un., 24/5/2013, n. 12902; Cass. 5/4/2012, n. 5446; Cass. 13/3/2009, n. 6068)»*[[66]](#footnote-66)*.*

Ed ancora, la recente giurisprudenza del giudice amministrativo[[67]](#footnote-67) ha, in primo luogo, previsto che la stipula del contratto di appalto costituisce il momento di ultimazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, [c.p.a](https://dejure.it/%22%20%5Cl%20%22/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595280&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza).

Inoltre, il codice dei contratti pubblici disciplina che, una volta che sia divenuta efficace l’aggiudicazione, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione avviene entro i successivi sessanta giorni; tenuto, poi, conto che il contratto non può essere stipulato prima che siano trascorsi trentacinque giorni dall’invio dell’ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione (cd. obbligo di *standstill*). Qualora, poi, la stipulazione del contratto non avvenga nel termine fissato, l’aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, recedere dal contratto *ex* art. 32, comma 8, D.lgs. n. 50/2016.

Sulla base di quanto previsto dal D.lgs. n. 50/2016 è evidente che la fase intermedia tra l’aggiudicazione e la stipulazione del contratto di appalto o di concessione non è espressamente disciplinata.

Ed ancor di più, il Legislatore non prevede regole espresse neppure in ordine al riparto di giurisdizione. Infatti, nella fase intermedia tra l’aggiudicazione e la stipulazione del contratto sorgono problematiche inerenti l’applicabilità della normativa privatistica ovvero pubblicistica, con conseguenti eventuali controversie circa il riparto di giurisdizione.

Un primo orientamento ritiene applicabili le regole pubblicistiche, perché non avendo l’operatore economico ancora formalmente stipulato il contratto, la fase dell’evidenza pubblica non è giunta al termine. Il fondamento normativo a supporto di tale impostazione si rinviene nell’art. 30, comma 8, del D.lgs. n. 50/2016, il quale prevede che alla stipulazione del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del Codice Civile.

Un secondo orientamento ritiene, invece, applicabili le regole privatistiche, muovendo dall’interpretazione letterale dell’art. 32, comma 8, del D.lgs. n. 50/2016, il quale prevede che, se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l’aggiudicatario ha la facoltà di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto.

Ferme restando le differenze di orientamento giurisprudenziale sul punto, il nuovo codice del processo amministrativo, sebbene non risolva *in toto* la questione, contempla la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, tenute al rispetto della procedura di evidenza pubblica, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione.

In conclusione, sul ruolo ricoperto dal Giudice amministrativo nella materia dei contratti pubblici, con particolare riferimento all’ipotesi della sorte del contratto a seguito dell’annullamento del provvedimento di aggiudicazione, si può affermare che tutte le norme recentemente introdotte dal Codice del processo amministrativo, nonché gli indirizzi interpretativi desumibili dalla normativa europea, comportano l’attribuzione di una forte e penetrante discrezionalità del Giudice amministrativo circa le sorti del contratto pubblico.

Alla luce di quanto sopra evidenziato, emerge poi un delicato *«ruolo di valutazione comparativa di tutti gli interessi in gioco in capo al Giudice amministrativo; è pur vero, però, che, in un’ottica costituzionalmente orientata, un giudice non può diventare un “amministratore”, in quanto deve effettuare valutazioni non di opportunità politica ma prettamente giuridiche»*[[68]](#footnote-68) basate sulla conoscenza del fatto e sull’applicazione della legge.

In conclusione sul punto, si ritiene che, seppur si possano considerare penetranti i poteri attribuiti al Giudice amministrativo, questi sembrano essere ricompresi nell’alveo del sindacato di legittimità tradizionalmente ad esso attribuito.

**III Capitolo**

 ***Profili processuali.***

**1. L’ampiezza del sindacato attribuito al giudice in sede cautelare.**

All’esito della trattazione sopra svolta è opportuno analizzare alcuni aspetti processuali che sono emersi dall’analisi della normativa del rito appalti e che sono stati lungamente discussi sia da parte della giurisprudenza che della dottrina.

Un primo aspetto è rappresentato dalla tutela cautelare nell’ambito del rito sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici e, nello specifico, dall’ampiezza del sindacato attribuito al giudice della cautela.

La materia è stata radicalmente innovata dalla soprarichiamata direttiva ricorsi (2007/66/CE), che ha posto in primo piano l’esigenza di effettiva tutela del ricorrente. Infatti, l’obiettivo della direttiva è quello di porre un argine ad una pratica spesso posta in essere dalle pubbliche amministrazioni, consistente nella tendenza delle «*amministrazioni aggiudicatrici e* (de)*gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d’aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto. Per rimediare a questa carenza, che costituisce un serio ostacolo ad un’effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire coloro che non sono stati ancora definitivamente esclusi, è opportuno prevedere un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa, indipendentemente dal fatto che quest’ultima avvenga o meno al momento della firma del contratto*» (considerando n. 4 della direttiva).

Tali principi e linee guida sono stati recepiti dal Codice del Processo amministrativo (d.lgs. 104/2010), che, nella versione in vigore fino al 2014, non prevedeva regole specifiche per la fase cautelare nel rito appalti, operando un riferimento a quanto disposto in via generale dall’art. 119 c.p.a.

Con riferimento all’ampiezza del sindacato attribuito al giudice in sede cautelare, la dottrina ha fornito numerose interpretazioni, da un lato coloro secondo cui «*consiste quindi nel conservare integra la possibilità di aggiudicare l'appalto al ricorrente che abbia ragione, evitando che il bene sia consumato dall'amministrazione*»[[69]](#footnote-69), dall’altro coloro che attribuiscono al giudice cautelare poteri amplissimi, arrivando anche a riconoscere che «*il giudice possa, in presenza di un consistente fumus boni iuris, anche assegnare in via provvisoria al ricorrente l’aggiudicazione e il contratto, sospendendo l’efficacia di quello sottoscritto, sulla base del presupposto che i contenuti decisori dei poteri cautelari, strumentali rispetto a quelli di merito, possono produrre, salva la loro provvisorietà, gli stessi effetti delle sentenze*»[[70]](#footnote-70).

In tale dibattito dottrinale si inseriscono le decisioni assunte dai tribunali amministrativi, in particolare il Consiglio di Stato, in sede di ottemperanza, con l’ordinanza sez. V n. 4677 del 2011 si è pronunciato per la prima volta sulla sorte del contratto. Nella specie, la ricorrente impugnava l’ordinanza cautelare emessa dal TAR, chiedendo la sospensione del contratto in forza della sospensione dell’aggiudicazione disposta in primo grado. Il Collegio ha ritenuto «*che il potere di statuire in merito all’efficacia del contratto è esercitabile dal giudice amministrativo anche in sede cautelare*»; tale potere viene affermato dal Consiglio di Stato sulla base dell’art. 55 comma 1 c.p.a., in forza del principio di atipicità delle misure cautelari volte ad “*assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*” (art. 55 co. 1 c.p.a.). Nella medesima ordinanza i giudici di Palazzo Spada pongono due importanti pilastri per la successiva interpretazione della disciplina in questione, statuendo che la sospensione dell’aggiudicazione non comporta la caducazione del contratto già stipulato, infatti tale effetto si verifica solo in via d’eccezione con riguardo alle infrastrutture speciali, *ex* art. 125 co. 4 c.p.a. In secondo luogo, delineano l’ambito in cui deve muoversi il giudice amministrativo nel decidere le istanze cautelari, sostenendo che «*l’apprezzamento giudiziale relativo all’incidenza della sospensione dell’aggiudicazione sull’efficacia della statuizione contrattuale deve essere effettuato, anche in sede cautelare, sulla base dei parametri di cui agli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo*». Pertanto, il giudice amministrativo è chiamato ad effettuare una complessa attività valutativa degli interessi coinvolti, tra cui l’interesse comunitario alla tutela della concorrenza, l’interesse ad una tutela piena ed effettiva e quello della collettività ad una sollecita esecuzione del contratto (tra cui rientrano le “esigenze imperative” previste dall’art. 121 co. 2 c.p.a.) e, in ultimo, l’interesse della stazione appaltante al mantenimento del contratto, oltre che, in ogni caso, ad una definizione della controversia[[71]](#footnote-71) [[72]](#footnote-72).

Successivamente il d.l. 90/2014 ha apportato diverse modifiche, tra cui l’introduzione della previsione di cui all’art. 120 comma 8-bis, secondo cui «*Il collegio, quando dispone le misure cautelari di cui al comma 4 dell'articolo 119, ne può subordinare l'efficacia, anche qualora dalla decisione non derivino effetti irreversibili, alla prestazione, anche mediante fideiussione, di una cauzione di importo commisurato al valore dell'appalto e comunque non superiore allo 0,5 per cento del suddetto valore. Tali misure sono disposte per una durata non superiore a sessanta giorni dalla pubblicazione della relativa ordinanza, fermo restando quanto stabilito dal comma 3 dell'articolo 119*”. Tale norma, oltre ad introdurre la possibilità per il giudice cautelare di prevedere una cauzione, ai fini dell’efficacia delle misure cautelari, stabilisce anche un termine massimo di durata delle stesse non superiore a 60 giorni.

Un ulteriore previsione meritevole di menzione è l’art. 9, co. 2 – *sexies*, introdotta con il d.l. 133/2014, così come convertito dalla legge n. 164/2014, che definisce l’ambito applicativo dell’espressione “esigenze imperative connesse ad un interesse generale” richiamate dall’art. 121 co. 2 c.p.a., prevedendo che «*Nei casi di procedure ad evidenza pubblica avviate o da avviarsi, in quelli conseguenti alla redazione di verbale di somma urgenza per interventi conseguenti alla dichiarazione dello stato di emergenza, nonché nei casi di cui al comma 1 del presente articolo 43, il tribunale amministrativo regionale, nel valutare l'istanza cautelare, può accoglierla unicamente nel caso in cui i requisiti di estrema gravità e urgenza previsti dall'articolo 119, comma 4, del citato codice di cui all'allegato 1 al decreto legislativo n. 104 del 2010 siano ritenuti prevalenti rispetto alle esigenze di incolumità pubblica evidenziate dalla stazione appaltante*».

La valutazione degli interessi rimessa al giudice cautelare subisce, quindi, un importante impulso, *in primis* l’accoglimento della domanda cautelare assume le vesti dell’eccezionalità, in secondo luogo la domanda cautelare potrà essere accolta solo se i requisiti di gravità e urgenza risultino prevalenti rispetto l’interesse pubblico, che in tale sede assume i connotati della salvaguardia dell’incolumità pubblica[[73]](#footnote-73).

Si delinea, quindi, un regime di generale sfavore nei confronti del rimedio cautelare.[[74]](#footnote-74)

Nel panorama normativo sopra descritto si inserisce, in ultimo, il d.lgs. 50/2016 con il comma 8-*ter* dell’art. 120, secondo cui «*Nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale all’esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione*», in attuazione dell’art. 1, lettera aaa), della legge n. 11/2016 [[75]](#footnote-75).

Il cambio di paradigma è evidente, infatti «*la nuova disciplina sembra adesso orientata a proteggere, in modo ancora più robusto, la stabilità del rapporto con l’aggiudicatario, in ogni ipotesi di appalto, a prescindere dal suo valore e dalla entità del vizio, e ad anticipare, già nella fase cautelare, le valutazioni che il giudice del merito dovrà compiere in ordine alla possibile caducazione del contratto*» [[76]](#footnote-76).

L’ambito di valutazione attribuito al giudice cautelare dal nuovo comma 8-*ter* rende necessario, pertanto, un ripensamento circa il ruolo svolto dal giudizio cautelare nel rito appalti, imponendo al giudice della cautela di porre in essere un’analisi prognostica circa la futura definizione dell’assetto di interessi all’esito del giudizio di merito. La dottrina, con riferimento alla portata innovativa della presente norma, risulta divisa, infatti se da un lato secondo Lipari «*l’effettiva utilità della norma, che recepisce in modo pressoché letterale un puntuale criterio di delega, è assai discutibile, poiché, in linea generale, il nesso con gli esiti possibili del merito è sempre presente nella motivazione cautelare*»[[77]](#footnote-77), dall’altro Veltri ritiene che «*la norma sia molto utile. Quando il legislatore dice che già nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, significa che se il contratto è stato già stipulato in violazione dello* stand still *o con violazione degli obblighi di evidenza pubblica, il giudice amministrativo non deve limitarsi a sospendere l’aggiudicazione, o addirittura giungere a ritenere insussistente il* periculum *essendosi ormai verificato l’evento della stipulazione, ma piuttosto deve sospendere il contratto, a meno che esigenze imperative lo sconsiglino*»[[78]](#footnote-78).

L’art. 120 comma 8-*ter* c.p.a. impone al giudice di valutare gli interessi in gioco, secondo lo schema tipico del giudizio cautelare con riguardo al *fumus boni iuris* e al *periculum in mora*, introducendo un richiamo alle “*esigenze imperative connesse ad un interesse generale all’esecuzione del contratto*”. Tuttavia, tali esigenze imperative non assumono alcuna valenza a priori, ma il giudice deve tenerne conto nella motivazione del provvedimento, sia in caso di accoglimento che di rigetto della domanda cautelare.[[79]](#footnote-79)

Una delle prime decisioni assunte in applicazione dell’art. 120 comma 8-*ter* è l’ordinanza n. 4220/2017 emessa dalla III sezione del Consiglio di Stato, in base alla quale il Collegio ha sospeso l’esecutività della sentenza emessa dal TAR che aveva annullato l’aggiudicazione del servizio parentale domiciliare, al fine di permettere all’amministrazione di concludere la procedura. La decisione in commento veniva assunta da parte del Consiglio di Stato, tra gli altri motivi, tenuto conto dell’urgenza del servizio e dell’interesse generale «*connesso al grande divario tra l’offerta economica dell’aggiudicatario e quella del concorrente originario ricorrente* […] *rilevante anche ai sensi dell’art. 120, comma 8-ter c.p.a.*».

Appare, quindi, opportuno precisare il concetto di “esigenze imperative connesse ad un interesse generale” previsto dal comma 8-*ter* e richiamato dalla sentenza n. 4220/2017, al riguardo Severini ha ritenuto che «*L’espressione «interesse generale all'esecuzione del contratto» non deve indurre in errore. A ben vedere, si tratta di un interesse il cui oggetto da dover prendere in valutazione non è il fatto in sé dell’esecuzione, quale che ne sia la ragione o lo scopo; ma l’oggetto o la finalità dell’esecuzione stessa, che soltanto può concretare l’interesse «generale»*»[[80]](#footnote-80). Il diritto europeo ha tentato di dare un significato all’espressione “interesse generale”, nell’ambito del quale la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ricondotto numerosi interessi, tra cui la cura dell’ordine o della sicurezza pubblica, della difesa nazionale, della salute, della protezione dell’ambiente, come anche l’effettività ed efficacia della giurisdizione. Pertanto, «*perché una «esigenza imperativa» possa prevalere, deve consistere in altro che non la mera realizzazione del contratto e corrispondere a un interesse della generalità che in concreto si dimostri non solo esistente, ma anche particolarmente intenso*»[[81]](#footnote-81). Di conseguenza, la concessione o meno della tutela cautelare deve essere il risultato di un bilanciamento, all’esito del quale l’interesse personale e patrimoniale del ricorrente a conseguire il contratto risulti prevalente rispetto l’interesse della generalità dei consociati rispetto al contratto stesso. [[82]](#footnote-82)

Recentemente la normativa in materia di tutela cautelare nelle procedure di affidamento di contratti pubblici ha subito una modifica ad opera del decreto legge 16 luglio 2020 n. 76, convertito nella legge n. 120/2020, volto all’incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all’aggiudicazione dei contratti pubblici. In particolare, l’art. 4 comma 2 della l. 120/2020 prevede che «*In caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui agli articoli 1 e 2, comma 2, del presente decreto, qualora rientranti nell’ambito applicativo dell’articolo 119, comma 1, lettera a), del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, si applica il comma 2 dell’articolo 125 del medesimo codice*». Il richiamato art. 125 comma 2 c.p.a., dall’altro lato, statuisce che «*In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure*».

L’articolo 125 comma 2 c.p.a. sembra, quindi, imporre al giudice cautelare di valutare tutti gli interessi in gioco e di darne atto nella motivazione del provvedimento, avendo particolare riguardo all’interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell’opera. Dall’altro lato, per le procedure di affidamento in questione trovava applicazione il già citato articolo 120 comma 8-*ter*, che, come sopra ampiamente esposto, richiedeva al giudice della cautela di operare un complesso bilanciamento degli interessi in gioco, richiamando gli artt. 121 e 122 c.p.c., e tenendo conto dell’interesse generale all’esecuzione del contratto.

Pertanto, alla luce di tale modifica, la dottrina ha ritenuto che «*rispolverare il vecchio articolo 125, comma 2, del c.p.a., che corrisponde alla norma varata a suo tempo, con i decreti attuativi della legge obiettivo, nel lontano 2002, sembra, allora, un incongruo passo indietro, non un’innovazione moderna. Si potrebbe pronosticare che il giudice, senza mutare un atteggiamento già pienamente consapevole della complessità dei contrapposti interessi implicati nella pronuncia cautelare, riconoscerà il rilievo formale delle nuove disposizioni, inserendo nella motivazione una formula di stile che parafrasi il contenuto dispositivo dell’art. 4, comma 2, e dell’art. 125, comma 2, del c.p.a.: un arricchimento formale che non pare destinato a cambiare la sostanza della decisione e l’iter motivazionale che la sorregge»*[[83]](#footnote-83).

Lo stesso autore ipotizza che la modifica introdotta potrebbe essere volta a fare in modo che la decisione assunta dal giudice cautelare risulti più esplicita e chiara circa la valutazione degli interessi in conflitto, infatti, sin dall’introduzione del comma 8-ter, nelle decisioni cautelari assunte dal giudice amministrativo i parametri applicati non vengono lungamente esplicati nel provvedimento. Tuttavia, «*lo strumento prescelto, rappresentato dal rinvio alla consunta disciplina dell’art. 125, comma 2 del c.p.a., non appare molto efficace*», poiché il comma 8-*ter* contiene già «*una disciplina completa, incentrata sull’obbligo del giudice di motivare la decisione cautelare, specie se di accoglimento, valorizzando accuratamente il criterio della bilateralità del periculum, in relazione agli interessi pubblici in rilievo e alla loro eventuale recessività rispetto alla pretesa cautelare del soggetto privato ricorrente. Non solo, ma il comma 8-ter pone in rilievo l’inscindibile connessione tra la pronuncia cautelare e il prevedibile esito nel merito, in relazione alla decisione concernente l’efficacia del contratto*»[[84]](#footnote-84).

In conclusione, si può ritenere che, nonostante i recentissimi interventi in materia, la disciplina della tutela cautelare, introdotta in Italia con il Codice del 2010, e successivamente innovata con il Codice dei contratti pubblici del 2016, sia rimasta sostanzialmente immutata. Il sindacato richiesto al giudice amministrativo in sede cautelare si rivela molto complesso, dovendo lo stesso procedere al bilanciamento di tutti gli interessi in gioco, anticipando il possibile esito della fase di merito. Ovviamente i provvedimenti assunti in sede cautelare potranno sempre essere oggetto di successiva modifica nella fase di merito, tuttavia la fase cautelare non assume più un ruolo meramente conservativo in attesa del merito, ma gli viene riconosciuta la possibilità di indagare la vicenda nel suo complesso e, se opportuno, anche procedere alla sospensione dell’efficacia del contratto.

**2. Possibili esiti del giudizio a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione.**

Per quanto riguarda la fase di merito, invece, il giudice amministrativo può svolgere tutte le attività necessarie per giungere ad una pronuncia che sia, da un lato, rispettosa dei principi di concorrenza, trasparenza e tutela dei concorrenti, dall’altro che non imponga un sacrificio eccessivo all’amministrazione e che ben si concili con le esigenze dettate dall’oggetto della gara.

Pertanto, all’esito del giudizio di merito il giudice può annullare l’aggiudicazione e dichiarare l’inefficacia del contratto o confermare il contratto stipulato con l’aggiudicatario, o perché la procedura di gara era legittima o perché, all’esito del bilanciamento svolto, nonostante l’aggiudicatario sia stato illegittimamente individuato, gli interessi al mantenimento in vita del contratto sono risultati prevalenti. In tale ultima ipotesi, al ricorrente illegittimamente escluso residua unicamente la domanda di risarcimento del danno per equivalente.

Nel caso in cui il giudice di primo grado annulli l’aggiudicazione illegittima e ritenga opportuno dichiarare l’inefficacia del contratto di appalto *medio tempore* stipulato, il ricorrente vittorioso, al fine di veder soddisfatte le proprie pretese, può ottenere la riedizione della procedura di gara o l’accoglimento della domanda di subentro nel contratto. Inoltre, per la parte di contratto eventualmente già svolta dall’aggiudicatario illegittimo, il ricorrente può ottenere il risarcimento per equivalente.

Nel paragrafi successivi si analizzeranno vari profili critici che il giudice deve affrontare nell’ipotesi di annullamento dell’aggiudicazione con conseguente riedizione della gara, nel caso di accoglimento della domanda di subentro e, in ultimo, qualora il giudice annulli l’aggiudicazione senza dichiarare l’inefficacia del contratto, con particolare riguardo da un lato alle forme di tutela e risarcimento riconosciute al ricorrente, dall’altro all’ipotesi di instaurazione del giudizio di ottemperanza.

**2.1 La facoltà del giudice di graduare la decorrenza dell’inefficacia anche nel caso di riedizione della gara.**

Nel caso di annullamento dell’aggiudicazione, con conseguente necessità di svolgere nuovamente la procedura di gara, entra in gioco l’articolo 122 c.p.a., secondo cui «*Fuori dei casi indicati dall'articolo*[*121*](https://www.brocardi.it/codice-del-processo-amministrativo/libro-quarto/titolo-v/art121.html)*, comma 1, e dall'articolo*[*123*](https://www.brocardi.it/codice-del-processo-amministrativo/libro-quarto/titolo-v/art123.html)*, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta*». L’articolo in questione rimette al giudice amministrativo la possibilità di dichiarare l’inefficacia del contratto, fissandone la decorrenza, nei casi in cui però il vizio riscontrato non comporti l’obbligo di rinnovare la gara. La possibilità per il giudice di dichiarare l’inefficacia del contratto in caso di riedizione della gara è stata oggetto di dibattito[[85]](#footnote-85), che si è concluso avanzando il principio secondo cui è sempre rimessa al giudice amministrativo la valutazione circa l’inefficacia del contratto, anche nel caso in cui il vizio dell’aggiudicazione comporti l’obbligo di rinnovare la gara.

Tuttavia, rimaneva ancora irrisolta la questione se il giudice potesse o meno graduare gli effetti dell’inefficacia, posticipando la decorrenza della stessa, anche nel caso di riedizione della gara.

Tale quesito veniva affrontato dal Tar Lazio in due diverse pronunce, la n. 14851 (sez. III) e la sentenza n. 1737 (sez. II *bis*).

L’argomentazione seguita dal giudice del TAR si basa essenzialmente su una lettura combinata dell’art. 122 c.p.a. con l’art. 34 comma 1 lett. c), secondo cui “*In caso di accoglimento del ricorso, il giudice, nei limiti della domanda:* […] *condanna … all’adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio…*”. Tale norma nella parte in cui attribuisce al giudice il potere di adottare le “misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio” «*positivizza il principio della generalità e della atipicità della tutela di condanna*»[[86]](#footnote-86). Pertanto, nulla osta a che tale disciplina possa trovare applicazione anche all’art. 122 c.p.a., «*risolvendosi essa in uno strumento di effettività di tutela che si affianca armonicamente alla statuizione prevista dall’art. 122 (e che, a ben vedere, ne integra una ipotesi applicativa tipica) la cui natura costitutiva ne risulta così ampliata*» (Tar Lazio - sez. II *bis* sentenza n. 1737/2021).

Le conclusioni a cui perviene il Collegio sono in accordo con quanto precedentemente sostenuto dal Consiglio di Stato con l’Adunanza plenaria n. 13/2017 [[87]](#footnote-87), che ha, infatti, sancito il principio di diritto secondo cui «*la regola dell’annullamento con effetti ex tunc dell’atto impugnato può, sia pure in circostanze assolutamente eccezionali, trovare una deroga, con la limitazione parziale* *della retroattività degli effetti (si veda, in questo senso, Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488), o con la loro decorrenza ex nunc. L’ordinamento riconosce la possibilità di graduare l’efficacia delle decisioni di annullamento di un atto amministrativo (cfr. l’art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 e l’art. 34, comma 1, lettera a), del Codice del processo amministrativo). È altresì ammessa la possibilità per il giudice amministrativo di modellare nel caso concreto l’efficacia delle sentenze in materia di contratti pubblici (cfr. artt. 121 e 122 del Codice del processo amministrativo)*».

Tale graduazione degli effetti della sentenza, tuttavia, non può essere applicata dal giudice a qualsivoglia situazione, ma deve essere applicata nel caso in cui ci sia «*l’impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco*» [[88]](#footnote-88).

Nelle sentenze rese dal Tar Lazio gli interessi in gioco erano molteplici, infatti nella vicenda conclusasi con la sentenza n. 14851/2019 il Collegio ha ritenuto di mantenere l’efficacia del contratto per il tempo strettamente necessario a consentire la riedizione della gara, al fine di non determinare un grave pregiudizio all’interesse della pubblica amministrazione[[89]](#footnote-89). Nel secondo provvedimento, invece, le ragioni che hanno spinto il Giudice del Tar a decidere per la decorrenza differita dell’inefficacia del contratto poggiano sulla particolare importanza sociale degli interessi tutelati, che nel caso di specie avevano ad oggetto prestazioni di servizio di assistenza a favore di persone svantaggiate.

In conclusione, il merito delle sentenze del Tar Lazio è stato quello di approfondire e offrire una soluzione ad una questione fino a quel momento irrisolta. Infatti, a seguito della conclusione a cui sono pervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che hanno sancito definitivamente la competenza del giudice amministrativo a decidere circa l’efficacia del contratto medio tempore stipulato anche nel caso di riedizione della gara, il Tar Lazio, con le sentenze in commento, ha rimesso al medesimo giudice la possibilità di graduare gli effetti di tale inefficacia in ragione degli interessi in gioco, tra cui in particolare l’interesse pubblico oggetto della contrattazione. La valutazione rimessa al Collegio si basa, anche in tal caso, su un complesso e delicato bilanciamento di interessi, al fine di accertare se l’importanza sociale degli interessi tutelati possa giustificare il mantenimento in vita del contratto stipulato in virtù dell’aggiudicazione annullata, per il tempo strettamente necessario alla riedizione della procedura di gara.

**2.2 La dichiarazione di inefficacia con accoglimento della domanda di subentro.**

Per quanto riguarda la dichiarazione di inefficacia del contratto con consequenziale accoglimento della domanda di subentro, se proponibile, si pone la questione circa gli effetti dell’annullamento dell’aggiudicazione sulla sorte del contratto. Tale ambito ha generato numerosi contrasti, che sono stati il risultato delle diverse tesi che si sono succedute sul tema, a partire dall’annullabilità, poi nullità, fino ad arrivare all’attuale posizione che propende per l’inefficacia. [[90]](#footnote-90)

L’avvento della Direttiva 2007/66/CE, recepita dal d.lgs. 53/2010, poi confluiti nel Codice del processo amministrativo (d.lgs. 104/2010) ha definitivamente risolto i contrasti [[91]](#footnote-91) circa la competenza a decidere sull’inefficacia del contratto a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione, infatti gli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo individuano in capo al giudice amministrativo l’organo competente a dichiarare l’inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato.

A questo punto è necessario approfondire due questioni.

La prima è volta a chiarire se l’inefficacia del contratto sia una conseguenza automatica dell’annullamento dell’aggiudicazione o se la stessa debba sempre essere espressamente dichiarata dal giudice amministrativo. Al riguardo gli articoli 121 e 122 c.p.a. sembrano propendere verso la necessità di un’apposita pronuncia da parte del giudice amministrativo e nello stesso senso si è orientata la giurisprudenza del Consiglio di Stato. Infatti, già con la sentenza sez. III n. 6638/2011, i Giudici di Palazzo Spada hanno statuito che «*l’inefficacia non è conseguenza automatica dell’annullamento dell’aggiudicazione, che determina solo il sorgere del potere in capo al giudice e di valutare se il contenuto debba o meno continuare a produrre effetti. La privazione degli effetti del contratto in conseguenza dell’annullamento dell’aggiudicazione è dunque oggetto di una pronuncia giurisdizionale tipica*»[[92]](#footnote-92). L’orientamento tenuto dalla giurisprudenza più risalente ha trovato conferma anche nelle sentenze successive, *ex multis* Consiglio di Stato sez. V sentenza n. 5500/2019 e n. 788/2021.[[93]](#footnote-93)

A questo punto si pone la questione se la dichiarazione di inefficacia possa essere decisa dal Giudice in via autonoma o se essa debba essere domandata dalla parte. La tesi maggiormente conforme al dettato normativo è la prima, l’art. 121 c.p.a., infatti, prevede che “*Il giudice che annulla l’aggiudicazione dichiara l’inefficacia del contratto*”, senza che sia stato aggiunto alcun inciso che rendesse necessaria la domanda di parte. Ovviamente, la facoltà del giudice di dichiarare inefficace il contratto viene meno nel caso in cui il contratto sia già stato eseguito nella sua totalità, così come in tal caso si rende superflua anche la domanda di subentro. Anche il successivo art. 122 c.p.a., che norma le violazioni “non gravi” in cui è rimesso alla facoltà del giudice decidere se dichiarare l’inefficacia del contratto, non contiene alcun riferimento alla necessità di una domanda di parte al riguardo[[94]](#footnote-94).

Tale interpretazione è stata confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato sez. V n. 2445/2017: «*Ne consegue che, ai fini della procedibilità del ricorso, è del tutto indifferente che l’odierno appellante non abbia formulato la domanda finalizzata a sollecitare la dichiarazione di inefficacia del contratto (ovvero l’abbia formulata solo con memoria non notificata alle controparti)*».

Il ricorrente, pertanto, a seguito della dichiarazione di inefficacia, al fine di veder soddisfatte le proprie aspettative, necessita dell’accoglimento della domanda di subentro nel contratto *medio tempore* stipulato, qualora la stessa sia proponibile. In tal caso l’art. 122 c.p.a. impone espressamente che la possibilità di subentrare nel contratto è accoglibile solo qualora sia stata proposta dalla parte. Il Consiglio di Stato con la sentenza sez. V n. 3220/2014 ha chiarito quali sono i requisiti ai fini dell’accoglimento della domanda di subentro, e nello specifico «*che il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara, la domanda di subentro è stata proposta e lo stato di esecuzione del contratto e la tipologia stessa del contratto, così come sopra descritta, consente tale subentro*».

Quindi, se nel caso della dichiarazione di inefficacia non si rendeva necessaria la domanda di parte, ai fini dell’accoglimento della domanda di subentro si rende necessaria l’esplicita formulazione della richiesta da parte del ricorrente.[[95]](#footnote-95)

**2.3 Brevi cenni in materia di tutela in forma specifica o risarcimento per equivalente.**

L’art. 124 c.p.a., invece, regola il caso in cui il giudice non disponga l’inefficacia del contratto, questo può avvenire per svariate ragioni, tra cui o perché il contratto è stato già eseguito completamente o perché il giudice non ha ritenuto di disporre il subentro. In tal caso l’articolo in questione prevede, in favore del ricorrente non aggiudicatario, il risarcimento del danno per equivalente per aver disposto l’aggiudicazione in favore di un concorrente individuato in maniera illegittima, danno che deve essere provato dalla parte.

Il successivo comma 2 disciplina, invece, l’ipotesi in cui la parte, pur potendo, non abbia formulato domanda di subentro; in tal caso il giudice valuta tale comportamento ai sensi dell’art. 1227 c.c., che disciplina l’ipotesi di concorso del fatto o comportamento colposo da parte del creditore, che determina la diminuzione del risarcimento per equivalente in base alla gravità della colpa o delle conseguenze che sono derivate[[96]](#footnote-96). Tale principio appare assolutamente in linea con l’art. 30 comma 3 c.p.a., secondo cui il giudice deve valutare tutte le circostanze di fatto ed il comportamento delle parti ed esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza e attraverso l’esperimento degli strumenti di tutela previsti.

Tale trattamento ‘sanzionatorio’ previsto dal legislatore è giustificato dal fatto che la tutela in forma specifica, anche nel giudizio amministrativo, rappresenta la principale forma di tutela, pertanto l’ordinamento invita la parte danneggiata ad impugnare l’aggiudicazione, al fine di congelare l’azione amministrativa ed evitare ulteriori danni.

In ultimo, nel caso in cui il contratto sia stato parzialmente svolto dall’aggiudicatario illegittimo, è possibile prevedere il concorso tra i due tipi di risarcimento, disponendo il subentro nel contratto e il risarcimento per equivalente per la parte di contratto già svolta.[[97]](#footnote-97)

Per quanto concerne il rapporto tra le due forme di risarcimento, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è recentemente intervenuta con la sentenza n. 4/2015 circa la possibilità, rimessa al giudice *ex officio*, di emettere una pronuncia di risarcimento del danno anziché di annullamento dell’aggiudicazione, qualora quest’ultima non possa più determinare effetti utili per la parte. L’adunanza Plenaria ha negato tale possibilità in virtù della «*regola secondo la quale nel processo amministrativo debba darsi al ricorrente vittorioso tutto quello e soltanto quello che abbia chiesto ed a cui abbia titolo,* (che) *è stata ribadita dalle pronunce di questa stessa Adunanza plenaria n. 4 del 7 aprile 2011 e n. 30 del 26 luglio 2012*». Infatti, il Collegio precisa che, nel caso in cui la domanda di annullamento formulata non dovesse soddisfare l’interesse della ricorrente, allora al giudice spetterà unicamente emettere una pronuncia di accertamento della sopravvenuta carenza di interesse della parte. «*Non è però consentito al giudice, in presenza della acclarata, obiettiva esistenza dell'interesse all'annullamento richiesto, derogare, sulla base di invocate ragioni di opportunità, giustizia, equità, proporzionalità, al principio della domanda (si tratterebbe di una omessa pronuncia, di una violazione della domanda previsto dall'art. 99 c.p.c. e del principio della corrispondenza previsto dall'art. 112 c.p.c. tra chiesto e pronunciato secondo cui "il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa", applicabili ai sensi del rinvio esterno di cui all'art. 39 cod. proc. amm. anche al processo amministrativo) e trasformarne il petitum o la causa petendi, incorrendo altrimenti nel vizio di extrapetizione*».

**2.4 Il ruolo del giudice dell’ottemperanza.**

Oltre all’ipotesi sopra delineata, in cui il giudice non ritenga opportuno disporre il subentro o lo stesso non sia accoglibile perché il contratto è stato già completamente eseguito, può anche accadere che, a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione, il giudice non si pronunci circa la sorte del contratto o perché non è a conoscenza dell’avvenuta stipulazione dello stesso o perché la parte non ha proposto domanda di subentro.

Sulla base di tali quesiti ci si è chiesti se le parti potessero far valere le proprie pretese in sede di giudizio di ottemperanza. Una prima risposta positiva, circa la competenza a decidere la sorte del contratto in sede di ottemperanza, era stata fornita dall’Adunanza Plenaria con la sentenza n. 9/2008, che, seppur seguendo un ragionamento giuridico diverso da quello accolto dalla giurisprudenza successiva all’entrata in vigore del codice, perveniva alla medesima conclusione, secondo cui il giudice amministrativo, adito in sede di ottemperanza a seguito dell’inerzia dell’amministrazione, è investito di un sindacato pieno sulla vicenda.[[98]](#footnote-98)

Successivamente all’entrata in vigore del codice del processo amministrativo, il Consiglio di Stato in diverse pronunce ha confermato la competenza del giudice dell’ottemperanza. Nello specifico è stata sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato la decisione se potesse essere attribuito al giudice in sede di esecuzione il potere di dichiarare l’inefficacia del contratto, qualora la stessa non sia stata dichiarata dal giudice che ha annullato l’aggiudicazione, o se sia una prerogativa del giudice di cognizione. Al riguardo il Collegio ha ritenuto che «*una volta che il legislatore stesso ha espressamente attribuito al giudice dell’ottemperanza anche la cognizione della pretesa a conseguire l’aggiudicazione dell’appalto in termini di risarcimento in forma specifica, non possa dubitarsi che la cognizione dello stesso si estenda in tal caso anche all’accertamento costitutivo della relativa condizione, data dall’inefficacia del contratto a séguito dell’annullamento dell’aggiudicazione, disposto nella precedente fase di cognizione; tanto perché la richiesta di tutela risarcitoria in forma specifica si esplica e realizza appunto con la domanda di caducazione del contratto d’appalto concluso in attuazione della gara svoltasi con procedura illegittima*» (Cons. di Stato sez. III sentenza n. 6638/2011). Infatti, l’articolo 121 c.p.a. prevede che spetti al “giudice che annulla l’aggiudicazione” dichiarare l’inefficacia del contratto; ad avviso dei giudici di Palazzo Spada tale norma non deve essere interpretata come una riserva di cognizione, sulla base della quale solo il giudice che è stato investito della cognizione degli atti di gara può dichiarare l’inefficacia. L’articolo 121 c.p.a. deve essere interpretato nel senso di individuare la cognizione esclusiva del giudice amministrativo sulla materia regolata ed il giudice dell’ottemperanza rientra, senza alcun dubbio, nell’ambito indicato. In tal senso depongono sia ragioni di effettività di tutela, infatti se l’amministrazione, a seguito dell’annullamento rimanesse inerte, il ricorrente vittorioso non avrebbe alcuno strumento per tutelare le proprie ragioni, sia la natura stessa del giudizio di ottemperanza. Infatti, laddove il Giudice dell’ottemperanza è «*il giudice naturale della conformazione dell’attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto, […] stabilire se il bene della vita riconosciuto dal giudicato di annullamento possa effettivamente – e non solo in via supposta dall’amministrazione – conciliarsi con il mantenimento in vita del contratto di appalto, è quesito e che attiene alla corretta conformazione al giudicato e, per questo, di natura, spettante al giudice dell’ottemperanza*»[[99]](#footnote-99).

Pertanto, nel caso in cui il giudice di cognizione non abbia statuito circa la sorte del contratto e l’amministrazione sia rimasta inerte, il ricorrente ha a disposizione il giudizio di ottemperanza per far valere le proprie ragioni. In tale sede il giudice potrà, quindi, decidere circa la sorte del contratto, nel caso in cui sia stata annullata la relativa aggiudicazione perché illegittima, operando il medesimo bilanciamento di interessi richiesto al giudice della fase di cognizione.

Una recentissima sentenza del Consiglio di Stato ha limitato la possibilità per la parte di ottenere la soddisfazione del proprio interesse in sede di ottemperanza, infatti, secondo il Collegio, il ricorrente che ha ottenuto l’annullamento dell’aggiudicazione, ma non ha proposto domanda di subentro, potrà ricevere in sede di ottemperanza unicamente la tutela consistente nel risarcimento per equivalente. Dall’altro lato, non potrà ottenere tutela in forma specifica, essendo la stessa strettamente connessa alla domanda di inefficacia e subentro nel contratto, dipendenti dall’annullamento dell’aggiudicazione e, pertanto, non proponibili in un diverso ed autonomo giudizio[[100]](#footnote-100).

**Jessica Troiano, Claudia Milli, Emanuela Mosetti**[[101]](#footnote-101)

Pubblicato il 16 novembre 2021

**BIBLIOGRAFIA**

**SITOGRAFIA**

* De Nictolis R., *Il risarcimento del danno: modalità e tecniche di liquidazione nel settore delle pubbliche gare*, in giustiziaamministrativa.it, 23 dicembre 2019.
* Franconiero F., *Entra in scena il processo amministrativo super accelerato: commento all'art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016),* in ItaliAppalti, 2016. <http://www.italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=3011>.
* Graziano A., *Note minime in tema di inefficacia del contratto d’appalto nel Codice del processo amministrativo*, in giustizia-amministrativa.it, 12 maggio 2011.
* Lipari M., *Il rito appalti nel d.l. 16 luglio 2020, n. 76. I limiti all’inefficacia del contratto. La pronuncia cautelare e la definizione immediata del merito. L’accelerazione della pubblicazione della sentenza*, in Associazione G.B. Vighenzi, 2020.<https://www.segretaricomunalivighenzi.it/archivio/2020/ottobre/26-10-2020-il-rito-appalti-nel-d-l-16-luglio-2020-n-76>.
* Lipari M., *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in federalismi.it, 2016.
* Malanetto P., *La disciplina speciale dei contratti pubblici: procedure di affidamento, contratto ed esecuzione del rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo. Problematiche attuali.*, in *www.giustizia-amministrativa.it,* 18 aprile 2018.

**BIBLIOGRAFIA**

* Benvenuti F., *Autotutela (Dir. Amm.),* voce in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959.
* Bianca C., *Diritto civile, III, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000.
* Capuzza V., *Il principio di specialità nelle sue linee storiche e la differenza moderna fra appalto pubblico e appalto di diritto civile*, in Riv. Trim. Appalti, n. 3/2005.
* Caringella F., *Il sistema del diritto amministrativo*, Roma, 2018,167 ss.
* Caringella F., Giustiniani M., *Manuale dei contratti pubblici,* Dike Giuridica Editrice, 2015, 12 ss.
* Colarusso A.M., *L’ annullamento dell’aggiudicazione, in sede giurisdizionale e in autotutela, e la sorte del contratto pubblico*, in Amministrativamente – Rivista di diritto amministrativo, fasc. 9-10/2018.
* Contieri A., *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991.
* Coraggio G., *Annullamento d’ufficio degli atti amministrativi*, voce in *Enc. Giur.,* vol. II, Roma, 1988.
* Corpaci A., *Ambito e connotati della funzione di autotutela delle stazioni appaltanti,* a cura di D. Sorace, Napoli, 2013, 217 e ss.
* D’Amelio M., Romano S.*, I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. Dir. Pubb*. *e P.A. It. – Giust. Amm.,* 1929, I, 181 ss.
* D’ancona S., *L’annullamento di ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015.
* De Nova G., *Il contratto contrario a norme imperative*, I, in *Trattato Sacco*, Utet, 2004.
* De Nictolis r., *Il* *riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017.
* De Nictolis R., *I nuovi appalti pubblici*, 2017.
* Fantini S., *La revoca di provvedimenti incidenti su atti negoziali,* in Dir. proc. amm., 2008, 2 e ss.
* Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007.
* Garofoli A.- Ferrari G., *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, 2013/2014.
* Gentili E., *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, II, 1333 ss.
* Ghetti G., *Annullamento dell’atto amministrativo*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, I, Torino, 1987.
* La Rosa G., *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano, 2013, 205 e ss.
* Liberati A., *L’autotutela amministrativa*, Milano, 2006.
* Ligugnana G., *Profili evolutivi dell’autotutela amministrativa*, Padova, 2004.
* Lipari M., *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il “rito appalti” e le esigenze imperative di interesse generale,* in federalismi.it, 5/2017.
* Mari G., *La giurisdizione amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo*, M.A. Sandulli (a cura di), Milano, 2013, 61 ss.
* Merusi f., *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro Amm.* TAR, 2/2004, 569 e ss.
* Nunziata M., La sospensione degli effetti del contratto da parte del giudice amministrativo, in Giornale di Diritto Amministrativo, fasc. 1, 2014.
* Pajno A., *Il riparto della giurisdizione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Cassese S., (a cura di), Milano, 2003, vol. V, 4193 ss.
* Police a., *Le forme della giurisdizione*, in *Giustizia amministrativa*, F.G. Scoca (a cura di), Torino, 2014, 101 ss.
* Ramajoli M., *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, in Dir. proc. amm., fasc. 3, 2011.
* Saitta F., *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: problemi aperti*, in *Riv. Trim. App*., 2, 2016, 323 ss.
* Scognamiglio A., *Autotutela pubblicistica e contratti in corso*, in *Dir. amm*., 2013, 205 e ss..
* Scognamiglio A., *Appunti per una prima lettura dell’art. 34, comma 1, lett. c), d) ed e): le sentenze di condanna e condanna al risarcimento dei danni*, in giustizia-amministrativa.it.
* Severini G., *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, 2016.
* Torrente A. e Schlesinger P.*, Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1999.
* Veltri G., *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, 2016.
1. Si rimanda a Cassazione, Sez. Unite, 5 aprile 1993, n. 4054 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sul punto si rimanda a Tar Puglia, Lecce, Sez. III n. 1857. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sul punto si rimanda a TAR Campania, Salerno, Sez. I, 12 luglio 2017, n. 1153; TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 8 luglio 2016, n. 1383; Cass. civ., Sez. I, 25 maggio 2015, n. 10750; Cons. St., Sez. V, 7 luglio 2014, n. 3449 e 23 aprile 2014, n. 2063 [↑](#footnote-ref-3)
4. Una recente sentenza del Tar Catanzaro, (Calabria) sez. I, 16/03/2020, n.475, in relazione al possesso dei requisiti da parte dell’aggiudicataria, ha così statuito «*Nelle gare pubbliche i requisiti generali e speciali previsti dal bando devono essere posseduti dai candidati oltre che alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, anche per tutta la durata della procedura, fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità; la verifica sul possesso degli stessi può avvenire da parte della stazione appaltante in qualsiasi momento intervenendo in via di autotutela con la possibilità, in mancanza dei requisiti anche dopo l'aggiudicazione, di annullare la stessa».* [↑](#footnote-ref-4)
5. Ai sensi dell'art. 32, comma 14, c.c.p., la stipula del contratto avviene, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico ovvero in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante o in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante. [↑](#footnote-ref-5)
6. Prevede testualmente che «*Se è proposto ricorso avverso l’aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell’istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all’udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L’effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell’articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo di cui all’Allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n.104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l’esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all’immediato esame della domanda cautelare».* [↑](#footnote-ref-6)
7. Sul punto si è espresso il Tar Lombardia, con sentenza n. 1700/2018, sancendo la massima per cui «*È contraria al dovere di buona fede e al principio generale di divieto di abuso del diritto la pretesa dell’impresa aggiudicataria di esercitare il diritto di recesso previsto dall’art. 11, comma 9, D.lgs. n. 163 del 2006 dopo aver tenuto comportamenti orientati alla stipulazione del contratto»;* in particolare, dunque, le condotte delle parti devono essere improntate al principio di buona fede, sia nella fase che precede la stipulazione del contratto, sia quella che attiene la formazione del contratto stesso. [↑](#footnote-ref-7)
8. In particolare, sul tema dei confini della giurisdizione amministrativa si è pronunciato il Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2019, n. 5498, stabilendo che «2*.I confini della giurisdizione amministrativa in materia di contratti pubblici sono segnati dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1) c.p.a., in base al quale sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo 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 include quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative».* E ancora, si rimanda ad una recente pronuncia del T.A.R. Venezia, (Veneto) sez. I, 16/10/2020, n. 952 che si è espresso in tal modo *«La stipula del contratto di appalto costituisce il momento di chiusura della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1,* [*c.p.a*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=1804510&idUnitaDoc=5595280&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*. Con la consegna d'urgenza dei lavori si ha un'anticipazione dell'esecuzione della prestazione, ma il rapporto resta condizionato agli sviluppi del procedimento e all'esercizio del potere da parte dell'Amministrazione tanto è che il legislatore per l'ipotesi — non eccezionale — di mancata stipula del contratto ha previsto che all'aggiudicatario spetti esclusivamente il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisionali (*[*art. 32, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=4977851&idUnitaDoc=29881108&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*). Le vicende che precedono la stipulazione del contratto appartengono ancora alla fase pubblicistica e legittimano, in presenza dei presupposti, l'attivazione dei poteri di autotutela, fatti salvi dall'*[*art. 32, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016*](https://dejure.it/#/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=4977851&idUnitaDoc=29881108&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza)*. Di conseguenza, spetta al g.a. la cognizione della controversia sull'impugnazione dei provvedimenti di revoca dell'aggiudicazione della procedura, emanati allorché era già intervenuta la consegna d'urgenza dei lavori, ma il contratto non era stato ancora concluso».* [↑](#footnote-ref-8)
9. Si rimanda all’art. 3, d.lgs. n. 50/2016, rubricato “definizioni”. [↑](#footnote-ref-9)
10. Per un maggior approfondimento si rimanda a F. Caringella, M. Giustiniani, *Manuale dei contratti pubblici,* Dike Giuridica Editrice, 2015, 12 ss. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sulla nozione di “operatore economico” vi è ampia giurisprudenza; in particolare si segnala una recente sentenza del Consiglio di Stato sez. V, 22/02/2021, n. 1515, che si è pronunciato in tal senso, «*La costante giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E. delinea un'ampia nozione di “operatore economico” idonea a ricomprendere qualunque persona e/o ente attivo sul mercato «a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare», precisando che qualora un ente sia abilitato in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato «la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare» (considerando 14 della direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici), esso non può vedersi negato il diritto di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la prestazione delle stesse prestazioni, e ciò anche quando tale preclusione sia determinata da specifiche presunzioni discendenti dalla sua forma giuridica, quale quella di ente senza scopo di lucro*». [↑](#footnote-ref-11)
12. Per un maggior approfondimento si rimanda a V. Capuzza, *Il principio di specialità nelle sue linee storiche e la differenza moderna fra appalto pubblico e appalto di diritto civile*, in Riv. Trim. Appalti, n. 3/2005. [↑](#footnote-ref-12)
13. Per una attenta ricostruzione storica della specialità del diritto amministrativo e della dommatica del diritto amministrativo, si veda L. R. Perfetti, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007, 461 ss. [↑](#footnote-ref-13)
14. È centrale l’esigenza di salvaguardare la certezza dei contratti pubblici che, diversamente, resterebbero circoscritti in una alea di dubbio che ne andrebbe a minare la stessa appetibilità per il mercato. Pare utile riportare una attenta analisi che della genesi della problematica indagata, proposta da P. Carpentieri, *Sorte del contratto*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale testualmente afferma *«Il tema “sorte del contratto” è emerso, a livello di attenzione della giurisprudenza e della dottrina, agli inizi del decennio appena trascorso. Contribuì in qualche modo ad avviare la discussione una sentenza del Tar Napoli del 2002 (Tar Campania, I, 29 maggio 2002, n. 3177), che, in un contesto di discorso improntato alla priorità logico-giuridica della tutela ripristinatoria dell’ordine legale violato e sull’assunto della pregiudiziale amministrativa, opinò nel senso della nullità relativa speciale del contratto per violazione delle norme imperative sulla scelta del privato contraente e per carenza di “titolo” o legittimazione al contratto. (…) Il retroterra culturale della soluzione ipotizzata nella sentenza n. 3177 del 2002 si sostanziava dell’idea di una funzione – comunque, al fondo – correttiva della giustizia amministrativa, dove la considerazione dell’interesse pubblico (soggettivo della p.a. procedente) e di quello generale (oggettivo dell’ordinamento giuridico) facesse inevitabilmente parte dell’oggetto del giudizio, che non poteva esaurirsi nella tutela della sola parte che agisce, ma, vertendo sul modo di esercizio della funzione pubblica, intercettava comunque (anche) la considerazione dell’interesse generale/pubblico coinvolto nella fattispecie. In quel quadro l’idea che la sorte del contratto sfuggisse completamente alla cognizione e/o agli effetti della pronuncia del giudice amministrativo, per rimanere affidata agli incerti sviluppi ulteriori (eventuali) dell’azione amministrativa, sembrava ridurre la tanto declamata “pubblicizzazione” dell’interesse pro-competitivo delle imprese e del mercato a uno slogan vacuo. Parallelamente, l’idea della impermeabilità del contratto agli effetti dell’annullamento del provvedimento di aggiudicazione e l’idea della ammissibilità di un’azione di risarcimento senza annullamento sembravano costringere la cognizione amministrativa entro una dimensione puramente soggettiva, identica a quella civile, ridotta nell’ambito angusto del rapporto bilaterale con il soggetto che agisce in sede pretensiva, nei limiti della domanda, con rinuncia a qualsivoglia considerazione, sia pur attraverso il prisma dell’atto e del procedimento, dell’assetto degli interessi generali e pubblici coinvolti nella fattispecie».* Nella sentenza del 2002 la nullità (allora virtuale, oggi, come diremo, testuale) per violazione di norma imperativa, proibitiva di divieto della stipula del contratto con l’aggiudicatario illegittimo, si traduceva, dunque, anche in una conseguente nullità strutturale per carenza di titolo a contrarre. [↑](#footnote-ref-14)
15. M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Dir. amm., 2008, 297 ss. [↑](#footnote-ref-15)
16. Cfr. sul punto: Cassazione civile, Sez. II, 21.021995 n. 1885 e 8.5.1996, n. 4269. La Cassazione perviene a tali conclusioni sulla base della considerazione per cui le norme che regolano le procedure ad evidenza pubblica mirano a salvaguardare la corretta formazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione, sicché la loro violazione determina l’insorgere di una volontà negoziale “alterata” in ragione dei vizi che affliggono il procedimento di scelta del contraente privato e che si riversano sul provvedimento finale di aggiudicazione. Questo implica un vizio del consenso del contraente pubblico, tale da determinare l’annullabilità del contratto *ex* art. 1427 c.c. Ed ancora, secondo un orientamento più datato, poiché gli atti amministrativi adottati nell’ambito della procedura ad evidenza pubblica, che precedono la stipulazione dei contratti *jure privatorum* *“non sono altro che mezzi di integrazione della capacità e della volontà dell’ente pubblico, sicché i loro vizi, traducendosi in vizi attinenti a tale capacità e a tale volontà, non possono che comportare l’annullabilità del contratto, deducibile, in via di azione o di eccezione, soltanto da detto ente”.* Si vedano anche: Cass., 17 novembre 2000, n. 1401; Cass., 28 marzo 1996, n. 2842; Cons, St., VI, 1° febbraio 2002, n. 570; TAR Puglia, Lecce, 28 febbraio 2001, n. 746; TAR Lombardia, Brescia, 9 maggio 2002, n. 823; TAR Campania, 20 ottobre 2000, n. 3890. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cfr. Cass. 17.11.2000, n. 14901; Cass. 8.5.1996, n. 4269, Cass. 28.3.1996, n. 2842; CdS., Sez. VI, 1.2.2002, n. 570; T.A.R. Puglia, Lecce, 28.2.2001, n. 746; TAR Lombardia, Brescia, 9.5.2002, n. 823; TAR Lombardia, Milano, 29.11.1999, n. 4070; TAR Lombardia, Milano, 23.12.1999, n. 5049; TAR Lombardia, Milano, 11.12.2000, n. 7702; TAR Campania, Napoli, 20.10.2000, n. 3890. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cfr. Cass. 8.5.996, n. 4269. [↑](#footnote-ref-18)
19. *Ex multis*, Cass., sez. I, 28.3.1996, n. 2842. [↑](#footnote-ref-19)
20. Cass., sez. II, 21.2.1995, n. 1885 e Cass., sez. I, 13.10.1985 n. 5712. [↑](#footnote-ref-20)
21. A seguito poi del consolidarsi del principio per cui le regole dell’evidenza pubblica sono poste, non solo a tutela degli interessi dell’Amministrazione che a garanzia del più generale interesse alla *par condicio competitorum:* cfr. S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, op. cit. [↑](#footnote-ref-21)
22. Cfr., sul punto, R. Garofoli- G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, 2013/2014. [↑](#footnote-ref-22)
23. O. Forlenza, *Contratti della p.a*., in *Guida al Diritto*, n. 13 del 2008, 110 ss. [↑](#footnote-ref-23)
24. Sicché la nullità del contratto va desunta *ex* art. 1418 primo comma, sotto il profilo della violazione di norme imperative nel caso in cui i vizi della procedura ad evidenza pubblica siano tali da determinare l’inidoneità del contratto a raggiungere lo scopo assegnato alla amministrazione, sul presupposto che le norme dettate in materia di procedimento ad evidenza pubblica assumano la forza ed il valore di “norme imperative”. E proprio questo rappresenta il punto più “debole” della teoria da ultimo riportata, poiché - pur avendo il pregio di elevare e valorizzare, in generale, il ruolo e l’importanza delle regole sulla evidenza pubblica, considerandole come norme poste a tutela di importanti valori, come il corretto funzionamento del mercato degli appalti pubblici, la tutela della concorrenza e della parità di trattamento, non appare del tutto convincente sulla conseguente nullità del contratto per violazione dell’art. 1418 c.c. E questo perché, viceversa, le regole sulla evidenza pubblica sono essenzialmente di carattere procedurale, ponendo limiti alla generale capacità negoziale del soggetto pubblico rispetto ai singoli negozi tipicamente privatistici disciplinati nel codice dei contratti. Cfr. IV sez. del Consiglio di Stato nell’ordinanza n. 3355 del 21 maggio 2004 di rimessione alla Adunanza Plenaria. La Sezione osservava che *«l’annullamento giurisdizionale della aggiudicazione, operando, come è noto, ex tunc, ne elimina gli effetti fin dalla sua adozione, non solo con riferimento al suo contenuto propriamente provvedimentale, ma anche con riguardo a quello tipicamente negoziale. Ne consegue che la demolizione dell’atto con cui la amministrazione ha espresso la sua volontà negoziale priva il relativo negozio giuridico dell’elemento essenziale costituito dall’accordo, che deve, quindi, ritenersi insussistente, per effetto dell’elisione dell’atto generativo del consenso di una delle parti».* Anche l’applicazione dell’istituto della nullità virtuale *ex* art. 1418 c.c., nell’ambito della materia che ci interessa, appare piuttosto una forzatura. A ciò si aggiunga che parte della dottrina civilistica ha evidenziato il carattere “residuale” della nullità virtuale, in forza dell’inciso finale dell’art. 1418, comma 1 c.c., secondo cui il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative “salvo che la legge disponga diversamente”; in tal senso, cfr. E. Gentili, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, II, 1333 ss e G. De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, I, in *Trattato Sacco*, Utet, 2004. [↑](#footnote-ref-24)
25. L’inefficacia del contratto pubblico non è una conseguenza automatica dell’annullamento dell’aggiudicazione definitiva, essendo invece rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, e che la diversa disciplina rende difficile l’interpretazione circa la natura giuridica dell’inefficacia appena descritta, tanto è che è stata spesso definita come *a geometrie variabili*. Invero, l’inefficacia (diversamente dalla nullità e dalla annullabilità) non è un istituto giuridico unitario dotato di una propria regolamentazione, bensì è un fenomeno giuridico che descrive la perdita di effetti di una norma, di un contratto, di un negozio giuridico oppure di un provvedimento. Questa configurazione piuttosto variabile e flessibile dell’inefficacia del contratto pubblico, allorquando sia dichiarata, ha fatto emergere tesi differenti fra le quali: 1) tesi dell’inefficacia-nullità; 2) tesi dell’inefficacia derivante da risoluzione giudiziale. Secondo i sostenitori dell’inefficacia-nullità il contratto stipulato con l’aggiudicatario illegittimo è inefficace perché nullo, laddove la nullità sarebbe determinata dalla violazione di norme imperative, ossia dalla violazione delle norme di evidenza pubblica, che sono di derivazione comunitaria e che pacificamente al pari delle norme nazionali hanno carattere imperativo. Inoltre, si sostiene in riferimento al dato letterale degli artt. 121-122 c.p.a. che la previsione di una dichiarazione di inefficacia da parte del giudice (che annulla l’aggiudicazione) evidenzia la natura dichiarativa e non costitutiva della pronuncia, attraverso la quale il giudice per l’appunto accerta che il contratto non ha potuto o non potrà produrre più effetti. E poi ancora, dalla struttura dei suddetti articoli si deduce un meccanismo di rilevazione ufficiosa dell’inefficacia, tale che non risulta necessaria alcuna domanda o allegazione di parte. Questi tre argomenti individuati dai sostenitori della prima tesi coincidono in sostanza con i requisiti tipici della nullità: violazione di norma imperativa, natura dichiarativa della pronuncia, rilevazione d’ufficio. Risulta evidente allora che l’applicazione di tale canone interpretativo produce conseguenze sulla disciplina dei termini e sul piano dei rapporti con i terzi, originati dal contratto successivamente dichiarato inefficace perché colpito da un vizio che ha invalidato l’atto presupposto, ossia l’aggiudicazione. Diversamente opinando, i sostenitori della tesi dell’inefficacia determinata da una risoluzione giudiziale escludono la sussistenza dei requisiti fondamentali della nullità. Secondo tali autori l’inefficacia del contratto conseguente all’annullamento giudiziale dell’aggiudicazione definitiva descrive una risoluzione giudiziale del contratto piuttosto che una nullità originaria dello stesso. [↑](#footnote-ref-25)
26. Così Cass. Civ., I, 15 aprile 2008, n. 9906, secondo cui *«la caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti della fase della formazione, attraverso i quali si è cioè formata in concreto la volontà contrattuale della amministrazione, invero, priva quest’ultima, con efficacia ex tunc, della legittimazione a negoziare; in sostanza, l’organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere, con effetto ex tunc, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà della amministrazione, come la deliberazione di contrattare, il bando o l’aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato iniure, privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi. L’annullamento della fase sostanziale dell’aggiudicazione segna, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici».* [↑](#footnote-ref-26)
27. Cfr. Cons. St., Sez. VI, n. 2992/2003 e n. 244/2000. [↑](#footnote-ref-27)
28. Benché la norma sopra richiamata sia dettata in materia di amministrazione del patrimonio e contabilità generale dello Stato, la giurisprudenza ne ha tratto un principio di portata generale valevole anche per le gare esperite da enti territoriali. [↑](#footnote-ref-28)
29. Salvo poi a verificare la sussistenza di eventuali responsabilità, anche precontrattuali, in capo alla Amministrazione. [↑](#footnote-ref-29)
30. Cfr. Cons. St. n. 5201/2007 e n. 2332/2003; Cons. St. - Sez. V, n. 5194/2005; Cons. St. - Sez. VI, n. 4295/2006. [↑](#footnote-ref-30)
31. Cfr. Cass. civ. Sez. Un., n. 10443/2008. Nella sentenza si legge testualmente: *«La scelta del Consiglio di Stato in ordine alla caducazione degli effetti del contratto costituisce eccesso di potere esterno dei giudici amministrativi che, con tale statuizione, si sono sostituiti alla P.A. in una prerogativa di essa, che è quella di determinare l'annullamento del contratto da essa stessa stipulato e la caducazione dei suoi effetti in sede di autotutela o con domanda al giudice ordinario»*. [↑](#footnote-ref-31)
32. La nozione di inefficacia, intesa nel suo senso più comprensivo, abbraccia tutti i casi nei quali al contratto non siano collegati gli effetti suoi propri, in A. Cataudella, *I contratti- parte generale*, Giappichelli, 2014. Non si può, assumendo il termine nell’accezione comune, identificare l’inefficacia con la mancanza di effetti: il contratto che non produce i suoi effetti propri può produrne altri. [↑](#footnote-ref-32)
33. Il TAR Milano, con sentenza n. 1370 del 2008, afferma che *«la caducazione del contratto è un termine atecnico estraneo alle categorie abituali del diritto privato e del diritto pubblico»* e provvede a definirla come *«fenomeno oggettivo di privazione degli effetti del contratto, originato dalla violazione di norme di azione dell’agire amministrativo, non assimilabile alle categorie tipiche della nullità e dell’annullabilità del contratto…ma piuttosto riconducibile all’inefficacia in senso lato».* Ed ancora, secondo anche quanto eccepito nel testo, afferma che la inefficacia in senso lato, *«non costituisce nel diritto civile una categoria autonoma ma un modo di essere del contratto che accomuna in via descrittiva ipotesi disparate»*. L’inefficacia successiva del contratto, a giudizio del TAR Milano, si determinerebbe *«in forza di un fatto sopravvenuto alla stipula del contratto, l’annullamento della aggiudicazione, cui il contratto si ricollega in via funzionale (…) il meccanismo richiamerebbe, in realtà, l’istituto della condizione risolutiva e, in particolare, la figura della condicio iuris che ricorre ogni qual volta la legge fa dipendere l’efficacia del contratto da un particolare evento futuro e incerto che sarebbe dato, al lume dell’art. 246 co. 4 d. lgs 163/2006, dall’annullamento (o dalla sospensione) dell’aggiudicazione».* [↑](#footnote-ref-33)
34. Il Considerando 13, in particolare, prevede che *«Per contrastare l’aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di Giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un’amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Pertanto, un contratto risultante da un’aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto. La carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest’ultimo”. Considerando 18: “Per impedire violazioni gravi del termine sospensivo obbligatorio e della sospensione automatica, che sono presupposti essenziali per ricorsi efficaci, si dovrebbero applicare sanzioni effettive. Gli appalti conclusi in violazione del termine sospensivo e della sospensione automatica dovrebbero pertanto essere considerati in linea di principio privi di effetti se in presenza di violazioni della direttiva 2004/18/CE o della direttiva 2004/17/CE nella misura in cui tali violazioni abbiano influito sulle opportunità dell’offerente che presenta ricorso di ottenere l’appalto».* [↑](#footnote-ref-34)
35. Così testualmente: *“«1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell’adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell’interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell’organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l’amministrazione ha l’obbligo di provvedere al loro indennizzo. 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».* [↑](#footnote-ref-35)
36. «*…* *sussiste in capo all’amministrazione la possibilità di esercitare il potere di autotutela e, per l’effetto, dichiarare la decadenza dell’aggiudicazione provvisoria qualora l’affidatario, a fronte di richieste documentali ricevute, non collabori alla stipula del contratto. Infatti, il procedimento di evidenza pubblica ha scopi e valenza ad effetti unitari, fino al momento della stipula del contratto, che non solo consentono – ma anzi impongono, nell’interesse pubblico, anche ai fini della revoca dell’aggiudicazione – la valutazione di tutte le circostanze e gli elementi concernenti il raggiungimento in concreto dell’obiettivo di scegliere l’operatore economico più serio ed affidabile per la più corretta e tempestiva esecuzione dell’appalto*» (Cons. Stato, n. 3395 del 6/6/2014, Tar Sardegna, n. 526 del 2/7/2014). [↑](#footnote-ref-36)
37. «*Il ritiro di un'aggiudicazione legittima postula la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla, ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi».* (per tutte, cfr. Cons. St., sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026; id., sez. V, 19 maggio 2016, n. 2095). [↑](#footnote-ref-37)
38. Sul tema è opportuno richiamare una sentenza del Tar – Napoli, sez. I, 07/12/2018, n.7005, in cui si rileva che «*in materia di appalti pubblici, anche dopo l'intervento dell'aggiudicazione definitiva, non è precluso all'Amministrazione Appaltante di revocare l'aggiudicazione stessa, in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, del quale occorre dare atto nella motivazione del provvedimento di autotutela, alla stregua dei principi generali dell'ordinamento giuridico, i quali, oltre che espressamente codificati dall'art. 21 quinquies della l. n. 241 del 1990, trovano fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'art. 97 Cost., ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa. L'esercizio di tale potere, peraltro, tenuto conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse che lo giustificano, non è subordinato al ricorrere di ipotesi tipiche, tassativamente predeterminate dal legislatore, ma è rimesso alla valutazione ampiamente discrezionale della Stazione Appaltante».* [↑](#footnote-ref-38)
39. *Ex multis,* Cass. n. 7545/2016; e ancora, Consiglio di Stato sent. n. 662/2012, secondo cui «*Ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della amministrazione non si deve tener conto, infatti, della legittimità dell’esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, ma della correttezza del comportamento complessivamente tenuto dalla stessa durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell’obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell’art. 1337 c.c».* [↑](#footnote-ref-39)
40. Si rimanda a F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007; C. Bianca., *Diritto civile, III, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000; A. Torrente e P. Schlesinger*, Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1999. [↑](#footnote-ref-40)
41. Il principio del legittimo affidamento trova fondamento normativo all’interno dell’art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990 che sostiene «*Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell’adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell’interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell’organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l’amministrazione ha l’obbligo di provvedere al loro indennizzo. 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».* [↑](#footnote-ref-41)
42. Si veda Cass. Sez. Un. 26 giugno 2003, n. 10160. [↑](#footnote-ref-42)
43. Uno studio completo dell’autotutela uscirebbe da limiti del presente studio, al riguardo, si rinvia, oltre che alla manualistica e ai trattati di diritto amministrativo, ai contributi di F. Benvenuti, *Autotutela (Dir. Amm.),* voce in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959; G. Ghetti, *Annullamento dell’atto amministrativo*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, I, Torino, 1987; G. Coraggio, *Annullamento d’ufficio degli atti amministrativi*, voce in *Enc. Giur.,* vol. II, Roma, 1988; A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991; G. Ligugnana, *Profili evolutivi dell’autotutela amministrativa*, Padova, 2004; A. Liberati, *L’autotutela amministrativa*, Milano, 2006; S. D’ancona, *L’annullamento di ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015. [↑](#footnote-ref-43)
44. Sono individuati, generalmente, come mezzi di autotutela contrattuale, l’eccezione di inadempimento *ex* art. 1460 c.c., la sospensione dell’esecuzione *ex* art. 1461 c.c., la clausola risolutiva espressa e la caparra confirmatoria. [↑](#footnote-ref-44)
45. Cfr., sul punto, R. Garofoli- G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, 2013/2014. [↑](#footnote-ref-45)
46. Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 10 settembre 2010, n. 32215; Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2014, n. 2713, Cons. Giust. Amm., Reg. Sicilia, Sez. Giur., 18 giugno 2014, n. 327; Cons. Stato, Sez. III, 28 febbraio 2014, n. 942; Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2013, n. 2418. [↑](#footnote-ref-46)
47. Cfr. A. Corpaci, *Ambito e connotati della funzione di autotutela delle stazioni appaltanti,* a cura di D. Sorace, Napoli, 2013, 217 e ss.; S. Fantini, *La revoca di provvedimenti incidenti su atti negoziali,* in Dir. proc. amm., 2008, 2 e ss.; G. La Rosa, *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano, 2013, 205 e ss; infine, si veda, A. Scognamiglio, *Autotutela pubblicistica e contratti in corso*, in *Dir. amm*., 2013, 205 e ss.. [↑](#footnote-ref-47)
48. Si veda, *ex multis,* F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro Amm.* TAR, 2/2004, 569 e ss. [↑](#footnote-ref-48)
49. Cfr., per tutte, la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554. [↑](#footnote-ref-49)
50. Inoltre, in coerenza con quanto affermato dalla citata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1203, secondo cui *«In materia di contratti pubblici, la P.A. può sospendere, annullare o revocare in sede di autotutela la procedura di gara e l'aggiudicazione se sussiste l'interesse pubblico all'eliminazione di atti illegittimi o non più rispondenti all'interesse pubblico medesimo».* [↑](#footnote-ref-50)
51. T.A.R. Piemonte Sez. II, 24 novembre 2014, n. 1906. Nella pronuncia in questione si sottolinea come non sussista una preclusione per il giudice amministrativo a pronunciarsi in ordine agli effetti di un contratto stipulato sulla base di una aggiudicazione annullata in via di autotutela e, anche in questo caso, la declaratoria di efficacia o inefficacia del contratto deve ritenersi sottratta alla disponibilità delle parti e quindi necessita una pronuncia giudiziale. Altresì, non sussiste una preclusione per il giudice amministrativo a pronunciarsi su una simile domanda nell’ambito di un giudizio diverso di quello che ha ad oggetto la legittimità degli atti di gara o di annullamento degli stessi in autotutela. Nel caso in cui l’evenienza in questione fosse quella realmente auspicata dal Legislatore, non può perdersi di vista il fatto che la definizione della sorte del contratto nullo costituisce la tappa finale e necessaria di un percorso che il legislatore ha inteso, sia prima che dopo l’entrata in vigore del D. L.vo 53/2010, affidare ad un giudice, al quale non si può quindi precludere l’esercizio di funzioni doverose. [↑](#footnote-ref-51)
52. Si vedano, sul punto: T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 31 agosto 2018, n. 979; Cons. Stato Sez. V, 02 luglio 2018, n. 4041; Cons. Stato Sez. V, 30 aprile 2018, n. 2601; Cons. Stato Sez. V, 14 giugno 2017, n. 2891. [↑](#footnote-ref-52)
53. Entro il limite temporale di diciotto mesi previsto dal riformulato art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990. [↑](#footnote-ref-53)
54. Cfr. F. Manganaro, S. Gardini, op. cit. [↑](#footnote-ref-54)
55. In materia di riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, P. Malanetto, *La disciplina speciale dei contratti pubblici: procedure di affidamento, contratto ed esecuzione del rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo. Problematiche attuali.*, in *www.giustizia-amministrativa.it,* 18 aprile 2018; M. D’Amelio, S. Romano*, I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. Dir. Pubb*. *e P.A. It. – Giust. Amm.,* 1929, I, 181 ss.; A. Pajno, *Il riparto della giurisdizione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S. Cassese (a cura di), Milano, 2003, vol. V, 4193 ss.; G. Mari, *La giurisdizione amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo*, M.A. Sandulli (a cura di), Milano, 2013, 61 ss.; A. Police, *Le forme della giurisdizione*, in *Giustizia amministrativa*, F.G. Scoca (a cura di), Torino, 2014, 101 ss. Specificamente, in materia di contratti, v. F. Caringella, *Il sistema del diritto amministrativo*, Roma, 2018,167 ss.; R. De Nictolis, *Il* *riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017; R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici*, 2017, 2330 ss.; F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: problemi aperti*, in *Riv. Trim. App*., 2, 2016, 323 ss. [↑](#footnote-ref-55)
56. T.A.R. Venezia, (Veneto) sez. I, 16/10/2020, n. 952. [↑](#footnote-ref-56)
57. Teoria ripresa anche dalla Cass., I, n. 9906 del 2008 secondo cui *«la caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti della fase della formazione, attraverso i quali si è cioè formata in concreto la volontà contrattuale dell’Amministrazione, invero, priva quest’ultima, con efficacia ex tunc, della legittimazione a negoziare; in sostanza, l’organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere, con effetto ex tunc, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell’Amministrazione, come la deliberazione di contrattare, il bando o l’aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato in iure, privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi».* [↑](#footnote-ref-57)
58. È già stata affermata giurisprudenza (TAR Lazio, Roma, II *ter*, 24 dicembre 2019, nr. 14851) in maniera, conforme con quanto ritenuto, in via generale, dall’Adunanza Plenaria (sentenza del 22 dicembre 2017, nr. 13 e giurisprudenza ivi richiamata, tra cui Cons. Stato, sez. VI, n. 2755 del 2011. [↑](#footnote-ref-58)
59. Nello specifico, l’art. 121 comma 1° c.p.a. stabilisce che il giudice amministrativo dichiara inefficace il contratto se l’aggiudicazione è avvenuta senza previa pubblicazione del bando oppure senza gara al di fuori dei casi consentiti dalla legge (lettere a-b); oppure se il contratto è stato stipulato senza il rispetto del termine dilatorio oppure senza rispetto della sospensione obbligatoria, purché tali vizi, aggiungendosi ai vizi dell’aggiudicazione, abbiano influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l’appalto (lettere c-d). Altresì, il comma 5° specifica che nelle ipotesi di cui alle lettere a) e b) il contratto non verrà caducato laddove la Amministrazione ponga in essere la procedura ivi descritta. [↑](#footnote-ref-59)
60. Vengono testualmente elencate ipotesi esemplificative di *esigenze imperative,* precisando che possono considerarsi tali gli interessi economici solo *in circostanze eccezionali,* tenendo conto della mancata domanda di subentro e dell’assenza di un vizio talmente grave da comportare l’obbligo di rinnovo della gara. Ancora, non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto. [↑](#footnote-ref-60)
61. Come emerge dalla pronuncia del TAR Lazio, n. 4997 del 1.06.2012, cui si riporta la integrale motivazione della sentenza: motivazione della sentenza: *«Circa la domanda tesa ad ottenere l’inefficacia della convenzione quadro stipulata in data 31.12.2011, il Collegio rileva che, ai sensi dell’art. 121 c.p.a. (Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni): - il giudice che annulla l’aggiudicazione definitiva dichiara l’inefficacia del contratto nei seguenti casi: … b) se l’aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l’omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (comma 1); - tuttavia, la inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettera b) , non trova applicazione quando la stazione appaltante: … b) abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell’articolo 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in cui manifesta l’intenzione di concludere il contratto (comma 5). Nel caso di specie, l’Amministrazione ha agito in linea con quanto stabilito dal quinto comma dell’art. 121 c.p.a. in quanto ha pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell’articolo 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, con il quale ha manifestato l’intenzione di concludere il contratto (cfr. l’avviso in data 15.12.2011. doc. 8 Telecom Italia S.p.A.). Riguardo a tale adempimento la parte ricorrente ha rilevato che l’avviso volontario per la trasparenza preventiva è stato inviato il 15.12.2011 senza indicare l’operatore economico aggiudicatario in quanto l’affidamento è stato disposto successivamente (23.12.2011) violando, in tal modo, l’art. 79-bis d.lgs. n. 163/2006 il quale stabilisce che l'avviso volontario per la trasparenza preventiva contiene, tra l’altro, la denominazione ed il recapito dell'operatore economico a favore del quale è avvenuta l'aggiudicazione definitiva. A parere del Collegio, nel caso di specie la ratio sottesa all’espletamento dell’adempimento previsto dalla legge è stata rispettata perché l’avviso volontario reca l’indicazione del fornitore (Telecom Italia SpA) individuato dall’Amministrazione (cfr. pag. 2 del doc. 8 di Telecom Italia SpA), anche se al momento della spedizione dell’avviso (15.12.2011) non si era ancora perfezionato l’affidamento (intervenuto il 23.12.2011). L’avviso, infatti, ha lo scopo di informare dell’intenzione di affidare l’appalto ad un determinato operatore economico e, quindi, precede e non segue l’aggiudicazione (rectius, l’affidamento), come emerge anche dall’art. 64 Dir. 2009/81CE. Tuttavia, il fatto che la convenzione quadro datata 31.12.2011 non ‘debba’ essere dichiarata inefficace ex art. 121 c.p.a. non significa che lo stesso non ‘possa’ essere dichiarato tale ai sensi dell’art. 122 c.p.a. il quale stabilisce che al di “fuori dei casi indicati dall’articolo 121, comma 1, e dall’articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l’aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell’aggiudicazione non comporti l’obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.”. Nel caso di specie, il Collegio ritiene di dover dichiarare inefficace la convenzione quadro del 31.12.2011 tenendo conto, in particolare: - dell’interesse della Società ricorrente a partecipare ad una selezione tesa all’affidamento dei servizi oggetto della procedura contestata e dell’interesse dell’Amministrazione ad individuare il miglior contraente possibile al quale affidare tali servizi; - dell’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’affidamento dei servizi in questione qualora venga individuato all’esito della selezione da espletare in esecuzione della presente decisione; - del fatto che i vizi della procedura negoziata annullata comportano l’obbligo di espletare una selezione finalizzata all’individuazione del fornitore in favore del quale l’Amministrazione dovrà affidare i servizi sopra descritti. Per quanto concerne la decorrenza dell’inefficacia della convenzione quadro settennale datata 31.12.2011, il Collegio – tenendo conto dei tempi e dei profili tecnici necessari per espletare una procedura selettiva nel caso di specie e di tutte le esigenze dell’Amministrazione sopra evidenziate, con particolare riferimento alla necessità di non interrompere i delicati servizi oggetto di affidamento e di prevedere tempi adeguati per garantire una eventuale migrazione degli stessi ad altro fornitore – ritiene di dover dichiarare inefficace la citata convenzione quadro alla data del 31 dicembre 2013».* [↑](#footnote-ref-61)
62. Cfr., T.A.R. Cagliari, (Sardegna), sez. II, 05/06/2020, n. 316. [↑](#footnote-ref-62)
63. Per costante giurisprudenza, una volta instaurato, un rapporto negoziale privatistico tra la P.A. e l’aggiudicatario, tutte le controversie attinenti alle successive vicende verificatesi durante la fase di esecuzione del contratto rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario. A quest’ultimo spetta la cognizione non solo delle cause aventi quale oggetto diretto la validità o l’efficacia del contratto ma anche di quelle volte ad accertare, in funzione della stessa, la legittimità dei relativi atti prodromici intervenuti nella pregressa fase amministrativa, in ordine alla quale compete al giudice ordinario un potere di sindacato incidentale, senza, dunque, la necessità che le parti debbano rivolgersi al giudice amministrativo ai fini dell’annullamento dei relativi provvedimenti (Cass. S.U. 12110/2013, 5846/2012, 7589/2009). Inoltre, per quanto riguarda le procedure ad evidenza pubblica (cfr. Cass. S.U. 10705/2017) spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di comportamenti e atti assunti prima dell’aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l’aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti, mentre la giurisdizione spetta al giudice ordinario nella successiva fase contrattuale, concernente l’esecuzione del rapporto (Cfr.: Cass. S.U. 27169/07, 10443/08, 19805/08, 20596/08, 391/11, 12902/13). Secondo la costante giurisprudenza delle Sezioni Unite, l’Amministrazione, una volta concluso il contratto, è del tutto carente del potere di sottrarsi unilateralmente al vincolo che dal contratto medesimo deriva: ipotizzare che essa abbia la possibilità di far valere unilateralmente eventuali vizi del contratto, semplicemente imputando quei medesimi vizi agli atti prodromici da essa posti in essere in vista dell’assunzione del predetto vincolo negoziale, equivarrebbe a consentire una sorta di revoca del consenso contrattuale che la pariteticità delle parti negoziali esclude per il contraente pubblico non meno che per il contraente privato; intervenuta la stipulazione del contratto, la pubblica amministrazione non può più spendere pertanto alcun potere d’imperio, neppure in via di autotutela (*ex multis*, si vedano: Cass. S.U, 22554/14, 12901/13). Inoltre, sul punto, la sentenza della Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 23468/2016 ha chiarito che, successivamente alla stipula del contratto conseguente a un procedimento di evidenza pubblica, tutte le controversie sorte durante la fase di esecuzione del contratto rientrano, di regola, nella giurisdizione del giudice ordinario, tenuto conto della condizione di parità tra le parti e, dunque, della natura di diritto soggettivo che qualifica la posizione del contraente privato, a meno che l’Amministrazione committente eserciti poteri autoritativi attraverso provvedimenti espressione di discrezionalità valutativa, a fronte dei quali la posizione soggettiva del privato si atteggia a interesse legittimo. La Cass. S. U. 13-3-2020, n. 7219 chiarisce che nel settore dell’attività negoziale della amministrazione tutte le controversie che attengono alla fase preliminare, antecedente e prodromica al contratto, inerenti alla formazione della sua volontà ed alla scelta del contraente privato in base alle regole c.d. dell’evidenza pubblica, appartengono al giudice amministrativo, mentre quelle che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva che va dalla stipulazione del contratto fino alle vicende del suo adempimento, e riguardano la disciplina dei rapporti che dal contratto scaturiscono, sono devolute al giudice ordinario. Di conseguenza, appartengono al giudice ordinario le controversie concernenti l’interpretazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, Cass. S.U. 29.01.2018, n. 2144; S.U. 10.4.2017, n. 9149. [↑](#footnote-ref-63)
64. Cons. St. 21.5.2014, n. 2624. [↑](#footnote-ref-64)
65. Il Consiglio di Stato ha, tuttavia, precisato con l’ordinanza n. 10935/ 2017 che tale giustificazione sistematica resta limitata ai casi in cui fra l’annullamento dell’aggiudicazione e la perdita di efficacia del contratto sussista un rapporto di immediata presupposizione, nel senso che il secondo rappresenti conseguenza immediata e diretta del primo, sì da suggerire la richiamata conclusione quale corollario del principio di concentrazione. Al contrario, la medesima giustificazione non risulta applicabile alle diverse ipotesi in cui la perdita di efficacia del contratto di appalto rappresenti una conseguenza solo mediata e indiretta dell’annullamento intervenuto in sede giurisdizionale. L’ordinanza in questione poi ha evidenziato come sussista la giurisdizione del giudice ordinario non solo quando la domanda attiene alla fase esecutiva del rapporto contrattuale ma anche quando la pubblica amministrazione, interviene direttamente sul contratto per vizi suoi propri, anziché sulle determinazioni prodromiche in sé considerate. Pertanto spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta a ottenere il pagamento delle prestazioni eseguite prima dell’annullamento della caducazione del contratto. [↑](#footnote-ref-65)
66. Corte di Cassazione civile Sez. Unite, Ord., (ud. 11-02-2020) 13-03-2020. [↑](#footnote-ref-66)
67. T.A.R. Venezia, (Veneto) sez. I, 16/10/2020, n. 952, già citata. [↑](#footnote-ref-67)
68. Cfr., ancora, R. De Nictolis, op. cit. [↑](#footnote-ref-68)
69. M. Ramajoli *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2011, 11. [↑](#footnote-ref-69)
70. M. Nunziata, *La sospensione degli effetti del contratto da parte del giudice amministrativo*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, fasc. 1, 2014, 11. [↑](#footnote-ref-70)
71. La mancanza di una decisione da parte del giudice amministrativo in sede cautelare determinerebbe una situazione di incertezza che potrebbe indurre la stazione appaltante ad assumere decisioni in via autonoma, esponendola, quindi, ad un duplice rischio di azioni risarcitorie: nel caso in cui il contratto stipulato con l’aggiudicatario individuato all’esito della procedura di gara venga revocato dall’amministrazione e il ricorrente, all’esito del giudizio di merito, non ottenga l’aggiudicazione del contratto. [↑](#footnote-ref-71)
72. Con riferimento all’ordinanza n. 4677/2011 la Sez. V del Consiglio di Stato ha ritenuto “*alla stregua di una valutazione comparativa degli interessi in rilievo*” di non sospendere il contratto, poiché l’interruzione del servizio sarebbe stata pregiudizievole per l’interesse pubblico. [↑](#footnote-ref-72)
73. Al riguardo, G. Severini, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, 2016, 17, il quale precisa che «*L’emendamento governativo recepito in questo art. 9, comma 2- sexies traeva origine dalla pendenza di ricorso per i lavori di messa in sicurezza del fiume Bisagno (Genova). L’intenzione dichiarata era di impedire che un ricorso amministrativo potesse essere causa di ritardo dei cantieri e di far prevalere l’interesse generale all’incolumità sulle rivendicazioni delle imprese soccombenti nella gara*». [↑](#footnote-ref-73)
74. M. Lipari, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il “rito appalti” e le esigenze imperative di interesse generale,* in *federalismi.it*, 5/2017, 24 e ss. [↑](#footnote-ref-74)
75. Per un approfondimento circa la conformità del comma 8-*ter* alla legge delega, v. M. Lipari, op. cit., 39-41. [↑](#footnote-ref-75)
76. M. Lipari, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il “rito appalti” e le esigenze imperative di interesse generale,* cit., 43. [↑](#footnote-ref-76)
77. M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in federalismi.it, 2016, 12. [↑](#footnote-ref-77)
78. G. Veltri, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, 2016, 8. [↑](#footnote-ref-78)
79. M. Lipari, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il “rito appalti” e le esigenze imperative di interesse generale*, cit., 57. L’autore esamina, inoltre, il richiamo nel comma 8-*ter* sia dell’art. 121 co. 1 che dell’art. 122 c.p.a. In particolare l’art. 121, in caso di gravi violazioni, impone l’obbligo di dichiarare l’inefficacia del contratto, ad eccezione delle richiamate “esigenze imperative”. Dall’altro lato, l’art. 122 c.p.a. concerne le violazioni “non gravi”, che lasciano al giudice ampia discrezionalità nel decidere se dichiarare o meno l’inefficacia del contratto; il medesimo articolo richiama a titolo esemplificativo una serie di elementi di cui il giudice dovrebbe tenere conto nell’ambito della propria valutazione. In tale elenco non è presente il riferimento alle esigenze imperative, tuttavia, tenuto conto che tali esigenze sono idonee a mantenere l’efficacia del contratto in caso di violazioni gravi, è ragionevole pensare che le stesse debbano essere valutate dal giudice cautelare in caso di violazioni non gravi. [↑](#footnote-ref-79)
80. G. Severini, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, 2016, 18. [↑](#footnote-ref-80)
81. G. Severini, *ibidem*. Per un approfondimento del concetto di “interesse generale” si veda M. Lipari, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il “rito appalti” e le esigenze imperative di interesse generale*, cit. e G. Severini, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, cit. [↑](#footnote-ref-81)
82. F. Franconiero, *Entra in scena il processo amministrativo super accelerato: commento all'art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016),* in ItaliAppalti, 2016. [↑](#footnote-ref-82)
83. M. Lipari, *Il rito appalti nel d.l. 16 luglio 2020, n. 76. I limiti all’inefficacia del contratto. La pronuncia cautelare e la definizione immediata del merito. L’accelerazione della pubblicazione della sentenza*, in Associazione G.B. Vighenzi, 2020. [↑](#footnote-ref-83)
84. M. Lipari. *ibidem*. Il d.l.76/2020 ha introdotto anche una modifica dell’art. 120 comma 6 c.p.a., in particolare l’art. 4 comma 4 lett. a) della l. 120/2020 dispone che “*qualora le parti richiedano congiuntamente di limitare la decisione all’esame di un’unica questione, nonché in ogni altro caso compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa, è di norma definito anche in deroga al comma 1, primo periodo dell'articolo 74, in esito all'udienza cautelare ai sensi dell'articolo 60, ove ne ricorrano i presupposti*”. Per quanto concerne la portata innovativa della norma, Lipari ha ritenuto che «*ora, la disposizione in esame non comporti significative accelerazioni del giudizio e che, in sostanza, non modifichi l’assetto esistente, risolvendosi in una sorta di enunciazione programmatoria volta a incentivare la decisione abbreviata*». Per un approfondimento v. M. Lipari, op. cit., par. 9 e 10. [↑](#footnote-ref-84)
85. In senso conforme alla possibilità di dichiarare l’inefficacia del contratto anche in caso di riedizione della gara: Consiglio di Stato Sez. IV sentenza n. 1126/2016, che faceva proprio l’orientamento precedentemente assunto dall’Adunanza Plenaria con la sentenza n. 13/2011. Dall’altro lato il Consiglio di Stato con una precedente sentenza (sez. III sentenza n. 140/2015), che non ha trovato seguito nella giurisprudenza amministrativa, poiché in contrato con la stessa Adunanza Plenaria, ha ritenuto «*che l’opzione del legislatore è stata nel senso di rimettere al giudice il potere discrezionale di dichiarare l’inefficacia del contratto di appalto, in caso di vizi diversi da quelli specificamente indicati dall’art. 121, solo laddove ciò possa comportare per il ricorrente l’utilità costituita dal “subentro nella posizione di affidatario (e, quindi, la possibile stipula di un nuovo contratto che lo veda interlocutore dell’Amministrazione); ciò è confermato dal fatto che la norma ha, al contrario, espressamente escluso la possibilità di dichiarare l’inefficacia del contratto laddove l’annullamento comporti la necessità di ripetizione della gara*», rimettendo invece alla stazione appaltante l’autonomia di decidere la sorte del contratto.

Il dibattito è stato, in ultimo, definitivamente risolto dalla sentenza della Corte di Cassazione SS.UU. n. 7295/2017, laddove l’interpretazione offerta dalla Corte dell’art. 122 c.p.a. è quella secondo cui «*sia nel caso in cui debba rinnovarsi la gara, sia nel caso contrario, il potere sia soggetto sempre e comunque alla valutazione "degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto", mentre nel solo caso in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta", sia soggetto, oltre che a quelle stesse valutazioni a quella della possibilità di subentrare nel contratto e della proposizione della domanda di subentrare in esso*». Infatti, l’interpretazione condivisa dal Consiglio di Stato del 2015, «*là dove propone di leggere la norma nel senso che non trovi applicazione nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione presenti profili tali da implicare che si debba rinnovare la gara e che in esso sia riservato alla pubblica amministrazione di decidere della sorte del contratto, si presenta, invece, del tutto ingiustificata ed anche priva di ragionevolezza. Infatti, essa comporterebbe che sia lasciato il potere di scelta all'amministrazione nel caso più grave e le sia negato in quelli meno gravi*». [↑](#footnote-ref-85)
86. A. Scognamiglio, *Appunti per una prima lettura dell’art. 34, comma 1, lett. c), d) ed e): le sentenze di condanna e condanna al risarcimento dei danni*, in *giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-86)
87. Il Consiglio di Stato nella motivazione della sentenza fa riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, secondo cui il principio dell’efficacia *ex tunc* dell’annullamento non ha una portata assoluta, essendo rimesso alla Corte dichiararne l’inefficacia *ex nunc* o che lo stesso conservi i suoi effetti finché l’atto impugnato non venga modificato o sostituito. «*La Corte di Giustizia è dunque titolare anche del potere di statuire la perduranza, in tutto o in parte, degli effetti dell’atto risultato illegittimo, per un periodo di tempo che può tenere conto non solo del principio di certezza del diritto e della posizione di chi ha vittoriosamente agito in giudizio, ma anche di ogni altra circostanza da considerare rilevante*». [↑](#footnote-ref-87)
88. Corte Costituzionale, sentenza dell’11/02/2015 n. 10. [↑](#footnote-ref-88)
89. Nel caso di specie, infatti, all’esito del giudizio di primo grado, si è pervenuti all’esclusione della ricorrente ed all’annullamento dell’aggiudicazione, con conseguente necessità di riedizione della gara ai fini dell’applicazione del soccorso istruttorio della ricorrente incidentale, la quale aveva ottime possibilità di aggiudicarsi nuovamente la gara. Pertanto, alla luce del bilanciamento dei su richiamati interessi con quello dell’amministrazione a mantenere l’impiego dei fondi utilizzati per finanziare l’iniziativa e consentire la pubblicizzazione del Programma di Rete Rurale, il Collegio ha ritenuto opportuno mantenere l’efficacia del contratto nei confronti della ricorrente incidentale, nonostante l’annullamento dell’aggiudicazione, per il tempo utile alla riedizione della gara. [↑](#footnote-ref-89)
90. Il tema è stato oggetto di approfondimento nel capitolo II paragrafo 1, a cui si rimanda. [↑](#footnote-ref-90)
91. In materia erano recentemente intervenute due sentenze a Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione (sentenze n. 27169/2007 e n. 19805/2008), a cui si è ispirata anche l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 9/2008, laddove la stessa ritiene di «*non doversi discostare dal delineato orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui sussistente la giurisdizione civile sulla domanda volta ad ottenere, con efficacia di giudicato, l’accertamento dell’inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo. Nel vigente sistema, infatti, non sussiste una espressa previsione normativa di carattere generale sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie riguardanti la fase dell’esecuzione del contratto d’appalto: pertanto, nel caso di una specifica domanda intentata da chi abbia chiesto ed ottenuto dal giudice amministrativo l’annullamento della aggiudicazione, ovvero in presenza di una domanda di una delle parti del contratto pubblico d’appalto stipulato medio tempore, sussiste la giurisdizione civile quando si intendano far accertare – con efficacia di giudicato – le conseguenze che la medesima sentenza ha prodotto sul contratto*”. [↑](#footnote-ref-91)
92. Tale conclusione ha reso necessaria una riflessione sulla natura della sentenza che dichiara l’inefficacia del contratto. In merito si sono succedute tesi che individuavano nell’articolo 121 c.p.a. un’ipotesi in cui il giudice potrebbe intervenire d’ufficio e dichiarare l’inefficacia, mentre nell’art. 122 c.p.a. un’ipotesi in cui si rendeva necessaria la domanda di parte ai fini della dichiarazione di inefficacia. Tale tesi non sembra condivisibile, infatti, la diversa terminologia utilizzata nei due articoli (“dichiara inefficace il contratto” nell’art. 121 c.p.a. e “stabilisce se dichiarare inefficace il contratto” nell’art. 122 c.p.a.) non prova la necessità di una domanda di parte nelle ipotesi “non gravi”, ma testimonia unicamente un diverso metodo di indagine. Se nel caso delle gravi violazioni il giudice può non dichiarare l’inefficacia in presenza di “esigenze imperative”, nel secondo caso può dichiarare l’inefficacia in considerazione di una serie di elementi richiamati dalla stessa norma. Per un approfondimento vedi A.M. Colarusso, *L’ annullamento dell’aggiudicazione, in sede giurisdizionale e in autotutela, e la sorte del contratto pubblico*, in Amministrativamente – Rivista di diritto amministrativo, fasc. 9-10/2018,15 e ss.

Quindi, considerato che è sempre previsto un margine di valutazione rimesso al giudice amministrativo è ipotizzabile la natura costitutiva della sentenza che dichiara l’inefficacia del contratto di appalto, poiché sostenere la tesi della natura dichiarativa, in cui il giudice si limita ad accertare una realtà giuridica, escluderebbe qualunque margine per le valutazioni dell’organo giudicante, che invece nelle norme in questione è espressamente previsto. [↑](#footnote-ref-92)
93. Al riguardo, per completezza di esposizione, si rimanda a quanto sopra esposto nel cap. II par. 1 circa la teoria della caducazione automatica, ricordando che la stessa, a seguito del recepimento della direttiva europea è stata definitivamente superata. Tuttavia, la Suprema Corte di Cassazione – sez. I civile ha recentemente pronunciato l’ordinanza n. 4456/2018, con la quale riporta in auge l’orientamento «*che fa discendere dall’annullamento dell’aggiudicazione definitivamente pronunciato dal GA (e non solamente delibato in primo grado, sia pur con sentenza esecutiva, come affermato in sentenza) la caducazione automatica del contratto successivamente stipulato, senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell’Amministrazione, e ciò in considerazione del collegamento funzionale tra i due atti*». [↑](#footnote-ref-93)
94. A. Graziano, *Note minime in tema di inefficacia del contratto d’appalto nel Codice del processo amministrativo*, in giustizia-amministrativa.it, 12 maggio 2011. [↑](#footnote-ref-94)
95. Nella specie, infatti, il Consiglio di Stato ha statuito che la domanda di subentro debba essere riformulata anche nel giudizio di secondo grado, laddove la parte abbia ancora interesse ad una pronuncia in tal senso, ritenendo che qualora «*la parte appellante non abbia riproposto in sede di appello le domande di subentro nel contratto e di risarcimento del danno in forma equivalente, già formulate in primo grado, il giudice d’appello debba esimersi, in ragione del carattere soggettivo del processo amministrativo, dal dichiarare d’ufficio e senza espressa domanda dell’interessato l’inefficacia del contratto ai sensi dell’art. 122 Cod. proc. amm.  È da rammentare, infatti, che Cass., SS.UU., 22 marzo 2017, n. 7295 ha precisato che quando si deve procedere alla rinnovazione della gara, il giudice amministrativo può dichiarare l’inefficacia del contratto: ma deve in ciò tener conto, per la pronuncia caducatoria, degli «interessi delle parti»*, *«dell’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati»*, *«dello stato di esecuzione del contratto»*. *In base a queste considerazioni, il Collegio stima che, facendo applicazione del principio basilare dell’autoresponsabilità, la scelta processuale di non riproporre espressamente in sede di appello le domande di subentro nel contratto ovvero di risarcimento del danno per equivalente, sia per la sua inequivoca oggettività da interpretare come l’espressione di una sopravvenuta perdita, o rinuncia, di interesse diretto dell’appellante alla sorte del contratto*» (Cons. di Stato sez. V sentenza n. 4812/2017). [↑](#footnote-ref-95)
96. Al riguardo Consiglio di Stato sez. V sentenza n. 788/2021: «*se il giudice non dichiara l’inefficacia del contratto (non solo a seguito della valutazione degli elementi dell’art. 122 Cod. proc. amm. ma anche) perché la parte ricorrente non ha avanzato la domanda di subentro, residua, ai sensi dell’ultimo inciso dello stesso art. 124, comma 1, soltanto il risarcimento del danno per equivalente; - per di più, anche siffatta tutela risarcitoria per equivalente è ridimensionata proprio nel caso in cui la parte, senza giustificato motivo non abbia proposto la domanda di subentro (o non si è resa disponibile a subentrare) nel contratto (art. 124, comma 2)».* [↑](#footnote-ref-96)
97. R. De Nictolis, *Il risarcimento del danno: modalità e tecniche di liquidazione nel settore delle pubbliche gare*, in *giustiziaamministrativa.it*, 23 dicembre 2019. [↑](#footnote-ref-97)
98. L’argomentazione seguita dall’Adunanza Plenaria nella sentenza su richiamata prendeva le mosse dal presupposto che la competenza a decidere la sorte del contratto stipulato in forza di un’aggiudicazione dichiarata illegittima spetti al giudice civile, escludendo la competenza del giudice amministrativo con riferimento alla fase di esecuzione del contratto di appalto. Tuttavia, argomenta il Collegio, tale conclusione non deve determinare una diminuzione delle tutele riconosciute al ricorrente. Infatti, la sentenza di annullamento dell’aggiudicazione determina in capo all’amministrazione l’obbligo di conformarsi alla pronuncia giudiziale, la quale deve tener conto della sentenza di annullamento ed orientare la propria azione sulla base delle statuizioni ivi contenute. «*Ove poi l’amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza oppure non constati le conseguenze giuridiche che da essa discendono, ovvero ancora nel caso di successiva sua inerzia, l’interessato può instaurare il giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo - nell’esercizio della sua giurisdizione di merito - ben può sindacare in modo pieno e completo (e satisfattivo per il ricorrente) l’attività posta in essere dall’amministrazione o anche il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure (direttamente o per il tramite di un commissario) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta riedizione del potere amministrativo.* […] *Non è pertanto escluso che nel quadro della verifica della corretta conformazione alla sentenza da eseguire, il giudice amministrativo, per effetto dei suoi ampi poteri derivanti proprio dall’esercizio della giurisdizione di merito, possa effettivamente reintegrare in forma specifica la parte vittoriosa nei diritti connessi al giudicato e quindi, eventualmente, nella sua posizione di aggiudicatario della gara, in luogo del contraente nei cui confronti l’aggiudicazione è stata impugnata*». [↑](#footnote-ref-98)
99. Consiglio di Stato sez. V sentenza n. 5500/2019. [↑](#footnote-ref-99)
100. «*La domanda di tutela in forma specifica, atteso che gli art. 30, comma 5, e 112, comma 3, Cod. proc. amm. si riferiscono all’azione di risarcimento per equivalente e che gli artt. 122 e 124 dello stesso Codice dettano una disciplina speciale, quanto al rito applicabile alle controversie relative alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture: questa disciplina processuale non consente di scindere la domanda di inefficacia e di subentro nel contratto da quella di annullamento dell’aggiudicazione, non ammettendo la proposizione della prima né in separato giudizio né nel giudizio di ottemperanza della sentenza che ha sancito l’illegittimità dell’aggiudicazione; - in sintesi, la sorte del contratto, quando non si debba rinnovare la gara, è legata dall’art. 122 Cod. proc. amm. alla scelta del ricorrente, che, impugnando l’aggiudicazione, può domandare il risarcimento in forma specifica cioè agire in giudizio per la declaratoria di inefficacia del contratto e per il conseguente subentro (cfr. Cons. Stato, V., n. 6131/18 cit.)»* (Consiglio di Stato sez. V sentenza n. 788/2021). [↑](#footnote-ref-100)
101. Tirocinanti del Tar Lazio, Sezione II bis, Pres. Elena Stanizzi, rispettivamente, per il periodo dicembre 2019 – giugno 2021 con il tutor Cons. Salvatore Gatto Costantino, e per il periodo ottobre 2019 – aprile 2021 con il tutor Cons. Ofelia Fratamico. [↑](#footnote-ref-101)