

# L'AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO. ANNULLAMENTO E SORTI DEL CONTRATTO\*

di Giovanni Giofré\*\*

**SOMMARIO:** 1. L'aggiudicazione – 2. Il verbale di aggiudicazione come contratto – 3. Annullamento delle procedure di gara in generale – 3.1. Annullamento in autotutela d'ufficio – 3.2. Annullamento in sede giurisdizionale – 3.2.1. Caducazione – 3.2.2. Inefficacia – 4. Contratto nullo, annullabile – 4.1. Contratto nullo – 4.2. Contratto annullabile.

## 1. L'AGGIUDICAZIONE

Il procedimento per la scelta del “giusto contraente” da parte della Pubblica Amministrazione, anche se articolato in diverse fasi, ha carattere unitario e si conclude con l'aggiudicazione definitiva o, in assenza di offerte valide, con la dichiarazione di “gara infruttuosa”. Nella seconda ipotesi, valutati i motivi per i quali l'esperimento di gara non è andato a buon fine, l'Amministrazione appaltante può procedere ad un nuovo esperimento di gara<sup>1</sup>. Sul punto è utile evidenziare che l'aggiudicazione di una gara vincola immediatamente l'impresa mentre i vincoli per l'Amministrazione appaltante sorgono con la stipula del contratto, il quale non si differenzia da qualsiasi altro contratto concluso dalla medesima amministrazione.

Conclusa la procedura di gara che rappresenta il momento di incontro tra la volontà dell'amministrazione pubblica, di concludere un contratto, e la volontà del privato che, aderendo all'invito dell'amministrazione, diramato tramite il bando di gara, ha manifestato la sua offerta, accettata dalla stazione appaltante, si passa alla fase successiva della stipula del contratto.

## 2. IL VERBALE DI AGGIUDICAZIONE COME CONTRATTO

Sul punto si evidenzia che il verbale di aggiudicazione, con le dovute previsioni inserite nel bando di gara, può essere idoneo a perfezionare la volontà contrattuale ed a far nascere immediatamente diritti e obblighi di natura intersoggettiva fra aggiudicatario e Amministrazione. Sul punto va detto che nulla potrebbe impedire alla P.A., in talune categorie di appalti, di definire la

---

<sup>1</sup> Giofré Giovanni, “Le clausole del bando di gara – vero campo minato”, in «ALTALEX» – Quotidiano scientifico di informazione giuridica, pubblicato su Internet all'indirizzo <http://www.altalex.com>, ISSN 1720-7886, Giugno 2009, pag. <http://www.altalex.com/index.php?idnot=46584>.

procedura concorsuale obbligatoria di scelta del contraente privato, mediante un provvedimento autoritativo di aggiudicazione, che costituisca in pari tempo atto conclusivo del procedimento di gara ed estrinsecazione dell'accordo delle parti contraenti.

Qualora, però, l'Ente appaltante decida di vincolarsi esclusivamente al momento della formale stipula del contratto è solo detto strumento negoziale che rappresenta la vera e unica fonte dei diritti e degli obblighi di entrambe le parti.

L'incontro delle volontà delle parti segna l'inizio della procedura per quanto riguarda il momento della stipulazione e procede poi in tutte le vicende nelle quali si articola la sua esecuzione. Sul punto va sottolineato ancora che l'ente pubblico si pone nei confronti della controparte su un piano paritario ed esso stesso è vincolato al regime giuridico della sequenza costituita dalla fase preliminare, disciplinata dalle regole dell'evidenza pubblica e dalla fase contrattuale che attiene alla fase delle prestazioni e contro prestazioni a carico delle parti contraenti.

A tale proposito va ricordato che la Corte Costituzionale in un suo recente orientamento ha avuto modo di sottolineare che *«L'attività contrattuale della P.A., funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, si caratterizza per la esistenza di una struttura bifasica: al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue infatti un momento negoziale. Nella prima fase di scelta del contraente, l'amministrazione agisce secondo predefiniti moduli procedimentali di garanzia per la tutela dell'interesse pubblico, ancorché siano contestualmente presenti momenti di rilevanza negoziale, dovendo la pubblica amministrazione tenere, in ogni caso, comportamenti improntati al rispetto, tra l'altro, delle regole della buona fede. La seconda fase, che ha inizio con la stipulazione del contratto (si veda art. 11, comma 7, del codice dei contratti pubblici) e ricomprende l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale, incluso l'istituto del collaudo, si connota per la normale mancanza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico, sostituiti dall'esercizio di autonomie negoziali»<sup>2</sup>.*

Va detto anche che la stipula del contratto, che non attiene alla fase di scelta, ma a quella di instaurazione del rapporto obbligatorio fra le parti, rappresenta lo spartiacque tra la fase pubblicistica del rapporto e quella paritetica di esecuzione,

La separazione delle due fasi, oltre che dalla giurisprudenza, è ribadita ancora maggiormente dal codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture<sup>3</sup>.

Pensiamo occorra chiedersi che accade nel caso in cui la procedura per la scelta del contraente venga annullata e quali sono le conseguenze che ne possono derivare.

---

<sup>2</sup> CORTE COSTITUZIONALE - Sentenza 23 novembre 2007, n. 401.

<sup>3</sup> Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, artt. 11, 244 e 245; CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI - Sentenza 18 luglio 2008, n. 19805.

### 3. ANNULLAMENTO DELLE PROCEDURE DI GARA IN GENERALE

L'annullamento che è uno degli "atti di ritiro" consiste nel ritiro con efficacia retroattiva dell'atto inficiato da vizi di legittimità. Esso implica, come si dirà dopo, un riesame di legittimità dell'atto da ritirare e ciò spiega come i suoi effetti si riportino al momento in cui l'atto viene emanato.

Lo *jus poenitendi* della pubblica amministrazione non incontra quelle limitazioni che esistono per i contratti di diritto privato, per i quali vige il principio, secondo il quale non è sufficiente, di regola una manifestazione di volontà di recesso di una delle parti per porre nel nulla il contratto; essendo gli atti amministrativi atti unilaterali, l'amministrazione dispone di un'ampia discrezionalità nel disporre senza il consenso dei destinatari, il ritiro dei propri atti.

Avuto riguardo alla procedura di gara per la scelta del "giusto contraente", in qualunque tempo, anche durante la procedura stessa, è consentito all'amministrazione appaltante, con atto successivo, disporre l'annullamento dell'aggiudicazione con le garanzie che la legge stabilisce a favore degli interessati. Sul punto va evidenziato che occorre dare conto adeguatamente del perché si procede alla revoca o all'annullamento indicando compiutamente qual è l'interesse pubblico sotteso alla emanazione dei provvedimenti demolitori<sup>4</sup> specie nel caso in cui, nelle more della stipula del contratto, l'amministrazione abbia già consegnato i lavori all'aggiudicataria a causa dell'urgenza connessa alla tipologia delle opere appaltate.

Le cause che conducono all'annullamento delle procedure di gara e le conseguenze che ne derivano possono essere varie. In generale, è stato detto che l'annullamento (giurisdizionale o in autotutela) di che trattasi, in ogni caso, fa venir meno il vincolo negoziale determinatosi con l'adozione del provvedimento rimosso.

In funzione dei principi di cui si è appena scritto va rammentato che in sede di approvazione degli atti di gara la medesima P.A., nelle persona del dirigente, deve sempre procedere ad un riesame degli atti di gara. E' per questa finalità che il soggetto pubblico conserva tutti i poteri e facoltà (compresi quelli di revocare e annullare gli atti amministrativi e le operazioni connesse precedentemente posti in essere) prima della stipulazione del contratto. Dunque, nella eventualità del riesame, l'azione della P.A. resta subordinata alle regole elaborate dalla giurisprudenza quali, tra le altre: l'obbligo della motivazione, il tempo trascorso dall'affidamento - infatti desta più di qualche perplessità l'annullamento in autotutela disposto dopo il decorso di anni - il rispetto delle

---

<sup>4</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 24 marzo 2006, n. 1526; TAR LOMBARDIA - MILANO, SEZ. III - Sentenza 4 febbraio 2005, n. 227.

regole del contraddittorio procedimentale, l'adeguata istruttoria, le ragioni di pubblico interesse, non essendo sufficiente il generico richiamo al ripristino della legalità<sup>5</sup>.

In materia di riesame ci sembra di poter asserire legittimamente che la P.A. conserva tale potere anche in presenza di atti tipici come, ad esempio, approvazione di atti di gara; l'eventuale controllo è eseguito con lo scopo di verificare la legittimità procedurale. In fondo è anche su questa potestà che la P.A. poggia il suo potere di autotutela.

La non approvazione dei risultati di una procedura deve essere collegata ad un preciso e rilevante interesse pubblico. In mancanza di tale interesse ci si trova davanti ad una situazione arbitraria e mai senza conseguenze<sup>6</sup>.

Operando diversamente vi sarebbe un'aperta violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 per difetto di motivazione, eccesso di potere per omessa comparazione degli interessi coinvolti ed illogicità. L'ente appaltante prima di procedere alla emanazione di un atto così traumatico qual è l'annullamento dell'aggiudicazione, deve procedere ad una rigorosa indagine sulle ragioni di pubblico interesse che lo spingono a questo passo così impegnativo.

Inoltre, non va sottaciuto che allorquando si procede ad un annullamento, sia se si pensa al subentro di altra impresa, sia se si pensa ad altro esperimento di gara, in generale, c'è sempre una dilazione di tempi che non è precisamente compatibile con l'interesse pubblico ove si pensi ad una possibile levitazione dei prezzi e non ultimo, può essere configurato un danno causato alla collettività la quale legittimamente avrebbe molto da ridire sul ritardo, più o meno prolungato, di consegna alla stessa collettività della fruizione dell'opera pubblica. L'accertamento di eventuali vizi della procedura può essere compiuto dalla stessa amministrazione, in applicazione appunto al generale principio di autotutela, attraverso adeguate modalità procedimentali e deve svolgersi nelle diverse fasi con tutte le cautele idonee ad assicurare garanzie uguali o sostanzialmente equipollenti a quelle prescritte per gli atti e le operazioni oggetto di rivalutazione<sup>7</sup>.

Sul punto, infine, conviene soffermarsi qualche rigo in più. La procedura di gara, è stato detto, consta di diversi atti sequenziali e, a seconda dello "stadio" raggiunto nella "sequenza procedurale", l'annullamento amministrativo, istituto diverso della revoca, produce effetti diversi. Infatti se il provvedimento demolitorio della procedura, possibilità prevista dalla P.A. appaltante nel bando di gara, è disposto prima dell'apertura delle buste le imprese partecipanti non avranno diritto ad alcuna forma di risarcimento; nemmeno per la perdita di *chance*. Se invece la procedura di gara è "arrestata" in assenza di una valida motivazione che giustifichi l'interesse pubblico sotteso e, per di più, dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte, l'impresa che ha formulato un'offerta, che può

---

<sup>5</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 11 ottobre 2005, n. 5479.

<sup>6</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 15 febbraio 2002, n. 917.

<sup>7</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 28 febbraio 2002, n. 1224.

essere ritenuta valida e quindi candidata all'aggiudicazione, riteniamo abbia diritto ad un giusto ristoro.

Viceversa, la condotta della P.A. appaltante può essere addirittura configurata come illecita. Infatti tale comportamento si concretizza nell'interruzione di una successione di eventi potenzialmente idonei a consentire il conseguimento di un legittimo vantaggio da parte dell'impresa concorrente e che di fatto non realizzerà più a causa dell'annullamento della procedura di gara<sup>8</sup>.

In generale non dobbiamo dimenticare mai che la P.A. deve essere sempre al servizio della collettività, almeno in un sistema democratico, secondo i valori espressi dalla Costituzione.

A tale proposito è utile ricordare che la P.A., deve fare sempre buon uso dei principi del buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione adottando atti che siano il più possibile aderenti ad essi.

### ***3.1. Annullamento in autotutela d'ufficio***

Secondo quanto dispone l'art. 113 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827 ed in virtù del principio generale dell'autotutela della P.A., deve ritenersi ammesso il potere di procedere alla revoca o all'annullamento dell'aggiudicazione allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario nei confronti dell'amministrazione<sup>9</sup>.

Il provvedimento con il quale una P.A. appaltante provvede all'annullamento dell'aggiudicazione della gara, facendo ricorso al suo potere di autotutela, va qualificato come annullamento d'ufficio piuttosto che revoca dell'affidamento dell'appalto<sup>10</sup>.

La revoca di un provvedimento amministrativo costituisce esercizio del potere di autotutela della P.A. che implica obbligatoriamente le motivazioni delle ragioni che inducono l'ente a tale agire e con l'osservanza del principio della ragionevolezza. Inoltre sebbene sia consentito all'amministrazione rimuovere gli effetti di situazioni riconosciute illegittime, va detto che la P.A. deve azionare tutte le misure garantistiche che la fattispecie richiede (avviso di avvio del procedimento; congrua motivazione; adeguata valutazione dell'interesse pubblico e dell'affidamento del contraente, ecc.). A tale proposito è stato deciso che in caso di revoca in autotutela, ancorché ritenuta legittima, in sede giurisdizionale sono applicabili comunque i principi

---

<sup>8</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - Sentenza 14 gennaio 2000, n. 244.

<sup>9</sup> TAR LAZIO - ROMA, SEZ. III-TER - Sentenza 9 dicembre 2008, n. 11146.

<sup>10</sup> TAR LOMBARDIA - MILANO, SEZ. III - Sentenza 29 dicembre 2008, n. 6171.

in materia di responsabilità precontrattuale della P.A. con la conseguenza che occorrerà provvedere ad un risarcimento per il cosiddetto “interesse contrattuale negativo”, ovvero, nelle spese sopportate per la partecipazione alla gara (danno emergente) e nella perdita di affari e di occasioni di lavoro alternativi (lucro cessante)<sup>11</sup>.

### **3.2. Annullamento in sede giurisdizionale**

#### **3.2.1. Caducazione**

Sugli effetti caducanti del contratto si è pronunciata autorevolissima giurisprudenza recente la quale ha sostenuto che l’annullamento dell’aggiudicazione di un appalto in sede giurisdizionale o in sede di autotutela comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto di appalto successivamente stipulato ed opera quale causa di inefficacia successiva<sup>12</sup> che, al pari della nullità successiva, agisce retroattivamente ma, a differenza della seconda, incontra il duplice limite delle situazioni che si sono già consolidate in capo ai terzi fino alla domanda volta a far dichiarare l’inefficacia<sup>13</sup>.

A tale proposito è stato, altresì, “sentenziato” che ove si concretizzi la caducazione del contratto, poiché questi non ha alcuna autonomia propria, non costituisce la fonte dei diritti ed obblighi tra le parti, ma, assumendo il menzionato valore di mero atto formale e riproduttivo, è destinato a subire gli effetti del vizio che affligge il provvedimento cui è inscindibilmente collegato ed a restare automaticamente e immediatamente caducato. Non c’è necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell’amministrazione, in conseguenza della pronunciata inefficacia del provvedimento amministrativo *ex tunc*, travolto dall’annullamento giurisdizionale<sup>14</sup>.

La caducazione del contratto può aver luogo anche a causa di un comportamento illegittimo da parte della stazione appaltante come ad esempio non invitare immotivatamente una ditta ad una gara d’appalto che in precedenza aveva chiesto di essere invitata avendone per di più i requisiti. Conseguenza di quanto precede è la responsabilità della P.A. da fatto illecito *ex art. 2043* del codice civile che è chiamata a risarcire il danno, per perdita di *chance*, a titolo di responsabilità per fatto

<sup>11</sup> TAR LAZIO - ROMA, SEZ. III - Sentenza 13 luglio 2007, n. 6369.

<sup>12</sup> Dell’inefficacia del contratto: T.R.G.A., SEZ. BOLZANO – Sentenza 12 febbraio 2003, n. 48; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 5 marzo 2003, n.1218; TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. II - Sentenza 17 marzo 2003, n. 784; TAR SICILIA - CATANIA, SEZ. III – Sentenza 20 novembre 2003, n. 940; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – Ordinanza 21 maggio 2004, n. 3355; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 28 maggio 2004, n. 3465; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 29 novembre 2005, n. 6759; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 19 giugno 2006, n. 3576; LAZIO - ROMA, SEZ. III TER - Sentenza 13 dicembre 2006, n. 14329; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 12 febbraio 2008, n. 490.

<sup>13</sup> TRGA, SEZ. BOLZANO - Sentenza 8 gennaio 2007, n. 5; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - Sentenza 4 aprile 2007, n. 1523; TAR VENETO, SEZ. I - Sentenza 14 maggio 2007, n. 1461; TAR EMILIA ROMAGNA - PARMA, SEZ. I - Sentenza 6 febbraio 2008, n. 90.

<sup>14</sup> CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE - Sentenza 15 aprile 2008, n. 9906.

illecito. La *chance* è stata definita un bene della vita suscettibile di valutazione patrimoniale, una entità giuridicamente ed economicamente valutabile, la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile a condizione che ne sia provata la sussistenza anche in base ad un calcolo di probabilità e presunzione<sup>15</sup>.

Abbiamo detto prima che la selezione per la scelta del giusto contraente può essere scissa idealmente in due fasi conseguenti<sup>16</sup> e tra loro collegate: procedura di gara e stipula del contratto; l'ultima delle quali segna il passaggio alla successiva fase dell'esecuzione. In generale, la prima, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo e la seconda in quella del giudice ordinario<sup>17</sup>. Sul punto va evidenziato che la posizione dei due giudici non è coincidente. La giurisprudenza del giudice ordinario, a sua volta, non è univoca; infatti è stato osservato che un orientamento propende per l'annullabilità del contratto l'altro orientamento si muove nella direzione della nullità del contratto, sia pure successiva. A tale proposito è utile sottolineare che qualora siano stati annullati gli atti di gara come la determina a contrattare<sup>18</sup>, il bando di gara, o l'aggiudicazione, prima della stipula del contratto, l'Amministrazione Pubblica perde la legittimazione che precedentemente le era stata conferita dai predetti atti e si ha come conseguenza diretta che la stessa risulta privata della legittimazione a negoziare con efficacia *ex tunc*.

Se, invece, l'annullamento degli atti di gara è intervenuta dopo la stipula, conseguenza di tale annullamento, e quindi dell'aggiudicazione, è un contratto irrimediabilmente viziato e non senza conseguenze.

Con l'entrata in vigore del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, con il comma 4 dell'art. 246 è stato disposto 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”*. Dunque, legislativamente è stato disposto che una volta stipulato il contratto di appalto non è più soggetto a nullità o annullabilità pertanto la tutela risarcitoria si riferisce a quella per *“equivalente”*<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - Sentenza 7 febbraio 2002, n. 686.

<sup>16</sup> CORTE COSTITUZIONALE - Sentenza 23 novembre 2007, n. 401, cit.

<sup>17</sup> CORTE COSTITUZIONALE - Sentenza 6 luglio 2004, n. 204; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - Sentenza 27 dicembre 2004, n. 8220; CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE - Ordinanza 8 marzo 2005, n. 104; CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI - Sentenza 28 dicembre 2007, n. 27169; TAR EMILIA ROMAGNA - PARMA, SEZ. I - Sentenza 6 febbraio 2008, n. 90, cit.; CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI - Ordinanza 27 febbraio 2008, n. 5084; TAR BASILICATA, SEZ. I - Sentenza 30 aprile 2008, n. 136; CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI - Ordinanza 8 luglio 2008, n. 18620; CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI - Sentenza 18 luglio 2008, n. 19805; CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA - Sentenza 21 novembre 2008, n. 12; CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI - Sentenza 4 febbraio 2009, n. 2634; TAR LAZIO - ROMA, SEZ. I-BIS - Sentenza 8 luglio 2009, n. 6681.

<sup>18</sup> Gioffré Giovanni, *“Delle determine – spunti”*, in «Diritto & Diritti» – Rivista giuridica elettronica, pubblicata su Internet all'indirizzo <http://www.diritto.it>, ISSN 1127-8579, Giugno 2008, pag. <http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/26184.html>.

<sup>19</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - Sentenza 21 aprile 2009, n. 2435.

### 3.2.2. Inefficacia

E' stato detto da una parte della giurisprudenza che in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione va dichiarata l'inefficacia del contratto di appalto stipulato con l'aggiudicataria<sup>20</sup>. Di diverso avviso è, invece, la giurisprudenza maggioritaria del giudice amministrativo la quale è orientata piuttosto in direzione della tesi della caducazione automatica. Sul punto è stato sostenuto che *«per effetto dell'annullamento degli atti di gara, deve essere ritenuto privo di effetti giuridici il contratto stipulato in quanto caducato automaticamente»*<sup>21</sup>.

Secondo un recente orientamento del Consiglio di Stato, in caso di annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale, dopo la stipula del contratto si produce come effetto (autoesecutivo) l'inefficacia del contratto. Nel caso specifico non è messo in discussione il profilo genetico circa la validità o la invalidità del contratto ma a causa del venir meno dello stesso presupposto giuridico, legittimante costituito dalla procedura di appalto, ne viene congelata l'efficacia<sup>22</sup>; sarebbe come dire che lo strumento c'è ma non può funzionare più. In tal caso il negozio giuridico patisce una condizione di inidoneità funzionale<sup>23</sup>. Esso è pienamente efficace al momento della sua nascita ma, per il sopraggiungere di una causa nuova, diventa inidoneo a spiegare effetti ulteriormente<sup>24</sup>.

Nella fattispecie sarà poi il giudice ordinario che, in via principale, emetterà una decisione con effetti costitutivi di nullità, di annullamento o di risoluzione del contratto<sup>25</sup>.

Quanto precede perché l'annullamento dell'aggiudicazione di una gara d'appalto in sede giurisdizionale non si estende anche al contratto di appalto stipulato nel frattempo, determinandone l'automatica caducazione. L'accertamento – con efficacia di giudicato – della caducazione del contratto di appalto, a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione della gara, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario. Infatti il supremo Giudice della Cassazione ha stabilito che: *«Il giudice amministrativo di regola esaurisce la propria giurisdizione sulle procedure di affidamento con l'annullamento degli atti di gara e del verbale di aggiudicazione in materia di pubblici servizi, ai sensi dell'art. 33 lett. d, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 eccedendo dai limiti dei propri poteri quando annulli i contratti stipulati all'esito di dette gare o si pronunci sugli effetti di questi. Dai contratti infatti sorgono diritti soggettivi la cui lesione non è effetto della gara e la cui tutela resta quindi riservata ai giudici ordinari, anche nelle materie di*

<sup>20</sup> TAR LOMBARDIA - BRESCIA - Sentenza 15 marzo 2007, n. 263.

<sup>21</sup> TAR BASILICATA-POTENZA – Sentenza 30 aprile 2005, n. 286; TAR LAZIO - ROMA, SEZ. II - Sentenza 15 settembre 2008, n. 8328; CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE - Sentenza 15 aprile 2008, n. 9906.

<sup>22</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 28 maggio 2004, n. 3465; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 29 marzo 2006, n. 1591.

<sup>23</sup> TAR SICILIA-CATANIA, SEZ. III – Sentenza 20 novembre 2003, n. 1940; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 29 marzo 2006, n. 1591.

<sup>24</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – Sentenza 27 ottobre 2003, n. 6666.

<sup>25</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 17 dicembre 2008 n. 6292.

*giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Esula pertanto dalla giurisdizione del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici la determinazione degli effetti dei contratti stipulati all'esito di affidamento illegittimo di un pubblico servizio»<sup>26</sup>.*

Le ragioni di tali effetti demolitori poggiano sul fatto che la legittimazione della P.A. di stipulare l'atto, che poi la impegnerà in una condizione paritetica<sup>27</sup> con la contro parte, risiede proprio nella procedura di gara per la scelta del contraente.

Generalmente l'annullamento della procedura di gara viene disposto a causa di clausole inserite nel bando di gara ritenute illegittime e che spesso sono "*un vero campo minato*"<sup>28</sup>.

Oppure perché viene riscontrato un comportamento illegittimo da parte della stazione appaltante e di conseguenza gli interessati, in difesa dei loro interessi pongono in essere le azioni difensive nei riguardi della P.A.<sup>29</sup>.

Va rammentato che il termine per ricorrere contro l'aggiudicazione di un contratto decorre dalla conoscenza piena di quella definitiva. Si sottolinea che l'aggiudicazione provvisoria è atto preparatorio e non conclusivo del procedimento.

#### **4. CONTRATTO NULLO, ANNULLABILE**

##### **4.1. Contratto nullo**

Ai sensi dell'art. 1418 del codice civile è da considerare nullo e non annullabile un contratto di appalto in cui risultino violate le norme di diritto pubblico e pertanto imperative e che attengono alla scelta del contraente<sup>30</sup>.

Altra causa di nullità del contratto, in analogia a quanto sostenuto dalla Corte di Cassazione per il contratto di appalto, ricorre quando l'amministrazione pubblica procede alla stipula di un contratto di locazione senza l'esperienza dell'evidenza pubblica<sup>31</sup>.

L'esigenza dell'evidenza pubblica oltre ad esserci stata tramandata dal passato (R.D. n. 827/24) viene stabilita oggi dal decreto legislativo 16 aprile 2006, n. 163 il quale all'art. 27 recita testualmente: *«l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di*

---

<sup>26</sup> TAR LAZIO - ROMA, SEZ. I-BIS - Sentenza 8 luglio 2009, n. 6681, cit.; CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI - Sentenza 23 aprile 2008, n. 10443.

<sup>27</sup> CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI - Sentenza 18 luglio 2008, n. 19805.

<sup>28</sup> Gioffrè Giovanni, "*Le clausole del bando di gara – vero campo minato*", cit.

<sup>29</sup> Virga Pietro, *«La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione»*, terza edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1982.

<sup>30</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 5 marzo 2003, n. 1218.

<sup>31</sup> CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE - Sentenza 5 maggio 2008, n. 11031.

*economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità*». Là dove viene utilizzato il principio “trasparenza” significa evidenza pubblica.

Per quanto riguarda la nullità del contratto va ricordato che la volontà è un elemento costitutivo del negozio giuridico la cui mancanza determina radicalmente la nullità del contratto stesso ai sensi dell’art 1418 del codice civile. Orbene nell’ambito degli appalti pubblici la procedura di gara è costituita da una serie di atti tutti convergenti verso la selezione del migliore contraente possibile. Se nella “sequenza procedurale”, come detto prima, viene meno un atto perché invalido l’intera procedura è inficiata con la conseguenza che, nel caso di annullamento dell’aggiudicazione, il contratto d’appalto eventualmente stipulato è da ritenersi nullo per mancanza assoluta del consenso e non annullabile<sup>32</sup>.

Nel settore degli appalti pubblici, la procedimentalizzazione della scelta del contraente ed il suo coordinamento a profili di interesse pubblico, in ordine all’acquisizione della migliore offerta contrattuale, configurano una fattispecie complessa, nella quale convergono meri atti, operazioni materiali, provvedimenti, dichiarazioni di volontà del privato e del quale la stipulazione del contratto rappresenta l’effetto finale, con la conseguenza che l’invalidità degli atti della procedura di gara che incidono sulla legittimità dell’aggiudicazione non consentono alla suddetta fattispecie di conseguire il proprio perfezionamento giuridico ed, in primo luogo, di determinare “l’accordo” che costituisce elemento essenziale di ogni contratto; in caso di annullamento dell’aggiudicazione, pertanto, il contratto d’appalto, ove stipulato, è nullo per vizio genetico del consenso ai sensi dell’art. 1428 secondo comma del codice civile.

#### **4.2. Contratto annullabile**

Nel caso di vizi riguardanti l’attività negoziale dell’amministrazione pubblica appaltante sia che riguardino il procedimento di formazione della volontà dell’ente sia che riguardino la fase preparatoria ad essa antecedente il contratto stipulato è annullabile ad iniziativa esclusiva dell’ente pubblico<sup>33</sup>.

Ricorre l’ipotesi nel momento in cui si omette la procedura di gara prescritta dalla legge per la individuazione del contraente privato. Un comportamento del genere comporta la nullità del contratto per violazione di norme imperative, nello specifico, dettate, oggi, dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (codice degli appalti).

---

<sup>32</sup> TAR PUGLIA-BARI, SEZ. I – Sentenza 28 gennaio 2003, n. 394.

<sup>33</sup> CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE - Sentenza 5 maggio 2008, n. 11031.

Le problematiche riguardanti la dichiarazione di nullità del contratto o di inefficacia o annullamento del contratto, a seguito dell'annullamento delle procedure di gara in sede giurisdizionale o in autotutela, rientrano nelle competenze del giudice ordinario. Sia nell'una che nelle altre ipotesi non sono in discussione i provvedimenti per la scelta del contraente ma, piuttosto, i successivi passaggi che attengono alla stipula del contratto, all'affidamento e all'esecuzione<sup>34</sup>.

Non di rado è accaduto che le ragioni del ricorrente, escluso da una gara pubblica, siano state riconosciute in ritardo, quando cioè il contratto nel frattempo è stato quasi integralmente eseguito. In tal caso, ove risulti certo che il concorrente stesso, in assenza della illegittimità posta in essere dall'amministrazione, sarebbe risultato aggiudicatario esso stesso non può ottenere il subingresso nella esecuzione del contratto stipulato dalla P.A. con il precedente aggiudicatario perché il contratto è stato eseguito pressoché integralmente ma può ottenere, tuttavia, il risarcimento del danno, subordinatamente alla verifica della sussistenza di tutti gli elementi dell'illecito<sup>35</sup>.

Come detto prima, la Corte di Cassazione ha definitivamente posto fine alla questione circa le sorti del contratto in seguito all'annullamento del verbale di aggiudicazione in sede giurisdizionale, sentenziando che l'intero "effetto-vicenda" è posto nel nulla.

La caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti attraverso i quali si è formata in concreto la volontà contrattuale dell'Amministrazione, priva quest'ultima, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a negoziare; in sostanza, l'organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere, con effetto *ex tunc*, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'Amministrazione, come la determina a contrattare, il bando o l'aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato *in iure*, priva della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi. L'annullamento della fase sostanziale dell'aggiudicazione segna, quindi, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici.

Correttamente, pertanto, il giudice di merito rigetta la domanda di risoluzione del contratto di appalto proposta a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione dell'appalto, giacché l'annullamento dell'aggiudicazione ha comportato il venir meno degli effetti del contratto, senza necessità di alcuna pronuncia costitutiva<sup>36</sup>.

Riassumendo, quindi, la caducazione sia in sede giurisdizionale o amministrativa (autotutela) di atti che attengono alla fase della formazione attraverso i quali si è formata la volontà

---

<sup>34</sup> CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI - Sentenza 28 dicembre 2007, n. 27169; CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI - Ordinanza 8 luglio 2008, n. 18620; CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI - Sentenza 18 luglio 2008, n. 19805; CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI - Sentenza 4 febbraio 2009, n. 2634.

<sup>35</sup> CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI - Sentenza 18 giugno 2002, n. 3338; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 28 maggio 2004, n. 3465. CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - Sentenza 15 novembre 2005, n. 6371; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 29 marzo 2006, n. 1591.

<sup>36</sup> TAR LAZIO - ROMA, SEZ. I-QUATER - Sentenza 19 maggio 2004, n. 4716; CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE - Sentenza 15 aprile 2008, n. 9906.

contrattuale invero priva quest'ultima, con effetto *ex tunc*, alla legittimazione a negoziare. Poiché l'annullamento della fase sostanziale dell'aggiudicazione segna retroattivamente la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, lo stesso resta definitivamente privato di effetti giuridici. Qualora, poi, in sede giurisdizionale, venga annullata una gara di appalto l'amministrazione deve conformarsi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza, in caso contrario il privato che non veda soddisfatte le sue attese può instaurare il giudizio di ottemperanza.

<<<<<<< (§ ) >>>>>>>>>>

\* In «**NUOVA RASSEGNA DI LEGISLAZIONE, DOTTRINA E GIURISPRUDENZA**» – *Rivista amministrativa quindicinale per Comuni, Province, Regioni, Aziende Sanitarie Locali, Comunità Montane, Associazioni Intercomunali ed altri Enti*, ISSN 1825-2710, Anno LXXXIII - N. 17, Settembre 2009, pp. 1883-1890

\*\* *Segretario Generale della Città di Norcia (PG)*