

**L'ADUNANZA PLENARIA AFFERMA LA GIURISDIZIONE (DI MERITO) DEL GIUDICE  
AMMINISTRATIVO, MA NON SCIOLGIE IL NODO DEI RAPPORTI TRA PROVVEDIMENTO E NEGOZIO**

1. La decisione n. 9/2008 dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sarà, dai più, ricordata ed annotata per l'innovativa delimitazione dell'ambito di operatività dell'art. 244, comma 1 del D.lgs. n. 163/2006 effettuata in quella sede, e figlia del clima di ritrovata concordia tra Cassazione e Consiglio di Stato.

Per quanto possa destare più di una perplessità il fatto che la soluzione di un problema di giurisdizione (già, peraltro, univocamente risolto dalle Sezioni Unite) sia stata affidata -e risolta- dal supremo consesso amministrativo (che non è *rebus sic stantibus*, giudice della giurisdizione), occorre dare atto che la decisione in rassegna fornisce una ricostruzione della problematica in chiave *pubblicistica* di sicuro interesse. Si potrebbe dire (con un supremo sforzo di sintesi ed una banalizzazione del linguaggio giuridico) che quel che la Cassazione ha fatto uscire dalla porta, l'Adunanza Plenaria ha fatto rientrare dalla finestra.

Non mette però conto, in questa sede, l'analisi della questione di giurisdizione: ciò che si vuole, ancora una volta, indagare è il rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto *medio tempore* stipulato, e ciò anche a prescindere da quale giudice abbia in concreto cognizione sugli atti successivi all'aggiudicazione.

2. E' noto che, nonostante i conosciuti problemi di giurisdizione, l'asse portante dell'ordinanza di rimessione (costruita, peraltro, sulla falsariga delle due precedenti ordinanze della Sezione IV, 21 maggio 2004, n. 3355 e del CGARS, 8 maggio 2005, n. 104) fosse proprio la definizione del rapporto tra aggiudicazione e contratto: non solo perché tale questione, ormai da più di un lustro, ha impegnato (ed impegna tutt'oggi) schiere di studiosi<sup>1</sup>, ma anche perché -a ben vedere- essa costituisce il vero fulcro del problema.

---

<sup>1</sup> Amplessima, sul punto, è la bibliografia di riferimento. Si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività, i lavori di ANCORA, *L'annullamento dell'aggiudicazione, nuovi tipi di invalidità e sorte del contratto*, in *Giur. Merito*, 2004, pp. 1482 ss.; AULETTA, *Le conseguenze dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto d'appalto: una rassegna in attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); AULETTA - LIGUORI, *La Plenaria, il "dialogo" tra le giurisdizioni e la motivazione che non c'è (annotazioni a margine dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2008)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); BARBIERI, *Annullamento della gara pubblica ed annullamento del contratto: un problema di giurisdizione*, in *Riv. Trim. appalti*, 2001, 721; BERTO, *Annullamento degli atti di gara e sorte dei contratti pubblici: ancora confusione (Nota a TAR Puglia, Lecce, III Sezione, 19 febbraio 2008, n. 530)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); BOTTINO, *L'evidenza pubblica, necessaria ed in effettiva: se all'annullamento delle procedure di affidamento delle opere pubbliche di rilevante interesse nazionale non consegue né la caducazione del relativo contratto, né la previsione di effetti restitutori o risarcitori*, in *Foro Amm. - TAR*, 2004, pp. 2845 ss.; CAPUTO, commento a Tar Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2002 n. 3177, in *Urbanistica e Appalti*, 2002, 1218 ss.; CARINGELLA, *Annullamento della procedura di evidenza monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia?*, in *Corr. Giur.*, 2004, 669 ss.; CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, in *Giornale dir. Amm.*, 1/2004, 15 ss.; ID.,

Le aspettative in questo senso sono, però, rimaste deluse. Dopo aver, infatti, dato sommariamente conto degli indirizzi delle sezioni semplici e dopo aver affrontato *in astratto* il problema della giurisdizione (aderendo all'orientamento delle Sezioni Unite, secondo cui sussisterebbe la giurisdizione del giudice civile sulla domanda volta ad ottenere l'accertamento

---

*Aggiudicazione e contratto* su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); CERULLI IRELLI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giornale di dir. Amm.*, 2002, 1195 ss.; CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); DELLA PIETRA, *Cassazione e Consiglio di Stato disputano ancora: a chi spetta di pronunciarsi sulla sorte del contratto quando sia annullata l'aggiudicazione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); DETTORI, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo – contributo allo studio della funzione complessa*, Napoli, 2007, pp.145-186; DURANTE, *Arresti giurisprudenziali in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto medio tempore stipulato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); FARES, *Annullamento dell'aggiudicazione e ripercussioni sul contratto: qualche riflessione alla luce dei più recenti indirizzi interpretativi*, in *Foro Amm. – TAR*, 2006, pp. 2681 ss.; FOX, *Annullamento degli atti di gara ed invalidità del contratto d'appalto*, in [www.Giust.it](http://www.Giust.it), n. 2-2003; FRENI, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul negozio*, in *Dir. Amm.*, 2004, pp. pp. 867 ss.; GAROFALO, *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, Vol. II, Milano 2007; GIAVAZZI, *L'effetto invalidante del vizio del procedimento di evidenza pubblica sull'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, pp. 1068 ss.; GOISIS, *In tema di conseguenze sul contratto dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione conclusivo di procedimento ad evidenza pubblica e di giudice competente a conoscerne*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 202 ss.; GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. Amm.*, 2002, 413 ss.; GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); LIPARI, *Il processo in materia di infrastrutture e di insediamenti produttivi strategici*, in *Diritto e Formazione*, 11/2002, 1519 ss.; ID, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); LOPILATO, *vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro Amm. – Tar*, 2006, pp. 1519 ss.; ID, *Aggiudicazione e contratto: un indiretto contributo dalla Consulta in attesa del legislatore*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); MARCHETTI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, pp. 95 ss.; MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro Amm. Tar*, 2004, pp.569 ss.; MICARI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: in attesa dell'adunanza plenaria*, in *Giur. Merito*, 2005, pp. 2213 ss.; MONTEODORO, *I rapporti tra evidenza pubblica e contratto di appalto*, in *Urbanistica e appalti*, 2003, pp. 199 ss.; 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 ss.; MOSCARINI, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, pp. 597 ss.; PELLEGRINO G.L., *Appunti su aggiudicazione e contratto, ovvero... brevi cenni sull'Universo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); SANDULLI M.A., *Il Tar Lombardia bypassa il problema della giurisdizione e decide incidenter tantu sulle sorti del contratto (a margine della sentenza sez. I, 8 maggio 2008, n. 1380)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); SANINO, *Procedimento amministrativo ed attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Torino, 2003; SATTÀ, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. Amm.*, 2003, pp. 650 ss.; SCOCA F.G., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro Amm. – TAR*, 2007, pp. 797 ss.; SCOCA S., *Soccombenza e appello; aggiudicazione e contratto*, nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 25.01.2008, n. 213, in *Foro Amm. – Cons. Stato*, 2008, pp. 579 ss.; SOLLINI, *La sorte del contratto stipulato sulla base di una aggiudicazione illegittima: patologia invalidante o mera perdita di efficacia ?*, in *Foro amm. Tar*, 2007, pp. 1914 ss.; SPINELLI, *Annullamento dell'aggiudicazione di appalto pubblico e destino del contratto*, in *Serv. Pubbl. e appalti*, 2004, pp. 357 ss.; STICCHI DAMIANI, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro Amm. – TAR*, 2006, pp. 3719 ss.; TULUMELLO, *Vizi del procedimento di evidenza pubblica e regime dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Foro Amm. – CDS*, 2003, pp. 3320 ss.; ID., *Riflessioni, a margine della decisione n. 9 del 2008 dell'AP. del Consiglio di Stato, sull'attuale modello di tutela processuale degli interessi legittimi, e sul rapporto fra provvedimento e contratto*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); VALAGUZZA, *Illegittimità della procedura pubblicistica e sua interferenza sulla validità del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 284 ss.; VALLA, *Annullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica e contratto: due decisioni a confronto*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 192 ss.; VARRONE C., *L'invalidità del provvedimento amministrativo ed i suoi riflessi, nelle procedure ad evidenza pubblica, sul contratto concluso dalla p.a. con l'aggiudicatario*, in *Dir. Amm.*, 2006, pp. 299 ss.; VARRONE S., *L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica*, in *Foro Amm. – CDS*, 2003, pp. 1648 ss. .

delle conseguenze che l'annullamento dell'aggiudicazione ha prodotto sul contratto), la Plenaria ha, infatti, affrontato il nodo dei rapporti tra aggiudicazione e contratto rilevando come *“in sede di esecuzione della sentenza l'amministrazione non può non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione”*, precisando, poi, come tale *caducazione* dispieghi la propria efficacia sul contratto *“similmente a quanto avviene nel caso di annullamento di una graduatoria di un pubblico concorso che comporta la caducazione degli effetti del contratto di lavoro su essa fondato, ovvero di annullamento di una concessione di un bene o di un servizio pubblico che comporta la caducazione degli effetti dell'accordo accessivo”*<sup>2</sup>.

Nell'economia della decisione il passaggio relativo alla sopravvenuta caducazione del contratto assume rilievo esclusivamente ai fini dell'affermazione del vincolo conformativo insistente sulla P.A. in esito all'annullamento dell'aggiudicazione: senonché quello che per anni è stato (e resta) il nodo cruciale del problema viene risolto con una sorta di *obiter dictum* senza una previa una ricostruzione dogmatica.

Restano, così, aperti tutti i problemi posti da dottrina e giurisprudenza all'indomani dell'esegesi dell'art. 246 del Codice degli Appalti circa il concetto di caducazione e, soprattutto, circa il percorso argomentativo che dovrebbe sostenere tale opzione ermeneutica.

3. Già nel 2006, infatti, l'analisi dell'art. 246 del D.Lgs. 163 consentiva di concludere la *querelle* in termini di automatica caducazione del contratto: nei giudizi aventi ad oggetto le procedure di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi (e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento) di cui alla parte II, titolo III, capo IV del Codice, nonché a quelle prevedute dall'art. 140, infatti, *la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato*.

Avendo, come noto, il Codice disciplinato in modo unitario tanto gli appalti ordinari quanto gli appalti per le grandi opere, se il legislatore ha ritenuto di escludere la caducazione del contratto solo nelle ipotesi eccezionali previste dall'art. 246 (grandi opere), dovrebbe desumersi, *a contrario* (e la decisione della Plenaria conferma tale ipotesi), che abbia voluto codificare la regola della caducazione per gli appalti ordinari.: *“quando -insomma- ha voluto preservare il contratto (anche per gli appalti ordinari) dalla caducazione a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, il legislatore lo ha fatto espressamente; dove non lo ha fatto, di contro, ha voluto descrivere proprio*

---

<sup>2</sup> Sul punto è bene rilevare che la S.C., delibando circa l'inferenza dell'annullamento di una graduatoria di concorso con il rapporto di impiego *medio tempore* venuto in essere, ha rilevato che, pur essendo graduatoria e contratto atti connessi *“e configurandosi l'uno come presupposto di validità dell'altro, restano reciprocamente distinti, con la conseguenza che il giudicato di annullamento dell'atto presupposto, mentre può costituire la ragione di un successivo annullamento di quello subordinato, non ne determina di per sé la caducazione”* (così Cass. Civ. SS.UU., sentenza 28 gennaio 2003, n. 1238).

*in termini di caducazione la patologia che affligge il contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione*<sup>3</sup>.

Già il codice, dunque, sembrava smentire tutte le spiegazioni in chiave privatistica della patologia del contratto: spiegazioni che -sia pur con i dovuti distinguo- affondavano le proprie radici in più o meno solide basi dommatiche.

4. Un dato sembra, allora, potersi dare per acquisito: i modelli fino ad oggi utilizzati per dar conto della patologia del negozio non sono più invocabili, ostandovi -com'è stato, peraltro, già dimostrato<sup>4</sup>- tanto l'articolazione normativa interna del codice degli appalti, quanto -oggi- il responso del supremo consesso amministrativo.

E così l'annullabilità relativa (che affianca la serie degli atti di evidenza pubblica al procedimento privatistico di formazione della volontà negoziale, di modo che il consenso espresso dall'amministrazione, nonostante il vizio della procedura di evidenza pubblica, sussista e continui a produrre i suoi effetti fino a quando non venga travolto da una specifica azione di annullamento, alla quale sarebbe legittimata la sola Amministrazione)<sup>5</sup> appare impraticabile sol se si consideri che la *caducazione* del contratto è collegata dal Codice proprio all'iniziativa giurisdizionale del concorrente escluso dall'aggiudicazione e, come tale, terzo rispetto al contratto *medio tempore* stipulato.

Così pure la teorica della nullità (cui presupposto fondante sarebbe la natura costitutiva degli atti di evidenza pubblica e la natura superindividuale e non disponibile degli interessi tutelati dalla serie procedimentale degli atti di gara)<sup>6</sup>, risulta irrimediabilmente esclusa atteso che -come detto- il codice lega inscindibilmente la *patologia* del contratto ad una previa pronuncia di carattere costitutivo: accogliere la tesi della nullità del contratto significherebbe, infatti, consentire la

---

<sup>3</sup> STICCHI DAMIANI, *Op. Cit.*, p. 3722.

<sup>4</sup> STICCHI DAMIANI, *Op. Cit.*, p. 3724 ss.

<sup>5</sup> L'orientamento giurisprudenziale che, qualora manchi o sia illegittimo il procedimento amministrativo che deve precedere il contratto stipulato dalla P.A., qualifica detto contratto come annullabile trovava in giurisprudenza un riscontro assai ampio: Cass., 28.03.1996, n.2842, in *Foro It.*, 1996, I, 2054 ss; Cass., 21.02.1995, n.1885, in *Mass. Foro It.*, 1995; Trib. Lucca, 22.01.1991, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 2174 ss; Cass., 07.04.1989, n.1682, in *Cons. Stato*, 1989, II, 1224; Cass., 25.04.1988, n. 6314, in *Rass. Adv. Stato*, 1988, I, 322; Cass., 13.10.1986, n. 5983, in *Giust. Civ.*, 1987, I, 86 ss.; Cass., 20.11.1985, n.5712 in *Corr. Giur.*, 1986, 289 ss.; Cass., 10.04.1978, n. 1668, in *Foro It.*, 1978, I, 2184 ss.; Cass., 22.05. 1973, n. 1493, in *Foro Amm.* 1974, I, 1, 232 ss.; Cass., 10.02.1971, n.345, in *Giust. Civ.* 1971, 857 ss.; Trib. Napoli, 12.04.1969, in *Giur. It.*, 1970, I, 2, 424 ss.; App. Napoli, 09.02.1968, in *Dir e Giur.*, 1968, 69 ss.; Cass. 21.11.1967, n.2798, in *Foro It.*, 1968, I, 433 ss.; App. Palermo, 07.06.1963, in *Giur. Sic.*, 1964, 435 ss.; Cass., 28.05.1962, n. 1265, in *Giust. Civ.*, 1962, I, 1191; Cass., 03.11.1959, n. 3248, in 3248, in *Foro Amm.*, 1960, II, 53 ss.; Trib. Roma, 28.03.1959, in *Foro It.*, 1959, I, 1214 ss.; Cass., 18.10.1956, n. 3722, in *Riv. Giur. umbro – abruzzese*, 1956, 547 ss.; Cass., 18.05.1953, n.1427, in *Foro It.*, 1954, I, 204. In dottrina l'orientamento in parola è stato oggetto di ampie e motivate critiche: per tutti si veda GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato*, Milano, 1986, pp.132 ss.

<sup>6</sup> Occorre poi, anche in questo caso, distinguere fra chi ritiene che la nullità sia tale per difetto assoluto del consenso (artt. 1418 comma 2 cod. civ. e 1325 n. 1 cod. civ.), chi per mancanza della causa con riguardo al venir meno della ragione del negozio a seguito dell'annullamento della delibera a contrarre ( 1418 e 1325 n. 2 cod. civ ) chi per contrarietà del contratto a norme imperative ( 1418 comma 1 cod. civ. nel caso di nullità c.d. virtuale).

proposizione della relativa azione dichiarativa in ogni tempo -stante l'imprescrittibilità della medesima (art. 1422 c.c.)- da parte di chiunque vi abbia interesse e, soprattutto, la rilevabilità *ex officio* (art. 1421 c.c.), a prescindere, quindi, da una previa tempestiva impugnazione dell'aggiudicazione.

Ed ancora: l'art. 11, comma 7 del codice, stabilendo che "*l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta*" sgombra il campo anche della teorica della nullità strutturale, atteso che il consenso negoziale dell'Amministrazione non si rinviene più nell'aggiudicazione, ma sempre e solo nella successiva stipulazione.

Resta, così, in piedi solo la (fragile) teorica della caducazione automatica degli effetti del contratto, proposta in un primo tempo dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>7</sup> e successivamente sposata dal legislatore.

A favore dell'efficacia caducante, nel caso di annullamento giurisdizionale degli atti della procedura amministrativa, deporrebbe la valorizzazione del rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura di evidenza pubblica ed il contratto *medio tempore* stipulato: la mancanza del procedimento di evidenza pubblica dovrebbe, dunque, essere equiparata all'ipotesi di mancanza legale del procedimento, derivante dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

---

<sup>7</sup>Per una completa ricostruzione giurisprudenziale dell'orientamento parola si vedano: Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 1998, n. 677, in caso di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione; Cons. Stato., Sez. V, 30 marzo 1993, n. 435, che afferma il travolgimento automatico del contratto per effetto dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione; Cons. Stato., Sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244, che, muovendo dal principio di conservazione degli atti, per cui la graduatoria della gara conserva i suoi effetti per il caso in cui venga meno la prima aggiudicazione, afferma che l'annullamento dell'aggiudicazione in favore del primo graduato comporta l'aggiudicazione automatica in favore del secondo graduato; più di recente, Cons. Stato., Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218; Cons. Stato., Sez. VI, 14 marzo 2003, n. 1518. La tesi della caducazione automatica è stata poi recentemente approfondita dalla VI Sezione del Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332), che ha ripreso la tesi, già tentata dalla dottrina, della inefficacia del contratto per mancanza legale del procedimento, vale a dire per carenza del presupposto legale di efficacia del contratto costituito dalla fase di evidenza pubblica, riconducendone l'effetto al principio generale, mutuato dai negozi giuridici privati collegati in via necessaria, secondo cui *simul stabunt, simul cadent*. Altro orientamento della VI Sezione del Consiglio di Stato ritiene accoglibile l'impostazione tradizionale relativa alla normale efficacia caducante dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto conseguente, ma con il temperamento costituito dalla salvezza dei diritti dei terzi in buona fede in applicazione analogica degli artt. 23, comma 2 e 25, comma 2, del codice civile, applicabili alla Pubblica amministrazione in quanto persona giuridica *ex art. 11* dello stesso codice (cfr. Cons. St., Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992). Isolata, ma sempre riconducibile nel medesimo alveo, Cons. di stato, n. 7470/2003, che, nel ribadire il collegamento negoziale tra aggiudicazione e contratto, muta, però la premessa di partenza: "*non è corretto* -sostiene la decisione in rassegna- *l'assunto secondo il quale il procedimento amministrativo di evidenza pubblica andrebbe qualificato, sul piano civilistico, come manifestazione complessa della volontà negoziale della parte pubblica*". L'effetto caducante non sarebbe, così, il risultato del venir meno di un elemento costitutivo dell'accordo (la volontà), bensì del sopraggiunto difetto di una condizione legale di efficacia di quest'ultimo: *contra* Cons. Giust. Amm. Sic., 8 marzo 2005, n. 104 e, recentemente, Tar Lazio, Sez. III *ter*, 23 gennaio 2007, n. 433. Più di recente, sempre a favore della teorica della caducazione automatica, si vedano: Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2004, n. 3465; Tar Liguria, Sez. II, 23 giugno 2005, n. 940; Tar Liguria, Sez. II, 12 aprile 2006, n. 364; Cons. di Stato, Sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4295; Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 7 febbraio 2007, n. 179; Cass. Civ., Sez. I, 27 marzo 2007, n. 7481. In dottrina la tesi sembra avere l'avallo di MERUSI, *L'annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro Amm. Tar*, 2004, pp.569 ss., *contra*, recentemente, SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) .

Al pari della radicale mancanza dell'intera fase di evidenza pubblica, o di una sua parte essenziale (quale la procedura di gara), l'annullamento segnerebbe, infatti, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che resterebbe, così, definitivamente privato dei suoi effetti.

La sorte del contratto non verrebbe più a configurarsi in termini *patologici*: l'annullamento dell'aggiudicazione verrebbe così *dequotato* da vizio originario del contratto a mera circostanza (esterna) ostativa alla sua efficacia<sup>8</sup>.

In conclusione, dunque: i) all'annullamento in sede giurisdizionale<sup>9</sup> dell'aggiudicazione consegue in via immediata la caducazione degli effetti del contratto; ii) solo nei casi disciplinati dall'art. 246 e dall'art. 140, il contratto non è soggetto a caducazione; iii) l'unica patologia contrattuale contemplata dal legislatore (e, come tale, riconosciuta dalla Plenaria) per l'ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione è la caducazione (o la *non* caducazione).

5. Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, è ora possibile svolgere alcune considerazioni.

Occorre dire da subito che la particolare complessità della questione (peraltro coerentemente delineata in termini dubitativi nell'ordinanza di rimessione), avrebbe forse richiesto una risposta convincente (*id est*: ancorata ad un percorso ricostruttivo metodologicamente coerente) a quegli interrogativi che affliggevano -ed affliggono, oggi più che mai- la teorica della caducazione.

5.1. Ma prima di spingere più oltre il commento critico alla decisione in rassegna è necessario tentare di dare risposta ad un interrogativo che -sebbene occultato nelle pieghe dell'argomentazione- riposa al fondo dell'impostazione prescelta dal Consiglio di Stato: cos'è, in effetti, la caducazione?

La caducazione automatica è istituto di origine pretoria -sconosciuto nel diritto civile- elaborato dal giudice amministrativo per dar conto del travolgimento del provvedimento

---

<sup>8</sup> ma, *contra*, VALLA, *Op. cit.*, p. 195. Sul punto è opportuno rinviare alle considerazioni svolte da SOLLINI, *Op. Cit.*, p.1928, nota 47

<sup>9</sup> All'ipotesi di annullamento in sede giurisdizionale deve potersi equiparare quella dell'annullamento dell'atto di aggiudicazione in via di autotutela: com'è stato correttamente rilevato, "tenuto infatti conto della nozione di caducazione e della sua ratio, ben si può affermare che il travolgimento del titolo viziato a causa dell'invalidità dell'aggiudicazione si produce in dipendenza dell'annullamento dell'aggiudicazione stessa, quale che sia la via attraverso la quale vi si giunge: giudiziale o meno, purché ammessa dall'ordinamento" (cf. GAROFALO, *Op. Cit.*, ma anche, in tempi diversi -ben prima della legge 15/2005- SATTA, *Op. Cit.*, p. 672).

conseguenziale in esito all'annullamento dell'atto presupposto<sup>10</sup>, ed inquadrato nello schema concettuale dell'invalidità derivata ad effetto caducante<sup>11</sup>.

Per quanto gli studi in materia siano rari<sup>12</sup>, ed il più delle volte l'argomento risulti trattato *en passant* in opere variamente dedicate all'invalidità degli atti amministrativi o agli effetti del

---

<sup>10</sup> In materia può sin d'ora rinviarsi all'ampio studio di DETTORI, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo*, Cit., ed all'ampio corredo bibliografico ivi riportato.

<sup>11</sup> La distinzione, anch'essa di origine pretoria, tra invalidità (derivata) *ad effetto viziante* e invalidità (derivata) *ad effetto caducante* suole farsi risalire alla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 del 1955 e, successivamente, alla decisione (sempre della Plenaria) n. 4 del 1970. Tali pronunce hanno segnato lo spartiacque tra l'orientamento giurisprudenziale precedente, favorevole all'obbligo dell'autonoma impugnazione dell'atto consequenziale e l'attuale orientamento, che postula l'estensione degli effetti dell'annullamento a tutti gli atti che sono con il primo strettamente connessi o che in esso trovano il loro logico presupposto. In questa prospettiva (che potremmo, appunto, definire *caducante*) il nesso di presupposizione fra l'atto annullato e quello successivo esonera il soggetto destinatario dall'onere di presentare una nuova impugnazione (sia pur sotto la veste di motivi aggiunti) avverso il provvedimento consequenziale. Per una completa ricostruzione dell'istituto può rinviarsi a DETTORI, *Op. cit.*, pp. 118 ss.. Una interessante casistica giurisprudenziale è riportata da STICCHI DAMIANI [ID., *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. Proc. Amm.* 2003, pp. 633 ss., nota 4]: è stata riconosciuta la configurabilità dell'invalidità derivata ad effetto caducante (con conseguente esonero dall'onere di impugnazione del provvedimento consequenziale), nel rapporto: tra bando di gara e successivi atti della procedura concorsuale (Cons. Stato, Sez. V, 24 febbraio 2003, n. 989; Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 1999, n. 211); tra esclusione ed aggiudicazione (Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218; Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2002, n. 3064); tra annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e dell'intera procedura d'appalto e nuovo bando di gara indetto per il medesimo oggetto (Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2000, n. 2237); tra atto di adozione del p.r.g. e provvedimento regionale di approvazione (Cons. Stato, sez. IV, 26 aprile 1990, n. 314); tra atto di approvazione della graduatoria concorsuale ed atto di nomina dei vincitori (Cons. Stato, sez. IV, 21 aprile 1994, n. 348); tra variante comunale al p.r.g. per la localizzazione di un campeggio e successivi atti espropriativi per la realizzazione dell'opera (Cons. Stato, Ad. plen., 21 ottobre 1980, n. 37); tra concessione edilizia originaria e concessione in variante (T.A.R. Lazio, sez. Latina, 7 dicembre 1988, n. 848). È stato, al contrario, configurato il diverso schema dell'invalidità derivata *ad efficacia viziante* (che non esonera il ricorrente dall'impugnazione autonoma dell'atto consequenziale), con riferimento al rapporto: tra revoca dell'aggiudicazione di un appalto di servizi e affidamento successivo del servizio all'azienda comunale (Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2000, n. 672); tra gli atti del procedimento di assegnazione di una sede farmaceutica di nuova istituzione e gli atti di revisione della pianta organica delle sedi e di dichiarazione di sede vacante, nonché tra distinti provvedimenti di revisione della pianta organica delle stesse sedi farmaceutiche (Cons. St., sez. IV, 7 dicembre 1979, n. 1130); tra ruolo di anzianità di un ufficiale e atto di promozione disposto in base a quest'ultimo (Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 1996, n. 650); tra aggiudicazione provvisoria (ove impugnata) ed aggiudicazione definitiva (Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2001, n. 1998). In realtà, com'è stato correttamente rilevato [cfr. il già citato lavoro di STICCHI DAMIANI, nonché GATTAMELATA, *Effetti dell'annullamento sugli atti consequenziali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1991, pp. 308 ss.], *“i frequenti contrasti giurisprudenziali nell'individuazione della linea di confine tra invalidità viziante ed invalidità caducante si spiegano proprio ove si consideri che, in definitiva, il criterio discrezionale utilizzato e quello del carattere più o meno intimo del nesso logico-giuridico di presupposizione, sicché la soluzione finisce per dipendere da soggettivismi ricostruttivi e sensibilità differenti”* [STICCHI DAMIANI, *Cit.*]. Così, nel tentativo di individuare i presupposti del nesso idoneo a giustificare la caducazione, la giurisprudenza ha fatto variamente riferimento al *“carattere meramente esecutivo degli atti consequenziali rispetto a quelli presupposti”* (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 maggio 1991, n. 398); al *“collegamento non già meramente occasionale, bensì genetico, cioè tale da descrivere il primo atto come quello che giustifica e delimita la produzione degli effetti di quello che lo segue”* (Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2000, n. 672); ed ancora si è sovente richiamata la circostanza che *“l'atto antecedente si configuri come presupposto non solo necessario, ma altresì unico del provvedimento consequenziale”* (Cons. Stato, sez. VI, 11 ottobre 1989, n. 1329; Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 1999, n. 307). I parametri utilizzati dalla giurisprudenza sono, in conclusione, tutt'altro che univoci: il rischio che si avverte è quello di introdurre elementi di difficile ponderazione sistematica, *“minando, in primo luogo, il principio di certezza del diritto, data l'abissalità della differenza tra gli effetti che si connettono all'invalidità, se configurata, rispettivamente, come viziante o caducante”* [cfr. STICCHI DAMIANI, *Cit.*].

<sup>12</sup> Tra i pochi contributi in materia vanno menzionati quelli di VIRGA P., *Caducazione dell'atto amministrativo per effetto travolgente dell'annullamento giurisdizionale*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 687 ss.; CORSO, *Atto amministrativo presupposto e ricorso giurisdizionale*, Padova, 1990, pp. 107 ss.; ACQUAFRESCA,



giudicato, è, comunque, possibile metterne in luce -quanto meno ai limitati fini che ci occupano in questa sede- i tratti distintivi.

L'ambito concettuale in cui va ricondotta la figura della caducazione è, come detto, quello della invalidità caducante, che ricorre allorché l'annullamento dell'atto presupposto non determina a carico dell'atto consequenziale un semplice vizio di illegittimità derivata, ma l'impossibilità stessa che l'atto possa spiegare un qualsiasi effetto, in quanto privato del suo oggetto<sup>13</sup>: trattasi, insomma, del “*venir meno di un atto a contenuto provvedimentoale in ragione del venir meno di un altro atto, anche endoprocedimentale, che ne costituisce il presupposto unico e necessario e rispetto al quale l'atto stesso si attegga in termini di inevitabilità*”<sup>14</sup>.

La caducazione automatica è, dunque, fondata sulla connessione (meglio: sull'intensità della connessione) che lega a livello cronologico e logico due atti amministrativi: tale connessione deve essere così stretta “*da lasciare presumere che l'atto consequenziale non sarebbe venuto in essere, qualora non fosse stato emanato l'atto presupposto*”<sup>15</sup>. Da tale connessione logica discende che “*una volta eliminato l'atto presupposto (...) l'atto consequenziale viene a caducarsi, perché non trova più il suo necessario supporto nell'atto presupposto*”<sup>16</sup>.

A prescindere da talune perplessità di ordine teorico che indubbiamente affliggono il concetto stesso di caducazione<sup>17</sup>, certo è che in tanto può parlarsi di caducazione (*rectius*: di

---

*Invalidità caducante ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, pp. 139 ss.; GATTAMELATA, *Effetti dell'annullamento sugli atti consequenziali* in *Dir. Proc. Amm.*, 1991, pp. 308 ss.; GAROFALO, *Impugnazione dell'atto presupposto e onere di impugnazione dell'atto consequenziale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2000, pp. 344 ss.; MARUOTTI, *Il giudicato*, in *Trattato di diritto amministrativo — Diritto amministrativo speciale*, vol. IV, Milano, 2003, pp. 3363 ss.. Un inquadramento sistematico dell'istituto nell'ambito di trattazioni dedicate a tematiche più ampie, è, inoltre, rinvenibile nei lavori di GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1954, pp. 285 ss.; LUBRANO F., *L'atto amministrativo presupposto*, Milano, 1967; STELLA RICHTER P., *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970; CANNADA BARTOLI, voce *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958.; PIRAS, voce *Invalidità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972; SANDULLI A.M., *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1982, pp. 21 ss.; VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990, pp. 319 ss.; SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, pp. 460 ss.

<sup>13</sup> In questi termini Cons. di Stato, Ad. Plen., 27 ottobre 1970, n. 4.

<sup>14</sup> Così STICCHI DAMIANI, *Op. Cit.*, p. 638.

<sup>15</sup> Così, VIRGA P., *Op. Cit.*, p. 698.

<sup>16</sup> Così, VIRGA P., *Op. Cit.*, p. 698.

<sup>17</sup> Perplessità che possono riassumersi nell'acuta sintesi di STICCHI DAMIANI, secondo cui, nel caso di invalidità caducante “si avrebbe che l'essere un provvedimento inficiato da vizi del procedimento o della serie provvedimentoale precedente comporta, di norma, la sua annullabilità, salvo, appunto, che nell'ipotesi di atto presupposto o atto endoprocedimentale immediatamente lesivi, impugnati e successivamente annullati: ipotesi che, per tale sua specificità, produrrebbe, invece, sull'atto successivo effetti di inesistenza-nullità, privando in definitiva retroattivamente l'organo decidente del potere di provvedere. Onde (...) si giunge al paradosso per cui l'aggiudicazione di un appalto in assenza del necessario procedimento concorsuale è annullabile, mentre la medesima aggiudicazione, in presenza dell'annullamento successivo del solo bando, sarebbe da considerarsi inesistente. L'incoerenza di un siffatto processo logico è del tutto evidente, né la situazione muta allorché si sia in presenza, anziché di atti appartenenti alla stessa serie procedimentale, di provvedimenti distinti legati dal rapporto di presupposizione-consequenzialità. Anche in tale ipotesi il successivo venir meno dell'atto presupposto condurrebbe non alla mera illegittimità dell'atto consequenziale, ma alla sua inesistenza. In tal modo si opererebbe un'indebita equiparazione di tale ipotesi a quelle, di carattere eccezionale, in cui -come nel caso del venir meno della dichiarazione di pubblica utilità rispetto all'aggiudicazione- la perdita del potere di provvedere



invalidità caducante), in quanto termini del rapporto di presupposizione siano atti amministrativi. Deve, insomma, crearsi una corrispondenza biunivoca tale che ambedue i termini del rapporto rispondano (quale requisito minimo) alla medesima disciplina sostanziale e siano suscettibili di sindacato -in astratto- nell'ambito del medesimo regime processuale.

Detto altrimenti: solo a fronte di termini omogenei (*i.e.*: di due atti amministrativi) potrà farsi luogo, ricorrendone i presupposti, alla caducazione del secondo in esito all'annullamento del primo.

Tanto potrebbe bastare ad escludere l'operatività dell'invalidità caducante nei riguardi del contratto *medio* tempore stipulato tra aggiudicatario e Amministrazione, non essendo all'evidenza postulabile alcuna identità strutturale tra il provvedimento di aggiudicazione ed il negozio.

Ma è bene tornare all'esame del *decisum* della Plenaria.

5.2. Si faceva poco sopra riferimento ai dubbi che suscita la dequotazione dell'annullamento dell'aggiudicazione da vizio originario del contratto a circostanza esogena ostativa alla sua efficacia: ora, anche ad ammettere che tale percorso teorico possa ritenersi giuridicamente fondato (e, sul punto, è lecito nutrire più di un dubbio) resterebbe da spiegare -questo ci si attendeva dalla Plenaria- in virtù di quale meccanismo giuridico tale fattore esterno dovrebbe condurre alla inefficacia del contratto.

La giurisprudenza maggioritaria del Consiglio di Stato<sup>18</sup> ha tentato a più riprese di sciogliere tale interrogativo facendo ricorso ad una ipotetica estensione del nesso pubblicistico di necessaria presupposizione -finora utilizzato esclusivamente, come visto, per gli atti amministrativi- al rapporto tra atto ed contratto: la tendenziale autonomia reciproca tra serie procedimentale e serie negoziale<sup>19</sup> lascerebbe, così, il posto ad un rapporto di (tecnicamente dubbia e metodologicamente

---

per il venir meno di un atto presupposto e' inequivocabilmente deducibile dalla disciplina normativa di settore". [Op. Cit., pp. 662 ss.]. Sul punto si vedano anche le considerazioni critiche di DETTORI, Op. cit., pp. 129 ss. .

<sup>18</sup> La posizione sostenuta dal Consiglio di Stato sembra, di recente, aver trovato una sponda in alcune pronunce della S.C.: Cass. n. 7481/2007, 12629/2006 e la recentissima SS.UU.10443/2008, sebbene, *contra*, Cass. 9906/2008.

<sup>19</sup> L'orientamento tradizionale (per il quale può rinviarsi a M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1993, vol. II, pp. 362 ss ) teorizzava l'esistenza di due procedimenti paralleli: l'uno diretto alla formazione della volontà contrattuale e disciplinato dalle norme di diritto privato; l'altro, retto da norme di diritto pubblico, attraverso il quale l'amministrazione rende note le ragioni di pubblico interesse sottese alla stipulazione del negozio. Una diversa ricostruzione (cfr. GRECO, *I contratti ad «evidenza pubblica»*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2000, pp. 155 ss.) assume, invece, che la procedura di evidenza pubblica abbia natura unitaria, essendo composta da atti amministrativi idonei a produrre *effetti negoziali*. La Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 401 del 2007, sembra, tuttavia, aderire all'impostazione tradizionale affermando che "*l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, essendo funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, si caratterizza per la presenza di una struttura bifasica: al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue un momento negoziale*", puntualizzando, poi, che "*nella prima fase di scelta del contraente l'amministrazione agisce (...) secondo predefiniti moduli procedimentali di garanzia per la tutela dell'interesse pubblico, ancorché siano contestualmente presenti momenti di rilevanza negoziale, dovendo la pubblica amministrazione tenere, in ogni caso, comportamenti improntati al rispetto, tra l'altro, delle regole della buona fede*". I momenti di rilevanza negoziale danno, quindi, vita ad procedimento (separato, ancorché parallelo, da quello pubblicistico *a monte*) che

insostenibile<sup>20</sup>) consequenzialità tra la procedura di evidenza pubblica ed il contratto successivamente stipulato.

Si affermerebbe, in sostanza, che il nesso di presupposizione (idoneo, come visto *supra* a fondare il presupposto teorico dell'invalidità caducante) correrebbe necessariamente anche tra provvedimento amministrativo e contratto e che, dunque, l'annullamento del primo porrebbe automaticamente nel nulla (*rectius*: caducherebbe) il secondo.

Si è pure accostata (con esiti, prevedibilmente, modesti) la retorica della presupposizione tra atti amministrativi all'istituto civilistico del collegamento tra negozi, affermando che il rapporto di presupposizione riguarda *"una fattispecie mista di collegamento tra provvedimento amministrativo e contratto di diritto privato piuttosto che l'ipotesi paradigmatica di correlazione tra atti amministrativi"*<sup>21</sup>.

Il rischio che si avverte nella lettura delle argomentazioni del Consiglio di Stato è quello di *"sganciare simili costruzioni dalle coordinate del sistema, con la conseguente, ovvia, difficoltà di ricondurne le conclusioni al sistema nella sua interezza"*<sup>22</sup>.

In questo senso, pare pienamente condivisibile quell'opinione dottrinale secondo cui tale ricostruzione *"lascia insoddisfatti, poiché (...) opera una metamorfosi di una causa di invalidità in una causa di inefficacia (in senso stretto) del contratto valido, e non può rinvenire, nel sistema del diritto privato, altro modello esplicativo se non quello del meccanismo condizionante (...). La tesi si limita dunque a una mera descrizione di superficie dell'effetto, ma non precisa il contenuto profondo delle ragioni giuridiche che stanno alla base dell'inefficacia (...): descrive, ma non spiega"*<sup>23</sup>.

Come sovente accade, insomma, si preferisce porre nell'angolo l'approccio metodologico di teoria generale, privilegiando un approccio fattuale che se potenzia il *senal* della tutela sostanziale offerta, perde, tuttavia, il collegamento necessario con la coerenza del sistema giuridico<sup>24</sup>.

---

doppia quello amministrativo volto a funzionalizzare l'attività contrattuale della pubblica amministrazione (sul punto, cfr. LOPILATO, *Op. cit.*).

<sup>20</sup> Sul punto concorda SCOCA, *Op. Cit.* par. 6

<sup>21</sup> Così Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2003, n.2332.

<sup>22</sup> Così CINTIOLI, *Annulamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Si vuol insomma mettere in luce come "l'intrinseca congruenza delle varie parti componenti il sistema deve essere saggiata e confermata ad ogni momento, raffrontando le singole norme tra loro, e rispetto ai principi generali coi quali esse si connettono; solo in tal modo è dato al giurista di cogliere l'intimo spirito del sistema, e di seguirlo nelle applicazioni particolari, evitando gli errori che facilmente deriverebbero dalla considerazione astratta di questa o di quella norma.[...] Di qui la necessità di una profonda elaborazione scientifica del diritto, cioè di una sua costruzione logica e sistematica, nella quale le idee direttive ed i principi informatori dell'intero sistema prendono naturalmente il primo posto, in confronto delle particolari disposizioni". [DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, Milano, 1954, pp.18 ss.]

<sup>23</sup> Così CARPENTIERI, *Annulamento dell'aggiudicazione e contratto*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, p. 24

<sup>24</sup> Si veda in tal senso A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, *Dir. amm.*, 2002, pp. 11 ss.

5.3. Focalizzata sul problema di giurisdizione, la decisione in rassegna non ritiene di diffondersi sulle incognite dei sistemi che circondano la tesi della caducazione (e che, peraltro, erano stati richiamati dall'ordinanza di rimessione): l' *obiter dictum* dedicato al nodo dei rapporti tra aggiudicazione e contratto è invero tutto disegnato secondo il criterio del *de relato*.

Nell'ottica di un approccio critico al tema sarebbe stato, invero, auspicabile uno scrutinio più intenso. Infatti, vengono di porsi i seguenti interrogativi: è davvero possibile, *rebus sic stantibus*, porre nel nulla la scissione che, nel sistema dell'evidenza pubblica, si rinviene tradizionalmente tra fase amministrativa e fase negoziale (recentemente ribadita, peraltro, tanto dalla Corte Costituzionale che dalle Sezioni Unite della Cassazione)? Si può davvero qualificare *inefficace* il contratto pur prescindendo *sic et simpliciter* dal necessario inquadramento della fattispecie nell'ambito delle categorie civilistiche? E' accettabile l'estensione del nesso (pubblicistico) di presupposizione, finora utilizzato per gli atti amministrativi, al rapporto tra un atto ed un contratto, senza tener conto che una simile operazione conduce inevitabilmente a mescolare tra loro componenti eterogenei come provvedimento e negozio<sup>25</sup>? E' postulabile, in ossequio alla

---

<sup>25</sup>Per quanto raffinata, non si condivide la soluzione proposta da STICCHI DAMIANI (coerentemente ancorata e sistematizzata nelle sue linee portanti già né ID., *La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Milano, 1999): secondo l'A. la caducazione del contratto si iscriverebbe all'interno di un quadro ricostruttivo fondato sulla qualificazione del rapporto tra aggiudicazione e contratto in termini di "rapporto pubblicistico tra un atto amministrativo presupposto e un conseguenziale accordo integrativo ex art. 11, l. n. 241 del 1990". L'appalto rappresenterebbe, dunque, l'atto (amministrativo) bilaterale conclusivo del procedimento di evidenza pubblica nel quale l'aggiudicazione si inserirebbe alla stregua di un atto endoprocedimentale (e, come tale, impugnabile solo perchè immediatamente lesivo), il cui contenuto sarebbe integrato da quello (bilaterale) rispetto al quale si atteggia a presupposto. I vizi dell'atto presupposto si ripercuoterebbero, dunque, sull'atto conseguenziale "secondo il collaudato e lineare meccanismo pubblicistico dell'illegittimità derivata". Il concetto di caducazione, allora, identificherebbe "l'istituto pubblicistico, di elaborazione pretoria e dottrinale, della caducazione automatica dell'atto amministrativo legato da nesso di presupposizione ad un precedente atto amministrativo (non necessariamente compreso nello stesso procedimento), ossia il fenomeno altrimenti definito come invalidità derivata ad effetto caducante dell'atto amministrativo conseguenziale per vizio di legittimità dell'atto amministrativo presupposto"[ID., *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del Codice degli appalti*, in *Foro Amm. - Tar*, 2006, 3726 ].La ricostruzione è certamente suggestiva ed ha l'indubbio pregio di risolvere in radice il più grave *vulnus* della teoria della caducazione (quello, cioè, della esistenza di un nesso di presupposizione tra atti eterogenei), ma si fonda su un presupposto -la qualificazione dell'appalto come procedimento complesso riconducibile *in parte qua* agli accordi ex art. 11 l. 241/1990- che non può trovare adesione. E ciò per una serie concorrente di ragioni: in primo luogo perchè -a tacer d'altro- il rinvio alle disposizioni codicistiche operato dall'art. 2, comma 4 del Codice degli Appalti, appare certamente assorbente, ed in potenziale antinomia con la prescrizione (residuale) dell'art. 11, comma 1 della l. 241, a mente della quale agli accordi *si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili* (sul punto si vedano, peraltro, le osservazioni critiche di GAROFALO, *Op. Cit.*); in secondo luogo perchè una serie di puntuali riferimenti testuali, disseminati all'interno del Codice, sembra non lasciare adito a dubbi di sorta circa la natura squisitamente contrattuale dell'appalto: il legislatore del 2006 si riferisce concetti e istituti come condizione sospensiva (all'art. 11, comma 11), contratto "divenuto efficace" (all'art. 11, comma 12), rinnovo tacito del contratto (agli artt. 57, comma 7; 244, comma 3), recesso dal contratto (agli artt. 134 e 143, comma 8), ma soprattutto, fa riferimento ad una pluralità di ipotesi eterogenee, di opponibilità (agli artt. 117, commi 2 e 3; 160, comma 3), di inefficacia (all'art. 116, comma 1), di cessazione di efficacia (all'art. 113, comma 5), di annullabilità (all'art. 253, comma 23), di nullità (agli artt. 37, comma 10; 57, comma 7; 92, commi 2 e 4; 113, comma 3; 118, comma 1; 131, comma 5; 160, comma 2; 239, comma 4; 253, comma 23) e di risoluzione (agli artt. 125, commi 6 e 10; 131, comma 3; 132, commi 4 e 5; 133, comma 1; 135; 136; 137; 138; 139; 140; 158; 159; 176, comma 17).

ritenuta stabilità del contratto, un collegamento negoziale "misto" tra provvedimento e negozio, affermandone conseguentemente l'universale validità? E ancora, è possibile accettare che la clausola *simul stabunt simul cadent*, siccome conosciuta dal diritto civile, esprima lo stesso nesso di presupposizione conosciuto dal diritto amministrativo?<sup>26</sup>

Per tutti questi interrogativi la risposta -a parere di chi scrive- non può non essere di segno negativo, comunque anche perchè una risposta diversa richiederebbe una elaborazione dogmatica allo stato non riscontrabile.

Il pericolo che si avverte nella teorica della caducazione (e, a maggior ragione, nel suo recepimento senza riserve) è quello di un'eccessiva frammentazione del discorso giuridico, con la conseguente possibilità che ciascuno componga gli interessi in gioco sulla base di premesse liberamente determinabili, in contrasto dunque con la necessaria oggettività del ragionamento giuridico.

La caducazione automatica degli effetti del contratto -assistita da un supporto teorico obiettivamente inconsistente- non è la risposta: è solo la via che, per ragioni di ordine pragmatico, più semplicemente (*semplicemente*, si badi, non *efficacemente*) consente di soddisfare gli interessi del ricorrente.

---

<sup>26</sup> Per tutti questi interrogativi si veda ancora CINTIOLI, *Op. cit.*