

Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto

di Maurizio Lucca

L'aggiudicazione segna il momento di conclusione della procedura finalizzata a costituire il contratto a seguito della volontà del privato manifestata con l'offerta accertata come migliore. Da tale momento sorge un diritto soggettivo dell'aggiudicatario alla stipula (1), evidenziando che l'aggiudicazione rappresenta l'esercizio della potestà pubblicistica concernente la scelta del contraente, mentre il contratto è lo strumento servente di natura privatistica che regola lo svolgimento del rapporto negoziale, se e in quanto sia valida ed efficace l'aggiudicazione (2).

Ne risulta che l'aggiudicazione è un atto presupposto rispetto al contratto, e che il venir meno dell'aggiudicazione incide sul conseguente contratto, innestando una serie di valutazioni sulla qualificazione e la sorte del negozio sottoscritto, con evidenti aderenze tra la fase pubblicistica della gara e quella privatistica delle obbligazioni in vista di garantire una effettiva tutela al soggetto inciso (e anche al giudice a cui compete la cognizione, ripartizione di competenza) (3).

È di tutta evidenza che, una volta annullata la procedura amministrativa da parte del giudice, la manifestazione di volontà racchiusa nel contratto (strumento che regola il rapporto secondo le norme del diritto privato) subisce un arresto, inficiando la legittimazione *ex tunc* conferita al rappresentante dalla p.a.: il contratto sottoscritto non può andare esente da effetti giuridici afferenti all'annullamento potendo, quindi, essere

travolto automaticamente e decadere (caducazione), arrestarsi (inefficacia successiva) o dichiararsi nullo (annullamento derivato), prospettazioni diverse che si ancorano a tesi contrapposte presenti nella dottrina e nella giurisprudenza di questi ultimi anni.

Ciò precisato in termini generali, l'annullamento della procedura di gara costituisce un vizio della legittimazione a contrarre da parte del rappresentante della p.a., derivando l'idoneità del soggetto a essere titolare di situazioni giuridiche soggettive e a esercitare le relative facoltà, per una sorta di incapacità (derivata) di compiere validamente ed efficacemente la volontà decidente sin dalla sua formazione. Oppure si potrebbe sostenere che manca una specifica autorizzazione a contrarre validamente: l'annullamento della procedura di gara (*rectius* dell'aggiudicazione) segna, in questa prospettiva ermeneutica, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto che viene definitivamente privato dei suoi effetti giuridici.

Si tratta ora di comprendere i limiti del potere cognitorio del giudice una volta chiamato a decidere sulla sorte del contratto, poiché, una volta che questo è stato sottoscritto, le relazioni tra le parti avvengono su parametri e diritti di piena parità, con inevitabili riflessi in termini di giurisdizione. Questo in relazione al momento in cui si colloca il controllo giurisdizionale delle fasi (prenegoziale, ovvero dell'evidenza pubblica, e negoziale).

Dalla natura privatistica del rapporto, dalla distinzioni delle fasi procedurali tra aggiudicazione e contratto, dalla cognizione del merito estesa sul negozio sottoscritto (soprattutto dopo la legge 205/2000) riflette il giudice monofilattico con una sentenza delle sezioni unite del 28 dicembre 2007, n. 27169, delineando le diverse posizioni assunte sul tema e orientando soluzioni possibili sul riparto di giurisdizione, segnato dalla distinzione tra il momento pubblicistico e quello privatistico (ora statuito dall'articolo 11 del codice dei con-

(1) T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 15.2.1994, n. 61. Vedi, Lucca, *La fase di aggiudicazione del contratto*, in "La Gazzetta degli Enti Locali", 4 gennaio 2008.

(2) Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7402.

(3) Vedi, Lucca, *Annullamento aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in "La Gazzetta degli Enti Locali", 15 febbraio 2007.

tratti pubblici) con ricadute dirette sulle esigenze primarie di tutela dell'affidatario (4).

Il caso

La questione viene affrontata a seguito di una sentenza che dichiarava l'inefficacia di un contratto di appalto in seguito all'annullamento degli atti della gara e del verbale di aggiudicazione, sentenza che non affrontava nel merito le tematiche riferite ai limiti della giurisdizione relativamente alla prima fase di aggiudicazione, caratterizzata dal momento pubblicistico dell'agire pubblico in cui prevale la posizione della p.a. in quanto autorità, rispetto alla seconda fase negoziale nella quale la posizione delle parti risulta paritaria, privando l'amministrazione dei poteri propri (come storicamente collegati alla autorità in quanto tale), attraendo per questo motivo il rapporto nella cognizione della giurisdizione ordinaria.

Le questioni poste concernevano la negazione dell'attrazione nell'ambito della giurisdizione amministrativa della validità del contratto, in quanto i profili trattati implicavano valutazioni meramente civilistiche ascrivibili al giudice naturale dei rapporti negoziali paritetici, sia con riferimento ai vizi delle prestazioni rese e nel frattempo eseguite sia in relazione al trattamento giuridico dei terzi che avevano acquisito diritti in forza del contratto.

Prima prospettazione

Le sezioni unite affrontano la questione antecedente al d.lgs. n. 80 del 1998, nonché alla legge n. 205 del 2000, definendo i principi giurisprudenziali allora consolidati e ripartiti su tre tesi argomentative (5):

1) il contratto concluso rientra all'interno di un rapporto essenzialmente di diritto privato (fonte di re-

ciproche obbligazioni e diritti soggettivi) e, pur in presenza di un soggetto qualificato per le finalità di pubblico interesse, la tutela è affidata agli organi della giurisdizione ordinaria;

- 2) prima della fase di aggiudicazione l'amministrazione committente conserva poteri cogenti potendo interferire favorevolmente o sfavorevolmente sulla procedura di selezione pubblica, evidenziando una posizione di tutela (della parte incisa che assume natura e consistenza di interesse legittimo) davanti al giudice amministrativo;
- 3) l'interesse va dimensionato sia come pretensivo (all'aggiudicazione) che come oppositivo (all'annullamento della gara), trovando tutela – nella giurisdizione generale di legittimità – ogni sequenza procedimentale, con il limite segnato al momento di conclusione del contratto, con effetti vincolanti per entrambe le parti.

In questo quadro di riferimento, l'azione diretta a ottenere la declaratoria di nullità o l'annullamento delle operazioni di gara per vizi della volontà o per altre cause previste dagli artt. 1418 e segg. c.c. rientravano nella cognizione del giudice ordinario, riguardando la validità di un rapporto negoziale di natura privatistica (6).

Seconda prospettazione

A seguito della legge n. 205 del 2000 (7), le sezioni unite precisarono che il concetto di pubblico servizio doveva essere inteso come prestazione resa da un soggetto pubblico (o privato che al primo in forza di vari meccanismi giuridici si sostituisca) alla generalità degli utenti, mentre esulavano da tale nozione le prestazioni rese in favore dell'amministrazione, e comunque del gestore per garantirgli l'organizzazione del servizio (8).

Più intensamente, si aderiva alla opzione ermeneutica c.d. "privatistica" che devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, avuto riguardo alla sola fase pubblicistica dell'appalto ed escludendo la fase successiva di esecuzione del rapporto: in questa seconda fase resta operante la giurisdizione del giudice ordinario (9).

(4) Nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, si è distinta una fase pubblicistica dell'appalto rispetto a una fase successiva (all'evidenza pubblica) dell'esecuzione del rapporto-contratto, in questa fase opera la giurisdizione del giudice ordinario.

(5) Vedi, MANZI, *I contratti nel giudizio amministrativo: problemi e scenari a cent'anni dalla istituzione della V sezione del Consiglio di Stato*, in "www.giustizia-amministrativa.it", dove si analizza la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di contratti alla luce delle sentenze nn. 204/2004 e 191/2006 della Corte Costituzionale, inquadrando l'ambito sull'ultima "tendenza a considerare tramontata la figura dell'interesse legittimo – e, con ciò, anche lo stesso criterio della *causa petendi* – quale figura utile per la delimitazione della giurisdizione del giudice amministrativo, e a prendere come riferimento ai fini del riparto unicamente – o essenzialmente – il criterio della materia".

(6) Cass., sez. un., 1507/1987.

(7) È noto che l'articolo 7, comma 1, delimita *de visu* la giurisdizione amministrativa per tutte le controversie in materia di pubblici esercizi, precisando al contempo che "Tali controversie sono, in particolare quelle: (...) e) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, di servizi e forniture svolti da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie".

(8) Cass., sez. un., nn. 7461/2004; 1997/2003; 10726/2002.

(9) Si acclarava l'ininfluenza degli atti amministrativi, capaci di

Andando oltre a questa scia e volendo aderire a una lettura c.d. "pubblicistica" (10), si giungeva al punto di ritenere estese al giudice amministrativo le controversie di carattere e contenuto esclusivamente patrimoniale, scollegate ad interessi generali, afferenti tuttavia a questioni relative all'esecuzione dei contratti, posizione poi dichiarata non compatibile con il precetto dall'articolo 103 Cost., che ha quindi dichiarato parzialmente illegittimo il menzionato art. 33 del d.lgs. 80/1998, come recepito dall'art. 7 della legge 205/2000: il discrimine tra le giurisdizioni non può essere posto con riferimento a una materia, ma in relazione all'atteggiarsi della p.a. quando agisce quale autorità (accordando tutela alle posizioni di diritto soggettivo del cittadino dinanzi al giudice amministrativo quando opera *ex lege* in sede di giurisdizione esclusiva) (11).

In questa ultima posizione (giurisdizione esclusiva), per esigenze di unitarietà e concentrazione, al cittadino viene garantita pienezza di tutela attraverso un unico giudizio soltanto per le posizioni di diritto soggettivo fatte valere, che si collocano in un'area di rapporti nella quale la p.a. agisce attraverso poteri autoritativi, ovvero si avvalga della facoltà riconosciuta dalla legge di adottare strumenti negoziali (gli accordi con la prevalenza dell'aspetto pubblicistico del rapporto, i c.d. "contratti a evidenza pubblica") (12) in sostituzione del potere autoritativo, *ex art.11 della legge 241 del 1990* (13).

La fase pubblicistica

La formazione della volontà dispositiva si manifesta solo nella fase pubblicistica, nella quale viene temperato l'interesse pubblico attraverso l'utilizzo della discrezionalità nella scelta dei mezzi per perseguire l'obiettivo a cui è immanentemente preposta la p.a., in ossequio alle regole procedurali che iniziano con l'avvio del

procedimento, la fase della pubblicità, e si conclude con l'aggiudicazione che individua il contraente.

Infatti, la giurisdizione del g.a. non si esaurisce con il provvedimento di definitiva aggiudicazione, residuando in capo all'amministrazione appaltante, anche nella fase successiva al predetto provvedimento, una serie di poteri autoritativi dei quali la revoca dell'aggiudicazione stessa è l'esempio paradigmatico. Ciò vuole significare che la p.a. mantiene un potere unilaterale decisionale sino al momento della stipulazione (14).

Invero (confermando la tesi), il procedimento di formazione della volontà contrattuale della p.a. non si svolge integralmente ed esclusivamente sul piano del diritto privato. Si articola invece in due serie di atti: la prima (c.d. "serie negoziale") costituita da atti civilistici; la seconda (c.d. "serie procedimentale") composta da atti amministrativi, quali la deliberazione a contrarre, l'approvazione o il diniego o la revoca dell'approvazione, la registrazione e il visto, ovvero il diniego degli stessi, atti che, avendo natura provvedimentale, sono sindacabili da parte del giudice amministrativo (15).

Queste operazioni necessarie per giungere all'aggiudicazione e alla stipulazione del contratto sono sequenziate in modo puntuale dagli articoli 11 e 12 del codice dei contratti pubblici, costituendo il raccordo necessario tra la fase pubblicistica procedimentale (*ex ante*) e quella privatistica e negoziale (*ex post*) e delimitando i poteri discrezionali della stazione appaltante, nella specie del responsabile del procedimento.

È dunque con la stipulazione del contratto d'appalto che può considerarsi instaurato il vincolo contrattuale tra le parti; nella fase immediatamente precedente alla stipula del contratto la posizione dell'amministrazione appare diversificata rispetto alla posizione del privato contraente: per quest'ultimo, infatti, esiste un vero e proprio obbligo giuridico di prestarsi alla stipulazione, mentre per l'amministrazione, invece, esiste l'obbligo di concludere il procedimento attivato, ma la stessa possiede il potere discrezionale in ordine al contenuto della sua determinazione e la facoltà di non addivenire alla stipulazione per motivi di interesse pubblico, non essendo il procedimento ancora concluso. Tuttavia, l'amministrazione non può rimanere inattiva, ma ha l'obbligo di determinarsi in ordine alla stipula o meno del contratto entro i termini fissati dal legislatore (16).

incidere la fase prenegoziale, sul rapporto, Cass., sez. un., nn. 17829 e 17830/2007; 4427/2007; 4116/2007.

(10) Cass., sez. un., 72/2000.

(11) Corte Costituzionale, sentenza n. 204 del 2004.

(12) Per altri versi, cfr. l'art. 1, comma 1-bis, della legge 241 riformata: "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente", abilitando la p.a. all'utilizzo di strumenti negoziali atipici per la realizzazione degli interessi pubblici: "i soggetti pubblici godono di una capacità generale di diritto privato, che li abilita a concludere ogni tipo di contratto, salva la sola valutazione di compatibilità con le finalità istituzionali assegnate al singolo ente", Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587.

(13) Attese le finalità pubblicistiche del contratto, vedi T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 4 dicembre 2007, n. 6538.

(14) T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 10 aprile 2007, n.1564.

(15) Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6471.

(16) Determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici n. 24 del 2 ottobre 2002, dal titolo "Verbale di aggiudica-

Queste considerazioni devono portare a una conclusione certa sul momento che delimita un'attività discrezionale, seppur vincolata, da quello di inizio di una nuova fase che si distingue dal confine estremo della fase pubblicistica, del resto evidenziato dalla stessa formulazione letterale dei ricordati artt. 6 e 7, comma 1, lett. a), della legge 205 del 2000, laddove limita l'ambito della giurisdizione esclusiva alle sole "procedure di affidamento di appalti" con conseguente implicita esclusione della cognizione di tutti gli atti successivi alla loro conclusione (17).

L'aggiudicatario definitivo è titolare di una posizione giuridica evidentemente qualificata (di interesse) di poter interloquire con l'amministrazione, rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico, concreto e attuale, alla cui unica cura deve essere indirizzata la potestà pubblica; una volta sottoscritto il contratto vengono meno le garanzie pubblicistiche e si avvia la fase dell'esecuzione della prestazione e dei reciproci obblighi (decade la visione pubblicistica).

La seconda fase

La seconda fase strettamente connessa con la precedente, e a essa consequenziale, ha inizio con la sottoscrizione del contratto e prosegue con tutte le vicende in cui si articola la sua esecuzione: le parti assumono reciproci diritti soggettivi e obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto secondo le regole del diritto comune.

In questo "spartiacque" viene segnato l'arretramento della giurisdizione amministrativa per far posto a quella ordinaria, nel cui ambito rientra con la disciplina posta dagli artt. 1321 e segg. c.c., comprendendo non soltanto quella positiva sui requisiti (artt. 1325 e segg.) e gli effetti (artt. 1372 e segg.), ma anche l'intero spettro delle patologie e inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee e/o alla stessa sopravvenute: i vizi della fase pubblicistica possono incidere sul negozio sottoscritto nei soli casi in cui il diritto positivo privato possa riconoscerli come precisi vizi del contratto.

Le sezioni unite giungono a distinguere concretamente i due momenti indipendenti quanto alla validità: una prima fase pubblicistica, di competenza del giudice amministrativo, e una fase di esecuzione, rientrante

nella giurisdizione civile. Il venir meno di un elemento fondamentale costitutivo della volontà dell'amministrazione (tipico della prima fase) condiziona l'efficacia del successivo contratto, di modo che il contratto diviene inefficace se uno degli atti del procedimento viene meno per una qualsiasi causa (18).

Possiamo affermare che nella fase di esecuzione la p.a. è nell'ambito di un rapporto privatistico, spogliata dei poteri autoritativi, e se quindi il giudice amministrativo può sindacare l'iter amministrativo secondo i canoni fondamentali dell'ordinamento giuridico in correlazione con i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, valutando la correttezza del *modus procedendi* nella specie seguito, questa cognizione esclusiva di legittimità viene preclusa agli atti di esecuzione conseguenti all'aggiudicazione: dopo la stipulazione ogni sindacato del giudice amministrativo non può spingersi sino alla dichiarazione di inefficacia del contratto se non esorbitando dall'ambito della propria giurisdizione, limitata dagli artt. 6 e 7 della legge 205/2000 "alle procedure di affidamento di appalti pubblici" (19).

I rilievi, a margine, della Corte di Cassazione

Una volta esclusa la giurisdizione di legittimità sulla fase di esecuzione del contratto, la Corte si sofferma sulla declaratoria di inefficacia invocata dal giudice amministrativo di appello che ha rigettato la declaratoria di nullità del contratto pronunciata dal giudice di prime cure, quale conseguenza necessaria dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione "in forza del rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura di gara e il contratto successivamente stipulato".

Più precisamente, viene contestato il fatto di essersi

(18) Cass. 5 aprile 1976, n. 1197. *Idem* sentenza n. 20504/2006, dove viene dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda volta a ottenere la dichiarazione di nullità o l'annullamento del contratto a seguito dell'annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente.

(19) L'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione travolge il contratto che ne costituisce il successivo svolgimento: la tesi della intangibilità del contratto stipulato nelle more del giudizio sulla legittimità dell'aggiudicazione equivarrebbe a porre nel nulla quel *dictum* giurisdizionale la cui esecuzione comportasse il diritto del ricorrente a conseguire l'appalto, e quindi anche il giudicato che su di esso dovesse successivamente intervenire; ma tali effetti, indubbiamente riduttivi della tutela giurisdizionale, non pare possano determinarsi in assenza di specifiche disposizioni di legge, e ciò anche a voler trascurare evidenti implicazioni di costituzionalità, in relazione all'art. 113, comma 2 (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 31 gennaio 2008, n. 448).

zione e perfezionamento contratto".

(17) Cass., sez. un., nn. 1142/2007; 9601/2006; 4508/2006; 13296/2005.

spinti a giudicare sugli effetti del negozio piuttosto che sul corretto esercizio del potere di annullamento, giacché tale valutazione costituisce una questione di merito relativa alla verifica della validità e della perdurante efficacia del contratto di appalto inibita al giudice adito (20).

Per la verità il Consiglio di Stato (seppure a questi precluso) aveva elencato le diverse posizioni della giurisprudenza amministrativa e di quella ordinaria sulla sorte del contratto nonché dei diritti e obblighi dallo stesso derivanti in seguito all'annullamento del provvedimento che ne costituisce il presupposto (tesi accomunate dal medesimo presupposto: una vicenda propria dell'atto negoziale rientrante nel sistema delle inefficacie-invalidità significativamente disciplinate dal codice civile in forza delle quali non se ne producono gli effetti perseguiti, o questi vengono a cessare) (21) così visti:

a) declaratoria di nullità assoluta (22);

b) mera annullabilità invocabile soltanto dall'amministrazione committente ex artt. 1441 e 1442 c.c. (23), con le seguenti tesi intermedie: b1) la caducazione automatica per il venir meno, con efficacia *ex tunc*, del requisito della legittimazione a contrarre o di uno dei presupposti di efficacia del negozio (24); b2) la ineffi-

cazia sopravvenuta del contratto, a sua volta giustificata in base a istituti diversi (25), che da una parte comportano il travolgimento dei diritti acquisiti dai terzi per effetto dell'atto negoziale, dall'altra consentono la salvezza di quelli acquistati in buona fede (26). L'inefficacia è da intendersi come inidoneità funzionale in cui venga a trovarsi il programma negoziale per l'incidenza *ab externo* di interessi giuridici di rango superiore incompatibili con l'interesse negoziale, nel qual caso l'ordinamento è chiamato a risolvere un problema di contrasto con situazioni effettuali; in tali casi non viene in rilievo l'atto sotto il profilo genetico (validità o invalidità), bensì la sua efficacia (27).

Le conclusioni delle sezioni unite

Prima di avviarsi alle conclusioni, si perviene a stabilire che il giudice ordinario possa, in relazione alle irregolarità amministrative presenti, pronunciarsi sulla: a) radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica (o di vizi che ne affliggono singoli atti); b) mancanza legale provocata dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione perché nella materia il criterio di riparto delle giurisdizioni non è fondato sul grado e i profili di connessione tra dette disfunzioni e il sistema delle invalidità-inefficacie del contratto.

Inoltre, viene rammentato dalla Corte che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è rinvenibile sia sulla separazione imposta dall'articolo 103, comma 1, Cost., tra il piano del diritto pubblico (e del procedimento amministrativo) e il piano negoziale, interamente retto dal diritto privato, sia per i richiami espressi dall'articolo 244 del codice dei contratti pubblici; "tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della nor-

(20) Significa, in altro modo, pronunciare intorno alla ricorrenza o meno delle *condiciones juris*, incidenti sulla sua giuridica esistenza e validità iniziale, nonché sul perdurare degli effetti legati al sinallagma funzionale (Cass., sez. un., nn. 6743/2005; 5179/2004; 931/1999, nonché 5941/2004; 12629/2006).

(21) In questo caso viene evidenziato che a volte è la stessa legge a escludere che l'annullamento degli atti di gara possa incidere sul contratto stipulato, come ha fatto l'art. 14 d.lgs. 190 del 2002 per le procedure di progettazione, approvazione e realizzazione delle infrastrutture e insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale. È l'ipotesi che stabilisce un risarcimento degli interessi o diritti lesi per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica.

(22) Cons. Stato, sez. V, nn. 1218/2003; 6281/2002; Cass. n. 193/2002.

(23) Cass. nn. 11247/2002; 2842/1996; Cons. Stato, sez. VI, n. 570/2002.

(24) L'annullamento in sede giurisdizionale o a seguito di autotutela o di ricorso giurisdizionale comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto di appalto successivamente stipulato, in forza del rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura di gara e il contratto successivamente stipulato. L'inefficacia successiva, al pari della nullità successiva, agisce retroattivamente ma, differentemente dalla seconda, incontra il duplice limite delle situazioni soggettive che si siano già consolidate in capo ai terzi fino alla domanda volta a far dichiarare l'inefficacia (ex artt. 1452, 1458, comma 2, 1467 e 2901 c.c.) e delle prestazioni già eseguite nei negozi di durata (Cons. Stato, sez. V, nn. 41/2007 e 3464/2004; IV, 6666/2003; VI, 2992/2003; Cass. 12629/2006; T.A.R. Veneto,

sez. I, 14 maggio 2007, n. 1461; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 29 marzo 2007 n. 944; T.A.R. Sardegna, sez. I, 20 luglio 2007, n. 1674; T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 16 marzo 2007, n. 499; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 6 febbraio 2008 n. 90; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 23 gennaio 2008, n. 483).

(25) Dall'annullamento in sede giurisdizionale degli atti di una gara di appalto consegue la declaratoria di inefficacia – e non la nullità – del contratto *medio tempore* stipulato (Cons. Stato, sez. VI, nn. 4295/2006; V, 5196/2005 e 6759/2005; 3463/2004; Cass. 6450/2004; T.R.G.A., sez. Bolzano, 8 gennaio 2007, n. 5).

(26) Cons. Stato, sez. V, 1591/2006; 5194/2005; 7346/2004; 3465/2004.

(27) Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490.

mativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”; per quanto riguarda la successiva fase contrattuale, soltanto quelle “relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, quelle relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'art. 115, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'art. 133 commi 3 e 4” (28).

Va anche evidenziato, a questo punto, che il criterio di riparto della giurisdizione da applicare non può che essere quello generale del cosiddetto *petitum* sostanziale, che ha riguardo alla natura della posizione giuridica soggettiva di cui si chiede tutela nei confronti della pubblica amministrazione, ovvero il diritto soggettivo alla prosecuzione e/o all'affidamento del servizio (piuttosto di limitarlo per blocchi di materia, con una luce riservata al “rapporto” più che al “provvedimento”), segnando ora un nuovo limite che corrisponde alla distinzione delle fasi negoziali (prima o dopo la stipula del contratto) (29).

A tale osservazioni, la Suprema Corte ha chiarito che appartengono alla giurisdizione ordinaria le controversie in materia di risoluzione dei contratti stipulati dalla p.a., anche quando siano emanati provvedimenti amministrativi, che esprimono in realtà poteri essenzialmente privatistici, in quanto attinenti a posizioni di diritto soggettivo, non incise né degradate dai medesimi provvedimenti (30).

Il principio ricavabile dalle argomentazioni poste giunge a statuire che spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta a ottenere tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o l'annullamento del contratto di appalto, a seguito dell'annullamento della procedura di gara atteso che la controversia attiene all'esecuzione del contratto del quale le par-

ti chiedono di accertare un aspetto patologico, al fine di impedirne l'adempimento (31). Le situazioni giuridiche soggettive delle quali si chiede l'accertamento negativo hanno consistenza di diritti soggettivi pieni, e il giudice è comunque chiamato a verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui l'atto negoziale (caratterizzato dall'autonomia privata che ha forza di legge tra le parti) è sorto, ovvero è destinato a produrre i suoi effetti tipici (32): il provvedimento di aggiudicazione “segna il momento terminale dell'esercizio della fase pubblicistica”, sicché nella fase successiva concernente l'esecuzione del rapporto resta operante la giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti e degli obblighi di ciascun contraente (33), mentre in presenza dell'autoritatività antecedente alla stipulazione dell'atto vige la giurisdizione del giudice amministrativo (sfera pubblicistica ricomprendendo la categoria concettuale della c.d. “evidenza pubblica”, finalizzata a formare la volontà contrattuale del soggetto pubblico), secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale, fino al momento della conclusione del contratto che viene definito lo “spartiacque” (34).

Una volta concluso il contratto (ed eseguita la prestazione), il giudice amministrativo può solo limitarsi alla valutazione degli atti propedeutici alla stipula, e qualora il contratto abbia prodotto *medio tempore* gli effetti, esaurita cioè la seconda fase, al giudice non compete alcuna pronuncia di caducazione o di atti di ritiro, es-

(28) Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 21 febbraio 2008, n. 562. Vedi, TARULLO, *La giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione: la soluzione delle sezioni unite non persuade*, in “www.giustamm.it”, 2008, n. 1. Cass., sez. un., nn. 21292, 21293 e 21294/2005; 18126/2005; 1996/2003.

(29) T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 12 febbraio 2008, n. 704. Si rinvia alla sentenza della Corte Cost. n. 204/2004 (e n. 191/2006) dove si afferma la centralità della *causa petendi* e dell'interesse legittimo quale criterio di riparto. Si rinvia a CARINGELLA (a cura), *Il riparto di giurisdizione*, Milano, vol. I, 2005.

(30) Cfr. Cass. civ., sez. un., 12 giugno 2006, n. 13527; Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2202; T.A.R. Molise, Campobasso, 8 novembre 2006, n. 961; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 24 gennaio 2007, n. 492.

(31) Vedi SCOCA, *La Cassazione “mette le mani” sugli appalti pubblici. Nota a Cass. ss. uu. civ., sentenza 28 dicembre 2007, n. 27169*, in “www.giustamm.it”, 2008, n. 2, che conclude “l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario deriva da una tanto semplice quanto importante constatazione, ossia che «il contratto di appalto comunque concluso dà vita ad un rapporto essenzialmente di diritto privato». Resta però tutt'ora irrisolto il problema della sorte del contratto, problema di non poco conto in quanto effettivamente non consente all'aggiudicatario pretermesso di ottenere una giustizia sostanziale”.

(32) Tesi coerente con la decisione n. 24658/2007 delle sezioni unite che ha recepito la caducazione automatica del successivo contratto stipulato con l'impresa vincitrice della gara in quanto, nella fattispecie esaminata, la sentenza del Consiglio di Stato gravata dal ricorso si era limitata ad annullare il provvedimento di aggiudicazione senza emettere alcuna statuizione in ordine alla successiva vicenda contrattuale. In questa sentenza si riconferma il riparto delle giurisdizioni delineato dagli artt. 6 e 7 della legge 205/2000, ammettendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a pronunciare in ogni momento l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, ritenendo al riguardo ininfluenza l'intero effetto-vicenda negoziale da esso derivato (Cass., sez. un., nn. 4508/2006; 13296/2005; 5179/2004).

(33) Cass., sez. un., n. 24668/2007.

(34) Cass. civ., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 11465.

sendo la fase esecutiva del rapporto priva di autonomia propria, in quanto destinata a subire gli effetti del vizio che inficia il provvedimento amministrativo cui è collegata, nonché a restare immediatamente travolta in conseguenza del suo annullamento (35).

Spetta allora al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta a ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto, a seguito di annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente, adottata all'esito di una procedura di evidenza pubblica, posto che, in ciascuno di questi casi, la controversia non ha come oggetto i provvedimenti riguardanti la predetta scelta, bensì il successivo rapporto di esecuzione che si concreta nella stipulazione del contratto di appalto, del quale i soggetti interessati chiedono di accertare un aspetto patologico, al fine di impedirne l'adem-

pimento (36): stipulato il contratto in tutti i suoi elementi costitutivi (scambio di volontà in forma scritta), il documento negoziale acquista una propria autonomia (37) che lo rende indipendente dalla precedente fase pubblicistica dell'evidenza pubblica con la quale viene celebrato il contenuto dispositivo tra le parti (a seguito dell'accettazione della proposta-offerta contrattuale in sede di aggiudicazione definitiva, secondo i dettami del codice dei contratti pubblici) (38).

(35) L'annullamento dell'aggiudicazione ha effetti anche sul contratto di appalto nelle more stipulato, nel senso che esso resta automaticamente e immediatamente caducato, senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell'amministrazione, in conseguenza della pronunciata inefficacia del provvedimento amministrativo *ex tunc* travolto dall'atto giurisdizionale (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, 13 dicembre 2006, n. 14329).

(36) T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 6 febbraio 2008 n. 1069.

(37) Il contratto per regola generale (*ex art. 1372 c.c.*) ha forza di legge tra le parti e non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge; vedi sul punto l'articolo 21-*sexies* della legge 241/1990, ove si prevede che il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso "nei casi previsti dalla legge o dal contratto".

(38) Il consenso è manifestato autonomamente in sede di stipula, *ex articolo 11, comma 7, del codice dei contratti pubblici, d.lgs. n.163/2006.*