

Le Sezioni unite della Corte di cassazione escludono la violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa in caso di declaratoria di inefficacia del contratto di appalto conseguente ad annullamento dell'aggiudicazione per vizi comportanti la rinnovazione della gara

Cass. Civ., s.u., sentenza 22 marzo 2017, n. 7295 – Pres. Rordorf, Est Frasca

Giustizia amministrativa – Consiglio di Stato – Sentenza – Declaratoria di inefficacia del contratto di appalto in presenza di vizi comportanti la rinnovazione della gara – Eccesso di potere giurisdizionale – Inconfigurabilità

Non sussiste violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa in caso di declaratoria di inefficacia del contratto di appalto ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., conseguente ad annullamento dell'aggiudicazione per vizi comportanti la rinnovazione della gara (1).

(1)I.- La pronuncia è stata resa dalle Sezioni unite della Corte di cassazione in sede di ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato n. 2157 del 27 aprile 2015 che, in riforma della statuizione di primo grado, ha accolto il ricorso promosso da un'impresa, in materia di affidamento di un appalto pubblico di servizi, volto a far accertare la illegittimità dell'operato della commissione di gara per avere integrato i criteri di valutazione delle offerte dopo averle prese in considerazione. Annullata l'aggiudicazione, il Consiglio di Stato disponeva altresì la perdita di efficacia del contratto, ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., essendovi sul punto domanda espressa della parte ricorrente. L'impresa soccombente in appello ricorreva per cassazione per l'annullamento della sentenza denunciando eccesso di potere giurisdizionale per avere il Consiglio di Stato privato di effetti il contratto in un'ipotesi in cui siffatta decisione, stando al disposto letterale di cui all'art. 122, sarebbe stata invece riservata alla stazione appaltante, comportando il vizio accertato non il subentro di altro concorrente bensì la rinnovazione della gara. Pacifica essendo, nella fattispecie controversa, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, cod. proc. amm., l'impresa ricorrente per cassazione sosteneva che la dichiarazione di inefficacia del contratto, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione, sarebbe soggetta ai limiti previsti dall'art. 122 dello stesso codice, i quali, al di fuori dei casi di violazioni gravi, di cui all'art. 121 del codice, abiliterebbero il giudice amministrativo, quando annulla l'aggiudicazione, a dichiarare l'inefficacia del contratto soltanto nei casi in cui il vizio rilevato non comporti la rinnovazione della gara e poiché invece nel caso di specie il vizio accertato implicava proprio una siffatta rinnovazione, il Consiglio di Stato sarebbe incorso in una illegittima

invasione della sfera di merito della pubblica amministrazione, alla cui scelta sarebbe stato rimesso di mantenere il contratto, nel pubblico interesse alla prosecuzione del servizio, ovvero di procedere alla sua risoluzione.

II.- Le Sezioni unite non accedono a tale prospettazione escludendo la sussistenza del dedotto eccesso di potere giurisdizionale sulla scorta delle seguenti motivazioni:

a) premesso che affinché si configuri il vizio di eccesso di potere giurisdizionale da parte del giudice amministrativo sotto la specie dell'esercizio di una attività decisoria implicante l'adozione di una statuizione corrispondente ad un'attività provvedimentale, il cui compimento l'ordinamento riserva all'amministrazione, è necessario che quella statuizione abbia un contenuto corrispondente a quello del potere riservato alla pubblica amministrazione, si osserva che nel caso di specie non sussiste alcun potere amministrativo di declaratoria di inefficacia del contratto pubblico, attribuito all'amministrazione, né nell'ambito della disciplina del D. Lgs. n. 163 del 2006 né nel sistema di cui al d lgs. n. 50/2016; si aggiunge che anche a voler prospettare l'esistenza di un potere di scioglimento unilaterale del contratto da parte della stazione appaltante, tale potere involgerebbe un rapporto paritetico sicché la prospettata usurpazione di potere dovrebbe configurarsi non rispetto ad un potere riservato alla p.a. quanto rispetto al giudice ordinario, questione tuttavia non dedotta nel caso di specie;

b) il precedente rappresentato da Cons. Stato, sez. IV, n. 140 del 2015 (che ha escluso in simili ipotesi il potere del giudice di privare di effetti il contratto), è stato successivamente superato da una serie di sentenze - dalla n. 1126 alla n. 1137 del 2016 della IV sezione - che, in linea con l'esegesi dell'art. 122 fornita con la decisione n. 13 del 2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, hanno affermato il principio per cui laddove debba essere rinnovata l'intera gara ciò implichi la potestà del giudice di caducare l'atto negoziale medio tempore stipulato;

c) l'interpretazione letterale dell'art. 122 prospettata dalla ricorrente non viene condivisa stante: I) la portata generale del potere di privare il contratto degli effetti prevista dall'art. 122 rispetto alle fattispecie speciali di cui agli artt. 121 e 123, comma 3, in tutti i casi in cui il giudice annulla l'aggiudicazione definitiva; II) la possibilità - comunque ritenuta preferibile - di interpretare l'art. 122 nel senso che sia nel caso in cui debba rinnovarsi la gara, sia nel caso contrario, il potere di privare il contratto degli effetti 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 subentro sia stata proposta, il detto potere 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;

d) la tesi che propone di leggere la norma nel senso che il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto non trovi applicazione nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione presenti profili tali da implicare che si debba rinnovare la gara e che sia riservato alla pubblica amministrazione di decidere della sorte del contratto, si presenta del tutto ingiustificata ed anche priva di ragionevolezza in quanto comporterebbe che sia lasciato il potere di scelta all'amministrazione nel caso più grave e le sia negato in quelli meno gravi.

III.- La sentenza in rassegna si segnala in quanto interviene, a quanto consta, per la prima volta, sulla esegesi degli artt. 121, 122 e 123 c.p.a. puntualizzando in quali casi ed a quali condizioni il G.A. dichiara inefficace il contratto, e tenendo presente anche il nuovo codice degli appalti. L'interpretazione accolta dalle Sezioni unite avvalorava l'indirizzo espresso dalla IV sezione del Consiglio di Stato con le sentenze dalla n. 1125 alla 1137 del 21 marzo 2016 (la prima commentata, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2016, fasc. 2, 45, con nota di SINIGAGLIA), in linea con Cons. Stato, Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 13, in *Foro it.*, 2012, III, 13, con nota di D'ANGELO; e *Giur. it.*, 2012, 707 (m), con nota di PAOLANTONIO, secondo cui non è applicabile l'art. 122 cod. proc. amm. sull'inefficacia del contratto nei casi di violazioni non gravi se il vizio dell'aggiudicazione comporti l'obbligo di rinnovare la gara; pertanto, va confermata la sentenza di primo grado che, accertata la necessità di rinnovare la procedura, abbia annullato il contratto senza esporre le ragioni idonee ad escludere che il contratto stipulato potesse conservare efficacia. Ne segue che alle ipotesi di inefficacia automatica di cui all'art. 121, conseguenti alle violazioni gravi ivi tipizzate, dovrebbe aggiungersi il caso in cui il vizio dell'aggiudicazione comporti l'obbligo di rinnovare la procedura: in tale circostanza infatti secondo l'Adunanza Plenaria il giudice non sarebbe tenuto ad effettuare l'apprezzamento previsto dall'art. 122 cod. proc. amm., ma dovrebbe sempre disporre l'inefficacia del contratto.

Sulla c.d. «inefficacia flessibile» nell'attuale disciplina, si veda altresì LIPARI, *Il recepimento della «direttiva ricorsi»: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia «flessibile» del contratto*, in www.giustamm.it

IV.- Sulla medesima problematica si segnalano altresì:

e) Cons. Stato, Sez. V, 30 novembre 2015, n. 5404 relativa al connesso tema del subingresso a seguito del giudicato di annullamento dell'aggiudicazione, ex artt. 122 c.p.a. e 140 d. lgs. n. 163/2006, dove si affronta il tema della qualificazione del subingresso in termini di successione nel medesimo rapporto o di novazione soggettiva;

- f) Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1559 relativa alla insussistenza dell'obbligo per la stazione appaltante, a seguito di giudicato di annullamento di un'aggiudicazione, di stipulare col secondo classificato;
- g) per ulteriori approfondimenti sul punto della caducazione del contratto si veda DE NICTOLIS; *Codice del processo amministrativo commentato*, III ed., Milano, 2015, 2087 ss.