



**News n. 77 del 10 settembre 2025
a cura dell'Ufficio del massimario**

In caso di annullamento dell'aggiudicazione, il subentro nel contratto *medio tempore* stipulato (che non va inteso come «successione» nel rapporto contrattuale) può riguardare la sola durata residua del contratto o anche la durata originaria, atteso che gli artt. 121 e 122 c.p.a. hanno attribuito al giudice della cognizione il potere di modulare la decorrenza della dichiarazione di inefficacia del contratto, stabilendo se essa debba operare *ex tunc*, ovvero *ex nunc* o da una determinata data.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 15 luglio 2025, n. 9 – Pres. Maruotti, Est. Maggio

Giustizia amministrativa – Rito speciale appalti – Contratto – Dichiarazione d'inefficacia – Subentro – Modalità

Nel consentire il subentro nel contratto ai sensi degli articoli 122 e 124 c.p.a., il giudice amministrativo, oltre a determinare la decorrenza della perdita di efficacia dell'originario contratto, può anche disporre che il secondo aggiudicatario effettui soltanto le prestazioni non ancora eseguite per il periodo contrattuale residuo dell'affidamento, oppure che il nuovo rapporto abbia la medesima durata (oltre che gli stessi contenuti) di quello originario, quale risultante dalla disciplina di gara, quando si tratti di un contratto ad esecuzione continuata o periodica. (1)

(1) I. – La decisione in rassegna è stata pronunciata nell'ambito del giudizio per l'ottemperanza della sentenza dell'Adunanza plenaria 24 aprile 2024, n. 7 (in *Foro it.*, 2024, III, 405, nonché oggetto della News UM n. 49 del 21 maggio 2024). Va premesso che la vicenda da cui trae origine il contenzioso riguardava una procedura aperta suddivisa in lotti volta alla stipula di una convenzione per la fornitura agli enti sanitari del servizio di pulizia e disinfezione di ambienti sanitari. All'esito del giudizio proposto dall'operatore secondo classificato avverso l'aggiudicazione disposta in favore del primo graduato, il T.a.r. per la Lombardia rigettava il gravame ma, in appello, l'Adunanza plenaria, con sentenza n. 7 del 2024, in riforma della pronuncia di primo grado, annullava l'aggiudicazione e dichiarava l'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato «*dopo il decorso del termine di cinquanta giorni (che si fissa per ragioni di carattere organizzativo), decorrente dalla data di pubblicazione della presente sentenza*» e disponeva, con la medesima decorrenza, il subentro del secondo classificato nel rapporto contrattuale, previo riscontro, da parte della stazione appaltante,

del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara. Nel dar esecuzione alla sentenza, l'amministrazione disponeva il subentro nel contratto ma riduceva l'importo contrattuale della convenzione da 5 a poco più di 3 anni e stabiliva che i singoli contratti a valle avessero una durata inferiore a quella inizialmente stabilita. Ne derivava il ricorso in ottemperanza deciso con la sentenza in rassegna.

II. – Questo il percorso della motivazione della decisione in esame:

- a) gli articoli 121 e 122 del c.p.a. attribuiscono al giudice amministrativo il potere di modulare la decorrenza della dichiarazione di inefficacia del contratto, in caso di annullamento dell'aggiudicazione, stabilendo se essa debba operare *ex tunc*, ovvero *ex nunc* o da una determinata data, mantenendo fermi, in questi ultimi casi, gli effetti del contratto ormai caducato, con riferimento al periodo durante il quale esso sia già stato eseguito dall'originario aggiudicatario;
- b) quanto al subentro nel contratto, esso deve essere inteso non come «successione nel contratto» e nel rapporto contrattuale nello stato di esecuzione in cui esso si trova, ma gli artt. 122 e 124 c.p.a. consentono al giudice amministrativo di valutare gli interessi pubblici coinvolti e le circostanze del caso concreto prevedendo anche l'ultrattività degli effetti del contratto caducato, disponendo che il secondo aggiudicatario sia sostituito a quello originario quale contraente, con la stipula di un contratto sostitutivo del precedente, che consenta l'esecuzione della prestazione indicata nell'offerta (Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2021, n. 2476; 26 gennaio 2021, n. 786);
- c) peraltro, il giudice amministrativo, oltre a determinare la decorrenza della perdita di efficacia dell'originario contratto, può anche disporre che il secondo aggiudicatario effettui soltanto le prestazioni non ancora eseguite per il periodo contrattuale residuo dell'affidamento, oppure che il nuovo rapporto abbia la medesima durata (oltre che gli stessi contenuti) di quello originario, quale risultante dalla disciplina di gara, quando si tratti di un contratto ad esecuzione continuata o periodica;
- d) nel giudizio in esame, sebbene manchi specifica statuizione nella sentenza n. 7 del 2024 dell'Adunanza plenaria, il ricorrente ha diritto al subentro nel rapporto contrattuale per un periodo corrispondente a quello originariamente previsto, come si desume dai seguenti elementi:
 - d1) le statuizioni dell'inefficacia del contratto originario e del contestuale subentro sono state adottate in accoglimento della domanda proposta dall'appellante che, a sua volta, aveva chiesto il subentro nella convenzione, senza limitazioni temporali;
 - d2) la decorrenza dell'inefficacia del contratto originario e del contestuale subentro è stata fatta partire dallo spirare del cinquantesimo giorno successivo alla data della pubblicazione della sentenza, per «ragioni di carattere organizzativo», e non per circoscrivere il subentro alle prestazioni ancora da eseguire;
 - d3) nel giudizio di cognizione non sono stati prospettati eventuali ostacoli alla caducazione del contratto e al subentro della parte appellante, tenuto anche conto della natura del servizio da svolgere;

- d4) la sentenza n. 7 del 2024 non ha disposto il risarcimento del danno per equivalente monetario chiesto dalla appellante, proprio in considerazione dell'integrale accoglimento della domanda di subentro avente carattere evidentemente satisfattivo, ciò che evidentemente presuppone il subentro nel rapporto contrattuale senza decurtazioni temporali;
- d5) evidentemente la sentenza ottemperanda si è ispirata al principio per cui la durata del processo non può andare a detrimento della parte vittoriosa (Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190);
- e) nel caso in esame, in sede di ottemperanza alla sentenza n. 7 del 2024, l'amministrazione ha stornato quanto già pagato all'originario aggiudicatario per le prestazioni già eseguite, così limitando il *plafond* disponibile per l'attivazione dei contratti a valle con la parte risultata vincitrice nel giudizio di cognizione, riducendo la durata di tali contratti rispetto a quanto originariamente previsto;
- f) tale riduzione si pone tuttavia in contrasto con il giudicato e, pertanto, il ricorso in ottemperanza va accolto e, per l'effetto, la nuova determinazione va dichiarata nulla *in parte qua* e l'amministrazione va condannata a dare integrale esecuzione al giudicato consentendo il subentro del ricorrente secondo classificato nel contratto per l'intera durata;
- g) viceversa va respinta la richiesta di applicazione delle penalità di mora ex art. 114, comma 4, lett. e) del c.p.a. in base alla considerazione che l'amministrazione ha dato prontamente esecuzione alla sentenza, sia pure interpretandola in modo non corretto.

III. – Per ulteriori approfondimenti:

- h) sulla caducazione del contratto e sul subentro del ricorrente, si veda in giurisprudenza: Cons. Stato, sez., V, 26 gennaio 2021, n. 786 secondo cui:
- h1) le previsioni degli artt. 121 e 122 c.p.a. rimettono al giudice ogni valutazione anche in merito alla decorrenza della dichiarazione di inefficacia del contratto, eventualmente lasciando in vita il contratto per la parte già eseguita dall'originario operatore aggiudicatario, escludendo il subentro per l'intera durata programmata dell'appalto;
- h2) la nozione di subentro nel contratto, ricavabile sia dall'art. 122 che dall'art. 124 c.p.a., non sta a significare che nel procedere alla stipulazione del contratto con il subentrante alle condizioni originariamente fissate nel bando di gara (o a quelle offerte dallo stesso subentrante) si possa del tutto prescindere dall'esecuzione frattanto avviata, come se non fosse mai esistita *in rerum natura*;
- h3) l'espressione «subentro nel contratto» non va intesa in senso strettamente lessicale come successione nel contratto e nel rapporto contrattuale nello stato di esecuzione in cui si trova, bensì come la situazione alternativa al rinnovo della gara, che consente di consolidare la procedura, prevedendo a favore del nuovo aggiudicatario la possibilità di subentrare nel contratto, in modo da sostituirsi all'originario vincitore della gara nella posizione di parte contraente con la stazione appaltante per l'esecuzione della prestazione indicata nell'offerta; tuttavia, è necessario che

il giudice della cognizione che si pronunci sulla sorte del contratto tenga conto anche dello stato di esecuzione del contratto dichiarato inefficace;

- i) sulla possibilità di proporre domanda di declaratoria di inefficacia del contratto anche nel giudizio di ottemperanza, si veda in giurisprudenza: Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2021 n. 788 secondo la quale requisito indefettibile perché il giudice che annulli l'aggiudicazione si pronunci sulla sorte del contratto è la proposizione da parte del ricorrente della domanda di subentrare nel contratto per cui, qualora il giudice non dichiari l'inefficacia del contratto (non solo a seguito della valutazione degli elementi dell'art. 122 c.p.a. 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, c.p.a. soltanto il risarcimento del danno per equivalente monetario e, inoltre, 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);
- j) sui presupposti per la privazione di effetti del contratto *medio tempore* stipulato, si veda in dottrina: DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2023, secondo cui:
 - j1) è necessario che il ricorrente abbia l'effettiva possibilità di subentrare nel contratto, perché ha titolo comprovato all'aggiudicazione;
 - j2) occorre tener conto dello stato di esecuzione del contratto: se l'esecuzione è completata o sta per essere ultimata, o comunque è ad uno stadio avanzato, può essere contrario sia all'interesse del ricorrente, che a quello della stazione appaltante, invalidare il contratto e far subentrare il ricorrente;
 - j3) deve essere stata avanzata domanda di subentro, se essa manca, non potendo il ricorrente essere coartato a subentrare, una caducazione del contratto non gioverebbe a nessuno, ma resterebbe fine a sé stessa; viceversa, diversa questione è se la mancata domanda di subentro sia giustificata o meno, l'omissione non sarebbe infatti giustificata quando vi sia la possibilità concreta di subentrare nel contratto, lo sarebbe se invece il contratto è a uno stadio di esecuzione avanzata per cui alcun vantaggio deriva dal subentro;
- k) per una breve sintesi della evoluzione dell'istituto, si consideri che:
 - k1) la direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell' 11 dicembre 2007 disciplinava la sorte del contratto in relazione alla gravità delle violazioni commesse dalla stazione appaltante e prevedeva che il contratto risultava inefficace nel caso delle più gravi violazioni (aggiudicazione dell'appalto senza previa pubblicazione del bando; violazione dello *stand still* in aggiunta a violazioni sostanziali delle procedure di gara; contratto aggiudicato a seguito di accordo quadro o sistema dinamico di acquisizione, violando le relative procedure);
 - k2) con il recepimento della direttiva europea da parte del decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, poi trasfuso nel c.p.a., il legislatore italiano ha disciplinato la sorte dell'appalto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, stabilendo tra l'altro che: i) il giudice amministrativo,

che conosce dell'aggiudicazione, ha la giurisdizione sulla sorte del contratto ai sensi dell'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a.); *ii*) se l'aggiudicazione viene annullata, il vizio che affligge il contratto è un vizio radicale di invalidità, qualificata come inefficacia (art. 121 c.p.a.); *iii*) il contratto deve, di regola, essere dichiarato inefficace nel caso delle più gravi violazioni; *iv*) tuttavia, anche nel caso di gravi violazioni, spetta al giudice scegliere di mantenere il contratto, valutate tutte le circostanze, alla luce delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale (art. 121 c.p.a.) e, in tal caso, si applicano sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a. (sanzione pecuniaria, riduzione della durata del contratto) e, in mancanza di tali esigenze imperative, dichiarare inefficace il contratto, in tal caso fissando la relativa decorrenza, retroattiva o *ex nunc*, (art. 121 c.p.a.); *v*) fuori dai casi esaminati, in presenza di violazioni del procedimento di aggiudicazione, il giudice valuta caso per caso 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; *vi*) se non dispone l'inefficacia del contratto, il giudice accorda il risarcimento del danno solo per equivalente monetario ai sensi dell'art. 124 c.p.a.;

k3) riguardo all'art. 124 c.p.a., va precisato che il testo originario prevedeva che: *i*) l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione del contratto è condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato (artt. 121, comma 1, e 122 c.p.a.); *ii*) se l'inefficacia non viene dichiarata e l'aggiudicazione o il subentro nel contratto non sono quindi possibili, la pretesa del ricorrente si converte in diritto al risarcimento del danno; *iii*) in tal caso la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non abbia proposto la domanda di aggiudicazione o non si sia resa disponibile a subentrare nel contratto assume rilevanza quale possibile concorso nella produzione del danno ai sensi dell'art. 1227 cod. civ. e in questa prospettiva deve essere valutata dal giudice ai fini della quantificazione del risarcimento;

k4) l'assetto normativo è stato poi novellato dall'art. 209 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (terzo codice degli appalti pubblici), adottato dal Governo in attuazione della legge delega 29 giugno 2022, n. 79, che ha sostituito il testo degli artt. 120, 121 e 124 c.p.a., apportando una modifica meramente formale all'art. 123 c.p.a.;

k5) in generale può affermarsi che l'intervento del legislatore è diretto essenzialmente all'aggiornamento delle norme del codice del processo amministrativo per coordinarle con il nuovo codice dei contratti, recependo inoltre alcuni principi già affermati dalla giurisprudenza amministrativa;

k6) in particolare, quanto al nuovo art. 120, comma 1, c.p.a. va evidenziato che, tra l'altro, la novella delimita il perimetro di applicazione del rito speciale appalti, chiarendo che sono ad esso soggette anche le controversie aventi ad oggetto le procedure di affidamento delle concessioni di lavori e

di servizi, non espressamente richiamate nel testo originario dell'articolo, ma in relazione alle quali la giurisprudenza già si era espressa nel senso dell'applicazione dell'art. 120 c.p.a. (Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 22, in *Foro it.*, 2017, III, 66, nonché oggetto della News UM n. 71 del 2016); k7) l'art. 121 c.p.a., in materia di declaratoria di inefficacia del contratto nel caso di gravi violazioni, è stato formalmente sostituito dal nuovo codice, ma in concreto ha subito solo correzioni di carattere meramente formale con finalità di coordinamento testuale, pertanto la disciplina è restata sostanzialmente immutata con l'unica eccezione costituita dall'art. 61 del decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209 (correttivo al codice degli appalti), con cui sono stati rimossi i riferimenti alla gazzetta ufficiale dell'Unione europea e alla gazzetta ufficiale della Repubblica italiana al fine di rendere coerente la disciplina in materia di pubblicazione degli atti di gara con le altre disposizioni interne al codice;

k8) la disciplina contenuta nell'art. 124 c.p.a. è stata integrata dal d.lgs. n. 36 del 2023 con disposizioni in materia di risarcimento dei danni: i) è stato innovato il comma 1, disponendo che il giudice amministrativo conosce non solo dell'azione risarcitoria del terzo pregiudicato dal provvedimento di aggiudicazione illegittimo, ma anche dell'azione di rivalsa proposta dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che con il proprio comportamento illecito abbia concorso a determinare un esito illegittimo della gara (l'innovazione rimanda, inoltre, all'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023 secondo cui «*Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito*») recependo indicazioni provenienti dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2, in *Foro it.*, 2017, III, 433, nonché oggetto della News UM n. 68 del 2017); ii) è stato aggiunto il nuovo comma 3 che adatta al rito appalti la disciplina contenuta nell'art. 34, comma 4, c.p.a. disponendo che il giudice individua i criteri per la liquidazione del danno e assegna un termine entro il quale la parte danneggiante deve formulare una proposta risarcitoria, precisando altresì che la mancata formulazione della proposta nel termine assegnato o la significativa differenza tra l'importo indicato nella proposta e quello liquidato nella sentenza resa sull'eventuale giudizio di ottemperanza costituiscono elementi valutativi ai fini della regolamentazione delle spese di lite in tale giudizio;

k9) si veda in dottrina: CORDI', *commento all'art. 209 del d.lgs. n. 36 del 2023*, in *codice dei contratti pubblici* (a cura di CONTESSA e DEL VECCHIO), Napoli, 2025, il quale sottolinea che la legge delega n. 79 del 2022 non contiene un espresso riferimento al codice del processo amministrativo né principi e criteri direttivi nella materia processuale, avendo come punto di riferimento la sola normativa sostanziale e non anche quella processuale, diversamente da quanto previsto dalla legge delega 28 novembre 2016, n. 11 per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del

Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, recepita con decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (secondo codice degli appalti); k10) in ordine ai rapporti del terzo codice degli appalti con il diritto dell'Unione europea, si veda in dottrina: FIORENTINO, *codice dei contratti pubblici. I rapporti con il diritto dell'Unione europea*, in *codice dei contratti pubblici* (a cura di CONTESSA e DEL VECCHIO), Napoli, 2025, secondo cui, a differenza del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 che era stato adottato per adempiere all'obbligo di trasporre nell'ordinamento nazionale le disposizioni del nuovo pacchetto di direttive sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e di appalto, approvato nel 2014 e destinato ad essere recepito dagli Stati membri dell'Unione entro il 18 aprile 2016, la codificazione del 2023 si colloca in un quadro di regole europee sulle procedure di aggiudicazione sostanzialmente immutato, fatta eccezione per alcuni arresti chiarificatori della Corte di giustizia dell'Unione europea intervenuti *medio tempore*.

