

Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto.

Sommario: 1) Le recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione; 2) Le diverse tesi proposte in merito alla "patologia" del contratto di diritto privato; 2.a) L'annullabilità del contratto per vizi del consenso; 2.b) Il difetto di legittimazione della PA e del contraente privato; 2.c) La nullità per difetto strutturale del contratto; 2.d) La nullità per violazione di norme imperative; 2.e) La caducazione del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione; 2.f) La recente soluzione offerta dal Tribunale di Milano; 2.g) L'inefficacia per difetto di legittimazione della PA; nostra ricostruzione in termini di sopravvenuta incapacità speciale della PA; 3) L'incidenza della direttiva ricorsi 2007/66/CE in merito al rapporto tra procedura ad evidenza pubblica e stipulazione del contratto.

1) Le recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Con una recente pronuncia¹ l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, facendo seguito a quanto dalla stessa statuito, pochi mesi prima, con la nota decisione n. 9/2008, è tornata ad occuparsi di un'importante tematica in materia di contratti della PA, attualmente al centro di un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Trattasi della questione concernente la "sorte" del contratto d'appalto stipulato tra l'aggiudicatario e la PA, nel caso in cui viene rilevato un vizio di legittimità della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione precedentemente disposta.

La tematica si pone sulla linea di confine tra il diritto pubblico ed il diritto privato² e coinvolge importanti aspetti di carattere processuale, in quanto le diverse soluzioni proposte in merito, pur partendo dal comune presupposto che l'annullamento dell'aggiudicazione si riflette inevitabilmente sul contratto di appalto *medio tempore* stipulato, pervengono a differenti ed inconciliabili conclusioni circa la qualificazione giuridica della conseguente "patologia" contrattuale.

Ciò implica talune importanti ripercussioni anche in ordine ai seguenti aspetti: 1) individuazione del giudice competente (GO o GA) a decidere in merito alla nullità, annullabilità o inefficacia del contratto; 2) tipo di risarcimento ottenibile (per equivalente od anche in forma specifica), a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, dal concorrente ingiustamente risultato non aggiudicatario; 3) eventuale tutela della buona fede dell'originario aggiudicatario, che sulla validità ed efficacia del contratto ha riposto un legittimo affidamento e che, sulla base di tale presupposto ha, altresì, iniziato (ed in taluni casi persino terminato) l'esecuzione della relativa prestazione.

In realtà, nella pronuncia sopra richiamata l'Adunanza Plenaria affronta soltanto alcuni dei suddetti aspetti concernenti la problematica in questione, vale a dire quello relativo all'autorità giurisdizionalmente competente a conoscere in ordine alla richiesta risarcitoria avanzata dal ricorrente non aggiudicatario.

Al riguardo, deve preliminarmente evidenziarsi che tra le diverse problematiche relative all'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto *medio tempore* stipulato, quelle che maggiormente hanno destato l'interesse della giurisprudenza sia civile sia amministrativa concernono proprio il riparto di giurisdizione e la tutela del concorrente illegittimamente pretermesso dalla gara.

Ciò alla luce del mutato quadro normativo iniziato a partire dall'art. 33 del dlgs 80 del 1998 e terminato con l'art. 244 del dlgs. n.163/2006.

¹ Cons. di Stato Adunanza Plenaria 21 novembre 2008, n. 12.

² Sulla stretta connessione tra il diritto privato ed il diritto pubblico in materia di contratti della PA: FRANCHINI, *I contratti della Pubblica Amministrazione tra diritto Pubblico e Diritto Privato*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, Utet, 2007, t. I, p. 51.

Sino all'emanazione del suddetto dlgs n. 80 del 1998, la giurisprudenza in merito al riparto di giurisdizione tra GA e GO era solita seguire il criterio della natura giuridica delle situazioni soggettive dedotte in giudizio.

Conseguentemente alla giurisdizione di legittimità del GA venivano attribuite le controversie afferenti la fase ad evidenza pubblica di scelta del contraente privato, retta da norme pubblicistiche, e nelle quali il privato è portatore di interessi legittimi.

Alla giurisdizione ordinaria venivano, invece, devolute le controversie concernenti la fase successiva alla stipulazione del contratto, in cui la posizione delle parti, in condizione di assoluta parità, assume la consistenza di veri e propri diritti soggettivi.

Successivamente il sistema è stato, però, modificato dal legislatore, dapprima con l'art. 33 del dlgs 80/1998, che ha attribuito alla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie relative alla fase pubblicistica e, successivamente, con l'art. 6 della legge n. 205/2000, che ha esteso detta giurisdizione a tutte le controversie in tema di procedure di affidamento di lavori, servizi e 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.

Da ultimo, la disposizione è stata sostanzialmente ripresa dall'art. 244 del dlgs n.163/2006 secondo il quale *“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”*.

Mentre restano soggette alla giurisdizione del GO tutte le controversie relative all'esecuzione del contratto. Conclusione questa confermata dal terzo comma del medesimo art. 244, il quale, nel devolvere espressamente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo determinate controversie, specificamente individuate³, presuppone che, tutte le altre inerenti all'esecuzione del contratto rientrino nella cognizione del G.O.

Alla luce di tali premesse e venendo al caso specifico presentatosi da ultimo all'esame della recentissima Adunanza Plenaria, e che riguarda⁴ una richiesta risarcitoria avanzata inizialmente in

³ L'art. 244 comma 3 espressamente afferma: *“Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, quelle relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133 commi 3 e 4”*.

⁴ La vicenda presentatasi all'esame della Plenaria è la seguente.

Una SpA ha impugnato l'aggiudicazione definitiva disposta dalla Regione nei confronti di un'altra società anch'essa partecipante alla gara *“per la realizzazione di una rete attiva di information e di servizi innovativi”* e *“l'istituzione di un osservatorio permanente”* da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Insieme all'aggiudicazione sono stati impugnati i verbali di gara, il bando, il disciplinare di gara, il capitolato tecnico e la deliberazione della Giunta regionale di nomina della Commissione di gara. E' stato infine chiesto il risarcimento del danno cagionato dall'esclusione illegittima.

Il Tribunale adito, respinte le eccezioni d'inammissibilità del ricorso formulate dalla Regione e dalla controinteressata, ha accolto il ricorso della s.p.a..

A seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione è stato dichiarato privo di effetti il contratto nel frattempo stipulato per la sopravvenuta mancanza di un presupposto di efficacia. Ad avviso del Tar adito, nell'evidenza pubblica, il previo esperimento della fase di gara instaura un rapporto di presupposizione, assumendo la fisionomia di condizione legale di efficacia del contratto. L'annullamento dell'aggiudicazione fa venir meno retroattivamente un presupposto condizionante del contratto e ne determina, con automatico effetto caducante, la perdita di efficacia.

La relativa pronuncia deve ritenersi, sempre ad avviso del Tar, attratta dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed estesa anche alle questioni relative alla validità ed efficacia del contratto, ferma restando l'esclusione delle sole controversie relative all'esecuzione dell'appalto.

La sentenza è stata appellata dall'iniziale aggiudicataria e dalla Regione.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria le questioni relative: alla sorte del contratto d'appalto stipulato sulla base di un'aggiudicazione annullata; alla sussistenza della giurisdizione amministrativa sulle

forma specifica dinnanzi al GA dal ricorrente non aggiudicatario a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma divenuta poi non più possibile, essendo nel frattempo intervenuta l'integrale esecuzione del contratto ed il completo esaurimento degli effetti del rapporto negoziale, il Supremo Consesso di giustizia amministrativa perviene alle seguenti conclusioni.

Partendo dal presupposto che sia consentito al ricorrente, risultato essere illegittimamente non aggiudicatario, ottenere, innanzitutto, il risarcimento del danno in forma specifica e soltanto qualora quest'ultimo non risulti più possibile il risarcimento per equivalente, l'Adunanza Plenaria effettua, tuttavia, una distinzione in merito alla giurisdizione competente a conoscere in merito alla relativa domanda risarcitoria.

Mentre il risarcimento in forma specifica viene ritenuto rientrante nell'ambito della giurisdizione del G.O⁵, la domanda volta ad ottenere il risarcimento per equivalente è considerata, al contrario, rientrante nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In particolare, stando al principio affermato in sentenza, *“E' preclusa alla cognizione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva cognitoria, l'indagine sulla caducazione del contratto d'appalto che necessariamente precede in via logica il ripristino del ricorrente vittorioso nella posizione di contraente, come previsto dall'art. 35, D.Lgs. n. 80, per il risarcimento del danno con la reintegrazione in forma specifica”*.

“Tuttavia, una volta che si rappresenti in giudizio l'integrale esecuzione del contratto e il completo esaurimento degli effetti del rapporto negoziale e si formuli una diversa domanda risarcitoria, limitata all'equivalente monetario dell'aggiudicazione illegittimamente non conseguita, consegue il

domande conseguenti domande risarcitorie qualora proposte nella modalità della reintegrazione in forma specifica; alla tutelabilità del contraente di buona fede ai sensi degli artt. 23 e 25 cod. civ.; all'ammissibilità, nel giudizio di cognizione, della condanna della pubblica amministrazione ad un *facere* specifico qual è il rilascio di un provvedimento favorevole al ricorrente; ai presupposti di applicabilità dell'art. 2058 del codice civile.

Nel frattempo è però intervenuta la dichiarazione di fallimento della SpA iniziale ricorrente e l'Adunanza plenaria ha conseguentemente dichiarato interrotti i giudizi ai sensi dell'art. 24 della legge n.1034/1971, con decisione 30 luglio 2008, n. 10, concernente i ricorsi in appello.

L'Adunanza plenaria si è, invece, pronunciata, con sentenza n. 9 del 30 luglio 2008, sugli appelli presentati dall'iniziale aggiudicatario e dalla Regione, dichiarando il proprio difetto di giurisdizione sulla domanda diretta a conseguire il risarcimento del danno tramite la reintegrazione in forma specifica, ritenuta la competenza del giudice ordinario ad accertare con efficacia di giudicato la sopravvenuta caducazione del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione della gara.

L'Adunanza plenaria ha confermato la giurisdizione del giudice amministrativo, in sede di ottemperanza, sui provvedimenti e sui comportamenti che l'amministrazione adotti onde conformarsi al giudicato di annullamento dell'aggiudicazione.

Con atto di riassunzione, il Fallimento della SPA iniziale ricorrente, in persona del suo curatore, ha chiesto, previa autorizzazione del Giudice delegato, la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno patrimoniale per la mancata aggiudicazione, essendo ormai l'appalto definitivamente completato in corso di causa.

Il Fallimento ha riproposto integralmente le domande ed eccezioni già formulate dalla SpA in replica ai ricorsi in appello ed ha chiesto l'accoglimento dell'istanza ex art. 35 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, di risarcimento di tutti i danni subiti dalla società, già formulata in primo grado anche nella forma del risarcimento per equivalente, divenuta inevitabile dopo l'avvenuto completamento dell'appalto nelle more del giudizio di appello, in ordine alla quale ha fatti riserva di produrre apposita documentazione.

Il Fallimento ha rappresentato l'imputabilità del danno alla Regione ed il proprio interesse al solo risarcimento del danno patrimoniale, atteso che il progetto di gara era stato già completato. E' stata, pertanto, richiesta la condanna dell'Amministrazione: a) al danno per la perdita di chance dovuto alla mancata indizione di una nuova procedura di gara che avrebbe potuto essere aggiudicata alla SpA, oltre ad interessi rivalutazione; b) al danno per la perdita di chance di acquisire un'ulteriore referenza (danno curriculare), oltre ad interessi e rivalutazione; c) al danno per costi di redazione dell'offerta oltre ad interessi e rivalutazione; d) al danno dovuto al costo di fidejussione provvisoria oltre ad interessi e rivalutazione, con vittoria di spese.

⁵ Il principio è stato ribadito di recente anche dal Cons. di Stato, Sez. V, sent. 375 del 27.01.2009 ove si legge che *“alla luce della sopravvenuta decisione dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 30 luglio 2008, al giudice amministrativo è inibito pronunciarsi sulla esecuzione in forma specifica in una gara di appalto in quanto incidendo tale risarcimento sul contratto e quindi sulla fase negoziale del rapporto e sui diritti soggettivi ad esso connessi, la materia rimane estranea ai poteri giurisdizionali amministrativi e al giurisdizione in ameria, sulla base dei fondamentali principi costituzionali di cui all'art. 103 Cost., spetta al giudice ordinario”*.

potere-dovere del giudice amministrativo, di pronunziarsi sul risarcimento del danno economico cagionato dall'aggiudicazione dichiarata illegittima, essendo la condanna all'equivalente monetario, nelle forme dell'art. 2056 c.c. per quanto attiene alle conseguenze patrimoniali dell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c., oggetto di giurisdizione piena del giudice adito, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 1034/1971, come sostituito dall'art. 35, del D.Lgs. n. 80/1998 e dall'art. 7 della legge n. 205/2000.

In definitiva, la Plenaria sostiene che qualora il risarcimento del danno è stato fatto oggetto di esplicita domanda da parte del ricorrente sin dall'atto introduttivo del giudizio dinanzi al GA, le modalità con le quali si realizza la reintegrazione nel diritto ingiustamente leso possono essere modificate in relazione al suo interesse ed adeguate agli eventuali mutamenti della situazione di fatto dedotta in giudizio, così che, nel caso di completa realizzazione dell'oggetto del contratto, non essendo più possibile ottenere il risarcimento del danno in forma specifica, residua il sussidiario rimedio del risarcimento per equivalente.

La recentissima pronuncia n. 12 del 2008 offre, pertanto, un'ulteriore soluzione, in merito alle conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione rispetto al contratto d'appalto stipulato tra la PA e l'originario aggiudicatario, occupandosi, però, ancora una volta essenzialmente dell'aspetto processuale della questione.

Tale aspetto viene, tra l'altro, ulteriormente circoscritto al caso specifico della tutela risarcitoria, ottenibile dal ricorrente a seguito della riconosciuta illegittimità dell'originaria aggiudicazione disposta dalla PA ma a fronte dell'ormai ultimata esecuzione del contratto d'appalto.

La soluzione offerta, che configura l'originaria aggiudicazione disposta dalla PA nei confronti di un altro soggetto e poi dichiarata illegittima in sede giurisdizionale, quale illecito aquiliano ex art. 2043 c.c. compiuto ai danni del ricorrente in possesso dei requisiti necessari a risultare legittimo aggiudicatario e che ritiene competente a conoscere del conseguente risarcimento del danno (per equivalente) il GA in sede di giurisdizione esclusiva (anziché il GO) non sembra, tuttavia, porsi perfettamente in linea con quanto di recente affermato, in alcune note pronunce, sia dalla Cassazione a sezioni Unite⁶ sia dalla stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷.

In particolare, le Sezioni Unite della Cassazione, nella nota sentenza n. 27169 del 2007 - senza risolvere il problema di come l'annullamento dell'aggiudicazione si rifletta sul contratto (se in termini di validità od in termini di inefficacia) - hanno chiarito che *“spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta ad ottenere tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o l'annullamento del contratto di appalto, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica”*.

Ciò, in quanto *“in ciascuno di questi casi, la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta suddetta, ma il successivo rapporto di esecuzione che si concreta nella stipulazione del contratto di appalto, del quale i soggetti interessati chiedono di accertare un aspetto patologico, al fine di impedirne l'adempimento”*.

Pertanto, ha aggiunto la Cassazione, tale giurisdizione spetta al GO *“perché nella materia il criterio di riparto delle giurisdizioni è fondato... unicamente sulla separazione imposta dall'art. 103, 1° comma Cost. tra il piano del diritto pubblico (e del procedimento amministrativo) ed il piano negoziale, interamente retto dal diritto privato: separazione nuovamente ribadita dall' art. 244 del codice dei contratti pubblici...(d.lgs. 163 del 2006), che ha confermato l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di 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”*.

⁶ Cass. civ. Sez. Unite, sent. n. 27169 del 28 dicembre 2007.

⁷ Cons. di Stato Adunanza Plenaria n. 9 del 30 luglio 2008.

A seguito della richiamata pronuncia della Cassazione (alla quale ne sono seguite altre due⁸ dello stesso tenore) - e del conseguente contrasto che ne è derivato rispetto al prevalente orientamento⁹ della giurisdizione amministrativa - che sino ad allora, era solita disporre l'annullamento dell'aggiudicazione, dichiarando altresì l'automatica caducazione del connesso contratto d'appalto, con eventuale risarcimento del danno - la V sezione del Consiglio di Stato¹⁰ ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria, evidenziando che *“una corretta disamina delle conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione non può prescindere dalla necessaria qualificazione di quest'ultima, dalla verifica della portata dei suoi effetti e dalla conseguente ricostruzione del vincolo che la lega al contratto: in mancanza di tale, presupposta ricostruzione dogmatica risulta, infatti, arduo, se non impossibile, pervenire ad una soluzione della questione di giurisdizione, coerente con il sistema”*.

In sostanza, il Consiglio di Stato, secondo un ragionamento logico che può ritenersi, a nostro parere, pienamente condivisibile nelle sue premesse ma non anche in tutte le diverse soluzioni a cui da ultimo è pervenuto – come avremo modo di chiarire meglio nel proseguo del presente lavoro - ha considerato la “qualificazione giuridica” della “patologia”, che inficia il contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, il necessario punto di partenza per una corretta soluzione di tutte le connesse questioni processuali e sostanziali, precedentemente evidenziate.

Tuttavia, l'Adunanza Plenaria ha successivamente sconfessato tale impostazione e mentre la quinta sezione rimettente aveva considerato preliminare qualificare sul piano sostanziale le conseguenze prodotte dall'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto *medio tempore* stipulato, per poi poter procedere alla conseguente individuazione del giudice competente (GO o GA) a conoscere della

⁸ Cass. civ. Sezioni Unite n. 19805 del 18 luglio 2008 secondo la quale *“il Provvedimento di aggiudicazione dell'appalto segna il momento terminale dell'esercizio della fase pubblicistica devoluta dal legislatore alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; mentre la fase successiva che ha inizio con la stipulazione del contratto (D.P.R. n. 554 del 1999, art. 109 ed D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 11, comma 9), resta attribuita alla giurisdizione ordinaria. Nella quale rientrano non soltanto le vicende relative all'esecuzione dell'appalto ed al pagamento della prestazione dovuta - e quindi tutta quanta la disciplina positiva sui requisiti (art. 1325 e segg.) e sugli effetti (art. 1372 e segg.) del contratto - ma anche l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee (Cass. sez. un. 4116/2007; 13033/2006; 10994/2006) e/o alla stessa sopravvenute e derivanti da irregolarità-illegittimità della procedura amministrativa a monte: perciò comprendenti sia le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica (o di vizi che ne affliggono singoli atti), sia quella di successiva mancanza legale provocata dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione (Cass. sez. un. 27169/2007; 20504/2006; 5179/2004)”*.

Cassazione Sezione Unite Civili n. 10433 del 23 aprile 2008, ove espressamente si legge che *“La giurisdizione esclusiva del g.a. sulle controversie relative alle procedure di affidamento in materia di pubblici servizi (ai sensi dell'art. 33, lett. d, d.lg. n. 80 del 1998) concerne l'annullamento degli atti di gara e i verbali di aggiudicazione, con la conseguenza che eccede i limiti della propria giurisdizione il g.a. che proceda all'annullamento dei contratti stipulati all'esito delle relative gare e pronunci sugli effetti di questi, atteso che dai contratti sorgono diritti soggettivi la cui lesione non è effetto della gara e la cui tutela resta riservata alla giurisdizione del g.o., anche nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”*. Nella specie la S.C., dopo aver dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo, in una controversia relativa alla procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente concernente l'affidamento del servizio di vigilanza da parte della Rai s.p.a., ha cassato la sentenza del Consiglio di Stato, dichiarando la giurisdizione del g.o. per la parte relativa alla caducazione degli effetti dei contratti, stipulati all'esito delle gare.

⁹ Al riguardo, tra gli altri: PAPETTI, *Effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto medio tempore stipulato: profili teorici-applicativi di diritto sostanziale e processuale*, in *Foro amm.*, 2007, 3282-3295.

¹⁰ Cons. di Stato, Sez. V, ordinanza n. 1328 del 28 marzo 2008. In realtà, le stesse questioni poste dal Consiglio di Stato nella recente ordinanza, unitamente ad altre connesse, avevano già formato oggetto di rimessione all'Adunanza Plenaria mediante altre due ordinanze: la prima, della Sezione IV del Consiglio di Stato (21 maggio 2004, n. 3355) sulla quale, peraltro, non è intervenuta pronuncia di merito da parte del Collegio adito, stante l'intervenuta rinuncia al ricorso in appello; la seconda, del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana (8 marzo 2005, n. 104), in ordine alla quale l'Adunanza ha ritenuto irrilevanti i quesiti formulati, avendo riformato la pronuncia di primo grado di annullamento dell'aggiudicazione e ritenuto legittimo tale provvedimento.

sorte del contratto, l'Adunanza Plenaria ha aderito, all'impostazione proposta dalle Sezioni Unite della Cassazione.

In definitiva, tanto le Sezioni Unite quanto l'Adunanza Plenaria rifuggono dal dibattito sulla previa qualificazione della patologia inficiante il contratto, assumendo invece come preliminare l'esame dell'ambito di operatività dell'art. 244, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006.

In particolare, afferma espressamente l'Adunanza Plenaria “...l'art. 244, comma 1, del D.Lgs. n. 163 del 2006..., va interpretato nel senso che: a) la giurisdizione del giudice ordinario sussiste in ordine all'accertamento delle conseguenze provocate dalla sopravvenuta mancanza delle condizioni di legalità del vincolo contrattuale, essendo il criterio di riparto della giurisdizione basato unicamente sulla separazione imposta dall'art. 103, comma 1, Cost. tra il piano procedimentale del diritto pubblico e quello negoziale, retto interamente dal diritto privato); b) la giurisdizione del giudice ordinario sussiste anche quando si tratti di individuare, con statuizioni idonee a passare in giudicato, le conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza amministrativa di annullamento della aggiudicazione della gara”.

Tuttavia, la stessa Plenaria ha aggiunto alle conclusioni cui era già pervenuta la Cassazione a Sezioni Unite, un'ulteriore considerazione di non poco rilievo, in base alla quale una siffatta ricostruzione dei rapporti tra GA e GO “non comporta sul piano del sistema della giustizia amministrativa - con specifico riferimento ai principi sanciti dagli articoli 24 e 113 della Costituzione - una diminuzione della tutela del soggetto che abbia ottenuto l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione”.

Ed a tale conclusione la Suprema giurisdizione amministrativa perviene attraverso un elaborato iter argomentativo che passa attraverso due passaggi logici essenziali, l'uno consequenziale all'altro: una peculiare ricostruzione del giudicato avente ad oggetto l'annullamento dell'aggiudicazione e dei correlati effetti conformativi, alla quale consegue un'altrettanto peculiare ricostruzione degli obblighi gravanti sull'amministrazione, all'esito del giudicato medesimo, e dei poteri sostitutivi spettanti al giudice dell'ottemperanza.

In sostanza, stando a quanto ritenuto dal Consiglio di Stato, la sentenza di annullamento della aggiudicazione determina in capo all'amministrazione soccombente l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni.

La sentenza viene così a costituire un vincolo sulla successiva attività della PA, la quale in sede di esecuzione della stessa non può non rilevare la sopravvenuta “caducazione” del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione (similmente a quanto avviene nel caso di annullamento di una graduatoria di un pubblico concorso che comporta il venir meno degli effetti del contratto di lavoro su di essa fondato, ovvero di annullamento di una concessione di un bene o di un servizio pubblico che comporta il venir meno degli effetti dell'accordo accessivo).

Inoltre – aggiunge l'Adunanza Plenaria – nell'adottare i provvedimenti ulteriori che conseguono all'annullamento dell'aggiudicazione della gara, l'amministrazione deve tenere conto dei principi enunciati nella sentenza di annullamento e delle conseguenze giuridiche determinate dal suo contenuto.

Ove la PA non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza oppure non constati le conseguenze giuridiche che da essa discendono l'interessato può instaurare il giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo, nell'esercizio della sua giurisdizione di merito, può sindacare in modo pieno e satisfattivo per il ricorrente l'attività posta in essere dall'amministrazione o anche il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure necessarie a dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza, ivi compreso, pertanto, il risarcimento del danno anche in forma specifica.

In tal modo, è consentito al GA realizzare il contenuto conformativo della sentenza di annullamento dell'originaria aggiudicazione, adottando tutti i provvedimenti idonei ad assicurare al ricorrente vittorioso il bene della vita effettivamente perseguito attraverso il giudizio di legittimità,

reintegrandolo pienamente nella situazione concreta che avrebbe dovuto già conseguire qualora l'amministrazione non avesse adottato l'illegittimo atto di aggiudicazione.

In definitiva, l'Adunanza Plenaria dopo aver ribadito - conformemente a quanto in precedenza chiarito dalla stessa Cassazione Sezioni Unite - che in virtù del dettato normativo dell'art. 244 del codice dei contratti pubblici soltanto al GO è consentito conoscere con efficacia di giudicato in merito alle *“conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza amministrativa di annullamento della aggiudicazione della gara”*, aggiunge che il GA può rilevare la sopravvenuta inefficacia del contratto e conseguentemente adottare tutte le misure necessarie a dare esatta ed integrale tutela alle pretese del ricorrente vittorioso in sede di legittimità, ivi compreso il risarcimento del danno anche in forma specifica, nell'ambito del giudizio di ottemperanza, la cui funzione è quella di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto nascente dal giudicato, ai sensi di quanto previsto dall'art. 26 della legge n. 1034 del 1971¹¹.

Alla luce delle recenti pronunce sopra richiamate sembra potersi affermare che l'interesse dei più alti Consessi di Giustizia civile ed amministrativa si è essenzialmente incentrato sulla risoluzione della questione volta ad individuare gli specifici *“ambiti di intervento”* delle due diverse giurisdizioni¹², mentre è rimasta essenzialmente irrisolta la questione di carattere sostanziale, concernente l'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto di diritto privato.

Sul punto, invero sia le Sezioni unite della Cassazione (in ben tre occasioni), sia l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (in due) hanno evitato un'espressa ed univoca presa di posizione.

Invero, la Plenaria nella sentenza n. 9 del 2008, dapprima incidentalmente afferma che l'art. 244 del D.Lgs. n. 163 del 2006 devolve alla giurisdizione del GO *“l'accertamento delle conseguenze provocate dalla sopravvenuta mancanza delle condizioni di legalità del vincolo contrattuale”* (considerando, pertanto, l'annullamento dell'aggiudicazione quale condizione di legalità) ma poi nel corpo della stessa sentenza parla di *“sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione”*, interpretandola in termini di inefficacia sopravvenuta.

¹¹ Precedentemente alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria il Tar Lombardia sent. 1370/2008 aveva espressamente affermato che *“L'esclusione di un potere di cognizione diretta del giudice amministrativo in ordine all'invalidità o all'inefficacia del contratto, con attitudine di giudicato, non esclude tuttavia la possibilità di una cognizione indiretta, ovvero incidentale, della relativa questione. L'art. 8 l. TAR (ma già l'art. 28 del r.d. 1054/1924) autorizza infatti il giudice amministrativo, nelle materie (ovvero nei settori di materia) in cui non ha giurisdizione, a decidere “con efficacia limitata di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale. E poiché, in coerenza con l'evoluzione dell'oggetto del giudizio amministrativo, nell'ambito del giudizio dinnanzi al GA e volto ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione, la questione principale è data dalla pretesa del ricorrente al “bene della vita” aggiudicazione dell'appalto, di questa pretesa fatta valere anche con la domanda di risarcimento in forma specifica, la permanenza del contratto ad onta dell'annullamento dell'aggiudicazione che ne costituisce il presupposto, costituisce all'evidenza un fatto impeditivo. Il che giustifica una pronuncia incidenter tantum sul contratto”*.

¹² In questo contesto, appare utile richiamare, anche se esula dallo specifico ambito di indagine del presente lavoro, la recente sentenza della Cass. civ. Sez. Un. n. 30254 del 23.12.2008, la quale in materia di risarcimento dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi, superando la cd. teoria della pregiudizialità amministrativa, ha espressamente affermato che *“è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento”*. In particolare le Sezioni Unite ritengono che la teoria della pregiudizialità amministrativa si fonda su presupposti che non possono più ritenersi validi alla luce dell'attuale stadio di evoluzione della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi. Secondo le Sezioni Unite, infatti, diversi indici normativi testimoniano la trasformazione in atto dello stesso giudizio sulla domanda di annullamento, da giudizio sul provvedimento a giudizio sul rapporto.

Sul punto si veda anche il commento a tale sentenza di PICOZZA *“La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa”* in Corr. giur. n. 4 del 2009, che, in particolare, sottolinea come la pronuncia in esame segni, in realtà, la fine dell'autoritarità del provvedimento amministrativo, a vantaggio della categoria sostanziale del *“rapporto giuridico”* instaurato tra il privato e la PA, portando così a compimento un percorso iniziato a partire dalla storica sentenza n. 500 del 1999.

In assenza di un'espressa ed univoca presa di posizione da parte dei supremi organi di giustizia civile ed amministrativa circa gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sulla sorte del contratto nel frattempo stipulato dalla stazione appaltante con l'aggiudicatario, appare, pertanto, utile procedere ad un esame critico delle principali tesi proposte al riguardo tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Ciò al fine ultimo di "tentare di individuare" tra le tante proposte la soluzione apparentemente più conforme ai principi del vigente sistema civilistico italiano, analizzando altresì gli ulteriori aspetti che derivano dall'accoglimento di una tale soluzione, soprattutto sotto il profilo del tipo di risarcimento ottenibile dal ricorrente vittorioso e della tutela dell'originario aggiudicatario, che nelle more del giudizio abbia comunque iniziato l'esecuzione della prestazione dedotta in contratto.

2) Le diverse tesi proposte in merito alla "patologia" del contratto di diritto privato.

2.a) L'annullabilità del contratto per vizi del consenso.

Secondo l'impostazione tradizionale della giurisprudenza civile¹³, il contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione illegittima è annullabile ai sensi dell'art. 1425 c.c. (annullabilità per incapacità legale a contrattare della PA) o dell'art. 1427 c.c. (annullabilità per vizi del consenso, in particolare, per errore).

La Cassazione perviene a tali conclusioni in virtù della considerazione secondo la quale le norme che regolano le procedure ad evidenza pubblica mirano a salvaguardare la corretta formazione della volontà contrattuale della PA, 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. Ciò implica un vizio del consenso del contraente pubblico, tale da determinare l'annullabilità del contratto ex art. 1427 c.c.

Stando ad un'altra ricostruzione, gli atti amministrativi antecedenti la stipula del contratto integrano la capacità di agire della PA, sicché l'annullamento della procedura ad evidenza pubblica determina innanzitutto l'incapacità del contraente pubblico e conseguentemente l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1425 comma 1 c.c..

Da tale impostazione consegue che legittimata a proporre l'azione di annullamento del contratto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione è la sola PA, dovendo trovare applicazione il dettato normativo dell'art. 1441 c.c., secondo il quale l'annullamento del contratto può essere domandato solo "*dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge*"¹⁴.

Ai fini dell'annullamento del contratto, nel caso di errore devono, inoltre, ricorrere i requisiti di cui all'art. 1428 e 1429 c.c., deve cioè trattarsi di errore essenziale e riconoscibile dall'altro contraente. All'accoglimento della tesi dell'annullabilità ostano, tuttavia, i seguenti rilievi critici: 1) le norme sull'evidenza pubblica sono poste a tutela non soltanto dell'interesse della PA, ma anche, secondo quanto più volte ribadito dalla giurisprudenza comunitaria, a tutela dell'interesse delle imprese

¹³ Cass. civ., 30 luglio 2002 n. 11247; Cass. civ., 17 novembre 2000, n. 14901; Cass. civ., 8 maggio 1996 n. 4269; Cass. civ. 28 marzo 1996, n. 2842; Cass. civ. 21 febbraio 1995 n. 1885; Cass. civ. 26 luglio 1993, n. 8346.

Nello stesso senso tra i giudici amministrativi: Tar Lombardia, Milano, sez. III, 23 dicembre 1999, n. 5049; Tar Lombardia, Brescia, 9 maggio 2002 n. 823; Tar Basilicata, 21 maggio 2002 n. 440.

In dottrina, parla, in particolare, di annullabilità del contratto per errore essenziale e riconoscibile della PA sulla qualità di legittimo aggiudicatario dell'altro contraente (ex art. 1428 e 1429, n. 3 c.c.), MONTEDURO "*Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418 comma 1 c.c.; una radicale <<svolta>> della giurisprudenza tra luci ed ombre*", in *Foro amm.*, 2002, 2591.

¹⁴ Sull'annullabilità del contratto quale invalidità posta a tutela di interessi particolari di un determinato contraente: FERRI, *Introduzione alla invalidità*, in DI MAJO- FERRI- FRANZONI, *Il contratto in generale*, in *Tratt. Dir. priv.* diretto da BESSONE, VII, Torino, 2002; FRANZONI, *Il contratto annullabile*, in DI MAJO- FERRI- FRANZONI, *Il contratto in generale*, cit. 166 e ss; MARINI, *Il contratto annullabile*, in *Tratt. del contratto* diretto da ROPPO, IV, Rime di, Milano, 2006, 307 ss; TOMMASINI, voce *Annulabilità e annullamento II) Diritto Privato*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. II, Roma, 1988.

all'accesso ad un mercato libero, competitivo e concorrenziale¹⁵; b) la riserva alla sola PA della legittimazione a domandare l'annullamento del contratto impedisce la piena tutela delle ragioni del ricorrente che ha ottenuto l'annullamento dell'(illegittima) aggiudicazione, in quanto l'amministrazione è arbitra della sorte del contratto¹⁶, che annullerà se lo troverà sconveniente per sé, o invece terrà fermo se nonostante il vizio lo troverà conveniente, potendolo anche convalidare ai sensi dell'art. 1444 c.c.; c) la riconducibilità dell'annullamento dell'aggiudicazione ad un'incapacità di contrattare della PA (art. 1425 c.c.) o ad un suo vizio del consenso (art. 1427 c.c.) risulta sprovvista di sicure indicazioni argomentative: non si chiariscono i caratteri costitutivi della presunta incapacità legale dell'amministrazione e non tutti i casi di illegittimità della procedura ad evidenza pubblica sembrano riconducibili ad un presunto errore vizio¹⁷.

La tesi del vizio del consenso, in particolare, non appare condivisibile in quanto non si chiarisce di quale errore "vizio" tipizzato, seppur in modo elastico, dall'art. 1429 c.c. si tratti¹⁸.

Presumibilmente dovrebbe trattarsi di un errore di diritto, ma tale errore, ai fini della sua rilevanza, oltre a dover essere strettamente collegato con l'oggetto od i soggetti del contratto, concerne i presupposti o l'interpretazione di una norma giuridica.

Esso consiste, infatti, nell'ignoranza o nella falsa conoscenza di norme di legge o di regolamento e non può, quindi, concretizzarsi in un errore su una mera situazione di fatto.

Una recente pronuncia della giurisprudenza amministrativa¹⁹, al fine di superare le suddette obiezioni ha proposto una lettura estensiva dell'art. 1441 c.c., tale cioè da far rientrare nell'ambito della nozione di "*parte nel cui interesse l'annullamento è stabilito dalla legge*" anche "*il privato che nel giudizio amministrativo ha ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione per le illegittimità verificatesi nel procedimento di evidenza pubblica*".

In senso sostanzialmente conforme, recentissima dottrina²⁰, dopo aver affermato che "*il travolgimento del contratto (a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione) può dipendere non automaticamente ma solo da vizi sostanziali – intesi come vizi idonei a incidere sul voluto contrattuale*" ritiene che "*la vicenda è spiegabile impiegando lo schema dell'annullabilità del contratto per vizio del consenso*".

Ribadendo, pertanto, l'autonomia strutturale e funzionale del contratto di diritto privato rispetto alla precedente procedura ad evidenza pubblica, che di per sé suggerisce di ricorrere allo schema dell'annullabilità, tale dottrina afferma che legittimate all'esperimento della relativa azione siano oltre alla parte contrattuale il cui consenso si è formato in modo viziato (PA), anche il concorrente che non ha conseguito l'aggiudicazione a causa di un errore compiuto dall'amministrazione nell'individuare tra le offerte valide quella migliore sotto il profilo tecnico ed economico.

A fondamento di tale ricostruzione viene richiamato il dettato normativo dell'art. 1441 comma 1 che consentirebbe di comprendere nel concetto di "parte" anche il ricorrente non aggiudicatario che ha preventivamente ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione nonché "*in via sussidiaria*

¹⁵ In merito all'evidenza pubblica preordinata a tutelare non soltanto l'interesse dell'amministrazione appaltante ma essenzialmente posta a presidio di interessi collettivi e di un equilibrio di assetto del mercato comunitario e nazionale, tra gli altri: SATTA, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.* 2003, 645 e ss.; CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it; CARPENTIERI, *Aggiudicazione e contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it; LOPILATO, *Aggiudicazione e contratto: un "indiretto contributo della Consulta in attesa del legislatore"*, in www.Giustizia-amministrativa.it.

¹⁶ In tal senso letteralmente ROPPO, *il Contratto*, Milano, 2001, 839.

¹⁷ BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 166 e ss. ; GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1996, 93 e ss.

¹⁸ BARCELLONA, *Errore, c) Diritto privato*, in *Enc. Dir.* XV, Giuffrè, 1966, 253 e ss.; PIETROBON, *Errore, I) Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*; XIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989, TRABUCCHI, *Errore (diritto civile)* in *Noviss. Dig. It.* VI, UTET, 1960, 665.

¹⁹ Tar Torino, sent. n. 464 del 30 gennaio 2007

²⁰ SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Giuffrè editore, 2008, 191 e ss.

l'applicazione della cd. annullabilità assoluta disciplinata dallo stesso art. 1441 c.c. secondo periodo²¹”.

Tale ricostruzione, oltre a non apparire conforme al chiaro dettato normativo dell'art. 1441 c.c., che al comma 1 limita la legittimazione a far valere l'annullamento del contratto alla sola “*parte nel cui interesse è stabilito dalla legge*” da intendersi necessariamente come parte contrattuale - in questo distinguendosi dalla nullità - e che al comma 2 estende la legittimazione a chiunque vi abbia interesse con riferimento alla sola ipotesi dell'incapacità del condannato in stato di interdizione legale, per nulla riconducibile alla fattispecie in esame, non supera comunque quelle ulteriori obiezioni concernenti la possibilità di convalida del contratto riconosciuta alla stessa PA dal successivo art. 1444 c.c.²², nonché il principio non discutibile della tipicità delle cause di annullabilità del contratto²³.

2.b) Il difetto di legittimazione della PA e del contraente privato.

Secondo una diversa tesi l'annullamento della precedente procedura ad evidenza pubblica priva la PA di quella legittimazione a contrarre che gli era stata originariamente conferita dagli atti amministrativi annullati.

In particolare, stando a quanto si legge in alcune pronunce della Cassazione²⁴ “*l'illegittimità di un atto della serie procedimentale che precede la formazione del contratto stipulato dalla PA da luogo al difetto di uno dei presupposti negoziali traducendosi in difetto della legittimazione a contrarre da parte dell'organo che esprime la volontà dell'amministrazione stessa*” tuttavia “*in tal caso il difetto di legittimazione a contrarre - che di norma produce l'inefficacia del negozio - incide sulla validità del contratto determinando l'annullabilità per difetto di uno dei presupposti negoziali*”.

Tale tesi non appare condivisibile poiché la mancanza di legittimazione non comporta di regola l'invalidità del contratto ma la sua inefficacia rispetto all'oggetto di cui la parte non è competente a disporre²⁵.

Al fine di superare tale obiezione, autorevole dottrina²⁶ sostiene che il contratto stipulato a seguito dell'annullamento della precedente aggiudicazione deve ritenersi inefficace²⁷ ai sensi dell'art. 1398 del c.c., potendosi, in tal caso, considerare la PA, quale soggetto privo della necessaria legittimazione a contrarre ed, in particolare, come “*falsus procurator*”²⁸.

²¹ SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto*, op. cit., p. 194.

²² In merito alla convalida del negozio annullabile in particolare: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, ESI, 1994, p.469.

²³ DEL PRATO, *Le annullabilità*, in *Tratt. del contratto*, diretto da Roppo, IV, Rimeidi, Giuffrè, 2006, 179 e ss.

²⁴ Cass. civ. sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885; Cass. civ. sez. I, 20 novembre 1985 n. 5712.

²⁵ BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, vol. III, Milano, 2000, 66 e ss.

²⁶ SANDULLI, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della PA.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, p. 1 e ss.; SPAGNOLO VIGORITA, *Rilevanza di elementi extratestuali ai fini della interpretazione e della invalidità dei contratti privati della p.a.*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1961, 534 e ss. In giurisprudenza: Cass., sez. I, 5 marzo 1993, n. 2681.

²⁷ DEL PRATO, *Le annullabilità*, op. cit., p.184 e ss; ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 214 e ss.

²⁸ In merito all'inefficacia del contratto stipulato dal *falsus procurator*: BIANCA, *Diritto civile, il contratto*, op. cit., 108; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano 1980, 80; CARRESI, *In tema di difetto e abuso di rappresentanza*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 209. Parlano, invece, di nullità del negozio, non potendosi considerare il contratto posto in essere dal *falsus procurator* né come atto proprio del rappresentante né come atto riferibile al rappresentato: MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3^a ed., Torino, 1980, 396; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1952, 598, il quale opta per la sanzione della nullità relativa.

La giurisprudenza dominante, ritiene che il negozio concluso dal rappresentante senza poteri non è né invalido né inefficace, ma dà luogo ad una fattispecie a formazione progressiva, che si perfeziona con il verificarsi della *condicio iuris* costituita dalla ratifica. Tra le altre si vedano: Cass. civ., 16 febbraio 1993, n. 1929, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 321; Cass. civ., 27 febbraio 1996, n. 1539, in *Notariato*, 1997, 153; Cass. civ., 29 gennaio 1980, n. 688, in *Rep. Giur. it.*, 1980, voce *Obbl. contr.*, 292.

A prescindere dalla discutibile riconducibilità del caso in esame all'ipotesi di cui all'art. 1398 c.c., che presuppone un difetto od un eccesso di rappresentanza, da intendersi quale potere di agire in nome e per conto altrui, deve evidenziarsi che tale costruzione non supera nemmeno gli ulteriori rilievi critici derivanti: 1) dalla conseguente legittimazione ad agire per far valere l'inefficacia del contratto, che spetterebbe, in tal caso, esclusivamente al falso rappresentato; 2) dall'affermata responsabilità del *falsus procurator* (la PA) per il danno subito dal terzo contraente (illegittimo aggiudicatario) per aver confidato senza sua colpa nell'efficacia del contratto.

Una nota sentenza della giurisprudenza amministrativa ha, invece, ravvisato nel provvedimento di aggiudicazione, ed in particolare nell'aggiudicazione definitiva (prevista dall'art. 11 del vigente codice dei contratti pubblici), l'attribuzione al contraente privato di un titolo speciale a contrarre con la PA, richiesto quale presupposto legale di validità del contratto stesso.

Si è, in sostanza, ritenuto che l'aggiudicazione integra la legittimazione del soggetto privato a contrarre con la stazione appaltante, divenendo, in tal modo, un presupposto necessario che penetra gli elementi strutturali del contratto, con la conseguenza che il suo venir meno con efficacia retroattiva ed in virtù del disposto annullamento dell'aggiudicazione da parte del GA comporta la nullità del medesimo contratto.

L'annullamento retroattivo dell'aggiudicazione fa venir meno automaticamente ed *ab origine* la conseguente legittimazione del contraente privato ed inficia il contratto rendendolo nullo.

La pronuncia richiamata che sembra accedere alla teoria proposta da autorevole dottrina civilistica²⁹, la quale ravvisa nella cd. "legittimazione", intesa quale presupposto soggettivo-oggettivo del negozio, una nozione autonoma e distinta dalla capacità di agire, non risulta però condivisibile.

Ciò in quanto, in conformità a quanto rilevato da altra parte della dottrina³⁰, la categoria del difetto di legittimazione del contraente e/o autore dell'atto giuridico deve più correttamente collegarsi al principio in base al quale "*l'atto di disposizione delle altrui situazioni giuridiche non produce effetto verso il titolare di queste (in quanto l'autore dell'atto non è legittimato a disporre della sfera giuridica di altri)*".

Conseguentemente al difetto di legittimazione non consegue l'invalidità del contratto, come affermato da tale orientamento ma l'inefficacia del negozio giuridico, come confermano ad esempio: l'inefficacia del contratto posto in essere dal falso rappresentante; la regola per cui la promessa del fatto del terzo non produce effetto obbligatorio a carico del terzo ovvero la regola per cui l'alienazione di beni altrui normalmente non produce effetto traslativo.

2c) La nullità per difetto strutturale del contratto.

Al fine di superare le obiezioni e le difficoltà di tutela connesse all'accoglimento della tradizionale tesi dell'annullabilità del contratto, altra parte della dottrina propende per la nullità - rilevabile dal giudice su istanza di chiunque vi abbia interesse ed anche *ex officio*, conformemente alle previsioni di cui all'art. 1421 del c.c.- del vincolo negoziale sorto sulla base di un invalido presupposto procedimentale, con conseguente applicazione del regime contemplato dagli artt. 1418 e ss. del c.c. In particolare, la nullità del contratto viene ricondotta ad un'ipotesi di nullità "strutturale" talvolta per mancanza originaria del consenso da parte della PA, talvolta per difetto di causa e da ultimo per impossibilità dell'oggetto.

Di nullità per mancanza del consenso³¹ parla espressamente anche l'ordinanza del Consiglio di Stato che ha rimesso la problematica alla Adunanza Plenaria, ove espressamente si legge che "*le*

²⁹ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, XV, II, Torino, 1960, 225 e ss.

³⁰ ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 768.

³¹ Cass. civ., sez. III, 9 gennaio 2002 n. 193; Cons. di Stato sez. V 28 marzo 2008 ordinanza n. 1328; Tar Napoli 31 gennaio 2008 n. 448; Tar Lazio 10 aprile 2006 n. 2553.

In dottrina: MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm.*, 2004, p. 575; LEOPILATO, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, cit. p. 1537 e ss.

varie fasi della sequenza procedimentale vanno classificate, oltre che in termini pubblicistici, secondo lo schema privatistico della formazione del consenso contrattuale”.

Sulla base di tale premessa il bando di gara deve essere qualificato come invito ad offrire, l’offerta come proposta contrattuale (o meglio come manifestazione della volontà dell’impresa di contrarre alle condizioni offerte) e, infine, l’aggiudicazione come accettazione della proposta (o meglio come manifestazione della volontà dell’amministrazione di affidare l’appalto all’impresa selezionata e di vincolarsi al rispetto delle condizioni dalla stessa proposte, come integrate da quelle contenute nel bando o nel capitolato).

Secondo tale ricostruzione, l’aggiudicazione presenta una duplice natura, amministrativa e negoziale, in quanto si pone, al contempo, come provvedimento conclusivo della procedura di selezione del contraente privato e come atto giuridico con il quale l’amministrazione formalizza la propria volontà di contrarre con l’impresa scelta ed alle condizioni dalla stessa offerte.

Da tale impostazione consegue che l’accordo contrattuale si forma già al momento dell’aggiudicazione, mentre la successiva e separata stipula del contratto acquista valenza meramente riproduttiva del consenso precedentemente manifestato dalle parti nell’atto conclusivo della procedura ad evidenza pubblica.

In conclusione, l’annullamento giurisdizionale con efficacia *ex tunc* dell’aggiudicazione, intesa quale atto con cui l’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*”. Il contratto è, pertanto, nullo per mancanza dell’accordo ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418, comma 2, e 1325, comma 1, n. 1) c.c.

Una tale interpretazione, seppur coerente nella sua impostazione, non sembra condivisibile alla luce dell’espresso tenore letterale dell’art. 11 del codice dei contratti pubblici, che riprendendo la precedente disposizione regolamentare di cui all’art. 109 del DPR n. 554 del 1999, in materia di lavori pubblici, ha enunciato il principio opposto, secondo il quale “*l’aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell’offerta*”.

Da essa consegue quale effetto essenziale quello di rendere irrevocabile l’offerta dell’aggiudicatario per sessanta giorni successivi, scaduti i quali, questi può sciogliersi da ogni vincolo, ottenendo il rimborso delle spese.

Altra parte della dottrina³² ha parlato di nullità del contratto per vizio afferente all’oggetto e quindi per mancanza di uno dei requisiti di cui all’art. 1346 c.c. del c.c. che determina la nullità assoluta del contratto ai sensi dell’art. 1418 comma 2 c.c..

Si afferma che il rispetto delle norme che disciplinano la fase dell’evidenza pubblica contribuisce a “*definire e rendere lecito ovvero giuridicamente possibile per la pubblica amministrazione contraente l’oggetto del contratto*”; con la conseguenza che l’annullamento dell’aggiudicazione disposto per un vizio di legittimità della stessa procedura, comporta la nullità del contratto per illiceità del suo oggetto.

A nostro giudizio non appare, tuttavia, pienamente convincente l’idea di ricondurre la nullità del contratto (a seguito dell’intervenuto annullamento dell’aggiudicazione) all’impossibilità o all’illiceità dell’oggetto, essendo quest’ultima una nozione particolarmente discussa nell’ambito della migliore dottrina civilistica³³, data l’assenza di un’espressa definizione della legge, che si limita ad indicarne i requisiti (ex art. 1325, n. 3 c.c.).

³² FORLENZA, *Contratti della PA*, in *Guida al diritto*, n. 13 del 2008 p.110 ss.

³³ In merito all’oggetto del contratto, tra gli altri: GORLA, *La teoria dell’oggetto del contratto nel diritto continentale*, in *Jus*, 1953, 289 ss.; IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. It.*, XI, Torino, 1965; CANNATA, *Oggetto del contratto*, in *Enc. dir.* XXIX, Milano, 1979; GABRIELLI, *Storia e dogma dell’oggetto del contratto*, in *Riv. dir. civ.* 2004, I, 328 ss; GABRIELLI, *il contenuto e l’oggetto*, in *Tratt. dei Contratti diretto da Rescigno*, I, Torino, 1999, 633 ss.

In realtà, sia a voler considerare l'oggetto del contratto in senso generico, vale a dire come “*bene cui si riferiscono le prestazioni soggettive e che da ultimo è toccato dagli effetti contrattuali*”³⁴, sia a volerlo identificare, stando all'orientamento prevalente in dottrina, con le prestazioni oggetto del contratto od anche con il contenuto dello stesso, rimane il fatto che la realizzazione di un appalto o la prestazione di un servizio o di una fornitura nei confronti della PA non è una prestazione vietata dalla legge per se stessa o in quanto strumentale al raggiungimento di un risultato vietato, e nemmeno può dirsi che il venir meno di un valido provvedimento di aggiudicazione renda impossibile la prestazione dedotta in contratto.

A ciò deve aggiungersi, che a render ulteriormente più complessa tale ricostruzione si pongono, altresì, le note difficoltà incontrate dalla dottrina civilistica³⁵ nel precisare i confini della cd. impossibilità giuridica della prestazione rispetto alla illiceità della stessa.

Secondo un'ulteriore tesi, con riferimento al caso in esame, è possibile individuare una diversa causa invalidante il contratto, vale a dire, il difetto genetico della presupposizione, cui consegue la nullità del contratto per mancanza di causa.

Tale nullità ricorrerebbe quando le parti, nella conclusione di un contratto, hanno tenuto conto di situazioni di fatto o diritto - passate, presenti o future- non oggettivate nel contratto, ma comunque desumibili dallo stesso, ad esse comuni (o proprie di una parte ma note o conoscibili all'altra) e da esse indipendenti, nonché determinanti per l'operazione economico-giuridica posta in essere dalle stesse.

L'insussistenza della situazione presupposta al momento della stipulazione inciderebbe, quindi, sulla causa genetica del contratto, comportandone la mancanza³⁶.

Stando a tale ricostruzione, il contratto di appalto pubblico stipulato nella falsa ed erronea presupposizione della legittimità della procedura di evidenza pubblica, a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, diviene carente di una condizione legale di validità, che lo inficia *ab origine*, determinandone la insanabile nullità per difetto genetico della causa.

Una tale conclusione può ritenersi, tuttavia, fondata soltanto ove si condivida l'orientamento discusso in dottrina, secondo il quale la presupposizione attiene alla causa³⁷, ed in particolare alla cd. causa concreta del contratto e ne determina la conseguente invalidità.

Ma non può ritenersi tale, ove, al contrario si condivida la diversa e - a nostro modesto parere - più corretta posizione³⁸, di recente confermata dalla stessa Corte di Cassazione³⁹, in base alla quale la presupposizione non attiene all'oggetto, né alla causa, né ai motivi del contratto, ma consiste in una circostanza ad esso esterna, che pur se non specificamente dedotta come condizione ne costituisce specifico ed oggettivo presupposto di efficacia, assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse ma con riconoscimento da parte dell'altra, valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale, il cui mancato verificarsi legittima l'esercizio del recesso.

Se si considera l'esistenza di una valida e legittima procedura di evidenza pubblica come presupposto oggettivo di efficacia del contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione, il quale assume un valore determinante per il mantenimento del vincolo contrattuale da parte della PA, ne

³⁴ ROPPO, *il contratto*, op. cit., p. 337.

³⁵ In merito all'illiceità del negozio giuridico in particolare: NUZZO, voce *Negozio Giuridico - IV) Negozio illecito*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XX, Roma, 1990.

³⁶ In tal senso GALGANO: *Il contratto*, Padova, 2007 p.553, secondo il quale la presupposizione assume un diverso valore a seconda che abbia ad oggetto una situazione falsamente presupposta come esistente al momento della conclusione del contratto oppure riguardi il successivo mutamento della situazione originariamente presupposta. Nel primo caso il contratto è nullo per mancanza di causa in concreto, non essendo in grado di assolvere la funzione economica-sociale che gli è propria; nel secondo caso, è invece, affetto da un vizio funzionale che ne determina la risoluzione. In giurisprudenza, tra le altre: Cass. civ., 17.05.1976 n. 1718; Cass. civ., 22.09.1981 n. 7168.

³⁷ GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, 274.

³⁸ Sulla presupposizione in particolare: BELFIORE, *La presupposizione*, Torino, 2004; BIANCA, *Il contratto*, op. cit., 463 e ss.

³⁹ Cass. civ., 25 maggio 2007, n. 12235.

deriva che soltanto quest'ultima, in quanto parte interessata, può decidere di sciogliersi unilateralmente dal contratto.

Con l'evidente conseguenza che la PA potrebbe, nonostante l'avvenuto annullamento della procedura ad evidenza pubblica, mantenere comunque fermo il contratto stipulato con l'illegittimo aggiudicatario.

2d) La nullità per violazione di norme imperative.

Un diverso orientamento ritiene che il contratto stipulato in violazione delle norme (di azione) che disciplinano l'evidenza pubblica sia nullo per violazione di norme imperative ai sensi di quanto previsto dall'art. 1418 c.c. comma 1⁴⁰.

Stando a tale tesi⁴¹, per effetto dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'originaria aggiudicazione disposta dalla PA, poi risultata illegittima, risulterebbe violato da parte dell'amministrazione il divieto imperativo, stabilito dalla vigente normativa sui contratti pubblici, di non stipulare un contratto d'appalto con chi non sia divenuto aggiudicatario in base ad una legittima procedura selettiva.

Muovendo dall'assunto secondo il quale le regole dell'evidenza pubblica costituiscono norme di natura imperativa, si ritiene, altresì, che la loro violazione determina la nullità del contratto di diritto privato (stipulato in assenza di una valida procedura ad evidenza pubblica) ai sensi di quanto previsto dall'art. 1418 comma 1 c.c.

La natura imperativa di tali norme deriverebbe dal fatto che esse sono poste a salvaguardia di interessi non individuali ma generali e di rango costituzionale, quali: 1) la tutela del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione pubblica di cui all'art. 97 della Cost.; 2) la salvaguardia di un mercato libero e concorrenziale, da ritenersi principio che, per il tramite del Trattato Ce e dell'art. 11 della Cost., è entrato a far parte della stessa costituzione a parziale "riscrittura" dell'art. 41.

La tesi prospettata, se da un lato valorizza - in senso certamente condivisibile - il ruolo e l'importanza delle regole sull'evidenza pubblica considerandole, alla luce dell'impostazione seguita dal diritto comunitario, come norme poste essenzialmente a tutela del corretto funzionamento del mercato degli appalti pubblici ed in particolare della salvaguardia dei principi di concorrenza e parità di trattamento, considerati quali interessi di carattere generale, dall'altro non appare del tutto convincente circa la conseguente nullità del contratto per violazione dell'art. 1418 c.c.

Ciò in quanto le regole sull'evidenza pubblica sono fondamentalmente norme procedurali, che pongono limiti alla generale capacità negoziale del soggetto pubblico rispetto ai singoli negozi di diritto privato disciplinati dal codice dei contratti pubblici e non dettano, pertanto, prescrizioni in ordine al concreto contenuto del regolamento contrattuale.

Al contrario, stando alla prevalente dottrina civilistica⁴² per norme imperative devono intendersi quelle che seppur posta a difesa di interessi di carattere generale, dettano prescrizioni concernenti il contenuto del regolamento negoziale; così che all'inosservanza di tali regole consegue una

⁴⁰ In merito alla nullità virtuale, tra gli altri, VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano 1993; ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

⁴¹ SATTÀ, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, op. cit., 669 e ss.; CERULLI IRELLI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giornale di dir. amm.*, 2002, fasc. 11, 1195; CORAGGIO, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto* in www.giustizia-amministrativa.it; CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto (nota a Cons. di Stato, sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666)*, in *Giornale di dir. amm.*, 2004, fasc. 1., 17- 27; MOSCARINI, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. proc. Amm.*, 2004, 605-611.

⁴² MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. del contratto* diretto da Roppo, IV, Rimesi, Milano, 2006, 43 e ss.; FERRI, *Appunti sull'invalidità negoziale (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)* in *Riv. dir. comm.* 1996, 393 id. *Introduzione al sistema dell'invalidità del contratto*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, VII, Giappichelli, 2002, 27 ss; OPPO, *Ordinamento valutario e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 603 ss.

valutazione negativa del regolamento programmato dalla parti ed in ultima analisi l'invalidità dello stesso contratto.

Pertanto, la nullità del contratto per violazione di norme imperative non può fondarsi su una mera valutazione dell'interesse leso, rimesso all'apprezzamento discrezionale dell'interprete, ma presuppone la formazione di un regolamento contrattuale in contrasto con una specifica disposizione normativa di carattere imperativo.

A ciò deve aggiungersi che parte della dottrina civilistica⁴³ ha evidenziato il carattere "residuale" della nullità virtuale, in virtù dell'inciso finale del comma 1 dell'art. 1418 c.c., secondo il quale il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative "*salvo che la legge disponga diversamente*".

Tale espressione dovrebbe intendersi nel senso di escludere la nullità per violazione di una norma imperativa posta a tutela di interessi generali (o secondo alcuni anche di interessi particolari, qualora sottratti alla disponibilità delle parti⁴⁴) quando l'effettività della norma è comunque assicurata dalla previsione di altri rimedi rinvenibili nell'ordinamento civile.

Stando a tali premesse, al fine di poter affermare che l'inosservanza delle norme sull'evidenza pubblica da parte della PA da luogo alla nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 comma 1 c.c. occorrerebbe dimostrare che tale inosservanza si è tradotta in un regolamento contrattuale in contrasto con i principi del mercato concorrenziale.

Nei confronti di tali obiezioni non ci sembra possa validamente addursi nemmeno la recente pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁴⁵ la quale, nel ribadire che per norme imperative, la cui violazione determina la nullità del contratto, "*devono essenzialmente intendersi quelle che si riferiscono alla struttura o al contenuto del regolamento negoziale delineato dalle parti*", ha individuato ulteriori ipotesi di nullità nella violazione di norme che riguardano elementi estranei a quel contenuto o a quella struttura, quali la mancanza di una prescritta autorizzazione a contrarre o la mancanza di necessari requisiti soggettivi di uno dei contraenti (es. mancata iscrizione in un albo).

Al di là della discutibile affermazione secondo la quale la mancata iscrizione in un albo determina la nullità del contratto per violazione di norme imperative, che è comunque fattispecie diversa da quella in esame, resta il fatto che la stessa Cassazione afferma che il contratto concluso "*in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive... condiziona la legittimazione a stipulare quel genere di contratto*", che è concetto ben diverso dalla nullità per violazione di norme imperative ex art. 1418 comma 1 c.c.

A ciò deve aggiungersi l'ulteriore osservazione in base alla quale se il contratto stipulato a seguito di un'aggiudicazione illegittima fosse nullo per violazione di norme imperative - non essendo rilevante l'annullamento dell'aggiudicazione ma la pura e semplice violazione delle disposizioni sull'evidenza pubblica - l'azione volta a far dichiarare la nullità del contratto sarebbe proponibile davanti al giudice ordinario a prescindere dall'avvenuto annullamento dell'aggiudicazione.

2. e) La "caducazione" del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

La prevalente giurisprudenza amministrativa⁴⁶ ricostruisce la fattispecie in esame nei termini di una "caducazione automatica" del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, senza tuttavia attribuire al termine "caducazione" un significato univoco.

⁴³ ROPPO, *il contratto*, op. cit., 746 ss; DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, VII, Giappichelli, 2002, 74 ss.; GENTILI, *le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Pietro Rescigno, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, II, 1333; DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, I, in *Tratt. Sacco*, 3 ed., Utet, 2004, 437 ss; TOMASSINI, *Nullità, b) Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Giuffrè, 1978, 878.

⁴⁴ ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, op. cit. 52 e ss.

⁴⁵ Cass. civ. sez. Unite, 19 dicembre 2007, n. 26724

⁴⁶ Cons. di Stato sez V 10 gennaio 2007 n. 41; Cons. di Stato sez V 28 settembre 2005 n. 5194; Cons. di Stato sez V 11 novembre 2004 n. 7346; Cons. di Stato sez VI 30 maggio 2003 n. 2992; Cons. di Stato, sez. V, 25 maggio 1998, n. 677; Cons. di Stato sez. V, 30 marzo 1993, n. 435; Cons. di Stato, sez. VI, 21 ottobre 1996, n. 1373.

Le prime pronunce giurisprudenziali interpretano la caducazione come invalidità, o meglio nullità derivata, del contratto quale atto consequenziale a seguito dell'intervenuto annullamento dell'atto presupposto (l'aggiudicazione) che ne rappresenta il fondamento necessario.

In tale prospettiva il contratto perde la sua autonomia strutturale e funzionale e la sua sorte si pone come una conseguenza accessoria ed automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Altre più recenti pronunce interpretano la caducazione in termini di inefficacia del contratto, che non richiede alcuna pronuncia costitutiva sulla "sorte" del contratto, facendo applicazione del principio generale - proprio del collegamento necessario fra negozi giuridici ma ritenuto applicabile anche al caso *de quo*, nonostante la natura eterogenea degli atti coinvolti - per cui *simul stabunt simul cadent*.

Secondo quanto affermato espressamente dalla giurisprudenza amministrativa⁴⁷ "*non osta al meccanismo dell'efficacia caducante la circostanza che il rapporto di presupposizione riguardi una fattispecie mista di collegamento tra provvedimento amministrativo e contratto di diritto privato piuttosto che l'ipotesi paradigmatica di correlazione tra atti amministrativi*".

La V Sezione del Consiglio di Stato⁴⁸ ha di recente chiarito che i termini della questione devono essere ricostruiti alla luce della categoria dell'inefficacia successiva, da intendersi quale "inidoneità funzionale" del programma negoziale a spiegare ulteriori effetti, successivamente alla pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione.

Nei confronti delle suddette ricostruzioni offerte dalla giurisprudenza amministrativa e riconducibili, seppur in base ad argomentazioni parzialmente diverse, alla medesima nozione dell'inefficacia del contratto, sembra potersi replicare che nel nostro attuale ordinamento civile l'inefficacia indica la mancanza o la perdita degli effetti giuridici di un negozio, che si ricollega a talune fattispecie tipicamente previste quali la nullità, l'annullabilità, la simulazione, la risoluzione e la rescissione del contratto, il recesso, il verificarsi della condizione risolutiva o l'omesso verificarsi di quella sospensiva.

Occorre, quindi, ascrivere la fattispecie considerata ad uno dei predetti schemi al fine di giustificare l'affermazione dell'inefficacia del contratto.

D'altra parte, non sembra affatto condivisibile la tesi che fa derivare l'inefficacia del contratto dall'annullamento dell'aggiudicazione, considerato quale atto presupposto ed in virtù di un preteso collegamento negoziale tra un atto di natura negoziale ed un provvedimento amministrativo di diversa natura giuridica.

Ciò in quanto, come evidenziato di recente⁴⁹, "*all'invalidità dell'atto amministrativo presupposto corrisponderebbe la mera inefficacia del contratto; ma tale tesi lungi dall'affermare un collegamento stretto tra provvedimento amministrativo e contratto, fonda un'autonomia del contratto stesso rispetto al provvedimento*", contrariamente all'affermato collegamento necessario che legherebbe l'atto al negozio, con conseguente applicazione del principio *simul stabunt simul cadent*.

A superare le suddette obiezioni non sembra valere nemmeno una recentissima tesi⁵⁰, che partendo dalla formulazione letterale dell'art. 246 del nuovo codice dei contratti pubblici ("*Norme processuali ulteriori per le controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi*"), il quale espressamente parla di "*caducazione*" e non più di "*risoluzione*" del contratto (come faceva il precedente art 14 del dlgs. n. 190/2002) ritiene che da esso si possa desumere la regola della caducazione, quale conseguenza autonoma ed ulteriore rispetto all'inefficacia od all'invalidità del contratto.

⁴⁷ Cons. di Stato sez. VI, 5 maggio 2003 n. 2332

⁴⁸ Cons. di Stato, sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7402; id., 29 novembre 2005, n. 6579; id., 28 settembre 2005, n. 5194; id., 11 novembre 2004, n. 7346; id., 28 maggio 2004, n. 3465.

⁴⁹ FORLENZA, *I contratti della PA*, in *Guida al diritto* n. 13 del 2008, 113.

⁵⁰ GAROFALO, *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Dir. proc. Ammin.*, 2008, fasc. 1, 138-172; STICCHI DAMIANI, *La «caducazione» del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2006, 3719 ss.

In particolare, mentre il precedente articolo 14 del d.lgs. 190/2002 stabiliva che per le infrastrutture e gli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale l'annullamento dell'aggiudicazione non comportava *“la risoluzione”* del contratto *medio tempore* stipulato dall'amministrazione, il nuovo art. 246 stabilisce la regola della *“non caducazione”* del contratto in caso di accoglimento del ricorso avverso gli atti delle procedure di progettazione, approvazione e realizzazione delle infrastrutture e grandi opere.

Stando a tale tesi, dalla nuova formulazione della norma, valevole soltanto per le cd. grandi opere, può dedursi a contrario la regola generale (inespressa) della caducazione del contratto, da intendersi quale *“nuova categoria”* diversa da quelle *“già dotate di riconoscimento normativo e inappropriate a modellare compiutamente sotto il profilo giuridico il contraccollo che ordinariamente...subisce il contratto stipulato in esito ad un'aggiudicazione illegittima allorché questa venga giudizialmente annullata”*⁵¹.

La tesi non appare, tuttavia, condivisibile in quanto fa derivare *a contrario* da una norma di carattere speciale, valevole solo per specifici appalti (rispetto ai quali risulta particolarmente sentita l'esigenza di una sollecita esecuzione degli stessi), una regola di carattere generale, delineando addirittura una nuova categoria generale distinta dall'invalidità e dall'inefficacia del contratto, da ravvisarsi nella cd. *“caducazione”* che sembra piuttosto configurare un termine atecnico inteso essenzialmente ad esprimere il venir meno degli effetti del contratto che può verificarsi tanto a seguito del suo annullamento quanto a seguito della sua risoluzione.

2.f) La recente soluzione offerta dal Tribunale di Milano.

Una recente sentenza del Tar Milano⁵², partendo dal dato letterale dell'art. 246 del codice dei contratti pubblici che *“specificatamente ed espressamente, sebbene con un discutibile procedimento a contrario, definisce l'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto in termini di “caducazione”* e ribadendo che *“la caducazione del contratto è un termine atecnico estraneo alle categorie abituali del diritto privato e del diritto pubblico”*, ha espressamente qualificato tale *“caducazione”* quale *“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”*.

A giudizio del Tribunale amministrativo il fenomeno della caducazione sarebbe riconducibile all'inefficacia in senso lato, in quanto quest'ultima *“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, in questo caso, si determinerebbe *“in forza di un fatto sopravvenuto alla stipula del contratto, l'annullamento dell'aggiudicazione, cui il contratto si ricollega in via funzionale”*.

Secondo tale tesi *“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 o l'inefficacia 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”*.

La stessa giurisprudenza amministrativa aggiunge che *“quanto agli aspetti pratici più rilevanti, la condizione opera ipso iure, sicché la pronuncia del giudice che accerta il suo avveramento ha natura solamente dichiarativa, ed ha effetti erga omnes ovvero ha carattere reale”*.

Tale tesi ha senz'altro un importante merito dal punto di vista pratico, che si apprezza soprattutto nei casi in cui, successivamente alla stipula del contratto di diritto privato e nelle more dell'intentato giudizio volto ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione, l'esecuzione dell'appalto sia già iniziata o in taluni casi addirittura terminata (come può accadere soprattutto per gli appalti di servizi). Attraverso l'applicazione analogica al caso in esame di quanto previsto dall'art. 1360 comma 2 del c.c. è, infatti, consentito far salve le prestazioni già eseguite, con un indubbio rafforzamento della

⁵¹ Così espressamente GAROFALO, op. cit., 138.

⁵² Tar Milano n. 1370 del 2008.

tutela offerta nei confronti dell'originario contraente privato che avrebbe comunque diritto alla controprestazione economica relativa alla parte dei lavori eseguiti ed indipendentemente dalla sua effettiva buona fede, vale a dire indipendentemente dal fatto che l'annullamento dell'originaria aggiudicazione sia dovuto ad un comportamento ad esso imputabile .

L'art. 1360 c.c. afferma, infatti, che *“se la condizione risolutiva è apposta ad un contratto ad esecuzione continuata o periodica, l'avveramento di essa in mancanza di patto contrario non ha effetto riguardo alle prestazioni già eseguite”*.

In realtà, il Tribunale amministrativo non parla espressamente di un'applicazione analogica della disciplina prevista in materia di condizione risolutiva alla fattispecie oggetto del presente lavoro, ma addirittura conclude affermando che *“ con il d.lgs n. 163 (art. 246 comma 4), è stato introdotto un nuovo istituto (per l'appunto la "caducazione"), quale categoria autonoma dell'inefficacia, per il momento limitato al settore dei contratti pubblici, i cui effetti sono quelli più sopra descritti (vale a dire quelli di una condizione risolutiva ed in particolare della cd. conditio iuris).”*

Al di là della discutibile conclusione in base alla quale la caducazione rappresenterebbe un'ulteriore e particolare categoria di inefficacia, di cui non vi è traccia nell'attuale codice civile e che certamente non può desumersi quale categoria autonoma da un'interpretazione *a contrario* di una singola disposizione inserita nell'ambito del codice dei contratti pubblici al solo fine di limitare al risarcimento del danno per equivalente la tutela ottenibile dal ricorrente non aggiudicatario a seguito dell'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione concernente gli insediamenti strategici e le grandi opere, deve, altresì, evidenziarsi che l'aggiudicazione non si pone come una condizione legale di efficacia del contratto.

In particolare, proprio con riferimento ai contratti conclusi dalla PA si considera quale condizione legale⁵³ (sospensiva) l'atto di approvazione del contratto da parte dell'apposita autorità di controllo, in quanto fino a che l'autorizzazione non sorraggiunge il contratto seppur stipulato non ha efficacia, ma nessuna disposizione di legge attribuisce all'eventuale annullamento dell'aggiudicazione disposto in sede giurisdizionale il valore di una condizione legale (per lo più risolutiva) degli effetti del contratto stipulato tra la PA ed il privato ed espressamente approvato da parte dell'organo di controllo.

2.g) L'inefficacia per difetto di legittimazione della PA; nostra ricostruzione in termini di sopravvenuta incapacità speciale della PA.

Le prime pronunce dei tribunali amministrativi⁵⁴ intervenute successivamente alle recenti sentenze della Cassazione a Sezioni Unite e dell'Adunanza Plenaria n. 9/2008, considerano inefficace il contratto di diritto privato a seguito del disposto annullamento dell'aggiudicazione, traendo spunto anche da una recente sentenza della stessa Cassazione⁵⁵, secondo la quale l'annullamento in sede

⁵³ Di *conditio iuris*, distinta dalla condizione volontaria, si parla essenzialmente con riferimento ai casi in cui è la stessa legge e non la volontà delle parti a subordinare l'efficacia del contratto al verificarsi di un evento futuro e incerto. Al riguardo tra gli altri: FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 221; COSTANZA, *La condizione e gli altri elementi accidentali*, in *Tratt. dei contratti* diretto da Rescigno, Tomo II, UTET, 1999, 879; CARUSI, *Condizione e termini*, in *Tratt. del contratto* diretto da Roppo, vol. III, Effetti, p. 328 ss; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1991 secondo il quale *“la categoria della condizione legale è di dubbia utilità, così sul piano costruttivo come sul piano pratico, comprendendo elementi e situazioni assai eterogenee”*. *“alle condizioni legali salvi i casi specificamente previsti è inapplicabile la retroattività degli effetti o della cessazione dell'efficacia”*.

⁵⁴ Tar Molise sez. I - sentenza 24 settembre 2008 n. 719; Tar Lazio – Roma sez. II - sentenza 15 settembre 2008 n. 8328.

⁵⁵ Cass. civ. 15.04.2008, sent. n. 9906 nella cui motivazione espressamente di legge che *“L'annullamento in sede giurisdizionale del verbale di aggiudicazione di una gara di appalto pone nel nulla l'intero effetto-vicenda derivato dall'aggiudicazione, a cominciare quindi dal contratto di appalto che vi è insito o che, ove stipulato in successivo momento, non ha alcuna autonomia propria e non costituisce la fonte dei diritti ed obblighi tra le parti, ma, assumendo il valore di mero atto formale e riproduttivo, è destinato a subire gli effetti del vizio che affligge il provvedimento cui è inscindibilmente collegato e a restare automaticamente e immediatamente caducato, senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell'amministrazione, in conseguenza della pronunciata inefficacia del provvedimento amministrativo ex tunc, travolto dall'annullamento giurisdizionale.*

giurisdizionale degli atti della procedura ad evidenza pubblica, attraverso i quali si è formata in concreto la volontà contrattuale dell'amministrazione, priva quest'ultima, con efficacia *ex tunc*, della necessaria legittimazione a negoziare, facendo venir meno uno dei presupposti di efficacia del contratto, che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici.

L'aggiudicazione, con la quale si conclude la procedura ad evidenza pubblica, è atto che conferisce all'amministrazione la legittimazione negoziale, la cui mancanza non rende il contratto invalido ma inefficace; pertanto, il successivo annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale e con efficacia retroattiva priva l'amministrazione *ab origine* della legittimazione a stipulare il contratto.

Le recentissime pronunce dei tribunali amministrativi sembrano, pertanto, accedere alla teoria proposta da autorevole dottrina civilistica,⁵⁶ la quale ravvisa nella cd. "legittimazione", intesa quale presupposto soggettivo-oggettivo del negozio, una nozione autonoma e distinta dalla capacità.

In particolare, la legittimazione viene ad essere definita come "*la competenza della parte ad ottenere o a risentire gli effetti giuridici del regolamento d'interessi avuto di mira: competenza, la quale risulta da una specifica posizione del soggetto rispetto agli interessi che si tratta di regolare.*"

Pertanto, mentre la capacità consisterebbe in "*qualità intrinseche del soggetto*"⁵⁷, la limitata posizione negoziale del soggetto di fronte a determinati beni sarebbe da qualificare come difetto di legittimazione.

In realtà, l'autonomia del concetto di legittimazione negoziale, che nasce al fine di predisporre una categoria che funga da anello intermedio tra il soggetto ed il concreto negozio, superando lo iato esistente tra la soggettività concepita in astratto e le fattispecie concrete del commercio giuridico⁵⁸, non è pacificamente riconosciuta in dottrina, e si discute in merito alla sua utilità dal punto di vista applicativo nell'ambito della disciplina privatistica.

Autorevole dottrina⁵⁹ ritiene, tuttavia, che il concetto di legittimazione negoziale debba trovare applicazione proprio con riferimento alla PA che a seguito degli atti della serie procedimentale dell'evidenza pubblica, i quali agiscono come fatti permissivi o impeditivi rispetto agli atti della

La caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti attraverso i quali si è formata in concreto la volontà contrattuale dell'Amministrazione, 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 inique, priva della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi. L'annullamento della fase sostanziale dell'aggiudicazione segna, quindi, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici. Correttamente, pertanto, il giudice di merito rigetta la domanda di risoluzione del contratto di appalto proposta a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione dell'appalto, giacché l'annullamento dell'aggiudicazione ha comportato il venir meno degli effetti del contratto, senza necessità di alcuna pronuncia costitutiva.

L'automatica invalidità degli atti del procedimento incisi dalla pronuncia giurisdizionale è idonea a mutare i termini dell'ipotesi contrattuale intorno alla quale si è determinata la volontà dei partecipanti e la formazione delle singole offerte, e ciò anche nel caso in cui l'aggiudicatario abbia posto in essere, nelle more del giudizio, un'attività riconducibile alla prestazione dovuta in forza della relazione contrattuale instaurata per effetto dell'aggiudicazione. Tale attività - a parte il fatto di costituire evento temporalmente successivo ed esterno allo svolgimento della procedura (che ne ha costituito il presupposto) - una volta annullata l'aggiudicazione, è, infatti, destinata ad assumere le connotazioni di un'attività di fatto, in forza della proiezione ex tunc degli effetti dell'annullamento. Quanto dovuto all'aggiudicatario per i lavori posti in essere risponde a logiche totalmente diverse da quelle che presiedono alla controprestazione, così da non potersi definire "prezzo" o comunque corrispettivo della prestazione resa, bensì, esclusivamente indennità, cui l'escluso ha titolo secondo le regole del diritto comune, derivanti dall'art. 2041 c.c."

⁵⁶ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, op. cit. 225 e ss; DI MAJO voce *Legittimazione I - legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.* XXIV, Milano, 1974, 52-65; RESCIGNO, voce *Legittimazione*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.* X, Torino, 1993, 518-524.

⁵⁷ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit. p. 214 ss; FALZEA, *Capacità (teoria generale)* in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 43 ss.

⁵⁸ In tal senso Di MAJO, voce *Legittimazione*, op. cit., 52 e ss.

⁵⁹ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 366.

successiva fase negoziale di diritto privato, acquista la legittimazione all'esercizio delle situazioni soggettive relative agli atti negoziali.

Secondo tale accezione il concetto di legittimazione è molto vicino al concetto di incapacità: se il procedimento ad evidenza pubblica non si perfeziona l'organo non è investito del potere di stipulare il relativo contratto.

In particolare, nei casi in cui è inibito ad un soggetto, seppur munito della generale capacità d'agire, non tanto il semplice compimento di determinati atti, quanto piuttosto il risultato di questi ultimi, e cioè l'acquisto delle situazioni e dei rapporti cui gli atti sono preordinati, appare più corretto parlare di incapacità giuridica speciale, che preclude al soggetto (o ad alcune particolari categorie di soggetti) non mai la generalità delle situazioni e dei rapporti, ma solo alcuni specifici rapporti e situazioni.

Aderendo all'orientamento della dottrina⁶⁰ civilistica che parla di incapacità giuridica speciale, riferendola a tutti i casi di assoluta inidoneità soggettiva ad un determinato rapporto giuridico, facendone discendere la nullità del relativo contratto, in coerenza con la natura dell'interesse protetto dalla norma che pone il divieto a contrarre od impone determinate qualità o requisiti da parte del possibile contraente, a tale categoria sembra potersi correttamente addurre anche l'ipotesi oggetto della nostra indagine.

L'incapacità speciale, può genericamente definirsi⁶¹ come una preclusione del soggetto ad essere parte di determinati rapporti o destinatario di determinate vicende giuridiche: e ciò non per l'interesse particolare di un soggetto, ma per un interesse di carattere più generale, interesse che giustifica, in coerenza con la sua natura, il rimedio della nullità degli atti anziché quello della annullabilità, che di regola si collega all'incapacità di agire del soggetto agente.

A ciò deve aggiungersi che il concetto di capacità è stato concepito ed elaborato in ambito privatistico con riferimento alla struttura ed alle esigenze del soggetto privato ed esso esprime essenzialmente l'idoneità di tale soggetto ad essere potenzialmente titolare delle situazioni giuridiche che l'ordinamento gli riconosce per attuare la tutela degli interessi ritenuti rilevanti⁶².

Gli interessi rilevanti sono comunque quelli riferibili a quel determinato soggetto privato, a differenza di quel che accade con riferimento ai soggetti pubblici, con riferimento ai quali l'interesse da perseguire che non è il proprio ma quello della collettività è già prefissato dalla legge⁶³.

Nel diritto pubblico le situazioni giuridiche sono per lo più predisposte in funzione di interessi esterni al soggetto (di carattere generale) che di esse viene investito e vengono attribuite per la realizzazione di quegli interessi ed in vista del loro esercizio.

In particolare, poiché con riferimento ai contratti pubblici di lavori servizi e forniture la legge esige che la PA sia investita del potere di stipulare il contratto soltanto a seguito di un apposito procedimento ad evidenza pubblica, che è posto a salvaguardia di interessi di carattere generale quali il buon andamento della PA e la salvaguardia del mercato libero e concorrenziale, consentendo la stipulazione del relativo contratto soltanto al termine di tale procedimento che culmina con l'atto di aggiudicazione, il successivo annullamento in sede giurisdizionale della disposta aggiudicazione, determina un'inidoneità soggettiva del soggetto pubblico al rapporto, o meglio un'incapacità speciale sopravvenuta di quest'ultimo, che conseguentemente rende nullo il contratto da esso stipulato.

D'altra parte le conseguenze cui sembra giungere il recente orientamento dei tribunali amministrativi che dall'affermato difetto di legittimazione della PA, conseguente al sopravvenuto annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione, fa derivare l'inefficacia retroattiva del

⁶⁰ In tal senso anche RESCIGNO, *Capacità di agire*, in *Digesto civ.*, vol. II, Utet, Torino, 1988, 209 e ROPPO, *Il Contratto*, op. cit., p. 339.

⁶¹ BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dir. civ. dir.* da F. VASSALLI, Torino, 1, 1993, 113.

⁶² FALZEA, voce *CAPACITÀ*, op. cit. 14 e 15.

⁶³ DI RAIMO, *Contratto e gestione indiretta di servizi pubblici: profili dell'autonomia negoziale della pubblica amministrazione*, Napoli, ESI, 2000.

contratto da essa stipulato, in quanto il suddetto annullamento priva l'amministrazione *ab origine* della legittimazione negoziale, produce sul piano pratico le stesse conseguenze derivanti dalla nullità del contratto. Il contratto inefficace *ab origine* non produce effetti così come il contratto nullo.

In particolare, secondo quanto si legge espressamente in tali pronunce l'inefficacia retroattiva del contratto a seguito dell'annullamento degli atti della procedura ad evidenza pubblica si verificherebbe *"senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell'amministrazione, in conseguenza della pronunciata inefficacia del provvedimento amministrativo ex tunc, travolto dall'annullamento giurisdizionale"*.

Da ciò conseguirebbe l'ulteriore conseguenza in base alla quale l'intervenuta risoluzione del contratto proposta innanzi al G.O. dovrebbe dichiararsi inammissibile, stante l'immediata ed automatica caducazione del contratto tale da non rendere necessario nemmeno l'avvio di un procedimento di autotutela.

Pertanto, a differenza della normale inefficacia sopravvenuta del contratto che consente la salvezza delle prestazioni contrattuali eseguite fino alla declaratoria di inefficacia, nonché la salvezza dei diritti dei soggetti che in buona fede hanno fatto affidamento sulla validità ed efficacia del vincolo negoziale posto in essere, tale inefficacia retroattiva travolge tutte le conseguenze scaturenti dal negozio.

In definitiva, la teoria dell'inefficacia sopravvenuta ma retroattiva appare più che altro finalizzata al superamento della tradizionale obiezione sollevata nei confronti della diversa tesi della nullità e consistente nel fatto che l'annullamento dell'aggiudicazione e quindi il vizio che affligge la vicenda negoziale è successivo alla stipulazione del contratto; con ciò configurandosi una nullità sopravvenuta del contratto ritenuta dalla prevalente dottrina civilistica⁶⁴ come non ammissibile nell'ambito del vigente sistema di diritto privato.

Ma in realtà tale obiezione risulta superabile anche accedendo alla tesi della nullità derivante non da un vizio genetico e strutturale del contratto ma dalla sopravvenuta incapacità speciale dell'ente pubblico.

Entrambe le tesi ci consentono di pervenire agli stessi risultati anche in ordine alle ulteriori problematiche concernenti il diritto al risarcimento del danno spettante al ricorrente non aggiudicatario e la tutela dell'eventuale buona fede dell'originario contraente.

Circa il primo aspetto - come già evidenziato nel paragrafo iniziale del presente lavoro - sia la giurisprudenza civile sia la giurisprudenza amministrativa ritengono che al ricorrente non aggiudicatario, una volta ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione, sia consentito richiedere il risarcimento del danno non soltanto per equivalente (e comprensivo anche dell'eventuale perdita di *chance*⁶⁵, intesa come rilevante probabilità di conseguire il risultato utile dell'aggiudicazione) ma,

⁶⁴ SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità successiva nei negozi giuridici*, in *Ann. Dir. comp. e studi legislativi*, 1951, 54 e ss: secondo il quale la nozione di invalidità è logicamente incompatibile con quella di sopravvenienza rispetto al momento in cui il negozio è venuto in essere. Pertanto le ipotesi di sopravvenienza devono essere ricondotte alla categoria generale dell'inefficacia.

In senso contrario GENTILI, *Le invalidità* op. cit., 1447 e ss, secondo la quale la nullità sopravvenuta è un falso problema, posto che nulla vieta di pensare che il giudizio dell'ordinamento sulla validità di una data fattispecie negoziale a produrre effetti giuridici possa modificarsi nel tempo e con esso anche la doverosità o meno dei comportamenti da essa scaturenti.

⁶⁵ Sul punto: Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 490 del 12 febbraio 2008 e in merito alle voci di danno risarcibile Cons. di Stato, Sez. V, sent. 491 12 febbraio 2008.

Una recentissima pronuncia del Cons. di Stato, Sez. IV, del 3 marzo 2009 n. 1206, con specifico riguardo al risarcimento del danno spettante al concorrente non aggiudicatario ha affermato che al fine della sua quantificazione non può farsi riferimento all'art. 134 del decreto legislativo n. 163 del 2006, il quale disciplina una specifica fattispecie - e cioè quella relativa al diritto potestativo dell'Amministrazione di sciogliersi da un contratto in corso - che è diversa da quella relativa ad un'aggiudicazione che è risultata poi essere illegittima.

Al contrario, partendo dal presupposto che nel caso di annullamento di una precedente aggiudicazione, non verrebbe in rilievo una responsabilità precontrattuale della PA nei confronti del concorrente non aggiudicatario, ma una vera e propria responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., trattandosi di *"un comportamento determinatosi al di fuori del*

qualora sia ancora possibile (ovvero il contratto non sia stato interamente eseguito), anche in forma specifica, da domandare dinnanzi al GO, o come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato anche in sede di giudizio di ottemperanza.

Al riguardo occorre, però, precisare che il risarcimento in forma specifica, previsto dal codice civile in tema di illecito extracontrattuale (art. 2058) ma ritenuto applicabile dalla giurisprudenza e dalla prevalente dottrina⁶⁶ anche all'inadempimento, mira ad assicurare al soggetto danneggiato una *restituito in integrum* del suo patrimonio, attribuendogli quella medesima utilità, giuridica od economica, sacrificata o danneggiata dalla condotta illecita e si risolve, in sostanza, nell'obbligazione del responsabile di ricostituire la situazione di fatto antecedente⁶⁷.

Esso è pur sempre un rimedio risarcitorio, ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio o del dovere di rispetto altrui, e non va confuso né con l'azione di adempimento né con il rimedio dell'esecuzione forzata in forma specifica quale strumento per l'attuazione coercitiva del diritto⁶⁸.

Tale modalità risarcitoria presuppone la preesistenza nel patrimonio del danneggiato della situazione soggettiva della quale si chiede la restituzione in forma specifica; ne consegue che se può certamente ammettersi un risarcimento in forma specifica nei casi in cui venga in considerazione la lesione di un interesse legittimo oppositivo (che postula la titolarità in capo all'interessato del bene della vita al quale è collegato l'interesse legittimo leso), appare meno sicura l'ammissibilità di un simile risarcimento nei diversi casi in cui venga in rilievo la lesione di un interesse legittimo pretensivo, che si caratterizza per la mancata titolarità del bene della vita al conseguimento del quale l'interesse legittimo si pone come strumentale. Ciò in quanto si consentirebbe all'interessato di acquisire una posizione di vantaggio che di fatto non aveva ancora acquisito.

La giurisprudenza amministrativa ha, in realtà, ritenuto ammissibile una siffatta tutela risarcitoria anche nei confronti di interessi pretensivi ma limitatamente ai casi di attività amministrativa di natura vincolata, vale a dire quando l'esito dell'ulteriore azione provvedimento della PA risulta pronosticabile sulla base di parametri certi e di criteri matematici (come ad esempio l'aggiudicazione alla seconda classificata di una procedura di gara indetta con il criterio del massimo ribasso, quando l'impresa vincitrice avrebbe dovuto essere esclusa).

Tuttavia, resta il dubbio - espressamente evidenziato dallo stesso Consiglio di Stato nell'ordinanza con cui ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria - che l'ammissibilità di un risarcimento in

contratto e per effetto di un atto illegittimo" lo stesso Consiglio di Stato afferma che "per quanto concerne la quantificazione del danno, esso non può essere individuato puramente e semplicemente nel mancato guadagno relativo all'appalto" aggiungendo che "questo guadagno (utile) non è dimostrabile in via preventiva, se non in modo approssimativo, e d'altra parte il fatto di essere liberi dalle prestazioni contrattuali ha dato al soggetto ricorrente la possibilità di rendersi disponibile sul mercato, cercando ed eventualmente trovando altre commesse, che possono aver integralmente colmato il danno derivante dal mancato utile".

In base a tali premesse, il Consiglio di Stato conclude affermando che nel caso di annullamento dell'aggiudicazione di una gara di appalto, il danno subito dal ricorrente non aggiudicatario deve, pertanto, essere determinato "in forma equitativa, facendo riferimento alla somma posta a base d'asta ridotta della diminuzione percentuale presentata dall'offerente; sulla somma così calcolata dovrà poi procedersi al calcolo dell'utile presunto del dieci per cento ed ad una successiva riduzione del 50% del totale, a titolo di equità, per la liberazione delle forze dell'impresa che hanno potuto essere destinate ad altre attività".

⁶⁶ Sul risarcimento in forma specifica: CECCHERINI, *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Milano, 1989; CHIANALE, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, Milano, 1993; MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 1998, 318-333; MARELLA, *Riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979; SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 201.

⁶⁷ MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, 318 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. Trim. di dir. e proc. civ.*, 1957, 202.

⁶⁸ BIANCA, *La responsabilità*, *Diritto civile*, 5, Milano, 1994, p. 186 e ss.

forma specifica per la lesione di un interesse di natura pretensiva (come effettivamente può considerarsi quello del ricorrente non aggiudicatario) può portare ad accordare al ricorrente un beneficio superiore a quello che egli avrebbe avuto se non si fosse svolta l'attività lesiva.

Sembra, quindi, doversi condividere la soluzione fatta propria dal Consiglio di Stato, secondo la quale “ *la forma più immediata e, probabilmente, satisfattiva degli interessi pretensivi è data dal giudicato demolitorio-conformativo che, rimuovendo l'attività amministrativa illegittima ed imponendo la sua rinnovazione nel rispetto della legalità, assicura all'interessato la soddisfazione più pregnante della sua posizione soggettiva*⁶⁹”.

“*Se, tuttavia, l'interessato resta privo di soddisfazione anche in esito alla ripetizione del procedimento, potrà attivare lo strumento di tutela costituito dal ricorso per esecuzione del giudicato che, assegnando al giudice potestà valutative di merito e poteri di sostituzione dell'amministrazione inadempiente, si rivela la fase processuale più idonea a garantire quella reintegrazione in forma specifica (che nel caso in esame si risolve nell'aggiudicazione dell'appalto), anche degli interessi pretensivi, che, nella sede ordinaria di cognizione, resta preclusa dai rilievi sopra formulati*”.

Per quanto concerne l'ulteriore problema concernente l'eventuale salvezza - a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione - dei diritti acquistati in buona fede dal soggetto che in base al provvedimento annullato è risultato aggiudicatario, deve rilevarsi che sia la tesi della nullità del contratto così come quella dell'inefficacia retroattiva consentono di pervenire alle seguenti conclusioni.

Il legittimo affidamento riposto incolpevolmente dall'aggiudicatario, divenuto successivamente contraente della PA, in virtù di un contratto invalido, può comunque trovare un'adeguata tutela facendo valere una conseguente responsabilità precontrattuale della PA, qualora l'annullamento dell'aggiudicazione sia dovuto a suoi evidenti errori od omissioni intervenuti nel corso della procedura ad evidenza pubblica.

Ed invero, costituisce principio generale, ormai pacificamente acquisito, che la responsabilità precontrattuale della PA è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico nelle trattative e nelle relazioni con i terzi abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza è anch'essa tenuta, come qualsiasi altro contraente privato⁷⁰.

In particolare, l'orientamento civilistico tradizionale⁷¹ ritiene che la tutela risarcitoria collegata alla violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c. opera non solo nei casi in cui le “scorrettezze” precontrattuali di una delle parti hanno di fatto impedito la conclusione del contratto (trattative inutili) ma anche quando hanno condotto alla conclusione di un contratto invalido o inefficace (inutile stipulazione del contratto).

Di conseguenza, il risarcimento del danno, volto essenzialmente a tutelare la libertà negoziale delle parti, viene ad essere identificato con quel particolare interesse che ciascun contraente ha a non intraprendere e/o proseguire trattative inutili ovvero a non stipulare un contratto invalido od inefficace.

⁶⁹ Cons. di Stato, sez. VI, 18 dicembre 2001, n.6281.

⁷⁰ In tal senso: Cass., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313 e da ultimo Cass., n. 2525 del 7 febbraio 2006 e Cass. n. 12629 del 26 maggio. Nell'ambito della giurisdizione amministrativa: vedasi, in particolare, la recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.6 del 2005 dopo aver confermato la propria giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 6 della legge n. 205 del 2000, ha ritenuto configurabile una responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c. in testa all'Amministrazione che avendo portato a termine la procedura di evidenza pubblica, pervenendo sino all'aggiudicazione, aveva successivamente revocato l'aggiudicazione per mancanza delle disponibilità finanziarie necessarie all'esecuzione dell'opera appaltata.

⁷¹ In materia di responsabilità precontrattuale si vedano, tra gli altri: MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 365; CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1988; BIANCA, *Il contratto*, op cit. 167; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 79; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 240.

Sotto il profilo della stretta quantificazione sia la dottrina che la giurisprudenza prevalenti sono concordi nel ritenere che tale interesse negativo (contrapposto all'interesse all'adempimento) comprende i danni rappresentati da: 1) spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto (danno emergente); 2) perdita di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso (lucro cessante); 3) attività sprecata nelle trattative e sottratta ad altre utili applicazioni, con esclusione dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la valida stipulazione e l'esecuzione del contratto.

Con specifico riferimento alla responsabilità precontrattuale della PA conseguente ad una aggiudicazione, successivamente ritenuta illegittima e quindi annullata in sede giurisdizionale, può ritenersi sicuramente risarcibile il danno subito dall'aggiudicatario a titolo di spese sostenute per la partecipazione alla procedura di gara cui va aggiunto il pregiudizio subito a causa del mancato accrescimento del *curriculum* aziendale e delle qualifiche correlate all'effettiva esecuzione dell'appalto ed il danno da perdita di chance (perdita di favorevoli occasioni contrattuali che è cosa ontologicamente diversa dal vantaggio derivante dall'esecuzione del contratto invalido).

Non è, invece, risarcibile, il "mancato guadagno dell'utile d'impresa". Ed invero, questa seconda voce di danno corrisponde alla componente del lucro cessante nel danno per lesione del c.d. interesse positivo, quale interesse all'esecuzione del contratto, e come tale non può essere risarcita in una fattispecie di responsabilità precontrattuale.

A ciò deve aggiungersi che secondo quanto di recente affermato dalla Suprema Corte di Cassazione⁷² *"l'invalidità del contratto di appalto (a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione) è destinata ad incidere anche sull'eventuale esecuzione medio tempore realizzata"* e pertanto *"nel caso in cui l'aggiudicatario abbia posto in essere, nelle more del giudizio, un'attività riconducibile alla prestazione dovuta in forza della relazione contrattuale instaurata per effetto dell'aggiudicazione, tale attività è destinata anch'essa ad assumere le connotazioni di un'attività di fatto, in forza della proiezione ex tunc degli effetti dell'annullamento"*.

Conseguentemente, *"quanto dovuto all'aggiudicatario per i lavori posti in essere, risponderà a logiche totalmente diverse da quelle che presiedono alla controprestazione, così da non potersi definire "prezzo" o comunque "corrispettivo" della prestazione resa, bensì, esclusivamente "indennità", cui l'escluso ha titolo secondo le regole del diritto comune, derivanti dall'articolo 2041 c.c."*

Ne deriva che all'originario contraente, che abbia dato esecuzione al contratto realizzando parte delle prestazioni in esso convenute, spetta, a seguito della dichiarata nullità (o inefficacia retroattiva) dello contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione, oltre al risarcimento del danno derivante da una responsabilità precontrattuale della PA anche l'ulteriore rimedio dell'ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 c.c., data la ritenuta mancanza di una giusta causa, idonea a sorreggere l'attribuzione patrimoniale, nelle ipotesi di prestazioni eseguite in base a contratti di cui si accerti la nullità o si dichiari l'annullamento.

Tali rimedi di carattere generale sono in grado di tutelare adeguatamente l'originario aggiudicatario senza alcuna necessità di aderire a quella diversa tesi sostenuta da una parte della dottrina⁷³ ed accolta in alcune pronunce della giurisprudenza amministrativa, secondo la quale nei confronti dell'aggiudicatario potrebbe trovare applicazione in via analogica la normativa di cui agli art. 23 e 25 del c.c., relativa all'annullamento delle deliberazioni assembleari delle associazioni e fondazioni di diritto privato, la quale stabilisce che l'annullamento di tali deliberazioni non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima.

⁷² Cass. civ., Sez. I, 27 marzo 2007, n. 7481

⁷³ GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. Amm.*, 3/2002, 423 e 424;

In particolare, l'applicabilità dei medesimi principi di cui agli art. 23 e 25 del c.c. al caso oggetto della nostra indagine è stata ritenuta ammissibile in base alla identità di *ratio* che contraddistingue le due diverse ipotesi, nonché in virtù della qualificazione della PA come persona giuridica ai sensi dell'art.11 c.c.⁷⁴.

L'applicazione delle suddette disposizioni codicistiche alla fattispecie in esame consentirebbe di distinguere le conseguenze dell'invalidità dell'aggiudicazione nella sfera giuridica del contraente, sia con riferimento alla natura del vizio riscontrato sia con riferimento alla colpevole partecipazione alla violazione da parte dell'illegittimo aggiudicatario.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto non può certo negarsi che sussiste un'evidente differenza tra i casi in cui l'aggiudicazione viene ad essere annullata in quanto il contraente selezionato avrebbe dovuto essere escluso poiché privo dei requisiti di partecipazione o di qualificazione e i casi in cui l'illegittimità accertata consiste in un errore od in un difetto di forma di cui si è resa colpevole la PA o per essa la commissione di gara. Mentre, nel primo caso, risulta agevolmente individuabile un concorso consapevole e colposo dell'impresa concorrente alla violazione, nel secondo quest'ultima risulta del tutto estranea ed incolpevole nella determinazione del vizio (ad essa neanche indirettamente ascrivibile).

Ne consegue che l'affermazione dell'inopponibilità al contraente in buona fede delle conseguenze sostanziali di un vizio dell'aggiudicazione estraneo alla sua sfera di conoscenza e di controllo permette di tutelare adeguatamente il legittimo affidamento da esso riposto nella validità e nell'efficacia del contratto stipulato con la PA, che altrimenti, risulterebbe ingiustamente leso dall'annullamento degli atti di gara dovuto ad un'attività illegale posta in essere dall'amministrazione aggiudicatrice.

Tuttavia, pur potendosi apprezzare l'intento di tale ricostruzione teorica, si nutrono forti perplessità in ordine all'applicabilità degli art. 23 e 25 c.c. al caso in esame, in quanto le disposizioni richiamate sono state espressamente dettate dal legislatore al fine di regolare gli effetti dell'annullamento delle delibere adottate da determinate persone giuridiche private e non sembrano essere tali da esprimere un principio di rilevanza generale che ne consente l'estensione anche ai provvedimenti della PA, considerata come persona giuridica pubblica.

A ciò devono aggiungersi il fatto che non sembra potersi considerare "terzo" l'aggiudicatario che proprio in virtù della delibera di aggiudicazione ha acquisito la conseguente legittimazione a concludere con la PA il relativo contratto di appalto, nonché l'ulteriore rilievo, evidenziato di recente dal Consiglio di Stato, secondo il quale dovrebbe escludersi l'applicabilità degli art. 23 e 25 c.c. poiché essi disciplinano gli effetti di delibere di organi collegiali mentre di regola i provvedimenti amministrativi di aggiudicazione sono adottati da funzionari o dirigenti e, quindi, sono prive del carattere della collegialità.

3. L'incidenza della direttiva "ricorsi" 2007/66/CE in merito al rapporto tra procedura ad evidenza pubblica e stipulazione del contratto.

Un esame completo seppur sommario della problematica concernente la sorte del contratto di diritto privato in conseguenza dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione adottato a conclusione della precedente fase dell'evidenza pubblica non può prescindere dalle indicazioni attualmente ricavabili anche dal diritto comunitario.

Ciò in quanto le procedure di affidamento degli appalti di lavori servizi e forniture, improntate al rispetto dell'evidenza pubblica ed alla tutela della concorrenza e della parità di trattamento degli operatori presenti nel mercato, formano oggetto di una specifica e dettagliata disciplina dettata dal legislatore comunitario.

In particolare, dopo le precedenti direttive 2004/17 e 2004/18, con le quali è stata dettata la disciplina sostanziale delle procedure ad evidenza pubblica in data 11/12/07 il Parlamento Europeo

⁷⁴ Cons. di Stato, Sez. VI, n.2992 del 2003; Cons. di Stato, Sez. IV, n.6666 del 2003.

ed il Consiglio della Comunità Europea hanno approvato la direttiva ricorsi 07/66⁷⁵ pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'UE del 20/12/07, entrata in vigore ai sensi dell'art 4 il 9/1/08 e alla quale tutti gli Stati membri dovranno conformarsi mediante l'adozione di apposite disposizioni legislative regolamentari e amministrative entro il 31/12/09.

La direttiva, partendo dal presupposto che il rispetto del diritto comunitario degli appalti non abbia goduto fino ad ora – e dunque in base alle precedenti direttive ricorsi 89/665 e 92/13 – di adeguate garanzie procedurali e giurisdizionali, si muove essenzialmente su due diversi piani di tutela.

Essa si preoccupa, innanzitutto, di garantire a tutti i concorrenti la disponibilità di un lasso di tempo intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipula del successivo contratto sufficiente per presentare ricorsi amministrativi e giurisdizionali alla stessa stazione appaltante o ad un altro organo indipendente, garantendo loro che il contratto non venga *medio tempore* stipulato.

Partendo dal rilievo che, *“fra le carenze constatate [nelle discipline degli Stati membri], figura in particolare l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto”* (IV Considerato), per rimediare a tale carenza, *“che costituisce un serio ostacolo ad un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati”* la direttiva ritiene *“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”* (sempre IV Considerato).

La finalità di tale termine è quella di *“concedere agli offerenti interessati sufficiente tempo per esaminare la decisione d'aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso”*.

Ne consegue che, stando a quanto si legge nella stessa direttiva, insieme con la notifica della disposta aggiudicazione devono essere comunicate agli offerenti non aggiudicatari le informazioni pertinenti, che sono loro indispensabili per presentare un ricorso efficace (VI Considerato).

Inoltre, la proposizione di un ricorso poco prima dello scadere del termine sospensivo minimo non dovrebbe privare l'organo responsabile delle procedure di ricorso del tempo minimo indispensabile per intervenire e per prorogare il termine di sospensione per la conclusione del contratto.

“E' pertanto necessario prevedere un termine sospensivo minimo autonomo, che non dovrebbe scadere prima che l'organo di ricorso si sia pronunciato sulla domanda. Ciò non dovrebbe impedire all'organo di ricorso di formulare una valutazione preliminare circa la ricevibilità del ricorso come tale. Gli Stati membri possono decidere che tale termine scada quando l'organo di ricorso abbia preso una decisione circa la domanda di provvedimenti cautelari, anche riguardo a un'ulteriore sospensione della stipula del contratto, o quando l'organo di ricorso abbia preso una decisione sul merito della questione, in particolare sulla domanda di annullamento delle decisioni illegittime” (XII Considerato)

In realtà, l'attuale art. 11 del decreto legislativo n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici) prevede già, tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, due distinti *spatia deliberandi*, così articolati:

a) la stipula del contratto avviene, di regola, nei sessanta giorni dall'aggiudicazione definitiva. Il superamento del termine fa sì che l'aggiudicatario, con atto notificato alla stazione appaltante, possa sciogliersi da ogni vincolo ottenendo il rimborso delle spese contrattuali documentate (comma 9);

b) il contratto, tuttavia, non può essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione ai controinteressati, salvo motivate ragioni di particolare urgenza (comma 10).

Dunque, la stazione appaltante dispone di un congruo lasso di tempo (sessanta giorni) per riesaminare le determinazioni assunte ed in contraddittorio con i controinteressati..

⁷⁵ Fra i primi commenti alla direttiva BARTOLINI- FANTINI, *La nuova direttiva Ricorsi*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008/10, pp. 1093 ss.; GRECO, *La Direttiva 2007/66/ Ce: Illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *www.Giust amm.it*; LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: La parola al diritto comunitario*, in *www.giustamm.it*, e anche in *Il Foro Amm. Tar*, 2008/1, pp. XLV ss

Si può, pertanto, affermare che l'ordinamento italiano garantisce un meccanismo pre-contenzioso di verifica delle possibili irregolarità dell'aggiudicazione, che se correttamente utilizzato, può costituire un utile strumento volto a limitare l'instaurazione di ricorsi giurisdizionali.

In sede di recepimento della direttiva sarebbe però opportuna una modifica del termine, attualmente pari a trenta giorni, che deve decorrere tra comunicazione del provvedimento di aggiudicazione ai controinteressati e la stipula del contratto. Un innalzamento del suddetto termine a sessanta giorni, consentirebbe, infatti, di farlo coincidere con il termine decadenziale previsto dalla legge per una valida impugnativa dinanzi al GA del procedimento ad evidenza pubblica, limitando le possibilità di una successiva "rimozione" del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Il secondo livello di tutela previsto nella direttiva attiene, invece, alla questione che maggiormente interessa il presente lavoro, vale a dire "la sorte" del contratto stipulato in assenza di una preventiva pubblicazione del bando di gara ovvero in violazione della normativa comunitaria.

In particolare, l'art. 2 *quinquies*, n. 1 espressamente prevede che:

"Gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso nei casi seguenti:

a) se l'amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea senza che ciò sia consentito a norma della direttiva 2004/18/CE;

b) in caso di violazione dell'articolo 1, paragrafo 5, dell'articolo 2, paragrafo 3, o dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della presente direttiva qualora tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione della direttiva 2004/18/CE, se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto".

E' poi prevista un'ipotesi particolare per il caso dell'accordo quadro e del sistema dinamico di acquisizione.

In realtà la complessa lettera b) del suddetto articolo sembra affermare che il contratto di diritto privato può essere dichiarato "privo di effetti" nel caso in cui vi sia stata una violazione della direttiva n. 2004/18, dalla quale è derivata una riduzione della possibilità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, e l'offerente non ha potuto godere dei meccanismi di rimedio preventivo, previsti dalla direttiva stessa.

La logica della norma sembra essere chiara: in presenza di violazioni del diritto comunitario che impediscono o compromettono la possibilità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto e, in concorso con queste, precludono la possibilità di un utile esperimento dei ricorsi (perché ad es. non è consentito ricorrere alla stessa amministrazione o perché il contratto è stato stipulato prima del decorso di certi termini, posti a garanzia degli offerenti non aggiudicatari) il contratto deve essere dichiarato privo di effetti.

Pertanto, non ogni violazione del diritto comunitario - eccettuata la sola mancata pubblicazione del bando di gara - comporta l'improduttività degli effetti del contratto.

Tale argomentazione dovrebbe, quindi, escludere definitivamente la validità della tesi già esaminata che considera in ogni caso nullo per violazione di norme imperative (art. 1418 comma 1) il contratto concluso in violazione delle norme sull'evidenza pubblica, in quanto finalizzate, nell'ottica del diritto comunitario, alla salvaguardia di un mercato libero e concorrenziale.

Le altre violazioni, diverse da quelle che oltre ad avere influito sulla possibilità di ottenere l'aggiudicazione del contratto hanno altresì precluso la possibilità di difesa, non privano il contratto dei suoi effetti ma comportano soltanto, secondo quanto stabilito dalla direttiva, l'adozione di sanzioni alternative.

A ciò deve, inoltre, aggiungersi che stando a quanto espressamente affermato dall'art. *quinquies* "Gli Stati membri possono prevedere che l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà di non considerare un contratto privo di effetti, sebbene lo stesso sia

stato aggiudicato illegittimamente, per le ragioni di cui al paragrafo 1) se l'organo di ricorso, dopo aver esaminato tutti gli aspetti pertinenti, rileva che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti. In tal caso gli Stati membri prevedono invece l'applicazione di sanzioni alternative a norma dell'art. 2 sexies, par. 2".

E' dunque prevista per gli Stati membri la facoltà di affidare al giudice il difficile compito di valutare se il contratto debba essere considerato privo di effetti o meno, attraverso un attento esame di tutti gli interessi coinvolti nella vicenda, con conseguente applicazione di un eventuale sanzione alternativa, che la direttiva identifica o nella riduzione della durata del contratto o nell'irrogazione di una sanzione all'amministrazione, in quanto "*la concessione del risarcimento del danno non costituisce una sanzione adeguata*"(art. 2 sexies).

Nessuna valutazione viene però fornita dalla direttiva in merito all'esatta qualificazione giuridica della "patologia" contrattuale; al contrario lo stesso art. 2 *quinquies* dispone che "*competete agli Stati membri determinare le conseguenze di un contratto dichiarato privo di effetti*".

Come evidenziato di recente da una parte della dottrina⁷⁶ l'attenzione del legislatore comunitario si è concentrata sul contratto, e non sull'aggiudicazione, perché è solo con la conclusione del contratto che si consuma la violazione del diritto della concorrenza che la Commissione è chiamata a tutelare e a garanzia della quale sono dettate le norme della procedura ad evidenza pubblica che governano gli affidamenti da parte delle amministrazioni.

Come conseguenza della violazione delle regole poste a tutela della concorrenza la direttiva parla di perdita *ex tunc* degli effetti del contratto, di sopravvivenza degli stessi seppur dimidiati ed eccezionalmente anche del permanere degli stessi nonostante la riscontrata illegittimità.

In sostanza il legislatore comunitario non configura la privazione di effetti del contratto come una conseguenza necessaria e automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma ritiene che tale esito debba essere frutto di un apposita valutazione demandata ad un "*autorità indipendentemente*"(quale in effetti è il giudice), che è chiamata ad una valutazione delle circostanze e di tutti gli interessi in gioco e che in casi eccezionali può anche optare per il mantenimento in vita del contratto.

Tutto ciò induce ad escludere certamente la validità della tesi che non riconoscendo alcuna autonomia funzionale e strutturale al contratto ritiene che lo stesso debba intendersi automaticamente caducato per effetto dell'intervenuto annullamento in sede giurisdizionale dell'illegittima procedura ad evidenza pubblica.

Ed in ultima analisi sembra forse escludere anche quelle tesi che configurano un vizio strutturale del contratto, che è causa di invalidità dello stesso.

Al contrario, nell'ottica del legislatore comunitario l'illegittimità della procedura ad evidenza pubblica sembrerebbe riflettersi sul contratto di diritto privato in termini di inefficacia funzionale⁷⁷, vale a dire come impossibilità di realizzazione dell'assetto degli interessi programmato nel contratto, in virtù dell'incidenza "*ab externo*" di interessi giuridici, di rango *poziore* ed incompatibili rispetto all'interesse negoziale⁷⁸.

La tesi dell'"*inidoneità funzionale*", da intendersi quale inefficacia successiva, del programma negoziale a spiegare ulteriori effetti successivamente alla pronuncia di annullamento, ha certamente il pregio di far salve le eventuali prestazioni già eseguite, nonché i diritti acquistati in buona fede, resta, tuttavia, il fatto che nell'attuale ordinamento civile italiano l'inefficacia, intesa quale

⁷⁶ SATTÀ, *Annullamento dell'aggiudicazione: la fine di un problema*, in *Giustamm.it*, pubblicato il 26/11/2008.

⁷⁷ In tal senso Cons. di Stato sez. V, 28 maggio 2004 n. 3465 che parla espressamente di "*inefficacia successiva da intendersi come idoneità funzionale in cui venga a trovarsi il programma negoziale per l'incidenza "ab externo" di interessi giuridici di rango poziore incompatibili con l'interesse interno negoziale. Tale interferenza non implica alcuna alterazione strutturale della fattispecie contrattuale, incidendo unicamente sulla funzione dell'atto ovvero per meglio dire sul momento effettuale; in tali casi l'ordinamento è chiamato a risolvere un problema di contrasto fra situazioni effettuali: non viene in rilievo l'atto sotto il profilo genetico (validità o invalidità), bensì la sua efficacia*".

⁷⁸ Di inefficacia intesa quale "*interferenza di interessi esterni incompatibili e di rango poziore rispetto all'interesse negoziale*" parla espressamente SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.) Enc. del diritto*, vol. XXI, Milano 1971,368.

manca o perdita successiva degli effetti giuridici di un negozio, si ricollega a talune fattispecie tipicamente previste quali la nullità, l'annullabilità, la simulazione, la risoluzione e la rescissione del contratto, il recesso, il verificarsi della condizione risolutiva o l'omesso verificarsi di quella sospensiva.

A noi sembra, pertanto, che allo stato non sia possibile ricondurre la suddetta inefficacia funzionale del contratto, derivante dall'annullamento della procedura ad evidenza pubblica ad alcuno dei predetti schemi del vigente ordinamento nazionale.

Il recepimento della direttiva ricorsi da adottarsi entro il 31 dicembre 2009 rappresenta pertanto l'occasione utile e necessaria al fine di regolare l'incidenza dell'annullamento della procedura ad evidenza pubblica rispetto al contratto di diritto privato, mediante l'eventuale adozione di una speciale disciplina di settore.

La soluzione probabilmente ottimale, potrebbe aversi sul piano preventivo ampliando il termine dilatorio di 30 giorni tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto già previsto dall'art. 11 comma 10 d.lgs. 163/2006 e coordinandolo con il diverso e più lungo termine di 60 giorni previsto per la proposizione del ricorso. Si dovrebbero inoltre precisare le conseguenze dell'eventuale violazione della prescrizione.

Il superamento dell'asimmetria tra i due termini e la previsioni di sanzioni specifiche in caso di violazione - legandosi all'avanzato sistema di tutela cautelare, anche *ante causam*, già disponibile nell'ambito della giurisdizione amministrativa - potrebbero così avere l'effetto di scongiurare il pericolo che il giudizio amministrativo, sulla legittimità della procedura di affidamento, si sviluppi in un contesto oramai mutato, sul piano giuridico e fattuale, a seguito dell'intervenuta stipulazione del contratto.

Arianna Scacchi

