

**Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 10 luglio 2012, n.4067**

Sulla necessità per il ricorrente che intende subentrare nell'esecuzione di un contratto di appalto di chiedere l'annullamento dell'aggiudicazione, la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato e il subentro nello stesso.

Il tema degli effetti che l'annullamento giurisdizionale degli atti della procedura di evidenza pubblica, e dell'aggiudicazione in particolare, produce sulle sorti del contratto stipulato dalla stazione appaltante con l'impresa risultata vincitrice della gara è oggi stato definitivamente risolto dal Codice del Processo amministrativo che, agli articoli 121 e 122, qualifica espressamente detto contratto "inefficace", attribuendo, al contempo, al giudice amministrativo il potere di dichiararlo tale, distinguendo le ipotesi in cui tale pronuncia è obbligatoria, da quelle in cui la stessa dipende da una valutazione di opportunità operata dal giudice amministrativo.

Le disposizioni del Codice del Processo amministrativo costituiscono, tuttavia, il punto di arrivo di un complesso e travagliato iter interpretativo che ha coinvolto dottrina e giurisprudenza.

Secondo la più risalente dottrina e la prevalente giurisprudenza, poiché le norme di evidenza pubblica che imponevano alla Pubblica amministrazione di seguire un preciso iter procedimentale nella scelta del contraente erano preordinate a garantire la corretta formazione della volontà dell'amministrazione stessa, la loro violazione e il conseguente annullamento di atti della procedura pubblicistica comportavano l'annullabilità del contratto. Le cause dell'annullabilità venivano, poi, variamente individuate: secondo alcuni il contratto era annullabile per errore essenziale e riconoscibile sulla qualità di legittimo aggiudicatario dell'altro contraente (artt. 1428 e 1429, n. 3 c.c.); secondo altri per una sorta di incapacità a contrattare dell'amministrazione, conseguente alla caducazione della delibera di contrattare (Cass., sez. I, 28 marzo 1996 n. 2842); secondo altri ancora, per difetto di legittimazione negoziale della Pubblica Amministrazione intesa come ipotesi concreta di incapacità rispetto allo specifico negozio, a fronte di una generale capacità giuridica e di agire del soggetto. Secondo altra parte di dottrina e giurisprudenza, il contratto stipulato dall'Amministrazione era non annullabile, ma nullo per mancanza originaria del consenso dell'Amministrazione all'assunzione del vincolo negoziale, per mancanza della causa ex art. 1418, comma 2, e 1325, n. 2 o per violazione di norme imperative. La IV sezione del Consiglio di Stato ha optato per la tesi secondo cui l'annullamento dell'aggiudicazione comportava l'inefficacia successiva del contratto relativa, ossia eccezionale solamente da parte di colui che avesse chiesto e ottenuto l'annullamento giurisdizionale dell'atto di aggiudicazione. La VI sezione del Consiglio di Stato ha, invece, ascritto la fattispecie allo schema della caducazione automatica che comportava la necessaria ed immediata caducazione dell'efficacia del contratto per il solo effetto dell'annullamento della aggiudicazione, senza, perciò, bisogno di pronunce costitutive, sulla base del rilievo della sussistenza di una connessione funzionale tra l'aggiudicazione e la conseguente stipula del contratto che implicava, in analogia alle fattispecie privatistiche del collegamento negoziale, la caducazione del negozio dipendente in caso di annullamento di quello presupposto. Questa teoria sembrava avallata dal Codice dei Contratti, laddove prevedeva che negli appalti aventi ad oggetto infrastrutture strategiche l'annullamento dell'aggiudicazione non comportava la caducazione del contratto stipulato dalla stazione appaltante, a

conferma, appunto, del fatto che al di fuori di questa ipotesi eccezionale, la conseguenza della rimozione con effetto retroattivo, dell'aggiudicazione, era la caducazione automatica del contratto.

Il nuovo Codice del processo amministrativo qualifica il contratto "inefficace" e rimette al giudice amministrativo il compito di dichiararlo tale. I poteri del giudice amministrativo variano a seconda che si ricada in una delle ipotesi previste dall'articolo 121 o nel residuale campo di applicazione dell'articolo 122 c.p.a. Ai sensi dell'articolo 121 c.p.a. sono "violazioni gravi": la stipula del contratto d'appalto senza il rispetto del termine di trentacinque giorni dall'ultima comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva (dunque, in violazione della regola dello stand still sostanziale) purchè, però, tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto (questo, dunque, rimane efficace se è stato stipulato prima dei trentacinque giorni, ma dopo la proposizione del ricorso da parte dell'interessato) e il giudice accerti, con giudizio prognostico, che la parte avrebbe ottenuto l'aggiudicazione e il contratto; la stipula del contratto senza il rispetto della sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. stand still processuale), qualora il giudice accerti che il soggetto che ha proposto ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva aveva diritto di conseguire l'aggiudicazione; l'aggiudicazione avvenuta senza previa pubblicazione del bando o dell'avviso; il ricorso a procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando o l'affidamento del contratto in economia fuori dei casi consentiti. Tutte le violazioni non espressamente elencate nell'articolo 121 c.p.a. ricadono, in via residuale, nell'ambito di applicazione dell'articolo 122 c.p.a. in quanto violazioni non gravi. In entrambi i casi, tuttavia, si noti che il giudice precedente può dichiarare il contratto inefficace solo se viene impugnato e annullato il provvedimento di aggiudicazione definitiva. Invero, l'articolo 121, 1° comma dispone: *"Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi ...."*. A sua volta, l'articolo 122 c.p.a. prescrive: *"Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto ..."*.

Al contempo, la giurisprudenza amministrativa ha stabilito, in sede di interpretazione e applicazione degli articoli 121 e 122 c.p.a. che poiché solo con l'introduzione delle suddette norme è stato attribuito al giudice amministrativo il potere di pronunciarsi sull'inefficacia del contratto, solo a partire dalla loro entrata in vigore sussiste l'onere per il ricorrente che vuole subentrare nell'esecuzione del contratto, di chiedere espressamente l'annullamento dell'aggiudicazione, la declaratoria di inefficacia del contratto e il subentro nello stesso. Nei giudizi instaurati anteriormente, la giurisprudenza unanimemente affermava che, secondo l'ordinario criterio di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo fondato sulla differenza tra diritti soggettivi e interessi legittimi, la declaratoria di inefficacia del contratto spettava al giudice ordinario (arrestandosi la giurisdizione del giudice amministrativo alla valutazione di legittimità del provvedimento di aggiudicazione) e solo in sede di ottemperanza il giudice amministrativo avrebbe potuto procedere d'ufficio ad accertare l'efficacia del contratto e tenere conto della effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e di subentrare nel contratto. Della stessa opinione il Consiglio di Stato nella sentenza indicata in epigrafe ove il Collegio osserva: *“solo nei giudizi introdotti dopo la entrata in vigore del predetto D. Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, può ravvisarsi sussistente un onere per l'impresa ricorrente di chiedere in sede di impugnazione dell'atto di aggiudicazione anche la pronuncia di inefficacia del contratto e di subentro nello stesso, laddove in tutti gli altri casi in cui l'azione di annullamento è stata introdotta precedentemente resta fermo il potere del giudice di accertare in sede di ottemperanza la inefficacia del contratto, tenendo conto della effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e di subentrare nel contratto (C.d.S., sez. III, 11 marzo 2011, n. 1570; 17 ottobre 2011, n. 5545)”*.