



# Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN  
COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO-GIURIDICA

CICLO XXI

COORDINATORE Prof. MANFREDINI ARRIGO

GLI EFFETTI DELL'ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE  
SUL CONTRATTO MEDIO TEMPORE STIPULATO

Settore Scientifico Disciplinare IUS/10

**Dottorando**

Dott.ssa BENETAZZO CRISTIANA

---

*(firma)*

**Tutore**

Prof. COEN LEOPOLDO

---

*(firma)*

Anni 2006/2008



## INDICE

	<i>Pag.</i>
INTRODUZIONE.....	1
1. La <i>vexata quaestio</i> della qualificazione della patologia contrattuale conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione .....	1
2. Le tesi dottrinali e giurisprudenziali a confronto .....	3
3. Le ragioni del dibattito .....	6
4. Il programma della presente ricerca .....	13

### CAPITOLO I

#### LA NATURA GIURIDICA DELL'AGGIUDICAZIONE

	<i>Pag.</i>
1. Premessa: definizione di "aggiudicazione" e distinzione tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva. ....	16
2. La tesi tradizionale della duplice natura dell'aggiudicazione; in particolare, l'aggiudicazione come atto amministrativo conclusivo del procedimento di scelta del contraente, consistente nell'accertamento, di natura costitutiva, dell'offerta migliore. . . .	22
3. (segue): l'aggiudicazione come atto privatistico di manifestazione della volontà di concludere il contratto; fondamento di tale ricostruzione sull'art. 16, comma 4, del R.D. n. 2440/1923. Precisazioni della giurisprudenza sulla portata di tale teoria: sua applicabilità limitatamente ai casi di asta e di licitazione privata; inapplicabilità nei casi di appalto-concorso e di trattativa privata .....	26
4. La concezione dell'aggiudicazione in termini di solo atto amministrativo: contrasto del principio dell'equivalenza del verbale di aggiudicazione al contratto con la normativa sui lavori pubblici e con le norme che prevedono il carattere non definitivo	

dell'aggiudicazione (in particolare, la c.d. normativa "antimafia") . . . . .	31
5. La determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 2 ottobre 2002, n. 24: l'affermazione della necessità, ai fini della formazione del vincolo negoziale, della formale stipulazione del contratto. I fondamenti normativi e giurisprudenziali di tale determinazione. . . . .	37
6. Critica dell'impostazione dell'Autorità di vigilanza e dell'orientamento che afferma la natura (solo) amministrativa dell'aggiudicazione. . . . .	41
7. Considerazioni conclusive: accoglimento della tesi tradizionale che afferma la natura (anche) contrattuale dell'aggiudicazione nei casi di asta e di licitazione privata . . . . .	49

## CAPITOLO II

### LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA CIVILE TRA ANNULLABILITA' E NULLITA'

	<i>Pag.</i>
1. Premessa: l'individuazione degli effetti dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto deve essere compiuta muovendo dall'analisi dei diversi filoni interpretativi registratisi in argomento. Programma della ulteriore ricerca. . . . .	59
2. La tesi tradizionale dell'annullabilità del contratto <i>ex art. 1441 c.c.</i> e le sue differenti ipotesi ricostruttive: l'annullabilità per incapacità a contrattare della p.A. (art. 1425, primo comma, c.c.); l'annullabilità per vizi del consenso (artt. 1427 e ss. c.c.); l'annullabilità per difetto di legittimazione negoziale della p.A., come ipotesi concreta di incapacità rispetto allo specifico negozio, pur a fronte di una generale capacità giuridica e di agire del soggetto pubblico . . . . .	64
3. (segue): la soluzione elaborata da SANDULLI (quale variante alla tesi dell'annullabilità relativa): l'inefficacia <i>ex art. 1398 c.c.</i> . . . . .	71

4. La tesi della nullità assoluta nelle sue due diverse prospettazioni: la nullità “strutturale” per mancanza del consenso (artt. 1418, comma 2, e 1325, n. 1, c.c.); la nullità per violazione di “norme imperative” (art. 1418, primo comma, c.c.) . . . . .	73
5. Vantaggi e limiti delle ricostruzioni proposte. In particolare, le critiche mosse alla tesi tradizionale dell’annullabilità: anomalia di un sistema nel quale sia solo l’Amministrazione a poter lamentare la violazione delle norme ad evidenza pubblica per ottenere la caducazione del contratto; elusione del principio di effettività della tutela giurisdizionale; scarsa fedeltà al sistema codicistico; artificiosità della distinzione tra fase amministrativa di scelta del contraente e fase negoziale; inconciliabilità di tale soluzione con il principio di concentrazione della tutela che caratterizza la giurisdizione esclusiva del g.a. sulle controversie in materia di procedure di aggiudicazione (artt. 6 e 7 della legge 205/2000). . . . .	83
6. (segue): Le ragioni del rigetto della tesi della nullità assoluta: effetti negativi, sul piano della certezza dei rapporti giuridici, derivanti dal carattere di assolutezza, insanabilità, imprescrittibilità dell’azione di nullità; mancanza di sistematicità della teoria in esame; eccessiva dilatazione della nozione di nullità virtuale (che non potrebbe discendere dalla violazione di mere norme precettive, ma dalla sola violazione di norme proibitive) . . . . .	90

### CAPITOLO III

#### LE TESI “GIUSPUBBLICISTICHE” E LE PROSPETTIVE PER UNA SOLUZIONE DEL PROBLEMA

	<i>Pag.</i>
1. Premessa: la giurisprudenza del giudice amministrativo sulla sorte del contratto <i>medio tempore</i> stipulato; divisibilità di essa in due periodi . . . . .	106

2. Mancanza di una riflessione giuridica particolarmente approfondita nella giurisprudenza antecedente alla riforma del processo amministrativo del 2000 . . . . .	108
3. La giurisprudenza successiva alla legge n. 205/2000 dà vita a due distinti filoni interpretativi: l'uno in favore della nullità del contratto, l'altro a sostegno della "caducazione" o "inefficacia" del contratto; esame dell'orientamento che aderisce alla tesi della nullità. . . . .	111
4. (segue): la tesi della caducazione "automatica". . . . .	115
5. (segue): la tesi della inefficacia sopravvenuta relativa . . . . .	127
6. L'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1328/2008, che ha rimesso la questione della sorte del contratto all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. . . . .	130
7. Esame critico delle tesi "giuspubblicistiche": rinvio, per quanto riguarda la tesi della nullità, al Capitolo II; inconciliabilità della tesi dell'inefficacia e/o caducazione con la tradizionale concezione gianniniana dell'evidenza pubblica; impossibilità di ricondurre alla categoria dell'inefficacia – la quale nell'ordinamento civile indica la sola conseguenza della perdita degli effetti di un negozio giuridico in alcune fattispecie tipicamente previste – la causa dell'originaria o sopravvenuta inidoneità del negozio a produrre i suoi effetti; dubbio fondamento dogmatico e positivo di una causa di inefficacia relativa non codificata dall'ordinamento; profili di possibile illegittimità costituzionale dell'art. 14 del D.Lgs. n. 190/2002. . . . .	137
8. Le prospettive per una soluzione del problema alla luce della natura giuridica dell'atto di aggiudicazione: la possibilità di considerare nullo il contratto quando l'aggiudicazione, oggetto di annullamento, assuma anche valenza negoziale e di ritenerlo, invece, annullabile qualora l'aggiudicazione rivesta solo valore provvedimentoale. . . . .	158
BIBLIOGRAFIA . . . . .	184





## INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. La *vexata quaestio* della qualificazione della patologia contrattuale conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione. – 2. Le tesi dottrinali e giurisprudenziali a confronto. – 3. Le ragioni del dibattito. – 4. Il programma della presente ricerca.

1. – La tematica, oggetto del presente studio, delle possibili interferenze tra illegittimità della procedura ad evidenza pubblica ed invalidità del contratto costituisce un aspetto centrale, a tutt'oggi problematico, nella disciplina dei contratti ad evidenza pubblica.

L'eventualità che uno o più atti amministrativi inseriti nella fase pubblicistica sia viziato induce a chiedersi se e come le illegittimità procedurali, accertate in sede giurisdizionale, possano incidere sulla validità del contratto stipulato nelle more del giudizio tra l'Amministrazione e l'impresa illegittimamente selezionata; e tale problematica assume particolare rilievo per l'aspirante contraente che, illegittimamente escluso all'aggiudicazione, abbia ottenuto l'annullamento di essa in sede giurisdizionale.

La rilevanza pratica – oltre che scientifica – dell'argomento è testimoniata, peraltro, dalla cospicua elaborazione giurisprudenziale intervenuta nel tempo, ed in questi ultimi anni contrassegnata da significative pronunce del giudice amministrativo in tema di appalti pubblici, cui si farà cenno nel prosieguo <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Va ricordato fin d'ora che le predette questioni – unitamente ad altre connesse – hanno formato oggetto di rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato mediante tre ordinanze:

Al contempo, la problematica in esame investe delicate questioni di teoria generale in cui sono compresenti profili pubblicistici e profili civilistici, intrecciati in un rapporto di

- 
- la prima, del Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3355 (in *Contratti Stato Enti Pubblici*, 2004, p. 595 ss.), sulla quale non è intervenuta pronuncia di merito da parte del Collegio adito, stante l'intervenuta rinuncia al ricorso;
  - la seconda, del Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giurisdizionale, 8 marzo 2005, n. 104 (in *Giur. It.*, 2005, p. 1729 ss.), in ordine alla quale l'Adunanza Plenaria ha ritenuto irrilevanti i quesiti formulati, avendo riformato la pronuncia di primo grado di annullamento dell'aggiudicazione e ritenuto legittimo tale provvedimento;
  - la terza, del Consiglio di Stato, Sez. V, 28 marzo 2008, n. 1328 (in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)), che ha riproposto le argomentazioni recate a sostegno delle due precedenti ordinanze e sulla quale si è pronunciata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione del 30 luglio 2008, n. 9 (consultabile in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)).

Le questioni rimesse all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (su cui *infra*, Capitolo III, § 6) investivano segnatamente: la sorte del contratto (se esso sia annullabile, nullo od inefficace); l'individuazione del soggetto legittimato a far valere siffatte patologie del negozio (se la sola Amministrazione; o chiunque vi abbia interesse; o i soli soggetti che hanno agito in giudizio); l'individuazione del giudice competente a conoscere delle questioni relative alla validità ed efficacia del contratto d'appalto ed a pronunciare le relative decisioni (costitutive e dichiarative); la determinazione del tipo di domanda o di azione proponibile (se l'annullamento o la nullità debbano essere oggetto di specifiche domande; se l'aggiudicazione possa essere oggetto solo di annullamento o se quest'ultimo possa comportare anche la reintegrazione in forma specifica o solo il risarcimento per equivalente).

L'Adunanza Plenaria si è, però, pronunciata solo sulle questioni di ordine processuale oggetto di remissione, dichiarando il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda volta a far accertare – con efficacia di giudicato – l'avvenuta caducazione del contratto d'appalto a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione della gara, e disponendo che sulle altre questioni controverse tra le parti si pronunci la Sezione rimettente (sulla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2008 si veda, più ampiamente, quanto osservato nella nota 366).

interdipendenza, che non ne consente una univoca riconduzione all'area del diritto privato od a quella del diritto amministrativo <sup>(2)</sup>.

In assenza di indicazioni normative al riguardo, la giurisprudenza e la dottrina, per qualificare le ripercussioni delle illegittimità procedurali sul contratto ad evidenza pubblica, hanno prospettato differenti soluzioni interpretative alle quali non sembra inopportuno fare cenno fin d'ora <sup>(3)</sup>.

2. – L'orientamento tradizionale e più risalente della giurisprudenza ordinaria <sup>(4)</sup> afferma che il contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione illegittima è annullabile, e ciò ai sensi dell'art. 1425 o dell'art. 1427 del codice civile a seconda della catalogazione dogmatica del vizio alla quale si accede: incapacità a contrarre o difetto di legittimazione negoziale (ricondotti entrambi nell'ambito dell'art. 1425 c.c.); ovvero vizio del consenso. La conclusione viene raggiunta sulla base del rilievo che le norme che regolano le procedure ad evidenza

---

<sup>(2)</sup> Come è stato osservato da F. CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, reperibile presso il sito internet [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il problema delle conseguenze che l'annullamento degli atti di gara e, in particolare, dell'aggiudicazione produce sul contratto “*si annida in quello spazio grigio che congiunge fase procedimentale amministrativa e fase negoziale privatistica e tocca il confine che separa la giurisdizione di annullamento dalla realtà del contratto e quindi dalla giurisdizione civile*”.

<sup>(3)</sup> Tali diverse soluzioni interpretative, descritte approssimativamente in questa sede, saranno oggetto di specifica analisi nei Capitoli II e III del presente lavoro.

<sup>(4)</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, 17 novembre 2000, n. 14901, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, p. 2358; Id., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 518, con nota di U. SALANITRO e in *Contratti*, 1997, p. 128, con nota di C. MUCIO; su tale orientamento maggioritario della giurisprudenza civile ci si soffermerà nel Capitolo II.

pubblica sono preordinate alla corretta formazione della volontà contrattuale della p.A., cosicché una loro violazione implica un vizio nella formazione della volontà della p.A., senza sfociare in una patologia degli elementi essenziali del contratto. In tale prospettiva, si ritiene che l'annullabilità del contratto possa essere fatta valere solo ed esclusivamente dalla p.A., unica legittimata ad esperire la relativa azione ai sensi dell'art. 1441c.c..

Secondo una diversa impostazione <sup>(5)</sup>, la patologia del contratto stipulato sulla base di una aggiudicazione annullata sarebbe riconducibile alla nullità assoluta per mancanza originaria del consenso (*ex artt.* 1325, n. 1, e 1418, comma 2, c.c.) o per violazione di norme imperative (*ex art.* 1418, comma 1, c.c.), attesa la natura inderogabile delle disposizioni che regolano la selezione del contraente privato ai fini dell'affidamento di un appalto pubblico.

La prevalente giurisprudenza amministrativa <sup>(6)</sup>, ancor prima delle recenti riforme introdotte con il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 e con la legge 21 luglio 2000, n. 205 (che hanno esteso l'ambito della giurisdizione amministrativa esclusiva alle controversie aventi ad oggetto le procedure di affidamento degli appalti pubblici ed il novero dei pertinenti poteri di cognizione e di condanna), ha, invece, ricostruito la fattispecie in termini di caducazione del contratto per effetto dell'annullamento della presupposta aggiudicazione, negando così ogni ipotesi di invalidità del contratto.

E la stessa linea interpretativa – come si vedrà – è stata

---

<sup>(5)</sup> Anche su tale soluzione interpretativa ci si soffermerà nel Capitolo II.

<sup>(6)</sup> Si veda, in proposito, la giurisprudenza citata nelle note 229-237; gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa in merito alla problematica in esame saranno compiutamente esaminati nel Capitolo III.

confermata dalla giurisprudenza amministrativa, anche dopo la riforma del processo amministrativo, intervenuta, appunto, con la legge n. 205/2000.

In particolare, il Consiglio di Stato, Sez. VI, con le sentenze 5 maggio 2003, n. 2332 <sup>(7)</sup> e 30 maggio 2003, n. 2992 <sup>(8)</sup>, ha ricondotto la fattispecie di che trattasi nell'ambito della caducazione automatica, affermando l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione; e ciò sul presupposto dell'esistenza di un nesso di consequenzialità necessaria tra la sequenza procedimentale pubblicistica e la conseguente stipula del contratto, che implicherebbe, in analogia con la disciplina civilistica del collegamento negoziale, la caducazione del negozio dipendente (contratto), nel caso di annullamento di quello presupposto (aggiudicazione) <sup>(9)</sup>.

La IV Sezione del Consiglio di Stato, a partire dalla nota decisione 27 ottobre 2003, n. 6666 <sup>(10)</sup>, ha optato invece per la qualificazione della fattispecie in termini di inefficacia sopravvenuta relativa; secondo tale impostazione, l'inefficacia del contratto non si produrrebbe automaticamente, ma a seguito dell'iniziativa giudiziaria del contraente pretermesso e fatti salvi i diritti acquistati dai terzi di buona fede, in applicazione degli artt. 23, comma 2, e 25, comma 2, c.c..

A favore della tesi dell'inefficacia del contratto militano, secondo il più recente orientamento della magistratura amministrativa, non solo ragioni di carattere pratico ma anche un'ulteriore argomentazione sistematica ricavabile *a contrario*

---

<sup>(7)</sup> In *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2003, p. 1642.

<sup>(8)</sup> In *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2003, p. 1680.

<sup>(9)</sup> Anche tale orientamento della giurisprudenza amministrativa sarà esaminato nel Capitolo III.

<sup>(10)</sup> Su cui *infra*, Capitolo III, § 5.

dall'art. 14, comma 2, del D.Lgs. 20 agosto 2002, n. 190, come trasfuso nell'art. 246, comma 4, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Com'è noto, la citata disposizione ha espressamente escluso la “*caducazione*” del contratto <sup>(11)</sup>, quale conseguenza dell'annullamento e della sospensione dell'aggiudicazione, per i soli appalti relativi alle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale; la lettura *a contrario* operata dai giudici poggia sulla circostanza che per i contratti diversi da quelli oggetto dell'art. 14 cit., la conseguenza dell'eliminazione giudiziale del provvedimento di aggiudicazione sarebbe proprio la *caducazione* (*rectius*: perdita di efficacia) degli stessi, che la norma ha inteso evitare per gli appalti ricadenti nel suo ambito di applicazione.

3. – Tutte le tesi fin qui sommariamente descritte non sono andate esenti da critiche, delle quali pure si darà conto nel prosieguo <sup>(12)</sup> ed alle quali sembra comunque opportuno, in questa sede, accennare brevemente.

L'orientamento tradizionale della Cassazione che riconduce la fattispecie in esame allo schema civilistico dell'annullamento ha, innanzitutto, il limite di non considerare che la procedura ad evidenza pubblica non è solo preordinata a garantire gli interessi del contraente pubblico ma anche a tutelare le posizioni dei concorrenti, nella prospettiva di un accesso libero e competitivo

---

<sup>(11)</sup> In realtà, come si vedrà (*infra*, Capitolo III, § 7), la disposizione previgente (l'art. 14 del D.Lgs. n. 190/2002) parlava di “*risoluzione*”, da intendersi, tuttavia, come espressione tecnicamente usata dal legislatore per indicare la perdita di efficacia del negozio giuridico.

<sup>(12)</sup> Sulle critiche indirizzate a ciascuna delle soluzioni riferite ci si soffermerà nei Capitoli II e III.

alla contrattazione con la p.A. <sup>(13)</sup>.

Si è, poi, affermato – sempre con riguardo alla tesi dell’annullabilità – che il riservare alla sola stazione appaltante la legittimazione a richiedere l’annullamento del contratto, finisce col sacrificare l’esigenza di una tutela piena dell’impresa che ha ottenuto l’annullamento della aggiudicazione. E, sul piano sostanziale, si è, inoltre, rilevato che l’ascrizione dell’annullamento dell’aggiudicazione alle categorie dell’incapacità di contrattare o dei vizi del consenso risulta sprovvista di sufficienti riscontri positivi e di sicure indicazioni argomentative: non si chiariscono i caratteri costitutivi della presunta incapacità legale dell’Amministrazione e non si precisa il tipo di vizio della volontà nella specie riscontrato <sup>(14)</sup>.

Quanto alla tesi della nullità del contratto, essa è stata criticata – soprattutto – in quanto attribuisce ad un fatto sopravvenuto (l’annullamento dell’aggiudicazione) la valenza propria di un difetto originario del contratto (che caratterizza lo schema dell’invalidità radicale), con inaccettabili conseguenze sul piano della certezza dei rapporti giuridici, quali l’esposizione del contratto medesimo all’accertamento della sua nullità d’ufficio, senza limiti di prescrizione e da parte di chiunque vi abbia interesse <sup>(15)</sup>.

Con riguardo, infine, alle recenti ricostruzioni della giurisprudenza amministrativa, sostanzialmente riconducibili – seppure logicamente giustificate da argomenti e presupposti parzialmente diversi – all’inefficacia del contratto, si è rilevato

---

<sup>(13)</sup> Su tale limite della tesi tradizionale dell’annullabilità si veda, in particolare, il § 5 del Capitolo II.

<sup>(14)</sup> Anche su tali profili, si veda *infra*, il § 5 del Capitolo II.

<sup>(15)</sup> Sulle critiche mosse nei confronti della tesi della nullità, cfr., in particolare, il § 6 del Capitolo II.

come le stesse, sebbene abbiano il merito di valutare compiutamente gli interessi in gioco, dando giusto rilievo alla tutela dei diritti dei terzi in buona fede, conducano ad esiti non del tutto rassicuranti in ordine alla compatibilità di siffatta ricostruzione con le coordinate del sistema <sup>(16)</sup>.

In particolare, i dubbi che sostanzialmente si pongono, al riguardo, attengono: alla attualità o meno della nota distinzione gianniniana tra fase amministrativa e fase negoziale; alla possibilità o meno di pervenire ad una qualificazione dell'inefficacia del contratto senza porsi il problema di un inquadramento nell'ambito delle categorie civilistiche dell'invalidità o di quelle che, come la *condicio iuris* o la risoluzione per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità, in ogni caso conducono all'inefficacia del contratto; alla possibilità, infine, di affermare che la categoria del collegamento negoziale sia espressione di principi generali estensibili anche alla attività contrattuale della p.A. <sup>(17)</sup>.

Altra problematica rilevante nell'analisi della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione attiene alla effettiva dimensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, in particolare, alla estensione della sua cognizione anche agli effetti dell'annullamento

---

<sup>(16)</sup> Su tali obiezioni si vedano le considerazioni svolte nel Capitolo III, § 7.

<sup>(17)</sup> Tali incertezze della dottrina sono efficacemente espresse da F. CINTIOLI, op. cit., p. 5 e ss., il quale critica la teoria dell'inefficacia del contratto (sostenuta dalla prevalente magistratura amministrativa), sotto il profilo del metodo giuridico, rilevando che “*guardando alle esigenze più generali della comunità scientifica, in questo come in molti altri casi il pericolo di un'eccessiva frammentazione del discorso giuridico sta nella possibilità che ciascuno componga gli interessi in gioco sulla base di premesse liberamente determinabili, con l'effetto di inibire il dialogo scientifico con chi in tali premesse non si riconosca*”.

(dell'aggiudicazione) sul contratto di appalto; problematica che investe le ulteriori questioni relative alla sussistenza (o meno) di un sindacato diretto sulla validità ed efficacia del contratto da parte del giudice amministrativo (con la conseguente possibilità dello stesso di adottare pronunce costitutive) e all'ammissibilità nel giudizio amministrativo ordinario di una condanna ad un *facere* e, in particolare, all'aggiudicazione dell'appalto<sup>(18)</sup>.

Tali questioni, come già ricordato, hanno acquistato indubbiamente un nuovo e rinnovato vigore in relazione ai nuovi criteri di riparto della giurisdizione ed alle incisive riforme ordinamentali intervenute nel biennio 1998/2000.

In verità – come è stato rilevato<sup>(19)</sup> – il problema delle conseguenze che l'annullamento degli atti di gara e, in particolare, dell'aggiudicazione produce sul contratto non nasce con la devoluzione alla giurisdizione del giudice amministrativo delle controversie relative alle procedure di affidamento dei pubblici appalti di lavori, forniture o servizi; nondimeno il fermento provocato dalla legge n. 205/2000 ha concorso a darvi centralità, corroborando l'idea che il giudice amministrativo non possa subire troppo rigide preclusioni per il solo fatto che l'Amministrazione, dopo una fase procedimentale viziata, abbia comunque stipulato il contratto.

In fondo, proprio la natura esclusiva della giurisdizione del giudice amministrativo nella materia *de qua* potrebbe giustificare una tutela che si proietti nella fase negoziale e faccia valere l'esito del giudizio di annullamento anche sul contratto e nei confronti del terzo contraente.

---

<sup>(18)</sup> Tali questioni – come già ricordato in nota 1 – sono state rimesse all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, da ultimo, con ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, 28 marzo 2008, n. 1328.

<sup>(19)</sup> Cfr. F. CINTIOLI, op. cit., p. 1.

Un'altra ragione che spiega la vivacità del dibattito sta, probabilmente, nella recente attribuzione al giudice amministrativo, ad opera dell'art. 7 della legge n. 205/2000, del potere di condannare l'Amministrazione al risarcimento del danno, non solo per equivalente, ma anche mediante reintegrazione in forma specifica.

In seguito all'allargamento della tutela alla protezione risarcitoria dell'interesse legittimo, negli ultimi anni si è posta particolare attenzione, in dottrina e giurisprudenza, su ciò che accade dopo l'annullamento dell'aggiudicazione e come conseguenza di esso. Si è così approfondito il rapporto tra tutela risarcitoria e tutela demolitorio-conformativa, indagando quali *chances* abbia "sul contratto stipulato" il ricorrente vittorioso: se egli possa fruire di una tutela di tipo "reale" o se, invece, debba valersi di una tutela di tipo solo "obbligatorio" <sup>(20)</sup>.

Quest'ultimo interrogativo, d'altra parte, sorge spontaneo in tutta la sua carica di complessità perché l'interprete ha prontamente avvertito che il risarcimento del danno non è sempre pienamente soddisfacente degli interessi del ricorrente. Ed invero, da un lato, l'interesse economico concreto del ricorrente ancor oggi si appunta più sul "bene della vita" che non sul ristoro economico, dall'altro, il ristoro è sicuro e soddisfacente solo se l'esito della controversia consente di appurare che al ricorrente "spettava" l'aggiudicazione. Se invece il giudicato non dà questa garanzia, la tutela pecuniaria si risolve in quell'incerta misura collegata alla c.d. perdita di *chance* <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(20)</sup> Cfr., sul punto, F. CINTIOLI, op. cit., p. 5 e ss..

<sup>(21)</sup> Sulla tutela accordata dall'ordinamento al ricorrente vittorioso, che abbia ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione ad altra impresa illegittimamente selezionata si sofferma, in particolare, O.M. CAPUTO, *Nullità del contratto d'appalto, risarcimento in forma specifica e*

Certo, vi sono interessi che spingono alla sostituzione della tutela demolitorio-conformativa con quella risarcitoria, in nome della stabilità dei rapporti contrattuali.

Di essi è chiara espressione l'art. 14, comma 2, del D.Lgs. n. 190/2002, sopra citato <sup>(22)</sup>. Anche tale disposizione – ne verranno più avanti chiarite le ragioni <sup>(23)</sup> – ha suggerito di rivedere l'impostazione generale del problema, apparentemente legittimando soluzioni diverse da quelle sulle quali la manualistica e la giurisprudenza della Cassazione sembravano essersi acquisite.

Tuttavia, la ragione principale della vivacità del dibattito su questi temi sembra potersi ravvisare nel variare degli interessi in gioco, anche per effetto dell'influenza dell'ordinamento comunitario, e nell'ormai palese inadeguatezza della tradizionale tesi dell'annullabilità del contratto.

Ed invero, la frammentazione della disciplina dei contratti dello Stato e il proliferare di modelli paralleli di evidenza pubblica, unificati solo all'interno dello schema comunitario, sono andati di pari passo col radicarsi di una pluralità di interessi – coinvolti nelle relative controversie – ritenuti meritevoli di tutela: l'interesse della pubblica Amministrazione a scegliere il miglior contraente possibile, utilizzando la procedura ad

---

*pregiudiziale amministrativa. Un'impossibile conciliazione* (commento a T.A.R. Campania, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177), in *Urb. e app.*, 2002, p. 1218 ss..

<sup>(22)</sup> La disposizione in esame, oltre ad escludere – come già ricordato – la “*caducazione*” del contratto, quale conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, quanto agli appalti relativi alle infrastrutture e agli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale, ha, altresì, stabilito che “*in tale caso, il risarcimento degli interessi o diritti lesi avviene per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica*”.

<sup>(23)</sup> Si rinvia su questo punto al Capitolo III, § 7, del presente lavoro.

evidenza pubblica come fattore produttivo di “*una sintesi efficace tra costi e qualità*”<sup>(24)</sup>; l’interesse del contraente – illegittimamente – prescelto a mantenere in vita il contratto, quali che siano le contestazioni insorte sulla procedura di gara e sugli esiti di questa; infine, l’interesse del ricorrente a far valere i vizi del procedimento e ad ottenere una utilità patrimoniale, la quale – come si è accennato – può assumere contenuti anche molto diversi, da caso a caso.

A ciascuno di questi interessi corrispondono valori che vanno composti e temperati: l’interesse della stazione appaltante appare fondato sui principi di imparzialità e buon andamento posti dall’art. 97 Cost.; l’interesse del contraente (aggiudicatario illegittimo) sembra radicarsi, oltre che sull’art. 41 Cost. come base ispiratrice dell’autonomia privata, sui principi di certezza del diritto, di tutela dell’affidamento dei terzi di buona fede e di stabilità delle relazioni del libero mercato, le quali richiedono sicurezza, trasparenza e affidabilità; l’interesse del ricorrente, infine, trae conferma dal dovere di imparzialità, in molti casi ha lo spessore che deriva dalla natura comunitaria delle norme che lo proteggono e si affida soprattutto al principio interno e comunitario di effettività della tutela giurisdizionale<sup>(25)</sup>. A tali valori, come si diceva, si è poi unito l’interesse dell’ordinamento comunitario all’instaurazione della libera concorrenza nel settore degli appalti pubblici, cui corrispondono i principi della trasparenza e non discriminazione tra i contraenti<sup>(26)</sup>.

Dalle considerazioni che precedono, emerge chiaramente la centralità del problema oggetto della presente indagine, che

---

<sup>(24)</sup> Così F. CINTIOLI, op. cit., p. 4 ss..

<sup>(25)</sup> Cfr., in tal senso, F. CINTIOLI, op. cit., p. 4 ss..

<sup>(26)</sup> Si veda, su tali profili, F. CINTIOLI, op. cit., p. 4 ss..

necessita, allo stato, di una soluzione uniforme e coerente con l'ordinamento, che sia in grado di coniugare gli istituti di diritto civile con i principi che sovrintendono l'attività funzionalizzata della pubblica Amministrazione, al fine di collegare ai vari interessi in gioco effettivi rimedi giuridici.

4. – Nella prospettiva ora chiarita non appare inutile, allora, riflettere sulla attualità o meno della concezione gianniniana dei procedimenti ad evidenza pubblica – che, forse, non appare più adeguata alla nuova configurazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in *subiecta* materia – nonché sull'esatto confine che separa la fase procedimentale ad evidenza pubblica dalla vicenda contrattuale e, quindi, la giurisdizione del giudice amministrativo dalla giurisdizione del giudice ordinario<sup>(27)</sup>. Allo stesso modo, una rivisitazione del problema della patologia contrattuale conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione appare quanto mai opportuna a fronte di una scelta legislativa – ci si riferisce, ancora una volta, all'art. 14, comma 2, del D.Lgs. n. 190/2002 (recepito dall'art. 246, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006) – che sembra optare per una sostituzione della tutela demolitorio – conformativa propria del giudicato di annullamento con quella risarcitoria, in nome della stabilità dei rapporti contrattuali<sup>(28)</sup>.

Tali questioni saranno oggetto di specifica analisi nel presente lavoro, alla luce dei più recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, i quali hanno già evidenziato come l'intera tematica – fin qui succintamente riassunta – riguardi i rapporti fra

---

<sup>(27)</sup> E ciò anche alla luce delle più recenti riforme legislative che hanno ri-disegnato l'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

<sup>(28)</sup> Cfr. F. CINTIOLI, op. cit., p. 4 ss..

aggiudicazione e contratto; e molta parte del dibattito si incentra proprio sulla natura (provvedimentale o negoziale) dell'atto di aggiudicazione e sulla necessità (o meno) di impugnazione dello stesso.

Non si ha, tuttavia, l'ambizione di proporre, in modo compiuto ed adeguato, una tesi nuova ed ulteriore; ci si limiterà, oltre che a fornire un contributo informativo, ad approfondire taluni profili della riflessione, mirando, in particolare, a porre in luce un dato: l'inadeguatezza dell'automatica riproduzione degli istituti e dei regimi giuridici del codice civile nell'ambito dei contratti della p.A..

Ciò esige il possesso della nozione di "aggiudicazione", vale a dire che si sia in grado di determinare in modo preciso le componenti essenziali di questa articolata espressione.

Poiché è solo identificando la natura giuridica del nesso che intercorre tra la fase procedimentale di scelta del contraente e quella, propriamente negoziale, della conclusione dell'accordo, che tale intento può essere realizzato, occorre dedicare una riflessione preliminare alla problematica della natura (provvedimentale o negoziale) dell'atto di aggiudicazione, sulla quale si incentra, come detto, molta parte del dibattito.

Soltanto quando si sarà precisato il ruolo assunto dall'aggiudicazione nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, si potrà far luogo all'individuazione ed all'analisi degli effetti dell'annullamento di essa sul contratto stipulato *medio tempore*.

La presente indagine – è questa un'ultima precisazione di ordine metodologico che si deve fare – sarà dedicata alla vicenda sostanziale della sorte del contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione annullata, mirando all'individuazione dello

schema concettuale nel quale ascrivere la patologia inficiante il contratto; mentre non saranno qui oggetto di specifico esame le questioni di ordine strettamente processuale, che presentano implicazioni giuridiche diverse, sotto vari profili, da quelle riscontrabili con riguardo alle problematiche di ordine sostanziale, qui esaminate <sup>(29)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> Peraltro, il dibattito sulle questioni di ordine processuale sembra essersi in parte sopito, a seguito delle pronunce della Cassazione, Sezioni Unite Civili, 28 dicembre 2007, n. 27169 e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 30 luglio 2008, n. 9 (entrambe consultabili nel sito internet [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)) che hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda volta a far accertare – con efficacia di giudicato – le conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza del giudice amministrativo di annullamento dell'aggiudicazione.

## CAPITOLO I

### LA NATURA GIURIDICA DELL'AGGIUDICAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa: definizione di “aggiudicazione” e distinzione tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva. – 2. La tesi tradizionale della duplice natura dell’aggiudicazione; in particolare, l’aggiudicazione come atto amministrativo conclusivo del procedimento di scelta del contraente, consistente nell’accertamento, di natura costitutiva, dell’offerta migliore. – 3. (segue): l’aggiudicazione come atto privatistico di manifestazione della volontà di concludere il contratto; fondamento di tale ricostruzione sull’art. 16, comma 4, del R.D. n. 2440/1923. Precisazioni della giurisprudenza sulla portata di tale teoria: sua applicabilità limitatamente ai casi di asta e di licitazione privata; inapplicabilità nei casi di appalto-concorso e di trattativa privata. – 4. La concezione dell’aggiudicazione in termini di solo atto amministrativo: contrasto del principio dell’equivalenza del verbale di aggiudicazione al contratto con la normativa sui lavori pubblici e con le norme che prevedono il carattere non definitivo dell’aggiudicazione (in particolare, la c.d. normativa “antimafia”). – 5. La determinazione dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 2 ottobre 2002, n. 24: l’affermazione della necessità, ai fini della formazione del vincolo negoziale, della formale stipulazione del contratto. I fondamenti normativi e giurisprudenziali di tale determinazione. – 6. Critica dell’impostazione dell’Autorità di vigilanza e dell’orientamento che afferma la natura (solo) amministrativa dell’aggiudicazione. – 7. Considerazioni conclusive: accoglimento della tesi tradizionale che afferma la natura (anche) contrattuale dell’aggiudicazione nei casi di asta e di licitazione privata.

1. – Si è appena chiarito come sia necessario, per impostare correttamente la presente ricerca, fare il punto sulla nozione di “aggiudicazione”, indagando, in modo particolare, sulla sua natura giuridica.

A questo scopo, è opportuno evidenziare fin d’ora che nonostante il ruolo centrale assunto dall’aggiudicazione all’interno dei procedimenti ad evidenza pubblica, il quadro normativo delle disposizioni direttamente riferite a questo segmento procedimentale è relativamente esiguo; esso risulta, invero, costituito da un nucleo fondamentale di disciplina rimasto

sostanzialmente immutato per più di sette decenni, che, almeno fino all'entrata in vigore del regolamento di attuazione della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (il D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554), continua ad essere rappresentato dalla legge di contabilità di Stato (R.D. 18 novembre 1923, n. 2240) e dal relativo regolamento attuativo (R.D. 23 maggio 1924, n. 827) <sup>(30)</sup>.

Tali testi normativi, tuttavia, non contengono specifiche norme che definiscano l'aggiudicazione, né tanto meno che precisino la distinzione tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva; cosicché nella prassi, spesso sul punto non vi è chiarezza <sup>(31)</sup>. Peraltro, tale situazione di incertezza alimenta un

---

<sup>(30)</sup> Cfr., sul punto, le condivisibili considerazioni di M. LIPARI, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Milano, 2001, p. 459, nota 5, il quale rileva che “*le trattazioni più note in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni incentrano l'attenzione sulla normativa generale delle amministrazioni statali*”. Tale impostazione metodologica, secondo l'Autore citato, troverebbe giustificazione sulla “*preponderanza quantitativa dei contratti di queste amministrazioni*”; sulla “*circostanza che anche gli altri enti hanno modellato la loro disciplina su quella generale; sulla circostanza che secondo la giurisprudenza tale normativa esprime principi generali suscettibili di espansione analogica; sul fatto che le più recenti normative di settore (anche di derivazione comunitaria) non hanno inciso significativamente sul ruolo dell'aggiudicazione*”.

<sup>(31)</sup> In questo senso espressamente M. GATTI, *Aggiudicazione provvisoria e definitiva: una distinzione attuale?*, in *Riv. Trim. App.*, 2003, p. 168.

Un tentativo di individuare più esattamente l'aggiudicazione sembra, tuttavia, essere stato compiuto dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (con cui è stato approvato il “*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*”), ove, da un lato, si chiarisce il ruolo assunto dall'aggiudicazione provvisoria nell'ambito delle fasi delle procedure di affidamento, stabilendo, all'art. 11, comma 4, che “*Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del migliore offerente*”; dall'altro, si precisano i rapporti tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva, affermandosi, all'art. 11, comma 5, che “*La stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'articolo 12, comma 1,*

contenzioso che la giurisprudenza non sembra risolvere in termini univoci; e tale situazione appare destinata ad aggravarsi in conseguenza dell'entrata in vigore, negli ultimi anni, di norme che hanno favorito la semplificazione amministrativa, consentendo che le procedure di appalto si svolgano quasi integralmente mediante l'impiego di dichiarazioni sostitutive di certificazione e di atto notorio, con la drastica riduzione della produzione documentale in capo ai partecipanti <sup>(32)</sup>.

Per la nozione di aggiudicazione, occorre allora fare riferimento ad una corrente definizione, largamente diffusa in dottrina, secondo cui “*l'aggiudicazione è l'atto amministrativo che chiude la serie procedimentale di evidenza pubblica, relativa alla scelta del contraente privato*” <sup>(33)</sup>. Sempre secondo

---

*provvede all'aggiudicazione definitiva*”.

<sup>(32)</sup> Si fa qui riferimento alla disciplina posta dal D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in materia di dichiarazioni sostitutive rilasciate nel corso delle procedure di affidamento degli appalti, sulla quale si avrà modo di soffermarsi in seguito.

<sup>(33)</sup> Così M. LIPARI, op. cit., p. 456; nel medesimo senso cfr. O. SEPE, voce *Contratto (dir. amm.): b) Contratti della pubblica Amministrazione*, in *Enc. Dir.*, Milano, vol. IX, 1961, p. 986 ss.; G. ROHERSSEN, *I lavori pubblici*, Torino, 1971, p. 284 ss.; F. PUGLIESE, *Le procedure di conclusione dei contratti*, in AA.VV., *Appalto di opere pubbliche*, a cura di P. Marzano, Roma, 1987, p. 132; R.M. SCHILLACI, *Contratti ad evidenza pubblica: scelta del contraente nell'asta pubblica e nella licitazione privata*, in *Nuovo dir.*, 1987, p. 373; N. PAOLANTONIO, *Brevi considerazioni sull'istituto dell'aggiudicazione nei sistemi di gara ad asta pubblica e licitazione privata*, in *Riv. Corte conti*, 1989, p. 345 ss.; P. LA ROCCA, *Il contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche*, Rimini, 1991, p. 465 ss.; A. VISONE, *Gli appalti dei pubblici servizi*, Firenze, 1996, p. 336 ss.; R. DE NICTOLIS, *Commento all'art. 23*, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, commentario a cura di F. Caringella, Milano, 1999, p. 713; E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1998, p. 215 ss.; G. ELMOSSI, M. ROTONDI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999, p. 485 ss.; A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, p. 589 ss.; A. MASSERA, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, p. 1592 ss..

l'impostazione tradizionale – che ne sottolinea la valenza (anche) negoziale <sup>(34)</sup> – l'atto costituisce, altresì, la “*specificata manifestazione della volontà pubblica di contrarre con un certo soggetto, la quale, incontrandosi con la proposta formulata dall'imprenditore in sede di offerta, è normalmente idonea a segnare, sul versante civilistico, la definitiva conclusione dell'accordo negoziale*” <sup>(35)</sup>.

Prima di passare all'esame della particolare natura dell'atto di aggiudicazione – che già queste prime definizioni mettono in luce – appare, però, necessario, anche al fine di una più completa esposizione, svolgere un'ulteriore precisazione di carattere terminologico, e, in specie, distinguere l'aggiudicazione provvisoria dall'aggiudicazione definitiva.

---

<sup>(34)</sup> Secondo la dottrina più nota e accreditata, l'aggiudicazione è “*l'atto con il quale si accerta e si rende nota l'offerta più vantaggiosa e si attribuisce l'appalto al migliore offerente, accettandosi così la proposta contenuta nella relativa offerta*”: cfr., sul punto, A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, op. cit., p. 589.

Va però precisato che molto spesso, nel linguaggio normativo e, in misura ancora maggiore, in quello pratico, il termine “*aggiudicazione*” non assume questa portata circoscritta, ma indica, in senso ampio e generico, tutte le operazioni preordinate alla individuazione del contraente privato della p.A.; ed in questo senso andrebbero, indistintamente ricompresi nel termine “*aggiudicazione*” anche i singoli atti, dotati di sufficiente autonomia strutturale e funzionale, comunque inseriti nell'*iter* amministrativo finalizzato alla conclusione del contratto. Per altro verso, ma sempre nella stessa logica estensiva, il vocabolo “*aggiudicazione*”, solitamente inserito in locuzioni più ampie, quali “*procedure di, sistemi di*”, indica non tanto l'atto terminale del procedimento, ma, piuttosto, i “*metodi di scelta*” del contraente; in questo senso, la locuzione concerne i tipi di gara (asta pubblica, licitazione privata, procedura negoziata, ecc.), oppure i criteri di individuazione dell'offerta migliore, quali, ad es., il criterio del massimo ribasso oppure quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Si vedano, su tali definizioni, le considerazioni svolte da M. LIPARI, op. cit., p. 457 ss..

<sup>(35)</sup> Così, ancora, M. LIPARI, op. cit., p. 456.

Accanto all'aggiudicazione definitiva, che costituisce, come noto, l'atto che chiude definitivamente la gara e che dichiara sostanzialmente il soggetto vincitore della stessa <sup>(36)</sup> - alla quale si riferiscono le definizioni sopra richiamate - vi è, infatti, un'aggiudicazione provvisoria, la quale viene comunemente intesa secondo due accezioni diverse.

Da un lato, l'aggiudicazione provvisoria ricorre in alcuni casi particolari, in genere previsti dalla legge (a livello statale la disciplina di riferimento è quella posta dagli artt. 65 e 84 ss. del R.D. n. 827/1924), ma che possono anche essere introdotti dalle Amministrazioni nella singola, specifica procedura, allorquando, per la stessa dinamica della gara, l'aggiudicazione che ha luogo dopo la gara non sia volta a chiudere la gara stessa, essendo prevista la presentazione di ulteriori offerte lungo un certo lasso di tempo (cosiddetti "giorni fatali"). Dall'altro lato, essa ha luogo quando l'aggiudicazione è soggetta ad una specie di riserva di verifica del possesso, da parte dell'aggiudicatario, di alcuni requisiti (come nel caso di offerte ritenute anormalmente basse) ovvero, ancora, quando il doppio grado di aggiudicazione sia previsto come un procedimento complesso da una norma generale o speciale <sup>(37)</sup>.

Va, peraltro, precisato che la prassi largamente seguita dalle

---

<sup>(36)</sup> Cfr., in tal senso, E. MELE, op. cit., p. 232.

<sup>(37)</sup> Cfr., su tale distinzione, E. MELE, op. cit., p. 231. Sottolinea, peraltro, l'Autore che "non deve confondersi l'aggiudicazione provvisoria fin qui descritta, che è un provvedimento amministrativo che ha in sé il carattere della provvisorietà, con l'aggiudicazione non ancora efficace. Così, l'aggiudicazione della gara ad un certo soggetto che non abbia positivamente passato, quando del caso, il vaglio dell'organo di controllo (nei pochi casi ancora superstiti) non è un'aggiudicazione provvisoria, ma è un'aggiudicazione definitiva che deve ancora transitare per la fase integrativa dell'efficacia". Sull'approvazione dell'atto di aggiudicazione, si vedano anche le considerazioni svolte nel § 7 del presente Capitolo.

pubbliche Amministrazioni – e indiscussa in giurisprudenza <sup>(38)</sup> – di posticipare la formazione del vincolo negoziale ad un momento successivo, subordinandolo alla previa verifica, da parte delle stesse stazioni appaltanti, del possesso, in capo all’aggiudicatario, dei prescritti requisiti (di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale), è stata recepita, a livello legislativo, dall’art. 11 del nuovo Codice degli appalti, il quale prevede espressamente che “*la stazione appaltante, previa verifica dell’aggiudicazione provvisoria ai sensi dell’articolo 12, comma 1, provvede all’aggiudicazione definitiva*” (comma 5) e che “*l’aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti*” (comma 8).

Concludendo sul punto, si può affermare che la distinzione tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva soddisfa l’esigenza di individuare un atto (appunto l’aggiudicazione provvisoria) che “cristallizzi” il risultato delle operazioni di gara ma che consenta di rinviare ad un momento successivo il passaggio dalla fase pubblicistica a quella privatistica <sup>(39)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> Cfr., ad es., la giurisprudenza citata nella nota 60.

<sup>(39)</sup> Analoghe, sul punto, le conclusioni di M. GATTI, op. cit., p. 167. Peraltro, discussa è la natura dell’aggiudicazione provvisoria (e il conseguente regime di impugnabilità di tale atto): secondo l’indirizzo maggioritario si tratterebbe di un “*atto endoprocedimentale, inidoneo a produrre la lesione di un interesse della Ditta che non è risultata vincitrice, lesione che deriva soltanto dall’aggiudicazione definitiva*” (così Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 settembre 2001, n. 4677, in *Comuni d’Italia*, 2001, p. 1562); mentre secondo altro orientamento (minoritario) il verbale di aggiudicazione provvisoria costituirebbe un atto provvedimentoale “*dotato di autonoma rilevanza, idoneo a ledere direttamente la sfera giuridica di eventuali cocontrointeressati*” (cfr., per tutte, Consiglio di Stato, Sez. V, 17 dicembre 2001, n. 6523, in *www.giust.it*). Nell’ambito di quest’ultimo orientamento, va ricordata un’ulteriore opinione che circoscrive l’immediata lesività della medesima ai soggetti risultati non aggiudicatari, ritenendo che “*mentre il soggetto dichiarato provvisoriamente aggiudicatario di un*

2. – Venendo al tema centrale del presente Capitolo, e cioè all'esame della natura dell'atto di aggiudicazione, va in primo luogo osservato che all'interno dell'atto sono individuabili diversi profili contenutistici – opportunamente messi in luce da taluni Autori <sup>(40)</sup> – che evidenziano, appunto, la complessità della sua natura:

- un primo profilo è rappresentato dal *giudizio* sul contenuto delle proposte sottoposte al vaglio dell'Amministrazione, giudizio che viene sintetizzato nell'atto conclusivo del procedimento, normalmente riferito alle precedenti operazioni valutative compiute secondo parametri e criteri più o meno vincolati;
- un secondo profilo attiene all'*accertamento* degli altri presupposti e delle condizioni per assegnare il contratto ad un determinato soggetto partecipante alla gara, nelle ipotesi in cui sia necessario compiere delle verifiche ulteriori, successive alla conclusione delle attività riservate alla commissione di gara;
- un terzo aspetto va individuato nella *determinazione autoritativa* dell'esito della procedura selettiva, mediante una statuizione propria degli atti pubblici diretti a creare “*certezze legali privilegiate*” ed a modificare la sfera soggettiva degli aspiranti all'aggiudicazione;
- un quarto profilo riguarda l'affermazione del permanente

---

*appalto non può vantare alcuna posizione giuridicamente tutelata al provvedimento di aggiudicazione definitiva (trattandosi di una mera aspettativa), diversa è la posizione degli altri concorrenti, nei confronti dei quali la proposta di aggiudicazione provvisoria preclude qualsiasi ulteriore partecipazione alla gara e determina quindi un effetto autonomo, definitivo ed immediatamente lesivo che ne legittima l'impugnazione*” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6420, in *Foro amm.*, C.d.S., 2001, p. 3152 ss.). Sulla natura dell'aggiudicazione provvisoria non appare qui necessario soffermarsi ulteriormente, rinviando per maggiori approfondimenti sul punto allo scritto di M. GATTI, sopra citato.

<sup>(40)</sup> Cfr., in proposito, M. LIPARI, op. cit., p. 465 e ss..

*interesse pubblico* alla conclusione del contratto;

- un quinto profilo, infine, concerne l'espressione della volontà dell'Amministrazione di aderire alla proposta contrattuale contenuta nell'offerta.

Come è stato rilevato dalla dottrina poc'anzi richiamata <sup>(41)</sup>, i primi quattro profili – seppure logicamente distinti – presentano un evidente tratto comune, legato alla valenza “*procedimentale ed amministrativa*” dell'aggiudicazione; il quinto ed ultimo aspetto, invece, assume una maggiore autonomia rispetto agli altri, ed appare correlato alla componente negoziale (quale atto avente – anche – valore di stipulazione contrattuale) che l'orientamento tradizionale della dottrina e giurisprudenza ravvisano nell'aggiudicazione.

Ed invero, nell'impostazione ricostruttiva tradizionale, la complessità contenutistica dell'atto viene, infatti, schematizzata facendo riferimento non già ad una scomposizione in molteplici elementi, ma, più semplicemente, ad una netta scomposizione tra due soli dati diversificati.

Sulla base della rilevata compresenza, nell'aggiudicazione, di due distinti contenuti precettivi – l'uno di rilevanza pubblicistica e l'altro di impronta civilistica – la giurisprudenza civile ed amministrativa <sup>(42)</sup> appaiono, infatti, da tempo orientate nel senso che l'aggiudicazione contiene, quasi sempre <sup>(43)</sup>, due atti (anche

---

<sup>(41)</sup> Si fa qui riferimento allo scritto di M. LIPARI, citato nella precedente nota 30.

<sup>(42)</sup> Cfr., in tale senso, ad esempio, Cass. Civ., Sez. II, 19 giugno 1974, n. 1805, in *Cons. Stato*, 1974, II, p. 1011; Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 luglio 1974, n. 548, *ivi*, 1974, I, p. 901; Corte dei conti, Sez. Contr. Stato, 14 aprile 1988, n. 1930, *ivi*, 1988, II, p. 2158; Cass. Civ., Sez. I, 21 giugno 2000, n. 8420, in *Giust. Civ. mass.*, 2000, p. 1359. Nel medesimo senso appare orientata la prevalente dottrina: cfr. gli Autori citati nella nota 33.

<sup>(43)</sup> Ad eccezione, come si vedrà, dei casi in cui siano stati utilizzati i

se nella prassi documentalmente distinti): un atto (amministrativo) di accertamento (costitutivo), nel quale si concreta l'atto terminale del procedimento di scelta del contraente, che consiste, appunto, nell'accertamento dell'offerta migliore; e un atto negoziale privato – distinto ma consequenziale al primo – il quale contiene la manifestazione di volontà della pubblica Amministrazione in ordine al contratto da stipulare <sup>(44)</sup>.

E sotto questo aspetto, la ricostruzione proposta dall'orientamento tradizionale si sviluppa anche attraverso il ruolo assunto dalle attività procedurali che seguono la fase dell'aggiudicazione, precisandosi che l'aggiudicazione *“segna il momento dell'incontro delle volontà contrapposte determinante il sorgere del rapporto giuridico che è fin d'allora perfetto ma non ancora efficace, essendo necessaria a tal fine l'approvazione*

---

sistemi di gara della trattativa privata e dell'appalto-concorso e delle ipotesi in cui l'Amministrazione abbia specificatamente statuito di rinviare ad un momento successivo la costituzione del vincolo negoziale.

<sup>(44)</sup> L'ambivalenza dell'atto di aggiudicazione è ben rappresentata da una pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. IV, 26 giugno 1998, n. 990, in *Foro amm.*, 1998, p. 1717), ove si afferma che il procedimento di formazione della volontà contrattuale dell'Amministrazione non si svolge integralmente ed esclusivamente sul piano del diritto privato, articolandosi invece in due serie di atti: la prima (c.d. serie negoziale) che consta di atti privatistici; la seconda (c.d. serie procedimentale), che consta di atti amministrativi (quali la delibera a contrarre, l'approvazione o il diniego o la revoca dell'approvazione, la registrazione e il visto, ovvero il diniego degli stessi), i quali, avendo natura provvedimentoale, sono sindacabili da parte del giudice amministrativo. Si sottolinea, altresì, nella stessa sentenza, che la circostanza che gli atti di approvazione e controllo si pongano, sul piano negoziale, come *condiciones iuris* di efficacia del contratto - con la conseguente giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle controversie risarcitorie connesse con il mancato avveramento di dette condizioni - non esclude la loro rilevanza e sindacabilità anche come atti amministrativi, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

*da parte dell'organo competente o direttamente dell'aggiudicazione o indirettamente mediante approvazione del contratto conseguente*"<sup>(45)</sup>.

Va fin d'ora evidenziato – e pur rinviando al seguito dell'indagine per maggiori approfondimenti sul punto – che la separazione concettuale tra i due diversi contenuti dell'atto comporta rilevanti conseguenze in tema di definizione delle posizioni giuridiche soggettive della parte privata (e degli altri partecipanti alla procedura selettiva), con ulteriori riflessi sul piano della tutela processuale e del riparto della giurisdizione<sup>(46)</sup>.

Ed invero, l'atto, nella parte in cui mette in luce la sua componente amministrativa, appartiene al procedimento della gara conclusa; e come tale è impugnabile – unitamente agli atti presupposti – innanzi alla giurisdizione amministrativa<sup>(47)</sup>.

Sempre sul piano della tutela processuale, si evidenzia, poi, l'autonoma lesività dell'aggiudicazione che, proprio in ragione del suo carattere intrinsecamente provvedimentale, risulta impugnabile anche prima ed indipendentemente dalla effettiva stipulazione del contratto o dall'esito del procedimento di controllo<sup>(48)</sup>.

La qualificazione in termini pubblicistici dell'atto determina, inoltre, coerenti conseguenze anche con riguardo al regime sostanziale applicabile; regime che si differenzia profondamente

---

<sup>(45)</sup> Così A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, op. cit., p. 589; nel medesimo senso cfr. M. LIPARI, op. cit., p. 467.

<sup>(46)</sup> Cfr., sul punto, M. LIPARI, op. cit. p. 467 ss..

<sup>(47)</sup> Cfr., sul punto, M. LIPARI, op. cit., p. 468; A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, op. cit., p. 589 ss..

<sup>(48)</sup> Si veda, su tali aspetti, in dottrina, M. LIPARI, op. cit., p. 468 ss.; in giurisprudenza, ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 9 settembre 1985, n. 285, in *Giur. It.*, 1986, III, p. 87.

da quello proprio delle determinazioni negoziali.

In quanto atto amministrativo, l'aggiudicazione è pacificamente ritenuta revocabile dalla p.A. per ragioni di pubblico interesse con atto congruamente motivato <sup>(49)</sup>; e, altrettanto pacificamente, essa è ritenuta annullabile dall'Amministrazione, sussistendone profili di invalidità, e qualora non si configurino situazioni soggettive consolidate <sup>(50)</sup>.

E' quanto dire che l'atto di aggiudicazione – sebbene, come meglio si dirà più avanti, possa rappresentare anche il momento negoziale costitutivo del rapporto paritario tra le parti – può formare oggetto di provvedimenti di autotutela, che siano congruamente motivati <sup>(51)</sup>.

3. – Ciò precisato in ordine alla valenza pubblicistica ascrivibile all'aggiudicazione, occorre ora soffermarsi sulla

---

<sup>(49)</sup> Cfr., ad es., tra le numerose pronunce in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. V, 19 maggio 1998, n. 633, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1999, p. 87; Id., Sez. IV, 29 maggio 1998, n. 900, in *Urb. e app.*, 1998, p. 783; Consiglio Giust. Amm. Reg. Sic., 20 luglio 1999, n. 365, in *Foro amm.*, 1999, p. 1531; Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 dicembre 2000, n. 6838, in *Cons. Stato*, 2000, I, p. 2667; Id., Sez. IV, 25 settembre 2002, n. 4895, in *Sett. Giur.*, 2002, I, p. 724. Il potere dell'Amministrazione di negare, previa puntuale e congrua motivazione, l'aggiudicazione a favore del migliore offerente è tuttavia ammesso in casi eccezionali; si è, in particolare, ritenuto grave motivo di interesse pubblico l'eccessiva onerosità del prezzo di appalto indicato nell'offerta: si veda, in tal senso, ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 13 gennaio 1999, n. 22, in *Urb. e app.*, 1999, p. 509, con nota di C. MUCIO, *Mancata aggiudicazione e autotutela della p.a.*

<sup>(50)</sup> Cfr., in tal senso, ad es., Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 settembre 2000, n. 4721, in *Cons. Stato*, 2000, I, p. 1991; Id., Sez. V, 5 aprile 2001, n. 2093, *ibidem*, 2001, I, p. 916; Id., Sez. V, 20 settembre 2001, n. 4970, *ibidem*, 2001, I, p. 2111; Id., Sez. V, 28 febbraio 2002, n. 1224, *ibidem*, 2001, I, p. 426.

<sup>(51)</sup> Così R. DE NICTOLIS, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. Garofoli e M.A. Sandulli, Milano, 2005, p. 401 ss..

(seconda) qualificazione dell'aggiudicazione come atto (anche) negoziale.

Invero, come si è già accennato, l'opinione tradizionale afferma che l'aggiudicazione contiene, di regola (e cioè nei casi in cui siano stati seguiti i sistemi di gara "tradizionali" dell'asta pubblica o della licitazione privata), accanto ad un atto (amministrativo) di accertamento dell'offerta migliore, anche la dichiarazione negoziale della p.A., alla quale si ricollega l'effetto della formazione del consenso e il sorgere del rapporto contrattuale <sup>(52)</sup>.

Secondo questo filone ricostruttivo, i procedimenti ad evidenza pubblica possono essere spiegati, oltre che in termini pubblicistici, "*secondo lo schema privatistico della formazione del consenso contrattuale*" <sup>(53)</sup>.

In questa prospettiva, "*il bando di gara deve essere, quindi, qualificato, come invito a offrire (e, in particolare, come atto prenegoziale che stimola l'iniziativa delle imprese interessate a contrattare e che contiene alcuni elementi del futuro contratto)*" <sup>(54)</sup>, *l'offerta come proposta contrattuale (e, in particolare, come manifestazione della volontà dell'impresa di contrarre alle condizioni offerte) e, infine, l'aggiudicazione come accettazione della proposta (e, in particolare, come manifestazione della*

---

<sup>(52)</sup> Si vedano, quali espressione di tale orientamento dottrinale maggioritario, gli Autori citati nella precedente nota 33.

<sup>(53)</sup> Così l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, 28 marzo 2008, n. 1328, cit., consultabile nella sede di lettura indicata nella nota 1.

<sup>(54)</sup> Secondo altra ipotesi ricostruttiva – forse meno calzante – il bando di gara potrebbe presentare gli estremi di una proposta al pubblico di carattere irrevocabile, poi destinata a combinarsi, ai fini del consenso contrattuale, con le offerte dei partecipanti: si veda, in tale senso, M. MIGUIDI, *Appalti di lavori pubblici dopo il regolamento generale*, Milano, 2000, p. 748 ss..

*volontà dell'amministrazione di affidare l'appalto all'impresa selezionata e di vincolarsi al rispetto delle condizioni dalla stessa proposte, come integrate da quelle contenute nel bando o nel capitolato)"* <sup>(55)</sup>.

Da tale impostazione consegue che l'accordo contrattuale si forma al momento dell'aggiudicazione e che l'eventuale stipula, separata o successiva, del contratto acquista valenza meramente riproduttiva del consenso già manifestato dalle parti e cristallizzato, in tutti i suoi elementi, nell'atto conclusivo della procedura ad evidenza pubblica, a meno che non risulti espressamente il comune intento delle parti di rinviare la costituzione del vincolo alla stipulazione del contratto <sup>(56)</sup>.

Come è stato anche da altri rilevato <sup>(57)</sup>, le norme codicistiche sembrano avallare una ricostruzione di questo tipo, mentre un (ulteriore) fondamentale riscontro, a livello normativo, a sostegno della qualificazione dell'aggiudicazione come atto (anche) negoziale appare costituito dall'art. 16, comma 4, del

---

<sup>(55)</sup> Così, ancora, l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1328/2008.

Si veda, inoltre, in merito all'ipotesi ricostruttiva in esame, che classifica le varie fasi dei procedimenti ad evidenza pubblica secondo lo schema della formazione del consenso contrattuale, di cui agli artt. 1326 ss. del codice civile, G. GRECO, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F. Scoca, vol. II, Bologna, 2001, pp. 1734-35.

<sup>(56)</sup> Come meglio si dirà nel seguito, se la regola (almeno nei casi dell'asta e della licitazione privata) è quella dell'aggiudicazione decorrente dal verbale di gara, è tuttavia indiscussa, in giurisprudenza, la possibilità, per le stazioni appaltanti, di posticipare la formazione del contratto ad un momento successivo, mediante l'esercizio dei propri poteri discrezionali: cfr., in tal senso, ad es., Cass. Civ., Sez. Un., 11 giugno 1998, n. 5807, in *Riv. Corte conti*, 1998, n. 4, p. 240; Cass. Civ., Sez. I, 21 giugno 2000, n. 8420, *ivi*, 2001, p. 273.

<sup>(57)</sup> G. GRECO, in *Diritto amministrativo*, op. cit., pp. 1734-35.

R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 (tuttora in vigore per le parti non tacitamente abrogate da disposizioni successive incompatibili), in base al quale “*I processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni legale effetto al contratto*”. Detta disposizione, là dove sancisce l’equivalenza dell’aggiudicazione “*per ogni effetto legale*” al contratto, sembra, invero, indicare chiaramente “*la valenza negoziale della prima e la sua idoneità a costituire, da sola, il vincolo contrattuale con l’appaltatore selezionato (di talchè l’eventuale sottoscrizione del documento negoziale, quand’anche prescritta dalla legge, varrebbe come mera conferma di obbligazioni già sorte per effetto diretto dell’aggiudicazione)*” <sup>(58)</sup>.

A tale proposito deve essere anche ricordato che la giurisprudenza, nel corso degli anni, ha meglio specificato il principio secondo cui il processo verbale di aggiudicazione equivale di regola, ad ogni effetto legale, al contratto, differenziando le proprie conclusioni a seconda delle modalità di selezione dei concorrenti utilizzate dall’Amministrazione e concentrando l’attenzione sulla facoltà della stazione appaltante di posticipare la formazione del vincolo negoziale attraverso una dichiarazione in tal senso da inserire nel verbale di aggiudicazione ovvero da portare a conoscenza dei concorrenti attraverso gli atti di gara <sup>(59)</sup>.

Si è così affermato, da un lato, che per i procedimenti di asta pubblica e di licitazione privata vale il principio sancito dal

---

<sup>(58)</sup> Così la citata ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1328/2008.

<sup>(59)</sup> Si veda, in tal senso, F. BUONANNO, *Perfezionamento del contratto d’appalto: il punto di vista dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici* (commento alla determinazione dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 2 ottobre 2002, n. 24), in *Urb. e app.*, 2002, p. 1392 ss..

comma 4 dell'art. 16 del R.D. n. 2440/1923, salvo che l'Amministrazione, nel verbale di aggiudicazione, nel bando o nella lettera di invito abbia manifestato espressamente la volontà di *“non vincolarsi giuridicamente fino al momento successivo della formale stipulazione del contratto”* <sup>(60)</sup>; dall'altro, che per l'appalto concorso e la trattativa privata è sempre necessaria la stipulazione del contratto affinché possa dirsi costituito il vincolo (rendendosi, in tali casi necessaria, una vera e propria fase di negoziazione tra p.A. ed aggiudicatario in merito alla definizione dei contenuti del futuro accordo) <sup>(61)</sup>.

---

<sup>(60)</sup> Esempio come pronuncia in tal senso è quella del Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5903, consultabile nella rivista internet [www.giust.it](http://www.giust.it), ove si afferma: *“L'art. 16, comma 4, della legge sulla contabilità di Stato ..., ai sensi del quale il processo verbale di aggiudicazione equivale a contratto, non è applicabile nei casi in cui il bando di gara abbia previsto espressamente che l'amministrazione possa pervenire alla non approvazione dell'aggiudicazione e comunque nel caso in cui il bando stesso subordini la nascita del vincolo contrattuale ad un'esplicita manifestazione di volontà in tale senso dell'amministrazione”*. Cfr., inoltre, nel medesimo senso, Consiglio di Stato, Sez. I, 19 giugno 1974, n. 1805, in *Cons. Stato*, 1974, II, p. 1011; Sez. IV, 2 gennaio 1996, n. 16, in *Giur. It.*, 1996, III, p. 282; Corte conti, Sez. Contr. Stato, 14 aprile 1988, n. 1930, in *Riv. Corte conti*, 1988, p. 2158; T.A.R. Sicilia, Catania, 26 giugno 1997, n. 1412, in *Giust. Amm. Sic.*, 1997, p. 1003; Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4065, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); Id., Sez. V, 14 maggio 2003, n. 2585, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2003, p. 845; Id., Sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4854, consultabile presso il sito internet [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); nonché le ordinanze del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 3355/2004 e Sez. V, n. 1328/2008 e quella del C.G.A. n. 104/2005 – consultabili nelle sedi di lettura indicate nella nota 1 – che hanno rimesso all'esame dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le questioni relative alla sorte del contratto *medio tempore* stipulato.

<sup>(61)</sup> Si è affermato, in particolare, con riguardo alle ipotesi di gara esperita con il sistema dell'appalto-concorso che *“Ai sensi dell'art. 4 e, a contrario, dell'art. 16 R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 (...) il vincolo giuridico sorge solo a seguito della formale stipulazione, che non ha valore meramente riproduttivo del vincolo già assunto con l'aggiudicazione, e perciò solo formale, ma ha valore sostanziale, sicchè ove la stipulazione*

4. – Come si è chiarito al paragrafo che precede, la gran parte della dottrina e della giurisprudenza afferma che l’aggiudicazione – almeno per la sua componente negoziale – rappresenta lo strumento con cui l’Amministrazione esterna la sua volontà di costituire il vincolo negoziale con l’aggiudicatario, determinando, quindi, in quel momento, il sorgere del rapporto contrattuale.

Va, però, precisato che in ordine agli effetti di diritto privato che derivano dalla “dichiarazione” di aggiudicazione non vi è unanimità di vedute nella stessa dottrina e giurisprudenza.

Invero, una parte minoritaria della dottrina sostiene una concezione in termini di solo atto amministrativo, sulla base di una poco convincente – come si vedrà – interpretazione delle norme che prevedono il carattere non definitivo dell’aggiudicazione (quali le norme che stabiliscono la possibilità di offerte in miglioramento o la necessità di una previa verifica del possesso, da parte dell’aggiudicatario, dei prescritti requisiti, come nel caso della normativa antimafia) <sup>(62)</sup>. E, in linea con tale

---

*contenga particolari integrazioni, essa ha valore costitutivo per le clausole aggiunte”* (così T.A.R. Sicilia, Catania, 24 marzo 1998, n. 476, in *Giust. Amm. Sic.*, 1998, p. 513); mentre, in ipotesi di trattativa privata (sia pure preceduta da una gara ufficiosa esplorativa) si è precisato che “*il vincolo per la p.A. ed il privato scaturisce solo dalla formale stipulazione del contratto, non potendo attribuirsi all’atto di aggiudicazione il valore di conclusione del contratto, bensì solamente l’effetto di individuazione dell’offerta migliore, cui segue la fase delle trattative pre-contrattuali*” (Cfr., in tal senso, T.A.R. Lombardia, Brescia, 6 marzo 1997, n. 271, in *Giur. It.*, 1997, III, p. 479; Cass. Civ., Sez. I, 24 gennaio 1998, n. 696, in *Foro It.*, 1998, I, p. 362).

<sup>(62)</sup> Cfr. A. QUARTULLI, *Bandi di gara e inviti a licitazioni private*, in AA. VV., *Appalto di opere pubbliche*, a cura di P. Marzano, Roma, 1987, 113 ss.; G. PIERACCIOLI, *Il procedimento contrattuale con riferimento alla più recente legislazione. Aggiudicazione e stipula contrattuale*, in *Amm. It.*, 1991, p. 1476 ss.; L. TOSI, *Verbale di aggiudicazione e perfezionamento del*

opinione dottrinale, si è consolidato, nell'ambito della giurisprudenza più recente, un orientamento (seppure minoritario) secondo cui “*ai sensi dell'articolo 16, comma quarto, del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 deve escludersi che il verbale di aggiudicazione equivalga al contratto e che, mediante esso, sorga il vincolo contrattuale fra l'impresa migliore offerente e l'Amministrazione*”<sup>(63)</sup>.

Venendo alle singole argomentazioni sulle quali questa concezione è basata, occorre prendere le mosse da alcune distonie rilevate all'interno della normativa sulla contabilità dello Stato.

In primo luogo, ad avviso di tale corrente minoritaria, il principio – sancito dal citato art. 16, comma 4, del R.D. n. 2440/1923 – secondo cui il processo verbale di aggiudicazione definitiva equivale di regola, ad ogni effetto di legge, al contratto,

---

*contratto negli appalti pubblici*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n.1/2004, p. 3 ss..

<sup>(63)</sup> Così T.A.R. Lazio, Sez. I *bis*, 13 dicembre 2002, n. 2246, consultabile presso il sito internet [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) (benché in tale ipotesi i giudici abbiano fatto leva sull'assunto in base al quale il verbale di gara recava espressa riserva di “*regolamentazione del rapporto contrattuale ... con successivo atto formale*”); più di recente il Consiglio di Stato, con la decisione della Sez. IV, 26 maggio 2003, n. 2823 (anch'essa reperibile in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)), ha annullato una sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 4 aprile 2002, n. 1295 (in *Foro amm., T.A.R.*, 2002, p. 1169) che aveva dichiarato il proprio difetto di giurisdizione in relazione ad un ricorso con cui era stato chiesto l'annullamento della determinazione dirigenziale di decadenza dell'aggiudicazione provvisoria. Mentre l'appellante sosteneva che la revoca dell'aggiudicazione provvisoria si collocava ancora nell'ambito della procedura concorsuale e quindi la sua impugnazione sarebbe stata soggetta al sindacato del giudice amministrativo, il Comune appellato sosteneva che la costituzione del vincolo non avrebbe richiesto la stipula, nella specie non ancora intervenuta, essendo sufficiente a tal fine la semplice aggiudicazione. Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello allineandosi con quell'orientamento minoritario secondo cui il vincolo contrattuale nasce solo con la stipula del contratto.

con forza immediatamente vincolante per la stessa Amministrazione, sarebbe in evidente contrasto con l'art. 88 del R.D. n. 827/1924 secondo cui, avvenuta la definitiva aggiudicazione “*si procede nel più breve termine alla stipula del contratto*”<sup>(64)</sup>.

Incertezze ancora maggiori sarebbero ingenerate dall'art. 19 del R.D. n. 2440/1923, ove si afferma che “*Gli atti di aggiudicazione definitiva ed i contratti ... non sono obbligatori per l'amministrazione, finchè non sono approvati ...*”; tale norma indicherebbe – secondo l'orientamento ora considerato – che, in pendenza di approvazione, il vincolo sorge solo per il privato contraente ma non per l'Amministrazione, la quale dovrebbe, invece, manifestare il proprio consenso nei modi e nelle forme stabiliti dal diritto pubblico, pena la mancanza del consenso stesso e la giuridica inesistenza del contratto nonché l'insuscettibilità di ratifica. Sulla base di tale assunto, l'approvazione dell'autorità competente diventerebbe, quindi, elemento sostanziale della dichiarazione di volontà dell'Amministrazione ed il contratto vero e proprio comincerebbe ad esistere solo in questo momento<sup>(65)</sup>.

Alle rilevate incongruenze si aggiunge, inoltre, che il principio dell'equivalenza del verbale di aggiudicazione al contratto sarebbe solo in parte in linea con la attuale normativa sui lavori pubblici.

Invero – così si argomenta da parte di taluni Autori – da un

---

<sup>(64)</sup> Così L. TOSI, op. cit., p. 1.

<sup>(65)</sup> In questa prospettiva, secondo l'opinione riferita nel testo, l'approvazione costituirebbe “manifestazione definitivamente obbligatoria *ex contractu*”; si vedano, su tale ipotesi ricostruttiva, G. INGROSSO, *Istituzioni di diritto finanziario*, vol. I, Napoli, 1935, p. 177 ss.; N. PAOLANTONIO, op. cit., p. 348.

lato vi è una norma (l'art. 109, comma 3, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554) <sup>(66)</sup> che prevede la facoltà della stazione appaltante di addivenire, dopo l'aggiudicazione definitiva, alla stipula di formale contratto (facoltà che è stata espressa dal legislatore del 1999 con la locuzione "*ove prevista*"); dall'altro lato, tuttavia, "*vi sono altre disposizioni, all'interno del medesimo testo normativo, che fanno pensare alla obbligatorietà di un tale adempimento*" <sup>(67)</sup>.

Di esse sarebbe chiara espressione l'art. 71, comma 3, del medesimo regolamento generale sui lavori pubblici, il quale recita testualmente: "*in nessun caso si procede alla stipula del contratto se il responsabile del procedimento e l'impresa appaltatrice non abbiano concordemente dato atto, con verbale da entrambi sottoscritto, del permanere delle condizioni che consentono l'immediata esecuzione dei lavori*" (c.d. verbale di cantierabilità). Ed altrettanto chiaro sarebbe il tenore dell'art. 109, comma 1, dello stesso regolamento (oggi sostanzialmente trasfuso nell'art. 11, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006) secondo il quale il contratto d'appalto deve essere stipulato entro sessanta giorni dall'aggiudicazione <sup>(68)</sup>, maturando, con l'inutile decorso

---

<sup>(66)</sup> Va precisato che le disposizioni del citato regolamento di attuazione della legge n. 109/1994 (legge quadro in materia di lavori pubblici) restano in vigore in attesa dell'emanazione del regolamento di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 163/2006 (con cui è stato approvato il nuovo Codice dei contratti pubblici).

<sup>(67)</sup> Così L.TOSI, op. cit., p. 3 ss..

<sup>(68)</sup> A differenza di quanto stabilito dall'art. 11, comma 9, del nuovo Codice dei contratti pubblici – che prevede unicamente un termine di sessanta giorni per la stipula del contratto ("*salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito a offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario*") – il testo dell'art. 109, comma 1, del D.P.R. n. 554/99, prevedeva un termine inferiore (di 30 giorni dalla comunicazione di accettazione dell'offerta) nel caso di trattativa privata e di cottimo fiduciario. Tale disposizione costituisce anche, come si

di detto termine, il diritto dell'aggiudicatario di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto <sup>(69)</sup>.

Un ulteriore importante ostacolo al meccanismo del verbale che “tiene luogo del contratto” viene individuato nelle c.d. “verifiche antimafia”.

E' noto che, a partire dagli anni '80, sono intervenute numerosissime norme in ordine alla prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale, le quali hanno introdotto specifiche innovazioni anche per quanto riguarda i procedimenti ad evidenza pubblica e, in specie, relativamente alla fase che intercorre tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto.

Queste ultime norme hanno trovato una organica ridefinizione, dapprima con la legge 19 marzo 1990, n. 55; successivamente hanno formato oggetto di numerosi testi legislativi, tra cui la legge 12 luglio 1991, n. 203 e il decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490 (in parte abrogato dal D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252).

Orbene, sempre ad avviso di quell'orientamento minoritario – poco sopra richiamato <sup>(70)</sup> – che afferma la natura (soltanto) amministrativa dell'atto di aggiudicazione, tale complesso normativo avrebbe determinato il venir meno della regola della

---

dirà più avanti, uno dei fondamenti legislativi della determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 2 ottobre 2002, n. 24, la quale, superando lo sbarramento rappresentato dall'art. 16, comma 4, del R.D. n. 2440/1923, ha affermato che la stipulazione del contratto d'appalto, e non il solo verbale di aggiudicazione definitiva, instaura il vincolo contrattuale delle parti. Sulla citata determinazione dell'Autorità di vigilanza e sulle perplessità sollevate da quest'ultima ci si soffermerà nei §§ 5 e 6 del presente Capitolo.

<sup>(69)</sup> Si veda ancora, su tali motivi di critica all'impostazione tradizionale, L. TOSI, op. cit., p. 3 ss..

<sup>(70)</sup> Ci riferisce agli Autori e alle sentenze citati nella nota 62.

contestualità tra aggiudicazione e formazione del contratto.

Secondo questo orientamento, l'acquisizione della certificazione antimafia, nelle forme e nei modi indicati dalla legge, sarebbe, infatti, un requisito preliminare essenziale per poter procedere alla stipula del contratto. In questo senso si è affermato, in dottrina, che il tenore dell'art. 4 del D.Lgs. n. 490/1994 <sup>(71)</sup> sarebbe *"incontestabile"* laddove, con riguardo agli affidamenti di importo superiore alla soglia comunitaria, fa ripetuto riferimento alla stipula dei contratti <sup>(72)</sup>.

Si è, inoltre, sostenuto, da taluni Autori, e questa volta con riferimento all'art. 1 del D.P.C.M. 11 maggio 1991, n. 187 – il quale, in attuazione di quanto previsto dall'art. 17, comma 3, della legge n. 55/1990, prevede, a carico dell'impresa aggiudicataria, l'obbligo di comunicare e documentare la propria composizione societaria – che *"anche in questo caso l'acquisizione della su-specificata dichiarazione e della relativa documentazione è requisito preliminare essenziale per poter procedere alla stipula del contratto"* <sup>(73)</sup>. Ed in questa prospettiva, la stessa dottrina, con riguardo all'art. 20 della legge n. 55/1990 – il quale prevede la pubblicazione, con le stesse modalità con cui è stato pubblicato l'iniziale bando di gara *"dell'elenco delle imprese invitate e di quelle partecipanti alla gara, nonché dell'impresa vincitrice o prescelta indicando il sistema di aggiudicazione adottato"* – che *"si tratta, anche in*

---

<sup>(71)</sup> Detto articolo stabilisce, per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, l'obbligo delle p.A. di acquisire, tramite le Prefetture competenti, le comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia (specificatamente indicate nel quarto comma del medesimo articolo) *"prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti"*.

<sup>(72)</sup> Cfr., in tal senso, L.TOSI, op. cit., p. 4 ss..

<sup>(73)</sup> Cfr., a tale proposito, G. PIERACCIOLI, op. cit., p. 1479.

*questo caso, di specifici obbligatori adempimenti, ricompresi nel “procedimento contrattuale” tra la fase dell’aggiudicazione (...) conclusiva, in termini di procedimento, della fase di scelta del contraente e la fase di stipula contrattuale in cui si definisce l’incontro delle volontà delle parti”* <sup>(74)</sup>.

5. – In questo quadro – caratterizzato da un evidente contrasto giurisprudenziale e dottrinale – si inserisce la determinazione dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 2 ottobre 2002, n. 24 <sup>(75)</sup>.

Con tale determinazione, l’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha affermato che il contratto d’appalto di lavori pubblici si intende perfezionato solo con la formale stipulazione e non con l’aggiudicazione definitiva della gara.

Non si intende, qui, analizzare compiutamente questa pronuncia, già da tempo oggetto di attento esame critico da parte della dottrina <sup>(76)</sup>; sembra sufficiente, in questa sede osservare che, con la decisione in esame, l’Autorità di Vigilanza ha cercato di dare una soluzione definitiva al problema del momento di perfezionamento del contratto ad evidenza pubblica, essenzialmente confermando – come subito si dirà – le conclusioni cui era pervenuta la dottrina poc’anzi richiamata <sup>(77)</sup>

---

<sup>(74)</sup> In questo senso espressamente G. PIERACCIOLI, op. cit., p. 1479.

<sup>(75)</sup> Consultabile in *Urb. e app.*, 2002, p. 1390.

<sup>(76)</sup> Possono ricordarsi, a titolo esemplificativo, oltre al già citato scritto di F. BUONANNO, *Perfezionamento del contratto d’appalto: il punto di vista dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, consultabile presso la sede di lettura indicata nella nota 59; M. FERRARA- G. PANASSIDI, *Commento alla determinazione n. 24 del 2 ottobre 2002*, in *Guida agli Enti locali*, 2002, n. 46, p. 57 ss.; F. TITOMANLIO, *Risorse a rischio se il contratto non scatta con l’aggiudicazione*, in *Edilizia e Territorio de Il sole 24ore* del 16/11/2002, p. 4.

<sup>(77)</sup> Ci si riferisce agli Autori citati nella nota 62.

in merito al superamento del principio desumibile dall'art. 16, comma 4, del R.D. n. 2440/1923, secondo cui il verbale di aggiudicazione ha valore di contratto.

Va, però, precisato che tale determinazione muove da premesse parzialmente diverse – rispetto a quelle su cui si basa la dottrina appena ricordata – rilevandosi in essa, innanzitutto, che l'impostazione, secondo cui il solo verbale di aggiudicazione definitiva instaura il vincolo contrattuale tra p.A. e aggiudicatario <sup>(78)</sup>, *“propria del sistema delle norme di contabilità di Stato, oggi non appare più applicabile al sistema degli appalti pubblici né in linea con i rapporti tra pubblica amministrazione ed imprese”*. *“Infatti – si rileva nella stessa determinazione – le norme di contabilità di Stato non costituiscono più la disciplina “normale” degli appalti pubblici, essendo questi ultimi compiutamente regolati dalla l. n. 109/94 e successive modifiche e dal regolamento attuativo”* <sup>(79)</sup>.

Così pronunciando, l'Autorità di Vigilanza – il cui pensiero pare di poter riassumere come segue – ha rilevato, da un lato – e richiamandosi sul punto ad una precedente pronuncia della Sezioni Unite della Corte di cassazione <sup>(80)</sup> –, che il comma 4 dell'art. 16 predetto avrebbe solo natura *“dispositiva”* e che, di conseguenza, l'Amministrazione, nell'ambito di una propria valutazione dell'interesse pubblico, potrebbe *“rinviare, anche*

---

<sup>(78)</sup> Come si è chiarito al § 3, in base a tale impostazione, la (successiva) stipula del contratto assume un valore meramente riproduttivo della già perfezionata manifestazione di volontà negoziale.

<sup>(79)</sup> Così la citata determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici n. 24/2002, consultabile nella sede di lettura indicata nella precedente nota 59.

<sup>(80)</sup> Si tratta della decisione delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, 11 giugno 1998, n. 5807, in *Riv. Corte conti*, 1998, n. 4, p. 240 ss..

*implicitamente, la costituzione del vincolo contrattuale al momento della stipulazione del contratto, fino al quale non sussiste il diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione dello stesso*" <sup>(81)</sup>; dall'altro, che tale norma deve essere coordinata con la disciplina "antimafia", che impone all'Amministrazione, dopo l'aggiudicazione della gara e prima della stipula del contratto, l'adempimento di tutta una serie di attività e procedure di valutazione del soggetto aggiudicatario. Di conseguenza, per i contratti indicati dal comma 1 dell'art. 4 del D.Lgs. n. 490/1994 <sup>(82)</sup>, sarebbe "(...) *sempre necessaria la stipulazione del contratto perché si realizzi il vincolo giuridico contrattuale e sorga il diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione del contratto stesso*" <sup>(83)</sup>; e, a conforto di tale ultima affermazione, la determinazione in esame fa espresso richiamo alla decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4065 <sup>(84)</sup>.

Sulla base di tali argomentazioni preliminari, l'Autorità passa, dunque, a ricercare le conferme positive del proprio assunto di partenza – che ravvisa il momento di perfezionamento del vincolo contrattuale in un tempo successivo all'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva – e le rinviene nell'art. 10, comma 1-*quater*, della legge n. 109/1994 (oggi recepito dall'art 48, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006) e nell'art. 109, comma 1, del D.P.R. n. 554/1999 (anch'esso, come detto, trasfuso nel nuovo Codice dei contratti pubblici, all'art. 11,

---

<sup>(81)</sup> Così, ancora, la citata determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici n. 24/2002.

<sup>(82)</sup> Sul contenuto di tale disposizione si veda il precedente § 4.

<sup>(83)</sup> In questo senso espressamente la più volte citata determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 24/2002.

<sup>(84)</sup> Consultabile in *Arch. Giur. Oo.pp.*, 2001, p. 1697 ss..

comma 9)<sup>(85)</sup>.

La prima delle norme citate stabilisce che anche l'aggiudicatario, oltre agli altri partecipanti alla gara, estratti per sorteggio, deve comprovare i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dichiarati in sede di offerta; la seconda, invece, come già ricordato, dispone che la stipulazione del contratto di appalto deve aver luogo entro sessanta giorni dall'aggiudicazione.

Entrambe le norme, secondo l'Autorità di vigilanza, dimostrerebbero che, al momento dell'aggiudicazione, non sussiste alcun vincolo negoziale tra le parti, essendo necessaria, per la costituzione del rapporto, la successiva stipulazione del contratto<sup>(86)</sup>.

Da tali considerazioni, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha tratto le seguenti conclusioni:

- *“la disciplina degli appalti di lavori pubblici è contenuta nella L. n. 109/1994 e successive modificazioni e nel relativo regolamento di cui al D.P.R. n. 554/1999”;*

---

<sup>(85)</sup> Sui fondamenti positivi della determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici n. 24/2002, si veda il citato commento di F. BUONANNO (consultabile nella sede di lettura indicata nella nota 59).

<sup>(86)</sup> Sempre ad avviso dell'Autorità, la quale si richiama, sul punto, ad un proprio precedente (Determinazione n. 54/2000) – la tesi della natura solo amministrativa dell'atto di aggiudicazione troverebbe ulteriore conferma nel fatto che prima della stipula del contratto la posizione dell'Amministrazione appare differenziata rispetto a quella del privato contraente. Ed invero, mentre quest'ultimo è gravato dall'obbligo di concludere il contratto, addivenendo alla stipula, pena l'incameramento della cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 109, comma 3, del D.P.R. n. 554/1999, l'Amministrazione, ha solo *“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”*.

- *“la stipulazione del contratto d'appalto, e non il solo verbale di aggiudicazione definitiva, instaura il vincolo contrattuale delle parti”*;
- *“l'Amministrazione ha l'obbligo di determinarsi in ordine alla stipula del contratto entro i termini fissati dal legislatore nell'art. 109, comma 1, del D.P.R. n. 554/1999”*.

6. – Le conclusioni cui è pervenuta l'Autorità di Vigilanza, pur rappresentando un tentativo di fare chiarezza in merito ad un argomento che – come detto – da molto tempo crea imbarazzo alle Amministrazioni e, in genere, agli operatori del settore che devono, alternativamente, sostenere o negare le ragioni della perfezione del vincolo, a seconda che si trovino a difendere gli interessi dei privati imprenditori o quelli delle stazioni appaltanti<sup>(87)</sup>, non ha però trovato unanimità di consensi in dottrina e giurisprudenza.

In particolare, la dottrina ha manifestato non poche perplessità sulle motivazioni che l'Autorità ha posto a fondamento della propria determinazione; perplessità che appaiono, a giudizio di chi scrive, condivisibili, e sulle quali appare ora necessario soffermarsi, anche al fine di chiarire il valore che, nell'ambito della presente indagine, si intende riconoscere all'atto di aggiudicazione.

Al riguardo, va osservato, anzitutto, che il ragionamento dell'Autorità si basa su alcune pronunzie giurisprudenziali che appaiono assolutamente inidonee a fondare il principio secondo cui è *“(...) con la stipulazione del contratto d'appalto, e non più con il solo verbale di aggiudicazione definitiva, che può*

---

<sup>(87)</sup> Cfr., in tal senso, F. BUONANNO, op. cit., p. 1397.

*considerarsi instaurato il vincolo contrattuale tra le parti”* <sup>(88)</sup>.

Ed invero, analizzando con attenzione la giurisprudenza citata nella determinazione n. 24/2002, è facile rendersi conto che essa risulta in linea e perfettamente coerente, per non dire di segno identico, con l'impostazione tradizionale, che afferma la natura (anche) negoziale dell'aggiudicazione, andando così in direzione opposta rispetto alle conclusioni cui perviene l'Autorità <sup>(89)</sup>.

La stessa sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 5807/1998, citata dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, non fa altro che affermare che il processo verbale di aggiudicazione definitiva equivale ad ogni effetto di legge ad un contratto vincolante tra Amministrazione e aggiudicatario, salvo che da tale verbale risulti la volontà della p.A. di rinviare la costituzione del vincolo negoziale ad un momento successivo (come era, di fatto, accaduto nella fattispecie concreta sottoposta alla cognizione del supremo Giudice) <sup>(90)</sup>. La pronuncia si muove, dunque, nel solco della precedenza giurisprudenza civile ed amministrativa e solo per mediare la regola generale che vuole il vincolo giuridico sorto *inter partes* con la redazione del processo verbale di aggiudicazione definitiva, giunge poco oltre ad affermare: *“Il verbale di aggiudicazione definitiva, a seguito di incanto pubblico o licitazione privata, non necessariamente equivale, ad ogni effetto di legge, al contratto, perché l'art. 16, comma 4, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 ha natura dispositiva*

---

<sup>(88)</sup> E' questo il principio espressamente affermato dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con la determinazione n. 24/2002.

<sup>(89)</sup> Sulle critiche sollevate nei confronti dei fondamenti giurisprudenziali della determinazione n. 24/2002, si veda quanto osservato da F. BUONANNO, op. cit., p. 1393.

<sup>(90)</sup> Cfr. F. BUONANNO, op. cit., p. 1393.

(...) e, pertanto, la p.A., alla quale spetta valutare discrezionalmente l'interesse pubblico, può rinviare, anche implicitamente, la costituzione del vincolo al momento della stipulazione del contratto (...)" <sup>(91)</sup>.

Inutile appare, perciò, insistere sulla natura "dispositiva" del comma 4 dell'art. 16 della legge di Contabilità dello Stato, che appare assolutamente pacifica <sup>(92)</sup>.

Ulteriore motivo di perplessità – al quale non si vuole dedicare che un cenno – è rappresentato dal richiamo alla decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4065 <sup>(93)</sup>, pure citata dall'Autorità, ad ulteriore conferma del ragionamento seguito.

Si può osservare come, anche in questo caso, da una lettura del testo integrale della sentenza del Consiglio di Stato emerga che il giudice amministrativo ha inteso affermare il medesimo principio della natura (anche) contrattuale dell'aggiudicazione, in quanto atto costitutivo di un rapporto giuridico vincolante, sia per l'Amministrazione che per il concorrente aggiudicatario, salvo che – come nella fattispecie oggetto della pronuncia <sup>(94)</sup> – sia

---

<sup>(91)</sup> Così la citata sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 11 giugno 1998, n. 5807, consultabile nella sede di lettura indicata nella precedente nota 80.

<sup>(92)</sup> Ad analoghe conclusioni perviene F.BUONANNO, il quale aggiunge: "Meglio, invece, ricordare che le Amministrazioni aggiudicatrici, quando utilizzano come modalità di selezione dei concorrenti i sistemi del pubblico incanto e/o della licitazione privata, possono sempre limitare discrezionalmente il contenuto del provvedimento che chiude la serie procedimentale di gara, omettendo di inserire in esso la volontà di concludere il contratto, o meglio escludendo tale effetto con idonea dichiarazione da contenersi, per esigenze di forma-contenuto, nel medesimo verbale di aggiudicazione o addirittura nel bando o nella lettera di invito".

<sup>(93)</sup> Consultabile nella sede di lettura indicata nella precedente nota 84.

<sup>(94)</sup> Dalla lettura della sentenza emerge, infatti, che l'aggiudicazione era

disposto diversamente dalla stessa Amministrazione.

Diversamente da quanto affermato dall'Autorità, quindi, il caso citato sembra avvalorare semmai il principio secondo cui anche le verifiche inerenti alle procedure c.d. antimafia non comportano alcun limite al sorgere del vincolo negoziale tra stazione appaltante ed aggiudicatario, se ciò non sia stato espressamente previsto dalla prima, la quale, all'uopo, può posticipare il momento di formazione del vincolo negoziale, facendolo coincidere con la stipulazione del contratto <sup>(95)</sup>.

Venendo ora ai fondamenti normativi della determinazione n. 24/2002, non si può non prendere le mosse proprio dall'art. 4 del D.Lgs. n. 490/1994 <sup>(96)</sup>, appena citato, il quale – ad avviso dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici – sarebbe di per sé solo sufficiente ad impedire che l'aggiudicazione realizzi il perfezionamento del vincolo contrattuale tra committente ed appaltatore.

Ma, al contrario di quanto affermato dall'Autorità, non pare potersi ascrivere un tale effetto a detta norma, la quale, come già ricordato, si limita a prescrivere alle p.A. appaltanti di non “*stipulare*” o “*approvare*” i contratti di appalto aggiudicati con gara pubblica, senza prima aver effettuato i controlli di rito sulla

---

stata approvata “*con riserva della prescritta documentazione*”, così rinviando, per un verso, la nascita del vincolo contrattuale al momento della stipulazione del contratto, e conservando, per altro verso, il potere di accertare in capo all'aggiudicatario la sussistenza di tutti i requisiti e le condizioni necessari per la stipula del contratto, ivi compresa l'obbligatoria acquisizione delle informative antimafia: dunque, anche in questo caso, l'Amministrazione aveva inserito una “riserva” nel verbale di aggiudicazione, specificando che esso non costituiva alcun rapporto giuridico.

<sup>(95)</sup> Cfr., in tal senso, F. BUONANNO, op. cit., p. 1394.

<sup>(96)</sup> Sul contenuto di tale disposizione si rinvia alle considerazioni svolte nel § 4.

moralità ed affidabilità dell'aggiudicatario (di cui al successivo comma 4). La norma, cioè, tace sul valore da attribuire all'aggiudicazione e, tuttavia, neppure qualifica il contratto di appalto, che ad essa segue temporalmente, come la fonte generatrice del vincolo contrattuale.

In questo senso si è opportunamente rilevato che “i contratti e i subcontratti” di cui al citato art. 4, comma 1, del D.Lgs. n. 490/1994 potrebbero tranquillamente essere considerati, come peraltro ritengono la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, alla stregua di atti giuridici meramente riproduttivi di un vincolo negoziale già validamente sorto, seppure inefficace fino alla successiva emanazione del provvedimento di approvazione <sup>(97)</sup>.

Ma c'è di più.

Parte della dottrina, nel commentare la determinazione in esame ha, inoltre, affermato che la tesi dell'Autorità di vigilanza sarebbe smentita anche dall'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999, il quale impone di presentare in sede di gara il certificato dei carichi pendenti, con riferimento specifico alla situazione antimafia del concorrente, e il certificato del casellario giudiziale dal quale emergono anche le condanne per reati mafiosi; cosicché – ad avviso di questa dottrina – la posizione antimafia dell'aggiudicatario e del secondo in graduatoria sarebbero già note all'Amministrazione all'atto della partecipazione alla gara <sup>(98)</sup>.

---

<sup>(97)</sup> In questo senso espressamente F. BUONANNO, op. cit., p. 1394.

<sup>(98)</sup> Cfr., in tale senso F. TITOMANLIO, op. cit., p. 4 ss.. Ad avviso di altra parte della dottrina (L. TOSI, op. cit., p. 4 ss.) che ha, invece, commentato adesivamente la determinazione dell'Autorità di vigilanza, l'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999 – su cui, come si è accennato nel testo, si fondano alcune delle critiche sollevate nei confronti della determinazione dell'Autorità di vigilanza - andrebbe, comunque, coordinato con la più recente normativa in materia di semplificazione amministrativa e, in

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riguardo ad altre norme citate nella determinazione dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, al fine di dimostrare che la nascita del rapporto contrattuale tra Amministrazione e appaltatore avviene con la stipulazione del contratto di appalto e non in un momento antecedente. Si tratta dell’art. 10, comma 1- *quater*, della legge n. 109/1994 (come trasfuso nell’art. 48, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006) e dell’art. 109, comma 1, del D.P.R. n. 554/1999, di attuazione della legge Merloni.

La prima delle norme appena citate stabilisce – come già ricordato – che anche l’aggiudicatario, oltre agli altri partecipanti alla gara, estratti per sorteggio, deve comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dichiarati in sede di offerta. Tale circostanza, tuttavia, come è stato rilevato, lungi dall’incidere sulla titolarità del diritto soggettivo dell’aggiudicatario medesimo

---

particolare con l’art. 46 del D.P.R. n. 445/2000 in materia di dichiarazioni sostitutive di certificazioni. Osserva, invero, l’Autrice citata, che se da un lato l’art. 46 consente alle imprese di autocertificare in gara la propria situazione giudiziaria evitando alle stesse di dover produrre il certificato del casellario giudiziale e dei carichi pendenti; dall’altro spetta, comunque, all’Amministrazione, in sede di verifica a campione, accertare la rispondenza al vero di quanto dichiarato all’atto della partecipazione alla gara. *“Da questa osservazione – conclude l’Autrice – deriverebbe la persistente necessità di accertare la “non mafiosità” dell’aggiudicatario e del secondo classificato poiché tale posizione può essere, ad aggiudicazione avvenuta, tutt’altro che chiara e comunque ancora da verificare”*. A tale osservazione si può, peraltro, obiettare che solo in caso di appalti di importo inferiore a euro 150.000 – soglia al di sotto della quale non opera il sistema unico di qualificazione e, quindi, non è obbligatoria l’attestazione S.O.A. (ex art. 17, D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34) – la verifica dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria spetta alla stazione appaltante; quanto ai requisiti di partecipazione degli esecutori di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, gli stessi sono, infatti, già accertati in sede di rilascio dell’attestazione di qualificazione.

all'esecuzione della commessa e al pagamento del relativo prezzo, connesso con l'instaurazione del rapporto giuridico di appalto a seguito dell'aggiudicazione, comporta solo un onere in capo all'aggiudicatario di attivarsi per dimostrare quanto dichiarato nell'offerta presentata, pena l'assoggettamento ad un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, che la p.A. può sempre adottare, a tutela del superiore interesse pubblico a che i contratti pubblici siano affidati a soggetti realmente in grado di eseguirli con diligenza e professionalità <sup>(99)</sup>.

La seconda delle due norme poc'anzi richiamate, l'art. 109, comma 1, del D.P.R. n. 554/1999 (oggi trasfuso nell'art. 11, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006), stabilisce – lo si è già più volte ricordato nelle pagine precedenti <sup>(100)</sup> – che la stipulazione debba aver luogo entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione.

Orbene, è stato anzitutto osservato, in proposito, che il fatto che la stipulazione del contratto debba avvenire entro dati termini di legge, decorrenti dall'aggiudicazione, *“non basta a qualificare il contratto stesso come fonte del vincolo negoziale, né serve a qualificare la natura giuridica del provvedimento di aggiudicazione, lasciando così aperta la via seguita dalla dottrina e dalla giurisprudenza per definire la natura del contratto di appalto di lavori pubblici quale atto giuridico riproduttivo e/o integrativo di un rapporto negoziale già in essere”* <sup>(101)</sup>; osservazione che appare senz'altro condivisibile.

Inoltre, il riferimento dell'Autorità all'art. 109, comma 1, del regolamento di attuazione della legge Merloni offre lo spunto per

---

<sup>(99)</sup> Così F. BUONANNO, op. cit., p. 1394.

<sup>(100)</sup> Cfr., su tale disposizione, quanto osservato nel § 4 e, in particolare, nella nota 68.

<sup>(101)</sup> Così F. BUONANNO, op. cit. pp. 1394-95.

un'ulteriore – e, a parere di chi scrive, decisiva – considerazione.

Merita, infatti, ricordare che il terzo comma del medesimo articolo stabilisce che *“Se la stipula del contratto o la sua approvazione, ove prevista, non avviene nei termini fissati dai commi precedenti, l'impresa può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni impegno o recedere dal contratto”* <sup>(102)</sup>.

Tale disposizione sembra, dunque, suggerire un'interpretazione di segno contrario rispetto a quella fornita dall'Autorità, stabilendo che *“l'impresa”* che ha partecipato alla gara, qualora l'Amministrazione non proceda entro i termini di legge alla stipulazione, può *“sciogliersi da ogni impegno e recedere dal contratto”*.

A quale *“impegno”* o *“contratto”* si fa riferimento se – come sostiene l'Autorità – un contratto non è ancora venuto in essere?

Si tratta di una incongruenza all'interno della disposizione o – come è stato ipotizzato da taluni Autori <sup>(103)</sup> – *“è lo stesso legislatore che ha voluto confermare, seppure implicitamente, che dopo l'aggiudicazione viene in essere un “contratto”, da intendersi, quantomeno in senso sostanziale, come rapporto giuridico vincolante, fonte di reciproci impegni, dal quale l'appaltatore può sciogliersi qualora l'Amministrazione si dimostri eccessivamente inerte quanto al compimento delle attività e degli atti tutti che a tale rapporto, già di per sé valido, attribuiscono pure forma ed efficacia”* ?

Sembra più probabile quest'ultima ipotesi, anche in considerazione del fatto che la disposizione contenuta nell'art.

---

<sup>(102)</sup> Tale disposizione, come si è già accennato in nota 68, e come meglio si dirà tra poco, è essenzialmente riprodotta dall'art. 11, comma 9, del nuovo Codice dei contratti pubblici.

<sup>(103)</sup> Cfr. F. BUONANNO, op. cit., p. 1395.

109, comma 1, del D.P.R. n. 554/1999 è stata, integralmente trasfusa nell'art. 11, comma 9, del Codice dei contratti pubblici ove si afferma: *“Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato (...) l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto”* (l'unica differenza rispetto al testo dell'art. 109, primo comma, del D.P.R. n. 554/1999 è rappresentata dall'uso del termine “vincolo” in luogo di “impegno”).

Appare, infatti, ragionevole ritenere che se si fosse trattato di una incongruenza all'interno della disposizione, il legislatore avrebbe ben potuto rilevarla e il nuovo Codice dei contratti pubblici avrebbe potuto costituire la sede per una opportuna correzione della disposizione stessa.

7. – Le osservazioni fin qui svolte – come motivi di critica avverso la citata determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici – paiono, dunque, giustificare il rifiuto di condividere l'impostazione secondo cui la stipulazione del contratto d'appalto, e non il solo verbale di aggiudicazione instaura il vincolo contrattuale tra le parti (impostazione, come detto, condivisa da una parte minoritaria della dottrina e della giurisprudenza).

Peraltro, lo stesso ordine di considerazioni ha indotto una parte rilevante della giurisprudenza successiva a discostarsi dalle statuizioni dell'Autorità di vigilanza e a ritornare a posizioni che erano apparse superate.

Del resto, come già accennato, lo stesso Codice dei contratti pubblici approvato con il D.Lgs. n. 163/2006 non fa chiarezza sul punto. Se, invero, da un lato, esso sembra sancire il superamento dell'impostazione tradizionale secondo cui il verbale di

aggiudicazione equivale al contratto, affermando espressamente, all'art. 11, comma 7, che *“l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta”*, dall'altro lato, il nuovo Codice riproduce – all'art. 11, comma 9 – una disposizione (l'art. 109, comma 3, del D.P.R. n. 554/1999) <sup>(104)</sup> che, come detto, sembra, invece, permettere, un'interpretazione di segno contrario e, dunque, confermare l'impostazione tradizionale secondo cui il verbale di aggiudicazione *“tiene luogo”* del contratto.

Si spiega così come – pur a seguito dell'intervento dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (con la determinazione n. 24/2002) – il problema della natura dell'aggiudicazione costituisca, tuttora, un problema irrisolto; e come anche le recenti ordinanze del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 3355/2004 e Sez. V, n. 1328/2008, e del C.G.A. n. 104/2005 <sup>(105)</sup>, che hanno rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato il tema – oggetto del presente studio – degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto *medio tempore* stipulato abbiano evidenziato come sia preliminare alla risoluzione del problema della sorte del contratto *“la pur necessaria analisi della natura giuridica e della valenza sostanziale dell'aggiudicazione”*.

Non si vuole, peraltro, valutare qui la correttezza dell'impostazione assunta dalle tre ordinanze di rimessione, che saranno oggetto di specifica analisi nel seguito dell'indagine

---

<sup>(104)</sup> Come già ricordato nel precedente paragrafo, tale disposizione prevede che nel caso in cui la stipulazione non abbia luogo entro il termine stabilito (di regola sessanta giorni), l'aggiudicatario possa – mediante atto notificato alla stazione appaltante – *“sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto”*.

<sup>(105)</sup> Consultabili nelle sedi di lettura indicate nella nota 1.

(<sup>106</sup>); ci si vuole, per il momento, soffermare sulle conclusioni che tali ordinanze hanno tratto con riguardo al problema della natura dell'atto di aggiudicazione.

Deve essere, allora, ricordato che le ordinanze sopra citate hanno indicato una propria soluzione della questione, aderendo all'indirizzo interpretativo tradizionale che configura l'aggiudicazione come atto avente *“una duplice natura, amministrativa e negoziale, nel senso che si pone, al contempo, come provvedimento conclusivo della procedura di selezione del contraente privato e di atto giuridico con il quale l'Amministrazione formalizza la propria volontà di contrarre con l'impresa scelta ed alle condizioni dalla stessa offerte”*. *“A tale impostazione – concludono i Giudici rimettenti – consegue (...) che l'accordo contrattuale si forma al momento dell'adozione dell'aggiudicazione e che l'eventuale stipula, separata e successiva, del contratto acquista valenza meramente riproduttiva del consenso già manifestato dalle parti e cristallizzato, in tutti i suoi elementi, nell'atto conclusivo della procedura ad evidenza pubblica”* (<sup>107</sup>).

Orbene, le conclusioni cui pervengono le tre ordinanze in esame paiono pienamente condivisibili; e da esse chi scrive non ritiene di doversi discostare, specie nell'attuale contesto, fortemente caratterizzato da incertezze normative e giurisprudenziali sul punto (<sup>108</sup>).

---

(<sup>106</sup>) Delle ordinanze citate ci si occuperà nel Capitolo III, § 6.

(<sup>107</sup>) Così le ordinanze del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 3355/2004 e Sez. V, n. 1328/2008 e del C.G.A., n. 104/2005; come si vedrà nel seguito, in esito a tale inquadramento dogmatico dell'aggiudicazione, le due ordinanze descrivono, quindi, in termini di nullità le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione stessa sui contratti *medio tempore* stipulati.

(<sup>108</sup>) Come si è già più volte ricordato, sulla questione della natura

Si ritiene, tuttavia, necessario, per giungere ad un più convincente risultato interpretativo, porre l'accento sulla circostanza (che tutte e tre le ordinanze di rimessione hanno sottaciuto) che il prodursi dell'effetto negoziale dell'aggiudicazione è in ogni caso legato alle modalità di selezione in concreto adottate dalla stazione appaltante, e alle previsioni della *lex specialis* (bando, lettera di invito, ecc.) <sup>(109)</sup>.

In questa prospettiva, pare, quindi, di poter affermare – in linea con l'opinione tradizionale <sup>(110)</sup> – che l'atto di aggiudicazione intervenuto a seguito di asta pubblica o di licitazione privata, oltre ad essere un atto amministrativo di accertamento (costitutivo) dell'offerta migliore, costituisce senz'altro un vincolo negoziale valido e perfetto.

Invero, l'offerente che partecipa ad una gara, con il sistema del pubblico incanto o della licitazione privata è fin da subito in grado di conoscere sia le regole di partecipazione alla procedura concorsuale, sia i contenuti del futuro rapporto negoziale con l'Amministrazione, in ipotesi di aggiudicazione. Anzi, quanto a

---

dell'aggiudicazione – così come per le altre questioni connesse al tema della sorte del contratto *medio tempore* stipulato – si attende la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

<sup>(109)</sup> Si ritengono condivisibili, sotto tale profilo, le conclusioni cui è pervenuto quell'orientamento giurisprudenziale, più sopra richiamato (cfr. le note 60 e 61), il quale differenzia, sotto il profilo contenutistico, l'atto di aggiudicazione in relazione al tipo di procedura seguita ed in particolare esclude il valore negoziale dell'aggiudicazione (e sostiene, quindi, la necessità di procedere a separata, successiva stipulazione) nel caso in cui siano stati seguiti i procedimenti della trattativa privata (e ciò almeno, per i contratti non sottoposti alla normativa di derivazione comunitaria) e dell'appalto-concorso; si vedano, su tale orientamento, A. MASSERA, op. cit., p. 1593; E. MELE, op. cit., p. 227 ss..

<sup>(110)</sup> Sull'opinione tradizionale, che afferma la duplice natura (amministrativa e negoziale) dell'atto di aggiudicazione ci si è soffermati nel § 3.

tale ultimo aspetto, la stazione appaltante è tenuta a portare a conoscenza del concorrente ogni elemento e caratteristica dell'appalto che possa essere utile per predisporre la migliore offerta; cosicché, dopo l'accettazione da parte dell'Amministrazione, attraverso l'aggiudicazione, del "patto" proposto dall'offerente con l'invio dell'offerta, il privato diventa parte contraente e non può più sottrarsi alla "validità e vincolatività" del rapporto giuridico, che deve ritenersi definitivamente sorto <sup>(111)</sup>. E ciò a prescindere dalla circostanza che l'atto di approvazione sia o meno intervenuto; tale circostanza attiene, invero, al (diverso) problema della efficacia. Ma – come è stato anche da altri rilevato – "parlare di un problema di efficacia vuol dire escludere a priori il problema del valido perfezionamento" del contratto d'appalto di opere pubbliche <sup>(112)</sup>.

Si intende, in tale modo respingere le argomentazioni di quella corrente minoritaria – più sopra richiamata <sup>(113)</sup> – che, facendo leva sull'art. 19 della legge di contabilità dello Stato afferma che il contratto perverrebbe a giuridica esistenza non nel momento dell'aggiudicazione ma in quello in cui interviene l'approvazione.

Al riguardo, sembra sufficiente qui ulteriormente ricordare che l'approvazione non è un elemento costitutivo del consenso della p.A., ma "un atto amministrativo esterno al contratto e alla sua struttura, che condiziona solo l'efficacia giuridica di questo, non la sua esistenza" <sup>(114)</sup>. Essa, dunque, non rappresenta una dichiarazione di volontà contrattuale ma costituisce l'espressione

---

<sup>(111)</sup> Così F. BUONANNO, op. cit., p. 1392

<sup>(112)</sup> Si veda, in tal senso, N. PAOLANTONIO, op. cit., p. 350.

<sup>(113)</sup> Cfr. *supra*, § 4 e, in specie, gli Autori citati in nota 62.

<sup>(114)</sup> Cfr., in tal senso, A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, op. cit., p. 602.

di una potestà di controllo facente capo ad una autorità diversa dall'Amministrazione stipulante. Come noto, la stessa attività di controllo è esterna e successiva al momento di perfezionamento del contratto e verso quest'ultimo si pone solo come condizione per l'acquisto della efficacia definitiva <sup>(115)</sup>.

In conclusione, in caso di asta e di licitazione privata l'atto di aggiudicazione si può considerare, di regola <sup>(116)</sup>, anche atto di stipulazione contrattuale per cui, a rigore, non appare necessaria un'ulteriore stipulazione e il vincolo contrattuale, con l'incontro delle due volontà espresse dalle due sottoscrizioni dell'ufficiale stipulante (che rappresenta l'Amministrazione) e dell'aggiudicatario, si perfeziona giuridicamente, anche se esso non è ancora efficace per mancata approvazione da parte dell'autorità pubblica a cui compete tale potere <sup>(117)</sup>.

---

<sup>(115)</sup> Pare, sul punto, di poter concordare con quell'orientamento secondo cui il disposto dell'art. 19 della legge di contabilità dello Stato “*va interpretato intendendo che dopo l'aggiudicazione definitiva (se si tratta di asta pubblica o licitazione privata) o comunque dopo la formale stipulazione del contratto, il vincolo obbligatorio sorge tanto per il privato quanto per l'Amministrazione ma non è efficace verso nessuno dei due*” (così N. PAOLANTONIO, op. cit., p. 348).

<sup>(116)</sup> E cioè, come già detto, ad eccezione dei casi in cui l'Amministrazione, nel verbale di aggiudicazione, nel bando o nella lettera di invito non abbia manifestato espressamente la volontà di non concludere il contratto fino al momento della formale stipulazione.

<sup>(117)</sup> Così E. MELE, op. cit., p. 228 ss.. Particolarmente interessante, in proposito, è una recente decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4854, consultabile presso il sito internet [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), ove si ribadisce il principio secondo cui nei contratti conclusi con i sistemi di asta pubblica e di licitazione privata il verbale di aggiudicazione “*tiene luogo*” del contratto, precisando, che “*affinché ciò avvenga, tuttavia, occorre che siano seguite le formalità tipiche dei contratti (sottoscrizione dell'ufficiale stipulante, del legale rappresentante dell'impresa aggiudicataria, di due testimoni, nonché – cosa essenziale – dell'ufficiale rogante), come può evincersi dal disposto degli artt. 88 e 95 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827 (regolamento di contabilità di Stato)*”.

In tali casi, la stipulazione del successivo contratto, quindi, normalmente nulla toglie né aggiunge al rapporto giuridico sorto *inter partes*, bensì serve solo a riprodurre, e a meglio specificare i contenuti e gli aspetti formali del medesimo rapporto. Al più, in tale fase, lungi dal potersi modificare gli elementi essenziali del contratto, tutti già determinati al momento di bandire la gara e/o di invitare gli offerenti, possono essere modificati soltanto alcuni elementi accessori che non incidano sulla natura e sui contenuti del vincolo <sup>(118)</sup>.

Nel caso dell'appalto-concorso e della trattativa privata le cose stanno, invece, diversamente, giacché, in tali casi, l'aggiudicazione non consegue immediatamente, alla stregua di un effetto automatico, alle operazioni di gara <sup>(119)</sup>.

In particolare, nel caso dell'appalto concorso <sup>(120)</sup>, come noto,

---

<sup>(118)</sup> Ed alla luce di tali considerazioni si rivelano insussistenti anche le incongruenze rilevate all'interno della normativa di contabilità dello Stato (in specie, tra l'art. 88 del R.D. n. 827/1924 e l'art. 16 del R.D. n. 2440/1923) da una parte della dottrina – citata in nota 62 – che sostiene la natura (solo) amministrativa dell'aggiudicazione. Dal combinato disposto degli artt. 88 del R.D. n. 827/1924 e 16, comma 4, del R.D. n. 2440/1923 si evince, infatti, che mentre nel caso dell'appalto concorso e della trattativa privata è sempre necessaria la stipulazione (affermandosi nell'art. 88 che “*avvenuta la definitiva aggiudicazione, si procede nel più breve termine alla stipulazione del contratto, tranne i casi in cui il verbale di aggiudicazione tenga luogo di contratto*”), nelle ipotesi di asta e di licitazione privata la stipulazione può anche essere omessa, giacché, in tali casi (come statuito dallo stesso art. 16, comma 4) il verbale di aggiudicazione, appunto, “*tiene luogo*” del contratto.

<sup>(119)</sup> Cfr. E. MELE, op. cit, p. 229.

<sup>(120)</sup> Occorre precisare che – a differenza della legge n. 109/94 – il Codice dei contratti pubblici non contempla più espressamente la procedura dell'appalto-concorso tra le modalità di scelta del contraente. Tuttavia, si tratta di una eliminazione più formale che sostanziale, considerato che nella terza tipologia di appalto prevista dall'art. 53 dello stesso Codice l'offerta del concorrente è costituita dal progetto definitivo e dal prezzo: ipotesi che, sia pure in termini non perfettamente coincidenti rispetto a quanto previsto

hanno luogo un complesso di operazioni che tendono a comparare fra loro le diverse offerte presentate, con valutazione comparativa e ponderativa di tutte le particolarità dell'offerta: operazioni che vengono svolte normalmente da un'apposita commissione giudicatrice, la quale esprime un giudizio di discrezionalità tecnica, che si caratterizza per essere un atto ancora interno al procedimento, più precisamente una proposta di aggiudicazione che dovrà essere vagliata dall'Amministrazione ed eventualmente fatta propria <sup>(121)</sup>.

Atteggiandosi, dunque, l'atto finale della commissione giudicatrice di un appalto-concorso come una proposta di aggiudicazione, è evidente che ad essa deve seguire un ulteriore atto di aggiudicazione che, recependo o meno in tutto o in parte la proposta, proceda all'aggiudicazione medesima. Da tutto ciò deriva che, non ricorrendo, in tale ultima ipotesi, gli elementi e formalità previsti nei casi di aggiudicazione c.d. meccanica (asta pubblica e licitazione privata), l'atto di aggiudicazione non potrà assumere anche la natura di atto di stipulazione contrattuale, per il quale dovrà, quindi, procedersi separatamente, nelle forme previste dalla normativa in materia di contabilità dello Stato <sup>(122)</sup>.

Nel caso della trattativa privata, la vicenda che culmina con l'aggiudicazione è ancora più complessa. In quest'ultima ipotesi, occorre, infatti, distinguere tra trattativa privata a seguito di gara informale e trattativa privata pura (senza gara, neppure

---

dalla legge n. 109, richiama concettualmente proprio l'appalto concorso.

<sup>(121)</sup> Si veda, in argomento, E. MELE, op. cit., p. 229: sulla "tecnicità" dei membri chiamati a far parte una commissione giudicatrice, si veda, inoltre, in giurisprudenza, la sentenza della Corte costituzionale, 15 ottobre 1990, n. 453, in *Cons. Stato*, 1990, II, p. 1416.

<sup>(122)</sup> Si veda, al riguardo la giurisprudenza citata nella precedente nota 61.

informale).

Nel primo caso, si ha più o meno la stessa evenienza dell'appalto-concorso, in quanto la gara informale si atteggia come un insieme di atti attraverso i quali la pubblica Amministrazione procede alla comparazione delle offerte presentate, per cui la scelta di una di esse si configura anch'essa come una proposta di aggiudicazione, cui può seguire l'atto di aggiudicazione formale o addirittura l'atto di stipulazione contrattuale.

Nel caso, invece, della trattativa privata pura – secondo l'opinione prevalente e, a mio avviso, condivisibile – non si ha un'aggiudicazione in senso proprio ma semplicemente una “*contrattazione con singole persone alla quale segue la stipulazione del formale contratto*”, per cui, in tal caso, il costituirsi del vincolo obbligatorio si produce solo nel momento della stipulazione <sup>(123)</sup>

Le considerazioni fin qui svolte inducono, perciò, a concludere che mentre per l'asta pubblica e per la licitazione privata vale il principio stabilito dall'art. 16, comma 4, del R.D. n. 2440/1923 <sup>(124)</sup>, per le procedure non “automatiche” (quali

---

<sup>(123)</sup> Cfr., in tal senso, per tutti, A. MASSERA, op. cit., p. 1593 ss.; P. LA ROCCA, op. cit., p. 465 ss.; parzialmente diverso è il punto di vista di E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 230, ad avviso del quale, non può dubitarsi che, anche nel caso della trattativa privata, “*una valutazione comparativa sia stata comunque fatta e che quindi l'aggiudicazione si sia manifestata rebus et factis, nella stessa decisione di stipulazione, per cui può dirsi che in tal caso l'aggiudicazione, conformemente del resto a tutto il modo di scelta del contraente privato, è un'aggiudicazione informale, che si manifesta documentalmente in atti privi di tipicità (un appunto, un “va bene” su un pro-memoria, ecc.) ovvero nell'atto di stipulazione quale presupposto di diritto amministrativo dello stesso*”.

<sup>(124)</sup> Salvo, come detto, il caso in cui l'Amministrazione, nel verbale di aggiudicazione, nel bando o nella lettera di invito, non abbia manifestato

l'appalto-concorso e la trattativa privata) <sup>(125)</sup> è sempre necessaria la stipulazione del contratto affinché possa dirsi costituito il vincolo, in quanto, come si è visto, in questi ultimi casi, dopo l'aggiudicazione, si rende necessaria una fase di "negoziazione" tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario per la definizione dei contenuti del futuro accordo <sup>(126)</sup>.

---

espressamente la volontà di non concludere alcun rapporto giuridico con l'aggiudicatario, fino al momento della stipulazione formale del contratto.

<sup>(125)</sup> Le medesime conclusioni qui raggiunte – in ordine alla natura dell'atto di aggiudicazione – con riguardo all'appalto concorso e alla trattativa privata potrebbero essere oggi estese anche al dialogo competitivo (istituto introdotto dall'art. 58 del Codice dei contratti pubblici tra le procedure di affidamento degli appalti), trattandosi di procedura che presenta forti analogie con l'appalto concorso (in quanto caratterizzata dalla presenza di profili di discrezionalità tecnica ed amministrativa, particolarmente rilevanti, in capo all'Amministrazione), cui le Stazioni appaltanti possono ricorrere, in alternativa alle ordinarie procedure aperte e ristrette, qualora si tratti di affidare "*appalti particolarmente complessi*".

<sup>(126)</sup> Va, tuttavia, precisato che, a differenza della trattativa privata (ove ha luogo una vera e propria "negoziazione" tra le parti), nell'appalto-concorso, la fase che si conclude con la stipulazione del contratto è caratterizzata dal potere dell'Amministrazione di incidere unilateralmente sul contenuto del contratto (anche attraverso l'introduzione di modifiche o varianti), al fine di assicurare la migliore rispondenza del progetto prescelto alle esigenze dell'opera pubblica da realizzare (cfr., sul punto, ad es., Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 novembre 1981, n. 666, in *Foro amm.*, 1981, I, p. 2401; Id., Sez. IV, 28 ottobre 1996, n. 1159, *ivi*, 1996, p. 2865).

CAPITOLO II  
LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA CIVILE TRA  
ANNULLABILITÀ E NULLITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa: l'individuazione degli effetti dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto deve essere compiuta muovendo dall'analisi dei diversi filoni interpretativi registratisi in argomento. Programma della ulteriore ricerca. – 2. La tesi tradizionale dell'annullabilità del contratto *ex art.* 1441 c.c. e le sue differenti ipotesi ricostruttive: l'annullabilità per incapacità a contrattare della p.A. (art. 1425, primo comma, c.c.); l'annullabilità per vizi del consenso (artt. 1427 e ss. c.c.); l'annullabilità per difetto di legittimazione negoziale della p.A., come ipotesi concreta di incapacità rispetto allo specifico negozio, pur a fronte di una generale capacità giuridica e di agire del soggetto pubblico. – 3. (segue): la soluzione elaborata da SANDULLI (quale variante alla tesi dell'annullabilità relativa): l'inefficacia *ex art.* 1398 c.c.. – 4. La tesi della nullità assoluta nelle sue due diverse prospettazioni: la nullità "strutturale" per mancanza del consenso (artt. 1418, comma 2, e 1325, n. 1, c.c.); la nullità per violazione di "norme imperative" (art. 1418, primo comma, c.c.). – 5. Vantaggi e limiti delle ricostruzioni proposte. In particolare, le critiche mosse alla tesi tradizionale dell'annullabilità: anomalia di un sistema nel quale sia solo l'Amministrazione a poter lamentare la violazione delle norme ad evidenza pubblica per ottenere la caducazione del contratto; elusione del principio di effettività della tutela giurisdizionale; scarsa fedeltà al sistema codicistico; artificiosità della distinzione tra fase amministrativa di scelta del contraente e fase negoziale; inconciliabilità di tale soluzione con il principio di concentrazione della tutela che caratterizza la giurisdizione esclusiva del g.a. sulle controversie in materia di procedure di aggiudicazione (artt. 6 e 7 della legge 205/2000). – 6. (segue): Le ragioni del rigetto della tesi della nullità assoluta: effetti negativi, sul piano della certezza dei rapporti giuridici, derivanti dal carattere di assolutezza, insanabilità, imprescrittibilità dell'azione di nullità; mancanza di sistematicità della teoria in esame; eccessiva dilatazione della nozione di nullità virtuale (che non potrebbe discendere dalla violazione di mere norme precettive, ma dalla sola violazione di norme proibitive).

1. – Si è precisato, all'inizio della presente indagine <sup>(127)</sup>, come fosse propedeutica rispetto ad un tentativo di ricostruzione sistematica del problema della patologia contrattuale conseguente

---

<sup>(127)</sup> Si veda quanto osservato nell'Introduzione, § 4.

all'annullamento dell'aggiudicazione, la soluzione della (pur) diversa (ma connessa) questione della natura dell'atto di aggiudicazione.

Ad una definizione sufficientemente precisa della natura e dei caratteri fondamentali dell'atto di "aggiudicazione" si confida abbiano condotto le considerazioni svolte nel Capitolo precedente; nel seguito di questo lavoro ci si propone di definire e descrivere gli effetti dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto *medio tempore* stipulato, muovendo dall'analisi dei principali orientamenti giurisprudenziali registratisi in argomento, nella consapevolezza, peraltro, che questi riflettono spesso anche le diverse elaborazioni dottrinali succedutesi <sup>(128)</sup>.

---

<sup>(128)</sup> La letteratura giuridica italiana sul tema è particolarmente abbondante e testimonia la varietà delle concezioni formulate dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riguardo al problema degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto *medio tempore* stipulato. Vanno ricordati, in primo luogo, gli scritti di V. GHERGHI, *Effetti della invalidità del procedimento ad evidenza pubblica sui contratti nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuova rass.*, 1995, p. 1334 ss.; U. SALANITRO, *Violazione delle norme imperative nei contratti della pubblica amministrazione e legittimazione ad agire del terzo pretermesso* (nota a Cass. Civ., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269), in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 518 ss.; E.M. BARBIERI, *Annullamento della gara pubblica ed annullamento del contratto: un problema di giurisdizione*, in *Riv. Trim. App.*, 2001, n. 4, p. 721 ss.; O.M. CAPUTO, *Nullità del contratto d'appalto, risarcimento in forma specifica e pregiudiziale amministrativa. Un'impossibile conciliazione* (commento a T.A.R. Campania, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177), in *Urb. e app.*, 2002, p. 1218 ss.; V. CERULLI IRELLI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, (commento a T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177), in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, p. 1195 ss.; M. MONTEDURO, *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418, comma 1, c.c.: una radicale "svolta" della giurisprudenza tra luci ed ombre* (nota a T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177), in *Foro amm., T.A.R.*, 2002, p. 2591 ss.; AA.VV., *Gare: l'annullamento dell'aggiudicazione rende non valido il contratto già stipulato- L'esistenza*

---

della nullità del negozio giuridico può essere rilevata d'ufficio dal giudice, in *Guida al dir.*, 2003, n. 3, p. 99 ss.; AA.VV., *Le cause sulla sorte del contratto d'appalto rientrano nella giurisdizione amministrativa – L'annullamento di aggiudicazione della gara rende inefficace l'atto stipulato in origine* (commento a Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Guida al dir.*, 2003, n. 37, p. 74 ss.; G. CORAGGIO, *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, p. 776 ss.; F. DE NARDI, *Effetti dell'annullamento degli atti di gara sul contratto d'appalto*, in *Riv. Trim. App.*, 2003, p. 890 ss.; S. FANTINI, *Gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 751 ss.; L. IEVA, *Annullamento degli atti dell'evidenza pubblica e nullità del contratto di appalto* (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218), in *Foro amm., C.d.S.*, 2003, p. 964 ss.; M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità e inefficacia: la reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. e formazione*, 2003, p. 245 ss. e, dello stesso Autore, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2008, XLV; G. MANFREDI, *Aggiudicazione e stipulazione dei contratti dell'amministrazione*, in *Serv. Pubbl. App.*, 2003, p. 92 ss.; G. MONTEDORO, *I rapporti tra l'evidenza pubblica e contratto di appalto*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 918 ss.; F. SATTA, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 645 ss.; M. STECCANELLA, *La "caducazione automatica" e la consequenziale inefficacia del contratto concluso con l'aggiudicatario illegittimamente dichiarato tale: si definisce la "nuova" giurisdizione "di rapporto"*, in *Contr. St.*, 2003, p. 666 ss.; M. VOLPATO, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto. Rapido excursus degli orientamenti prevalenti*, in *Contr. St.*, 2004, p. 116 ss.; F. ANCORA, *Annullamento dell'aggiudicazione, nuovi tipi di invalidità e sorte del contratto*, in *Giur. Merito*, 2004, n. 7, p. 1482 ss.; F. CARINGELLA, *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia ?* (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Corr. Giur.*, 2004, p. 669 ss.; e dello stesso Autore, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, p. 2321 e ss.; P. CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto* (commento a Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, p. 1 ss., e dello stesso Autore, *Aggiudicazione e contratto*, reperibile presso il sito internet [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); F. GOISIS, *In tema di conseguenze sul contratto dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione conclusivo di procedimento ad evidenza pubblica e di giudice competente a conoscerne* (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 5 marzo

---

2003, n. 1218; Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332; Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992; Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, p. 177 ss.; A. MARCELLO, *Caducazione automatica del contratto a seguito di annullamento dell'aggiuazione*, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 1160 ss.; F. MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2004, p. 569 ss.; MOSCARINI L.V., *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, p. 597 ss.; G. SCIARROTTA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorti del contratto*, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 1164 ss.; S. VALAGUZZA, *Illegittimità della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validità del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, I, p. 284 ss.; L. VALLA, *Annullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica e contratto: due decisioni a confronto* (commento a Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7470; Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Urb. e app.*, 2004, p. 192 ss.; S. VARONE, *L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica* (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 maggio 2003, n. 2332), in *Foro amm., C.d.S.*, 2003, p. 1648 ss.; M. BARBERO, *Annullamento dell'aggiudicazione e vizio del contratto* (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465), consultabile presso il sito internet [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); F. CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, cit., reperibile presso il sito internet [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); V. FOX, *Annullamento degli atti di gara ed invalidità del contratto d'appalto* (note a margine di *T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I – sentenza 28 gennaio 2003 n. 394*), reperibile presso il sito internet [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); V. LOPILATO, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2006, p. 1519 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *La "caducazione" del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del Codice degli appalti*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2006, p. 3719 ss.; C. VARRONE, *L'invalidità del provvedimento amministrativo e i suoi riflessi, nelle procedure ad evidenza pubblica, sul contratto concluso dalla p.a. con l'aggiudicatario*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 299 ss.; F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2007, p. 797 ss. (e in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) n. 1/2007); DE NICTOLIS R., *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2007, p. 161 ss.; GAROFALO L., *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, volume IV, Padova, 2007, p. 189 ss. nonché in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, p. 139 ss. e, dello stesso Autore, *Sulla figura legislativa della caducazione del contratto*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 1026 ss.; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); B. MARCHETTI,

---

*Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, p. 93 ss.; L. PATTONELLI, *Annullamento degli atti di gara e sorte del contratto*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 320 ss.; M.A. SANDULLI, *Il T.A.R. Lombardia bypassa il problema della giurisdizione e decide incidenter tantum sulle sorti del contratto (a margine della sentenza Sez. I, 8 maggio 2008, n. 1380)*, consultabile in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); T. RUIU, *Ancora sulla sorte del contratto di appalto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione: la tesi dell'inefficacia sopravvenuta, i risvolti sulla giurisdizione, la tutela riparatoria*, in *Riv. Trim. App.*, 2008, p. 237 ss..

Per un inquadramento della problematica nell'ambito più generale dell'attività di diritto privato della p.A. si vedano, inoltre, A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 220 ss.; F. CARNELUTTI, *Contratto e diritto pubblico*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931, p. 246 ss.; A.M. SANDULLI, *Spunti sul regime dei contratti di diritto privato dell'amministrazione*, in *Foro It.*, 1953, p. 149 ss.; e dello stesso Autore, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della p.a.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, p. 1 ss.; O. SEPE, voce *Contratto (dir. amm.): b) Contratti della pubblica Amministrazione*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 986 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Rilevanza di elementi extratestuali ai fini della interpretazione e della validità dei contratti privati della p.a.*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1961, p. 534 ss.; M. NIGRO, voce *Deliberazione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 1009 ss.; F. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della p.a.*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1962, p. 35 ss.; C. ANELLI, *Pubblico e privato in materia di contratti dello Stato e degli enti pubblici*, in *Cons. Stato*, 1966, p. 333 ss.; A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974, p. 282 ss.; S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, p. 167 ss.; F.G. SCOCA, *Novità normative interne e comunitarie sulla disciplina contrattuale*, in *Avv. Enti pubbl.*, 1980, p. 77 ss.; F. GARRI, *Contratto di diritto privato degli enti pubblici*, in *Nss. D.I.*, Appendice, II, Torino, 1981, p. 682 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della p.a.*, Milano, 1982, p. 186 ss.; G. GRECO, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, p. 132 ss.; S. BUSCEMA- A. BUSCEMA, *I contratti della p.a.*, nel *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da G. SANTANIELLO), vol. VII, Padova, 1987, p. 22 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, in particolare p. 847 ss.; L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, p. 211 ss.; B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 483 ss.; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività*

A tale proposito, va fin d'ora evidenziato che è possibile rilevare “*un tendenziale dualismo di posizioni tra la giurisprudenza civile e quella amministrativa, espressione probabilmente di schemi concettuali differenti, che suggeriscono diverse chiavi di lettura della realtà giuridica*” <sup>(129)</sup>; ciò che consente, altresì, di anticipare come la problematica in esame abbia trovato soluzioni in termini civilistici ovvero in termini amministrativistici.

Da tutto ciò deriva l'opportunità di dedicare il presente Capitolo (II) e quello successivo (Capitolo III) all'esposizione critica delle posizioni, rispettivamente, della giurisprudenza civile e della giurisprudenza amministrativa in merito al problema della sorte del contratto, verificandone la correttezza alla luce del dato normativo e delle acquisizioni dottrinali, anche con riguardo agli spazi di tutela riservati dall'ordinamento all'impresa ricorrente, indebitamente pretermessa dall'aggiudicazione <sup>(130)</sup>.

2. – Ove ci si accinga a prendere in considerazione le diverse soluzioni proposte dalla giurisprudenza in merito al problema della sorte del contratto di appalto stipulato a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, non si può che

---

*amministrativa per contratti*, Milano, 1996, p. 75 ss.; G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F. Scoca, vol. II, Bologna, 2001, p. 1626 ss.; V. POLI, *Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2002; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 545 ss..

<sup>(129)</sup> Così S. FANTINI, op. cit., p. 752.

<sup>(130)</sup> Sull'impostazione metodologica del presente studio si veda quanto osservato nell'Introduzione, § 4.

cominciare dalla tesi dell'annullabilità, tuttora prevalente nell'ambito della giurisprudenza del giudice ordinario <sup>(131)</sup> e condivisa anche da una consistente parte della dottrina <sup>(132)</sup>.

---

<sup>(131)</sup> Cfr., tra le numerosissime pronunce in tal senso, Corte d'Appello di Napoli, 23 luglio 1952, in *Dir. e giur.*, 1952, p. 327; Tribunale di Roma, 28 marzo 1959, in *Foro It.*, 1959, I, p. 1214; Corte d'Appello di Palermo, 7 giugno 1963, in *Giur. sic.*, 1964, p. 435; Corte d'Appello di Napoli, 9 febbraio 1968, in *Dir e giur.*, 1968, p. 49; Tribunale di Napoli, 12 aprile 1969, in *Giur. It.*, 1970, I, p. 424; Cass. Civ., Sez. I, 20 novembre 1985, n. 5712, in *Corr. Giur.*, 1986, p. 289, con nota di G. GIACALONE; in *Riv. Trim. appalti*, 1987, p. 85, con nota di ESPOSITO e in *Riv. Giur. scuola*, 1989, p. 319, con nota di DANIELE; Cass. Civ., Sez. I, 13 ottobre 1986, n. 5983, in *Giust. Civ.*, 1987, I, p. 86; Cass. Civ., Sez. III, 7 aprile 1989, n. 1682, in *Cons. Stato*, 1989, II, p. 1224; Tribunale di Lucca, 22 gennaio 1991, in *Giust. Civ.*, 1991, I, p. 2174; Cass. Civ., Sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, p. 398; Cass. Civ., Sez. I, 28 marzo 1996, n. 2842, in *Foro It.*, 1996, I, p. 2054; Cass. Civ., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 518 ss., con nota di U. SALANITRO e in *Contratti*, 1997, p. 128, con nota di C. MUCIO; Cass. Civ., Sez. I, 17 novembre 2000, n. 14901, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, p. 2358.

Particolarmente significativa, tra le pronunce appena citate, è quella della Cassazione Civile, Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269; tale decisione – comunemente citata dalla dottrina come espressione più significativa dell'orientamento tradizionale della giurisprudenza civile – qui oggetto di specifica analisi – appare interessante anche perché, a quanto consta, rappresenta la prima sentenza (edita) che si è pronunciata sulla legittimazione o meno – escludendola – ad impugnare il contratto da parte del terzo che abbia ottenuto l'annullamento dell'atto amministrativo presupposto. Infatti, l'orientamento in esame si era (fino ad allora) formato con riferimento a controversie in cui il contratto era stato impugnato o dalla stessa pubblica Amministrazione o dalla parte che aveva originariamente tratto vantaggio dall'atto amministrativo illegittimo; su tale profilo si sofferma U. SALANITRO nella nota di commento della pronuncia citata.

<sup>(132)</sup> In dottrina, la formulazione più precisa di questa teoria è stata compiuta da M.S. GIANNINI, op. cit., p. 847, il quale ha esaminato la tematica delle reciproche interferenze tra la serie procedimentale e negoziale, occupandosi, in particolare, del problema degli effetti dell'annullamento della delibera a contrarre. Cfr., inoltre, in tal senso, C. ANELLI, op. cit., p. 333; A. BARDUSCO, op. cit., p. 282 e ss.; S. BUSCEMA – A. BUSCEMA, op. cit., p. 282 e ss..

Secondo questa impostazione, l'annullamento con effetto *ex tunc* dell'aggiudicazione inciderebbe sulla validità del contratto, determinandone l'annullabilità <sup>(133)</sup>; e detta annullabilità potrebbe essere fatta valere davanti al giudice ordinario esclusivamente dall'Amministrazione stipulante (in quanto unico soggetto interessato) in via di azione, ai sensi dell'art. 1441 c.c., o in via di eccezione, ai sensi dell'art. 1442, comma 4, c.c..

Questa tesi si basa, in sostanza, su due presupposti teorici: da un lato, essa affonda le sue radici nella tradizionale concezione gianniniana secondo cui il procedimento (amministrativo) ad evidenza pubblica, pur affiancandosi al procedimento (privatistico) di formazione della volontà contrattuale della p.A., non si sostituisce a questo, essendo da esso distinto <sup>(134)</sup>, cosicché

---

<sup>(133)</sup> Deve, peraltro, precisarsi che questo orientamento non distingue tra le ipotesi patologiche relative all'esternazione della volontà e quelle in cui l'invalidità riguardi le fasi ad essa precedente, facendo rientrare nella ricostruzione fornita sia le illegittimità relative al bando di gara ed alla deliberazione a contrarre sia quelle relative all'aggiudicazione: in ambedue le evenienze il contratto sarebbe annullabile.

La stessa giurisprudenza è pacifica nel ritenere che i vizi del procedimento amministrativo riguardanti approvazioni e controlli incidano, invece, sull'efficacia del negozio; cfr., per tutte, Cass. Civ., Sez. I, 28 marzo 1996, n. 2842, cit., in *Foro It.*, 1996, I, p. 2054.

Altra distinzione fondamentale, individuata dalla giurisprudenza, tra i vizi relativi alla fase pre-contrattuale e quelli riguardanti l'approvazione del contratto concerne la legittimazione a far valere tali tipi di vizi: mentre i primi – sia che si riferiscano al processo di formazione della volontà sia che riguardino la fase preparatoria precedente – sarebbero deducibili unicamente dallo stesso ente pubblico, i secondi – in quanto relativi alla “*condicio juris*” dell'operatività del contratto – potrebbero essere dedotti da entrambe le parti contraenti; cfr., sul punto, Cass. Civ., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269, cit., in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 518, e in *Contratti*, 1997, p. 128.

<sup>(134)</sup> Si veda, quale significativa espressione del presupposto, da cui muove la concezione ora considerata, della reciproca indipendenza (ed autonomia) tra fase procedimentale di evidenza pubblica ed attività negoziale della p.A., la decisione della Cass. Civ., Sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885, cit., in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, p. 398, ove si afferma “*al riguardo*,

il consenso che sorregge la stipulazione del contratto da parte della p.A. sarebbe “*pur sempre espressione della generale autonomia negoziale riconosciuta a quest’ultima*” <sup>(135)</sup>; dall’altro, tale soluzione interpretativa muove dal presupposto che la procedura ad evidenza pubblica ha la funzione di tutelare primariamente l’interesse dell’ente pubblico alla scelta del migliore contraente <sup>(136)</sup>.

Da tali premesse l’orientamento ora considerato <sup>(137)</sup> trae, pertanto, la conclusione che i “*vizi degli atti amministrativi precedenti la stipulazione dei contratti iure privatorum della pubblica Amministrazione, relativi al processo di formazione della volontà o alla fase preparatoria del negozio, in quanto attinenti alla capacità ed alla volontà dell’ente pubblico, comportano la sola annullabilità del contratto, deducibile, in via di azione o di eccezione, esclusivamente dal medesimo ente*” <sup>(138)</sup>.

Va però precisato, fin da ora, che il richiamo all’annullabilità, operato dalla giurisprudenza della Cassazione per qualificare gli effetti dell’annullamento dell’aggiudicazione sul contratto non è stato compiuto esclusivamente nell’ambito dei vizi tipici previsti

---

*deve osservarsi che, poiché il contratto di diritto privato della pubblica Amministrazione soggiace alla disciplina civilistica prevista per quel tipo di negozio, l’illegittimità che inficia gli elementi del procedimento amministrativo che sfocia nella formazione di tal contratto, per incidere sulla sua validità, deve potersi inquadrare in una delle categorie civilistiche che prevedono le cause di invalidità”.*

<sup>(135)</sup> Sono, quelle riferite nel testo le parole di M. MONTEDURO, op. cit., p. 2593.

<sup>(136)</sup> Cfr., in tal senso, S. FANTINI, op. cit., p. 751 e ss..

<sup>(137)</sup> Del quale sono espressione le pronunce e gli Autori citati nelle precedenti note 131 e 132.

<sup>(138)</sup> Così Cass. Civ., Sez. I, 28 marzo 1996, n. 2842, cit., in *Foro It.*, 1996, I, p. 2054.

dal codice civile (errore, violenza, dolo) – potendosi difficilmente riscontrare, nei casi di illegittimità provvedimentoale, errore, violenza, dolo a danno della controparte pubblica – ma si è basato, piuttosto, “*sul riscontro di un vizio atipico, genericamente ricondotto ad un difetto di volontà dell’Amministrazione*” <sup>(139)</sup>.

Peraltro, la qualificazione del vizio non è univoca; l’annullabilità relativa del contratto *ex art. 1441 c.c.* viene, infatti, giustificata, dal punto di vista dell’inquadramento teorico, ricorrendo a diverse ipotesi ricostruttive.

Secondo una prima opinione – minoritaria – si dovrebbe fare riferimento alla nozione di incapacità di contrattare, ricavabile dall’art. 1425 c.c. <sup>(140)</sup>; mentre secondo altro orientamento sarebbe comunque possibile ricollegare le “anomalie” della procedura ad evidenza pubblica a veri e propri vizi del consenso

---

<sup>(139)</sup> Così S. VALAGUZZA, *op. cit.*, p. 285.

Come meglio si dirà più avanti (quando si esamineranno specificatamente le critiche sollevate nei confronti della tesi ora considerata), la tendenza della giurisprudenza civile a ricondurre gli effetti dell’annullamento dell’aggiudicazione ad un vizio atipico ascrivibile all’istituto dell’annullabilità è stata variamente criticata, in modo particolare dalla dottrina, la quale ha rilevato che tale ricostruzione ha “*il chiaro intento di evitare che la mancanza o la caducazione degli atti amministrativi che precedono la conclusione del contratto producano automatiche conseguenze travolgenti sul rapporto contrattuale*”: così G. GRECO, *I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e privato*, *op. cit.*, p. 132 e ss.; un ragionamento analogo a quello appena esposto come argomento di critica alla tesi dell’annullabilità è stato svolto da S. VALAGUZZA, *op. cit.*, p. 285 ss., la quale afferma che “*l’individuazione di un vizio atipico ascrivibile alla categoria dell’annullabilità è parsa il risultato dell’intento di evitare l’operare delle conseguenze di una qualificazione del contratto in termini di nullità, piuttosto che di un qualsivoglia ragionamento giuridico*”.

<sup>(140)</sup> Cfr., con particolare riguardo all’ipotesi in cui il vizio della serie procedimentale ad evidenza pubblica consista nella radicale mancanza della stessa deliberazione a contrattare, Cass. Civ., Sez. I, 28 marzo 1996, n. 2842, *cit.*, in *Foro It.*, 1996, I, p. 2054.

della p.A. contraente, alla stregua delle fattispecie tipizzate dagli artt. 1427 e ss. del codice civile <sup>(141)</sup>.

Tuttavia, l'orientamento prevalente, tra i sostenitori della tesi dell'annullabilità, preferisce fare ricorso alla nozione di legittimazione negoziale, configurando la legittimità degli atti del procedimento ad evidenza pubblica come *condicio sine qua non* per abilitare la p.A. – pur dotata dell'astratta capacità giuridica e di agire – a stipulare in concreto il contratto <sup>(142)</sup>.

---

<sup>(141)</sup> Di “vizi attinenti alla volontà dell'ente pubblico” parla espressamente Cass. Civ., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269, cit., in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 518, e in *Contratti*, 1997, p. 128 (la stessa pronuncia, tuttavia, contiene anche riferimenti alla tesi del “difetto di capacità negoziale della p.A.”, che sarà illustrata tra poco); particolarmente significativa, nel senso della configurabilità di un “vizio del consenso” è la sentenza della Corte d'Appello di Roma, 7 dicembre 1981, in *Foro amm.*, 1982, I, p. 1662 e ss..

Come rilevato da M. MONTEDURO, op. cit., p. 2594, l'orientamento in esame – del quale sono espressione le pronunce appena citate – non precisa, tuttavia, in quale delle fattispecie tipizzate dagli artt. 1427 e ss. c.c. dovrebbe più precisamente inquadrarsi il “vizio del consenso” della p.A.. Secondo l'Autore citato (cfr., in particolare p. 2594, nota 10) si tratterebbe di errore essenziale e riconoscibile, a norma degli artt. 1428 e 1429 c.c.. In base a tale prospettazione la p.A., a seguito dell'illegittimità della procedura ad evidenza pubblica, giungerebbe “a rappresentarsi falsamente che il partner privato prescelto sia effettivamente il “contraente migliore” sotto il profilo dell'interesse pubblico”; tale falsa rappresentazione deriverebbe, a sua volta, “quale inesorabile conseguenza, dall'errore di diritto in cui è incorsa la medesima amministrazione nel ritenere legittima e regolare la procedura ad evidenza pubblica esperita”. L'Autore aggiunge, però, che l'inquadramento del vizio del consenso della p.A. nella categoria dell'errore essenziale ex art. 1429 c.c. pone il problema della “riconoscibilità” o meno del medesimo da parte del contraente privato (ex art. 1431 c.c.); problema che, ad avviso dello stesso Autore, sarebbe superabile con il richiamo al consolidato orientamento (cfr., per tutti, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1993, p. 901; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1994, p. 181), secondo cui, in caso di “errore bilaterale”, comune ad entrambi i contraenti, il requisito della “riconoscibilità” dell'errore non è richiesto.

<sup>(142)</sup> In questo senso, in alcune decisioni, si è parlato di “difetto di

Ma al di là dello specifico inquadramento teorico, che – come è stato efficacemente osservato in dottrina <sup>(143)</sup> – “*spesso non brilla per cartesiana chiarezza*”, va comunque rilevato che le opinioni richiamate concordano nel ritenere, da un lato, che la legittimazione a far valere, in via di azione (*ex art. 1441, co. 1, c.c.*) o, in via di eccezione (*ex art. 1442, co. 4, c.c.*), l’annullabilità del contratto spetti esclusivamente alla p.A. e che la relativa controversia rientri nella giurisdizione del g.o.; dall’altro, che il contratto annullabile sia suscettibile di convalida, in forza della generale previsione di cui all’art. 1444 c.c. <sup>(144)</sup>.

Quanto fin qui esposto sembra sufficiente a richiamare i vari aspetti dei quali consta la tesi tradizionale dell’annullabilità del

---

*presupposti del contratto che dà luogo a difetto di legittimazione*”, quasi individuando una particolare ipotesi di incapacità di agire dell’ente pubblico; cfr., tra le più significative pronunce in tal senso, Cass. Civ., Sez. I, 20 novembre 1985, n. 5712, cit., in *Rass. Avv. Stato*, 1986, I, p. 208; Id., 13 ottobre 1986, n. 5983, in *Foro It.*, 1987, I, p. 850; Id., Sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885, cit., in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, p. 398, ove si sottolinea, peraltro, che, a differenza di quanto avviene in ambito civilistico – ove il difetto di legittimazione a contrarre comporta, di norma, l’inefficacia del negozio – nella fattispecie in esame – ove il difetto di legittimazione discende dalla mancanza o dalla illegittimità di un atto della serie procedimentale, che precede la formazione del contratto – il difetto di legittimazione incide sulla validità del contratto determinandone l’annullabilità per difetto di uno dei presupposti negoziali.

Secondo la dottrina, “*il concetto di legittimazione*” rispetto al concetto di “*capacità generale*” di cui agli artt. 1 e 2 c.c. dovrebbe segnare la transizione dall’astratto al concreto, e cioè dalla “*possibilità generale ed astratta*” di partecipare al commercio giuridico alla “*concreta idoneità di farvi valere determinati interessi*”: così, sebbene criticamente, A. DI MAJO, voce *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, p. 52 ss.. Sulla nozione di legittimazione cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 188; P. RESCIGNO, *Legittimazione (Diritto sostanziale)*, in *Nss. D.I.*, Torino, 1963, p. 718.

<sup>(143)</sup> Da S. FANTINI, op. cit., p. 753.

<sup>(144)</sup> Cfr., in tal senso, M. MONTEDURO, op. cit., p. 2595.

contratto, assolutamente maggioritaria, per decenni, in dottrina e nella giurisprudenza della Corte di cassazione. D'altronde, questa teoria è tanto conosciuta ed accreditata, che non pare necessario richiamarne altri profili oltre a quelli fin qui accennati.

Senza entrare, almeno per ora, nel merito di essi, si può intanto rilevare che se, da un lato, la tesi dell'annullabilità relativa tende a garantire – in maniera estrema – sia il principio dell'affidamento sia la certezza dei rapporti di cui è a capo la p.A., dall'altro essa tutela in modo esclusivo l'interesse della stessa p.A., pregiudicando in tal modo sia l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata sia le legittime aspettative del ricorrente vittorioso in sede di impugnazione degli atti di gara <sup>(145)</sup>.

E' sulla base di tali considerazioni che la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato nuove soluzioni interpretative in merito al problema del rapporto tra caducazione di una procedura di gara di appalto e sorte del contratto nelle more stipulato con l'impresa aggiudicataria, cercando così di dare equilibrio ai diversi interessi coinvolti.

3. – Una prima variante alla tesi dell'annullabilità relativa – della quale si è detto nel paragrafo che precede – è stata prospettata da A.M. SANDULLI, nell'ambito di uno studio

---

<sup>(145)</sup> Come si è già fatto notare, senza la domanda di annullamento di spettanza della p.A. – secondo la tesi in esame – il contratto permarrebbe, infatti, in vita a prescindere dall'annullamento della procedura amministrativa a monte, per cui residuerebbe esclusivamente – in capo al ricorrente vittorioso – la possibilità di vantare un ristoro patrimoniale a titolo risarcitorio, qualora ammissibile: si vedano, in proposito, le interessanti considerazioni svolte da S. VARONE, op. cit., p. 1650 e ss.. Sulle ricadute pratiche della tesi dell'annullabilità, specie sotto il profilo della tutela, ci si sofferma comunque nel § 5 del presente Capitolo.

relativo ai vizi affliggenti la deliberazione di contrattare <sup>(146)</sup>. Secondo questa autorevole – seppur isolata – opinione dottrinale, le conseguenze dell’illegittimità della procedura amministrativa relativa alla scelta del contraente privato della p.A. sarebbero riconducibili all’istituto della rappresentanza senza poteri *ex art. 1398 ss. c.c.* .

L’opinione citata condivide la ricostruzione dogmatica secondo cui i vizi del procedimento ad evidenza pubblica si tradurrebbero nella carenza di legittimazione negoziale della p.A.; tuttavia, aderendo all’impostazione di una parte della dottrina civilistica, essa rileva come il difetto di legittimazione a contrattare determini non l’annullabilità bensì l’inefficacia del contratto, assimilando così l’organo della p.A. che abbia provveduto alla stipulazione del contratto – sulla base di una procedura illegittima – ad un *falsus procurator*.

Conseguenza di tale ricostruzione è che il contratto stipulato a seguito di una procedura ad evidenza pubblica illegittima – seppur originariamente privo di effetti giuridici – sarebbe tuttavia suscettibile di acquisire retroattivamente efficacia a seguito di ratifica *ex art. 1399 c.c.*, da parte dell’Amministrazione <sup>(147)</sup>.

Come si è accennato, l’opinione ora considerata non ha, però, trovato seguito in dottrina e giurisprudenza <sup>(148)</sup>, forse perché poco adattabile alle peculiarità del rapporto organico, considerata soprattutto la difficoltà di concepire una duplicità soggettiva in

---

<sup>(146)</sup> Ci si riferisce allo scritto di A.M. SANDULLI intitolato *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della p.a.*, cit., pubblicato nella *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, p. 1 ss..

<sup>(147)</sup> Cfr. M. MONTEDURO, op. cit., p. 2595.

<sup>(148)</sup> A quanto consta, la tesi di A.M. SANDULLI è stata fatta propria da una isolata pronuncia della Corte di legittimità: Cass. Civ., Sez. I, 5 marzo 1993, n. 2681, in *Foro It.*, 1993, I, p. 2082.

sede di rapporti interorganici <sup>(149)</sup>.

Va, tuttavia, rilevato che la dottrina e la giurisprudenza, pur respingendo, in linea generale, tale ricostruzione, l'hanno ammessa in una particolare ipotesi: e cioè qualora il vizio di legittimità della procedura ad evidenza pubblica consista nell'incompetenza dell'organo amministrativo che ha stipulato il contratto <sup>(150)</sup>.

4. – Una diversa impostazione – fortemente rappresentata in dottrina <sup>(151)</sup> e giurisprudenza – è quella che riconduce la patologia del contratto di appalto stipulato sulla base di un'aggiudicazione annullata in sede giurisdizionale all'ipotesi della nullità assoluta ai sensi dell'art. 1418 c.c..

L'enucleazione di tale soluzione interpretativa – talvolta impropriamente attribuita ad un recente orientamento della magistratura amministrativa <sup>(152)</sup> – risale anch'essa alla

---

<sup>(149)</sup> Si vedano, in argomento, S. FANTINI, op. cit., p. 752 e S. VARONE, op. cit., p. 1649.

<sup>(150)</sup> Cfr., in dottrina, V. SPAGNUOLO VIGORITA, op. cit., p. 539 e ss.; A. BARDUSCO, op. cit., p. 179 ss.; e, in giurisprudenza, Cass. Civ., Sez. I, 5 marzo 1993, n. 2681, citata alla precedente nota 148.

<sup>(151)</sup> In questo senso, sia pur con accenti e presupposti diversi, M. NIGRO, op. cit., p. 1009; C. MARZUOLI, op. cit., p. 186 ss.; L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, cit., p. 211 ss.; M. DUGATO, op. cit., p. 65 ss.; V. POLI, op. cit., par. 3.5.3; P. DE LISE, *Nuovi profili della giurisdizione amministrativa*, in [www.regione.taa.it/giunta/conv/tar-trento/relazioni/relDELISE.htm](http://www.regione.taa.it/giunta/conv/tar-trento/relazioni/relDELISE.htm).

<sup>(152)</sup> Invero, come si vedrà nel prosieguo del presente lavoro, la tesi della nullità, solo di recente, ha trovato accoglimento nella giurisprudenza del giudice amministrativo, ove tale concezione viene spesso invocata per giustificare l'attribuzione allo stesso g.a. della cognizione (anche) degli effetti dell'annullamento sul contratto. Tale intento della giurisprudenza amministrativa è chiaramente espresso nella sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, in *Foro amm.*, T.A.R., 2002, p. 2580 ss., con nota di M. MONTEDURO e in *Urb. e appalti*, 2002, p. 1212 ss.,

giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Invero, non poche sono state le pronunce più o meno recenti – anche se, come rilevato da taluno, la loro esistenza è stata troppo spesso “rimossa” <sup>(153)</sup> – in cui la Cassazione ha affermato la nullità del contratto, come conseguenza dell’annullamento dell’atto finale della procedura pubblicistica di scelta del contraente <sup>(154)</sup>.

---

con nota di O.M. CAPUTO, ove si afferma espressamente “*Optando ... per la configurazione in termini di nullità della condizione patologica del contratto in conseguenza dell’annullamento dell’aggiudicazione, è possibile realizzare la concentrazione di tutti i rimedi innanzi allo stesso ed unico giudice amministrativo, con l’apprezzabile risultato di rendere attingibile in un unico giudizio l’intera tutela offerta dall’ordinamento al ricorrente che ha ragione, dall’annullamento dell’atto amministrativo, alla declaratoria di nullità del conseguente contratto, fino al risarcimento del danno per equivalente, ovvero, sul piano del risarcimento in forma specifica, fino alla conformazione del successivo riesercizio della funzione entro i binari vincolanti di una previa valutazione giurisdizionale di spettanza dell’aggiudicazione*”.

Va, inoltre, rilevato che, nelle più recenti elaborazioni della giurisprudenza amministrativa, il richiamo alla categoria della nullità viene spesso compiuto in senso “atecnico”, per indicare non già una inefficacia originaria stigmatizzabile con un’azione dichiarativa ma piuttosto una “illegittimità derivata” del contratto, sopravvenuta all’annullamento giurisdizionale della procedura amministrativa. Così intesa la teoria della nullità si pone al confine con la tesi dell’inefficacia caducante, sostenuta – come si vedrà – dalla prevalente giurisprudenza amministrativa: cfr., sul punto, quanto osservato da F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 2331 ss.; V. CERULLI IRELLI, op. cit., p. 1198 ss.. Degli orientamenti della giurisprudenza amministrativa ci si occuperà specificatamente nel successivo Capitolo III.

<sup>(153)</sup> L’espressione è di F. GOISIS, op. cit., p. 210.

<sup>(154)</sup> La ricostruzione in termini di nullità del contratto è stata per la prima volta compiuta da alcune risalenti pronunce della Cassazione, ritenute “storiche” per il progressivo affermarsi dell’attuale assetto del riparto tra le giurisdizioni. Tra queste può ricordarsi la nota sentenza Cass., Sez. Un., 24 giugno 1897 (caso “Trezza”), in *Foro It.*, 1897, p. 1363 ss., ove la Corte, nel cassare una pronuncia del Consiglio di Stato che, su ricorso di due aspiranti contraenti pretermessi, si era ritenuto competente a sindacare la legittimità

---

di tutti gli atti amministrativi di un procedimento diretto alla conclusione di un contratto comunale, aveva espresso l'idea che alla illegittimità degli atti amministrativi conseguisse una invalidità assoluta del contratto, affermando così la giurisdizione ordinaria anche ove oggetto della cognizione fossero le fasi del procedimento amministrativo per la scelta del contraente. Allo stesso modo, in una meno nota pronuncia del 1898, lo stesso giudice (Cass., Sez. Un., 21 luglio 1898, in *Foro It.*, 1898, I, p. 1379 ss.) aveva affermato la giurisdizione del g.o. a conoscere della legittimità di un decreto di annullamento governativo degli atti amministrativi diretti alla conclusione di un contratto di appalto comunale, sulla base della ritenuta natura sostanzialmente civile della controversia. Successivamente, le Sezioni Unite della Cassazione (con la sentenza 11 maggio 1918, in *Foro It.*, 1918, I, p. 673 ss.) avevano riaffermato – seppur più a livello di *obiter dictum* che di effettiva regola di decisione – la tesi della nullità-inesistenza del contratto, ritenendola applicabile laddove non fossero state rispettate le forme di contrattazione di tipo pubblicistico imposte alle Amministrazioni (nella specie una I.P.A.B.); e, nel 1931, ancora le Sezioni Unite della Cassazione, nella nota pronuncia *Società Anonima Terme Stabbiane c. Ministero dell'Interno* (Cass., Sez. Un., 25 novembre 1931, in *Foro It.*, 1932, I, p. 13 ss.) avevano ribadito la tesi della nullità, affermando la giurisdizione ordinaria sulla controversia relativa alla validità di un decreto reale di annullamento governativo di deliberazioni comunali dirette alla formazione di un contratto (tra le quali lo stesso atto conclusivo della procedura pubblicistica). E, anche in seguito all'ingresso in Cassazione dell'opposta tesi dell'annullabilità, il Supremo Collegio non smetterà mai di parlare di nullità anche, se, indubbiamente, si tratterà di pronunce minoritarie. Possono ricordarsi, tra le altre, Cass., Sez. Un., 18 luglio 1953, n. 2390, in *Foro It.*, 1953, I, p. 1585 ss. (ove la Corte ha affermato la nullità di un contratto concluso a trattativa privata in mancanza della necessaria autorizzazione prefettizia); Cass., Sez. Un., 13 maggio 1954, n. 1511, in *Giur. It.*, I, p. 1954, p. 58 ss. (ove la nullità del contratto è stata affermata quale conseguenza di un provvedimento governativo di annullamento della delibera del consiglio comunale con cui era stata disposta la conclusione di contratti di compravendita); Cass., Sez. Un., 5 giugno 1956, n. 1907, in *Giust. Civ.*, I, 1956, p. 1029 ss. (in tema di conseguenze sul contratto di un provvedimento di annullamento in sede di riesame); Cass., Sez. Un., 11 luglio 1957, n. 2780, in *Giur. It.*, I, 1957, p. 572 ss. (ove si riaffermava la nullità del contratto in mancanza di autorizzazione prefettizia alla trattativa privata); Cass., Sez. Un., 16 luglio 1969, n. 2611, in *Rass. Avv. Stato*, I, 1969, p. 758 ss. (ove la Corte aveva affermato la nullità del contratto – introducendo, per la prima volta, accanto alla tesi della nullità-inesistenza per carenza di consenso, l'ipotesi ricostruttiva della nullità per violazione di

Va rilevato fin d'ora – e pur rinviando al prosieguo della trattazione per un esame critico di essa <sup>(155)</sup> – che tale posizione muove da una vivace critica nei confronti della tesi dell'annullabilità, precedentemente illustrata.

In particolare, la tesi della nullità sembra fondarsi su due assunti fondamentali, che possono essere così sintetizzati:

- gli atti del procedimento ad evidenza pubblica non svolgono il limitato ruolo di “*mezzi di integrazione*” della volontà contrattuale, ma assumono la valenza di atti costitutivi del vincolo negoziale della p.A.;
- le norme sull'evidenza pubblica non possono considerarsi dettate a tutela dei soli interessi della p.A., bensì di interessi superindividuali non disponibili, essendo stabilite a tutela del principio di legalità/funzionalità che è posto a presidio dell'attività amministrativa “*iure privatorum*” <sup>(156)</sup>.

Sulla base di tali assunti, la tesi della nullità assoluta del contratto viene argomentata secondo due diverse ricostruzioni <sup>(157)</sup>.

---

norme imperative come ragione di nullità del contratto – il cui atto amministrativo presupposto di selezione del contraente era stato annullato, in sede di ricorso straordinario, per illegittimità procedurali). In tempi più recenti, cfr. Cass. Civ., Sez. I, 17 giugno 1985, n. 3642, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1986, I, p. 283 ss., con commento di G. MINEO; Cass. Civ., Sez. I, 3 settembre 1999, n. 9283, in *Mass. Giur. It.*, 1999; Cass. Civ., Sez. II, 21 aprile 2000, n. 5234, in *Mass. Giur. It.*, 2000 (su queste ultime sentenze si veda *infra*, nota 160).

<sup>(155)</sup> Sulle obiezioni mosse alla tesi della nullità ci si sofferma nel successivo § 6 del presente Capitolo.

<sup>(156)</sup> Su tali presupposti cfr. M. MONTEDURO, op. cit., p. 2596 ss..

<sup>(157)</sup> Non si ignora, peraltro, l'esistenza – accanto ai due principali orientamenti, riferiti nel testo – di una minoritaria opinione, risalente a L.V. MOSCARINI, op. cit., che afferma la nullità del contratto per mancanza della causa *ex art. 1418, comma 2, c.c. e 1325, n. 2, c.c.*, limitatamente all'ipotesi dell'originaria mancanza o dell'intervenuto annullamento *ex tunc* della

Un primo orientamento afferma che l'annullamento, in sede giurisdizionale o amministrativa, di un atto del procedimento ad evidenza pubblica per profili di legittimità, facendo venir meno *ex tunc* il provvedimento di aggiudicazione, configuri una mancanza originaria del consenso della p.A. in ordine all'assunzione del vincolo contrattuale; per cui – secondo tale linea interpretativa – la nullità del contratto si giustificerebbe alla stregua del combinato disposto di cui agli artt. 1418, comma 2, e 1325, n. 1, c.c. <sup>(158)</sup>.

Altra linea di pensiero – che, come si è già accennato, ha, di recente, trovato accoglimento nella giurisprudenza amministrativa <sup>(159)</sup> – riconduce la nullità del contratto di appalto perfezionato sulla base di un'aggiudicazione annullata in sede

---

deliberazione a contrattare.

<sup>(158)</sup> In giurisprudenza, tra le più significative pronunce in tal senso, può ricordarsi Cass. Civ., Sez. III, 9 gennaio 2002, n. 193, cit., in *Mass. Giur. It.*, 2002, ove, con riguardo ad una fattispecie in cui il CO.RE.CO. aveva annullato una delibera di giunta provinciale di stipula di un contratto di locazione, si afferma: “*il venir meno della deliberazione attraverso cui si è espressa la volontà dell'ente conduttore rende nullo il contratto per assenza del requisito dell'accordo delle parti (art. 1325 n. 1 e art. 1418, comma 2, c.c.). E', pertanto, errata la sentenza impugnata, che ha ritenuto semplicemente annullabile il contratto di locazione intervenuto tra le parti, considerando soltanto viziata e non assente la volontà contrattuale della parte conduttrice ...l'annullamento della delibera di giunta di stipulare il contratto di locazione, avendo effetto ex tunc, ha reso inesistente l'atto deliberativo dell'ente e quindi assente, e non solo viziata, la volontà contrattuale della parte*”. In dottrina, cfr. M. NIGRO, op. cit., p. 1009; V. POLI, op. cit., par. 3.5.3; P. DE LISE, op. cit., par. 8.

<sup>(159)</sup> Cfr., ad es., oltre alla già citata pronuncia del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177 (consultabile nella sede di lettura indicata nella precedente nota 152): Consiglio di Stato, Sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2003, p. 145 ss.; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 18 novembre 2002, n. 6303, in *Foro amm.*, *T.A.R.*, 2002, p. 3774; T.A.R. Veneto, Sez. I, 3 novembre 2003, n. 5462, reperibile presso il sito internet [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

giurisdizionale alla figura della c.d. “nullità virtuale” per contrasto con norme imperative, disciplinata dall’art. 1418, comma 1, c.c. <sup>(160)</sup>).

Secondo tale impostazione, le norme che prescrivono le procedure ad evidenza pubblica e ne disciplinano l’articolazione sarebbero dirette, attraverso la salvaguardia della *par condicio* tra i concorrenti, ad assicurare i fondamentali principi di

---

<sup>(160)</sup> In questo senso, ad es., Cass. Civ., Sez. I, 17 giugno 1985, n. 3642, cit., in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, p. 283 ss., che ha ritenuto imperative le norme che, in materia di edilizia economica e popolare, fissano i criteri per determinare il prezzo dell’alloggio; Cass., Sez. Un., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Giust. Civ.*, 1982, I, p. 1238 ss. e in *Foro It.*, 1983, I, p. 1081 ss., che, sempre in tema di edilizia economica e popolare, ha ritenuto nullo il contratto di cessione in proprietà dell’alloggio, il cui prezzo sia stato erroneamente determinato, affermando che “*le norme violate sono dettate in funzione di esigenze di pubblico interesse, e non dell’interesse dell’assegnatario o dell’ente cedente, ed hanno quindi carattere imperativo*”; Cass. Civ., Sez. I, 3 settembre 1999, n. 9283, cit., in *Mass. Giur. It.*, 1999, ove la Corte ha affermato la nullità per violazione di norme imperative di un contratto di appalto concluso a trattativa privata in mancanza dei presupposti che, ai sensi della legge regionale piemontese ritenuta applicabile alla fattispecie (legge 13 gennaio 1981, n. 2), consentivano, alle aziende sanitarie locali, l’utilizzo di questo sistema di selezione del contraente; Cass. Civ., Sez. II, 21 aprile 2000, n. 5234, cit., in *Mass. Giur. It.*, 2000, ove la Corte ha dichiarato nullo il contratto col quale il Comune aveva affidato ad un professionista l’incarico di aggiornare il progetto relativo ad un’opera pubblica, da realizzarsi nella città di Palermo e rientrante tra quelle considerate di preminente interesse nazionale dal D.L. 1 febbraio 1988, n. 19, conv. con modificazioni in L. 28 marzo 1988, n. 99, per violazione delle norme che, nell’ambito della norme che attribuivano la competenza a concludere tale tipo di contratto alla Presidenza del Consiglio dei Ministri: a ben vedere, in quest’ultimo caso, ci si trovava, però, di fronte ad un’ipotesi di nullità del contratto per “incompetenza assoluta” in capo all’ente stipulante (nella specie il Comune), ipotesi che viene riconosciuta – quale eccezione alla regola generale della annullabilità – anche dall’orientamento della giurisprudenza civile che afferma la tesi dell’annullabilità del contratto; cfr., sul punto, F. CARINGELLA, *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia ?*, cit., p. 670.

imparzialità, efficienza, efficacia dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) nonché di tutela della effettività della concorrenza (artt. 2, 3, par. 1, lett. g), 4, Trattato Comunità Europea) <sup>(161)</sup>.

Tali norme, in quanto intese alla tutela dei principi appena ricordati, avrebbero carattere imperativo e non sarebbero rivolte esclusivamente alla gestione, per così dire, della sfera interna dell'Amministrazione. Conseguentemente, la loro violazione comporterebbe la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. <sup>(162)</sup>.

Questo orientamento della giurisprudenza – che riconduce la nullità del contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione annullata alla generale previsione di cui all'art. 1418, primo comma, c.c. – ha trovato ulteriore svolgimento nella dottrina <sup>(163)</sup>, la quale, sia pure con accenti e presupposti diversi, tende ad

---

<sup>(161)</sup> Cfr., in tale senso, F. DE NARDI, op. cit., p. 897.

<sup>(162)</sup> Particolarmente chiara, sul punto, è la pronuncia del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, richiamata nella precedente nota 152, ove si afferma, da un lato, che le norme che prescrivono il modo della scelta del contraente “*esprimono un divieto di stipulare con soggetti che non siano stati legittimamente selezionati e non siano riusciti legittimamente vincitori nella pubblica selezione*”; dall'altro che questa normativa “*cura e protegge interessi pubblici di primario rilievo, che assurgono a veri e proprie principi del diritto pubblico dell'economia vivente, in attuazione di valori essenziali dell'ordinamento, interno e comunitario*”. Per un'analisi critica di tale orientamento giurisprudenziale, cfr., in dottrina, V. CERULLI IRELLI, op. cit., p. 1197.

<sup>(163)</sup> E ciò a differenza delle altre impostazioni, cui la dottrina non dedica delle analisi particolarmente approfondite, limitandosi, in genere, soltanto a prendere atto, in misura più o meno completa, degli orientamenti emersi in giurisprudenza.

Hanno trattato specificatamente il rapporto tra la violazione delle norme che regolano il procedimento precedente la conclusione dei contratti della pubblica Amministrazione e il disposto dell'art. 1418, comma 1, c.c.: G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 168 ss., il quale considera annullabili i contratti conclusi in violazione di norme “*in cui le modalità procedurali ... siano destinate a proteggere solamente un*

affermare la nullità del contratto per violazione di norme imperative nelle sole ipotesi in cui i vizi della serie procedimentale ad evidenza pubblica siano tali da determinare l'inidoneità del contratto a perseguire il c.d. "vincolo di scopo" espressamente assegnato all'Amministrazione<sup>(164)</sup>.

L'indagine forse più originale compiuta negli ultimi anni sull'argomento appare quella di M. DUGATO nell'ambito di un'opera monografica dedicata al tema più generale dell'attività di diritto privato dell'Amministrazione<sup>(165)</sup>.

Nell'esaminare le conseguenze dell'illegittimità degli atti amministrativi inseriti nel procedimento ad evidenza pubblica sul contratto, l'Autore ritiene opportuno distinguere l'ipotesi in cui l'illegittimità consegua alla violazione di norme primarie dettanti gli scopi istituzionali dell'ente (c.d. "norme di scopo") dal caso in cui il contratto sia stato, invece, posto in essere in violazione di norme c.d. di "funzionalizzazione" non contenute in norme di legge ma in atti amministrativi di indirizzo.

Soltanto nel primo caso il contratto potrebbe considerarsi

---

*interesse specifico dell'Amministrazione o della procedura*" e nulli i contratti stipulati in violazione delle norme procedurali destinate "a garantire parità di accesso a soggetti aventi analoghe aspettative"; G. MINEO, *Nota di commento* a Cass. Civ., Sez. I, 17 giugno 1985, n. 3642, cit., in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1986, I, p. 284 ss., il quale considera nulli quei contratti conclusi in violazione di norme che fissano direttamente ed immediatamente la disciplina della scelta della controparte negoziale ed escludono ogni potere discrezionale della pubblica Amministrazione. Sul punto, si vedano, anche A. BARDUSCO, op.cit., p. 147 ss.; M. DUGATO, op. cit., p. 75 ss.; M. MANTOVANI, *Divieti legislativi e nullità del contratto*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1987, II, p. 76 ss.; C. MARZUOLI, op. cit., p. 186 ss.; S.A. ROMANO, op. cit., p. 167 ss..

<sup>(164)</sup> Cfr. C. MARZUOLI, op. cit., p. 186 ss; M. DUGATO, op. cit., p. 75 ss..

<sup>(165)</sup> Si fa qui riferimento alla monografia dell'Autore intitolata *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., Milano, 1996, p. 75 ss..

nullo ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., mentre nella seconda ipotesi la violazione delle norme di funzionalizzazione non primarie non condurrebbe alla nullità del contratto, limitandosi a rendere illegittimi gli atti amministrativi presupposti; lo stesso Autore rileva, peraltro, che, in tal caso, la nullità del contratto sarebbe una vicenda del tutto autonoma dalla sorte degli atti amministrativi del procedimento ad evidenza pubblica e si produrrebbe indipendentemente da una pronuncia di annullamento del giudice amministrativo <sup>(166)</sup>.

Merita, infine, un cenno, nel quadro degli orientamenti dottrinali più recenti, l'impostazione di quella dottrina civilista <sup>(167)</sup>, che, di recente, ha proposto di distinguere – nell'ambito delle illegittimità riguardanti il procedimento di evidenza pubblica – tra violazioni cosiddette “*ordinatorie*”, relative a profili meramente procedurali, in grado di determinare la sola annullabilità e/o inefficacia del contratto e violazioni di norme che impongono o escludono un determinato assetto di interessi, che provocherebbero, invece, la nullità del negozio concluso dal soggetto pubblico, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c..

Secondo quest'orientamento dottrinale, “*l'affermazione della nullità, in mancanza di una specifica disposizione nella norma violata, presuppone l'accertamento dei requisiti previsti dall'art.*

---

<sup>(166)</sup> Osserva, infatti, M. DUGATO, che chiedere l'annullamento degli atti amministrativi illegittimi al giudice amministrativo “*non porterebbe al ricorrente alcun vantaggio concreto: il contratto, infatti, in ragione della sua nullità, non lo obbliga ad alcuna prestazione (né, per converso, gli attribuisce alcun diritto)*”. Conclude l'Autore: “*In altri termini, il rimedio più radicale (azione per la dichiarazione della nullità del contratto) renderebbe inutile l'altro rimedio (impugnazione per l'annullamento dell'atto presupposto)*”.

<sup>(167)</sup> Ci si riferisce alla monografia di A. ALBANESE, intitolata *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 220 ss..

*1418, comma 1, c.c. e non può pertanto fondarsi su una mera valutazione dell'interesse leso, rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'interprete. Occorre, invece, dimostrare che l'inosservanza della disciplina relativa all'attività contrattuale della p.a. si sia tradotta nell'adozione di un regolamento contrattuale in contrasto con una specifica norma imperativa"* <sup>(168)</sup>.

Ed in questo senso – ad avviso dell'orientamento citato – andrebbe inteso “*il riferimento alla natura pubblica dell'interesse tutelato contenuto nelle sentenze che riconoscono la nullità dei contratti conclusi dalla p.a., dove l'indagine sulla ratio della norma violata è finalizzata esclusivamente ad accertarne il carattere imperativo*” <sup>(169)</sup>.

Va comunque osservato che, a prescindere dalla diversità di inquadramento, tutte le opinioni citate concordano sull'applicabilità del regime normativo di cui agli artt. 1421 ss. c.c., in virtù del quale l'azione di nullità è imprescrittibile ed a legittimazione assoluta e la convalida del negozio, da parte della p.A., è inammissibile <sup>(170)</sup>.

---

<sup>(168)</sup> Così A. ALBANESE, op. cit., p. 220.

<sup>(169)</sup> Così, ancora, A. ALBANESE, op. cit., p. 220. Ponendosi in questa prospettiva – prosegue l'Autore, riferendosi alle due pronunce della Cassazione Civile (Sez. I, n. 3642/1985 e Sez. Un., n. 835/1982), consultabili nelle sedi di lettura indicate nella precedente nota 160 - la giurisprudenza ha, infatti, ritenuto imperative le norme che, in materia di edilizia economica e popolare, fissano i criteri per determinare il prezzo dell'alloggio ovvero per designare il soggetto a favore del quale deve avvenire il trasferimento, attraverso una motivazione fondata sulla considerazione dell'interesse pubblico sottostante, il quale esige, in un caso, che la soddisfazione del bisogno abitativo venga correttamente graduata tra gli aspiranti all'assegnazione e, nell'altro, che il prezzo di cessione non sia determinato in misura inferiore al costo di costruzione.

<sup>(170)</sup> Cfr., per tutti, M. MONTEDURO, op. cit., p. 2597.

5. – Da quanto precede, le posizioni assunte dalla giurisprudenza civile in merito al problema della sorte del contratto di appalto stipulato sulla base di un'aggiudicazione annullata appaiono, sia pure per sommi capi, delineate. E' quindi possibile, dopo la rassegna delle varie opinioni che è sembrato opportuno svolgere, cominciare ad esprimere con riguardo ad esse alcune osservazioni.

Quanto alla tesi tradizionale dell'annullabilità relativa del contratto, *ex art. 1441 c.c.* <sup>(171)</sup>, bisogna senz'altro riconoscerle il pregio di garantire una sorta di “*iper-tutela*” <sup>(172)</sup> al contratto, assicurando, al contempo, la salvaguardia dei cittadini-utenti alla certezza dei rapporti giuridici che fanno capo alla p.A. e l'affidamento ingenerato nel privato contraente alla stipulazione del contratto <sup>(173)</sup>.

Tuttavia – come si è già accennato nell'Introduzione del presente lavoro <sup>(174)</sup> – tale soluzione interpretativa è stata sottoposta a forti critiche, in dottrina, specie da quanti le hanno

---

<sup>(171)</sup> Tesi che viene riassunta nella massima secondo cui “*in tema di vizi concernenti l'attività negoziale degli enti pubblici, sia che questi si riferiscano al processo di formazione della volontà dell'ente, sia che si riferiscano alla fase preparatoria ad essa precedente, il negozio stipulato – salvo particolari ipotesi di straripamento di potere – è annullabile ad iniziativa esclusiva dell'ente medesimo*”; si veda, quale espressione più significativa di tale orientamento tradizionale, la citata sentenza della Cassazione Civile, Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269, consultabile nella sede di lettura indicata nella nota 131.

<sup>(172)</sup> L'espressione è di M.MONTEDURO, *op. cit.*, p. 2600.

<sup>(173)</sup> Come rilevato da G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, *op. cit.*, p. 132, “*L'annullabilità (relativa) del contratto avrebbe in tale prospettiva il pregio, da un lato, di consentire all'amministrazione di decidere se avvalersene o meno e, dall'altro lato, di imporre l'intervento costitutivo del Giudice ordinario, con le ovvie maggiori garanzie per il privato contraente*”.

<sup>(174)</sup> Si veda quanto osservato nel § 3 dell'Introduzione.

rimproverato l'attribuzione di un "ingiustificato privilegio" all'Amministrazione in ordine alla scelta di mantenere (o meno) in vita il rapporto contrattuale <sup>(175)</sup>.

Ed invero, come è stato rilevato, se da un lato la tesi dell'annullabilità del contratto sembra soddisfare adeguatamente le esigenze di certezza dei rapporti giuridici, dall'altro essa non sembra garantire, allo stesso modo, il terzo che abbia ottenuto l'annullamento degli atti di gara, attribuendo un'eccessiva discrezionalità alla stazione appaltante circa la prosecuzione del rapporto contrattuale, così vanificando gli effetti della tutela ottenuta in sede di giudizio amministrativo <sup>(176)</sup>.

Che questa soluzione dell'annullabilità relativa fosse inappagante è, del resto, l'unico dato condiviso nel dibattito sul tema; essa appare insoddisfacente essenzialmente *“perché riduce le norme sull'evidenza pubblica – che tutelano valori costituzionalmente protetti di buona amministrazione e di concorrenzialità costituenti principi del diritto pubblico dell'economia – a norme poste nell'esclusivo interesse della stazione appaltante concernenti il modo della formazione del suo consenso negoziale, finendo per rimettere l'esecuzione della*

---

<sup>(175)</sup> Sulle critiche mosse dalla dottrina nei confronti della tesi dell'annullabilità relativa, cfr., ad es., F. CARINGELLA, *Annulamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia ?*, cit., p. 670 ss.; V. CERULLI IRELLI, op. cit., p. 1197 ss.; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, op. cit., p. 132 ss.; S. FANTINI, op. cit. p. 756; M. MONTEDURO, op. cit., p. 2599 ss.; S. VARONE, op. cit., p. 1649 ss..

Come si è già accennato e come meglio si dirà più avanti (cfr. *infra*, Capitolo III, §§ 4 e 5), la critica alla ricostruzione tradizionale, inizialmente formulata dalla dottrina, ha, trovato, in tempi più recenti, particolare svolgimento nella giurisprudenza amministrativa successiva all'entrata in vigore della legge n. 205/2000, che ha ri-disegnato il riparto di giurisdizione tra il giudice ordinario e giudice amministrativo.

<sup>(176)</sup> Cfr., in tal senso, F. DE NARDI, op. cit. p. 899.

*sentenza e il soddisfacimento della pretesa all'appalto dell'impresa che ha ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione dinanzi al g.a. alla discrezionale scelta dell'amministrazione di agire dinanzi al g.o. per chiedere l'annullamento del contratto per il vizio del proprio consenso"* <sup>(177)</sup>.

Seguendo questa impostazione si verrebbe, inoltre, a creare una compressione – oltre che, come già detto, dell'interesse del ricorrente contro l'aggiudicazione, vittorioso in sede di giudizio amministrativo, e dell'interesse pubblico alla riparazione della legalità violata, secondo i principi della concorrenza tra imprese – dell'interesse del privato contraente (aggiudicatario illegittimo), il quale, avendo stipulato il contratto in buona fede, rimarrebbe, comunque, esposto al termine quinquennale di prescrizione del diritto dell'Amministrazione di chiedere l'annullamento del contratto *ex art. 1441 c.c.* <sup>(178)</sup>.

Né – come pure è stato rilevato – appare corretto, sul piano strettamente giuridico, l'inquadramento dei vizi della procedura ad evidenza pubblica nell'ambito dell'istituto dell'annullabilità *ex art. 1441 c.c.* <sup>(179)</sup>.

Si sono già anticipate, peraltro, le ragioni per cui tale ricostruzione non appare pienamente convincente,

---

<sup>(177)</sup> Così P. CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, cit., p. 20.

<sup>(178)</sup> Si veda, in questo senso, F. DE NARDI, op. cit., p. 899.

<sup>(179)</sup> Si vedano, sul punto, le acute e decisive critiche svolte da G. GRECO, in *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, op. cit., p. 133, che contesta sia la validità dogmatica sia l'utilità pratica dell'orientamento tradizionale della giurisprudenza civile, affermando che tale orientamento “non può essere seguito, per la saliente ragione che esso attribuisce un ruolo del tutto secondario agli atti di evidenza pubblica, e cioè il ruolo gravemente riduttivo di “un fatto giuridico all'avveramento o al non avveramento del quale la norma subordina l'esercizio del potere””.

evidenziandone la scarsa fedeltà al sistema codicistico <sup>(180)</sup>.

Invero – come si è accennato nel delineare le differenti ipotesi ricostruttive cui la giurisprudenza civile riconduce l’annullabilità del contratto stipulato sulla base di un’aggiudicazione annullata – le fattispecie dei vizi del procedimento amministrativo ad evidenza pubblica non sembrano presentare profili comuni con le cause di annullabilità del contratto previste dal codice civile <sup>(181)</sup>.

---

<sup>(180)</sup> La non conformità della tesi dell’annullabilità alla disciplina posta dal codice civile in materia di annullabilità del contratto è particolarmente sottolineata da F. GOISIS, op. cit., p. 224, specie laddove afferma: “*Ciò che colpisce nella lettura delle varie e numerose cassazioni che si sono succedute sul punto è proprio la loro scarsa fedeltà al sistema codicistico. Le spiegazioni date al perché si tratterebbe di annullabilità sono di tale genericità (difetto o vizio del consenso, di capacità o di legittimazione: ma quale è la norma che nello specifico viene applicata?) da lasciare francamente perplessi*”.

<sup>(181)</sup> Taluni Autori hanno rilevato, peraltro, come l’unica fattispecie che potrebbe apparire realmente indicativa ai fini dell’applicazione analogica della disciplina codicistica dell’annullabilità del contratto sia quella relativa alla mancanza o al venir meno (cfr. art. 742 c.p.c.) degli atti dell’autorità giudiziaria che autorizzano la stipulazione del contratto da parte del rappresentante legale dell’incapace; si veda, sul punto, quanto osservato da U. SALANITRO, op. cit., p. 523, il quale osserva, inoltre, che in tal caso “*ci si trova, però, di fronte ad una fattispecie in cui rileva la violazione di norme prescrittive di atti che provengono da un soggetto differente (c.d. atti a rilevanza esterna) da quello contraente*”. Per superare questa difficoltà – ad avviso dell’Autore – si potrebbe seguire un secondo percorso interpretativo, muovendo dall’idea che le norme che disciplinano l’attività contrattuale della pubblica Amministrazione costituiscano “*i limiti che l’ordinamento pone al potere rappresentativo degli organi competenti a stipulare il contratto con la controparte privata*”; ed in questa prospettiva, occorrerebbe distinguere due ipotesi, a seconda che il procedimento amministrativo prescritto manchi del tutto o sia soltanto illegittimo. Nel primo caso – ove manchi il procedimento amministrativo che legittimi l’operato del funzionario stipulante – il contratto non sarebbe riferibile alla pubblica Amministrazione, dovendosi ritenere applicabile, almeno per analogia, la disciplina generale della rappresentanza senza potere degli organi delle persone giuridiche private (artt. 19 e 2384 c.c.). Nella seconda ipotesi, l’Autore – richiamandosi all’opinione di G. GRECO, *I contratti*

Non è, del resto, un caso che – come è stato rilevato da taluni Autori – i giudici civili “*si guardino bene dal ragionare in termini analoghi laddove provvedimenti amministrativi intervengano a condizionare l’attività contrattuale di soggetti privati (per esempio l’autorizzazione agli acquisti, un tempo prevista dall’art. 17 c.c. in tema di persone giuridiche private con finalità ideali)*” <sup>(182)</sup>.

Tuttavia, non si può non tener conto del fatto che la ricostruzione in termini di annullabilità si basa sull’assunto secondo il quale le norme concernenti il procedimento ad evidenza pubblica sono riferibili all’interesse particolare della stazione appaltante e al procedimento di formazione della sua volontà negoziale; per cui appare coerente con ciò che solo chi è portatore di questo interesse possa far valere la loro violazione <sup>(183)</sup>.

Si tratta, però, come si è già anticipato e come meglio si dirà

---

*dell’amministrazione tra diritto pubblico e privato*, op. cit., p. 132 ss. – ritiene che le norme citate vadano coordinate con l’art. 23, comma 2, c.c., il quale, sempre con riguardo alle persone giuridiche di diritto comune, esclude che l’annullamento della deliberazione possa pregiudicare i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima. Tuttavia, a differenza di GRECO – il quale ritiene che in tutti i casi in cui non operi l’effetto conservativo a tutela della buona fede dell’altro contraente, l’annullamento del procedimento amministrativo di formazione della volontà contrattuale dell’Amministrazione produca l’inefficacia del contratto – SALANITRO ipotizza che le norme sopra citate (artt. 19, 23, 2384 c.c.) “*presuppongano l’eliminazione dell’eventuale contratto ... attraverso una tecnica modellata secondo le regole dell’annullabilità*”.

<sup>(182)</sup> Così F. GOISIS, op. cit., p. 224, il quale richiama, sul punto, E. CANNADA BARTOLI, *Attività amministrativa ed attività privata in tema di autorizzazione agli acquisti di contratti di diritto privato della pubblica amministrazione*, nota a Cass., 3 novembre 1959, in *Foro amm.*, 1960, II, p. 53 ss..

<sup>(183)</sup> Cfr., in tal senso F. GOISIS, op. cit., p. 225.

più avanti, di una prospettiva che trascura di considerare come nell'attuale contesto, particolarmente influenzato dalla normativa comunitaria a tutela della concorrenza, il procedimento ad evidenza pubblica miri non solo a realizzare l'interesse pubblico, ma anche a tutelare le posizioni delle imprese partecipanti alla fase concorsuale <sup>(184)</sup>.

Ed in tale prospettiva, l'inquadramento della fattispecie dei vizi della procedura di evidenza pubblica all'interno dell'istituto dell'annullabilità *ex art. 1441 c.c.* appare frutto di una scelta interpretativa criticabile costituita “*dall'omologazione dell'annullamento dell'aggiudicazione o di altro atto della serie procedimentale di evidenza pubblica, ad ipotesi normative (i vizi del consenso per errore, violenza e dolo; l'incapacità) caratterizzate da diversa essenza*” <sup>(185)</sup>.

Va, poi, rilevato – ed è questo un profilo sul quale ci si riserva di ritornare più avanti, quando verrà esposto il modo di concepire gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto che si ritiene preferibile – che la tesi dell'annullabilità appare ispirata da una “artificiosa” distinzione tra fase amministrativa di selezione del contraente e momento strettamente negoziale della vicenda che si concreta nella stipulazione del contratto <sup>(186)</sup>.

---

<sup>(184)</sup> Si avverte, perciò, la necessità di una “rivisitazione” della tesi dell'annullabilità, che, nonostante i limiti qui illustrati, potrebbe risultare la più adeguata a spiegare il problema del rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e contratto, nel caso delle procedure non “automatiche”; su tali aspetti si veda *infra*, Capitolo III, § 8.

<sup>(185)</sup> Cfr., in tal senso, F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., p. 2321.

<sup>(186)</sup> Sull'obiezione secondo cui la tesi dell'annullabilità del contratto si appalesa difficilmente conciliabile con l'affermazione secondo cui l'aggiudicazione costituisce il presupposto determinante della stipulazione del contratto, si veda quanto affermato da F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., p. 2329 ss.. Su tale aspetto si ritorna, comunque, nel

Infatti, come si è posto in luce nel trattare specificatamente il problema della natura dell'aggiudicazione, non può affermarsi che le due fasi siano sempre nettamente separabili, considerato che – come si è visto – l'aggiudicazione, in taluni casi, potrebbe anche essere riguardata come manifestazione di volontà negoziale della p.A. in ordine al contratto da stipulare ed al soggetto con il quale concludere il contratto <sup>(187)</sup>; per cui, anche alla luce di ciò, appare difficile sostenere che l'annullamento dell'aggiudicazione non possa mai incidere sull'efficacia del negozio (e cioè indipendentemente da una espressa pronuncia di annullamento del contratto da parte del g.o.), come ritengono i sostenitori della tesi dell'annullabilità.

E' stato, infine, evidenziato, sul piano strettamente processuale, come la concezione ora considerata comporti il sorgere di una "doppia" giurisdizione – quella del g.a. con riferimento all'annullamento degli atti amministrativi della procedura ad evidenza pubblica; e quella dell'a.g.o. in ordine all'azione "costitutiva" di annullamento del contratto *ex art.* 1441 c.c. – che sembra apparentemente mal conciliarsi con i principi di economia processuale sottesi all'Introduzione, ad opera della legge n. 205/2000, della giurisdizione esclusiva del g.a. sulle "*procedure di affidamento di appalti pubblici*" e con il nuovo potere attribuito allo stesso g.a. di disporre – nell'ambito della propria giurisdizione – il risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica <sup>(188)</sup>.

---

§ 7 del successivo Capitolo III.

<sup>(187)</sup> Cfr. *supra*, Capitolo I, § 7.

<sup>(188)</sup> Tale profilo risulta particolarmente evidenziato da quell'orientamento della magistratura amministrativa incline ad ammettere, mediante l'utilizzo di tale nuovo strumento (la reintegrazione in forma specifica), l'aggiudicazione diretta dell'appalto all'impresa illegittimamente

Sono questi, pur così brevemente illustrati, i limiti che la concezione ora esaminata rivela.

6. – Venendo ora alla ricostruzione della patologia contrattuale in termini di nullità, ad essa va certamente riconosciuto il merito di tutelare maggiormente il principio di concorrenza tra gli aspiranti contraenti della pubblica Amministrazione (<sup>189</sup>).

Invero, ciò che appare particolarmente apprezzabile di tale tesi è la riflessione sul valore delle norme disciplinanti le procedure ad evidenza pubblica, intese non come prescrizioni finalizzate a garantire la tutela dell'interesse particolare del contraente pubblico (come sosteneva la teoria dell'annullabilità), ma come norme che esprimono, al contrario, *“nell’ottica della tutela dell’interesse generale e della sfera giuridica dei soggetti*

---

pretermessa dall'aggiudicazione che abbia poi ottenuto, davanti al g.a., l'annullamento dell'aggiudicazione stessa: cfr., per tutte, Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 marzo 2002, n. 1373, in *Foro amm.*, 2002, p. 669. Si veda, inoltre, quanto osservato da S. VARONE, op. cit., p. 1651, il quale – richiamandosi all'orientamento appena citato – rileva che *“la persistente vigenza del precedente contratto, pur a seguito dell'annullamento di atti di gara, e il permanere delle relative sorti nella disponibilità della p.A., rischierebbero di determinare una diretta incidenza da parte di quest'ultima sulla stessa possibilità da parte del giudice di provvedere alla predetta reintegrazione in forma specifica, giusta la qualificabilità della permanente sussistenza del negozio come impossibilità o eccessiva onerosità rilevanti quali impedimenti all'utilizzo dello strumento ai sensi dell'art. 2058 c.c., con la conseguenza che detto strumento avrebbe un margine di utilizzabilità sostanzialmente limitato, nella maggioranza dei casi, alle ipotesi in cui la procedura di gara venga invalidata anteriormente alla conclusione del negozio”*.

(<sup>189</sup>) In tal senso la dottrina appare unanime; si vedano, sul punto, ad es., M. MONTEDURO, op. cit., p. 2600 e ss.; F. GOISIS, op. cit., p. 202 e ss.; F. DE NARDI, op. cit., p. 899; S. VALAGUZZA, op. cit., p. 298 e ss.; L. VALLA, op. cit., p. 196.

*partecipanti alla procedura, i principi fondamentali della concorrenza e del mercato” e che “danno sfogo ai valori dell’imparzialità e del buon andamento enunciati dalla Costituzione in stretto collegamento con i canoni fondamentali di ordine pubblico”* <sup>(190)</sup>.

Tuttavia, l’opinione ora considerata, laddove afferma che il contratto stipulato (*medio tempore*) dall’Amministrazione debba considerarsi “*ab origine tamquam non esset*” e che qualunque cittadino possa promuovere la relativa azione di accertamento senza alcun termine di prescrizione, non può non ingenerare nell’interprete notevoli dubbi <sup>(191)</sup>.

In questo senso è stato autorevolmente affermato che “*tale soluzione pregiudica la certezza dei rapporti giuridici, atteso che espone il contratto, magari a distanza di molto tempo dalla sua conclusione e già in corso di esecuzione, al rischio di venire travolto con effetto retroattivo a seguito dell’esito del giudizio promosso davanti al giudice amministrativo*” <sup>(192)</sup>; e ciò ben oltre le effettive esigenze di tutela dell’Amministrazione e del legittimo aggiudicatario che ha ottenuto l’annullamento innanzi al giudice amministrativo.

Per vero, le critiche non sono tutte fondate e a molte di esse – come pure è stato rilevato <sup>(193)</sup> – è possibile opporre ragionevoli

---

<sup>(190)</sup> Così Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7470, in *Urb. e app.*, 2004, p. 196, con nota di L. VALLA.

<sup>(191)</sup> Dubbi in merito alla tesi della nullità, sono stati espressi, ad esempio, da E. CASSETTA, op. cit., p. 545 ss.; M. MONTEDURO, op. cit., p. 2600; S. FANTINI, op. cit., p. 756 e ss.; F. DE NARDI, op. cit., p. 898; S. VALAGUZZA, op. cit., p. 298 e ss..

<sup>(192)</sup> Così E. CASSETTA, op. cit., p. 545 ss.; nel medesimo senso, cfr. P. CARPENTIERI, *Annullamento dell’aggiudicazione e contratto* (commento a Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), cit., p. 22.

<sup>(193)</sup> Cfr. P. CARPENTIERI, *Aggiudicazione e contratto*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, cit., ove si è, in particolare osservato che i più recenti

repliche, ma indubbiamente esse evidenziano l'obiettivo difficoltà di adattamento di tale ricostruzione alla patologia contrattuale conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione.

Quanto, in particolare, alla tesi – che ha goduto, fin dal passato, di diversi sostenitori, cui si è più sopra fatto riferimento <sup>(194)</sup> – della nullità per difetto dell'elemento essenziale del consenso, essa non pare in grado di fornire una spiegazione generalmente verificabile.

Se è vero – come si è già posto in luce – che non sempre l'aggiudicazione costituisce anche manifestazione del consenso, e che, almeno in questi casi, può essere riconosciuto valore negoziale autonomo al contratto stipulato successivamente all'aggiudicazione – venendo, in tali casi, il consenso nuovamente (*rectius*, per la prima volta) manifestato dopo l'aggiudicazione – appare chiaro che non sempre l'annullamento

---

sviluppi del diritto civile (anche europeo) sembrano dirigere nel senso dell'emersione di nuove figure di nullità speciale e relativa connesse alla violazione di norme precettive di conformazione del mercato, con una progressiva erosione della linea di netta divaricazione del regime giuridico della nullità rispetto a quello della annullabilità. Cosicché – ad avviso dell'Autore citato – la nullità non implicherebbe più, “*sempre e assiomaticamente*”, i caratteri dell'assolutezza, dell'imprescrittibilità dell'azione, della rilevabilità d'ufficio, ecc.; con l'ulteriore considerazione che l'area dei soggetti legittimati a far valere la nullità del contratto, in caso di annullamento dell'aggiudicazione per riconosciuta “spettanza” ad altra impresa, deve in realtà ritenersi *ab initio* circoscritta necessariamente all'impresa che ha fatto valere, nei termini perentori dell'impugnativa, tale pretesa all'aggiudicazione dinanzi al giudice amministrativo, in un giudizio impugnatorio in cui l'aggiudicatario non è un soggetto terzo (che in buona fede ha stipulato il contratto), ma parte necessaria in veste di controinteressato. Su tali aspetti e, in particolare, sulla tesi della nullità speciale o relativa del contratto – sostenuta dai più recenti orientamenti della magistratura amministrativa – ci si soffermerà, in modo più approfondito, nel successivo Capitolo III.

<sup>(194)</sup> Si veda a tale riguardo il § 4 del presente Capitolo.

di quest'ultima può fare (automaticamente) venire meno il contratto <sup>(195)</sup>. Inoltre – come è stato anche da altri rilevato – pur laddove l'aggiudicazione valga a costituire il vincolo contrattuale, l'effetto di creare il rapporto negoziale potrebbe ritenersi logicamente e giuridicamente distinguibile dalla efficacia nella sfera pubblicistica: non necessariamente, dunque, l'annullamento dell'aggiudicazione nella sua veste provvedimentale potrebbe travolgere anche i suoi effetti negoziali <sup>(196)</sup>.

Verso una (necessaria) autonomia tra fase pubblicistica e fase civilistico-contrattuale nelle procedure di evidenza pubblica appare, d'altra parte, orientata, la giurisprudenza comunitaria, la quale ha sollevato dubbi di compatibilità con il diritto comunitario di una costruzione volta alla completa parificazione – sul piano degli effetti – tra aggiudicazione e contratto<sup>(197)</sup>.

---

<sup>(195)</sup> Si veda, sul punto, quanto osservato nel Capitolo I, § 7.

<sup>(196)</sup> Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Questioni in tema di contratti di diritto privato dell'Amministrazione Pubblica*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, IV, Modena, 1996, p.1675 ss..

<sup>(197)</sup> Il diritto comunitario parrebbe, invero, propendere per una differenziazione concettuale tra l'aggiudicazione, atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente privato, e il successivo contratto d'appalto.

Come noto, nulla viene imposto agli Stati membri a proposito del regime di validità del contratto stipulato sulla base di un procedimento illegittimo (infatti, l'art. 2, par. 6, dir. 92/13/CEE, stabilisce “*Gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione dell'appalto sono determinati dal diritto nazionale*”, aggiungendo che “*salvo nel caso in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione*”) e a livello europeo, la questione non manca di una certa opinabilità, come è possibile desumere anche dalle diverse contrastanti soluzioni adottate dagli altri Paesi dell'Unione europea,

---

peraltro prevalentemente orientate alla salvezza del contratto (sulle soluzioni adottate in Francia, Germania, Spagna e Regno Unito si veda l'interessante articolo di B. MARCHETTI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, p. 93 ss.). Tuttavia, dalla lettura delle direttive in tema di appalti pubblici si trae l'impressione che il contratto e le sue vicende restino ben distinte dall'aggiudicazione e dalla sorte di questa. Tale impostazione trasparirebbe, ad esempio, dalla direttiva 92/13/CEE del 25 febbraio 1992 (ma nello stesso senso già dir. 89/665/CEE), la quale, con riguardo ai mezzi di ricorso che occorre prevedere a livello nazionale per garantire un adeguato sistema di tutela giurisdizionale in materia di "appalti di enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni", distingue l'atto di aggiudicazione dal contratto formalmente redatto. In base a quanto stabilito dalla direttiva, contro il primo atto è necessario consentire una procedura di ricorso che permetta al ricorrente di ottenere l'annullamento; altrimenti, dal momento in cui il contratto è stipulato, la tutela specifica può essere sostituita da un risarcimento danni per equivalente. Una tale modulazione del meccanismo di tutela giurisdizionale sembra trovare una giustificazione solo ammettendo la diversità sostanziale, oltre che formale, degli atti che possono essere oggetto di contestazione.

In questa direzione si muove anche la recente direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive ricorsi in materia di appalti pubblici.

La nuova disciplina comunitaria, che dovrà essere recepita entro il 31 dicembre 2009, per quanto qui rileva, presenta notevole interesse almeno sotto due profili:

- 1) il primo è costituito dalla statuizione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di rispettare un congruo termine dilatorio o sospensivo tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto. Con l'avvertenza che gli Stati membri possono prevedere che questo termine sia ulteriormente prorogato ove l'interessato proponga un ricorso in opposizione alla stessa amministrazione aggiudicatrice o chieda al giudice l'adozione di misure cautelari;
- 2) il secondo è dato dalla previsione di ipotesi tipiche nelle quali l'accertata violazione di determinate regole comporta, di conseguenza, la privazione di effetti del contratto eventualmente già stipulato. Tale conseguenza è prevista in termini obbligatori per le violazioni ritenute più gravi ed è, invece, rimessa alla discrezionalità degli Stati membri in altre ipotesi, meno gravi, nelle quali possono prevedersi sanzioni alternative, ad esempio pecuniarie.

Per comprendere, fino in fondo, l'effettivo impatto della direttiva nel nostro sistema sostanziale e processuale occorrerà ovviamente esaminare le

Incertezze ancora maggiori – nell’ambito degli orientamenti più sopra ricordati, volti a ricostruire la patologia del contratto concluso in seguito ad una procedura pubblicistica illegittima nei termini della nullità – suscita la tesi della nullità per violazione di norme imperative. Di tale opinione non appare convincente, anzitutto, la generalizzata qualificazione delle norme di evidenza pubblica nel novero delle norme “imperative”; ovverosia di quelle norme, la cui violazione, ai sensi dell’art. 1418, comma 1, c.c., determina la c.d. nullità “virtuale” del contratto.

Non è certo questa la sede per particolari approfondimenti sulla tematica delle c.d. nullità virtuali, in merito alla quale si rinvia ai numerosi studi compiuti sull’argomento dalla dottrina civilista <sup>(198)</sup>; si ritiene comunque opportuno, per una più

---

scelte compiute dal legislatore nazionale, in sede di recepimento della nuova disciplina comunitaria; va comunque sottolineato che la stessa direttiva non prende una posizione precisa - e in termini generali - sul tema della sorte del contratto in seguito all’annullamento dell’aggiudicazione; ciò che potrebbe indurre il legislatore ad un atteggiamento “minimalista”, consistente nel solo recepimento delle prescrizioni obbligatorie, rinviandosi così ad una fase futura ed eventuale la regolamentazione di altri aspetti “sensibili” del processo in materia di appalti (cfr. le riflessioni “a prima lettura” sul contenuto della direttiva di M. LIPARI, *Annullamento dell’aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2008, XLV; si veda, inoltre, in argomento, G. GRECO, *La direttiva 2007/66/ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)).

<sup>(198)</sup> Particolarmente significativi, al riguardo, anche per la puntuale rielaborazione della giurisprudenza ivi citata sono i contributi di R. TOMMASINI, voce *Invalidità (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1964, p. 575 ss.; G. MINEO, *Nota di commento a Cass. Civ.*, Sez. I, 17 giugno 1985, n. 3642, cit., in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1986, I, p. 284 e ss.; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1985, p. 435 ss.; M. MANTOVANI, *Divieti legislativi e nullità del contratto*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1987, II, p. 68 e ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 168 ss.; R. SACCO, voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., XII, Torino, 1995, p. 293 ss..

completa esposizione delle critiche mosse alla tesi in esame della nullità del contratto, richiamare brevemente la disciplina civilistica del contratto contrario a norme imperative, in particolare al fine di evidenziare come difficilmente la violazione delle norme di evidenza pubblica possa integrare un'ipotesi di nullità del contratto per violazione di norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., cit..

Va, dunque, ricordato, in primo luogo, che secondo l'indirizzo ormai consolidato della giurisprudenza civile – seguito anche da larga parte della dottrina -, il primo comma dell'art. 1418 c.c., secondo cui “*il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative*”, avrebbe introdotto il principio della c.d. nullità virtuale, esprimendo una regola generale volta a disciplinare tutti quei casi in cui alla violazione di una norma imperativa non corrisponde una esplicita sanzione di nullità del contratto, aprendo all'ingresso della c.d. nullità c.d. “virtuale”<sup>(199)</sup>.

Così può ritenersi massima ormai consolidata quella per cui l'ipotesi contemplata dal primo comma dell'art. 1418 c.c., cit., sarebbe espressione di “*un principio generale, rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione di precetti imperativi non corrisponda una specifica sanzione di nullità del relativo negozio*”<sup>(200)</sup>.

---

<sup>(199)</sup> Cfr., in tal senso, M. MANTOVANI, op. cit., p. 68 e ss.; G. MINEO, op. cit., p. 285 e ss. e la giurisprudenza citata dai due Autori.

<sup>(200)</sup> Cfr., tra le più significative pronunce in tal senso, Cass., Sez. Un., 21 agosto 1972, n. 2697, in *Giust. Civ.*, 1972, I, p. 1914 ss.; Cass., Sez. Un., 27 novembre 1975, n. 3974, *ivi*, p. 309 ss.; Cass., Sez. Un., 13 maggio 1977, n. 1901, in *Mass. Giur. It.*, 1977, p. 441 ss.; Cass. Civ., Sez. I, 17 giugno 1985, n. 3642, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1986, I, p. 284, con nota di G. MINEO, cit.. Tra le più recenti pronunce in argomento, possono, inoltre, ricordarsi, Cass. Civ., Sez. I, 7 marzo 2001, n. 3272, in *Mass. Giur. It.*, 2001; Cass. Civ., Sez. III, 8 marzo 2002, n. 3438, in *Arch. Civ.*, 2003, p. 81 ss..

Va, poi, rimarcato che se pure non si individuano criteri sicuri per decidere circa la sorte dei contratti che violino norme imperative, sprovviste di una espressa sanzione di nullità, criterio orientativo ricorrente è tuttavia quello che fa riferimento alla tutela di un “*interesse pubblico generale*” perseguito dalla norma imperativa violata, che perciò viene definita – appunto – di “*ordine pubblico*”<sup>(201)</sup>.

Seguendo un metodo prettamente casistico, l'imperatività della norma viene dichiarata in seguito ad una valutazione caso per caso circa lo scopo della legge; si è così affermato che il giudice, ai fini di decidere circa la nullità, deve accertare se la norma imperativa violata “*sia stata posta per motivi di ordine pubblico*”<sup>(202)</sup>; “*sia dettata a tutela dell'interesse pubblico*”<sup>(203)</sup>; o ancora, sia posta “*a tutela di un interesse di natura pubblica e generale*”<sup>(204)</sup>; infine, sia “*preordinata a soddisfare l'interesse pubblico*”<sup>(205)</sup>.

Come regola generale si può, quindi, affermare che la giurisprudenza civile ha inteso come norme imperative e, in quanto tali, assolutamente inderogabili, quelle disposizioni poste a tutela di interessi generali, diversi ed ulteriori rispetto a quelli delle parti contraenti<sup>(206)</sup>.

---

<sup>(201)</sup> Così M. MANTOVANI, op. cit., p. 69.

<sup>(202)</sup> Cass., Sez. Un., 27 novembre 1975, n. 3974, cit., consultabile nella sede indicata nella predente nota 200.

<sup>(203)</sup> Cass., Sez. Un., 13 maggio 1977, n. 1901, cit., consultabile nella sede di lettura indicata nella nota 200.

<sup>(204)</sup> Cass., Sez. Un., 4 dicembre 1982, n. 6601, in *Giust. Civ.*, 1983, I, p. 1172.

<sup>(205)</sup> Cass. Civ., Sez. I, 17 giugno 1985, n. 3642, cit., consultabile nella sede di lettura indicata nella nota 200.

<sup>(206)</sup> Va però precisato che la stessa giurisprudenza ha riconosciuto – quali eccezioni alla regola generale, appena enunciata – situazioni in cui la presenza di un interesse pubblico sotteso alla normativa violata non è stata

Richiamati questi principi, occorre domandarsi, a questo punto, se le norme che regolano le procedure ad evidenza pubblica possano rientrare o meno nel concetto di “norme imperative”, come elaborato in applicazione dell’art. 1418, comma 1, c.c..

Da un lato, l’applicazione del criterio dell’interesse pubblico (e dunque la corrispondenza tra imperatività e protezione di interessi generali), coerentemente, potrebbe, invero, indurre ad affermare la nullità del contratto stipulato in violazione delle norme sull’evidenza pubblica, trattandosi di disposizioni certamente ispirate alla tutela di interessi pubblici <sup>(207)</sup>; e ciò a maggior ragione ove si consideri che parte della giurisprudenza civile ha, in particolare, assegnato carattere pubblico alla libertà di concorrenza ed alla trasparenza del mercato, riconoscendo alle norme che disciplinano la scelta del contraente privato la finalità pubblicistica di garantire l’accesso a tutti i potenziali interessati che risultino meritevoli in base ai parametri di legge <sup>(208)</sup>. Ed in questa prospettiva – come si è visto - parte della dottrina <sup>(209)</sup>, che ha trattato specificatamente il rapporto tra la violazione di norme che regolano il procedimento che precede la conclusione

---

considerata sufficiente a provocare la nullità del contratto; così è stata esclusa, ad esempio, la nullità del contratto per violazione di norme tributarie (c.d. *frode fiscale*).

Ritiene contraddittoria la compresenza, nell’orientamento segnalato, di ipotesi in cui, pur in presenza di un indiscusso interesse pubblico, la giurisprudenza civile non ha optato per la nullità del contratto, G. VILLA, op.cit., p. 168 ss., il quale, con particolare riguardo all’esempio citato della c.d. *frode fiscale*, afferma: “*risponde ad un interesse pubblico che i cittadini paghino le imposte, ma poi si insegna in giurisprudenza che il contratto contrario alla legge fiscale è valido*”.

<sup>(207)</sup> In questo senso espressamente S. VALAGUZZA, op. cit., p. 302.

<sup>(208)</sup> Significativa in questo senso è, ad esempio, la sentenza del Tribunale di Milano, 13 marzo 1985, in *Dir. Com. Sc. Int.*, 1987, p. 439.

<sup>(209)</sup> Ci si riferisce agli Autori citati nella nota 163.

dei contratti della p.A. ed il disposto dell'art. 1418 c.c., ha affermato che l'illegittimità relativa al procedimento di scelta del contraente privato della p.A., concretando la violazione di norme che impongono o escludono un determinato assetto di interessi (c.d. "vincolo di scopo"), determinerebbe la nullità del contratto concluso dal soggetto pubblico, *ex art. 1418 c.c.*

Sotto altro profilo, bisogna, però, tener presente che non tutte le disposizioni in tema di procedimenti ad evidenza pubblica sono destinate alla protezione di interessi giuridicamente rilevanti per i terzi.

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica è possibile individuare anche previsioni di carattere puramente ordinatorio, inerenti semplicemente alla distribuzione organizzativa delle competenze interne ad ogni singola amministrazione; si tratta di quelle disposizioni che taluno ha inquadrato come "discrezionalità amministrativa" <sup>(210)</sup>, caratterizzate dal fatto che non dovrebbero incidere sugli interessi perseguiti dalle attività amministrative finali. Si pensi, ad esempio, alle norme (riguardanti le fasi dell'evidenza pubblica che sfociano nella deliberazione a contrarre) relative all'individuazione dell'organo munito del potere di guidare il procedimento amministrativo volto alla stipulazione del contratto, le quali non sembrerebbero dirette a tutelare alcun interesse generale della collettività, risolvendosi in mere norme organizzative con effetti interni alla struttura amministrativa di riferimento.

Ne consegue che, ove il vizio del procedimento ad evidenza pubblica si concreti nella violazione di dette disposizioni, la sanzione della nullità del contratto non parrebbe giustificabile nei

---

<sup>(210)</sup> Tale terminologia viene impiegata da D. SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2002, pp. 261-62.

termini del comma 1 dell'art. 1418 c.c., in quanto, in assenza di un interesse generale alla base del dettato normativo, non si potrebbe invocare il concetto di norme imperative <sup>(211)</sup>.

Di nullità potrebbe, invece, parlarsi nel caso in cui *“la violazione delle disposizioni che disciplinano l'attività contrattuale della p.a. non riguardi profili meramente procedurali, diretti in astratto a garantire che il contenuto dell'accordo sia conforme all'interesse pubblico, ma si concretizzi nell'adozione di un regolamento negoziale contrario ad una norma imperativa, che specificatamente imponga o escluda un determinato assetto di interessi”* <sup>(212)</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, si comprende come non sia possibile affermare la nullità del contratto con riguardo ad ogni ipotesi di violazione delle disposizioni che disciplinano il procedimento ad evidenza pubblica, a prescindere da una valutazione contenutistica della norma violata, circa la capacità di quest'ultima di influire realmente sul contenuto del contratto <sup>(213)</sup>.

---

<sup>(211)</sup> Cfr. S. VALAGUZZA, op. cit., p. 303.

<sup>(212)</sup> Così ALBANESE, op. cit., p. 218. Sulle interessanti considerazioni svolte dall'Autore in merito all'applicabilità dell'art. 1418, comma 1, c.c., relativamente ai contratti stipulati dalla p.A., ci si è soffermati nel precedente § 4 del presente Capitolo.

<sup>(213)</sup> In senso analogo all'opinione qui sostenuta, nel testo, cfr. S. FANTINI, op. cit., p. 756; S. VALAGUZZA, op. cit., p. 303. Critica, invece, la tendenza a distinguere le norme che disciplinano le gare d'appalto, in ragione di una loro pretesa diversa capacità di influire sull'assetto degli interessi F. GOISIS, op. cit., p. 241, il quale rileva che *“tutte le norme dell'evidenza pubblica sono capaci di influire sull'assetto degli interessi contrattuali, visto che tutte incidono sulla determinazione di elementi essenziali del negozio, non lasciati alla disponibilità dell'amministrazione, o del privato obbligato all'evidenza pubblica (entrambi legislativamente espropriati di una normale componente dell'autonomia privata: la libertà di scegliere il contraente, e, persino, di determinare le modalità della relativa*

Sul punto, pare, infatti, di poter concordare con quella dottrina, la quale rileva che il c.d. “vincolo di scopo”, cui è assoggettata l’attività negoziale degli enti pubblici, non si traduce mai nell’imposizione di un assetto negoziale determinato, alla stregua di una norma imperativa, ma costituisce direttiva di massima alla quale la p.A. deve attenersi nell’esercizio della sua discrezionalità <sup>(214)</sup>. Come dimostrano i risultati dell’indagine fin qui svolta, la natura imperativa della norma (tale da determinare la nullità) deve, infatti, trovare un preciso riscontro nel carattere indisponibile della disciplina da essa prevista; situazione che – come si è visto – non è propria di tutte le norme sui procedimenti di evidenza pubblica ma che si verifica solo nelle ipotesi in cui la determinazione di alcuni elementi del contratto debba avvenire sulla base di criteri stabiliti dalla legge e vincolanti per la p.A. stipulante, la quale è priva di qualsiasi potere discrezionale in ordine a quegli aspetti del negozio, che

---

*selezione)*”. Conclude l’Autore “*Si tratterà, certo, quanto agli interessi relativi al contratto infine stipulato (ma non quanto agli interessi indisponibili legati alla fase, strumentale, della selezione), il più delle volte, di un’influenza non esattamente prevedibile a priori (ossia prima della conclusione della gara). Ma ciò non esclude che un’influenza sull’assetto finale di interessi vi sia*”.

<sup>(214)</sup> Cfr. A. ALBANESE, op. cit., p. 222 e, in senso analogo G. GRECO, op. cit., p. 136, nota 158, il quale rileva come la violazione del vincolo di scopo produce i vizi tipici dell’atto amministrativo, rendendolo annullabile a seconda dei casi per violazione di legge o per eccesso di potere, evidenziando come ciò sia incompatibile con la pretesa nullità del successivo contratto. *Contra* si veda S. VALAGUZZA, op. cit., p. 305, la quale osserva che l’opinione riferita nel testo (e ritenuta condivisibile) “*trascura che il vizio di eccesso di potere è un vizio particolarmente grave in cui può incorrere la pubblica amministrazione, in quanto sostanziosamente nello sviamento dal fine che la legge attribuisce ad una determinata autorità amministrativa, minaccia alle basi la sua stessa legittimazione e costituisce una violazione del fondamentale principio di legalità sostanziale dell’azione amministrativa*”.

trovano direttamente nella legge la propria definizione. E' il caso questo – secondo la dottrina appena citata, che riconduce alla c.d. nullità virtuale il contratto stipulato in violazione di norme che vincolano in modo diretto ed immediato le scelte della p.A. <sup>(215)</sup> – della stipulazione di contratti espressamente vietati, ovvero della scelta del contraente o della determinazione del prezzo “*in violazione di un criterio rigidamente stabilito dalla legge e vincolante per la p.a.*” <sup>(216)</sup>.

Tuttavia, neppure l'opinione ora considerata sembra convincere del tutto.

Anche se a tale ricostruzione va certamente riconosciuto il merito di aver compiuto una distinzione tra violazioni cosiddette “ordinatorie”, relative a profili meramente procedurali, e violazioni di norme che impongono o escludono un determinato assetto di interessi, tra cui andrebbero ricomprese le illegittimità relative alla scelta del contraente privato <sup>(217)</sup> (distinzione che, come detto, appare necessaria al fine di valutare la diversa incidenza della violazione di esse sul contratto), ciò nondimeno essa non sembra reggere ad una critica che consideri a fondo i principi cardine del diritto pubblico.

Se è vero che anche le norme relative alla scelta della controparte privata afferiscono alla fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, più che a quella privatistica del rapporto contrattuale, esse dovrebbero, al limite, seguendo le premesse del ragionamento proposto dalla dottrina appena citata, condurre all'annullamento del contratto piuttosto che, come prospettato,

---

<sup>(215)</sup> Su tale orientamento dottrinale ci si è soffermati nel § 4 del presente Capitolo.

<sup>(216)</sup> Così, ancora, ALBANESE, op. cit., p. 218.

<sup>(217)</sup> Analoghe, sul punto, le considerazioni di S. VALAGUZZA, op. cit., p. 304.

alla nullità.

Inoltre, l'opinione citata, nel ritenere che tra gli effetti giuridici dell'annullamento di uno dei provvedimenti dell'evidenza pubblica debba essere inclusa anche l'invalidazione del contratto, non sembra tenere sufficientemente conto della distinzione "bifasica" dell'evidenza pubblica e fa discendere con automatismo, quasi si trattasse di un rapporto causa – effetto, conseguenze invalidanti sul contratto dall'esito di un giudizio avente ad oggetto il provvedimento amministrativo <sup>(218)</sup>.

Risulta, infatti, evidente, come sia ben difficile spiegare, in termini di logica giuridica, che la violazione di una medesima norma determini la sola annullabilità del provvedimento e rilevi, poi, come causa di nullità del contratto <sup>(219)</sup>.

Ed è prendendo le mosse da quest'ultima osservazione – e prescindendo da ogni ulteriore considerazione sui limiti che anche la tesi della nullità presenta, in particolare sotto il profilo della tutela <sup>(220)</sup> – che ci si avvia ad evidenziare quello che

---

<sup>(218)</sup> Unanime, sul punto, la dottrina; cfr., ad es., S. FANTINI, op. cit., p. 756; MONTEDURO, op. cit., p. 2600 ss.; S. VALAGUZZA, op. cit., p. 304.

<sup>(219)</sup> L'incoerenza di una siffatta soluzione, sul piano della tutela, è particolarmente evidenziata da M. MONTEDURO, op. cit., p. 2601, il quale afferma che, ove si accedesse a tale ricostruzione "... *qualunque cittadino, anche se non legittimato ad impugnare gli atti della procedura concorsuale in quanto extraneus ad essa ovvero decaduto per tardività, potrebbe, infatti, mettere in scacco l'amministrazione insorgendo, anche a distanza di lustri, avverso un contratto d'appalto pluriennale in avanzato corso di esecuzione...*".

<sup>(220)</sup> Come si è già ricordato, uno dei limiti più significativi della tesi della nullità è quello derivante dall'imprescrittibilità dell'azione, ai sensi dell'art. 1422 c.c., che – come detto – espone il contratto "*magari a distanza di molto tempo dalla sua conclusione e già in corso di esecuzione, al rischio di venire travolto con effetto retroattivo a seguito dell'esito del giudizio promosso davanti al giudice amministrativo*": così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 536; nello stesso senso, si vedano, tra i tanti, F. CARINGELLA, *Annulamento della procedura di evidenza a monte e*

appare come il limite più significativo delle teorie elaborate dalla giurisprudenza e dalla dottrina civiliste (*id est* della lettura civilistica del problema) con riguardo al problema degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto.

Tali concezioni – come si è visto – hanno tutte in comune il fatto di ammettere una “*proiezione giuridica*” dei vizi del procedimento di evidenza pubblica sul contratto, che, conseguentemente, risulta a sua volta viziato<sup>(221)</sup>; mentre ciò che differenzia le varie teorie esposte è l'incidenza strutturale del vizio (del procedimento) sul contratto, che, secondo alcune prospettazioni, è annullabile e dunque caratterizzato da un'efficacia interinale, secondo altre, è nullo e come tale improduttivo di effetti *ab origine*<sup>(222)</sup>.

Tuttavia, come si è già accennato, una tale impostazione

---

*sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia ?*, cit., p. 669 ss.; P. CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, cit., p. 15 e ss..

<sup>(221)</sup> L'espressione è di S. FANTINI, op. cit., p. 757.

<sup>(222)</sup> In questo senso si è rilevato, specie da parte di quella dottrina incline a non riconoscere valore (anche) negoziale all'aggiudicazione, che “*“la lettura civilistica” realizza una sorta di conversione (o meglio, di traduzione) dei vizi del procedimento di evidenza pubblica che precedono il contratto nella categoria dell'invalidità negoziale, in considerazione della compresenza, secondo la rappresentazione tradizionale, nell'aggiudicazione, di un atto amministrativo (di accertamento costitutivo dell'offerta migliore) e di uno negoziale (di manifestazione della volontà dell'Amministrazione di aderire alla proposta contrattuale espressa nell'offerta)*” trascurando, in tale modo, “*che gli atti delle due serie sono indipendenti tra loro quanto alla validità, secondo l'insegnamento risalente a Giannini*”: così S. FANTINI, op. cit., p. 757. Ad analoghe considerazioni giunge F. TRIMARCHI BANFI, op. cit., p. 1675 ss., la quale evidenzia che, al fine di determinare le conseguenze dell'invalidità, occorre convertire le “*...anomalie della fase che precede il contratto in cause di invalidità o di inefficacia secondo i concetti del diritto privato*” (p. 1683), e ciò onde soddisfare la condizione inerente la natura privatistica del contratto stesso; in senso analogo cfr. A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, op. cit., Milano, 1999, p. 241.

appare scarsamente soddisfacente dal punto di vista teorico ed inidonea a spiegare il rapporto tra le illegittimità del procedimento e il contratto, soprattutto perché trascura “*la pur necessaria analisi della natura giuridica e della valenza sostanziale dell’aggiudicazione*”<sup>(223)</sup>; questione che – come si è già anticipato nell’introduzione del presente lavoro e come sarà meglio illustrato nel seguito dell’indagine – appare, invece, centrale nella risoluzione del problema degli effetti dell’annullamento dell’aggiudicazione sul contratto *medio tempore* stipulato.

I limiti della impostazione “civilistica”, quale si è fin qui illustrata – e, in specie, la mancata considerazione della natura giuridica dell’aggiudicazione – suggeriscono, quindi, di “districare” altrimenti il tema delle possibili interferenze tra illegittimità provvedimentali e contratto, ricercando una più convincente ricostruzione dogmatica.

---

<sup>(223)</sup> L’importanza di una tale analisi, ai fini della corretta qualificazione della patologia contrattuale conseguente all’annullamento dell’aggiudicazione, è stata particolarmente sottolineata dall’ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, 28 marzo 2008, n. 1328, cit., consultabile in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), che ha rimesso la questione della sorte del contratto *medio tempore* stipulato ed altre connesse all’esame dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Tale pronuncia sarà oggetto di specifica analisi nel successivo Capitolo III.

CAPITOLO III

LE TESI “GIUSPUBBLICISTICHE” E LE PROSPETTIVE  
PER UNA SOLUZIONE DEL PROBLEMA

SOMMARIO: 1. Premessa: la giurisprudenza del giudice amministrativo sulla sorte del contratto *medio tempore* stipulato; divisibilità di essa in due periodi. – 2. Mancanza di una riflessione giuridica particolarmente approfondita nella giurisprudenza antecedente alla riforma del processo amministrativo del 2000. – 3. La giurisprudenza successiva alla legge n. 205/2000 dà vita a due distinti filoni interpretativi: l'uno in favore della nullità del contratto, l'altro a sostegno della “caducazione” o “inefficacia” del contratto; esame dell'orientamento che aderisce alla tesi della nullità. – 4. (segue): la tesi della caducazione “automatica”. – 5. (segue): la tesi della inefficacia sopravvenuta relativa. – 6. L'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1328/2008, che ha rimesso la questione della sorte del contratto all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. – 7. Esame critico delle tesi “giuspubblicistiche”: rinvio, per quanto riguarda la tesi della nullità, al Capitolo II; inconciliabilità della tesi dell'inefficacia e/o caducazione con la tradizionale concezione gianniniana dell'evidenza pubblica; impossibilità di ricondurre alla categoria dell'inefficacia – la quale nell'ordinamento civile indica la sola conseguenza della perdita degli effetti di un negozio giuridico in alcune fattispecie tipicamente previste – la causa dell'originaria o sopravvenuta inidoneità del negozio a produrre i suoi effetti; dubbio fondamento dogmatico e positivo di una causa di inefficacia relativa non codificata dall'ordinamento; profili di possibile illegittimità costituzionale dell'art. 14 del D.Lgs. n. 190/2002. – 8. Le prospettive per una soluzione del problema alla luce della natura giuridica dell'atto di aggiudicazione: la possibilità di considerare nullo il contratto quando l'aggiudicazione, oggetto di annullamento, assuma anche valenza negoziale e di ritenerlo, invece, annullabile qualora l'aggiudicazione rivesta solo valore provvedimentale.

1. – Dopo aver tratteggiato i vari orientamenti della giurisprudenza civile in merito al rapporto tra annullamento degli atti del procedimento ad evidenza pubblica e contratto, nelle sue linee essenziali, sembra ora opportuno passare a descrivere la posizione del giudice amministrativo a tale riguardo, scendendo a termini più dettagliati di quelli seguiti fin qui <sup>(224)</sup>.

---

<sup>(224)</sup> Non sembra inutile ricordare che le diverse teorie sul problema

Un esame particolareggiato di ciò che risulta, allo stato attuale, dalle decisioni del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali appare necessario, ove si consideri che la giurisprudenza amministrativa ha sconvolto le soluzioni dottrinali e giurisprudenziali tradizionali (già esaminate nel Capitolo che precede).

Invero, partendo dai medesimi presupposti (e, in specie, dal rifiuto della tesi tradizionale che qualifica il contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione annullata come “*annullabile*”), i vari orientamenti della giurisprudenza amministrativa articolano tesi che, attraverso riferimenti critici o adesivi alle pronunce precedenti, delineano una chiave di lettura del problema dai profili più spiccatamente giuspubblicistici, espressione probabilmente di schemi concettuali differenti da quelli seguiti dal giudice ordinario <sup>(225)</sup>.

Va fin d'ora evidenziato che le pronunce del giudice amministrativo in materia sono molto numerose. L'esposizione del loro contenuto deve essere perciò organizzata entro uno schema; e, a questo scopo, la giurisprudenza amministrativa sul problema della sorte del contratto può essere distinta, in relazione al suo (maggiore o minore) grado di approfondimento della riflessione giuridica – ed è certo questa la principale delle varie chiavi di lettura che potrebbero essere impiegate per un'indagine

---

delle conseguenze sul contratto delle illegittimità degli atti della procedura ad evidenza pubblica sono in larga parte frutto di elaborazione giurisprudenziale, essendo il ruolo svolto dagli studiosi nei confronti degli orientamenti giudiziali in argomento un ruolo prevalentemente passivo, di registrazione, anche se spesso critica, delle pronunce giurisdizionali; per cui - come già si è già messo in luce nel precedente Capitolo – la presente indagine viene svolta, principalmente, attraverso l'esame delle posizioni della giurisprudenza sul punto.

<sup>(225)</sup> In senso analogo, cfr. S. FANTINI, op. cit., p. 752.

su tale giurisprudenza –, in due periodi.

Il primo di questi comprende le pronunce precedenti alla riforma del processo amministrativo, operata dalla legge n. 205/2000; il secondo periodo, assai più breve (ma come si vedrà, molto più significativo dal punto di vista dell'elaborazione giurisprudenziale) comprende le pronunce successive alla legge n. 205/2000 fino ad oggi. Ed è appena il caso di avvertire – tanto la vicenda giurisprudenziale del rapporto tra annullamento degli atti della procedura ad evidenza pubblica e contratto è nota <sup>(226)</sup> – che la distinzione di un periodo dall'altro non va assunta come una discriminazione assolutamente netta, ma come una delimitazione soltanto di massima, dovuta ad esigenze di esposizione; invero, come si vedrà, non sono mancate, ancora prima della fine degli anni Novanta <sup>(227)</sup>, decisioni che variamente preannunciavano gli orientamenti che sarebbero prevalsi solo dopo la conclusione di tale periodo.

Una volta completata l'indagine sulla posizione della giurisprudenza amministrativa sul punto, sarà possibile cominciare a riflettere sui profili di pensiero cui essa rivela di ispirarsi per verificare se tale posizione sia davvero conforme ai principi del nostro ordinamento.

La trattazione di tali argomenti, nell'ordine appena indicato, costituisce l'oggetto delle considerazioni che seguono.

2. – Nel primo periodo, antecedente all'entrata in vigore della legge n. 205/2000, la giurisprudenza amministrativa appare caratterizzata dalla mancanza di una vera e propria riflessione

---

<sup>(226)</sup> Invero, questo problema è considerato da sempre uno “*dei punti più delicati della sistematica del contratto ad evidenza pubblica*”; cfr., in tale senso, M.S. GIANNINI, op. cit., Milano, 1988, p. 847 ss..

<sup>(227)</sup> Ci si riferisce a pronunce come quelle citate nelle note 230-233.

giuridica sul problema, in grado di dare vita ad orientamenti univoci ed organici come quelli sviluppatisi nell'ambito della giurisprudenza civile.

In molte pronunce non è risultato chiaro, in assenza di richiami espliciti, se la patologia (inficiante il contratto) riconosciuta dal giudice ripercorresse i canoni delle norme civilistiche sul contratto o se, invece, se ne discostasse: talvolta lo stesso giudice amministrativo ha utilizzato formule “atecniche”, senza richiamare esplicitamente le invalidità del codice civile <sup>(228)</sup>; ed anche laddove si parla di nullità, si avverte contestualmente che “*la nozione di nullità ...mal si addice ad un effetto caducatorio sopravvenuto quale è quello derivante dall'annullamento dell'aggiudicazione*” <sup>(229)</sup>.

Così sono state spesso utilizzate espressioni quali “*caducazione degli effetti del contratto*” <sup>(230)</sup>, “*impossibilità di esplicazione di effetti giuridici*” <sup>(231)</sup> “*travolgimento del contratto*” <sup>(232)</sup>, “*automatica rimozione dell'atto consequenziale*” <sup>(233)</sup>, “*conseguente caducazione del contratto*” <sup>(234)</sup>, il cui

---

<sup>(228)</sup> Nel medesimo senso cfr. S. VALAGUZZA, op. cit., p. 289.

<sup>(229)</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 24 ottobre 2000, n. 5710, in *Foro amm., C.d.S.*, 2000, p. 3191.

<sup>(230)</sup> Cfr., in questo senso, ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 25 maggio 1998, n. 677, in *Foro amm., C.d.S.*, 1998, p. 1442, secondo cui “*l'annullamento dell'aggiudicazione di un appalto pubblico implica la caducazione degli effetti del contratto già eventualmente concluso con detta impresa la quale è titolare di un interesse legittimo al riguardo*”.

<sup>(231)</sup> Così Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2000, n. 244, in *Cons. Stato*, 2000, I, p. 65.

<sup>(232)</sup> Cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 30 maggio 1993, n. 435, in *Giur. It.*, 1994, III, p. 18, ove si afferma che “*l'annullamento giurisdizionale dell'originaria aggiudicazione della gara travolge il conseguente contratto successivamente stipulato nonché l'approvazione di questo*”.

<sup>(233)</sup> Così la stessa pronuncia del Consiglio di Stato citata nella nota precedente.

impiego lascerebbe arguire che i giudici amministrativi hanno inteso inquadrare la problematica dei rapporti tra illegittimità della procedura ad evidenza pubblica e contratto nella teorica pubblicistica dell'invalidità derivata <sup>(235)</sup>; tuttavia, come si è anticipato più sopra, nella maggior parte dei casi è mancata una giustificazione delle scelte operate in relazione alla sorte del contratto.

In una delle decisioni appena citate, l'argomento viene esaurito, ad esempio, in questo brevissimo passaggio: *“l'annullamento (giurisdizionale o in via di autotutela) dell'aggiudicazione fa in ogni caso venir meno il vincolo negoziale determinatosi con l'adozione del provvedimento rimosso”* <sup>(236)</sup>; altre pronunce hanno fatto riferimento al “travolgimento” o alla “caducazione” del contratto senza spiegare o spiegando in modo assai generico tale effetto, limitandosi, in quest'ultimo caso, ad affermare che *“l'annullamento dell'atto presupposto – nella specie l'aggiudicazione – determina ex se l'automatica rimozione dell'atto consequenziale, senza bisogno che quest'ultima formi oggetto di autonoma o separata impugnativa”* <sup>(237)</sup>

Per completare il quadro del periodo considerato, si deve,

---

<sup>(234)</sup> Così Consiglio di Stato, Sez. IV, 8 ottobre 1985, n. 430, in *Foro amm.*, 1985, p. 1841.

<sup>(235)</sup> In questo senso possono ricordarsi, oltre alle pronunce citate nelle note precedenti, alcune più risalenti decisioni: Consiglio di Stato, Sez. V, 12 dicembre 1972, n. 1047, in *Cons. Stato*, 1972, I, p. 2181; Id., Sez. V, 25 ottobre 1974, n. 430, *ivi*, 1974, I, p. 1233; Id., Sez. V, 18 ottobre 1984, n. 761, in *Foro amm.*, 1984, p. 1759.

<sup>(236)</sup> Ci si riferisce alla decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2000, n. 244, consultabile nella sede di lettura indicata nella nota 231.

<sup>(237)</sup> Così, ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 30 maggio 1993, n. 435, citata nella nota 232.

infine, ricordare, che un certo filone della giurisprudenza amministrativa aveva aderito invece alla tesi civilistica dell'annullabilità relativa *ex art. 1441 c.c.*, negando al giudice la possibilità di condannare l'Amministrazione appaltante al risarcimento in forma specifica in favore della ditta non aggiudicataria, qualora il contratto di appalto fosse già stato stipulato; e ciò in quanto il contratto avrebbe dovuto, appunto, considerarsi annullabile e non automaticamente caducato <sup>(238)</sup>.

Va, tuttavia, precisato che tale tendenza è rimasta espressione di un orientamento isolato e non è riuscita ad affermarsi come indirizzo dominante.

3. – All'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 205, il giudice amministrativo ha approfondito il rapporto tra tutela demolitorio-conformativa, derivante dall'annullamento dell'atto illegittimo, e tutela risarcitoria. E questo maggior sforzo di esegesi giuridica è stato probabilmente determinato, da un lato, dall'ampliamento dell'ambito di giurisdizione del g.a. ad opera della stessa legge n. 205, dall'altro, dall'assenza di soddisfacente elaborazione dottrinale in materia: una dottrina che, come si è già osservato in precedenza <sup>(239)</sup>, si limitava, il più delle volte, a registrare passivamente gli orientamenti giurisprudenziali, senza fornire degli apporti originali al dibattito.

Le pronunce di questo secondo periodo danno vita a due distinti filoni interpretativi: l'uno in favore della nullità, l'altro a sostegno della "caducazione" o "inefficacia" del contratto.

---

<sup>(238)</sup> Si veda, quale espressione più significativa dell'orientamento citato, la pronuncia del T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 23 dicembre 1999, n. 5049, in *T.A.R.*, 1999, I, p. 629.

<sup>(239)</sup> Si veda, in particolare, quanto osservato nella nota 224.

Il primo dei due orientamenti appena ricordati <sup>(240)</sup>, pur prendendone le distanze, ha riletto la tesi della caducazione automatica – che, come si è visto, sia pure con molte incertezze, si era affermata nell’ambito della precedente giurisprudenza amministrativa – in chiave civilistica.

Sembra, quasi, che il nuovo ruolo di “*giudice dei diritti*” rivestito nell’ambito delle procedure ad evidenza pubblica abbia, in prima battuta, condizionato il giudice amministrativo, inducendolo ad affrontare il problema con un atteggiamento simile a quello del g.o.. L’interessante connubio tra un’impostazione di tipo civilistico e la cultura e sensibilità prettamente pubblicistica dei giudici amministrativi ha così portato all’elaborazione della tesi della nullità del contratto <sup>(241)</sup>.

---

<sup>(240)</sup> Quale espressione più significativa dell’orientamento della giurisprudenza amministrativa che afferma la nullità del contratto viene spesso indicata la pronuncia del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, in *Foro amm., T.A.R.*, 2002, p. 2580 ss., con nota di M. MONTEDURO e in *Urb. e app.*, 2002, p. 1212 ss., con nota di O.M. CAPUTO, sui contenuti della quale ci si è già soffermati in precedenza, nell’illustrare la tesi della nullità, nella versione affermata in ambito civilistico (cfr. il Capitolo II, § 4, specialmente la nota 152).

In favore di tale ricostruzione – prevalente nell’ambito della magistratura amministrativa di primo grado – si sono pronunciate anche: Consiglio di Stato, Sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Foro amm., C.d.S.*, 2003, p. 145; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 7 maggio 2002, n. 802, in *Foro amm., T.A.R.*, 2002, p. 1792; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 18 novembre 2002, n. 6303, *ivi*, 2002, p. 3774; T.R.G.A. Bolzano, 12 febbraio 2003, n. 48, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Veneto, Sez. I, 20 novembre 2003, n. 5800, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 28 gennaio 2003, n. 394, in *Studium Juris*, 2003, p. 1262; T.A.R. Basilicata, 13 maggio 2003, n. 440, in *T.A.R.*, I, 2003, p. 2838; T.A.R. Toscana, 21 luglio 2003, n. 913, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Veneto, Sez. I, 3 novembre 2003, n. 5462, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 2 febbraio 2004, n. 833, in *Ragiusan*, 2004, p. 174.

<sup>(241)</sup> Cfr., in tal senso, L. VALLA, op. cit., p. 194.

Tuttavia, l'orientamento ora considerato, pur condividendone le ipotesi ricostruttive (nullità per mancanza del consenso *ex art.* 1418, secondo comma, c.c. e nullità per violazione di norme imperative *ex art.* 1418, primo comma, c.c.), muove da presupposti del tutto diversi da quelli da cui muove la giurisprudenza civile per giustificare la nullità del contratto *medio tempore* stipulato.

Invero – come pure si è anticipato nel Capitolo precedente <sup>(242)</sup> – la giurisprudenza amministrativa, prendendo le mosse da una vivace critica nei confronti del tradizionale “*arresto giurisprudenziale della Cassazione affermativo della mera annullabilità relativa*” – ritiene che tale indirizzo vada rivisitato soprattutto perché mal si coniuga con il nuovo assetto del riparto di giurisdizione, seguente all'introduzione (ad opera del D.Lgs. n. 80/1998 e della legge n. 205/2000) della giurisdizione esclusiva del g.a. sulle controversie aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici e della giurisdizione piena del medesimo giudice estesa a conoscere, nell'ambito di tutta la sua giurisdizione – esclusiva e di sola legittimità – di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica <sup>(243)</sup>.

In altri termini, tale orientamento della giurisprudenza amministrativa ritiene di poter risolvere la questione (di ordine sostanziale) della sorte del contratto, partendo dall'individuazione del giudice competente a conoscere la patologia contrattuale conseguente all'annullamento degli atti del procedimento ad evidenza pubblica; e ciò con un'inversione

---

<sup>(242)</sup> Si veda *supra*, Capitolo II, § 4.

<sup>(243)</sup> In questo senso espressamente T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, consultabile nella sede di lettura indicata nella nota 240.

logica rispetto all'impostazione generalmente seguita nel trattare della problematica in esame, ove l'esposizione delle questioni di natura processuale viene fatta precedere dall'analisi dei problemi di carattere sostanziale <sup>(244)</sup>.

In questa prospettiva, il medesimo orientamento afferma, anzitutto, che la cognizione del contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione annullata è ascrivibile alla *“giurisdizione esclusiva del g.a. – ex art. 33 commi 1 e 2 lett. d), D.Lg. n. 80 del 1998 e 6, l. n. 205 del 2000 ...”*, la quale *“obbedisce (storicamente e nella ratio legis dell'intervento normativo del 1998-2000, come ricavabile anche dall'esame dei lavori parlamentari) – tra l'altro – all'esigenza di concentrazione dinanzi a un unico giudice di tutte le controversie appartenenti ad una determinata materia, a prescindere (almeno agli effetti del riparto di giurisdizione) dalla natura (di diritto soggettivo o di interesse legittimo) della situazione soggettiva azionata dalla parte <sup>(245)</sup>”*.

Ed in questo contesto normativo, che indubbiamente *“valorizza e potenzia la giurisdizione esclusiva del g.a. come giurisdizione unica e piena, naturalmente destinata a fornire all'attore tutta la tutela di cui egli ha diritto, con esclusione della*

---

<sup>(244)</sup> Da tale impostazione – condivisa anche da chi scrive – si discosta solo una parte minoritaria della dottrina: si veda, ad es., S. FANTINI, op. cit., p. 754, il quale – nell'introdurre il problema della sorte del contratto – afferma espressamente di ritenere *“propedeutica ad un tentativo di ricostruzione sistematica dell'argomento in esame la soluzione del controverso problema volto ad individuare a quale giudice spetti la cognizione del contratto: se cioè compete al giudice ordinario, ovvero a quello amministrativo decidere sulla validità e/o inefficacia del negozio stipulato antecedentemente all'annullamento dell'aggiudicazione della gara”*.

<sup>(245)</sup> Così T.A.R. Campania, Napoli, 29 maggio 2002, n. 3177, cit., in *Foro amm.*, T.A.R., 2002, p. 2580 ss..

*necessità di una duplicazione di giudizi innanzi a giudici diversi*”<sup>(246)</sup>, ritiene l’orientamento citato che la tesi della nullità del contratto realizzerebbe appieno gli intenti legislativi di riforma del processo amministrativo e si coordinerebbe meglio con le disposizioni normative in tema di giurisdizione esclusiva.

E proprio la valorizzazione delle previsioni in tema di giurisdizione esclusiva (e, in specie, di quelle relative alla possibilità di disporre il risarcimento del danno mediante la reintegrazione in forma specifica) ha indotto molti Collegi a ritenere che in quell’ambito si trovasse conferma della configurazione come nullità della patologia del contratto conseguente all’annullamento dell’aggiudicazione<sup>(247)</sup>.

4. – Quanto al secondo dei due filoni nei quali è possibile distinguere la giurisprudenza amministrativa successiva alla

---

<sup>(246)</sup> Così, ancora, T.A.R. Campania, Napoli, 29 maggio 2002, n. 3177, citata nella nota precedente.

<sup>(247)</sup> Cfr., in tal senso, oltre alla più volte citata sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, n. 3177/2002, anche le altre pronunce citate nella nota 240; nello stesso senso V. CERULLI IRELLI, op. cit., p. 1198, ha osservato che l’ipotesi della nullità “*appare sicuramente preferibile rispetto a quella tradizionale e l’unica in asse con l’attuale impostazione dell’ordinamento*”. Per la tesi della nullità sembra propendere anche F. GOISIS, *In tema di conseguenze sul contratto dell’annullamento del provvedimento di aggiudicazione...*, op. cit., specialmente pp. 242-243, il quale confuta l’obiezione secondo cui la tesi della nullità assoluta non sarebbe accettabile in quanto la nullità configura una patologia del contratto consistente in un vizio genetico che lo inficia *ab origine*, mentre nella specie trattasi di una vicenda sopravvenuta all’annullamento giurisdizionale dell’atto conclusivo della procedura di gara, osservando che il contratto è fin dall’origine nullo per violazione di norme imperative, ma che solo “*i meccanismi processuali, propri del nostro sistema di giustizia, e in particolare dei rapporti tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa, probabilmente impediscono ... al giudice di apprezzare tale contrarietà a norme imperative, prima dell’annullamento della aggiudicazione*”.

legge n. 205/2000, esso trova il suo tono dominante nel recupero dell'istituto della “caducazione automatica”, cui si ispirava – come detto – la giurisprudenza del periodo precedente per spiegare il rapporto tra invalidità del procedimento ad evidenza pubblica e contratto, ma senza rendere compiutamente ragione dei motivi di tale opzione ermeneutica.

Questo orientamento ha, invero, conferito alle sintetiche argomentazioni giuridiche della giurisprudenza *ante* legge n. 205/2000 un supporto motivazionale che si è venuto perfezionando in tappe successive, attraverso i richiami effettuati di decisione, in decisione, in una sorta di originale ed interessante “*work in progress*”<sup>(248)</sup>.

Sulla scorta del precedente indirizzo<sup>(249)</sup>, la giurisprudenza ora considerata, evidentemente conscia delle aporie cui condurrebbe, senza i necessari correttivi<sup>(250)</sup>, la tesi della nullità – tesi condivisa, come si è visto, da altra parte della giurisprudenza amministrativa<sup>(251)</sup> – ha preferito optare per l'inquadramento della fattispecie di che trattasi nella figura della “caducazione automatica”<sup>(252)</sup>.

---

<sup>(248)</sup> L'espressione è di L. VALLA, op. cit., p. 195.

<sup>(249)</sup> Del quale sono espressione le pronunce citate nelle note 230-235.

<sup>(250)</sup> Come si vedrà nel § 6 del presente Capitolo, più recentemente, sono emersi nella giurisprudenza amministrativa degli orientamenti volti a superare gli inconvenienti che la tesi della nullità comporta sul piano della certezza dei rapporti giuridici (inconvenienti legati soprattutto all'imprescrittibilità dell'azione di nullità e alla estensione della legittimazione “a chiunque vi abbia interesse”), mediante la restrizione della legittimazione all'azione a coloro che hanno tempestivamente impugnato avanti il giudice amministrativo gli atti del procedimento ad evidenza pubblica, così prospettando un'ipotesi di nullità relativa del contratto.

<sup>(251)</sup> Di tale orientamento della giurisprudenza amministrativa ci si è occupati nel paragrafo precedente.

<sup>(252)</sup> In questo senso appare orientato l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa; cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 25

In buona sostanza, questo orientamento, partendo dalla premessa che l'aggiudicazione (così come gli atti ad essa preordinati) costituisce un presupposto determinante per la conclusione del negozio, giunge a ritenere che il suo venir meno, a seguito di annullamento retroattivo, determini l'inefficacia automatica del negozio a valle, secondo uno schema spesso richiamato dalla giurisprudenza in materia di nessi di presupposizione fra provvedimenti e ritenuto dal Consiglio di Stato adattabile anche a fattispecie negoziali in virtù della sua analogia con i fenomeni tipicamente civilistici, originanti dal collegamento contrattuale<sup>(253)</sup>.

Tale impostazione – essa non sarà più abbandonata dal giudice amministrativo<sup>(254)</sup> – rappresenta il profilo per il quale le decisioni della magistratura amministrativa del periodo in esame si contrappongono più nettamente alle ricostruzioni della

---

maggio 1998, in *Foro amm.*, 1998, p. 1442, Id., Sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244, in *Foro amm.*, 2000, p. 108; Id., Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218, in *Foro amm. C.d.S.*, p. 959; Id., Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, in *Urb. e appalti*, 2003, pp. 8, 918 e 19 novembre 2003, n. 7470, *ivi*, 2004, pp. 2, 182 ss. (su queste due ultime decisioni ci si soffermerà, più avanti, in modo più approfondito). Al riguardo può ricordarsi anche la decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 maggio 2004, n. 3465, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 1149, la quale, in parte diversamente argomentando rispetto alle decisioni sopra citate, pur nella conferma dell'adesione alla tesi della caducazione automatica, precisa che “*i termini della questione debbano essere ricostruiti alla luce della categoria dell'inefficacia successiva, che ricorre allorché il negozio pienamente efficace al momento della sua nascita divenga inefficace per il sopravvenire di una ragione nuova di inefficacia, quest'ultima da intendersi come inidoneità funzionale in cui venga a trovarsi il programma negoziale per l'incidenza ab externo di interessi giuridici di rango potiore incompatibili con l'interesse interno negoziale*”.

<sup>(253)</sup> Analoghe, sul punto, le conclusioni di S. VARONE, *op. cit.*, 1654.

<sup>(254)</sup> Come si è già osservato nella precedente nota 252, l'orientamento che afferma la caducazione “automatica” del contratto risulta tuttora prevalente nell'ambito della giurisprudenza amministrativa.

giurisprudenza civile, esaminate nel Capitolo precedente <sup>(255)</sup>.

Il corrispondente convincimento (cioè la caducazione automatica del contratto *medio tempore* stipulato) non viene, però, sempre affermato in modo diretto ed espresso nelle pronunce del g.a. ma sembra essere inevitabilmente presente – e viene implicitamente ribadito – in ogni decisione che riconosce l’illegittimità dell’aggiudicazione e degli altri atti del procedimento ad evidenza pubblica a questa preordinate <sup>(256)</sup>.

---

<sup>(255)</sup> Non pare, sotto tale aspetto, condivisibile l’opinione di taluni Autori (cfr., ad es., L. VALLA, op. cit., p. 195) secondo cui la tesi della caducazione automatica rappresenterebbe il *trait d’union* fondamentale tra l’impostazione prettamente “giuspubblicistica” e quella più propriamente civilistica, apparendo, al contrario, la tesi della caducazione automatica caratterizzata dalla ricostruzione in chiave integralmente pubblicistica della vicenda.

Non si ignora, peraltro, che la tesi della inefficacia – intesa in un senso più ristretto, per indicare due ordini di ipotesi: in primo luogo quelle in cui l’inidoneità alla produzione degli effetti discende non già da un vizio intrinseco alla struttura della fattispecie negoziale, bensì da un vizio esterno ad essa, consistente o nella sussistenza di un fatto impeditivo (quale, ad esempio, il mancato avverarsi di una condizione sospensiva o l’avverarsi di una condizione risolutiva), ovvero nell’inesistenza di un fatto considerato dalla legge come elemento costitutivo della fattispecie, e quindi nella mancanza di una *condicio iuris*; in secondo luogo, quelle in cui il negozio era inefficace per le parti e non anche (come nei casi di contratto rescisso o risolto) rispetto ai terzi – era emersa in passato in alcune pronunce della Cassazione (tra le quali, ad es., Cass., Sez. Un., 5 febbraio 1982, n. 671, in *Foro It.*, 1982, I, p. 3034 ss.). Tuttavia, tali pronunce sono rimaste espressione di un orientamento isolato, nell’ambito della giurisprudenza civile, e fortemente criticato dalla dottrina civilistica più autorevole, in particolare da F. SANTORO – PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 24 ss.. Già in precedenza avevano criticato tale orientamento anche M. NIGRO, op. cit., p. 1009 ss.; A. BARDUSCO, op. cit., p. 148 ss.; G. GRECO, *I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e privato*, op. cit., p. 81 ss..

<sup>(256)</sup> Cfr., ad es., la decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 10 ottobre 2006, n. 6033, reperibile presso il sito internet [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che, nell’annullare gli atti di gara (nella specie un provvedimento di esclusione e la conseguente aggiudicazione ad altra

In questa prospettiva, riveste un ruolo di primo piano la decisione della VI Sezione del Consiglio di Stato, 5 maggio 2003, n. 2332 <sup>(257)</sup>, in tema di rapporti tra annullamento di una procedura di gara d'appalto e sorte del contratto nelle more stipulato con l'impresa aggiudicataria, peraltro ribadita dalla successiva decisione della VI Sezione, 19 novembre 2003, n. 7470 <sup>(258)</sup>, concernente il tema più specifico dei rapporti tra procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato di una s.p.a. mista e sorte del contratto di società.

In tale occasione, il Consiglio di Stato, dopo aver confutato la tesi tradizionale della annullabilità con argomentazioni analoghe a quelle in precedenza esposte <sup>(259)</sup> e tradizionalmente sostenute dai detrattori di detta tesi – cui si aggiunge, come tra poco si dirà, la valorizzazione dell'art. 14 del D.Lgs. 20 agosto 2002, n. 190 -, mostra di non aderire alla pur analizzata tesi della nullità, il cui richiamo viene giudicato “*ultroneo ed atecnico*”, ipotizzando un effetto caducatorio automatico del contratto a seguito dell'annullamento dell'atto amministrativo presupposto. Tale effetto, nella valutazione del giudice amministrativo di appello, permetterebbe di ben inquadrare quella che risulta essere una vicenda sopravvenuta e consequenziale al necessario annullamento giurisdizionale degli atti della procedura <sup>(260)</sup>.

In tal modo, la valorizzazione dei principi nazionali e

---

impresa di un appalto per la gestione del servizio di pubblica illuminazione), pur non prendendo esplicitamente posizione in merito alla sorte del contratto *medio tempore stipulato*, ha ordinato all'Amministrazione soccombente la rinnovazione degli atti stessi, così dimostrando di ritenere implicitamente caducato il contratto.

<sup>(257)</sup> In *Urb. e app.*, 2003, pp. 8, 918.

<sup>(258)</sup> Consultabile in *Urb. e app.*, 2004, pp. 2, 182.

<sup>(259)</sup> Si veda, al riguardo, quanto esposto nel Capitolo II, § 5.

<sup>(260)</sup> Analogò il punto di vista espresso da S. VARONE, op. cit., p. 1653.

comunitari in tema di tutela della concorrenza e *par condicio* dei contendenti viene realizzata in una prospettiva differente da quella che, in precedenti pronunce <sup>(261)</sup>, aveva portato alla configurazione della nullità “virtuale” del contratto, perché si attribuisce agli stessi atti amministrativi il ruolo di presupposti o condizioni legali del contratto, secondo una visione tipicamente “giuspubblicistica”, che, anche riguardo al regime giuridico, si discosta dalla ricostruzione in precedenza delineata e riconducibile al paradigma di cui all’art. 1418, primo comma, c.c. <sup>(262)</sup>.

Sotto il profilo delle conseguenze applicative si sono, peraltro, già evidenziati i rischi e i paradossi logico/giuridici, ai quali verrebbe esposto in tale ipotesi l’intero sistema di tutela giurisdizionale nei confronti dell’attività della p.A., con pesanti ripercussioni, a tacer d’altro, sul valore della certezza dei rapporti giuridici della p.A., posto a tutela dell’affidamento dei cittadini-utenti <sup>(263)</sup>.

In disparte tali considerazioni, a destare le perplessità dell’orientamento ora considerato nei confronti della tesi della

---

<sup>(261)</sup> Ci si riferisce a pronunce come quelle citate nella nota 240.

<sup>(262)</sup> Dove la giurisprudenza in esame si discosta maggiormente dall’orientamento che sostiene la nullità del contratto è sotto il profilo della legittimazione al rilievo del vizio (inficiante il contratto) e dei termini per l’esercizio della relativa azione: mentre, come si è visto, la tesi della nullità espone il contratto – magari a distanza di molto tempo dalla sua conclusione ed in corso di avanzata esecuzione – al rischio di venire travolto con effetto retroattivo ad iniziativa di chiunque vi abbia interesse, la ricostruzione in favore della caducazione permetterebbe di ritenere giuridicamente intangibile lo stipulato negozio, una volta scaduti i termini di impugnazione dell’atto amministrativo ad esso presupposto. In questo modo, la vicenda attinente alla formazione della volontà negoziale della p.A. non potrebbe più essere posta in discussione e al contempo si circoscriverebbe il novero dei soggetti legittimati a chiedere l’invalidazione del contratto.

<sup>(263)</sup> Si veda, *supra*, Capitolo II, § 6.

nullità virtuale, è soprattutto l'assunto che sembra sotteso alla teoria stessa <sup>(264)</sup>: invero, come si è già osservato nel Capitolo precedente <sup>(265)</sup>, una tale ricostruzione implicherebbe, di fatto, un fenomeno di imperativizzazione “in blocco” di ogni regola e prescrizione procedurale – anche se minuta e di dettaglio, anche se dettata con formulazione propria dalla stessa p.A. nei bandi di gara o nelle lettere di invito – per il solo fatto che essa si inserisca strutturalmente nella serie procedimentale dell'evidenza pubblica e che quest'ultima, a sua volta, partecipi del carattere imperativo dei “*principi del diritto pubblico dell'economia vivente*”, in guisa tale da giustificare sempre la comminatoria della nullità del contratto <sup>(266)</sup>.

Esito, peraltro, non imposto nemmeno dalla normativa comunitaria, come noto diretta a massimizzare la tutela concorrenziale, laddove (direttiva CEE 21 dicembre 1989, n. 665, art. 2, par. 6) <sup>(267)</sup> ammette che, proprio in materia di

---

<sup>(264)</sup> Come si è detto, tuttora condivisa da una cospicua parte della giurisprudenza amministrativa, specie di primo grado.

<sup>(265)</sup> In particolare, nel § 6.

<sup>(266)</sup> Cfr., in questo senso, M. MONTEDURO, op. cit., p. 2604, il quale osserva, peraltro, che l'opinabilità di tale presupposto sarebbe dimostrata proprio dal caso deciso dalla sentenza del T.A.R. Campania n. 3177/2002 – commentata dallo stesso Autore e già più volte citata, nel corso del presente lavoro (da ultimo, in nota 247), quale espressione più significativa della tesi della nullità “virtuale”–, ove l'erronea interpretazione di una clausola della lettera/invito predisposta, con formulazione non inequivoca, dalla stessa p.A. giungerebbe a configurare un'intollerabile lesione inferta, per il tramite della violazione del precetto della lettera/invito, ai massimi principi del diritto pubblico dell'economia, lesione tanto grave da giustificare la radicale sanzione della nullità del contratto: qui l'intensità della “reazione” ordinamentale appare evidentemente non proporzionata alla gravità del vizio del procedimento ad evidenza pubblica in concreto accertato.

<sup>(267)</sup> Tale disposizione, come già ricordato nella nota 197, recita: “*gli effetti dell'esercizio dei poteri (le azioni giurisdizionali) di cui al par. 1 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione dell'appalto sono*

appalti, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso possano essere limitati alla concessione del risarcimento danni (fatta, naturalmente, salva la potestà di annullamento laddove pregiudiziale alla tutela per equivalente), così implicitamente escludendo l'obbligatorietà di una tutela costitutivo-annullatoria del contratto, prevalente rispetto alla mera reintegrazione patrimoniale <sup>(268)</sup>.

Dove la giurisprudenza qui esaminata si discosta maggiormente dall'orientamento che sostiene la nullità del

---

*determinati dal diritto nazionale ...uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione del contratto in seguito all'aggiudicazione, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa dalla violazione*".

<sup>(268)</sup> Può vedersi, in tal senso, S. VARONE, op. cit., 1653 ss.; degne di attenzione appaiono anche le considerazioni svolte in proposito da M. MONTEDURO, op. cit., pp. 2604-5, il quale osserva: "la circostanza che il legislatore comunitario abbia espressamente consentito agli Stati membri di escludere che alla violazione delle norme ad evidenza pubblica debba necessariamente conseguire il travolgimento del contratto, infatti, sembra doversi interpretare piuttosto come un indice del fatto che, per l'ordinamento comunitario, le norme disciplinatrici dell'evidenza pubblica non assurgono a norme imperative "indispensabili" per salvaguardare l'operatività dei principi-base del Trattato: se così fosse, infatti, certamente il legislatore comunitario avrebbe perentoriamente vietato agli Stati membri di "proteggere" i contratti già stipulati, in presenza di procedure di aggiudicazione viziate da illegittimità". Prosegue l'Autore, richiamandosi alla sentenza Alcatel Austria AG del 28 ottobre 1999, nel procedimento C-81/89, in *Dir. Pubbl. Com. e Europeo*, 2000, p. 233 ss.: "La Corte di Giustizia, pronunciandosi sulla disposizione in esame, ha confermato tale interpretazione, accogliendo le conclusioni dell'avvocato generale Jean Mischo, il quale è giunto ad affermare espressamente (par. 41) che "la previsione mira a trarre le conseguenze della necessità di assicurare la sicurezza giuridica proteggendo il contratto, atto che vede in questo modo riconosciuto il suo specifico statuto nel quadro della procedura amministrativa di selezione"; sulla disciplina comunitaria in ordine al rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e contratto *medio tempore* stipulato, si veda, inoltre, quanto osservato nella precedente nota 197.

contratto è, però, sotto il profilo della legittimazione al rilievo del vizio (inficiante il contratto) e dei termini per l'esercizio della relativa azione: mentre, come si è visto, la tesi della nullità espone il contratto – magari a distanza di molto tempo dalla sua conclusione ed in corso di avanzata esecuzione – al rischio di venire travolto con effetto retroattivo ad iniziativa di chiunque vi abbia interesse, la ricostruzione in favore della caducazione permetterebbe di ritenere giuridicamente intangibile lo stipulato negozio, una volta scaduti i termini di impugnazione dell'atto amministrativo ad esso presupposto; ed in questo modo, la vicenda attinente alla formazione della volontà negoziale della p.A. non potrebbe più essere posta in discussione e al contempo si circoscriverebbe il novero dei soggetti legittimati a chiedere l'invalidazione del contratto <sup>(269)</sup>.

Si perviene, così, ad una ricostruzione che – a detta del giudicante – sarebbe idonea a bilanciare la gamma degli interessi in gioco, facendosi leva, da un lato, sulla necessità del pregiudiziale annullamento degli atti di gara, secondo uno schema analogo a quello seguito dall'Adunanza plenaria in tema di risarcimento del danno da attività provvedimentale <sup>(270)</sup>, dall'altro, implicitamente, sulla difficoltà di configurare quella che si sostanzierebbe in una nullità sopravvenuta, giudicata di

---

<sup>(269)</sup> Cfr., in tal senso S. VARONE, op. cit., p. 1654; si tratta, peraltro, di prospettiva già adombrata da M. NIGRO, op. cit., p. 198 ss., con specifico riferimento ai vizi della deliberazione a contrarre.

<sup>(270)</sup> Ci si riferisce, ovviamente, all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 26 marzo 2003, n. 4, in *Foro amm., C.d.S.*, 2003, p. 877 ss., la quale, ribadendo il consolidato indirizzo giurisprudenziale delle Sezioni semplici, ha affermato che la pronuncia di annullamento, tanto nei casi di giurisdizione esclusiva che in quelli di giurisdizione di legittimità, è pregiudiziale rispetto a quella di condanna al risarcimento.

difficile inquadramento sistematico <sup>(271)</sup>.

Su tali conclusioni non pare di doversi soffermare, per il momento, in modo particolare <sup>(272)</sup>. Si può, intanto, osservare che quel che assume particolare rilevanza, nell'orientamento giurisprudenziale appena considerato – del quale, come si è detto, sono espressione più significativa le decisioni della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 2332/2003 e n. 7470/2003 <sup>(273)</sup> - è il modo in cui, nel recuperare la teoria della caducazione automatica del contratto, quest'ultimo superi, contemporaneamente, una delle critiche più insidiose mosse nei suoi confronti.

Alla tesi che sostiene l'impossibilità di applicare il procedimento caducante all'ipotesi di connessione tra atti disomogenei – quali sono l'atto amministrativo e il contratto di diritto privato <sup>(274)</sup> – le decisioni sopra citate contrappongono, infatti, il riferimento al “collegamento negoziale”, la cui controversa elaborazione, nella recente giurisprudenza civile, presenterebbe una incontestabile identità di *ratio* con l'ipotesi della caducazione di atti collegati nel diritto amministrativo.

Su queste basi, le stesse decisioni affermano che anche nel diritto civile, in virtù del nesso inscindibile di connessione che avvince i contratti (e, più in generale, i negozi) collegati in via

---

<sup>(271)</sup> Cfr., sul punto, la decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2332/2003, sopra citata (e consultabile nella sede di lettura indicata nella nota 257).

<sup>(272)</sup> Delle conclusioni raggiunte dall'orientamento che sostiene la tesi della caducazione del contratto ci si occuperà, infatti, in modo approfondito, nel § 7 del presente Capitolo.

<sup>(273)</sup> Consultabili nelle sedi di lettura indicate nelle note 257 e 258.

<sup>(274)</sup> In questo senso M. MONTEDURO, op. cit., p. 2600; e, in termini analoghi, E. STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico*, Milano, 1999, p. 76.

necessaria <sup>(275)</sup>, la perdita di efficacia di uno dei contratti, per effetto di una patologia, ovvero di una causa originaria o sopravvenuta che ne recida gli effetti, non ingenera una ipotesi di invalidità degli altri contratti (collegati a quello i cui effetti sono venuti meno) ma innesca un fenomeno di perdita di efficacia di una fattispecie pattizia che non può sopravvivere orfana delle altre tessere del mosaico negoziale <sup>(276)</sup>; per cui non osterebbe al meccanismo dell'efficacia caducante la circostanza che il rapporto di presupposizione riguardi una fattispecie mista di collegamento tra provvedimento amministrativo e contratto di diritto privato piuttosto che l'ipotesi paradigmatica di correlazione tra atti amministrativi <sup>(277)</sup>.

L'originale parallelismo tra i due istituti conduce, quindi, alla conclusione che *“il meccanismo dell'effetto caducante costituisce espressione di un principio generale che individua l'esistenza di un nesso di connessione inscindibile tra una pluralità di atti*

---

<sup>(275)</sup> Non sembra qui inutile ricordare che, in ambito civilistico, si parla di contratti *“collegati”* per indicare quelle ipotesi di rapporti complessi in cui più contratti distinti risultano uniti in un unico atto, preordinato, nell'intenzione delle parti, alla realizzazione di uno scopo pratico unitario, che tuttavia non tocca la disciplina dei singoli negozi, i quali mantengono l'individualità propria di ciascun tipo originale (ne sono esempi: la locazione di un appartamento accordata, non come elemento di compenso, al prestatore di lavoro o i contratti che si concludono per la fornitura di servizi nella locazione di beni immobili). Questo reciproco collegamento crea una specie di dipendenza, per cui le vicende del rapporto principale si riflettono necessariamente anche sui contratti che nello stesso trovano ragione di vita; cfr., per tutti, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1994, p. 614.

<sup>(276)</sup> Fenomeno scolpito dal brocardo *simul stabunt simul cadent*.

<sup>(277)</sup> Cfr., sul punto, il commento della decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2332/2003, cit., di F. CARINGELLA, *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia?*, op. cit., p. 674.

*iscritti nell'ambito di una vicenda sostanzialmente unitaria*"<sup>(278)</sup>.

Un ulteriore argomento a favore della tesi proposta – al quale si vuole dedicare qui soltanto un breve cenno<sup>(279)</sup> – viene, infine, tratto dall'art. 14, comma 2, del D.Lgs. 20 agosto 2002, n. 190 (ora trasfuso nell'art. 246, comma 4, del nuovo Codice dei contratti pubblici), il quale, con esclusivo riferimento agli appalti di lavori relativi alle infrastrutture di preminente interesse nazionale dispone che l'annullamento della serie procedimentale ad evidenza pubblica non produce effetti di carattere costitutivo sul contratto (stabilendo, nello specifico, che l'annullamento dell'aggiudicazione non determina la “*caducazione*” del contratto), ma può tradursi soltanto nel risarcimento del danno subito da colui che aveva diritto all'aggiudicazione. Tale norma – peraltro, recentemente letta in giurisprudenza<sup>(280)</sup> come adesione normativa alle tesi che riconducono all'accertamento dei vizi della serie dell'evidenza pubblica la nullità del contratto – viene, invece, valutata dalle pronunce in esame come implicita adesione del legislatore alla tesi dell'efficacia caducante, in quanto letta *a contrario*, consacrerebbe la regola del travolgimento del contratto d'appalto in ogni ipotesi estranea al suo ambito applicativo<sup>(281)</sup>.

---

<sup>(278)</sup> Così la già più volte citata decisione della Sesta Sezione del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2332/2003, consultabile nella sede di lettura indicata nella nota 257.

<sup>(279)</sup> Rinviando al successivo § 7 per maggiori approfondimenti.

<sup>(280)</sup> Cfr., in tal senso, ad es., T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, cit., consultabile nella sede di lettura indicata nella nota 240.

<sup>(281)</sup> Cfr., su tale argomento, S. VARONE, op. cit., p. 1652; in tal senso può ricordarsi anche F. CARINGELLA, *Annullamento della procedura ...*, op. cit., p. 674.

5. – Proseguendo la rassegna delle varie posizioni espresse dalla giurisprudenza amministrativa, occorre ora fare riferimento ad un ulteriore orientamento che, movendo dalla configurazione dell'aggiudicazione in termini di condizione legale di efficacia del contratto – non dissimilmente dall'approvazione – perviene, poi, a configurare la caducazione del contratto in termini di inefficacia sopravvenuta relativa, tale, cioè, da poter essere fatta valere solamente da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto presupposto.

Va, subito, evidenziato che questa è l'unica tesi – tra quelle che sono state formulate con riguardo al tema dei rapporti tra annullamento dell'aggiudicazione e contratto – a trovare origine nella dottrina; e, più esattamente, in quella parte autorevole della dottrina <sup>(282)</sup>, che, pur concordando con i fautori della tesi della nullità circa la necessità di apprestare adeguata tutela alle ragioni del ricorrente che abbia ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione, ha, tuttavia, avvertito l'esigenza di “temperare” gli eccessi cui condurrebbe la qualificazione in chiave di radicale nullità della patologia del contratto in conseguenza dei vizi del procedimento amministrativo presupposto, sollevando correttamente il problema della necessità di considerare la posizione del contraente privato della p.A.. In particolare, a giudizio della dottrina citata, occorrerebbe evitare di far ricadere automaticamente gli effetti dell'illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica sul privato che abbia stipulato il contratto con la p.A. “in buona fede” <sup>(283)</sup>.

---

<sup>(282)</sup> Ci si riferisce alla tesi espressa da G. GRECO, nella già citata monografia intitolata *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, p. 132 ss..

<sup>(283)</sup> Si veda, per una puntuale ricostruzione di tale posizione dottrinale, M. MONTEDURO, op. cit., p. 2600.

A questo scopo, la ricostruzione proposta muove dalla ritenuta applicabilità anche agli enti pubblici – quanto meno per analogia – delle disposizioni di cui agli artt. 23, comma 2, e 25, comma 2, c.c., ai sensi delle quali l’annullamento delle deliberazioni assembleari di associazioni e fondazioni “*non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima*”.

Secondo la dottrina ora considerata, tali disposizioni sancirebbero una sorta di automatica trasmissione dell’invalidità degli atti amministrativi presupposti al negozio successivamente stipulato dalla p.A., salvo, appunto, il limite rappresentato dalla “buona fede” del contraente privato, in presenza della quale il contratto non potrebbe essere in alcun modo travolto dall’annullamento degli atti del procedimento ad evidenza pubblica.

La tesi appena illustrata è stata recentemente recepita anche da una significativa parte della giurisprudenza amministrativa <sup>(284)</sup>.

Particolarmente significativa, in questo senso, è la decisione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, n. 6666/2003 <sup>(285)</sup>, con la quale il massimo giudice amministrativo, recuperando la

---

<sup>(284)</sup> Cfr., in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Urb. e app.*, 2004, pp. 2, 187; Id., Sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196, in *Guida al dir.*, 2005, n. 41, p. 109; Id., Sez. V, 29 novembre 2005, n. 6759, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., Sez. V, 29 marzo 2006, n. 1591, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., Sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490, in *Guida al dir.*, 2008, n. 13, p. 101 ss.; T.R.G.A., Sez. Bolzano, 8 gennaio 2007, n. 5, in *www.lexitalia.it*; T.A.R. Veneto, Sez. I, 14 maggio 2007, n. 1461, con commento di T. RUIU, *Ancora sulla sorte del contratto di appalto per effetto dell’annullamento dell’aggiudicazione: la tesi dell’inefficacia sopravvenuta, i risvolti sulla giurisdizione, la tutela riparatoria*, in *Riv. Trim. App.*, 2008, p. 237 ss..

<sup>(285)</sup> Consultabile nella sede di lettura indicata nella nota precedente.

tesi formulata da GRECO<sup>(286)</sup>, ha, appunto, precisato e “temperato” il principio dell’efficacia caducante dell’annullamento dell’aggiudicazione sul contratto conseguente, facendo riferimento alla salvezza dei diritti dei terzi in buona fede in applicazione analogica degli artt. 23, comma 2, e 25, comma 2, c.c., applicabili alla pubblica Amministrazione in quanto persona giuridica *ex art.* 11 dello stesso codice civile.

In questa prospettiva, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha affermato che, ad eccezione dell’ipotesi di annullamento dell’approvazione, unico caso che determina l’inefficacia assoluta rilevabile da chiunque, l’inefficacia del contratto a seguito dell’annullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica può essere fatta valere esclusivamente dal ricorrente che abbia ottenuto l’annullamento dell’aggiudicazione.

Secondo questa linea interpretativa, il contratto, pertanto, anche a seguito dell’annullamento in sede giurisdizionale, degli atti del procedimento ad evidenza pubblica, rimane vincolante *inter partes* salva l’iniziativa del ricorrente.

Dopo aver enunciato tale principio, esigenze di carattere sistematico hanno condotto il giudice amministrativo a delineare nei termini seguenti le posizioni della p.A. e dei terzi nella vicenda: per quanto riguarda la p.A., si afferma nella medesima decisione qui in esame (la n. 6666/2003) che essa potrà determinare l’inefficacia del contratto attraverso il procedimento di annullamento in sede di autotutela, applicando i principi garantistici in materia.

In pratica – così si argomenta nella pronuncia in esame – nonostante la pronuncia di annullamento dell’aggiudicazione non incida sul vincolo contrattuale intercorrente tra

---

<sup>(286)</sup> Nell’opera citata nella nota 282.

l'Amministrazione e il primo aggiudicatario contraente, comunque l'accertata illegittimità della procedura amministrativa in sede giurisdizionale può indurre l'Amministrazione, previa valutazione degli interessi pubblici in gioco, ad attivare il procedimento di autotutela in esito al quale essa, al pari del ricorrente vittorioso, potrebbe far valere l'inefficacia del contratto nei confronti dell'originario aggiudicatario e procedere al nuovo riassetto degli interessi, a seconda delle circostanze o riattivando la procedura *ab initio* o partendo dalla fase della procedura di gara non incisa dall'annullamento giurisdizionale<sup>(287)</sup>.

Nei confronti dei "terzi", verrà, invece, applicata la normativa dettata dal codice civile a proposito delle associazioni e fondazioni, in virtù della quale l'annullamento della deliberazione formativa della volontà contrattuale dell'ente "*non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima*" (artt. 23 e 25 c.c.).

6. – Nel corso dei paragrafi precedenti, si è cercato di dar conto dell'evoluzione della giurisprudenza amministrativa in merito alla problematica, che qui ci occupa, degli effetti dell'annullamento degli atti ad evidenza pubblica sul contratto *medio tempore* stipulato.

---

<sup>(287)</sup> A questo proposito, sottolinea F. CARINGELLA, *Annulamento della procedura di evidenza a monte ...*, op. cit., p. 674, "*si pone l'ulteriore problema se l'inefficacia relativa del contratto a seguito della procedura di autotutela da parte della p.A. degli atti presupposti della procedura ad evidenza pubblica, abbia una valenza generale o debba essere limitata all'ipotesi di autotutela conseguente all'annullamento giurisdizionale degli atti dell'evidenza pubblica da parte della p.A.*".

Si è così sottolineato che sino alla fine degli anni Novanta la giurisprudenza amministrativa si limitava a registrare in modo abbastanza passivo gli orientamenti dominanti, senza dedicare all'argomento delle riflessioni particolarmente approfondite in linea giuridica; e che, invece, a partire dal 2000, cioè in coincidenza con l'avvio di quello che si è indicato come il secondo periodo giurisprudenziale – sostanzialmente in coincidenza con l'entrata in vigore della riforma del processo amministrativo ad opera della legge n. 205/2000 -, c'è stato un approfondimento della tematica, che ha condotto all'elaborazione di nuove, più originali concezioni (quali, ad esempio, quella della “*inefficacia sopravvenuta relativa*”, da ultimo esaminata) <sup>(288)</sup>.

---

<sup>(288)</sup> Va, in ogni caso, segnalato, per completezza espositiva, che altri orientamenti dottrinali e giurisprudenziali non hanno mancato di proporre soluzioni “eclettiche” o “miste”, finalizzate ad individuare utili punti di mediazione tra le tesi precedentemente esposte, nel tentativo di fornire una sistemazione equilibrata al complesso quadro dei diversi interessi in gioco.

Così un'autorevole dottrina (G. PERICU, in *Diritto amministrativo*, cit., p. 1628) ritiene necessario distinguere, avendo riguardo alla concreta situazione fattuale, tra l'ipotesi in cui il contratto abbia già avuto un principio di esecuzione, nel qual caso sarebbe da privilegiarsi la soluzione dell'annullabilità relativa del medesimo, e l'ipotesi opposta, in presenza della quale si giustificerebbe l'operatività del regime della nullità assoluta.

Un'altra tesi “intermedia” di rilevante interesse si ritrova in un orientamento della giurisprudenza amministrativa che, pur collocandosi nell'orizzonte teorico dell'annullabilità relativa del contratto ex art. 1441 c.c., estende la legittimazione all'azione di annullamento anche all'“aspirante contraente” vittorioso nel giudizio amministrativo di impugnazione dell'aggiudicazione, desumendo tale argomentazione dalla possibilità dell'aggiudicatario medesimo di richiedere il risarcimento del danno ingiusto anche attraverso la “reintegrazione in forma specifica”, ai sensi dell'art. 35 del D.Lgs. n. 80/1998 (si veda, in questo senso, a titolo esemplificativo, T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 28 febbraio 2001, n. 746, in *T.A.R.*, 2001, I, p. 1451, ove si afferma che “*diversamente opinando, in assenza di un'azione proposta dall'Amministrazione pubblica, il soggetto privato concorrente ad una pubblica gara d'appalto che deduce in giudizio un interesse finale all'aggiudicazione della gara o un interesse strumentale*”).

Resta, perciò, ora, da considerare la posizione della giurisprudenza più recente, cioè quella che ha rimesso la questione della sorte del contratto di appalto stipulato sulla base di un'aggiudicazione annullata – e le problematiche, anche di ordine processuale, a quest'ultima connesse – all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Ci si riferisce, in particolare, all'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3355 <sup>(289)</sup>, all'ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa, Sez. Giurisdizionale, 8 marzo 2005, n. 104 <sup>(290)</sup> ed, infine, all'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, 28 marzo 2008, n. 1328 <sup>(291)</sup>, sulle quali sembra ora necessario soffermarsi, in modo più approfondito di quanto si è fatto finora.

Per comodità di esposizione, verrà qui presa in considerazione solo l'ultima delle tre ordinanze sopra citate (la n. 1328/2008 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato), e ciò sia perché le conclusioni cui pervengono le tre ordinanze – quanto ai profili specificatamente attinenti la problematica in esame – sono analoghe, sia in quanto l'ultima ordinanza ha determinato per così dire il superamento delle prime due, sulle quali l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato non si era potuta pronunciare – lo

---

*alla ripetizione della stessa rimarrebbe inevitabilmente privo di tutela specifica, potendo eventualmente domandare soltanto il risarcimento dei danni per equivalente. In tal caso, la norma di cui all'art. 35 del D.lgs. n. 80 del 98 ... che attribuisce al g.a. il potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, potrebbe operare soltanto parzialmente, restando tale previsione confinata nell'angusto spazio costituito dalle fattispecie in cui all'aggiudicazione non sia ancora seguita la stipulazione del contratto”).*

<sup>(289)</sup> Consultabile in *Contratti Stato Enti Pubblici*, 2004, p. 595 ss..

<sup>(290)</sup> Consultabile in *Giur. It.*, 2005, p. 1729 ss..

<sup>(291)</sup> Reperibile presso il sito internet [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

si è già anticipato all'inizio del presente lavoro <sup>(292)</sup> – stante, in un caso, l'intervenuta rinuncia al ricorso, nell'altro caso, la riforma della pronuncia di primo grado di annullamento dell'aggiudicazione.

Venendo, quindi, all'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, 28 marzo 2008, n. 1328, cit., va subito evidenziato che essa, richiamandosi integralmente alla motivazione sviluppata dalla precedente ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 3355/2004, ricostruisce, nei loro termini essenziali, i principali orientamenti della giurisprudenza (ordinaria ed amministrativa) sulla *vexata quaestio* dell'individuazione degli effetti dell'annullamento giurisdizionale della delibera di aggiudicazione dell'appalto sul contratto *medio tempore* stipulato tra l'Amministrazione e l'impresa che risulti illegittimamente selezionata, dando, inoltre, conto delle critiche indirizzate a ciascuna delle posizioni riferite nonché dell'intreccio di problematiche a queste ultime inevitabilmente collegate.

Ripercorrendo, con preciso ordine logico, le varie tesi prospettate dalla giurisprudenza ordinaria ed amministrativa e i limiti delle stesse, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato pone efficacemente in rilievo che l'inefficacia del contratto non è una categoria dogmatica ma fattuale, nel senso che indica, in generale, la non produttività degli effetti di un negozio giuridico in talune ipotesi tipicamente previste (nullità, annullamento o simulazione del negozio giuridico; risoluzione o rescissione del contratto; verificarsi della condizione risolutiva o mancato verificarsi di quella sospensiva; scadenza del termine) e non anche la causa dell'originaria o sopravvenuta inidoneità del negozio a produrre i suoi effetti.

---

<sup>(292)</sup> Nella nota 1.

Muovendo da tale presupposto e dalla necessità di individuare la categoria civilistica idonea a qualificare la fattispecie in termini di inefficacia, il citato Collegio, dopo una attenta ricostruzione della natura giuridica dell'aggiudicazione, opta per l'inquadramento della fattispecie in questione in termini di nullità per mancanza dell'accordo ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418, comma 2, e 1325, comma 1, n. 1, c.c., in conformità al succitato orientamento della Corte di cassazione <sup>(293)</sup>.

In particolare, quanto al problema della natura dell'atto di aggiudicazione, l'ordinanza, come si è già ricordato in precedenza <sup>(294)</sup>, aderisce all'indirizzo interpretativo tradizionale che configura l'aggiudicazione come atto avente *“una duplice natura, amministrativa e negoziale, nel senso che si pone, al contempo, come provvedimento conclusivo della procedura di selezione del contraente privato e di atto giuridico con il quale l'amministrazione formalizza la propria volontà di contrarre con l'impresa scelta ed alle condizioni dalla stessa offerte”* <sup>(295)</sup>.

Ad opinione del Giudice rimettente *“la diversità della valenza sostanziale ascrivibile a ciascuna delle nature riscontrate non impedisce, tuttavia, di riconoscere un legame indissolubile tra gli effetti relativamente prodotti, sicché la regola simul stabunt simul cadent va applicata, prima che al rapporto tra aggiudicazione e contratto, agli effetti pubblicistici e privatistici rintracciabili nel medesimo atto di aggiudicazione”*. *“A tale impostazione – prosegue l'ordinanza di rimessione – consegue, inoltre, che l'accordo contrattuale si forma al momento dell'adozione dell'aggiudicazione e che l'eventuale stipula,*

---

<sup>(293)</sup> Del quale sono espressione le pronunce citate nella nota 158.

<sup>(294)</sup> Cfr. il Capitolo I, § 7.

<sup>(295)</sup> Così l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1328/2008.

*separata e successiva, del contratto acquista valenza meramente riproduttiva del consenso già manifestato dalle parti e cristallizzato, in tutti i suoi elementi, nell'atto conclusivo della procedura ad evidenza pubblica”* <sup>(296)</sup>.

Siffatta qualificazione appare come il logico corollario di una classificazione delle varie fasi della procedura ad evidenza pubblica secondo gli schemi civilistici di formazione del consenso contrattuale e si fonda “*oltre che sul rilievo della concentrazione in quel provvedimento di tutti gli elementi dell'accordo (...) anche sul dato positivo offerto dall'art. 16, comma 4, del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440 (...) che laddove sancisce l'equivalenza dell'aggiudicazione “per ogni effetto legale” al contratto, indica chiaramente la valenza negoziale della prima e la sua idoneità a costituire, da sola, il vincolo contrattuale con l'appaltatore selezionato (...)*” <sup>(297)</sup>.

In esito a tale inquadramento dogmatico dell'aggiudicazione, il Giudice rimettente descrive, quindi, in termini di nullità le conseguenze dell'annullamento dell'atto di aggiudicazione sul contratto *medio tempore* stipulato affermando che per l'intimo nesso che lega gli effetti pubblicistici e negoziali dell'aggiudicazione, l'annullamento giurisdizionale di quest'ultima – che opera, notoriamente, *ex tunc* – ne elimina gli effetti fin dal momento della sua adozione con la conseguenza che il contratto viene privato dell'elemento essenziale

---

<sup>(296)</sup> Cfr., ancora, la citata ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1328/2008.

<sup>(297)</sup> Come si è già ricordato nell'esaminare il problema della natura dell'aggiudicazione (nel Capitolo I), l'art. 16 della legge di contabilità dello Stato costituisce il principale fondamento normativo della tesi tradizionale che afferma la natura (anche) contrattuale dell'aggiudicazione.

dell'accordo <sup>(298)</sup>).

Nel superare, poi, le obiezioni formulate alla tesi della nullità, il Consiglio di Stato afferma che, in realtà, l'annullamento dell'aggiudicazione non opera sul rapporto e, quindi, sulla fase esecutiva e funzionale dello stesso, bensì incide sulla stessa validità del negozio giuridico nel suo momento genetico; ciò che risulterebbe confermato, peraltro, dall'efficacia retroattiva dell'annullamento che va correttamente riferito alla conclusione del negozio.

In ordine, poi, alla critica che individua nelle caratteristiche tipiche dell'azione di nullità (legittimazione estesa a tutti i soggetti che vi abbiano interesse, imprescrittibilità, rilevabilità d'ufficio del vizio, natura dichiarativa della relativa pronuncia) una ragione preclusiva all'accoglimento di detta tesi, si precisa che tali caratteristiche vanno coordinate con le regole che presidiano il giudizio amministrativo e che, pertanto, la legittimazione a far valere la nullità spetta alle *“sole parti che hanno impugnato l'aggiudicazione, quali unici soggetti che hanno manifestato, in concreto, interesse, invocando la rimozione dell'atto invalidante, alla declaratoria della relativa*

---

<sup>(298)</sup> Afferma, in proposito, il Consiglio di Stato: *“Per il rilevato vincolo logico ed ontologico che lega inscindibilmente la valenza pubblicistica e quella privatistica ascrivibili all'aggiudicazione, l'annullamento giurisdizionale di quest'ultima, che opera, com'è noto, ex tunc, ne elimina gli effetti fin dalla sua adozione, non solo con riferimento al suo contenuto propriamente provvedimentoale, ma anche con riguardo a quello tipicamente negoziale.*

*Ne consegue, ancora, che la demolizione dell'atto con cui l'amministrazione ha espresso la sua volontà negoziale, priva il relativo negozio giuridico dell'elemento essenziale costituito dall'accordo, che deve, quindi, ritenersi insussistente, per effetto dell'elisione dell'atto generativo del consenso di una delle parti”.*

*invalidità* <sup>(299)</sup>).

In questo modo, il Giudice rimettente, evidentemente conscio dell'impossibilità di effettuare una automatica “*traslazione*” degli istituti propri del diritto civile nel sistema di diritto amministrativo, si preoccupa di dare una soluzione interpretativa coerente con lo statuto proprio dell'Amministrazione ed in armonia con le regole che sovrintendono il giudizio impugnatorio.

L'accoglimento della qualificazione anche negoziale dell'aggiudicazione non esime, tuttavia, il giudice rimettente dal prospettare la diversa ipotesi in cui l'aggiudicazione assuma solo valore provvedimentale.

In tale evenienza, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato – facendo proprie le conclusioni raggiunte da altro orientamento giurisprudenziale, più sopra esaminato <sup>(300)</sup> – propone una ricostruzione dell'aggiudicazione in termini di condizione di diritto del contratto di appalto, con la conseguenza che il suo venir meno determinerebbe l'inefficacia sopravvenuta del contratto.

7. – Conclusa così l'esposizione dell'evoluzione avvenuta nella giurisprudenza amministrativa in materia di effetti dell'invalidità degli atti di gara sul contratto – le considerazioni contenute nel presente Capitolo ne forniscono un quadro sintetico ma, si confida, non incompleto -, sembra di poter ora iniziare una

---

<sup>(299)</sup> Così la più volte citata ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1328/2008, consultabile nella sede di lettura indicata nella nota 291.

<sup>(300)</sup> Si fa qui riferimento a quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa – sul quale ci si è soffermati nel paragrafo precedente – che descrive gli effetti dell'annullamento dell'esito della gara sul contratto *medio tempore* stipulato in termini di inefficacia sopravvenuta relativa.

valutazione delle opzioni giurisprudenziali prima rappresentate.

Per quanto attiene alla tesi della nullità per vizio radicale del consenso – sostenuta, come si è visto, dalla prevalente giurisprudenza amministrativa di primo grado nonché da alcune significative pronunce del giudice di appello <sup>(301)</sup>-, si sono già ampiamente illustrati i limiti che essa presenta sia sul piano sostanziale, sia sotto il profilo della tutela giurisdizionale; limiti sui quali non pare, dunque, di doversi soffermare ulteriormente in questa sede <sup>(302)</sup>.

Quanto alla tesi della caducazione e/o inefficacia automatica, si è visto che prima del 2000 – e della più recente giurisprudenza che si è sforzata di fornire un supporto argomentativo adeguato a tale soluzione – il travolgimento del contratto è stato dato spesso

---

<sup>(301)</sup> Tra cui la stessa ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1328/2008, che ha rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria il problema della sorte del contratto *medio tempore* stipulato, esaminata nel paragrafo precedente.

<sup>(302)</sup> Le principali argomentazioni critiche nei confronti di tale teoria – sulle quali ci si è già soffermati nell'esaminare la tesi della nullità del contratto affermata in ambito civilistico (cfr. il Capitolo II, § 6) – sono riassumibili nei seguenti termini:

- mentre la nullità civilistica configura una patologia propria del contratto consistente in un vizio genetico che lo inficia *ab origine*, nell'ipotesi in esame si tratterebbe di una vicenda sopravvenuta all'annullamento giurisdizionale degli atti della procedura ad evidenza pubblica;
- più in generale, l'applicazione alla fattispecie delle norme che disciplinano la nullità implicherebbe l'ammissibilità della proposizione della relativa azione in ogni tempo – stante l'imprescrittibilità della medesima – da parte di chiunque vi abbia interesse e anche la rilevabilità *ex officio*, a prescindere da una previa e rituale impugnazione da parte dei soggetti legittimati a ricorrere, dell'atto amministrativo viziato, nell'ordinario termine di decadenza proprio del giudizio amministrativo. Peraltro, come si è visto, quest'ultima critica viene superata – nell'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1328/2008, che ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione della sorte del contratto *medio tempore* stipulato – prospettando una restrizione della legittimazione all'azione di nullità alle “*sole parti che hanno impugnato l'aggiudicazione*” in sede di giudizio amministrativo.

quasi per scontato, senza particolare motivazione, come un effetto naturale dell'annullamento dell'aggiudicazione (e degli atti a questa presupposti), quasi come se il contratto potesse essere trattato alla stregua di un qualunque atto amministrativo pregiudicato dalla caducazione dell'atto presupposto <sup>(303)</sup>.

E si è altresì messo in evidenza come la giurisprudenza della VI Sezione del Consiglio di Stato – in specie con la decisione 5 maggio 2003, n. 2332 <sup>(304)</sup> – abbia approfondito tale profilo, saldandolo con la tesi dottrinale <sup>(305)</sup> dell'inefficacia del contratto per carenza del presupposto legale costituito dal legittimo procedimento concorsuale, apportando rilevanti argomenti nel senso della riconducibilità dell'effetto caducatorio a un principio generale, proprio anche dei rapporti tra negozi giuridici privati iscritti in operazioni contrattuali più ampie (*simul stabunt simul cadent*); effetto che – ad avviso di tale orientamento – non troverebbe ostacolo nella eterogeneità degli atti coinvolti <sup>(306)</sup>.

Tuttavia, nonostante gli sforzi di esegesi giuridica in tal senso compiuti dal giudice amministrativo, la tesi della caducazione automatica <sup>(307)</sup> rimane molto problematica e poco persuasiva.

---

<sup>(303)</sup> Si veda, in proposito, quanto osservato nel § 4 del presente Capitolo.

<sup>(304)</sup> Consultabile nella sede di lettura indicata nella precedente nota 257.

<sup>(305)</sup> Ci si riferisce alla teoria formulata da M. LIPARI, nello scritto *Il processo in materia di infrastrutture e di insediamenti produttivi strategici*, in *Diritto e Formazione*, 2002, 11, 1519 ss., ove la “mancanza legale del procedimento” viene equiparata, dal punto di vista degli effetti sul contratto, al difetto dell'approvazione successiva.

<sup>(306)</sup> Analogo il punto di vista espresso da P. CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, op. cit., p. 21.

<sup>(307)</sup> Possono ricordarsi, tra i contributi più specifici sull'istituto della caducazione automatica, senza pretesa di completezza, P. VIRGA, *Caducazione dell'atto amministrativo per effetto travolgente dell'annullamento giurisdizionale*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, p. 687 ss.; A.M. CORSO, *Atto amministrativo presupposto e*

A questo proposito, e su un piano più generale, va innanzitutto osservato che la figura della caducazione automatica si fonda su basi incerte – di origine esclusivamente pretoria – che sono state a fondo riesplorate e criticate dalla dottrina <sup>(308)</sup>, la quale ne ha

---

*ricorso giurisdizionale*, Padova, 1990, p. 107 ss.; G. ACQUAFRESCA, *Invalidità caducante ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, p. 139 ss.; S. GATTAMELATA, *Effetti dell'annullamento sugli atti consequenziali*, *ivi*, 1991, p. 308 ss.; L. GAROFALO, *Impugnazione dell'atto presupposto e onere di impugnazione dell'atto consequenziale*, *ivi*, 2000, p. 344 ss.; L. MARUOTTI, *Il giudicato*, in *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo speciale*, vol. IV, Milano, 2000, p. 3363 ss.. Per un inquadramento sistematico dell'istituto, sotto profili ed angoli visuali diversi, si vedano: E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1954, p. 285 ss.; E. CANNADA BARTOLI, voce *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. Dir.*, II, 1958, p. 496 ss.; F. LUBRANO, *L'atto amministrativo presupposto*, Milano, 1967; P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970; A.M. SANDULLI, *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario dell'istituzione del Consiglio di Stato*, tenuto a Torino nel 1981, Milano, 1983, in particolare p. 306 ss.; ID., *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1982, in particolare p. 21 ss.; G. PAGLIARI, *Contributo allo studio della c.d. invalidità successiva dei provvedimenti amministrativi*, Padova, 1991; P. M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990, p. 319 ss.; F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1993, p. 460 ss.; V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, 1994, p. 832 ss.. Per un'analisi favorevole all'applicabilità dell'istituto della caducazione nell'ambito di uno studio sull'invalidità "parziale" dei provvedimenti amministrativi, cfr. S. CAPOZZI, *L'invalidità parziale dell'atto amministrativo*, Napoli, 1987, p. 44 ss., il quale opera un parallelismo tra il fenomeno del "collegamento negoziale" proprio del diritto civile ed il nesso di presupposizione tra atti amministrativi posto a base dell'istituto della caducazione.

<sup>(308)</sup> Deve essere, in particolare, segnalata, per la sua autorevolezza, la posizione espressa da A.M. SANDULLI, in *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, op. cit., p. 21 ss. (peraltro, ripresa da S. GATTAMELATA, in *Effetti dell'annullamento*, op. cit., p. 327 ss.), a giudizio del quale l'operatività del fenomeno della caducazione automatica dovrebbe essere esclusa, senza che, tuttavia, ciò comporti l'onere per il ricorrente di impugnare autonomamente, dopo l'atto presupposto, anche

---

l'atto consequenziale. La “*quadratura del cerchio*” viene, infatti, rinvenuta dall'Autore nella “*doverosità*” dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio da parte della p.A.; e, più precisamente, a seguito della sentenza di annullamento dell'atto presupposto, configurandosi un'invalidità derivata del provvedimento consequenziale, sorgerebbe l'obbligo per l'Amministrazione di rimuovere d'ufficio quest'ultimo, dando attuazione al *decisum* giurisdizionale. In questo modo, le ragioni di entrambe le parti in conflitto troverebbero tutela, poiché, in caso di inerzia della p.A., l'obbligo dell'autoannullamento sarebbe suscettibile di essere portato ad esecuzione dall'originario ricorrente nelle forme del giudizio di ottemperanza; e, d'altro canto, il destinatario dell'atto consequenziale potrebbe impugnare gli atti di annullamento d'ufficio, instaurando un nuovo giudizio nel quale avrebbe la possibilità di difendersi.

Va, inoltre, ricordata l'opinione di E. STICCHI DAMIANI, nello scritto intitolato *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, p. 633 ss., secondo cui un ridimensionamento o, comunque, una “*rivisitazione*”, in chiave restrittiva, delle ipotesi di caducazione automatica si imporrebbe sia alla luce della sentenza della Corte costituzionale, 17 maggio 1995, n. 177, in *Foro amm.*, 1995, p. 1815, con la quale è stato introdotto, tra i mezzi di impugnazione delle sentenze amministrative, l'opposizione di terzo ordinaria *ex art. 404 c.p.c.*, sia in conseguenza dell'introduzione, ad opera della legge n. 205/2000, della possibilità di impugnare tutti gli atti consequenziali e successivi a quello originariamente gravato attraverso la proposizione di motivi aggiunti nello stesso giudizio. Lo stesso Autore critica, peraltro, la tesi di SANDULLI, sopra esposta, affermando (a p. 644, in nota 12), di non ritenerla convincente soprattutto sul piano della garanzia effettiva del principio del contraddittorio. Secondo STICCHI DAMIANI, invero, “*al terzo destinatario del provvedimento consequenziale ... verrebbe riservata una tutela evidentemente deteriore ove quest'ultimo fosse costretto a difendersi solo in un giudizio successivo a quello sull'atto presupposto, ormai conclusosi con sentenza definitiva, ossia nel giudizio attivato sul provvedimento di annullamento d'ufficio “doveroso” adottato dalla p.A.; senza considerare, poi, la situazione ancora meno soddisfacente per il terzo nel caso di inerzia della p.A., dovendosi svolgere il contenzioso sulla rimozione dell'atto consequenziale nelle forme – certamente non idonee a garantire appieno l'effettività del principio del contraddittorio – nel giudizio di ottemperanza*”. Analoghe, sotto tale profilo, le posizioni di D. CORLETTI, voce *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIV, 1999, p. 570 ss. e di L. MARUOTTI, *op. cit.*, p. 3376 ss., il quale osserva che la tesi di SANDULLI non può essere condivisa “*perchè farebbe sorgere ulteriori questioni, anche*

posto in evidenza la non univocità e variabilità dei risultati e il tendenziale contrasto di essa con i principi dell'inoppugnabilità degli atti amministrativi, del contraddittorio e della tipicità delle vicende estintive dell'atto amministrativo <sup>(309)</sup>.

---

*processuali, in relazione all'impugnazione proposta dal beneficiario del provvedimento finale, annullato dall'Amministrazione in esecuzione di un giudicato che gli è in opponibile"; peraltro, più radicalmente, lo stesso Autore ribadisce che "non possono essere posti in contestazione gli effetti del provvedimento autoritativo finale o conclusivo di un ulteriore procedimento, non impugnato ritualmente" giacchè "esso si consolida e diventa inoppugnabile, nel senso che la posizione giuridica del suo beneficiario diventa inattaccabile".*

<sup>(309)</sup> Cfr., sulle critiche mosse dalla dottrina alla figura della caducazione automatica, P. CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, op. cit., p. 21 ss.. Tale posizione critica della dottrina è stata fatta propria da un significativo orientamento giurisprudenziale che ha operato un notevole "ridimensionamento" dell'ambito di operatività dell'istituto in parola. Questo orientamento trova forse la sua più compiuta espressione nelle decisioni del Consiglio di Stato, Sez. V, 30 marzo 1994, n. 212 e 7 maggio 1994, n. 447 (consultabili in *Cons. Stato*, 1994, I, p. 393 ss. e 762 ss.), ove si è affermato che "l'art. 24 della Costituzione non consente che una pronuncia giurisdizionale (anche del giudice amministrativo) possa arrecare pregiudizio a colui che non ha potuto difendersi nel corso del processo ...pertanto ... il principio della portata caducante della sentenza di annullamento non è invocabile quando l'atto consequenziale abbia conferito ad un bene un'utilità o uno status ad un soggetto che non è qualificabile come parte necessaria nel giudizio che ha per oggetto l'atto presupposto ... la caducazione degli effetti della nomina o dell'aggiudicazione si ha dunque quando il giudice amministrativo annulla la graduatoria finale del concorso anche perché i soggetti utilmente inseriti nella graduatoria, in quanto controinteressati, possono operare le loro difese nel corso del giudizio proposto avverso la graduatoria, e non anche quando l'impugnativa concerne esclusivamente il bando di concorso ... l'annullamento del bando di concorso o di una gara non ha alcuna portata caducante della successiva graduatoria e degli atti di nomina dei vincitori, che non possono essere pregiudicati dall'esito di un giudizio nel quale essi non sono stati parti ... l'annullamento del bando, stante la portata retroattiva della sentenza del giudice amministrativo, comporta il venir meno di un presupposto che ha dato luogo all'approvazione della graduatoria ed alla nomina ovvero all'aggiudicazione, e dunque consente

---

*che l'Amministrazione possa (e non debba) esercitare i propri poteri di autotutela nei confronti degli atti (non caducati) che sono considerabili privi del necessario presupposto ... tale ricostruzione consente che i vincitori del concorso, non intimati nel giudizio avente per oggetto il bando e nei cui confronti non ha alcun rilievo il giudicato di annullamento, possano esercitare pienamente le proprie difese nei confronti degli eventuali atti di rimozione della graduatoria e delle nomine”.*

Si tratta di un'opinione che si schiera in senso decisamente critico rispetto all'idea dell'operatività “normale” dell'istituto della caducazione automatica, escludendone, tuttavia, l'invocabilità non in assoluto, bensì solo a due condizioni:

- a) la natura “favorevole” del provvedimento consequenziale;
- b) la non configurabilità del soggetto destinatario dell'atto consequenziale come “parte necessaria nel giudizio che ha per oggetto l'atto presupposto”.

Occorre, peraltro, osservare che nonostante la posizione critica della dottrina e della giurisprudenza maggioritarie, la tesi della caducazione automatica è stata, soltanto pochi anni fa, sostenuta in dottrina da S. FANTINI, op. cit., p. 751 ss., in termini di “*illegittimità derivata ad effetto caducante*”. Quest'ultimo Autore ha, in particolare, confutato la principale critica mossa a tale teoria – basata sul rilievo che l'effetto “caducante” troverebbe ostacolo nella eterogeneità degli atti coinvolti – osservando che ai fini dell'operatività del meccanismo dell'illegittimità derivata sarebbe rilevante non solo il legame procedimentale (*rectius*: endoprocedimentale), ma anche il collegamento (esterno) tra atti di tipo logico-giuridico, ravvisabile allorchè sussista un legame di “*preordinazione funzionale*”. Lo stesso Autore ha, inoltre, sottolineato come in dottrina siano state “*acutamente evidenziate peculiari ipotesi di presupposizione nel rapporto tra accordo (ex art. 11 della legge generale sul procedimento amministrativo) e provvedimento, e dunque tra atti con diversa natura giuridica, nel caso, in particolare, di adozione di provvedimento negativo di controllo incidente sull'accordo sostitutivo, od, ancora, nell'ipotesi di accordo endoprocedimentale che subisce l'effetto demolitorio determinato dall'annullamento del provvedimento finale, nel quale lo stesso è confluito*”, aggiungendo che “*egualmente, si ammette l'operatività dell'illegittimità derivata tra atto normativo (regolamenti e statuti) e provvedimento amministrativo, pur con le specificità imposte dal fatto che il nesso di derivazione promana in tal caso da una fonte normativa, dotata dei requisiti della generalità e dell'astrattezza*”.

Tuttavia, come rilevato anche da P. CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, op. cit., p. 21, la prospettazione offerta da tale ultimo approfondimento, pur assai pregevole sotto diversi profili,

L'incertezza della figura giurisprudenziale dell'effetto "caducante", già riconosciuta nell'ambito del rapporto tra atti amministrativi (atto presupposto ed atto applicativo), diviene ancor più evidente allorché si voglia trapiantare tale istituto nell'area del diritto privato, in termini di caducazione del contratto quale effetto dell'invalidità dell'aggiudicazione, con "trasmigrazione dal mondo del diritto amministrativo a quello del diritto privato" <sup>(310)</sup>.

E' noto che, allorquando si prospetta una ricostruzione in termini di inefficacia successiva del contratto, si intende avere riferimento alla inefficacia in senso stretto e non già all'inefficacia in senso lato, quale conseguenza dell'operare dell'invalidità del negozio; si ha a che fare, per l'esattezza, con un'ipotesi di inefficacia sopravvenuta di un contratto valido <sup>(311)</sup>.

Né va dimenticato che l'inefficacia in senso stretto attiene essenzialmente a ipotesi di non finitezza della fattispecie e di sua incertezza in relazione a fatti (relativi ai soggetti, all'oggetto, al termine o alla condizione del negozio) normalmente presi in considerazione dalla volontà delle parti (ci si riferisce, ad esempio, alle seguenti fattispecie: ratificabilità del contratto concluso dal rappresentante privo di poteri: art. 1399 c.c.; inefficacia dell'acquisto del diritto o dell'assunzione dell'obbligo nel contratto per persona da nominare: art. 1401 c.c.; vendita di

---

sembra recare in sé un elemento di contraddizione, laddove rifiuta la tesi dell'invalidità, ma lega la caducazione a un'illegittimità derivata del contratto (che pur sempre invalidità – ancorché riflessa – è e resta).

<sup>(310)</sup> Così P. CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, op. cit., p. 21.

<sup>(311)</sup> Cfr., su tali profili, V. SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 333 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000, p. 610; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, p. 241.

cosa determinata solo nel genere: art. 1378 c.c.; donazione a nascituri: art. 784 c.c.; disposizioni testamentarie rimesse all'arbitrio del terzo: art. 631 c.c.; contratto sottoposto a termine o a condizione: art. 1353 c.c.).

Ma così intesa la figura dell'inefficacia – che, come detto, attiene alla condizione del negozio valido, ma inefficace – non sembra presentare alcuna congruenza con la fattispecie in esame, in cui, invece, si assiste all'incidenza di una situazione patologica di un atto amministrativo sulla condizione di attitudine alla produzione e alla conservazione di effetti giuridici di un successivo atto di diritto privato (il contratto) al primo variamente collegato.

Si deve, a questo punto, riconoscere che la tesi della caducazione e/o dell'inefficacia del contratto – sostenuta dalla prevalente giurisprudenza amministrativa – si traduce, in realtà, nella configurazione di una sorta di subordinazione del contratto alla condizione risolutiva costituita dall'evento dell'annullamento (giurisdizionale) dell'aggiudicazione; soluzione che appare non priva di un suo pregio e di una sua compiutezza ma di portata ricostruttiva piuttosto debole.

In altre parole, la tesi dell'inefficacia del contratto per carenza del presupposto legale costituito dal legittimo procedimento concorsuale, pur descrivendo un meccanismo di caducazione dipendente dal venir meno di un “supporto” logico-giuridico (l'aggiudicazione) antecedente all'atto caducato (il contratto), finisce per descrivere soltanto l'operatività di un meccanismo condizionale, in cui la sanzione di un'invalidità “a monte” – espressa dalla sentenza di annullamento dell'aggiudicazione – fa scattare la condizione risolutiva del contratto (naturalmente, in questo caso, la causa efficiente della “risoluzione” del contratto

non risiede nel venir meno del presupposto di legalità, ma nella pronunzia della sentenza di annullamento quale condizione risolutiva del contratto).

Una tale ricostruzione, come si è anticipato più sopra, non può che lasciare insoddisfatti poiché, a causa della cesura giuridica tra “mondo” della procedura di gara e “mondo” del contratto, opera una metamorfosi di una causa di invalidità in una causa di inefficacia (in senso stretto) del contratto valido, che non trova riscontro nel sistema del diritto privato <sup>(312)</sup>.

In questo modo, la tesi ora considerata si limita a una mera descrizione di superficie dell’effetto ma non precisa il contenuto profondo delle ragioni giuridiche che stanno alla base dell’inefficacia, dell’esito risolutorio del contratto: descrive, ma non spiega.

---

<sup>(312)</sup> In questo senso, espressamente, P. CARPENTIERI, *Annullamento dell’aggiudicazione e contratto*, op. cit., p. 24, il quale ha osservato, inoltre, che l’insufficienza delle ricostruzioni giurisprudenziali in favore della caducazione/inefficacia e la preferibilità logica di quelle che fanno leva sull’invalidità deriva da un motivo specularmente opposto a quello per cui altra dottrina (S. FANTINI, op. cit., p. 747 ss.) ha affermato, al contrario, la preferibilità del modello pubblicistico (caducazione) rispetto a quello civilistico (invalidità): ciò che la tesi della caducazione automatica/inefficacia non lascia comprendere e non spiega è il “*perché*” del diniego degli effetti, ossia del “*travolgimento*” (o risoluzione) del contratto, pur asseritamente valido. Questo “*perché*”, ad avviso dello stesso Autore, starebbe tutto nel vizio dell’aggiudicazione; anzi, nel fatto che non spettava all’impresa aggiudicataria la stipula del contratto, bensì ad altra impresa ricorrente vittoriosa dinanzi al giudice amministrativo; e, dunque, la caducazione non sarebbe altro che una speciale condizione patologica del contratto, derivante dal contrasto con le norme in base alle quali altra impresa avrebbe dovuto stipulare ed essere parte del negozio. A differenza della dottrina sopra citata (S. FANTINI), CARPENTIERI ritiene che la ricostruzione del rapporto tra annullamento dell’aggiudicazione e contratto “*deve chiarire e spiegare proprio le modalità e le ragioni di quella traslazione dell’invalidità dall’aggiudicazione al contratto che quella dottrina ha invece criticato come inconferente*”.

Ciò porta, dunque, a ritenere che, allorquando si fa riferimento, nella tematica in esame, alla nozione di inefficacia, si intenda, in realtà, fare riferimento alla più ampia nozione di inefficacia in senso lato, quale mera descrizione della condizione di diniego o di privazione degli effetti del negozio invalido (la cui invalidità sia stata sanzionata dall'ordinamento): un'ipotesi in cui, cioè, si ha a che fare non già con un'autonoma configurazione dell'inefficacia, bensì con il normale meccanismo della privazione di effetti derivante dall'invalidità dell'atto <sup>(313)</sup>.

---

<sup>(313)</sup> Cfr., in tal senso, ancora P. CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, op. cit., p. 24, ad avviso del quale il contratto viene meno “non già per l'operare di cause “esterne” alla fattispecie (valida), ma per l'operare di cause di invalidità alla fattispecie strettamente connesse”. La linea giurisprudenziale che afferma la caducazione del contratto è stata efficacemente criticata da F.G. COCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, op. cit., p. 797 ss., ove, tra l'altro, si afferma che “la tesi della caducazione automatica è insostenibile, sia perché il meccanismo non sembra teoricamente accettabile, sia perché esso è in pieno contrasto con la disciplina applicabile al contratto”, aggiungendo che “anche il sopraggiungere della inefficacia non sembra sorretto da idonea causa, dato che non sembra logicamente corretto ipotizzare l'inefficacia del contratto senza assumere che esso sia (diventato) invalido e senza individuare con precisione un accadimento cui la legge o il contratto colleghino l'effetto di interrompere l'efficacia del contratto (che continua ad essere) valido”. In senso contrario può essere ricordato, oltre al già citato scritto di S. FANTINI (cfr. la nota 309), F. CARINGELLA, *Annullamento della procedura di evidenza a monte ...* op. cit., specialmente le pp. 673 ss., il quale sembra, invece, ritenere condivisibile la tesi della caducazione automatica, osservando, da un lato, che non osta al meccanismo dell'efficacia caducante la circostanza che il rapporto di presupposizione riguardi una fattispecie mista di collegamento tra provvedimento amministrativo e contratto di diritto privato e ciò in considerazione del fatto che anche nel diritto privato “in virtù del nesso inscindibile di connessione che avvince contratti ...collegati in via necessaria, la perdita di efficacia di uno dei contratti ... innesca un fenomeno di perdita di efficacia di una fattispecie pattizia che non può sopravvivere orfana delle altre tessere del mosaico negoziale”; dall'altro, che la tesi dell'efficacia caducante è avvalorata dalla circostanza che l'art.

Sotto altro profilo, va, inoltre, considerato che la tesi della caducazione automatica non chiarisce come conciliare la tradizionale concezione gianniniana del contratto ad evidenza pubblica – secondo cui il contratto, dopo la chiusura della procedura amministrativa ad evidenza pubblica, è un negozio di diritto privato a tutti gli effetti – con l’idea che il contratto medesimo venga travolto automaticamente per l’operare di un nesso di derivazione dall’aggiudicazione.

Come noto, l’istituto giurisprudenziale della “*caducazione automatica*” si fonda sull’esistenza di un nesso di presupposizione logico/giuridica, caratterizzato dai requisiti dell’“*unicità*” e della “*necessarietà*”, sussistente tra provvedimenti amministrativi; esso postula un assunto logico, prima ancora che giuridico: essendo il provvedimento espressione del potere amministrativo, è evidente che il nesso di presupposizione necessaria che giustifica il travolgimento non può che instaurarsi tra realtà giuridiche “*omogenee*” in quanto espressione – seppur in momenti successivi – dello stesso potere, quali, appunto, i provvedimenti amministrativi.

Se ciò è vero, appare di immediata evidenza che il contratto,

---

14 del D.Lgs. n. 190/2002 sopra citato, “*laddove esclude per le opere strategiche che la caducazione dell’aggiudicazione risolva il contratto, presuppone che l’annullamento dell’esito della gara, sulla base di una logica chiaramente indifferente alla tipologia dell’appalto, produca di norma la risoluzione automatica e non l’invalidità del contratto*”. Questo Autore afferma, peraltro, che la tesi dell’inefficacia e/o caducazione automatica diverge, sul piano sostanziale, in modo ridotto dalla tesi della nullità, osservando che “*la nullità del contratto dà la stura ad un’inefficacia originaria della stipulazione idonea, al pari del suo travolgimento secondo il meccanismo caducante, a legittimare la p.a. a bandire una nuova procedura finalizzata ad una stipula sostitutiva di quella in ogni caso priva di effetti*”.

Sulle critiche svolte nei confronti della tesi della caducazione automatica si ritorna nella nota 357.

in quanto espressione non del potere amministrativo, ma dell'autonomia negoziale della p.A., non può logicamente essere posto quale termine finale di un nesso di presupposizione che abbia come suo termine iniziale un atto che non partecipi della stessa natura giuridica, ma che sia manifestazione di un potere “qualitativamente” differente dal punto di vista ordinamentale, quale quello propriamente amministrativo <sup>(314)</sup>.

Quanto all'orientamento del Consiglio di Stato <sup>(315)</sup>, che – traendo conferma dalla decisione della Quarta Sezione, n. 6666/2003 <sup>(316)</sup> – respinge la ricostruzione della inefficacia del contratto per mancanza legale del procedimento ad evidenza pubblica e opta per la tesi dell'inefficacia sopravvenuta per mancanza del requisito della legittimazione a contrarre dell'Amministrazione – pur con il temperamento della salvezza dei diritti dei terzi in buona fede in applicazione analogica degli artt. 23, comma 2, e 25, comma 2, c.c. – anch'esso non appare immune da aspetti critici.

Quest'ultima ricostruzione appare, invero, per certi versi, ancora più debole di quella appena esaminata.

A parte il dubbio fondamento dogmatico e positivo di una causa di inefficacia relativa non codificata dall'ordinamento, appare quanto meno opinabile che, nel caso degli appalti

---

<sup>(314)</sup> “Ovvero – sottolinea M. MONTEDURO, op. cit., p. 2600, nota 29 – non può essere ricostruito tra due atti appartenenti a situazioni giuridiche ontologicamente ed assiologicamente eterogenee un nesso di presupposizione tale da condurre a meccanismi “automatici” di caducazione: tali meccanismi, infatti, hanno un senso logico solo se operano all'interno di una stessa “dimensione” giuridica, nella quale possa con correttezza – in costanza della natura del potere esercitato – ragionarsi effettivamente in termini di presupposto/conseguenza”.

<sup>(315)</sup> Su tale orientamento della giurisprudenza amministrativa, ci si è soffermati nel § 5 del presente Capitolo.

<sup>(316)</sup> Consultabile nella sede di lettura indicata nella nota 284.

pubblici, il contraente sia considerato “terzo” in buona fede, posto che il vizio che inficia l’atto della p.A. concerne un procedimento (di regola) aperto, al quale egli stesso ha partecipato. Basti pensare che la stipulazione di un contratto all’esito di una procedura, per la quale siano ancora aperti i termini di impugnazione, comporta un’assunzione del rischio circa gli effetti del giudizio sulla stipulazione; per non dire della possibilità che l’illegittimità della procedura sia direttamente connessa ad un vizio provocato o “cogenerato” dal vincitore che abbia partecipato vittoriosamente alla procedura senza averne i requisiti <sup>(317)</sup>).

Peculiare appare, poi, l’idea che la p.A., per “togliere di mezzo” il contratto, debba esercitare l’autotutela.

Se la procedura ad evidenza pubblica è già stata annullata in sede giurisdizionale, delle due l’una: “o si determina il nuovo annullamento di un atto già esistente; o si deve immaginare un sempre escluso potere pubblicistico atipico di autotutela sulla fattispecie privatistica” <sup>(318)</sup>).

Ma quel che preme maggiormente sottolineare è che neppure la tesi in esame sembra trovare idonea collocazione nella teorica dell’inefficacia in senso stretto. Quest’ultima ricostruzione svela, anzi, quella metamorfosi <sup>(319)</sup>, da causa di invalidità a causa di

---

<sup>(317)</sup> Si veda, su tale posizione critica nei confronti della tesi dell’inefficacia sopravvenuta relativa, F. CARINGELLA, *Annullamento della procedura ...*, op. cit., p. 675.

<sup>(318)</sup> Così, espressamente, F. CARINGELLA, *Annullamento della procedura ...*, op. cit., p. 676.

<sup>(319)</sup> “*Metamorfosi* – che, ad avviso di P. CARPENTIERI, *Annullamento dell’aggiudicazione e contratto*, op. cit., p. 25 – svaluta il profilo di sanzione della irregolarità della formazione della fattispecie, che è proprio dell’annullamento dell’aggiudicazione e che costituisce tratto tipico dell’invalidità”

mera inefficacia (di atto valido), che, per le ragioni già più sopra accennate, appare poco persuasiva.

Si può, perciò, affermare che l'orientamento da ultimo considerato offre una soluzione eclettica alla problematica della sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, che combina la soluzione dell'inefficacia – scartando quella della nullità, ritenuta inevitabilmente legata alla sussistenza di un vizio genetico del contratto – a quella del difetto sopravvenuto di legittimazione a contrarre della p.A. per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, con il richiamo, altresì, quanto agli effetti, delle esigenze di protezione del terzo contraente in buona fede perorate dalla tesi di GRECO sopra considerata <sup>(320)</sup>.

Non si può, tuttavia ignorare che il richiamo al difetto di legittimazione a contrarre ha fatto derivare da questo stesso ordine di idee il diverso effetto dell'annullabilità del contratto <sup>(321)</sup>.

E' ben vero che il diverso esito riconnesso allo stesso tipo di vizio (difetto di legittimazione a contrarre) viene giustificato dal Consiglio di Stato con l'osservazione per cui *“la categoria che*

---

<sup>(320)</sup> Secondo la pronuncia della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, n. 6666/2003, più sopra citata (che, come detto, costituisce significativo esempio dell'orientamento in esame), l'annullamento dell'aggiudicazione *“dà luogo alla conseguenza di privare l'Amministrazione stessa, con efficacia ex tunc, della legittimazione a negoziare”*, cosicché, *“in sostanza, l'organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere, con effetto ex tunc, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'amministrazione, come la deliberazione a contrattare, il bando o l'aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato injure, privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi”*.

<sup>(321)</sup> Come si è visto nel Capitolo II, § 2, ad avviso della prevalente giurisprudenza civile, l'annullamento dell'aggiudicazione comporterebbe l'annullabilità del contratto per difetto di legittimazione a negoziare.

*viene in gioco in tal caso non è l'annullabilità ma l'inefficacia"* poiché *"nei contratti ad evidenza pubblica gli atti della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità"*, i primi condizionando l'efficacia dei secondi *"di modo che il contratto diviene ab origine inefficace se uno degli atti del procedimento viene meno per qualsiasi causa"* <sup>(322)</sup>.

Cionondimeno, il parallelismo con il diritto civile pare ingannevole, posto che, in quell'ambito, il difetto di legittimazione al negozio si collega essenzialmente al problema dell'assenza del potere di disporre in capo al soggetto che negozia, vuoi sotto il profilo della divaricazione tra parte sostanziale e formale del negozio (rappresentanza), vuoi sotto il profilo dell'incidenza di divieti legali (o convenzionali) a disporre e a negoziare.

Si tratta, però, di profili del tutto diversi rispetto a quelli che vengono in rilievo nell'ambito della tematica in esame, relativa al rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: sembra, invero, che la nozione di *"legittimazione"* sia richiamata più per l'assonanza con l'idea della *"legittimità"* dell'operato preparatorio del contratto (cioè della fase dell'evidenza pubblica), che non per l'intrinseca coerenza della nozione con il fenomeno considerato, nel senso che se la procedura di gara non è stata *"legittima"*, allora l'amministrazione non è legittimata al contratto.

Ma questa prospettiva non ha nessun punto di contatto rilevante con la teorica – sopra in estrema sintesi richiamata – della legittimazione al negozio di diritto civile.

L'impostazione per cui l'illegittimità della gara non

---

<sup>(322)</sup> Si veda, sul punto, la citata decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 6666/2003, consultabile nella sede di lettura indicata nella nota 284.

“legittima” la stazione appaltante alla stipula del contratto, cela, in realtà, sotto le mentite spoglie del difetto di legittimazione al negozio, il solito problema, che, come si è visto, costituisce il nucleo sostanziale ineludibile della tematica in esame, per cui da una vicenda illegittima non può nascere un atto legittimo o valido <sup>(323)</sup>.

Un ulteriore motivo di perplessità nei confronti della teoria dell’inefficacia – nelle sue due diverse prospettazioni: caducazione automatica ed inefficacia relativa – è rappresentato dal richiamo dell’art. 14, comma 2, del D.Lgs. n. 190/2002 (ora trasfuso nell’art. 246, comma 4, del Codice dei contratti pubblici approvato con il D.Lgs. n. 163/2006), il quale – come già ricordato – ha sancito, relativamente alla realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale che la sospensione o l’annullamento giurisdizionale dell’aggiudicazione non determina la “*risoluzione*” <sup>(324)</sup> del contratto eventualmente già stipulato dai soggetti aggiudicatari e che il risarcimento degli interessi o diritti lesi avviene per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica.

Ebbene, al di là dell’improprietà del termine “*risoluzione*”, il cui utilizzo pare chiara ed indiscutibile manifestazione della volontà del legislatore di non prendere posizione circa la patologia inficiante il contratto *medio tempore* stipulato, non

---

<sup>(323)</sup> Si ritengono condivisibili, sotto tale profilo, le considerazioni svolte da P. CARPENTIERI, *Annullamento dell’aggiudicazione e contratto*, op. cit., p. 25, ad avviso del quale la soluzione al problema della sorte del contratto va ricercata “*nell’area della validità, non in quella dell’inefficacia (in senso stretto) del contratto*”.

<sup>(324)</sup> Ora l’art. 246, quarto comma, del Codice dei contratti pubblici, sopra citato, parla di “*caducazione*”.

sembra che la citata norma possa costituire indice inequivoco dell'abbandono della tesi dell'annullabilità, come pure è stato sostenuto <sup>(325)</sup>.

---

<sup>(325)</sup> Come si è già accennato nel § 4 del presente Capitolo, l'art. 14 del D.Lgs. n. 190/2002 è stato letto, volta a volta, come (implicita) adesione normativa sia alle tesi che riconducono all'annullamento degli atti della serie ad evidenza pubblica la nullità del negozio, sia alle tesi che affermano che tale annullamento produce l'inefficacia e/o caducazione del contratto.

Tuttavia, la nuova formulazione della disposizione – con l'utilizzo del termine “*caducazione*” in luogo dell'espressione “*risoluzione*” – sembrerebbe ora fornire un esplicito fondamento normativo alla tesi della caducazione. In questo senso, E. STICCHI DAMIANI, *La “caducazione” del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, op. cit., p. 3719 ss., ha sostenuto che vi sarebbe una “*significativa differenza lessicale*” tra il previgente art. 14, comma 2, del D.Lgs. n. 190/2002 (abrogato dall'art. 256 del Codice dei contratti pubblici) e il nuovo art. 246 (rubricato “*Norme processuali ulteriori per le controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi*”), comma 4, del Codice, il quale – sostituendo “*risoluzione*” con “*caducazione*” – sembrerebbe aver privato di fondamento normativo le varie tesi che avevano ipotizzato, secondo uno schema prettamente civilista, la nullità o l'annullabilità del contratto *medio tempore* stipulato. Secondo lo stesso Autore, la tesi della caducazione del contratto risulterebbe, inoltre, rafforzata poiché non incontrerebbe i limiti a suo tempo opposti a chi aveva già ipotizzato *a contrario* la regola generale della caducazione del contratto alla luce del D.Lgs. n. 190/2002. Quest'ultimo decreto, aveva, infatti, una sfera di operatività limitata a determinate categorie di appalti, sicché, in quanto regola speciale, non poteva essere invocata *a contrario* per affermare una regola (quella della caducazione) valida per tutti gli appalti ordinari; “*ma* – osserva STICCHI DAMIANI – *oggi la situazione è completamente diversa: il Codice ha disciplinato unitariamente ed organicamente tanto gli appalti ordinari quanto gli appalti per le grandi opere e, così stando le cose, se il legislatore ha ritenuto di escludere la “caducazione” del contratto solo nelle ipotesi eccezionali previste dall'art. 246 (grandi opere), è difficile negare, a contrario, che abbia voluto codificare esattamente la regola della “caducazione” per gli appalti ordinari*”. Tale impressione – prosegue l'Autore – troverebbe ulteriore conferma nell'art. 246, comma 5, del Codice, con cui il legislatore ha esteso l'eccezione alla regola della “*caducazione*” dell'appalto dalle grandi opere agli appalti ordinari, ma solo nel duplice caso in cui il contratto sia stato stipulato dall'Amministrazione con una nuova impresa in conseguenza del fallimento del precedente

---

appaltatore o della risoluzione del precedente vincolo per grave inadempimento dell'appaltatore medesimo (ipotesi contemplate dall'art. 140, comma 1, del Codice): con la disposizione citata, il legislatore avrebbe, infatti, inteso assimilare tali ipotesi – in cui ci si trova, in genere, di fronte a lavori già eseguiti in buona parte, poi interrotti per il fallimento o per un grave inadempimento dell'appaltatore – sotto il profilo della crucialità dell'interesse pubblico alla sollecita realizzazione dell'opera, a quella delle grandi opere, stabilendo che, come per queste, anche nei casi di cui all'art. 140, l'appalto non deve cadere.

Analogo percorso argomentativo viene sviluppato da L. GAROFALO, *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, volume IV, Padova, 2007, p. 189 ss., nonché in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, p. 139 ss., secondo cui l'art. 246, comma 4, del Codice dei contratti pubblici condurrebbe ad una soluzione della questione “che potrebbe risultare appagante sotto il profilo teorico e idonea inoltre a soddisfare l'esigenza ...di un'equilibrata composizione dei diversi interessi facenti capo all'amministrazione, al contraente privato e al ricorrente vittorioso nel processo di impugnazione dell'aggiudicazione”; nello stesso senso può ricordarsi R. DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, op. cit., p. 161, la quale osserva che il Codice dei contratti, pur non affrontando espressamente la questione della sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, “offre alcuni spunti esegetici a sostegno della tesi della caducazione del contratto, sottoposta alla giurisdizione del giudice amministrativo”.

Di opposto avviso è F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, op. cit., p. 797 ss., che, richiamandosi al parere reso dal Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, 6 febbraio 2006, n. 355/06 (in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2006, p. 600 ss.) sullo schema del D.Lgs. n. 163/2006, pone opportunamente in luce che il Codice dei contratti non si occupa della questione della sorte del contratto a seguito dell'annullamento giurisdizionale o in via di autotutela dell'atto di aggiudicazione. Sulle considerazioni svolte da SCOCA nello scritto appena citato ci si soffermerà in modo più approfondito nel § 8 del presente Capitolo (particolarmente nelle note 340 e 345); basti qui sottolineare che si ritiene condivisibile l'opinione di quest'ultimo Autore, almeno quando afferma che anche dopo l'entrata in vigore del Codice degli appalti la questione della sorte del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione non ha trovato una sicura soluzione: la disposizione di cui all'art. 246, comma 4, del Codice non sembra, invero, aver introdotto alcuna rilevante differenza rispetto alla disciplina previgente, trattandosi di disposizione analoga a quella già dettata, sempre per le grandi opere,

Anche se si è da più parti affermato che tale norma, letta *a contrario*, consacrerrebbe, per il suo valore di disposizione derogatoria ed eccezionale, la regola del travolgimento del contratto d'appalto in ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione<sup>(326)</sup>, non appare questa la più corretta chiave di lettura del disposto suddetto.

Sembra, piuttosto, che il legislatore, evidentemente conscio delle possibili ricadute pratiche delle recenti tendenze giurisprudenziali dirette a scardinare un assetto ormai consolidatosi nel tempo<sup>(327)</sup>, abbia inteso introdurre la norma citata in ambiti strategici di particolare rilevanza, presumibilmente al fine di arginare, almeno con riguardo a tali settori, gli effetti dirompenti potenzialmente connessi ad una possibile – e di fatto verificatasi – rivisitazione interpretativa della problematica come conseguenza del nuovo assetto del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice

---

dall'art. 14, comma 2, dell'abrogato D.Lgs. n. 190/2002, che, in quanto eccezionale, non può autorizzare un'interpretazione *a contrario* valida per gli appalti ordinari.

Si deve, infine, precisare che la disposizione in esame non precisa quale sia la condizione giuridica del contratto, per il quale viene esclusa una automatica “*caducazione*” a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione – se cioè si tratti di un negozio comunque annullabile o inefficace – né a che titolo l'aggiudicatario illegittimamente pretermesso potrebbe richiedere il risarcimento del danno (unica tutela accordata dalla suddetta disposizione al medesimo).

<sup>(326)</sup> Per questa tesi propende espressamente M. LIPARI, *Il processo in materia di infrastrutture e di insediamenti produttivi strategici*, in *Dir. Formazione*, 2002, p. 1519 ss..

<sup>(327)</sup> Ci si riferisce, ovviamente, ai più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa i quali – superando l'indirizzo tradizionale della Cassazione civile che sostiene l'annullabilità del contratto *medio tempore* stipulato – hanno descritto gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto, rispettivamente in termini di nullità e di inefficacia e/o *caducazione* automatica del contratto.

amministrativo, ma ciò senza prendere espressamente posizione sul tipo di patologia negoziale conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione; cosicché appare arbitrario ritenere che nelle ipotesi escluse dall'ambito applicativo della norma citata, valga la regola della automatica caducazione o nullità del negozio <sup>(328)</sup>.

Si consideri, inoltre, che la norma in argomento <sup>(329)</sup>, pur non apparendo contrastante con la normativa comunitaria, pone indubbiamente dei problemi di legittimità dal punto di vista interno.

Si pone, infatti, un problema evidente di tutela del valore costituzionale del buon andamento e dell'economicità dell'azione amministrativa, laddove si fa carico alle Amministrazioni aggiudicatrici di tenere in piedi contratti fondati su una aggiudicazione illegittima, che si presumono, perciò, formati in modo quanto meno "scorretto", e possono essere, e in generale lo sono, non convenienti per le Amministrazioni stesse (si pensi solo al caso delle offerte anomale) e nello stesso si impone ad esse di risarcire con un equivalente in denaro il soggetto che avrebbe avuto titolo all'aggiudicazione e che è risultato vincitore nel giudizio di impugnazione.

Si segnala, da ultimo, che la normativa in questione, ove interpretata nel suo significato più incisivo, dà evidentemente luogo ad una disciplina fortemente differenziata nell'ambito dei contratti pubblici a seconda che questi concernano le grandi

---

<sup>(328)</sup> Analoghe, sul punto, le conclusioni di S. VARONE, op. cit., p. 1656 ss.

<sup>(329)</sup> Come si è già ricordato, più sopra, l'art. 14 del D.Lgs. n. 190/2002, come trasfuso nell'art. 246, comma 4, del nuovo Codice dei contratti pubblici dispone, limitatamente agli appalti relativi alle opere strategiche, che *"la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente"*.

infrastrutture, ovvero gli altri lavori pubblici, nonché le infrastrutture e i servizi; e ciò sicuramente pone problemi oltre che di costituzionalità anche di razionalità complessiva del sistema (<sup>330</sup>).

8. – La disamina delle differenti teorie che hanno ricercato una spiegazione del tormentato problema del rapporto tra vizi della procedura ad evidenza pubblica e contratto (e delle critiche svolte nei confronti di esse), oltre a testimoniare lo stato di estrema confusione dell’elaborazione teorica, rende, altresì, evidente come nessuna delle ricostruzioni proposte sia in grado di fornire, per motivi diversi, una spiegazione pienamente appagante.

Da un lato, invero, le tesi maggiormente attente all’esigenza di contemperare in maniera equilibrata i diversi interessi in gioco (<sup>331</sup>) – quali l’esigenza di certezza dei rapporti giuridici nascenti dal contratto e di tutela dell’affidamento dei cittadini; l’interesse

---

(<sup>330</sup>) Analoghi rilievi sono svolti da V. CERULLI IRELLI, op. cit., p. 1200, secondo cui la normativa posta dal D.Lgs. n. 190 (c.d. decreto Lunardi) appare “*di assai dubbia costituzionalità e di perplesso significato*”, mettendo, altresì in luce come l’applicazione di tale normativa comporterebbe “*un duplice dispendio di pubblico danaro*” dal momento che “*l’aggiudicatario “sbagliato” resta in carica e viene pagato per le prestazioni contrattuali*” mentre “*il soggetto che avrebbe dovuto essere aggiudicatario ma non lo è stato, non subentra nel contratto, ma viene pagato a titolo di risarcimento, proprio per non aver potuto ottenere l’aggiudicazione del contratto!*”. Che l’art. 14 del D.Lgs. n. 190/2002, sopra citato, costituisca “*un argomento sistematico*” in favore della tesi dell’efficacia caducante è, invece, stato affermato da F. CARINGELLA, *Annullamento della procedura di evidenza a monte ...*, op. cit., p. 674 (come si è già osservato nella nota 313).

(<sup>331</sup>) Come, ad esempio, la tesi dell’inefficacia sopravvenuta relativa, sostenuta da una parte della magistratura amministrativa, della quale ci si è occupati nel § 5 del presente Capitolo.

pubblico a non perturbare il mercato garantendo la parità di trattamento tra imprese da parte della p.A.; l'interesse del privato contraente in buona fede alla conservazione del contratto già stipulato; la legittima pretesa dell'“aspirante contraente” vittorioso nel giudizio di annullamento dell'aggiudicazione al subentro nel rapporto contrattuale con la p.A. – scontano la loro duttilità applicativa con una minore “tenuta” sul piano della coerenza teorica e dell'inquadramento normativo.

Altre opinioni, invece, appaiono risentire di talune forzature teoriche in quanto ricostruiscono la vicenda enfatizzandone la chiave di lettura giuspubblicistica <sup>(332)</sup> ovvero quella giusprivatistica <sup>(333)</sup>, laddove, al contrario, “*non appare pienamente condivisibile alcuna strada radicalizzante che, esasperando le due diverse facce del fenomeno di cui si controverte tenti di soffocarne e di negarne l'ambivalenza*” <sup>(334)</sup>.

Le due tesi maggiormente coerenti dal punto di vista ricostruttivo, in tale prospettiva, sono quelle che fanno riferimento all'annullabilità relativa ed alla nullità assoluta del contratto: tuttavia, simmetricamente, esse pagano proprio la loro compattezza teorica in termini di corrispondenti – e speculari – inadeguatezze operative sotto il profilo dell'equilibrata composizione degli interessi in gioco <sup>(335)</sup>.

---

<sup>(332)</sup> Ci si riferisce alla tesi della caducazione automatica sostenuta dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, sulla quale ci si è soffermati nel § 4 del presente Capitolo.

<sup>(333)</sup> In tale chiave può leggersi la tesi di SANDULLI, esaminata nel § 3 del Capitolo II, secondo cui le conseguenze dell'illegittimità della procedura ad evidenza pubblica sarebbero riconducibili allo schema del difetto di potere rappresentativo *ex art. 1398 c.c.*

<sup>(334)</sup> Sul punto si aderisce pienamente all'opinione espressa da M. MONTEDURO, *op. cit.*, p. 2600.

<sup>(335)</sup> Si vedano, in particolare, sulla tesi dell'annullabilità relativa, i §§ 2 e 5 del II Capitolo e sulla tesi della nullità, i §§ 4 e 6 del II Capitolo.

Quanto alla tesi dell'annullabilità, nel prospettare che la legittimazione a far valere l'annullabilità del contratto spetti solo alla p.A., essa appresta, come si è visto, una sorta di “*iper-tutela*” alle sorti del contratto, mirando a salvaguardare l'interesse dei cittadini-utenti alla certezza dei rapporti giuridici con la p.A. e l'affidamento ingenerato dalla stipulazione del contratto; tuttavia, in questo modo, la stessa teoria attribuisce un evidente privilegio all'Amministrazione – la quale resta unica arbitra delle sorti del contratto – comprimendo sia l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata nel rispetto dei valori della concorrenza tra imprese, sia l'interesse del concorrente che sia riuscito ad ottenere l'annullamento dell'intero procedimento pubblicistico, compresa l'aggiudicazione, all'acquisizione della qualità di contraente, sia, infine, l'interesse dello stesso contraente della p.A., originario aggiudicatario, che abbia stipulato il negozio in buona fede (in quanto quest'ultimo rimane esposto, fino alla scadenza del relativo termine quinquennale di prescrizione, all'esercizio del potere dell'amministrazione di chiedere l'annullamento del contratto *ex art. 1441 c.c.*).

La tesi della nullità assoluta, di contro, tutela maggiormente il principio di concorrenza tra gli aspiranti contraenti della p.A. ed esalta la posizione del ricorrente vittorioso dinanzi al giudice amministrativo; tuttavia, quest'ultima, nel momento in cui ritiene che il contratto stipulato dall'Amministrazione dovrebbe considerarsi *ab origine tamquam non esset* e che qualunque cittadino potrebbe promuovere la relativa azione di accertamento senza alcun termine di prescrizione, come si è visto, non può non ingenerare notevoli dubbi sul piano della certezza dei rapporti giuridici <sup>(336)</sup>.

---

<sup>(336)</sup> Cfr., sul punto, M. MONTEDURO, *op. cit.*, p. 2600.

In questo quadro di grande incertezza, parte della dottrina ha posto in evidenza, da un lato, l'esigenza di evitare una soluzione unitaria e, dall'altro, l'opportunità di valorizzare le profonde diversità che il fenomeno può presentare: a seconda del tipo di vizio dedotto dal ricorrente, della completa assenza o della irritalità della procedura, dell'interesse sostanziale o solo strumentale dedotto dal ricorrente, dei tempi entro cui si è scandita l'impugnazione giurisdizionale. Ed in questa prospettiva è stato affermato che al problema della sorte del contratto non è possibile dare un'unica risposta, ma che occorre fornire una risposta articolata e diversificata in ragione delle peculiarità della singola fattispecie <sup>(337)</sup>.

---

<sup>(337)</sup> L'opinione secondo cui l'annullamento dell'aggiudicazione inciderebbe diversamente sui rapporti giuridici (ovvero sugli interessi sostanziali) dei protagonisti della vicenda (Amministrazione, primo aggiudicatario e contraente, offerente che ha ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione, eventuali altri partecipanti al procedimento ad evidenza pubblica) a seconda delle ragioni per le quali venga pronunciato è emersa soprattutto in tempi recenti, specie quando si è cominciato da alcuni a prospettare l'opportunità di proporre, allo stato, soluzioni maggiormente efficaci sul piano pratico, più che perfettamente coerenti sul piano ricostruttivo. Significativo di una tale prospettiva di riflessione è, ad esempio, lo scritto di F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto* op. cit., p. 797 ss., il quale critica in modo efficace "l'idea che l'annullamento dell'aggiudicazione abbia sempre la stessa conseguenza sul contratto, sia essa la caducazione sia essa l'inefficacia, e che tale conseguenza si produca automaticamente", affermando che tale opinione "non tiene conto delle profonde differenze che in concreto caratterizzano la situazione che si viene a creare a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione; differenze derivanti dal contenuto ripristinatorio e conformativo della sentenza di annullamento ..., ma anche dallo stato di esecuzione del contratto". A tale riguardo può essere ricordato anche F. CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, op. cit., p. 6, secondo cui "L'impostazione del fenomeno e la sua configurazione in dato problematico richiedono l'acquisizione e valutazione di tutti gli interessi in gioco ... nonché degli aspetti che attengono alle esigenze del mercato, alla natura e condizioni del contratto, alle rispettive

Ma anche tale opinione non appare particolarmente convincente.

Come è noto, nella maggior parte dei casi, i vizi degli atti del procedimento ad evidenza pubblica che precedono l'aggiudicazione si riverberano, in via derivata, sull'atto finale del procedimento, ed è solo unitamente all'aggiudicazione che normalmente – salvo i casi in cui le illegittimità procedurali siano immediatamente lesive della posizione giuridica di un concorrente – si fanno valere in giudizio i vizi del procedimento, attraverso l'impugnazione del provvedimento conclusivo <sup>(338)</sup>.

Dunque, dal punto di vista sostanziale, il rapporto tra annullamento di atti della procedura ad evidenza pubblica e contratto sembra porsi negli stessi termini sia che l'illegittimità acclarata dal giudice amministrativo si riferisca ad atti prodromici all'aggiudicazione (quali, ad esempio, la delibera a contrattare o il bando di gara), sia che essa riguardi direttamente l'aggiudicazione <sup>(339)</sup>.

---

*esigenze economiche o strutturali dei soggetti che vi sono coinvolti*"; degne di attenzione, sotto tale profilo, appaiono anche le osservazioni di P. CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, op. cit., p. 27, il quale auspica, peraltro, "la generalizzazione del sistema della "moratoria" della stipula del contratto, dopo l'aggiudicazione, introdotto dal citato decreto legislativo 190 del 2002 per i soli appalti concernenti le "opere strategiche", in "combinato disposto" con la riaffermazione del principio per cui il decorso del termine per l'impugnativa parte dalla comunicazione della stazione appaltante dell'esito della gara alle ditte partecipanti".

<sup>(338)</sup> Questo principio è stato definitivamente affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 29 gennaio 2003, n. 1, in *Giur. It.*, 2003, p. 1953.

<sup>(339)</sup> Non è, del resto, un caso che la quasi totalità della letteratura giuridica sul tema abbia ad oggetto l'esame delle conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto *medio tempore* stipulato e non si soffermi, invece, sulle ipotesi in cui l'illegittimità riguardi un atto della serie procedimentale antecedente all'aggiudicazione. E', d'altro canto,

Il che induce a ritenere che il diverso tipo di vizio o di fase del procedimento inficiata dal vizio rilevi non tanto ai fini della sorte del contratto – aspetto che sembra, invece, prescindere dalla peculiarità della singola fattispecie – quanto, piuttosto, e sotto un profilo strettamente processuale, ai fini della determinazione delle concrete modalità attuative della sentenza di annullamento e del tipo di tutela (reale o risarcitoria) conseguibile dal ricorrente vittorioso nel giudizio amministrativo.

In realtà, anche l'opinione da ultimo considerata – che prospetta una soluzione differenziata in relazione alle peculiarità della singola fattispecie – non fa che confermare la situazione di grande incertezza in cui versano la giurisprudenza e la dottrina e milita, pertanto, anch'essa nella direzione della opportunità di proporre, allo stato, soluzioni maggiormente coerenti sul piano dogmatico ed efficaci sul piano pratico.

A giudizio di chi scrive – e fermo restando che non appare possibile, allo stato delle conoscenze, indicare con assoluta sicurezza quali siano le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto <sup>(340)</sup> – una soluzione

---

evidente che il problema della sorte del contratto a seguito della pronuncia giurisdizionale di annullamento – anche nel caso in cui oggetto dell'annullamento suddetto sia un atto prodromico all'aggiudicazione – può concretamente porsi soltanto dopo che sia intervenuta l'aggiudicazione, la quale, pur non avendo sempre anche il valore di atto di stipulazione contrattuale, costituisce, in ogni caso, quale atto terminale del procedimento amministrativo di scelta del contraente della p.A., il presupposto fondamentale della stipulazione del contratto.

<sup>(340)</sup> Come si è già osservato, nel Capitolo I, nel trattare della natura giuridica dell'atto di aggiudicazione, neppure il Codice dei contratti pubblici – che pur disciplina in modo articolato le fasi delle procedure di affidamento – ha risolto il problema della sorte del contratto *medio tempore* stipulato, come pure avrebbe potuto, data l'ampiezza della delega in base alla quale esso è stato adottato (contenuta nella legge 18 aprile 2005, n. 62). Il Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, nel parere del 6

maggiormente adatta a risolvere il problema del rapporto tra invalidità del procedimento ad evidenza pubblica e contratto potrebbe fondarsi sulla considerazione della natura giuridica dell'aggiudicazione.

La validità di una tale impostazione sembrerebbe, del resto, confermata dalla circostanza – già evidenziata in precedenza <sup>(341)</sup> – che l'intera tematica, fin qui riassunta, riguarda i rapporti fra aggiudicazione e contratto e che molta parte del dibattito si incentra proprio sulla natura (provvedimentale o negoziale) dell'atto di aggiudicazione e sulla necessità di impugnazione dello stesso.

Sotto tale profilo, la stessa ordinanza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 1328/2008 <sup>(342)</sup> ha osservato che tutte le soluzioni finora offerte al riguardo dalla giurisprudenza trascurano “*la pur necessaria analisi della natura giuridica e della valenza sostanziale dell'aggiudicazione*”, ponendo altresì in luce come l'indagine in concreto sulla natura dell'atto – di

---

febbraio 2006, n. 355/06 (in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2006, p. 600 ss.), reso sullo schema del D.Lgs. n. 163/2006 (con cui è stato approvato lo stesso Codice), ha giustificato tale mancata presa posizione, affermando che si tratta di una questione “*su cui non vi è ancora sufficiente chiarezza in giurisprudenza e dottrina*”. Ma – come rilevato anche da F.G. SCOCA, *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto* op. cit., p. 797 ss. (e, in particolare, la nota 3) – proprio quest'ultimo rilievo avrebbe dovuto spingere il Consiglio di Stato “*ad insistere per l'adozione di una siffatta norma espressa, in modo da dare sicura soluzione ad un problema di grande impatto pratico e di difficile soluzione teorica*”. Lo stesso Autore auspica, peraltro, che “*la soluzione effettiva venga fissata o con un apposito intervento legislativo o tramite l'orientamento consolidato della giurisprudenza; in questo secondo caso, in modo concorde tra giurisprudenza del giudice ordinario e giurisprudenza del giudice amministrativo*”.

<sup>(341)</sup> Nell'Introduzione e nel corso del Capitolo I.

<sup>(342)</sup> Sulla quale ci si è soffermati nel § 6 del presente Capitolo.

aggiudicazione – potrebbe portare a conclusioni diverse – in ordine alla sorte del contratto – a seconda che si attribuisca all’aggiudicazione stessa natura (anche) negoziale ovvero la si qualifichi come atto solo provvedimentale: nel primo caso, non appare arbitrario ritenere che l’annullamento dell’aggiudicazione comporti anche un automatico travolgimento del contratto, mentre nel secondo caso mancherebbe “*quell’effetto diretto di eliminazione dell’atto negoziale*”.

Seguendo il percorso argomentativo delineato dall’ordinanza di rimessione, si potrebbero, dunque, descrivere le conseguenze dell’annullamento dell’aggiudicazione sul contratto, distinguendo l’ipotesi in cui l’aggiudicazione assume anche valore negoziale (come nell’asta e nella licitazione privata) dal caso in cui essa riveste solo valore provvedimentale (come nell’appalto-concorso o nella trattativa privata).

Nelle prima delle ipotesi considerate – lo si è già messo in evidenza nel trattare della natura dell’atto di aggiudicazione<sup>(343)</sup> – il c.d. principio dell’equivalenza del verbale dell’aggiudicazione al contratto (e, dunque della valenza anche negoziale dell’aggiudicazione), basato sull’art. 16 della legge di contabilità dello Stato, non pare superabile.

Né sembrano potersi ricavare argomenti in senso contrario dal nuovo Codice dei contratti pubblici, il quale, pur affermando all’art. 11, comma 7, che “*l’aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell’offerta*” non sembra sancire il superamento dell’impostazione tradizionale, e ciò perché lo stesso Codice riproduce – all’art. 11, comma 9 – una disposizione (l’art. 109, comma 3, del D.P.R. n. 554/1999)<sup>(344)</sup>

---

<sup>(343)</sup> Si veda *supra*, Capitolo I, in particolare il § 7.

<sup>(344)</sup> Sulla poca chiarezza di tali disposizioni del nuovo Codice dei

che, come detto, sembra, invece, permettere, un'interpretazione di segno contrario e, dunque, confermare – almeno per quanto riguarda i procedimenti di asta e di licitazione privata – l'impostazione tradizionale secondo cui il verbale di aggiudicazione “tiene luogo” del contratto <sup>(345)</sup>.

---

contratti pubblici ci si è già soffermati nel Capitolo I, § 6.

<sup>(345)</sup> Diversamente da quanto qui sostenuto nel testo, F.G. SCOCA, *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, op. cit., p. 797 ss., ha affermato che la disposizione contenuta nell'art. 11, comma 7, del nuovo Codice degli appalti avrebbe “rovesciato” la disciplina precedente, ai sensi della quale “*i processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni legale effetto al contratto*”, aggiungendo: “*al contrario della precedente disposizione che attribuiva all'aggiudicazione il valore di accettazione della proposta contrattuale contenuta nella offerta reputata migliore, la nuova regola opera la separazione piena e netta tra procedimento di evidenza pubblica, che si conclude con l'aggiudicazione, e la conclusione del contratto, che avviene successivamente con la formale stipulazione. L'aggiudicazione non ha alcuna natura né alcun valore negoziale*”. Secondo lo stesso SCOCA, op. da ultimo citata, nota 6, la nuova prospettiva delineata dal Codice dei contratti pubblici manderebbe “*fuori gioco quella tesi, anche recentemente ribadita (Cons. Stato, Sez. IV, ord. 21 maggio 2004, n. 3355; Cass., Sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629), secondo la quale, venendo meno, in seguito all'annullamento, l'aggiudicazione, viene meno il consenso (per il venir meno dell'accettazione della proposta contrattuale), con la ineludibile conseguenza della nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418, co. 2, cod. civile*”.

Questa opinione non appare, a giudizio di chi scrive, pienamente persuasiva perché sembra trascurare la disposizione contenuta nel comma 9 dello stesso art. 11 del Codice dei contratti pubblici – secondo cui “*Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato (...) l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto*” – la quale, come si è già messo in luce nel Capitolo I, § 6, sembrerebbe, invece, confermare, seppure non direttamente, che dopo l'aggiudicazione viene in essere un “contratto”, da intendersi, quantomeno in senso sostanziale, come rapporto giuridico vincolante, fonte di reciproci impegni, dal quale l'appaltatore può sciogliersi qualora l'Amministrazione si dimostri eccessivamente restia quanto al compimento delle attività che a tale rapporto, già di per sé valido, attribuiscono forma ed efficacia.

A tale impostazione consegue, evidentemente, che il venire meno del provvedimento di aggiudicazione comporta la “caduta” della fonte dell’obbligo giuridico che ha vincolato le parti alla conclusione del contratto. Fenomeno, che, sul piano ricostruttivo, viene correttamente descritto dalla sopra citata ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1328/2008, in termini di nullità del contratto per mancanza del consenso *ex art. 1418 c.c.*, in particolare nel passo in cui si afferma: *“Per il rilevato vincolo logico ed ontologico che lega inscindibilmente la valenza pubblicistica e quella privatistica ascrivibili all’aggiudicazione, l’annullamento giurisdizionale di quest’ultima, che opera, com’è noto, ex tunc, ne elimina gli effetti fin dalla sua adozione, non solo con riferimento al suo contenuto propriamente provvedimentale, ma anche con riguardo a quello tipicamente negoziale.*

*Ne consegue, ancora, che la demolizione dell’atto con cui l’amministrazione ha espresso la sua volontà negoziale, priva il relativo negozio giuridico dell’elemento essenziale costituito dall’accordo, che deve, quindi, ritenersi insussistente, per effetto dell’elisione dell’atto generativo del consenso di una delle parti”.*

E’ pur vero che a questa ricostruzione è stato obiettato – e in ciò consiste, come si è visto, la principale critica mossa nei confronti della tesi della nullità <sup>(346)</sup> – che essa esporrebbe il contratto magari a distanza di molto tempo dalla sua conclusione e già in corso di esecuzione, al rischio di venire travolto con effetto retroattivo a seguito dell’esito del giudizio promosso davanti al giudice amministrativo, con innegabili ripercussioni

---

<sup>(346)</sup> Sulle critiche sollevate nei confronti della tesi della nullità, si veda, in particolare, il § 6 del Capitolo II.

sulla realizzazione delle opere e dei servizi programmati, e ciò senza dimenticare la tutela della posizione del contraente, che ben potrebbe trovarsi in una posizione di totale buona fede, con esigenza pertanto del rispetto del relativo affidamento <sup>(347)</sup>.

L'obiezione non appare però insuperabile, laddove le caratteristiche tipiche dell'azione di nullità vadano coordinate con le regole che presidiano il processo amministrativo, in particolare riconoscendo la legittimazione "*alle sole parti che hanno impugnato l'aggiudicazione, quali unici soggetti che hanno manifestato, in concreto, interesse, invocando la rimozione dell'atto invalidante, alla declaratoria della relativa invalidità*", come prospettato dalla stessa ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1328/2008.

In questo modo – non potendosi avere nullità del contratto senza il previo annullamento dell'aggiudicazione, operante con efficacia costitutiva *ex tunc* – i rischi impliciti in tale soluzione potrebbero essere in buona parte arginati, rendendo così intangibile da parte dei terzi (estranei al giudizio amministrativo di annullamento) il contratto.

Quanto all'obiezione secondo cui le limitazioni appena segnalate finirebbero per snaturare l'azione di nullità, confliggendo con gli interessi ad essa sottesi, è possibile fin d'ora rispondere – e pur rinviando alla seconda parte del presente lavoro per maggiori approfondimenti su tali aspetti di ordine strettamente processuale – che le pertinenti esigenze di tutela di interessi indisponibili vanno coordinate con quelle, altrettanto rilevanti, di stabilità degli atti amministrativi e di certezza dei relativi rapporti giuridici <sup>(348)</sup>.

---

<sup>(347)</sup> Cfr., in tal senso, ad esempio, S. VARONE, op. cit., p. 1657.

<sup>(348)</sup> Così la stessa ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n.

A ciò si deve aggiungere che proprio con riguardo al problema degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto, oggetto del presente studio, si affaccia in dottrina come in giurisprudenza, in modo sempre più chiaro, la consapevolezza dell'inadeguatezza dei modelli tradizionali civilistici rispetto alla specialità del regime connesso all'esercizio di funzioni autoritative, ovvero rispetto alle ipotesi di risarcibilità della lesione di interessi legittimi.

In questa prospettiva, la ricostruzione concettuale della fattispecie in termini di nullità "*speciale*" (o nullità relativa) appare in linea con la stessa natura di "*diritto speciale*" della disciplina dei contratti ad evidenza pubblica, nei quali il peculiare carattere di uno dei soggetti – la pubblica Amministrazione – influenza la natura e, quindi, anche il trattamento dell'intera fattispecie, secondo uno schema logico simile a quello del c.d. "*diritto dei consumatori*" e "*dei risparmiatori*" (schema logico che pure fa dipendere la natura e, quindi, il trattamento del contratto dalla peculiarità del soggetto)<sup>(349)</sup>.

---

1328/2008, più sopra citata.

<sup>(349)</sup> La propensione ad utilizzare la figura della nullità relativa per la ricostruzione concettuale della fattispecie del contratto stipulato dalla p.A. con un privato in esito ad un procedimento autoritativo viziato trova, infatti, conferma in una tendenza emersa nella dottrina civilista, soprattutto sotto l'impulso delle suggestioni esercitate sui civilisti dal c.d. "*nuovo diritto dei contratti*" di matrice prevalentemente comunitaria e come tale svincolato dal rigore delle categorie dogmatiche tradizionali della nostra letteratura: nella tendenza, cioè ad unificare una varietà di fattispecie - emerse, appunto, nella nuova normativa di matrice sopranazionale - in un'unica categoria di "*nullità speciali*", quasi sempre connotate dal carattere della relatività, ossia della loro previsione a tutela dell'interesse di una soltanto delle parti del contratto e, in quanto tali, azionabili solo dalla parte interessata: cfr., in tal senso, L.V. MOSCARINI, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, op. cit., p. 605 ss., il quale ricorda, appunto, che la figura della

Numerosi sono, del resto, più in generale, gli elementi di esorbitanza del regime dei rapporti contrattuali della p.A. e della relativa tutela giurisdizionale rispetto al modello comune del diritto privato <sup>(350)</sup>.

La contrattualistica della p.A. è tutta costellata e connotata da clausole esorbitanti e da elementi di specialità.

Si pensi, in modo particolare, alla materia degli appalti di lavori pubblici, per la quale vige una disciplina particolare (ora raccolta nel nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con il D.Lgs. n. 163/2006), che risulta, anche per la fase di esecuzione del contratto, in più punti derogatoria di quella civilistica ordinaria.

Si consideri, in particolare, lo speciale istituto della “*rescissione*”, originariamente contemplato dall’art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F (successivamente recepito dall’art. 122 del regolamento di attuazione della legge n. 109/1994 nonché, ora, dall’art. 134 del D.Lgs. n. 163/2006), in

---

nullità speciale è emersa soprattutto in ambito giusprivatistico, con riferimento al c.d. diritto “*dei consumatori*” e al c.d. diritto “*dei risparmiatori*”, entrambi oggetto di tutela speciale rafforzata. Lo stesso Autore sottolinea, inoltre, che la figura della nullità speciale “*secondo un punto di vista ampiamente diffuso tra i giusprivatisti – ma non del tutto condivisibile – coincide in tutto e per tutto con il nuovo diritto civile, inteso, quale partizione della più ampia branca del diritto privato, come diritto dell’*homo civis*, contrapposto all’*homo oeconomicus*, imprenditore o “professionista”, protagonista del diritto dell’impresa unificato dalla codificazione del 1940-42 con l’abrogazione del vecchio codice di commercio*”. Sulla figura della nullità speciale, cfr. inoltre, dello stesso Autore, *La “nullità speciale” del contratto*, in *Diritto privato e interessi pubblici*, Milano, 2003, I, p. 387 ss.; nonché la monografia di G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

<sup>(350)</sup> Analogo il punto di vista espresso da P. CARPENTIERI, *Aggiudicazione e contratto*, op. cit. p. 10 ss..

forza del quale l'Amministrazione ha la facoltà di risolvere in qualunque tempo il contratto, mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite. Oppure, analogamente, l'ipotesi di rescissione unilaterale per frode o grave negligenza dell'appaltatore, di cui all'art. 340 della stessa legge n. 2248/1865 (recuperato nell'art. 118 del citato regolamento generale sui lavori pubblici e oggi trasfuso nell'art. 136 del Codice dei contratti pubblici).

Profili di specialità nei rapporti contrattuali con la p.A. sono offerti anche dalla materia della revisione dei prezzi e delle clausole revisionali, materia che rinviene la sua disciplina nell'art. 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, come sostituito dall'art. 44 della legge 23 dicembre 1994, n. 724 <sup>(351)</sup>.

Speciale è, inoltre, il regime della rinnovazione o proroga dei contratti di appalto con la p.A., giusta la previsione dell'art. 6 della legge n. 537/1993, come modificato dall'art. 44 della legge n. 724/1994 <sup>(352)</sup>.

Ulteriori "clausole esorbitanti" si rinvengono a proposito del regime dei crediti verso la p.A., degli interessi sulle obbligazioni pecuniarie della p.A. nonché sulla pignorabilità dei beni della p.A.; ed altri riferimenti utili in questo senso sono offerti dalla disciplina speciale del dissesto degli enti locali (contenuta nel titolo VIII della parte II del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267) nonché dalla problematica dei contratti di utenza nei servizi

---

<sup>(351)</sup> Ulteriori esemplificazioni a tale riguardo sono compiute da P. CARPENTIERI, *Aggiudicazione e contratto*, op. cit. p. 10 ss..

<sup>(352)</sup> Si veda, inoltre, sempre con riguardo alla materia degli appalti pubblici di lavori, la dettagliata disciplina speciale in tema di varianti in corso d'opera, pagamenti in acconto, anticipazioni, collaudo, rendicontazione, contabilità di lavori, ecc..

pubblici locali, per i quali i più recenti contributi di studio sembrano privilegiare “*un trend interpretativo pubblicistico*”, con un’analisi “*orientata alle deviazioni del contratto di utenza dal modello civilistico puro, determinate dalla stretta compenetrazione e dalla quasi in-distinzione, nell’erogazione del servizio pubblico, di aspetti organizzatori e di aspetti gestionali*”, con la conclusione che trattasi di contratti di natura mista o composita, “*derivante dalla commistione, nella disciplina positiva, di elementi di diritto pubblico ed elementi di diritto comune*” <sup>(353)</sup>.

Tali esemplificazioni testimoniano che i contratti della p.A. non sono sempre perfettamente adattabili agli schemi del diritto civile e che non è possibile ragionare della sorte del contratto dopo l’annullamento dell’aggiudicazione “a compartimenti stagni”, e cioè ritenere che, in ogni caso, finita la serie degli atti amministrativi si entri improvvisamente in un mondo nuovo e radicalmente diverso, che è quello della pariteticità del rapporto privatistico, con la conseguenza della assoluta insensibilità di tutto ciò che accade “al di là” del contratto rispetto a quello che è successo (o succede) “al di qua”, cioè prima del contratto.

Si avverte, peraltro, e sotto altro profilo, l’esigenza di soluzioni univoche ed efficaci sul piano pratico, più che perfettamente coerenti sotto il profilo dogmatico <sup>(354)</sup>.

In questa prospettiva, non si vede, insomma, ragione per discostarsi dalle conclusioni raggiunte dall’ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1328/2008 <sup>(355)</sup>, secondo cui la

---

<sup>(353)</sup> Così, espressamente, P. CARPENTIERI, *Aggiudicazione e contratto*, op. cit., pp. 26 ss..

<sup>(354)</sup> Analoghe considerazioni sono svolte da P. CARPENTIERI, *Aggiudicazione e contratto*, op. cit., pp. 26-27.

<sup>(355)</sup> Consultabile nella sede di lettura indicata nella precedente nota

riferita, necessaria pregiudizialità dell'annullamento dell'aggiudicazione, ai fini della dichiarazione della nullità del contratto su domanda della sola parte che ha proposto il ricorso, risulta imposta dalle *“esigenze di rispetto delle regole del giudizio amministrativo impugnatorio e che, di contro, l'applicazione alla fattispecie in esame dell'intera disciplina civilistica dell'azione di nullità si risolverebbe nella inammissibile disapplicazione delle regole che presiedono, a tutela dei pertinenti interessi pubblici, alla tutela giurisdizionale degli interessi lesi da provvedimenti amministrativi”* <sup>(356)</sup> (tale essendo, oltre che un atto negoziale, l'aggiudicazione nell'ipotesi ora considerata).

Un discorso simile non può, invece, essere condotto – ed è sotto tale profilo che si ritiene di doversi discostare dall'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1328/2008, sopra citata – nei casi in cui i diritti e gli obblighi contrattuali delle parti non siano insorti con forza immediatamente vincolante dal provvedimento di aggiudicazione conclusivo della gara <sup>(357)</sup>.

---

291.

<sup>(356)</sup> Quelle riportate sono le parole dell'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1328/2008, già più volte citata nel corso del presente Capitolo.

<sup>(357)</sup> A tale proposito l'ordinanza afferma che *“resta, tuttavia, anche in tale situazione, quel vincolo inscindibile tra fase pubblicistica (nella quale si seleziona il contraente) e fase privatistica (nella quale si forma l'accordo e si costituisce il vincolo negoziale) che potrebbe autorizzare le medesime conclusioni sulla nullità del contratto (anche se qui manca quell'effetto diretto di eliminazione dell'atto negoziale)”*, aggiungendo che *“si potrebbe, altrimenti, configurare l'aggiudicazione come una condizione di diritto del contratto di appalto, con la conseguenza che la sua eliminazione (e, quindi, il suo venir meno) determina la sopravvenuta inefficacia del negozio per l'intervenuto difetto di una situazione giuridica (la validità e l'efficacia dell'aggiudicazione), la cui persistenza ne condiziona (con valenza*

In tali ultimi casi <sup>(358)</sup>, non assumendo l'aggiudicazione valore anche negoziale – ed essendo il sorgere del vincolo contrattuale collegato alla formale stipulazione del contratto – l'annullamento dell'aggiudicazione non appare di per sé solo in grado di comportare “*quell'effetto diretto di eliminazione del contratto*” <sup>(359)</sup>, sembrando, invece, necessaria a tale scopo una espressa pronuncia giurisdizionale di annullamento del contratto.

Non si può, tuttavia, ignorare che anche nell'ipotesi ora considerata sussiste una dipendenza funzionale tra la fase pubblicistica (c.d. “ad evidenza pubblica”) nella quale si seleziona il contraente e la fase privatistica nella quale si forma l'accordo e si costituisce il vincolo negoziale, che, pur non essendo assimilabile ad un nesso di presupposizione tra atti amministrativi (idoneo a dar luogo ad un fenomeno di invalidità derivata) induce, comunque, a ritenere che l'annullamento dell'aggiudicazione debba in qualche modo incidere sulla validità e/o efficacia del contratto.

In questo senso depone, del resto, anche la considerazione

---

*risolutiva) l'idoneità a produrre i suoi effetti tipici*”. Tuttavia, come si è già sottolineato nel § 7 del presente Capitolo, la tesi della caducazione (o inefficacia) appare insostenibile in quanto teoricamente inaccettabile ed in contrasto con la disciplina applicabile al contratto; questa concezione non appare, perciò, particolarmente convincente, nemmeno ove se ne prospetti - come nell'ordinanza di rimessione - l'applicabilità alle sole ipotesi in cui l'aggiudicazione assume solo valore provvedimentale.

<sup>(358)</sup> Che, come si è illustrato *supra*, nel Capitolo I, § 7, sostanzialmente, corrispondono alle ipotesi in cui sia stato seguito – quale metodo di scelta del contraente privato – il procedimento dell'appalto-concorso o quello della trattativa privata, ovvero alle ipotesi in cui, pur essendo stati seguiti i meccanismi dell'asta e della licitazione privata, l'Amministrazione abbia espressamente previsto, nella *lex specialis* di gara, di rinviare alla formale stipulazione del contratto il sorgere del vincolo negoziale.

<sup>(359)</sup> Quelle riportate sono le parole dell'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1328/2008, più sopra citata.

che, al di là dello specifico inquadramento teorico, tutte le opinioni citate sembrano, comunque, propendere per l'inefficacia del contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione annullata.

La stessa questione rimessa all'esame dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato attiene, del resto, allo schema privatistico nel quale *“ascrivere l'inefficacia del contratto (non risultando, in definitiva, controverso tale effetto) quale conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione”* <sup>(360)</sup>.

Volendo formulare un'ipotesi di soluzione, mi sembrerebbe, perciò, preferibile, anche in tal caso (così come nel caso in cui l'aggiudicazione rivesta anche valore negoziale), una ricostruzione in termini di invalidità piuttosto che di inefficacia.

Del resto, come si è già posto in luce nell'espone le ragioni di critica avverso la tesi dell'inefficacia e/o caducazione <sup>(361)</sup>, non sembra logicamente corretto ipotizzare l'inefficacia del contratto senza assumere che esso sia (diventato) invalido e senza individuare con precisione un accadimento cui la legge o il contratto colleghino l'effetto di interrompere l'efficacia del contratto (che continuerebbe ad essere) valido. Tale accadimento – lo si è già sottolineato – non può essere individuato nel venir meno in tutto o in parte del procedimento ad evidenza pubblica, dato che quest'ultimo non può essere costruito come una “condizione legale di efficacia”: attenendo al modo di formazione del contratto il procedimento potrebbe influire, semmai, sulla validità del contratto.

Ponendosi, dunque, in questa prospettiva, si può ipotizzare che, nei casi in cui l'aggiudicazione – oggetto di annullamento –

---

<sup>(360)</sup> Così la più volte citata ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1328/2008.

<sup>(361)</sup> Si veda *supra*, il § 7 del presente Capitolo.

rivesta solo valore provvedimentoale, il contratto venga meno non già per l'operare di cause "esterne" alla fattispecie (valida) quanto piuttosto per l'operare di cause di invalidità alla fattispecie strettamente connesse.

In tali casi, la tesi tradizionale dell'annullabilità del contratto potrebbe non ritenersi superata ma apparire anzi ragionevole e condivisibile, come dimostra il fatto che recentemente autorevole dottrina ne ha proposto una "rivisitazione", in chiave pubblicistica, rinvenendo nella "*triangolazione tra annullamento – risarcimento in forma specifica – risarcimento per equivalente, poggiante sulla pregiudizialità amministrativa, nel quadro di un sistema processuale fortemente acceleratorio e imperniata sull'attribuzione al g.a. della scelta (articolo 7, comma 4, legge 205 del 2000) tra riparazione in forma specifica e risarcimento per equivalente ...il punto di equilibrio che l'ordinamento vuole realizzato tra l'interesse del ricorrente (interessato a che l'iniziativa non abbia corso a favore dell'aggiudicatario), l'interesse dell'aggiudicatario all'esecuzione del contratto e, soprattutto, l'interesse pubblico alla rapida conclusione della procedura per disporre, in tempi brevi, dell'opera pubblica*"<sup>(362)</sup>.

Ci si rende, comunque, conto che una tale impostazione

---

<sup>(362)</sup> A. DE ROBERTO, *Introduzione al tema sul potere pubblico e responsabilità civile*, in *Cons. Stato*, 2003, II, p. 391 ss.; al riguardo, può venire anche ricordato V. CERULLI IRELLI, op. cit., p. 1196, il quale, soltanto pochi anni fa, osservava che "*indubbiamente, la recente riforma della giurisdizione amministrativa (decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, artt. 33 ss.; legge 21 luglio 2000, n. 205), laddove introduce l'esperibilità dell'azione risarcitoria davanti al giudice amministrativo, rende più consistente questa tutela, perché consente di attribuire al ricorrente vittorioso il risarcimento dei danni subiti per non aver ottenuto il contratto cui aveva titolo (art. 35, d.lgs. n. 80/1998 cit., come sost. dall'art. 7, l. n. 205/2000 cit.)*".

potrebbe essere posta in dubbio da chi considera l'annullabilità rimedio insoddisfacente soprattutto perché rimette la sorte del contratto alla scelta dell'Amministrazione, nonostante proprio quest'ultima sia rimasta soccombente nel giudizio amministrativo promosso contro l'atto di aggiudicazione dell'appalto, così comportando il sacrificio dell'interesse di chi ha ottenuto la vittoria nel medesimo giudizio, contro il controinteressato ma anzitutto contro l'Amministrazione<sup>(363)</sup>.

Tuttavia, questa obiezione (che costituisce forse il limite più significativo della tesi dell'annullabilità del contratto), potrebbe essere superata attraverso un coordinamento tra i rimedi propri del processo amministrativo e quelli del processo civile – che appare possibile in virtù del peculiare regime dei contratti della p.A.<sup>(364)</sup> – al fine di consentire l'esercizio dell'azione civile di invalidità del contratto ad un soggetto (il ricorrente nel giudizio amministrativo) il cui interesse è già stato verificato in relazione all'impugnazione del provvedimento amministrativo, ma che necessita di una pronuncia di invalidità del contratto perché la propria posizione soggettiva, in relazione al medesimo bene della vita, sia interamente tutelata di fronte all'illegittimità dell'azione amministrativa.

Emerge, allora, la necessità di un'attenta “revisione” della tesi

---

<sup>(363)</sup> La tesi tradizionale dell'annullabilità relativa preclude, infatti, all'aspirante aggiudicatario, soggetto concretamente leso dall'aggiudicazione illegittima, la possibilità di far valere l'invalidità del contratto, prospettando che tale legittimazione spetti solo all'Amministrazione, nel cui solo interesse sarebbe disposto l'annullamento del contratto.

<sup>(364)</sup> Sul quale ci si è soffermati più sopra, nel trattare della “sorte” del contratto nel caso in cui la pronuncia di annullamento del giudice amministrativo concerna procedure di affidamento di appalti pubblici con i sistemi del pubblico incanto o della licitazione privata.

dell'annullabilità del contratto <sup>(365)</sup>, al fine di verificare se alcuni fondamenti teorici su cui poggia – tra cui l'attribuzione della legittimazione a far valere l'annullabilità del contratto alla sola Amministrazione – non risultino, ormai, privi di attualità, senza che ciò debba necessariamente condurre ad un definitivo

---

<sup>(365)</sup> Significativa della prospettiva di riflessione qui appena delineata appare la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629, in *Riv. Trim. App.*, 2007, p. 213 ss., alla quale si può riconoscere il pregio di costituire un'innovazione rispetto al quadro delle posizioni più tradizionali della Cassazione.

Benché nelle argomentazioni esposte nella pronuncia *de qua* non vi sia traccia di una “radicale” rivisitazione della suddetta tesi tradizionale, quest'ultima viene fatta oggetto di un'operazione di definizione dei confini della relativa operatività, seguendo un percorso argomentativo analogo a quello seguito nel presente lavoro. Da un lato, la Corte conferma, infatti, la validità del principio dell'annullabilità del contratto, riconducendolo “*alla natura e alla funzione della delibera a contrarre adottata dalla pubblica Amministrazione che (unitamente agli atti procedurali antecedenti) costituisce attività interna alla stessa Amministrazione, meramente preparatoria e alla quale resta del tutto estranea ed indifferente l'eventuale adesione del contraente privato, in un'ottica di piena autonomia logica e giuridica della fase amministrativa rispetto alla fase negoziale dell'attività della pubblica amministrazione*”. “*Poiché, dunque – rileva la Corte – anche nell'ambito dell'evidenza pubblica, al pari di quanto avviene nei rapporti fra privati, il rapporto negoziale troverebbe la propria fonte genetica nella stipulazione del contratto, la validità dello stesso resterebbe condizionata dalla mancanza, dai vizi e/o dall'annullamento del procedimento formativo della volontà dell'ente, rilevabile, ex art. 1441, cod. civ., dalla sola pubblica amministrazione nel cui interesse il procedimento stesso sarebbe prescritto*”. Ciò detto, la Corte evidenzia che questo principio non trova, però, applicazione nelle ipotesi in cui i diritti e gli obblighi delle parti – in virtù dell'operatività del principio dell'equivalenza del verbale di aggiudicazione al contratto, introdotto dal legislatore per gli appalti svolti con i sistemi dell'asta e della licitazione privata – “*sono insorti con forza immediatamente vincolante dal provvedimento di aggiudicazione conclusivo della gara*”; in tali fattispecie, “*la pronuncia di annullamento del provvedimento di aggiudicazione determinerebbe, automaticamente e con effetti ex tunc, la caducazione del contratto nel frattempo stipulato*”. Nel medesimo senso si è espressa, più recentemente, Cass. Civ., Sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906, in *www.lexitalia.it*.

superamento di tale tesi, che continua ad apparire la più adeguata a spiegare il problema del rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e contratto, nel caso degli appalti svolti con sistemi diversi da quelli del pubblico incanto e della licitazione privata <sup>(366)</sup>.

---

<sup>(366)</sup> Tali conclusioni sembrano conservare la loro validità, anche a seguito della sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 28 dicembre 2007, n. 27169 e della decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 30 luglio 2008, n. 9 (entrambe consultabili nel sito internet [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)).

Con la prima delle pronunce citate la Cassazione, come noto, ha affermato, in via esclusiva, la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda volta ad ottenere tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o l'annullamento del contratto di appalto, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica. In ciascuno di questi casi – ha osservato la Cassazione – la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta suddetta, ma il successivo rapporto di esecuzione che si concreta nella stipulazione del contratto di appalto, del quale i soggetti interessati chiedono di accertare un aspetto patologico, al fine di impedirne l'adempimento; inoltre – si afferma nella stessa decisione – le situazioni giuridiche soggettive delle quali si chiede l'accertamento negativo hanno consistenza di diritti soggettivi pieni ed il giudice è comunque chiamato a verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui l'atto negoziale è sorto, ovvero è destinato a produrre i suoi effetti tipici.

Con tale decisione – che ha sollevato voci di plauso in uno con opinioni fortemente critiche – la Corte ha valutato la legittimità dell'intervento del giudice ordinario sul contratto, prescindendo dall'analisi dell'una o dell'altra tesi (nullità, annullabilità, inefficacia o caducazione automatica): di tal guisa la Corte non si è espressa, nemmeno in via di *obiter dictum*, circa la patologia inficiante il contratto, ma ha concentrato le proprie argomentazioni sulla distinzione di fondo tra la fase pubblicistica dell'appalto e la fase di esecuzione del rapporto contrattuale.

Nella prospettiva cui ha aderito la Corte, il procedimento ad evidenza pubblica rimane, *in primis*, un complesso specifico di regole, volte a disciplinare unicamente l'azione amministrativa del soggetto sottoposto all'adozione di determinate condotte, e a tutelare i pubblici interessi. L'uso dell'espressione "*procedure di affidamento*" – già contenuta nell'art. 6 della legge n. 205/2000 e successivamente trasfusa nell'art. 244, comma 1, del

---

Codice dei contratti pubblici – senza alcun riferimento alla successiva fase di affidamento, e quindi né alla stipulazione del contratto né alle controversie peculiari del rapporto contrattuale in essere, secondo la Suprema Corte, dimostrerebbe come il legislatore abbia inteso delimitare la complessiva serie degli atti del procedimento di gara, tenendo ben distinta da essa la fase di esecuzione, la quale, invece, postulando un rapporto in essere e l'esistenza di soli diritti soggettivi, ha natura tipicamente privatistica. Con la conseguenza che le domande volte ad ottenere la declaratoria di nullità o l'annullamento del contratto per vizi della volontà o per altre cause previste dagli artt. 1418 ss., riguardando la validità negoziale di un rapporto di natura privatistica, esulano da detta giurisdizione per rientrare nella cognizione del giudice ordinario (cfr., sul punto, il commento di L. PATTONELLI, *Annullamento degli atti di gara e sorte del contratto*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 320 ss.).

Dal delineato orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – secondo cui sussiste la giurisdizione civile volta ad ottenere, con efficacia di giudicato, l'accertamento dell'inefficacia e/o invalidità del contratto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo – ha ritenuto di non doversi discostare l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 9/2008 sopra citata.

Con tale decisione, l'Adunanza Plenaria, pronunciandosi in merito alle sole questioni di ordine processuale oggetto di rimessione da parte della Quinta Sezione (e, in particolare, sul problema dell'individuazione del giudice competente a conoscere delle questioni inerenti alla validità e alla inefficacia del contratto), e tralasciando di affrontare la questione (qui oggetto di specifico esame) relativa alle conseguenze che l'annullamento dell'aggiudicazione comporta sul contratto già stipulato, ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di primo grado e riproposta nel giudizio di appello, volta a far accertare – con efficacia di giudicato – l'avvenuta caducazione del contratto d'appalto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Seguendo il percorso interpretativo già delineato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sopra citata sentenza n. 27169/2007, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che “*sussiste la giurisdizione del giudice civile quando si intendano far accertare – con efficacia di giudicato – le conseguenze che la medesima sentenza ha prodotto sul contratto*” (restando, in tal modo, estranea alla cognizione del giudice amministrativo la domanda di reintegrazione in forma specifica, pure prevista insieme al risarcimento per equivalente dall'art. 35 del D.Lgs. n. 80/1998, come sostituito dall'art. 7 della legge n. 205/2000).

Ha osservato, tuttavia, la stessa Adunanza Plenaria che “*la separazione imposta dall'art. 103, co. 1, Cost. tra il piano negoziale e quello*

---

*procedimentale, se preclude ogni pronunzia da parte del giudice amministrativo sul regolamento di rapporti con l'aggiudicatario connessi all'annullamento dell'atto illegittimo (Cass. SS.UU. 28 dicembre 2007, n. 27169), non incide in alcun modo sulla realizzazione in concreto dell'effetto conformativo sia da parte dell'amministrazione, nell'esecuzione spontanea del giudicato, sia da parte del giudice dell'ottemperanza, nell'eventuale fase dell'esecuzione", aggiungendo che "anche nell'emanare i provvedimenti ulteriori che conseguono all'effetto caducatorio dell'annullamento dell'aggiudicazione della gara, l'amministrazione deve tenere conto dei principi enunciati nella sentenza di annullamento e delle conseguenze giuridiche determinate dal suo contenuto ed orientare conseguentemente la sua ulteriore azione". "Rispetto a tali provvedimenti – ha concluso l'Adunanza Plenaria – il sindacato del giudice amministrativo è pieno e completo, investendo situazioni che restano esclusivamente nel campo del diritto pubblico e che non si intersecano mai con il piano dei diritti soggettivi sorti dal vincolo contrattuale imperniato sull'aggiudicazione annullata".*

Pronunciandosi in merito alla sola questione di giurisdizione e rimettendo al giudice ordinario l'individuazione degli effetti che la pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione comporta, sul piano sostanziale, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato non sembra aver voluto prendere posizione in termini conclusivi su una fattispecie di difficile inquadramento sistematico, in ordine alla quale si rimane in attesa di un intervento del legislatore, la cui occasione potrebbe forse essere costituita dal recepimento della direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti (sulla quale ci si è soffermati nella nota 197).

In ogni caso, almeno ad avviso di chi scrive, tale pronuncia, fortemente restrittiva degli spazi della giurisdizione amministrativa, non appare condivisibile allorché afferma che la fase pubblicistica rappresenta sempre il limite di operatività della giurisdizione esclusiva (anche nelle ipotesi in cui l'aggiudicazione segni, nel contempo, la conclusione del contratto), individuando, in ogni caso, nel giudice ordinario il giudice competente a conoscere della validità del contratto, senza distinguere a seconda della qualificazione giuridica (negoziale o solo provvedimentale) che si voglia attribuire all'atto di aggiudicazione.

Ha osservato, in proposito, molto correttamente, il T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. I, con la sentenza 8 maggio 2008, n. 1380 (in *Urb. e app.*, 2008, p. 1026 e ss.), con nota di L. GAROFALO, che il recente orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la decisione n. 27169/2007 (poi fatto proprio, come si è visto, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 9/2008) a favore della giurisdizione

---

ordinaria, se di certo *“non può essere ignorato e neppure disatteso, provenendo dal giudice della giurisdizione (art. 111, u.c., Cost.)”*, non è comunque *“immune da rilievi critici”* e non è *“ancora consolidato come è comprovato dalla successiva Cass. I sez., n. 9906/2008 (che sposa la tesi della caducazione automatica del contratto “senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto”) e dalla ricordata ordinanza del Cons. St., V, n. 1328/2008 che ha rimesso la questione all’adunanza plenaria”*.

Il T.A.R. Lombardia ha, inoltre, osservato come non si possa non tener conto della rilevanza che *in subiecta materia* assume il quadro normativo comunitario, sia in ordine alla ricostruzione della *ratio* e degli scopi della disciplina sulle procedure ad evidenza pubblica (che, come giustamente rilevato dal Giudice lombardo, devono identificarsi nella tutela della concorrenza piuttosto che, secondo l’originaria impostazione contabilistica, in quella dell’economicità dell’azione amministrativa), sia relativamente all’attenzione che esso pone sull’effettività della tutela giurisdizionale che, osserva, ancora il T.A.R. Lombardia, *“campeggia nella giurisprudenza consolidata della Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte di Giustizia e che impone al giudice interno di assicurare una tutela piena delle situazioni giuridiche soggettive direttamente protette dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e dall’ordinamento comunitario (con particolare riferimento al diritto CEDU, le cui norme sono riconosciute ora integrare, secondo la tecnica delle norme interposte, il parametro di costituzionalità introdotto dal novellato art. 117 co. 1 Cost., v. Corte cost. n. 348-349/2007)”*.

In questa prospettiva, ed accennando ai riflessi estremamente rilevanti che la Direttiva ricorsi n. 66 del 2007 è suscettibile di esplicitare sull’ambito e sulla natura della giurisdizione del giudice amministrativo, la sentenza individua una originale soluzione nell’art. 8 della legge T.A.R. (ma già nell’art. 28 del R.D. n. 1054/1924), che autorizza il giudice amministrativo, nelle materie (ovvero nei settori di materia) in cui non ha giurisdizione, a decidere *“con efficacia limitata di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale”*. *“Nel caso in esame – ha rilevato il T.A.R. Lombardia – in coerenza con la ricordata evoluzione dell’oggetto del giudizio amministrativo nel ricorso di piena giurisdizione, la questione principale è data dalla pretesa del ricorrente al “bene della vita” aggiudicazione dell’appalto”*. *“Di questa pretesa – ha concluso il giudice lombardo – fatta valere anche con la domanda di risarcimento in forma specifica, la permanenza del contratto ad onta dell’annullamento dell’aggiudicazione che ne costituisce il presupposto, costituisce all’evidenza un fatto impeditivo ... che giustifica una pronuncia incidenter tantum sul contratto”*.

---

Come è stato posto in luce da autorevole dottrina – cfr. M.A. SANDULLI, *Il T.A.R. Lombardia bypassa il problema della giurisdizione e decide incidenter tantum sulle sorti del contratto (a margine della sentenza Sez. I, 8 maggio 2008, n. 1380)*, consultabile in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) – i giudici milanesi, attraverso una impostazione rispettosa delle linee fissate dalla Corte regolatrice e dei tradizionali canoni di lettura del sistema e al tempo stesso modernamente aperta alle spinte del diritto comunitario e della massima effettività della tutela sostanziale, hanno posto così “*una nuova, importante, pietra in favore della “piena tutela” della concorrenza*”.

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Gare: l'annullamento dell'aggiudicazione rende non valido il contratto già stipulato – L'esistenza della nullità del negozio giuridico può essere rilevata d'ufficio dal giudice*, in *Guida al dir.*, 2003, n. 3, p. 99 ss..

AA.VV., *Le cause sulla sorte del contratto d'appalto rientrano nella giurisdizione amministrativa – L'annullamento di aggiudicazione della gara rende inefficace l'atto stipulato in origine* (commento a Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Guida al dir.*, 2003, n. 37, p. 74 ss..

ACQUAFRESCA G., *Invalidità caducante ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, p. 139 ss..

ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

ANCORA F., *Annullamento dell'aggiudicazione, nuovi tipi di invalidità e sorte del contratto*, in *Giur. Merito*, 2004, n. 7, p. 1482 ss..

ANELLI C., *Pubblico e privato in materia di contratti dello Stato e degli enti pubblici*, in *Cons. Stato*, 1966, p. 333 ss..

BARBERO M., *Annullamento dell'aggiudicazione e vizio del contratto* (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465), consultabile presso il sito internet [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

BARBIERI E.M., *Annullamento della gara pubblica ed annullamento del contratto: un problema di giurisdizione*, in *Riv. Trim. App.*, 2001, n. 4, p. 721 ss..

BARDUSCO A., *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974.

BIANCA C.M., *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000, p. 610 ss..

BUONANNO F., *Perfezionamento del contratto d'appalto: il punto di vista dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici* (commento alla determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 2 ottobre 2002, n. 24), in *Urb. e app.*, 2002, p. 1392 ss..

BUSCEMA S. – BUSCEMA A., *I contratti della p.a.*, nel *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da G. SANTANIELLO), vol. VII, Padova, 1987, p. 22 ss..

CAIANIELLO V., *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994.

CANNADA BARTOLI E., *Attività amministrativa ed attività privata in tema di autorizzazione agli acquisti di contratti di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1960, II, p. 53 ss..

CANNADA BARTOLI E., voce *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. Dir.*, II, 1958, p. 496 ss..

CAPOZZI S., *L'invalidità parziale dell'atto amministrativo*, Napoli, 1987.

CAPUTO O.M., *Nullità del contratto d'appalto, risarcimento in forma specifica e pregiudiziale amministrativa. Un'impossibile conciliazione* (commento a T.A.R. Campania, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177), in *Urb. e app.*, 2002, p. 1218 ss..

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

- CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005.
- CARNELUTTI F., *Contratto e diritto pubblico*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931, p. 246 ss..
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.
- CARPENTIERI P., *Aggiudicazione e contratto*, reperibile presso il sito internet [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- CARPENTIERI P., *Annulamento dell'aggiudicazione e contratto* (commento a Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, p. 1 ss..
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- CERULLI IRELLI V., *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, (commento a T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177), in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, p. 1195 ss..
- CIANFLONE A. – GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999.
- CIANFLONE A. – GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003.
- CINTIOLI F., *Annulamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, cit., reperibile presso il sito internet [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- CORAGGIO G., *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, p. 776 ss..
- CORLETTO D., voce *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIV, 1999, p. 570 ss..

CORSO A.M., *Atto amministrativo presupposto e ricorso giurisdizionale*, Padova, 1990.

DE LISE P., *Nuovi profili della giurisdizione amministrativa*, consultabile in [www.regione.taa.it/giunta/conv/tar-trento/relazioni/relDELISE.htm](http://www.regione.taa.it/giunta/conv/tar-trento/relazioni/relDELISE.htm).

DE NARDI F., *Effetti dell'annullamento degli atti di gara sul contratto d'appalto*, in *Riv. Trim. App.*, 2003, p. 890 ss..

DE NICTOLIS R., *Commento all'art. 23*, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, commentario a cura di F. Caringella, Milano, 1999, p. 713 ss..

DE NICTOLIS R., *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2007.

DE NICTOLIS R., in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. Garofoli e M.A. Sandulli, Milano, 2005, p. 401 ss..

DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1985, p. 435 ss..

DE ROBERTO A., *Introduzione al tema sul potere pubblico e responsabilità civile*, in *Cons. Stato*, 2003, II, p. 391 ss..

DI MAJO A., voce *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, p. 52 ss..

DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

ELMOSI G., ROTONDI M., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999.

FANTINI S., *Gli effetti sul contratto dell'annullamento*

*dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 751 ss..

FERRARA M. - PANASSIDI G., *Commento alla determinazione n. 24 del 2 ottobre 2002*, in *Guida agli Enti locali*, 2002, n. 46, p. 57 ss..

FOX V., *Annullamento degli atti di gara ed invalidità del contratto d'appalto (note a margine di T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I – sentenza 28 gennaio 2003 n. 394)*, reperibile presso il sito internet [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

FRANCHINI F., *Pubblico e privato nei contratti della p.a.*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1962, p. 35 ss..

GAROFALO L., *Impugnazione dell'atto presupposto e onere di impugnazione dell'atto consequenziale*, *Dir. Proc. Amm.*, 2000, p. 344 ss..

GAROFALO L., *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, volume IV, Padova, 2007, p. 189 ss. nonché in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, p. 139 ss..

GAROFALO L., *Sulla figura legislativa della caducazione del contratto*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 1026 ss..

GARRI F., *Contratto di diritto privato degli enti pubblici*, in *Nss. D.I.*, Appendice, II, Torino, 1981, p. 682 ss..

GATTAMELATA S., *Effetti dell'annullamento sugli atti consequenziali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1991, p. 308 ss..

GATTI M., *Aggiudicazione provvisoria e definitiva: una distinzione attuale?*, in *Riv. Trim. App.*, 2003, p. 168 ss..

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1993.

GHERGHI V., *Effetti della invalidità del procedimento ad evidenza pubblica sui contratti nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuova rass.*, 1995, p. 1334 ss..

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988.

GOISIS F., *In tema di conseguenze sul contratto dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione conclusivo di procedimento ad evidenza pubblica e di giudice competente a conoscerne* (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218; Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332; Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992; Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, p. 177 ss..

GRECO G., *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, p. 132 ss..

GRECO G., in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F. Scoca, vol. II, Bologna, 2001, pp. 1734-35.

GRECO G., *La direttiva 2007/66/ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

GUICCIARDI E., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1954.

IEVA L., *Annullamento degli atti dell'evidenza pubblica e nullità del contratto di appalto* (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218), in *Foro amm., C.d.S.*, 2003, p. 964 ss..

INGROSSO G., *Istituzioni di diritto finanziario*, vol. I, Napoli, 1935.

LA ROCCA P., *Il contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche*, Rimini, 1991.

LIPARI M., in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Milano, 2001, p. 459 ss..

LIPARI M., *Il processo in materia di infrastrutture e di insediamenti produttivi strategici*, in *Dir. Formazione*, 2002, p. 1519 ss..

LIPARI M., *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità e inefficacia: la reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. e formazione*, 2003, p. 245 ss..

LIPARI M., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2008, XLV.

LOPILATO V., *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2006, p. 1519 ss..

LUBRANO F., *L'atto amministrativo presupposto*, Milano, 1967.

MANFREDI G., *Aggiudicazione e stipulazione dei contratti dell'amministrazione*, in *Serv. Pubbl. App.*, 2003, p. 92 ss..

MANTOVANI M., *Divieti legislativi e nullità del contratto*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1987, II, p. 68 ss..

MARCELLO A., *Caducazione automatica del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione*, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 1160 ss..

MARCHETTI B., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, p. 93 ss..

MARUOTTI L., *Il giudicato*, in *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo speciale*, vol. IV, Milano, 2000, p. 3363 ss..

MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della p.a.*, Milano, 1982.

MASSERA A., in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, p. 1592 ss..

MELE E., *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1998.

MERUSI F., *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2004, p. 569 ss..

MIGUIDI M., *Appalti di lavori pubblici dopo il regolamento generale*, Milano, 2000.

MINEO G., *Nota di commento a Cass. Civ., Sez. I, 17 giugno 1985, n. 3642, cit.*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1986, I, p. 284 e ss..

MONTEDORO G., *I rapporti tra l'evidenza pubblica e contratto di appalto*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 918 ss..

MONTEDURO M., *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418, comma 1, c.c.: una radicale "svolta" della giurisprudenza tra luci ed ombre* (nota a T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177), in *Foro amm., T.A.R.*, 2002, p. 2591 ss..

MOSCARINI L.V., *La "nullità speciale" del contratto*, in *Diritto privato e interessi pubblici*, Milano, 2003, I, p. 387 ss..

MOSCARINI L.V., *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988.

MOSCARINI L.V., *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, p. 597 ss..

MUCIO C., *I contratti di diritto privato della pubblica amministrazione* (nota a Cass. Civ., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269), in *Contratti*, 1997, p.

128 ss..

MUCIO C., *Mancata aggiudicazione e autotutela della p.a.* (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 13 gennaio 1999, n. 22), in *Urb. e app.*, 1999, p. 509 ss..

NIGRO M., voce *Deliberazione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 1009 ss..

PAGLIARI G., *Contributo allo studio della c.d. invalidità successiva dei provvedimenti amministrativi*, Padova, 1991.

PAOLANTONIO N., *Brevi considerazioni sull'istituto dell'aggiudicazione nei sistemi di gara ad asta pubblica e licitazione privata*, in *Riv. Corte conti*, 1989, p. 345 ss..

PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Milano, 1995.

PATTONELLI L., *Annulamento degli atti di gara e sorte del contratto*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 320 ss..

PERICU G., in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F. Scoca, vol. II, Bologna, 2001, p. 1626 ss..

PIERACCIOLI G., *Il procedimento contrattuale con riferimento alla più recente legislazione. Aggiudicazione e stipula contrattuale*, in *Amm. It.*, 1991, p. 1476 ss..

POLI V., *Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2002.

PUGLIESE F., *Le procedure di conclusione dei contratti*, in AA.VV., *Appalto di opere pubbliche*, a cura di P. Marzano, Roma, 1987, p. 132 ss..

QUARTULLI A., *Bandi di gara e inviti a licitazioni private*, in AA. VV., *Appalto di opere pubbliche*, a cura di P. Marzano, Roma, 1987, 113 ss..

RESCIGNO P., *Legittimazione (Diritto sostanziale)*, in *Nss. D.I.*, Torino, 1963, p. 718.

ROHERSSEN G., *I lavori pubblici*, Torino, 1971, p. 284 ss..

ROMANO S.A., *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979.

RUIU T., *Ancora sulla sorte del contratto di appalto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione: la tesi dell'inefficacia sopravvenuta, i risvolti sulla giurisdizione, la tutela riparatoria*, in *Riv. Trim. App.*, 2008, p. 237 ss..

SACCO R., voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 293 ss..

SALANITRO U., *Violazione delle norme imperative nei contratti della pubblica amministrazione e legittimazione ad agire del terzo pretermesso* (nota a Cass. Civ., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269), in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 518 ss..

SANDULLI A.M., *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della p.a.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, p. 1 ss..

SANDULLI A.M., *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1982, p. 21 ss..

SANDULLI A.M., *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario dell'istituzione del Consiglio di Stato*, tenuto a Torino nel 1981, Milano, 1983, p. 306 ss..

SANDULLI A.M., *Spunti sul regime dei contratti di diritto privato dell'amministrazione*, in *Foro It.*, 1953, p. 149 ss..

SANDULLI M.A., *Il T.A.R. Lombardia bypassa il problema della giurisdizione e decide incidenter tantum sulle sorti del contratto (a margine della sentenza Sez. I, 8 maggio 2008, n. 1380)*, consultabile in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983.

SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1993.

SATTA F., *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 645 ss..

SCALISI V., voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 333 ss..

SCHILLACI R.M., *Contratti ad evidenza pubblica: scelta del contraente nell'asta pubblica e nella licitazione privata*, in *Nuovo dir.*, 1987, p. 373 ss..

SCIARROTTA G., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorti del contratto*, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 1164 ss..

SCOCA F.G., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2007, p. 797 ss. (e in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 1/2007).

SCOCA F.G., *Novità normative interne e comunitarie sulla disciplina contrattuale*, in *Avv. Enti pubbl.*, 1980, p. 77 ss..

SEPE O., voce *Contratto (dir. amm.): b) Contratti della pubblica*

*Amministrazione*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 986 ss..

SORACE, D., *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2002.

SORDI B., *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 483 ss..

SPAGNUOLO VIGORITA V., *Rilevanza di elementi extratestuali ai fini della interpretazione e della validità dei contratti privati della p.a.*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1961, p. 534 ss..

STECCANELLA M., *La “caducazione automatica” e la consequenziale inefficacia del contratto concluso con l’aggiudicatario illegittimamente dichiarato tale: si definisce la “nuova” giurisdizione “di rapporto”*, in *Contr. St.*, 2003, p. 666 ss..

STELLA RICHTER P., *L’inoppugnabilità*, Milano, 1970.

STICCHI DAMIANI E., *La “caducazione” del contratto per annullamento dell’aggiudicazione alla luce del Codice degli appalti*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2006, p. 3719 ss..

STICCHI DAMIANI E., *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, p. 633 ss..

STICCHI DAMIANI E., *La nozione di appalto pubblico*, Milano, 1999.

TITOMANLIO F., *Risorse a rischio se il contratto non scatta con l’aggiudicazione*, in *Edilizia e Territorio de Il sole 24ore* del 16/11/2002, p. 4 ss..

TOMMASINI R., voce *Invalidità (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1964, p. 575 ss..

TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano,

1994.

TOSI L., *Verbale di aggiudicazione e perfezionamento del contratto negli appalti pubblici*, in *www.lexitalia.it*, n.1/2004.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1994.

TRIMARCHI BANFI F., *Questioni in tema di contratti di diritto privato dell'Amministrazione Pubblica*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, IV, Modena, 1996, p.1675 ss..

VALAGUZZA S., *Illegittimità della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validità del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, I, p. 284 ss..

VALLA L., *Annullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica e contratto: due decisioni a confronto* (commento a Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7470; Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666), in *Urb. e app.*, 2004, p. 192 ss..

VARONE S., *L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica* (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 maggio 2003, n. 2332), in *Foro amm., C.d.S.*, 2003, p. 1648 ss..

VARRONE C., *L'invalidità del provvedimento amministrativo e i suoi riflessi, nelle procedure ad evidenza pubblica, sul contratto concluso dalla p.a. con l'aggiudicatario*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 299 ss..

VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.

VIPIANA P.M., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990.

VIRGA P., *Caducazione dell'atto amministrativo per effetto travolgente*

*dell'annullamento giurisdizionale*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, p. 687 ss..

VISONE A., *Gli appalti dei pubblici servizi*, Firenze, 1996.

VOLPATO M., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto. Rapido excursus degli orientamenti prevalenti*, in *Contr. St.*, 2004, p. 116 ss..