



Rivista di diritto amministrativo

Publicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 9-10/2018

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Laura Letizia, Massimo Pellingra, Marcin Princ, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

L' annullamento dell'aggiudicazione, in sede giurisdizionale e in autotutela, e la sorte del contratto pubblico

di Andrea Marco Colarusso

(Avvocato – Dottore di Ricerca presso l'Università della Campania "Luigi Vanvitelli")

Abstract

The paper aims to assess the link between the invalidation of the act of award of a public procurement, by a judge or by the public administration itself applying a second degree self-defence power, and the procurement contract already signed.

As a result of an analysis of the doctrinal and case-law framework, the author suggests a text-based interpretation of the category of the ineffectiveness of the public procurement contract, pursuant to articles 121-125 of the Italian Administrative Procedure Code and according to the European Directive 66/2007/CE.

Indeed, the provisions of the European Directive 66/2007, of the Legislative Decree n. 53/2010 and of the articles 121-125 of the Italian Administrative Procedure Code, according also with the opinion of the Italian State Council, underline the need of an accurate application of the ineffectiveness of the contract, as an autonomous category of the Italian legal system, refusing to apply the different categories of nullity or voidability, which does not appear to fit properly in this matter.

Furthermore, it has been analyzed the particular feature of the syndicate made by the judge in order to declare the effectiveness of the contract, concluding that it can be classified as a judgement in point of legitimacy and not in point of merit.

The paper also provides a specific consideration on the theme of the invalidation in exercise of the self-defence power by the public administration, with specific regard to the particular impact of an unilateral discretionary second-degree power on a bilateral act, such as the contract, which bonds both the public and the private parties.

The mentioned theme of the effects of the exercise of a public second degree power on the contract gives rise also to specific questions with the regard to the declaration of ineffectiveness, which, even in this case, has to be made only by the judge and not by the procuring entity, according to the recalled provisions of law.

Articolo sottoposto a referaggio anonimo/blind peer review

1. Il percorso di integrazione comunitaria in materia di appalti pubblici, con particolare riferimento alla Direttiva 2007/66/CE.

Il tema dell'indagine ha ad oggetto il contratto di appalto pubblico e la sorte dello stesso dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, partendo dall'esame della disciplina introdotta dalla Direttiva CE 11/12/2007 n. 66, nota come Direttiva Ricorsi, che ha innovato e modificato in modo sostanziale le precedenti Direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, relative alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici nei settori, rispettivamente, ordinari e speciali.

All'esito dell'intervento della legislazione sovranazionale nell'ordinamento italiano, alla congerie di leggi succedutesi nel tempo in modo frammentario¹ si è sostituito un *corpus* organico di norme emanate in recepimento delle direttive europee, che hanno armonizzato la disciplina degli appalti e della concessioni, tanto nei settori ordinari che in quelli speciali, regolamentando le procedure di selezione, i criteri di aggiudicazione, i rapporti tra competenze statali e regionali ed, infine, i profili processuali.

Si segnalano, in primo luogo, le Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004², che hanno condotto alla emanazione del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

La citata normativa in materia di appalti pubblici è stata sostituita dal Codice dei contratti pubblici, adottato con d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50, in attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, e modificato con il correttivo di cui al d. lgs. 19 aprile 2017, 56.

La Direttiva Ricorsi, che più specificamente riguarda il presente studio, ha ad oggetto il profilo processuale, e segnatamente il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

Essa si è posta nella sostanza come un nuovo *corpus* di norme per il governo degli appalti pubblici nell'ambito comunitario ed ha apportato novità assai rilevanti e non sempre di facile lettura.

La menzionata direttiva prende le mosse dalla constatazione di un *deficit* di tutela per il concorrente illegittimamente pretermesso dall'appalto e dal rilievo che negli Stati membri era apparsa oltremodo difficoltosa la tutela dell'interesse dello stesso a conseguire l'aggiudicazione³.

In primo luogo, per evitare la c.d. 'corsa alla firma' dei contratti subito dopo l'aggiudicazione, sono state previste le clausole del c.d. *stand still* sostanziale (quale termine intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto)⁴ e processuale (in caso di

¹ Si fa riferimento alla Legge organica sui lavori pubblici di cui all'Allegato F alla Legge 20 marzo 1865, n. 2248 e ss.mm. e alla legge sulla Contabilità Generale dello Stato (R.D. 23 maggio 1923, n. 2440) e il relativo Regolamento (R.D. 23 maggio 1924, n. 827). Per una rassegna e un commento dei citati provvedimenti normativi, cfr. A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1965, pp.168-169.

² Recanti, rispettivamente, le norme di coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e norme di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture nei c.d. 'settori ordinari'.

³ Sul punto, si veda M. RAMAJOLI, *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, in G. GRECO, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010.

⁴ Disciplinato dall'art. 2 bis della Direttiva 89/665/CEE, inserito dall'art. 1 della Dir. 66, rubricato "Termine sospensivo", recepito in sede di attuazione, all'art. 11, comma 10, del D.Lgs. n. 163/2006 e riproposto, per larga parte, nella medesima formulazione anche nell'art. 32 del D.Lgs. n. 50/2016.

proposizione di ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione)⁵, sulle quali non mette conto di soffermarsi in questa sede.

In via ulteriore, deve notarsi che il legislatore sovranazionale ha disposto che gli Stati membri, nel caso di annullamento dell'aggiudicazione, *"assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'ente aggiudicatore e che la privazione dei suoi effetti dia conseguenza di una decisione di detto organo"* specificando la relativa casistica (cfr. art. 2-*quinquies* par. 1 della Direttiva ricorsi) e prevedendo che *"le conseguenze di un contratto privo di effetti sono previste dal diritto nazionale"*.

In sede di recepimento della Direttiva, il legislatore nazionale, ha dovuto affrontare, preliminarmente, il problema della giurisdizione competente a pronunciarsi sulla sorte del contratto e, conseguentemente, quello della natura degli effetti cagionati dall'annullamento. Nel primo caso, è stato l'orientamento tradizionale del Consiglio di Stato che precludeva al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione di legittimità o esclusiva, l'indagine sulla caducazione del contratto di appalto e conseguentemente la effettiva reintegrazione della posizione di contraente del ricorrente vittorioso.

In virtù di tale superato orientamento il ricorrente, per ottenere una tutela effettiva, avrebbe avuto il solo rimedio del giudizio di ottemperanza per valersi dell'effetto conformativo della pronuncia di annullamento, con conseguente compromissione dell'effettività della tutela⁶.

Per quanto concerne la sorte del contratto dopo l'aggiudicazione, la normativa europea (cfr. artt. 2-*quinquies* e 2-*sexies* della Direttiva 89/665/CEE; artt. 2-*quinquies* e 2-*sexies* della Direttiva 92/13/CEE) ha previsto che, in caso di gravi violazioni del diritto comunitario, la privazione degli effetti del contratto fosse conseguenza della decisione da parte di un *"organo di ricorso indipendente"*, tranne che nei casi in cui *"il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti"*.

Inoltre, è stata introdotta la possibilità per gli Stati membri di prevedere, in caso di violazioni diverse da quelle previste nell'art. 2-*quinquies* par 1 della Direttiva ricorsi (le violazioni più gravi), la irrogazione di sanzioni *"da pagare ad un organismo indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice"*, spettando agli Stati medesimi di definire *"le disposizioni particolari concernenti le sanzioni alternative e le relative modalità di applicazione"*.

L'esame del testo delle predette norme comunitarie permette di cogliere l'emersione della natura pubblica di determinati interessi tradizionalmente considerati come appartenenti alla sfera privata della libertà imprenditoriale e della libertà di iniziativa economica che, al contrario, sono stati elevati ad un rango sovraordinato in quanto volti alla realizzazione di un mercato di stampo europeo.

E' rimasta, così, travolta quella concezione secondo cui l'evidenza pubblica si poneva nell'esclusivo interesse dell'Amministrazione, laddove, invece, l'esigenza della valutazione comparativa degli interessi degli aspiranti all'aggiudicazione è finalizzata alla tutela del principio comunitario della concorrenza e della conseguente parità di trattamento dei partecipanti alla gara⁷.

⁵ Introdotto ai sensi dell'art. 2, par. 3, della Direttiva 665/89, come sostituito dall'art. 1 della Direttiva 66/2007.

⁶ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 30 luglio 2008, n. 9.

⁷ La sezione VI del Consiglio di Stato, già prima dell'intervento della Direttiva in esame, aveva effettuato questi rilievi nella sentenza del 5 maggio 2003, n. 2332.

Superando, quindi, i tradizionali steccati tra le giurisdizioni, il legislatore europeo ha demandato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sia l'annullamento dell'atto conclusivo della procedura ad evidenza pubblica, sia le conseguenziali ricadute effettuali sul contratto.

2. Il recepimento della Direttiva 2007/66/CE nell'ordinamento italiano.

Al fine di dare attuazione alla direttiva c.d. ricorsi, con la legge del 7 luglio 2009, n. 88, il Governo è stato delegato ad adottare un schema di decreto legislativo avente ad oggetto:

- a) la definizione di un quadro processuale omogeneo per tutti i contratti pubblici, ancorché non rientranti nell'ambito di applicazione delle Direttive;
- b) la possibilità di intervenire in autotutela da parte dell'Amministrazione, tempestivamente informata dell'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale⁸;
- c) la previsione della privazione degli effetti del contratto all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione⁹.

Al riguardo, il Consiglio di Stato ha formulato in sede consultiva alcune osservazioni, soprattutto di carattere tecnico e di redazione del testo, senza tuttavia apportare sostanziali stravolgimenti all'impianto normativo della legge delega¹⁰.

La delega di cui alla Legge n. 88/2009 è stata attuata con il d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53, i cui artt. 9, 10 e 11 hanno, tra gli altri, introdotto nel *corpus* dell'abrogato d. lgs. 163/2006, rispettivamente, gli articoli 245 *bis* (rubricato "Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni"), 245 *ter* (rubricato "Inefficacia del contratto in altri casi"), 245 *quater* (rubricato "Sanzioni alternative")¹¹.

Tuttavia, come suggerito nel citato parere del Consiglio di Stato, le disposizioni, aventi un tenore eminentemente processuale, contenute nella parte V dell'abrogato Codice degli appalti sono state, poi, trasfuse nel Codice del Processo Amministrativo approvato con il d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

Tralasciando l'approfondimento del rito abbreviato "speciale" in materia di appalti di cui all'art. 120 del c.p.a., che ha importato una razionalizzazione e abbreviazione di tutti i termini processuali (il cui impianto pure è stato anche inciso dalle modifiche del d. lgs. n. 50/2016), la normativa delineata all'esito del percorso di recepimento attuato con il citato d. lgs. n. 53/2010, per quanto qui di interesse, ha previsto:

- 1) la privazione obbligatoria degli effetti del contratto in presenza delle violazioni gravi già individuate nella disciplina comunitaria, prevista originariamente dall'art. 9 del D. Lgs. n. 53/2010 nell'art. 245 *bis* del Codice appalti e poi trasfusa nel comma 1 dell'art. 121 del c.p.a.¹²;

⁸ In recepimento dell'articolo 1, paragrafo 4, della Direttiva 89/665/CEE e dell'articolo 1, paragrafo 4, della Direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla Direttiva 2007/66/CE.

⁹ In recepimento degli articoli 2 bis e 2 ter, lettera b), della Direttiva 89/665/CEE e degli articoli 2 bis e 2 ter, lettera b), della Direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla Direttiva 2007/66/CE.

¹⁰ Cfr. Consiglio di Stato, Commissione Speciale del 25 gennaio 2010, numero affare 05098/2009, est. M. LIPARI, R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI.

¹¹ Sul punto, cfr. G. GRECO, *Violazione della disciplina di affidamento degli appalti e sorte del contratto, ne Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. GRECO, Milano, 2010, pp. 47 e ss.

¹² Le ipotesi sono le seguenti: "a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia

- 2) l'attribuzione al giudice, sempre in virtù del citato comma 1 dell'art. 121, in presenza delle violazioni più gravi e in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti, del potere di scelta tra la privazione degli effetti del contratto con efficacia retroattiva (*ex tunc*), oppure limitata alle prestazioni da eseguire (*ex nunc*);
- 3) quanto alle già citate violazioni gravi, in presenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale che impongano che gli effetti del contratto siano mantenuti, la rimessione al giudice, ai sensi del comma 2 del citato art. 121, della possibilità dell'irrogazione delle sole sanzioni alternative pecuniarie della riduzione dell'importo del contratto o della durata dello stesso, da applicare cumulativamente o alternativamente,¹³;
- 4) ai sensi dell'art. 123, comma 3, qualora la violazione dei termini dilatori non abbia inciso sulla possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso e sulle opportunità di ottenere l'affidamento, il potere di applicazione unicamente delle sanzioni alternative;
- 5) fuori dalle ipotesi di violazioni di cui all'art. 121, comma 1 e all'art. 123, la rimessione alla discrezionalità del giudice, ai sensi dell'art. 122, della declaratoria di inefficacia del contratto, con la fissazione della decorrenza della stessa, *“tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.”*;

determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall' articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento; d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell' articolo 11, comma 10-ter , del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento”.

¹³ Il comma 1 dell'art. 123 che dispone che *“Nei casi di cui all' articolo 121, comma 4, il giudice amministrativo individua le seguenti sanzioni alternative da applicare alternativamente o cumulativamente: a) la sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5% al 5% del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione, che è versata all'entrata del bilancio dello Stato - con imputazione al capitolo 2301, capo 8 «Mulle, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria» - entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo. La sentenza che applica le sanzioni è comunicata, a cura della segreteria, al Ministero dell'economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione; b) la riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del dieci per cento ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo”.*

6) la non applicazione della privazione di effetti quando la stazione appaltante ponga in essere la procedura descritta dal comma 5 dell'art. 121¹⁴.

In seguito si dirà diffusamente del tipo e della natura della giurisdizione esercitata dal giudice sul contratto e delle conseguenze delle violazioni sulla struttura di esso.

Qui basti rilevare che la privazione degli effetti del contratto è temperata da alcune deroghe normativamente previste secondo cui:

a) per le violazioni meno gravi, dove difettano vizi sostanziali che giustificano l'annullamento dell'aggiudicazione, il giudice sceglie se far restare in vita il contratto, applicando, in tal caso, solo le sanzioni alternative;

b) per le violazioni non gravi, il giudice valuta caso per caso se privare di effetti il contratto, irrogare le sanzioni o disporre il risarcimento solo per equivalente.

3. Le tesi sui vizi del contratto derivanti dell'annullamento dell'aggiudicazione.

In virtù delle suesposte considerazioni, la legge delega e la Commissione speciale del Consiglio di Stato in sede consultiva, peraltro in armonia con la Direttiva 2007/66/CE, hanno predicato in termini di "inefficacia" lo stato del contratto di appalto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione.

Tuttavia, nonostante l'espreso dettato normativo, alcune correnti dottrinarie e giurisprudenziali, spesso influenzate da vecchi stilemi interpretativi, hanno indugiato sulla pregressa ricostruzione del rapporto tra contratto e provvedimento di aggiudicazione e sulla patologia del contratto stipulato all'esito della procedura di evidenza pubblica risultata viziata da illegittimità.

Ed infatti, prima dell'avvento direttiva europea, sono state elaborate numerose teorie circa il vizio indotto dall'annullamento dell'aggiudicazione nella struttura del contratto, fermo restando che il dibattito, nelle grandi linee, si è svolto tra coloro che privilegiavano la tesi della *doppia fase* – pubblicistica fino all'aggiudicazione e successivamente privatistica – e coloro che seguivano la tesi del procedimento unico.

Le esposte superate tesi sui vizi del contratto possono così schematicamente riassumersi:

a) annullabilità del contratto ai sensi dell'art. 1441 c.c., con plurime sottocategorie e articolazioni¹⁵.

¹⁴ Si riporta il testo del menzionato comma 5, che è il seguente: " *La inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettere a) e b) , non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura: a) abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana sia consentita dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; b) abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto; c) il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b) "*.

¹⁵ Si riportano le varie declinazioni della tesi dell'annullabilità: 1) annullabilità per vizio del consenso prestato dalla P.A. per violazione delle regole di evidenza pubblica preordinate al formarsi della volontà dell'Ente pubblico, cfr. Cfr. Cass. Civ., sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269; Cass. Civ., sez. I, 30 luglio 2002 n. 11247; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 23 dicembre 1999, n. 5049; Tar Lombardia, Brescia, 9 maggio 2002 n. 823; Tar

b) inefficacia sopravvenuta relativa¹⁶;

c) nullità del contratto, variamente configurata come: 1) nullità per mancanza originaria del consenso ex artt. 1418 comma 2 in relazione all'art. 1325 n. 1 c.c.¹⁷; 2) nullità per difetto della causa ai sensi dell'art. 1418 comma 2 e 1325 n. 2 c.c.¹⁸; 3) nullità virtuale per violazione di norme imperative ex art. 1418 c.c.; 4) nullità del contratto con reciproche prestazioni illecite e penalmente sanzionate¹⁹; 5) nullità testuale per violazione del divieto a contrarre nel corso del termine *standstill* e dell'effetto sospensivo del ricorso giurisdizionale²⁰; 6) nullità per impossibilità di realizzazione della causa o per illiceità/impossibilità dell'oggetto²¹;

d) caducazione automatica del contratto, col temperamento della posizione dei terzi in buna fede²².

Non sono mancate alcune tesi sulla inesistenza del contratto per mancata individuazione nei modi di legge del contraente privato²³ ed opinioni che hanno distinto il tipo di sentenza - dichiarativa o costitutiva - emessa dal giudice, facendo da tale distinzione scaturire una differenza in ordine al vizio (nullità o annullabilità) del contratto²⁴.

Basilicata, 21 maggio 2002 n. 440.; 2.) annullabilità per vizio del consenso, derivato da errore essenziale, riconoscibile dalla controparte, sulla qualità di legittimo aggiudicatario del contraente privato, ai sensi degli artt. 1428 e 1429 n. 3 c.c., sul punto, S. MONTEDURO, Nota a TAR Campania 29.5.2002 n. 3177, in *Foro Amm. TAR*, 2002, pp. 2591 e ss.; 3) annullabilità per incapacità a contrarre della P.A., ai sensi dell'art. 1425 c.c., una volta accertata l'illegittimità della procedura ad evidenza pubblica, quale fonte della capacità medesimo, sul punto, Cass. Civ., sez. I, 28 marzo 1996 n. 2842; 4) annullabilità per difetto di legittimazione *ad negotia* della stazione appaltante, pure derivante dalla legittimità della predetta procedura, sul punto, Cass. Civ., sez. II, 21 febbraio 1995 n. 1885 e sez. I, 13 ottobre 1985 n. 5712; 5) annullabilità del contratto ex art.1398 c.c., siccome concluso dal rappresentante senza potere, individuato nell'Organo della P.A. effettivamente stipulante, sul punto A.M. SANDULLI, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della P.A.*, in *Riv. Rim. Dir. e Proc. Civ.* 1965, pp. 1 e ss.; Cass. Civ., Sez. II, 05.03.1993, n. 2681.

¹⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2006 n. 6666.

¹⁷ Cass. Civ., Sez. III, 09 gennaio 2002, n. 193 in ordine alla nullità - e non semplice annullabilità - del contratto "per assenza del requisito dell'accordo delle parti (art. 1325 n. 1 e 1418 c.c.)".

¹⁸ Cfr. T.A.R. Piemonte-Torino, sez. II, 24/11/2014, n. 1906, con commento di F. MANGANARO, S. GARDINI, in *Urbanistica e Appalti*, 4/2015.

¹⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 2002 n. 6281; 05 marzo 2003 n. 1218, in *Foro amm. CDS*, 2003, 959, con nota di L. IEVA; T.A.R. Veneto, Sez. I, 3 settembre 2003 n. 4608, in *Serv. Pubblici e appalti*, 2004, 187; T.A.R. Veneto, Sez. I, 3 novembre 2003, n. 5462, in *Foro amm. TAR*, 2003; T.A.R. Lombardia, Sez. III, 5 dicembre 2002, n. 4724, la quale sostiene la nullità del contratto per violazione dell'ordine pubblico economico; nonché T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177; Cass. Civ., Sez. III, 16 febbraio 2010, n. 3672.

²⁰ P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto nel nuovo rito degli appalti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, n. 3/2011.

²¹ L.V. MOSCARINI, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, p. 603.

²² Cfr. F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, 2011, p. 2035, che ha citato Cons. di Stato, sez. V, 25 maggio 1998, n. 677; 30 marzo 1993 n. 435, T.A.R. Campania - Napoli, Sez. I, 20 agosto 2001, n. 3865; 11 aprile 2001 n. 1612; Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2000 n. 244 e 19 dicembre 2000 n. 6838.

²³ Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 29 marzo 2004, n. 5941; Cass. Civ., Sez. Lav., 1 aprile 2004, n.6450; Cass. Civ., Sez. III, 16 febbraio 2010, n. 3672.

²⁴ A questa teoria può obiettarsi - con il conforto delle considerazioni di G. GRECO in *Violazione della disciplina di affidamento degli appalti e sorte del contratto, ne Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. GRECO, Milano, 2010 - che, quando il g.a., dopo aver annullato l'aggiudicazione, passa a stabilire la sorte del contratto, ha già preventivamente individuato il tipo di violazione (grave/non grave, che sarebbe, secondo la tesi in discorso, all'origine della diversa natura della sentenza), a prescindere dalle prospettazioni delle parti, passando, poi, a stabilire le conseguenze della pronuncia di annullamento che ha carattere pregiudiziale. Né può essere dirimente il fatto che l'inefficacia del contratto non sia automatica in nessuna delle due ipotesi,

La varietà delle citate opzioni sembra nascere dal rilievo per cui la locuzione “*privazione degli effetti*” usata nella Direttiva sarebbe “*tecnicamente anodina*” e “*volutamente neutra*” e che “*il nomen iuris scelto agnosticamente dal legislatore*” non vincolerebbe l’interprete in quanto il concetto di inefficacia in senso ampio non sarebbe contrario, ma piuttosto complementare alla invalidità²⁵.

Anche la giurisprudenza è stata segnata da notevoli contrasti circa le conseguenze giuridiche derivanti sul contratto dall’annullamento dell’aggiudicazione .

Il giudice ordinario ha ravvisato in taluni casi l’annullabilità del contratto per mancanza della legittimazione a contrarre della P.A.²⁶, altre volte la nullità per mancanza del consenso derivante dall’incompetenza assoluta dell’Organo stipulante²⁷.

La giurisprudenza amministrativa, e segnatamente quella di primo grado, ha registrato orientamenti favorevoli al vizio di nullità, a volte ritenuta virtuale per violazione di norme imperative ex art. 1418 c.c. , altre volte strutturale per difetto sopravvenuto della causa²⁸.

Ciononostante, la tesi della nullità ha sollevato condivisibili contestazioni, basate soprattutto sul rilievo che tale vizio deriva da un difetto genetico intrinseco al contratto, inficiante *ab origine* la validità dello stesso, reso incapace di produrre gli effetti tipici per la mancanza o la grave anomalia di elementi costitutivi, mentre, nel caso di specie, la nullità discenderebbe da una vicenda estrinseca e successiva correlata all’annullamento dell’aggiudicazione. Inoltre, accogliendo questa tesi, sarebbe consentito a chiunque vi abbia interesse di proporre in ogni tempo la relativa azione (art. 1422 c.c.), anche per un contratto in fase di esecuzione, nonché la rilevabilità di ufficio del vizio (art 1421c.c.), facendo venire meno la certezza dei rapporti giuridici²⁹.

Per altro verso, è stato sostenuto che la tesi dell’annullabilità apporterebbe un *vulnus* agli interessi del contraente escluso e vittorioso in sede di annullamento, il quale conseguirebbe un risultato di fatto inutile, in quanto il contratto potrebbe essere impugnato solo dall’Amministrazione e, dunque, sarebbe lasciato in vita dall’inerzia di questa, interessata appunto a mantenerlo tale pur avendo dato causa all’annullamento dell’aggiudicazione.

Non rientra nei limiti di questo studio un ulteriore approfondimento critico delle numerose teorizzazioni sugli effetti dell’annullamento dell’aggiudicazione sul contratto e, tuttavia,

essendo necessario l’intervento della pronuncia del giudice, poiché dal non automatismo non può logicamente derivarsi la differenza di tipologia tra le due pronunzie, dichiarativa nel primo caso e costitutiva nel secondo.

²⁵ Cfr. C. BENETAZZO, *Contratti della P.A. e annullamento dell’aggiudicazione*, Milano, 2012, p. 299; A. BARTOLINI, S. FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urbanistica e Appalti*, 10/2008; P. CARPENTIERI, *op. cit.*, p. 14, nota 37.

²⁶ Cass. Civ., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269; Cass. Civ., Sez. I, 28 marzo 1996, n. 2842; Cass. Civ., Sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885

²⁷ Cass. Civ., Sez. III, 9 gennaio 2002, n. 193.

²⁸ In tal senso, T.A.R. Marche Ancona Sez. I, 19 giugno 2015, n. 500, T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 24 novembre 2014, n. 1906; T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 24 aprile 2009, n. 1173; T.A.R. Puglia Lecce Sez. II, 20 aprile 2006, n. 1981; T.R.G.A. Bolzano, 12 febbraio 2003, n. 48; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 28 gennaio 2003, n. 394; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 7 maggio 2002, n. 802; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177.

²⁹ Al riguardo, si veda A. PANAGIA, *La sorte del contratto di appalto stipulato a valle di un’aggiudicazione illegittima*, in *Contratti. Rivista di dottrina e giurisprudenza*, 2010, n. 1, p. 75; F. CARINGELLA, *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia?* (Nota a Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Corriere Giuridico*, 2004, pp. 669 e ss.

deve segnalarsi che il Consiglio di Stato, già prima dell'intervento della Direttiva ricorsi³⁰, aveva approfondito la tesi della caducazione automatica del contratto dovuta alla mancanza del procedimento di evidenza pubblica, considerato un presupposto legale del vincolo negoziale, di tal che l'effetto sul contratto era ricondotto al principio generale dei negozi giuridici tra loro collegati in via necessaria³¹.

I suesposti rilievi critici fanno emergere la necessità di conferire al termine "inefficacia", adoperato dal legislatore europeo e poi da quello nazionale, un significato più aderente al dato testuale della norma e al parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato³², che espressamente ha suggerito di usare proprio il termine "inefficacia" per indicare la sorte del contratto, segnalandone l'aderenza ad un "istituto che il nostro ordinamento ha già approfondito e sperimentato".

Si può, allora, convenire con la tesi che attribuisce una natura processuale e non sostanziale alle previsioni di cui agli artt. 121 e 122 c.p.c., ritenendo che non siano le dette norme a determinare effetti diretti sul vincolo contrattuale (qualunque essi siano, nullità o annullabilità), ma che questi effetti deriverebbero, invece, direttamente dall'annullamento dell'aggiudicazione, non potendo il vincolo negoziale restare indifferente ai vizi della procedura ad evidenza pubblica³³.

Volendo, quindi, perseguire una interpretazione il più possibile aderente al testo normativo, in ossequio al brocardo *in claris non fit interpretatio*, nonché ai suggerimenti di illustri giuristi³⁴, sembra allo scrivente che le disposizioni non possano essere interpretate diversamente dal loro tenore letterale, poiché ciò si porrebbe in sicuro contrasto con l'art. 12 delle Disposizioni preliminari al codice civile.

Deve ritenersi, pertanto, che il legislatore abbia consapevolmente utilizzato il termine "inefficacia", riferendosi ad un istituto del contratto già presente nell'ordinamento nazionale e adattando ad esso la previsione sovranazionale, destinata ad incidere nei diversi ordinamenti degli Stati membri.

Tralasciando, per necessaria brevità, un'analisi approfondita dell'istituto dell'inefficacia (provvisoria o definitiva, parziale o totale, originaria o sopravvenuta), preme sottolineare la differenza ontologica di essa con le varie figure dell'invalidità (che si profili come nullità, annullabilità o rescindibilità), quale è chiaramente desumibile dalla lettera degli artt. 1372 c.c. nonché, sebbene non espressamente, dagli artt. 1353 e ss, 1360, commi 1 e 2, 2069 e 2126 c.c.³⁵.

³⁰ Cons. Stato Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332.

³¹ Così Cons. Stato Sez. V, 07 giugno 2013, n. 3133; Cons. Stato, Sez. VI, 4 aprile 2007, n. 1523 e 5 maggio 2003, n. 2332; Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 1998, n. 677.

³² Cfr. Consiglio di Stato, Commissione Speciale del 25 gennaio 2010, numero affare 05098/2009.

³³ Cfr. Consiglio Stato, Sez. VI, 8 agosto 2014, n. 4425; Sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437 ; Sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725; Sez. V, 5 novembre 2012, n. 5725; Sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6638.

³⁴ V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1998, p. 77; G. FILANGIERI "Riflessioni politiche sull'ultima legge del nostro Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia"; Napoli, 1774; P. CALAMANDREI, Prefazione a *La certezza del diritto* di F. LOPEZ DE OÑATE, Roma, 1950.

³⁵ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, Milano, 1984; R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1975; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, pp. 735 e ss.; V. SCALISI, *Inefficacia (Dir. Priv.)*, in *Enc. del Dir.*, Vol. XXI; M.S.GIANNINI, *Inefficacia (Dir. Amm.)*. Peraltro, anche nelle ipotesi in cui il contratto nasce viziato da invalidità (nullità, annullabilità o rescindibilità), quando è sottoposto a condizione sospensiva (artt. 1353 e ss. c.c.), ovvero è concluso dal rappresentante senza poteri (art. 1398 c.c.), la

A parere dello scrivente, dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, sulla sorte del contratto, che ha già prodotto *medio tempore* effetti tipici tra le parti, si configura una ipotesi di inefficacia sopravvenuta che ruota intorno alla ponderazione di vari interessi.

Tale ponderazione importa una valutazione preventiva delle posizioni coinvolte, che si realizza quando il rapporto negoziale viene inciso da interessi esterni sopravvenuti e diversi da quelli a cui il contratto era al momento della stipula funzionalmente orientato, affidati alla valutazione del giudice, esposti ad un'opera di bilanciamento e la cui tutela finisce per ripercuotersi sul profilo effettuale del negozio³⁶.

Anche sotto detto profilo, dunque, emerge la intrinseca differenza tra le ipotesi di invalidità/rescindibilità e quella inefficacia del contratto pubblico all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

La produttività o improduttività degli effetti è, dunque, da un lato, legata alla ponderazione degli interessi che informa il sindacato giurisdizionale sulla sorte del contratto e, dall'altro, giustifica le conclusioni circa la non piena conferenza dei richiami alla nullità o alla invalidità negoziale di cui si è detto.

4. L'unicità del rapporto e l'inadeguatezza della tradizionale distinzione tra fase procedimentale ad evidenza pubblica e fase privatistica dell'esecuzione del contratto.

Una volta superate le impostazioni che configurano il vizio del contratto nei termini di nullità/annullabilità, si perviene all'ulteriore profilo problematico, che è quello di individuare ed analizzare se vi sia, e quale sia, il collegamento logico-sistematico tra l'aggiudicazione (annullata) e il contratto, e con quale meccanismo l'annullamento della prima si riverbera sul secondo.

Più precisamente, dovrà indagarsi se tra il procedimento ad evidenza pubblica sfociato nell'aggiudicazione ed il contratto possa ravvisarsi una sorta di *continuum* che, senza nette cesure o distinzioni, configuri un rapporto unico a formazione progressiva.

E' opinione di chi scrive che l'utilizzazione dello strumento contrattuale dopo la conclusione della fase c.d. ad evidenza pubblica non giustifichi, di per sé, una netta separazione di regime, atteso che il contratto pubblico non può ritenersi totalmente informato al principio dell'autonomia privata, nei termini di cui la declina l'art. 1322, commi 1 e 2, c.c., dal momento in esso all'autonomia negoziale si affianca la realizzazione dell'interesse pubblico che funzionalmente la limita.

I contratti c.d. ad evidenza pubblica erano già stati individuati dal Giannini come una "*categoria procedimentale*" a se stante, sebbene soggetti, secondo l'unanime consenso tributato all'epoca, alla teoria della doppia giurisdizione³⁷.

L'insigne studioso aveva, dunque, colto la particolarità del necessario legame del contratto con la procedura ad evidenza pubblica, unificando i due momenti in "*una categoria*

giurisprudenza e la dottrina prevalenti parlano di inefficacia piuttosto che di invalidità: cfr. Cass. Civ., 19575/1990; Cass. Civ. 11396/1999; Cass. 10745/2002; Cass. 11059/2008; C.M. BIANCA, op. cit., R. SCOGNAMIGLIO, voce *Inefficacia* (*Dir. priv.*), in *Enc. Giuridica Treccani*, vol XVI.

³⁶ Tali rilievi sembrano trovare conferma negli assunti della più recente giurisprudenza, anche nell'attuale vigenza del regime della giurisdizione esclusiva. Sul punto si vedano: Cons. Stato Sez. V, 24 maggio 2017, n. 2445; Cons. Stato Sez. V, 21 agosto 2017, n. 4050; Cons. Stato Sez. V, 18 ottobre 2017, n. 4812; Cons. Stato Sez. V, 17 ottobre 2016, n. 4272.

³⁷ M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, Milano, 1960 e *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, Vol. I, p.740.

processuale". Sulla stessa linea interpretativa si è posto il Merusi, che ha poi individuato la causa della persistente distinzione tra fase procedimentale e fase contrattuale nel riparto tra la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo e quella del giudice ordinario sui diritti soggettivi facenti capo alle parti contraenti³⁸.

L'autore ha osservato, inoltre, che solo con l'introduzione nel nostro ordinamento dei principali istituti dello Stato del mercato, si è realizzata anche in Italia "l'unificazione dei fenomeni connessi alla teoria del doppio grado" in una figura unitaria richiedente la concentrazione della giurisdizione del giudice amministrativo anche in materia contrattuale, con il modello già largamente sperimentato della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo³⁹.

Anche altri studiosi hanno individuato lo stretto collegamento tra evidenza pubblica e contratto, sebbene siano rimasti ancorati alla visione dicotomica derivante dalla diversa disciplina processuale della giurisdizione⁴⁰.

Si è ritenuto che, in assenza di una regolare selezione del contraente, si verifichi un'inefficacia sopravvenuta del contratto che può ricondursi ai diversi presupposti del venir meno di un antecedente provvedimento o di una "condizione di efficacia" del contratto stesso⁴¹ o alla mancanza del requisito di legittimazione ad esprimere la volontà contrattuale⁴². Si tratta ancora una volta di una impostazione basata sul rapporto di stretta consequenzialità, stante la "preordinazione funzionale" tra i due atti⁴³.

Dunque, la connessione tra il provvedimento autoritativo e il contratto di natura paritetica con l'interesse pubblico perseguito nel complesso con entrambi gli atti comporta che il primo costituisce il presupposto del secondo e, pertanto, la caducazione o il ritiro dell'uno si riverberano di regola sulla sopravvivenza dell'altro, salve espresse eccezioni normative.

Ciò in coerenza con la teoria⁴⁴ che, partendo dalla critica alla tesi della nullità, richiama il fenomeno civilistico del vincolo di connessione inscindibile che avvince i contratti collegati

³⁸ F. MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro Amm. TAR*, 2/2004, p. 569.

³⁹ Tale ricostruzione si differenzia, quindi, della teoria del doppio grado di M.S. Giannini (cfr. *Attività amministrativa*, Milano, 1960 e *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, Vol. I, p.740).

⁴⁰ Cfr. S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto*, in *Pubblicazioni dell'Università di Tor Vergata*, par. 4, che pone in risalto l'incidenza sul contratto della patologia dell'evidenza pubblica, in quanto connotata da una doppia anima che si individua, da un lato, nella sede in cui si forma la volontà negoziale e nell'altro, nel momento in cui si estrinsecano i motivi dell'"operazione negoziale"; invece, M. ANTONIOLI, in *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. GRECO, Milano, 2012, p.119, evidenzia il legame indissolubile che unisce l'aggiudicazione al contratto, combinando i poteri autoritativi con l'attività negoziale. Il collegamento tra procedura ad evidenza pubblica e contratto nemmeno sfugge a R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 11 luglio 2010. Tuttavia, tale orientamento non è affatto univoco. Lo contesta G. GRECO, *La Direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.*, 2008, 5, 1029; M. NUNZIATA, *I poteri del giudice amministrativo sul contratto pubblico. La sospensione degli effetti del contratto da parte del giudice amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2014.

⁴¹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490; 28 maggio 2004, n. 3465; sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332.

⁴² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6666; Id., 30 maggio 2003, n. 2992.

⁴³ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 maggio 2014, n. 2430 e 5 dicembre 2013, n. 5786; Sez. V, 14. gennaio 2011, n. 11; Id., 20 ottobre 2010, n. 7578; nonché Cass. Civ., SS.UU., ord. 19 agosto 2008, n. 18735 e 31 ottobre 2008 n. 26037.

⁴⁴ F. CARINGELLA, *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia?* (Nota a Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Corr. Giur.*, 2004, pp. 669 e ss.

in via necessaria, nei quali la perdita di efficacia di uno per effetto della patologia di una causa originaria o sopravvenuta non genera una ipotesi di invalidità degli altri, ma può determinare la perdita di efficacia (come si esprime il legislatore che ha recepito la Direttiva) *“di una fattispecie pattizia che non può sopravvivere orfana delle altre tessere del “mosaico negoziale” alla stregua del principio simul stabunt vel simul cadent”*, concludendo nel ravvisare un *“nesso di connessione inscindibile tra una pluralità di atti iscritti nell’ambito di una vicenda sostanzialmente unitaria”* (così la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, definita quale *leading case* in materia da R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010.)

Conclusivamente, può ritenersi che il processo di osmosi tra diritto comunitario e diritto nazionale ha, dunque, prodotto la significativa innovazione di creare (e per certi versi confermare) un legame che unisce l’aggiudicazione definitiva ed il contratto, combinando i poteri autoritativi con l’attività negoziale e aprendo una breccia nel muro che aveva separato la fase procedimentale da quella negoziale, per cui il contratto avrebbe una valenza meramente riproduttiva di un consenso già formatosi nella fase precedente⁴⁵.

Sulla base dei rilevati suddetti può sostenersi che gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica restano indipendenti solo quanto alla validità, mentre, dal punto di vista dell’efficacia, le due fasi restano collegate, nel senso che l’inefficacia del contratto è condizionata dall’essere o dal venire meno di uno degli atti della fattispecie complessa, o per via giurisdizionale o in sede di autotutela.

Si configura, quindi, una interdipendenza che produce una regolamentazione unitaria delle vicende relative al vincolo pattizio collocato nell’ambito di un complesso rapporto amministrativo, plasmato dalle norme dell’evidenza pubblica interne e comunitarie, grazie al quale le parti perseguono un risultato economico unitario⁴⁶.

La congerie delle espressioni *“preordinazione funzionale”*, *“necessaria connessione”*, *“stretto e necessario collegamento”*, *“mosaico negoziale”*, *“liason indissolubile che unisce l’aggiudicazione al contratto”*, *“valenza meramente riproduttiva”* o esecutiva del contratto, *“nesso di connessione inscindibile tra una pluralità di atti iscritti nell’ambito di un vicenda sostanzialmente unitaria”*, che si trovano nel panorama dottrinario e giurisprudenziale, valutate unitariamente, conducono ad affermare l’esistenza di un rapporto lineare e di una realtà avente una causa ed un fine unitario che, partendo dal bando di gara, si persegue con il contratto.

Ciò spiega come il venire meno del presupposto dell’aggiudicazione ricada testualmente in termini di inefficacia, sul contratto, senza dover necessariamente attingere agli istituti civilistici della nullità/invalidità⁴⁷.

⁴⁵ Sul punto, M. ANTONIOLI, *Direttiva ricorsi e procedimento amministrativo*, in *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa. Atti del Convegno dell’Università degli Studi di Milano del 20 maggio 2011*, a cura di G. GRECO, Milano, 2012; C. BENETAZZO, *op. cit.*, pp. 109, 116 e 358; P. CARPENTIERI, *op. cit.*, p. 21, secondo cui non sarebbe di ostacolo alla esposta tesi la eterogeneità degli atti coinvolti nella procedura di evidenza pubblica e nella fase contrattuale.

⁴⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2016, n. 882; Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 dicembre 2012 n. 6374; Cons. Stato, Sez. III, 23 maggio 2013, n. 2802 e, da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 01.10.2015 n. 4585.

⁴⁷ Questa ricostruzione ha trovato l’avallo della Corte di Cassazione che ha rilevato come l’annullamento dell’aggiudicazione pone nel nulla l’intero *effetto-vicenda*, travolgendo il contratto che diventa inefficace per

La problematica che ci occupa viene, così, ricondotta nel campo proprio del diritto amministrativo, che consente di far leva anche sull'indiscusso ed unanimemente accettato legame che avvince il provvedimento annullato a quelli preordinati, connessi e consequenziali.

La soluzione dell'inefficacia – qui da intendersi in senso stretto, siccome comportante la carenza di effetti del contratto e la irrilevanza di esso rispetto allo schema normativo regolare–oltre che essere rispettosa del dettato normativo, si mostra come la conseguenza “più pratica e semplice”⁴⁸ e maggiormente compatibile con la possibilità riconosciuta al Giudice (di cui si dirà appresso) di non dichiararla in forza di un interesse superiore (artt. 120 e 121 c.p.a.)⁴⁹.

Né a tale conclusione sono di ostacolo i profili della legittimazione attiva delle azioni di nullità (ex art. 1421 c.c.) o di annullamento (ex art. 1441c.c.) del contratto, una volta che si dimostrerà che la pronuncia del giudice può intervenire anche d'ufficio.

5. Il carattere officioso dell'intervento del giudice amministrativo sul contratto.

Anche per quanto concerne la possibilità che il Giudice intervenga di ufficio sulla sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione si registrano prese di posizione divergenti nella dottrina e nella giurisprudenza⁵⁰.

Taluni distinguono tra violazioni gravi (art. 121 c.p.a.), per le quali il Giudice potrebbe intervenire di ufficio emettendo una pronuncia dichiarativa, e violazioni meno gravi (art. 122 c.p.a.), per le quali solo a domanda di parte il giudice potrebbe emettere una sentenza costitutiva sul contratto.

Una coerente risoluzione del problema richiede che, in premessa, si indaghi sui poteri che, in via generale, l'ordinamento concede al Giudice nel processo in generale, ed in quello amministrativo in particolare e, prima ancora, sulla funzione e sul contenuto complesso dell'azione nonché sullo scopo dell'attività giurisdizionale, per scoprire se essa sia finalizzata alla mera composizione delle liti ovvero persegua l'attuazione del diritto sostanziale e il ripristino della legalità violata (giurisdizione c.d. oggettiva).

Prendendo spunto dalla realtà legislativa concretamente determinata, la domanda giudiziale può senz'altro considerarsi come un atto di impulso per provocare l'esercizio della giurisdizione, che fissa processualmente il *thema decidendum* in funzione del regolamento di

mancanza del presupposto dell'affidamento. Si vedano Cass. Civ., Sez. III, 10 ottobre 2014, n. 21417; Cass. Civ., Sez. III, 22 marzo 2013, n. 7255; Cass. Civ., Sez. III, 12 dicembre 2005, n. 14611

⁴⁸ P. CARPENTIERI, *Aggiudicazione e contratto*, 2012, in www.giustamm.it.

⁴⁹ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962; C.M. BIANCA C. M., *Diritto Civile*, III, Milano 1987; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Inefficacia* (Dir. priv.), in *Enc. Giuridica Treccani*, vol XVI; V. SCALISI, *Inefficacia* (Dir. Priv.), in *Enc. del Dir.*, Vol. XXI;

⁵⁰ Favorevoli all'intervento d'ufficio sono: M. ANTONIOLI, *Direttiva ricorsi e processo*; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno*, pp. 67 e ss. e 72 e ss., ne *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. GRECO, Milano, 2012; ibidem G. GRECO, *Violazione della disciplina di affidamento e sorte del contratto*, il quale sostiene che la doverosità della pronuncia poggia non solo sul tenore letterale della legge ma anche sui presupposti della pronuncia medesima; E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in www.giustamm.it, n. 3/2011; parla di un temperamento” del principio della domanda R. DE NICTOLIS, *Riti abbreviati relativi a speciali controversie*, in AA.VV., *Il processo amministrativo. Commentario al D. Lgs. 104/2010*, Milano, 2011, pp. 1012 e ss.; solleva preoccupazioni sull'oggettivazione dei principi F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti*, in www.giustamm.it, 3/2010.

una situazione specifica, costituente l'oggetto del processo, al fine di ottenere l'osservanza del diritto.

Ed, in proposito, l'individuazione dell'oggetto del processo sui cui la pronuncia del giudice deve cadere è una questione dibattuta che non ha ancora trovato una soluzione nella scelta definitiva tra i valori tra loro confliggenti dell'attuazione del diritto sostanziale (*Recht*) e la mera risposta alla domanda giudiziale (*Rechtsfrage*).

La migliore dottrina, partendo dalla struttura e funzione del giudicato (art. 2907 c.c.), ritiene che il processo solo "tendenzialmente" è condizionato dalla domanda di parte, essendo innumerevoli i casi in cui l'ordinamento ammette la pronuncia officiosa del giudice⁵¹. E, in siffatte evenienze, la formulazione della legge è analoga a quella di cui agli artt. 121, 122, e 123 c.p.a., con le locuzioni secondo cui il Giudice "decide", "applica", "stabilisce", "condanna", "dispone".

Venendo alla materia oggetto del presente studio, può osservarsi come, dalle Direttive sulla materia e dalla lettura coordinata degli artt. da 121 a 125 del c.p.a., emerge che l'Unione europea ha inteso garantire, nel campo degli appalti pubblici, non solo la tutela dei singoli soggetti processuali, tramite l'annullamento dei provvedimenti illegittimi e il ristoro effettivo degli interessi degli operatori economici lesi dalla violazione delle regole comunitarie e nazionali, ma anche la "tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo"⁵².

Se così è, non essendo previsto dalle norme alcun limite espresso al potere di intervento del giudice e di riflesso, e non essendovi alcuna menzione della necessità di una iniziativa di parte, la questione va risolta in considerazione della pregnanza dei citati ulteriori interessi coinvolti nel processo, che travalicano le pretese del ricorrente che contesta la legittimità della procedura ad evidenza pubblica, assumendo rilievo sovranazionale in quanto attinenti alla salvaguardia della libertà di impresa, del libero mercato, del principio della concorrenza, della possibilità di accesso alle gare pubbliche, interessi la cui tutela non poteva che esser sottratta al potere delle parti.

Quanto detto trova anche conferma nel già menzionato parere consultivo del Consiglio di Stato⁵³.

In definitiva, il sistema normativo manifesta l'esigenza di garantire l'effettività e la concentrazione della tutela e ciò costituisce un significativo elemento logico-testuale, valorizzato anche nelle pronunce del Consiglio di Stato, cui si aggiunge il rilievo – non

⁵¹ Cfr. A. PROTO PISANI, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, diretto da E. ALLORIO, Torino, 1973, vol. I, p. 1049; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato, tutela costitutiva e principio dispositivo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1991; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, pp. 63 e ss., pp. 134 e ss.

⁵² Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2014 n. 2362; Cons. Stato Sez. V, 08/10/2014, n. 5007

⁵³ Cfr. alle pagg. 65 e ss. del parere: "Le disposizioni proposte prevedono in particolare che la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione si intende sempre comprensiva della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, nonché della domanda di privazione di effetti del contratto (comma 2) e che la scelta tra inefficacia e risarcimento del danno spetti solo al giudice, senza specificare la necessità di una domanda di parte (comma 3). Le soluzioni adottate trovano non pochi argomenti – come si è già rilevato sempre al paragrafo 5 – nella direttiva che privilegia in modo evidente la tutela dell'interesse comunitario alla concorrenza, cosicché è senz'altro condivisibile l'opzione, del resto già confermata nella riformulazione dell'articolo 245-bis, di prescindere da una domanda di parte quanto alla privazione di effetti: la pronuncia che si chiede al giudice ha infatti una portata sanzionatoria (non a caso alternativa ad altre sanzioni) a fronte della quale la proposizione del ricorso svolge una funzione sostanzialmente strumentale".

secondario – dell’ampia gamma di valutazioni da effettuarsi per l’applicazione degli artt. 121 e/o 122 del c.p.a. che, per la loro natura, non potevano che essere riservate ad un Organo terzo rispetto alle parti⁵⁴.

Ed è per tale ragione che, a parere dello scrivente, gli artt. 121 e ss. sono stati dal Consiglio di Stato ritenuti norme processuali e sono traslati nel c.p.a. rispetto alla originaria collocazione nel Codice degli appalti, per cui l’assetto dell’impugnativa degli atti ad evidenza pubblica si è aperto, quanto alla sorte del contratto, ad una soluzione estensiva dei poteri del Giudice, anche svincolati dalle attività delle parti nel processo.

In definitiva il legislatore ha sancito in materia il parziale abbandono del principio dispositivo e della concezione strettamente soggettiva del diritto amministrativo, approdando all’intervento officioso del giudice sul contratto non solo per le violazioni gravi ma anche per quelle meno gravi per le quali adopera un termine analogo ed egualmente perentorio (“il giudice stabilisce”), senza prevedere espressamente una domanda di declaratoria di inefficacia e richiamando l’adempimento di cui all’art. 73 comma 3 c.p.a., che chiaramente depone per l’avvenuto rilievo di ufficio delle questioni.

La diversità delle espressioni usate in detta norma (il giudice “*stabilisce se dichiarare inefficace il contratto*” invece che “*dichiara inefficace il contratto*”) non vale a supportare una pretesa differenziazione tra le due ipotesi, essendo frutto di una mera inversione del metodo di indagine che il giudice deve compiere. Ed infatti, nel caso dell’art. 121 il giudicante può escludere l’inefficacia c.d. necessaria in presenza di determinate condizioni, mentre nel caso dell’art. 122 deve dichiararla se lo ritiene opportuno in base agli elementi che la norma stessa indica.

Insomma, in entrambi le citate evenienze si tratta di una scelta alternativa dell’Organo giudicante che il Consiglio di Stato considera non automatica, ma comunque conseguente ad una pronuncia espressa.

Tuttavia, l’affermazione del non automatismo della pronuncia di annullamento non comporta, sul piano logico, la conseguenza che essa non possa essere emessa dal giudice *ex officio* come dichiarativa⁵⁵.

6. La natura del sindacato giurisdizionale sul contratto: legittimità, merito, equità.

Questione spinosa è anche quella dell’individuazione della tipologia di sindacato che il giudice amministrativo esercita sulla sorte del contratto nella materia oggetto di questo studio, sulla quale si è ampiamente esercitata la dottrina.

⁵⁴ Cfr. Cons. Stato Sez. V, 24 maggio 2017, n. 2445; Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2014 n. 2362; da Cons. Stato VI, 12 dicembre 012, n. 6374. Sul punto si veda anche G. GRECO, *op. cit.*, pp. 53 e ss.

Deve segnalarsi che, di recente, il Consiglio di Stato, nella sentenza del 29 ottobre 2018, n. 6131, ha statuito che “*la pronuncia giudiziale di inefficacia del contratto stipulato con l’aggiudicatario non è “una conseguenza necessaria dell’annullamento dell’aggiudicazione (tra le tante, Cons. Stato, VI, 8 agosto 2014, n. 4225)”, in quanto, “al di fuori dei casi di maggiore gravità espressamente disciplinati dall’art. 121 Cod. proc. amm., la declaratoria giudiziale di inefficacia del contratto costituisce una mera eventualità, il cui verificarsi è subordinato all’espressa domanda del ricorrente. La non proposizione di una tale domanda può rilevare solo in termini di valutazione circa la risarcibilità del danno subito per effetto dell’illegittima aggiudicazione a soggetto diverso”, specificando che ““il contratto pubblico - dalla natura e dai caratteri ben diversi dal provvedimento amministrativo - non può essere oggetto di un’azione di annullamento”, da cui deriva che la sorte del contratto è legata alle scelte del ricorrente, che, impugnando l’aggiudicazione, può domandare il risarcimento in forma specifica ovvero agire in giudizio per la declaratoria di inefficacia del contratto e per il conseguente subentro”.*

⁵⁵ Cons. Stato Sez. III, 17 ottobre 2017, n. 4797.

Tralasciando, per brevità, l'analisi sul contenuto delle tre tipologie di giurisdizione (generale di legittimità, di merito, esclusiva), conviene ricordare che, in passato, la ripartizione della giurisdizione sulle controversie relative ai contratti pubblici si basava sul criterio tradizionale del *petitum* e della *causa petendi* e, prima ancora, sulla *summa divisio* tra diritti soggettivi e interessi legittimi, a seconda che fossero in discussione gli uni oppure gli altri.

Con la formulazione dell'art. 133, comma 1, lett. e), del c.p.a., le controversie in materia di pubblici lavori, servizi e forniture, unitamente a quelle relative agli atti di autotutela incidenti sull'aggiudicazione e anche sul contratto e alla dichiarazione di inefficacia dello stesso dopo l'annullamento dell'aggiudicazione sono state devolute in via esclusiva al giudice amministrativo⁵⁶.

A fronte di questa espressa presa di posizione legislativa e della formulazione degli art. 121 e 122 c.p.a., la dottrina ha tentato di riportare nell'ambito della giurisdizione di merito la pronuncia del g.a. sull'inefficacia del contratto, sul mantenimento dell'efficacia e/o sulla limitazione della stessa nel tempo, fondandosi sul rilievo dell'ampiezza delle valutazioni riservate in materia al giudicante, in gran parte dovute alla preoccupazione della Direttiva – e poi del legislatore – di garantire l'effettività del diritto europeo e della pretesa del soggetto leso dall'aggiudicazione illegittima.

Infatti, come recita l'art. 121 (quanto alle violazioni gravi), il giudice che annulla l'aggiudicazione dichiara l'inefficacia del contratto e – dopo aver esaminato le deduzioni delle parti e valutato la gravità della condotta della stazione appaltante, nonché la situazione di fatto – precisa se la dichiarazione di inefficacia debba riguardare la prestazioni ancora da eseguire o se essa debba operare in via retroattiva.

La stessa autorità giurisdizionale, in deroga alla regola generale ora enunciata di privazione degli effetti, può decidere che il contratto mantenga integra la sua efficacia (ai sensi del comma 2 dell'art. 121 c.p.a.) se accerta che ciò è imposto dal *“rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti”*⁵⁷.

Il giudice potrà anche ritenere che la dichiarazione di inefficacia del contratto produca conseguenze sproporzionate, avuto riguardo anche alla mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto, nei casi in cui i vizi conducenti all'annullamento non comportino l'obbligo di rinnovare la gara.

Quanto all'illegittimità per violazioni diverse da quelle richiamate nell'art. 121, comma 1, lett. a) e b), di cui al successivo art. 122, il legislatore ha optato egualmente per l'inefficacia, sebbene questa sia meramente eventuale e limitata nella sua decorrenza, potendo il giudice dichiararla dopo aver effettuato la valutazione degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentro in esso.

⁵⁶ Cfr. Cons. Stato Sez. V, 19/07/2018, n. 4394; T.A.R. Campania Salerno Sez. I Sent., 04/12/2017, n. 1699; Cons. Stato, Sez. V, 1 agosto 2015, n. 3780; Cass. Civ., Sez. Un., 23 luglio 2013, n. 17858; Sez. Un., 24 maggio 2013, n. 12901; Sez. Un., 3 maggio 2013, n. 10298; Sez. Un., 23 novembre 2012, n. 20729; Cons. Stato, Ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14; Cass. Civ., Sez. Unite, Ord., 14 maggio 2015, n. 9861; Cons. Stato Sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4585; Cons. Stato, Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3077.

⁵⁷ Ai sensi del citato comma 2, le dette esigenze imperative possono essere costituite da imprescindibili ragioni tecniche o di altro tipo, tali da rendere evidente la possibilità che il contratto possa essere eseguito solo dall'aggiudicatario attuale, pur soccombente.

In definitiva, nelle ipotesi di cui all'art. 121, l'alternativa è l'inefficacia *ex tunc* oppure *ex nunc*, ovvero il mantenimento dell'efficacia del contratto stesso, mentre nelle ipotesi di cui all'art. 122 l'alternativa consiste nel mantenimento dell'efficacia *in toto* ("il giudice stabilisce se dichiarare inefficace il contratto"), ovvero in una diversa decorrenza della stessa.

In ogni caso, tanto la scelta di precisare se l'inefficacia debba valere per il futuro o sia retroattiva (art.121, comma 1), che quella di mantenere l'efficacia del contratto nonostante le violazioni gravi accertate (art. 121, comma 2), come, infine, quella, in caso di violazioni non gravi, di stabilire "se dichiarare inefficace il contratto" (art. 122, comma 1, prima parte) e, in caso positivo, di fissarne la decorrenza (art. 122 comma 1, seconda parte) sono basate su parametri estremamente elastici, predeterminati in modo volutamente generico secondo concetti indeterminati.

E non va sottaciuto che in entrambi i casi il decidente è chiamato ad effettuare non solo accertamenti obiettivi quali quelli attinenti allo "stato di esecuzione del contratto"(art.122, comma 1), e alla "situazione di fatto", ma anche valutazioni di carattere tecnico quali quelle attinenti alle "situazioni imprescindibili di carattere tecnico tali da rendere evidente che gli obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale".

L'art. 121 prevede anche ipotesi di interessi economici quali "i costi derivanti dal ritardo dell'esecuzione del contratto" la cui natura dovrà, comunque, essere oggetto di considerazione al fine di escluderne la rilevanza come esigenze che ne impongano la conservazione.

Ciò posto, lo scrivente, ancora una volta in aderenza al dato testuale e all'impianto sistematico della disciplina, ritiene che siffatti parametri valutativi elastici non possano condurre all'affermazione di una giurisdizione di merito⁵⁸.

Quanto detto soprattutto alla luce degli artt. 103, comma 1, della Costituzione e 134 c.p.a., che configurano detta giurisdizione come eccezionale, nonché del preciso dettato normativo dell'133 c.p.a che assegna alla giurisdizione (solo) esclusiva le valutazioni e le decisioni sulla sorte del contratto, omettendo ogni qualificazione in termini di giudizio di merito.

Tuttavia, questa soluzione, pure accolta nel decreto delegato, non ha persuaso alcuni autori secondo cui, non avendo il decreto stesso definito compiutamente i poteri del giudice, la sostanza resterebbe quella dei poteri sostitutivi esercitabili nel giudizio di ottemperanza, deputato a conformare l'azione amministrativa alla statuizione di merito sull'atto, per cui la fissazione da parte del giudice del nuovo assetto dei rapporti contrattuali indurrebbe a configurare una sostituzione dello stesso al potere della P.A.⁵⁹.

⁵⁸ Ciò peraltro in aderenza al testo della legge delega e al parere del Consiglio di Stato, che ha sottolineato l'opportunità di "non attribuire al giudice amministrativo anche una giurisdizione di merito" che avrebbe autorizzato lo stesso a " sostituirsi all'amministrazione, effettuando in luogo di questa scelte discrezionali conformi a regole non giuridiche, che attengono ai profili di opportunità e di convenienza del provvedimento amministrativo".

⁵⁹ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, dove si osserva che "non basta l'omissione della definizione a cambiare la sostanza dei poteri"; nonché B. NOLA, *La sorte del contratto di appalto in caso di annullamento dell'illegittima aggiudicazione dopo la Direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo*, in *Riv. trim. app.*, n. 2/2011, pp. 476 ss.; R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010, il quale rileva come il corpus normativo attribuisca al giudice amministrativo una giurisdizione non solo esclusiva ma anche comprensiva di valutazioni che, afferendo alla comparazione ed alla ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nella fattispecie concreta, "si estendono alla sfera del merito amministrativo"; G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto*, cit., *passim*; E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficienza funzionale del contratto*, cit., 263-

La questione andrebbe risolta nell'ambito processuale, sulla base della premessa per cui la particolarità del rapporto di continuità esistente tra aggiudicazione e contratto, si riflette anche sul rapporto tra annullamento della prima e vincolo contrattuale, nonché sul relativo sindacato giudiziale.

Per tali ragioni, la connessione tra le due citate figure finisce per giustificare in termini di stretta consequenzialità, l'estensione della giurisdizione esclusiva al segmento negoziale, come del resto, può avvenire anche nell'ambito dei profili contrattualistici del diritto civile, laddove il giudice stesso, in circostanze analoghe, può emettere statuizioni di ufficio sul contratto secondo diritto, come tali non qualificabili né di merito né di equità⁶⁰.

In conclusione può escludersi che si tratti di giurisdizione di merito sia sulla base del chiaro dettato normativo che all'art.133, comma 1, c.p.a. elenca le materia di giurisdizione esclusiva comprendendovi, alla lettera e) n. 1, la materia in discorso, non compresa tra quelle dell'art, 134 c.p.a, sia perché per alcuni autori potrebbe porsi problema di legittimità costituzionale⁶¹. Ma l'argomento dirimente, a parere dello scrivente, sta nel fatto che la tesi del giudizio di merito e della assunta analogia di esso col giudizio di ottemperanza non tiene conto del dato fondamentale che questo ha lo scopo di fissare l'attività adeguatrice della P.A. al giudicato sull'atto mentre quello di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a. ha un diverso oggetto, giacché incide su un vincolo pattizio nascente dal consenso (dato in autonomia anche dalla parte privata ex artt.1321 e 1325 c.c.).

Una volta escluso che si tratti di un giudizio di merito, va comunque data una risposta all'interrogativo circa la funzione esercitata dal giudice sulla sorte del contratto che può avere due possibili risposte: una, in linea con l'individuazione delle tradizionali patologie negoziali, in cui si configura una pronuncia secondo diritto, e la seconda, secondo cui si tratta di "una valutazione ed un bilanciamento complessivo degli interessi secondo equità".

Ciò in quanto il giudizio sul contratto che, per vero, sfugge ad un difficile sforzo classificatorio, è subito apparso "lambire" il campo del giudizio di equità, secondo taluni autori che lo hanno immaginato per uscire dall'impasse derivante dalla contraddizione tra l'espressa qualificazione data dal legislatore e l'ampiezza del sindacato concesso al giudice *in subiecta materia*, molto vicino alle valutazioni compiute dalla P.A. per effettuare scelte discrezionali⁶².

264; M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorso": il nuovo processo superaccelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in www.giustamm.it, n. 4/2010; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nella disciplina del Codice del processo amministrativo*, in www.neldiritto.it, n. 10/2010; R. POLITI, *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della Direttiva ricorso al Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010.

⁶⁰ Si vedano, ad esempio, gli artt. 2058 comma 2, in materia di risarcimento in forma specifica per illecito aquiliano, e 2933, comma 2, quanto all'esecuzione forzata degli obblighi di non fare.

⁶¹ F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in www.giustamm.it, 7/2010; G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in www.giustamm.it, 7/2010, M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorso": il nuovo processo superaccelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in www.giustamm.it, n. 4/2010.

⁶² C.BENETAZZO, *op. cit.*, p. 359; nonché F. AULETTA, *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto medio tempore stipulato alla luce del D.Lgs.53 del 2010*, in *Rivista nel Diritto*, 2010, pp. 757e ss; P. CARPENTIERI, *op. cit.*, ha sostenuto che il giudice nell'intervenire sulla sorte del contratto formula un giudizio di

Riguardo alla seconda tesi, si sarebbe dovuto, in primo luogo, approfondire di che tipo di equità si tratti (integrativa o correttiva, o sostitutiva o formativa), atteso che il vigente ordinamento costituzionale, come si desume dagli artt.101 e 111, è improntato al principio di legalità, che implica giudizi emessi *stricto jure*, anziché *judicia bonae fidei* nei quali il giudice è chiamato a stabilire “*quidquid dare facere oportet ex fide bona*”.

Ebbene, nei sistemi giuridici ispirati al principio di stretta legalità l’equità è vista con disfavore, in quanto ritenuta fonte di possibili abusi e distorsioni o come giustizia dell’amico più che giustizia del caso concreto. Ne è prova il fatto che, laddove il legislatore ha inteso consentire al giudice di decidere secondo equità o il suo prudente apprezzamento, vi ha fatto espresso richiamo ed ha fissato, nel contempo, i parametri da tener presenti per giudicare⁶³.

Insomma, ogni volta che è possibile farvi ricorso, l’equità è scritta nella legge, da ciò conseguendone che essa stessa finisce per diventare norma giuridica e fonte di diritto, per cui il giudizio che ne scaturisce, quando è possibile o prescritto, si considera ammesso dalla legge, e, quindi, risulta formulato *secundum legem*⁶⁴.

Diversamente argomentando, il giudizio di equità così concepito sarebbe una sorta di inammissibile *quartum genus* di giurisdizione amministrativa, affiancato ai tre finora universalmente riconosciuti che, per l’amplissima latitudine delle valutazioni che lo caratterizza, sarebbe assimilato alle scelte amministrative discrezionali.

Ma – a tutto concedere – la possibilità data al giudice del contratto di emettere una sentenza, temperando, ove occorra, la rigidità della legge positiva mediante il c.d. *judicium bonae fidei* non autorizza, di per sé, la creazione di siffatta ulteriore tipologia di giurisdizione, peraltro simile a quella di merito⁶⁵ in quanto, come si è visto, il legislatore ha espressamente collocato nella giurisdizione (esclusiva) di legittimità le decisioni sul contratto, non menzionandole, peraltro, tra i casi tassativi di giurisdizione di merito di cui all’art. 134 c.p.a..

In definitiva, ammettere la possibilità del giudizio di equità nella materia che ne occupa, significherebbe vanificare lo sforzo che storicamente si è fatto per introdurre, anche nel campo del diritto amministrativo, e nei confronti del potere esecutivo, il principio di legalità ed il controllo di legalità sugli atti amministrativi.

Non si tratta, a ben vedere, neppure di creare un quarto tipo di giudizio, ma addirittura di ipotizzare un giudizio di merito in contrasto con la espressa *voluntas legis*..

equità (correttiva), evidenziando la necessità di una rivisitazione della tradizionale tripartizione della giurisdizione amministrativa per giungere, fondamentalmente, all’approdo creativo di un quarto tipo di giurisdizione che sarebbe la giurisdizione di equità, intesa come equità correttiva.

⁶³ Si vedano anche gli articoli 1226; 930, comma 3, 1374, 1384, 1450, 1467, 1660, 1664, 1173, 1736, 2045, 2047, 2056,2109, 2111,2118, 2120 1657, 1709, 1733, 1755, comma 2, 2099, 2225 e 2233 del Codice Civile

⁶⁴ Eloquenti al riguardo sono gli artt. 113, comma 2, e 114 del c.p.c., e, soprattutto, il rilievo che, riguardo al primo, l’originaria previsione incondizionata del giudizio di equità concesso al Giudice di pace suscitò l’intervento della Corte Costituzionale (6 luglio 2004 n. 206), che impose il rispetto dei principi informatori della materia, avvertendo che una equità priva dei limiti normativi insidia alla base la certezza delle relazioni giuridiche e, subito dopo, quello della Corte di Cassazione (Sez. III, 29 settembre 2011, n. 19871) che ha ritenuto censurabili le sentenze del giudice di pace pronunziate secondo equità in caso di inosservanza o falsa applicazione delle norme costituzionali, delle norme comunitarie, nonché per violazione dei principi informatori della materia.

⁶⁵ Col ricorso all’equità, dunque, non si esce dal sindacato di merito, se è vero che essa, secondo quanto rilevato da M. CAPPELLETTI, *Equità (voce)*, in Enciclopedia del Novecento Treccani, Milano, è proprio ciò che “*consente, ed entro certi limiti, glorifica la discrezionalità amministrativa*”.

Si può, quindi ritenere, che il giudice, lungi dal dover individuare la regola di equità del caso concreto, deve esprimere il suo giudizio di legittimità attraverso la composizione e ponderazione complessiva degli interessi che risultano coinvolti nella vicenda processuale, limitandosi a considerare quelle situazioni giuridiche prestabilite dal legislatore.

Ed allora, non può che richiamarsi al riguardo, che la ragionevole composizione degli interessi che informa la declaratoria di inefficacia del contratto, rappresenta l'essenza del principio di proporzionalità e ne descrive la rilevanza anche nella materia che ci occupa.

Questo principio di origine pretoria si è sviluppato in maniera significativa con il progressivo affrancamento dalla figura dell'eccesso di potere e l'elaborazione giurisprudenziale dello schema applicativo triadico dell'idoneità dell'idoneità, ovvero dell'efficacia del mezzo nel raggiungimento del fine pubblico prefissato; della necessità, ovvero della scelta, tra tutti i mezzi idonei e quindi efficaci, di adottare quello che comporti il minimo sacrificio agli interessi privati incisi ed, infine, della proporzionalità in senso stretto ovvero della tollerabilità della restrizione e del sacrificio all'interesse privato.

Il principio è stato ripreso dai giudici comunitari ed ha poi acquisito, attraverso i meccanismi di influenza incrociata di *spill over* e di *cross fertilization*⁶⁶, un carattere di vincolatività anche nell'ordinamento nazionale, ai sensi dell'art. 1 della L. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 15/2005, e dell'art. 117 Cost. che hanno fatto espresso riferimento al rispetto dei principi comunitari.

La proporzionalità e la corretta composizione e ponderazione degli interessi, dunque, rappresenta un canone guida, tanto per l'amministrazione ma anche per l'attività dell'interprete nella decisione giurisdizionale di inefficacia del contratto, ponendosi come criterio volto a favorire la scelta ottimale di fronte alla pluralità delle alternative che si presentano ai sensi del dettato legislativo, imponendo un obbligo di conoscenza e di temperamento degli interessi pubblici e privati confliggenti, sulla base di un giudizio prognostico sulle possibili conseguenze della statuizione.

L'opera di valutazione e di bilanciamento deve essere libera, senza rispettare una gerarchia astratta o preconstituita e anche in questo si ravvisa una significativa aderenza con la previsione, negli art. 121 e ss., di *standard* valutativi ampi ed elastici.

La necessità di applicare la proporzionalità, del resto, emerge espressamente anche dal dato testuale delle norme del codice di rito, laddove, all'art. 121 c.p.a. si impone di temperare l'interesse economico della parte pubblica e di quella privata, in modo che la declaratoria di inefficacia non conduca a "*conseguenze sproporzionate*".

⁶⁶ Sul punto si vedano le analisi comparatistiche di A. SANDULLI, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, p. 329 e K. HAIBRONNER, *Il principio di proporzionalità*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1979, fasc. 6.

Per un approfondimento del principio di proporzionalità si rinvia, *ex multis*, a D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di spill over negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove autonomie*, 2005, p. 541; A. SANDULLI, *La proporzionalità nell'azione amministrativa*, Padova, 1998; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; D. U. GALETTA, voce *Il principio di proporzionalità* in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2010; G. LIGUGNANA, *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti. Il caso inglese e italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

Allo stesso modo, un altro espresso riferimento è contenuto, nell'art. 122, comma 2, quanto alla scelta del tipo di sanzione da applicare e all'entità delle stesse, ovvero alla decisione di applicarle alternativamente oppure cumulativamente, nonché nel par. 5 dell'art. 2 della direttiva, quando prescrive che "Gli Stati membri possono prevedere che l'organo responsabile delle procedure di ricorso possa tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti cautelari per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché per l'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive".

Emerge, dunque, da una lettura sistematicamente coordinata del Codice del Processo Amministrativo con la Direttiva, che il legislatore si è preoccupato in alcuni casi di difendere il contratto dagli effetti dell'illegittimità dell'aggiudicazione e, quanto all'individuazione delle sanzioni alternative all'inefficacia, ha espresso una preferenza per un assetto equilibrato dei rapporti, anche a discapito dell'effettività della tutela soggettiva della singola impresa che agisce vittoriosamente in giudizio.

7. Le specificità dell'autotutela amministrativa e la sua incidenza sulla sorte dei contratti pubblici.

Occorre ora affrontare la tematica connessa all'annullamento dell'aggiudicazione in autotutela e l'incidenza di tale strumento demolitorio sul contratto⁶⁷.

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

⁶⁷ Uno studio completo dell'autotutela uscirebbe da limiti del presente studio, al riguardo, si rinvia, oltre che alla manualistica e ai trattati di diritto amministrativo, ai contributi di F. BENVENUTI, *Autotutela* (Dir. Amm.), voce in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959; G. GHETTI, *Annullamento dell'atto amministrativo*; in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, I, Torino, 1987; G. CORAGGIO, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, voce in *Enc. Giur.*, vol. II, Roma, 1988; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991; D. URANIA GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. Ital. Dir. Com.*, 2005, I, pp. 35 e ss.; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004; A. LIBERATI, *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006; S. D'ANCONA, *L'annullamento di ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015; A. QUARANTA, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Novara, 1978.

Con la legge 11.2.2005 n. 15 l'autotutela amministrativa ha ricevuto un primo supporto normativo, con l'abrogato comma 136 dell'art. 1 della legge 311 del 2004 (Legge Finanziaria 2005), che consentiva all'amministrazione di annullare, per finalità di risparmio di spesa, provvedimenti amministrativi illegittimi anche incidenti su rapporti contrattuali e convezioni con privati, ancorché in corso di esecuzione.

Conseguentemente, gli articoli 21-*quinques* e 21-*nonies* della legge n. 241/1990 hanno attribuito alla P.A. un potere generale di riesaminare i propri atti, che ritiene invalidi *ab origine*, annullandoli di ufficio con effetto *ex tunc* oppure revocandoli con effetto *ex nunc* per ragioni di opportunità e di merito (cfr., ancora, V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità della legge*, Milano, 1957; M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Milano, 2002; B. G. MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela della Pubblica amministrazione*, Convegno di studi amministrativi, Varenna, 2007).

Con specifico riferimento all'annullamento di ufficio, previsto dall'art. 21 *nonies*, deve evidenziarsi che con esso la P.A. provvede ad eliminare dal mondo giuridico un atto che ritiene essere invalido *ab origine*, e ciò avviene con iniziativa spontanea da parte dell'Amministrazione, in caso di conflitto potenziale (c.d. autotutela spontanea o autoimpugnativa).

Con la riforma dell'art. 21 *nonies* operata dall'art. 6 della Legge 7 agosto 2015 n. 124, l'originario limite temporale "ragionevole" entro cui provvedere all'annullamento d'ufficio è stato determinato in un massimo di 18 mesi dall'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, individuandosi in tal modo un termine decadenziale per l'esercizio del potere di autotutela che, nel porre limiti al pubblico interesse per il consolidamento e la garanzia dell'affidamento nella stabilità delle situazioni soggettive dei privati, declina l'istituto in parola sempre come discrezionale nell'*an*, ma in qualche misura vincolato nel *quomodo*.

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

Dette previsioni sono state riportate nel vigente d. lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici) che all'art. 30 contiene l'identico rinvio alla legge alla legge 241/90 ed al comma 8 dell'art. 32, con previsione identica al comma 9 dell'art. 11 del d. lgs. n. 163/2006, dispone che, divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, è *"fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti"*.

Dal quadro normativo emerge senza dubbio la possibilità di esercizio dell'autotutela sull'aggiudicazione prima della conclusione del contratto, laddove emergono ragioni di interesse pubblico prevalente su quello dell'aggiudicatario⁶⁸.

In via ulteriore la dottrina e la giurisprudenza prevalente hanno ammesso la possibilità dell'annullamento dell'aggiudicazione in autotutela anche dopo la conclusione del contratto sul rilievo che il potere della P.A., a differenza che nella risoluzione e nel recesso, in questo caso si esercita sul provvedimento conclusivo della fase ad evidenza pubblica che costituisce il presupposto effettuale del contratto, piuttosto che sul vincolo negoziale frutto dell'accordo delle parti⁶⁹.

In dissenso con la dottrina e la giurisprudenza prevalente, altri autori sostengono l'insussistenza del potere della P.A. di incidere sul vincolo negoziale *"annullando di ufficio un atto del procedimento di formazione del suo assenso alla formazione del contratto"*, e quindi nell'ambito di un'attività negoziale inserita in un contesto di mercato non suscettibile di un intervento autoritativo⁷⁰.

Anche dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo alcuni autori hanno manifestato perplessità sulla praticabilità di tale rimedio, sostenendo l'impossibilità di ravvisare, dopo la stipula del contratto, ragioni di interesse pubblico prevalenti su quelle del privato⁷¹.

Ad avviso dello scrivente, tutte le richiamate obiezioni della dottrina possono essere superate in via di principio, in quanto appaiono segnate dal rifiuto aprioristico dell'intrusione del giudice amministrativo sul contratto, governato dai principi civilistici, e si

⁶⁸ Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 10 settembre 2010, n.32215; Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2014, n. 2713, Cons. Giust. Amm., Reg. Sicilia, Sez. Giur., 18 giugno 2014, n. 327; Cons. Stato, Sez. III, 28 febbraio 2014, n. 942; Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2013, n. 2418.

⁶⁹ Cfr. Cfr. A. CORPACI, *Ambito e connotati della funzione di autotutela delle stazioni appaltanti*, a cura di D. SORACE, Napoli, 2013, pp. 217 e ss.; S. FANTINI, *La revoca di provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, pp. 2 e ss.; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano, 2013, pp. 205 e ss.; *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1453 e ss.; R. MAGNANI, *Il contratto di appalto tra potere di revoca e diritto di recesso*, in *Riv. trim. app.*, 2014, pp. 19 e ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Autotutela pubblicistica e contratti in corso*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 205 e ss.

⁷⁰ Cfr. F. MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro Amm. TAR*, 2/2004, pp. 569 e ss.;

⁷¹ Cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011.

pongono in contrasto con la pregnanza del pubblico interesse, quale presupposto essenziale della struttura del contratto d'appalto⁷².

Detto interesse pubblico, preminente rispetto a quello dell'aggiudicatario, può essere certamente ravvisato anche dopo la conclusione del contratto, sol che si tenga conto che in tal caso occorre effettuare un giudizio di ponderazione comparativa, non intravedendosi un supporto logico-normativo alla tesi che nega la possibilità dell'annullamento di ufficio sulla base della natura costitutiva della sentenza che statuisce l'inefficacia, atteso che, come detto, essa può essere dichiarata di ufficio dal giudice in virtù di un rapporto di connessione/conseguenzialità sulla base dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Ovviamente, all'esito del percorso delle numerose interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali a riguardo, non può non farsi menzione della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 14 del 20 giugno 2014, che sembra aver posto fine a tutti i citati contrasti in materia di autotutela negli appalti pubblici.

Detta sentenza, intervenendo sul rinvio operato dalla Sezione V che prospettava la necessità *"di riconsiderare l'indirizzo allo stato prevalente presso la giurisprudenza amministrativa"*, effettuando una rilettura della normativa in materia, è pervenuta ad un *revirement* del precedente orientamento⁷³ che riconosceva la legittimità, anche successivamente alla stipula del contratto, dell'esercizio del potere di revoca degli atti amministrativi adottati nel corso del procedimento ad evidenza pubblica, ed ha affermato il principio di diritto secondo cui *"nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinviengano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del D.Lgs. n. 163/2006"*.

L'Adunanza Plenaria non ha mancato di ribadire il principio secondo cui, diversamente dalla revoca, l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva sarebbe possibile anche dopo la stipulazione del contratto, e ciò non solo nello speciale caso previsto dall'art. 1, comma 136, L. n. 311/2004 (non più vigente), ma in via generale ogni qual volta ricorrano i presupposti per esercitare tale forma di autotutela pubblica.

Il citato arresto del 2014, ha concluso che *"Resta perciò impregiudicata, nell'inerenza all'azione della pubblica amministrazione dei poteri di autotutela previsti dalla legge, la possibilità: a) della revoca nella fase procedimentale della scelta del contraente fino alla stipulazione del contratto; b) dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto, ai sensi dell'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, nonché concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso (Cass. sezioni unite, 8 agosto 2012, n. 14260; Cons. Stato: sez. III, 23 maggio 2013, n. 2802; sez. V: 7 settembre 2011, n. 5032; 4 gennaio 2011, n. 11, 9 aprile 2010, n. 1998)"*⁷⁴, precisando che *"Il provvedimento di aggiudicazione definitiva di una gara pubblica non costituisce di per sé ostacolo giuridicamente"*

⁷² Cass. civ. Sez. III, Ord. 08-11-2017- 19-01-2018, n. 1465)

⁷³ Cfr., per tutte, la sentenza degli Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554.

⁷⁴ Ciò in coerenza con quanto affermato dalla citata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1203, secondo cui *"In materia di contratti pubblici, la P.A. può sospendere, annullare o revocare in sede di autotutela la procedura di gara e l'aggiudicazione se sussiste l'interesse pubblico all'eliminazione di atti illegittimi o non più rispondenti all'interesse pubblico medesimo"*.

insormontabile al suo stesso annullamento, anche in autotutela, oltre che all'annullamento degli atti amministrativi che ne costituiscono il presupposto. A fronte dell'esercizio del potere di annullamento, la situazione del privato è di interesse legittimo, a nulla rilevando che tale esercizio, in ultima analisi, produca effetti indiretti su di un contratto stipulato da cui sono derivati diritti".

Allo stato, dunque, è oramai consolidato nella giurisprudenza ordinaria ed amministrativa, l'orientamento secondo cui la stazione appaltante può provvedere all'annullamento d'ufficio degli atti della procedura di evidenza pubblica, con conseguente possibilità di impugnativa innanzi al giudice amministrativo dei provvedimenti in cui si estrinseca l'autotutela⁷⁵.

Ed invero, sarebbe contrario al sistema escludere che, anche nella fase esecutiva dell'appalto, che è, comunque funzionale alla realizzazione di un interesse pubblico, l'Amministrazione appaltante disponga di poteri autoritativi nei confronti dell'affidatario, il cui esercizio si manifesta attraverso atti di natura provvedimentoale.

Ciò posto - stabilito che sussiste il potere della P.A. di annullamento (entro il limite temporale di diciotto mesi previsto dal riformulato art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990) anche nel caso dell'avvenuta stipula del contratto per un vizio della procedura ad evidenza pubblica, e nella sussistenza dei presupposti dell'autotutela da compararsi con le legittime aspettative sorte nel privato - occorre ora chiarire se ed in che modo l'annullamento in autotutela si rifletta sul contratto⁷⁶.

In premessa va ribadito che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ritenuto che l'inefficacia del contratto non si produce *ipso iure et facto* per l'avvenuto annullamento, ma deve essere mediata da un specifica pronunzia giurisdizionale, cui consegue non tanto un giudizio civilistico sul rapporto negoziale, ma, piuttosto, una tutela reintegratoria in forma specifica attuata con le statuizioni concernenti la sorte dell'appalto stipulato.

Va sottolineato ancora che la Direttiva 2007/66/CE, recepita negli artt. 121 e 122 c.p.a., ha profondamente innovato la sequenza procedimentale, configurando – come si è visto in precedenza – una stretta connessione tra l'annullamento degli atti di gara e la sorte del contratto, anche alla luce delle esigenze di semplificazione, concentrazione ed effettività della tutela.

L'assetto normativo, dunque, imporrebbe che, anche con riguardo all'autotutela, sia il Giudice e non l'Amministrazione a dover pronunziare l'inefficacia o a conservare l'efficacia del contratto, nonché ad adottare le altre decisioni sulle eventuali sanzioni alternative.

Ne deriva che la P.A. intervenuta in sede demolitoria non può avere sul contratto lo stesso potere riservato al Giudice, potendo, peraltro, l'autotutela intervenire solo su provvedimenti amministrativi e non su fenomeni negoziali in cui sia parte la P.A. e non essendo accettabile che questa intervenga come una sorta di *judex in causa propria*, arbitro della sorte del contratto di cui è parte⁷⁷.

⁷⁵ Si vedano T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 31 agosto 2018, n. 979; Cons. Stato Sez. V, 02 luglio 2018, n. 4041; Cons. Stato Sez. V, 30 aprile 2018, n. 2601; Cons. Stato Sez. V, 14 giugno 2017, n. 2891.

⁷⁶ Cfr. al riguardo F. GOISIS, *Autotutela e sorte del contratto medio tempore stipulato*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, pp. 1014 e ss.

⁷⁷ Cfr. E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*; G. GRECO, *Violazione della disciplina di affidamento degli appalti e sorte del contratto*, ne *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, p. 55. Danno conto delle tesi contrarie F. MANGANARO, S. GARDINI, *Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e sorte del*

Ed infatti non va sottaciuto che un intervento della P.A. anche sul contratto realizzerebbe una forma di autotutela fortemente anomala su un atto che non è di autorità, ma che è frutto dell'incontro della volontà delle parti.

Ma, se ciò è vero, è altrettanto vero che il contratto pubblico non sorge in un campo neutro ed asettico, ma si colloca nell'ambito di una procedura interamente tipizzata e si pone in rapporto di stretta connessione e interdipendenza con la fase ad evidenza pubblica.

In virtù delle suesposte considerazioni, una volta riconosciuta, ai sensi del citato art. 133 c.p.a., la giurisdizione esclusiva del g.a. sulle ipotesi di inefficacia del contratto conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale, si può concludere che, in presenza di una *eadem ratio*, anche le decisioni da rendere in conseguenza dell'annullamento in sede di autotutela debbono farsi rientrare nella medesima giurisdizione esclusiva.

Fermo restando che i poteri valutativi a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione sono riservati al g.a., non si giustificerebbe un assorbimento degli stessi nel potere amministrativo e, men che meno, si è ritenuto coerente col sistema ammettere una diversificazione in tema di giurisdizione, facendo rivivere il potere del g.o. in caso di annullamento d'ufficio.

Del resto, la Direttiva ricorsi ha previsto che la dichiarazione di inefficacia del contratto provenga da un organo terzo ("*un organismo indipendente*") diverso dalla stazione appaltante, essendo quest'ultima non in grado di compiere quella comparazione di interessi nell'ambito di una valutazione dei numerosi fatti che debbono essere considerati, allo scopo di evitare conseguenze sproporzionate dell'annullamento, con la conseguenza che alla P.A. sarebbe concesso di intervenire sul contratto solo con altri strumenti previsti dalla legge (ad esempio, il recesso).

Da ultimo, dirimenti al fine negare all'Amministrazione la possibilità di intervenire sul contratto sono alcuni rilevi testuali: 1) la possibilità che il contratto resti efficace anche in caso di violazioni gravi di cui all'art. 121, comma 1, c.p.a. e ciò in seguito alla considerazione di quei fattori, menzionati nel successivo comma 2, tutti rimessi alla valutazione discrezionale del giudice; 2) la possibilità che nel caso delle violazioni non gravi di cui all'art. 122 c.p.a., lo stesso organo giudicante che annulla l'aggiudicazione stabilisca se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza; 3) la previsione di cui all'art. 123 c.p.a. che consente al G.A. di applicare sanzioni alternative anche alla stessa Amministrazione, commisurandola alla "*gravità della condotta*" di questa e operando la scelta tra le stesse nonché graduandone la misura, il tutto nel rispetto nel contraddittorio, che, ovviamente, è connotato ad una fase processuale.

Gli esposti rilievi, tuttavia, lasciano irrisolti i seguenti due profili problematici:

- a) se la stessa Amministrazione possa adire il G.A. per ottenere la declaratoria sul contratto di cui è parte;
- b) se la stessa domanda sia proponibile, stante il rilievo che non ha ad oggetto l'illegittimità di un provvedimento amministrativo.

Ad avviso dello scrivente, una soluzione per uscire dall'*impasse* in modo coerente col sistema e col dato normativo letterale è quella che, innanzitutto, salvaguarda la giurisdizione

contratto, nota a TAR PIEMONTE, TORINO, Sez. II, 24 novembre 2014, n. 1906, in *Urbanistica e appalti*, 4/2015, p. 457.

esclusiva del G.A. e che consente alla P.A. o a chiunque vi abbia interesse di rivolgersi allo stesso giudice per conoscere la sorte del contratto⁷⁸.

Ed infatti, la prima questione si risolve in base al rilievo che sarebbe impossibile, se non violando fondamentali principi costituzionali, impedire alla P.A. di adire, al pari degli altri interessati, il giudice amministrativo per ottenere una decisione dichiarativa sul mantenimento o meno dell'efficacia del contratto stipulato, nonostante la riconosciuta illegittimità della procedura di aggiudicazione.

La seconda questione, invece, trova la sua soluzione negli enunciati principi della giurisdizione esclusiva assegnata al g.a., nonché in quelli che impongono l'effettività della tutela e la concentrazione dei giudizi, in forza dei quali la domanda dovrà necessariamente essere proposta innanzi al giudice competente anche per le pronunzie consequenziali all'annullamento, indipendentemente dal fatto che esso sia effettuato in autotutela oppure in sede giurisdizionale⁷⁹.

Di certo, con la predetta costruzione teorica, non si esce dall'ovvia obiezione che la decisione relativa alla sorte del contratto resta affidata alla disponibilità delle parti, non potendosi escludere che nessuno degli aventi interesse adisca il giudice per ottenere la relativa pronunzia.

Tuttavia, in linea di principio, essa sembra essere la più appropriata a livello sistematico, in quanto eviterebbe di condurre ad un inaccettabile vuoto normativo in materia di autotutela, derivante dall'inapplicabilità della disciplina di cui agli art. 121 e ss. c.p.a..

Ed infatti, la stazione appaltante che si determina ad annullare in autotutela l'atto di aggiudicazione di una gara, può e deve perseguire l'interesse pubblico anche di rimuovere gli effetti negoziali, non semplicemente quello di cassare i propri atti amministrativi illegittimi⁸⁰.

Pertanto, pare ragionevole ritenere che dalla vicenda processuale o da quella dell'autotutela debbano conseguire i medesimi effetti sull'appalto, al fine di evitare disparità di trattamento e problemi coerenza sistematica del panorama normativo *in subiecta materia*, per come delineato all'esito del recepimento della legislazione sovranazionale.

Diversamente argomentando, riconoscere ad una parte la possibilità *extra ordinem* di incidere sulla stabilità del regime contrattuale significherebbe creare un inaccettabile squilibrio in favore dell'interesse pubblico, che sconfessa l'esigenza di ponderazione e bilanciamento con i contrapposti interessi privati e pubblici, che, come più volte ribadito, è alla base della regolamentazione dell'inefficacia contenuta nel Codice del Processo amministrativo.

Ciò in quanto non potrebbe ammettersi che le ragioni di una parte, per quanto aventi natura peculiare, giacché informate al perseguimento del pubblico interesse, possano prevalere in maniera assoluta e indiscriminata sul ragionevole affidamento nella stabilità del rapporto negoziale, la cui tutela rappresenta il cardine della disciplina dell'autotutela *ex lege* n. 241, in special modo dopo che la c.d. riforma Madia ne ha ristretto il campo di applicazione,

⁷⁸ F. SAITTA, *Flessibilità e rigidità dei contratti pubblici: l'autotutela della stazione appaltante tra norme (poche) e prassi*, in www.lexitalia.it, 3/2014; nonché Cass.Civ. SS.UU. 8.8.2012 n. 14260.

⁷⁹ Cons. Stato, Sez. III, 1 aprile 2016 n. 1308; Cass.Civ., SS.UU., 8 agosto 2012, n. 14260; T.A.R. Piemonte-Torino, Sez. II, 24 novembre 2014, n. 1906.

⁸⁰ Cfr. F. MANGANARO, S. GARDINI, *op. cit.*

vincolandola nel *quomodo* con la fissazione di un termine a tutela proprio delle istanze dei privati cittadini.